



**Sustento fáctico y probatorio de las circunstancias genéricas de atenuación
punitiva reconocidas en los preacuerdos, dentro del Sistema Penal
Acusatorio colombiano**

Paula Viviana Duque Zuluaga

Universidad Pontificia Bolivariana

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

Medellín, 2021



**Sustento fáctico y probatorio de las circunstancias genéricas de atenuación
punitiva reconocidas en los preacuerdos, dentro del Sistema Penal
Acusatorio colombiano**

Paula Viviana Duque Zuluaga

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en
Derecho

Asesor

Doctor Miguel Díez Rugeles.

Universidad Pontificia Bolivariana

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho

Medellín, 2021

Fecha: 27 de abril de 2021

Nombre del estudiante: Paula Viviana Duque Zuluaga.

Nombre del director: Miguel Díez Rugeles.

Nombre del jurado 1: Ricardo Molina López

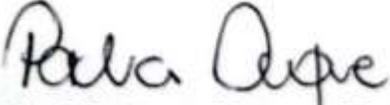
Nombre del jurado 2: Andrés Felipe Duque Pedroza

Fecha: 27 de abril de 2021

Paula Viviana Duque Zuluaga

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en ésta o en cualquiera otra universidad”. Art. 92, parágrafo, Régimen Estudiantil de Formación Avanzada.

Firma de la autora:



Paula Viviana Duque Zuluaga

**Sustento fáctico y probatorio de las circunstancias genéricas de atenuación
punitiva reconocidas en los preacuerdos, dentro del Sistema Penal
Acusatorio colombiano**

Resumen.

En este artículo se examinan los fundamentos fácticos y probatorias de los beneficios que se conceden en los preacuerdos realizados entre la Fiscalía y la defensa, en el marco de la justicia negociada reglamentada en la Ley 906 de 2004. Para ese propósito se aborda, en primer lugar, el estudio de la justicia premial que es la institución jurídica de la cual hacen parte los preacuerdos y se realiza un breve repaso de sus antecedentes en la legislación penal colombiana, especialmente, en los estatutos adjetivos penales anteriores, tales como el Decreto 2700 de 1991 con las modificaciones introducidas por la Ley 81 de 1993 y la Ley 600 de 2000.

Efectuado ese repaso, en el artículo se expone la reglamentación que de los preacuerdos realizó el legislador colombiano con la expedición de la Ley 906 de 2004, su definición y naturaleza, los temas que ocupan su contenido, es decir, los términos de la imputación y sus consecuencias, sus finalidades y restricciones. Esa exposición estará acompañada de la jurisprudencia más relevante emitida por las corporaciones judiciales de cierre frente al tema de los preacuerdos. Igualmente, en el trabajo se estudia los aspectos referentes a la actuación del Juez penal frente a los preacuerdos que se le presentan por las partes para su correspondiente aprobación.

Con ese contexto, el artículo hace explícitas y expone las premisas basilares que le permitieron a la Corte Constitucional, en la sentencia SU – 479 de 2019, arribar a la conclusión de que las circunstancias generales de menor punibilidad, tales como la marginalidad o pobreza extremas, **debían contar con sustento fáctico y probatorio en los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado.** Y,

seguidamente, analizaré la sentencia SP2073 – 2020 de 24 de junio de 2002, proferida por la Sala de Casación Penal, mediante la cual, la regla determinada por la Corte Constitucional en la sentencia citada, **se amplió de tal suerte** que cualquier preacuerdo que implique un cambio en la calificación jurídica, debe tener sustento en los hechos atribuidos al imputado y encontrar soporte en los elementos de juicio acopiados por la Fiscalía.

El trabajo concluye con unos **apuntes críticos de carácter propositivo**, respecto de los fundamentos que han llevado a nuestras altas corporaciones judiciales a impedir el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica y probatoria como producto de una imputación negociada entre las partes.

Palabras claves: Control de legalidad, derecho a la verdad, discrecionalidad reglada, Derecho penal premial, circunstancias generales de menor punibilidad, estándar probatorio, principio de legalidad, preacuerdo, proporcionalidad, prueba mínima.

Abstract

This article examines the foundations of the factual and evidentiary requirements regarding the punitive benefits that are granted in the preliminary agreements made between the prosecution and the defense, within the framework of negotiated justice regulated in Law 906 of 2004. For that in the first place, the study of award or negotiated justice is addressed, which is the legal institution of which the pre-agreements are part, and a brief review is made of its antecedents in Colombian criminal law, especially, in adjective criminal statutes previous ones, such as Decree 2700 of 1991, the modifications introduced by Law 81 of 1993 and Law 600 of 2000.

Once this review has been carried out, the article sets out the regulations that the Colombian Legislator made of the preliminary agreements with the issuance of Law 906 of 2004, its definition and nature, the issues that occupy its content, that

is, the terms of the imputation and its consequences, its purposes, and restrictions. Likewise, the work studies the aspects referring to the performance of the criminal judge in the face of pre-agreements that are presented by the parties for their corresponding approval.

With this context, the article makes explicit and exposes the basic premises that allowed the Constitutional Court, in the judgment SU - 479 of 2019, to reach the conclusion that the general circumstances of lesser punishment, such as extreme marginality or poverty, they had to have factual and probative support in the preliminary agreements entered into between the prosecution and the accused. And then, we will analyze sentence SP2073 - 2020 of June 24, 2002, issued by the Criminal Cassation Chamber, through which, the rule determined by the Constitutional Court in the cited sentence was expanded in such a way that any pre-agreement that implies a change in the legal classification, must be supported by the facts attributed to the accused and find support in the evidence gathered by the prosecution.

The work concludes with some critical notes of a propositional nature, regarding the foundations that have led our high judicial corporations, to prevent the change of the legal classification because of an imputation negotiated between the parties.

Keywords: Legality control, right to the truth, regulated discretion, award criminal law, general circumstances of lesser punishment, evidentiary standard, principle of legality, preliminary agreement, proportionality, minimum proof.

Introducción.

El proceso penal colombiano ha adoptado mecanismos de justicia penal premial, mediante los cuales, al sujeto que ha intervenido en un hecho punible, se le otorgan unos beneficios, principalmente, rebajas de pena, con el fin de agilizar y hacer más efectiva la administración de justicia.

En la Ley 906 de 2004, dichos mecanismos se concretaron en el allanamiento a la imputación y en la negociación de cargos, esta última institución jurídica se encuentra reglada en los artículos 354 a 358 de la ley citada y operan como una transacción entre la fiscalía y el procesado, para llegar a una determinada imputación que implique una rebaja de pena o un trato punitivo más benigno, como el otorgamiento de algún subrogado penal. La materia de dichos preacuerdos dice relación con los términos de la imputación (adecuación típica que permita una rebaja de pena, reconocimiento de atenuantes o formas de intervención menos gravosas), o la pena a imponer y sus subrogados.

Para la concreción de lo anterior, se tienen como fundamentos los hechos investigados, la calificación típica de esos hechos y el sustento probatorio del *factum*. Particular interés ha suscitado en la jurisprudencia vernácula, la aplicación de los tres tópicos referidos (hechos, calificación jurídica y pruebas), en lo que dice relación con el reconocimiento preacordado de causales de atenuación punitiva, provocando distintas posturas teóricas que riñen entre sí: por un lado, una primera postura demanda que dichas circunstancias encuentren sustento fáctico en la imputación y el mínimo de prueba establecido en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, por exigencias del principio de legalidad y los derechos a la verdad de las víctimas; por otro lado, una segunda postura no reclama ni lo uno ni lo otro, porque la calificación jurídica de los hechos, es del resorte exclusivo del Fiscal, conforme al principio acusatorio y la imparcialidad que el sistema espera del Juez.

Esta investigación, entonces busca responder a la siguiente pregunta: ¿Las circunstancias generales de atenuación punitiva reconocidas en los preacuerdos deben tener sustento fáctico y probatorio según el procedimiento penal colombiano?

Para dar respuesta al objeto de la investigación se empleará el método hermenéutico, consiste en la interpretación del sentido y alcance la normas jurídicas aplicables a ese objeto de investigación. En ese orden de ideas, se realizará un recuento de los antecedentes históricos en el ordenamiento jurídico colombiano de la institución de los preacuerdos, para comprender de mejor forma sus características y naturaleza. Seguidamente, se expondrá la reglamentación legal de los preacuerdos dentro de la legislación penal colombiana: su definición, fines, la materia sobre la que recaen, los momentos procesales en donde resultan procedentes, los límites de la Fiscalía y su control judicial, para pasar a analizar las sentencias más relevantes de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de negociación de cargos, y especialmente, respecto del reconocimiento de circunstancias atenuantes de punibilidad. Finalmente, se expondrán unos breves apuntes críticos frente a los fundamentos que impiden la modificación de la calificación jurídica sin base fáctica y probatoria en Colombia.

1. Justicia premial en la legislación colombiana.

De forma preliminar, debe decirse que los preacuerdos son un elemento integrante de otra institución de mayor extensión denominada Derecho penal premial. Esta última institución se traduce en los beneficios que se otorgan a sujetos que han intervenido en conductas punibles, principalmente disminuciones punitivas, a cambio de que acepten su responsabilidad en una etapa temprana del proceso.

El propósito confeso de la justicia premial es agilizar y hacer más efectiva la administración de justicia, evitando el agotamiento de todas las etapas regladas

del proceso penal (Corte Constitucional, Sentencia C-425 de 1996), y en cierta medida, las exigencias probatorias para desvirtuar la presunción de inocencia.

En la legislación colombiana, la anotada justicia penal premial ha encontrado desarrollo en algunas disposiciones de los códigos de procedimiento penal anteriores, que se pasan a compendiar. Lo que se busca, al presentar esta evolución legislativa, es identificar la naturaleza y los fines de la justicia premial:

En el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, se establecía la terminación anticipada del proceso mediante la celebración de una audiencia especial convocada por el Juez a instancia de parte, en la que el fiscal y el sindicado podían llegar a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible, que se consignaba en una acta, caso en el cual, si eran correctas la calificación jurídica y la sanción, y obraba prueba suficiente de la responsabilidad, el sentenciador procedía a dictar sentencia aplicando la pena acordada y la indemnización de perjuicios. Esta terminación pronta del proceso, en la etapa de investigación, favorecía al sindicado con una rebaja de pena de hasta una sexta parte, beneficio que podía acumularse con la reducción de pena por confesión, de que trataba el artículo 299 de la misma codificación. Igualmente, el sindicado podía condicionar el acuerdo a la concesión de la condena de ejecución condicional. Si el Juez improbaba el acuerdo o este no llegaba a concretarse tanto aquel como el fiscal que había participado en la audiencia debían separarse del conocimiento del caso y las manifestaciones del sindicado se tendrían como inexistentes.

Este antecedente es importante de cara a la Ley 906 de 2004, sobre todo cuando no se aprueba un preacuerdo por la inexistencia de un mínimo de prueba, pues de alguna manera el Juez ya valoró los elementos de conocimiento que luego se convierten en prueba dentro del juicio y podría haber contaminado su imparcialidad.

Luego, el artículo 3 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, estableció que el procesado podía aceptar su responsabilidad en

los cargos formulados por el fiscal y solicitar que se dictara sentencia anticipada, haciéndose beneficiario de una disminución de una tercera o una sexta parte de la pena imponible, dependiendo de si la alegación de culpabilidad se producía en la etapa instructiva o en la etapa de juzgamiento. En ese sentido, el Juez debía dictar sentencia de acuerdo con los hechos aceptados y siempre que no hubiese un quebrantamiento de garantías fundamentales.

En 1996, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-425, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, declaró exequible esta disposición, porque: **a)** Era el Juez, que no el fiscal, quien dictaba la sentencia anticipada, garantizando el principio del Juez natural; **b)** La presunción de inocencia se mantenía incólume porque la culpabilidad no podía deducirse del solo reconocimiento de responsabilidad del procesado, sino que debía encontrar soporte en otras pruebas; **c)** Aunque el Juez no oía personalmente al procesado, si tenía el deber de verificar que su aceptación de cargos era voluntaria, libre e informada, amén de que se presumía la buena fe y lealtad procesal de los intervinientes, y; **e)** La sentencia anticipada permitía la tramitación pronta y oportuna del proceso, sin dilaciones injustificadas.

Esta misma normativa, en su artículo 4º, incluyó el nuevo artículo 37A en el Decreto 2700, donde quedó reglado que antes de la etapa de juzgamiento, el fiscal y el procesado podían consensuar la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia, a cambio de que le fuera reconocido al último una rebaja de pena de una sexta a una tercera parte. Sobre el comentado convenio, el Juez cognoscente podía, o bien acogerlo mediante sentencia, de resultar acorde con la ley y los derechos fundamentales del procesado, o bien improbarlo mediante auto, si encontraba reparos en lo relativo a su legalidad.

Los beneficios que aparejaba la sentencia anticipada y los de la audiencia especial no eran acumulables entre sí, pero sí lo eran respecto a todos los demás que tuviere el procesado.

Un aspecto interesante que vale resaltar es que las recientes discusiones respecto al alcance del control jurisdiccional de los preacuerdos reglados en la Ley 906 de 2004, tienen ya su génesis en las normas que se comentan. Como se señaló anteriormente, el artículo 4º, de la Ley 81 de 1993 **permitía una especie de control de legalidad sobre el acuerdo por parte del Juez.** La constitucionalidad de esa potestad fue cuestionada porque se quería hacer del acuerdo confeccionado entre el fiscal y el procesado un hecho definitivo e inexpugnable, sin control judicial alguno. La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-394 de 1994, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, encontró la norma exequible, en la medida en que el contenido del acuerdo se refería a cuestiones que pertenecían al ámbito de competencia del Juez, y por tanto, era este el llamado a decidir sobre esos aspectos.

Finalmente, el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 mantuvo en términos similares el mecanismo de la sentencia anticipada contemplado en el artículo 3º, de la Ley 81 de 1993. En efecto, por la aceptación unilateral de los cargos por parte del procesado, este recibía un descuento punitivo de una tercera o de una sexta parte de la pena, deducida de la dosificación que realizara el Juez. Este Código no reguló una institución análoga a la audiencia especial.

Sin embargo, en sus artículos 413 a 418, estableció unos beneficios por colaboración, acordados entre la Fiscalía y las personas investigadas, juzgadas o acusadas, con aprobación posterior del Juez, siempre que dicha colaboración condujera a la identificación de dirigentes o cabecillas de empresas criminales, la identificación de bienes y fuentes de financiación de aquellas o la localización de personas secuestradas o desaparecidas. Los beneficios podían consistir en una disminución punitiva o en un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

El actual Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004) establece dos mecanismos diferenciables de justicia premial, a saber:

Por un lado, se encuentra la institución del allanamiento a cargos, entendido como un acto de disposición del sujeto pasivo de la acción penal, mediante el cual, acepta o admite la pretensión punitiva y los hechos que le sirven de sustento, a cambio de una rebaja de pena que se deduce una vez individualizada, y cuya proporción depende del momento procesal en que se produzca: la rebaja de pena será hasta la mitad de la pena imponible en la audiencia de imputación, hasta de una tercera parte en la audiencia preparatoria y hasta de una sexta parte si la aceptación es en el juicio oral. O sea, entre más temprano se acepten los cargos, mayor será la rebaja.

El allanamiento implica la renuncia al derecho a guardar silencio, a un juicio oral con todas las garantías y releva a la Fiscalía de la demostración de los hechos investigados en juicio.

El fundamento normativo del allanamiento a cargos se encuentra en los artículos 8, letra i), 131, 288, numeral 3, 293, 351, párrafo 1º, 356, párrafo 5º, 367 y 368 y su naturaleza y características son semejantes a la sentencia anticipada de los anteriores códigos, lo que ha permitido aplicar sus efectos en virtud del principio de favorabilidad, a casos fallados en vigencia de dichos códigos. (Corte Constitucional, sentencia T-356 de 2007).

Por otro lado, está la institución que ocupa nuestro estudio: los preacuerdos reglados en los artículos 348 a 354, que se pasa a analizar en el siguiente acápite.

2. Los preacuerdos en la Ley 906 de 2004.

Fundamento normativo y definición.

Los artículos 348 a 354, contenidos en el Título II, del Libro III, de la Ley 906 de 2004, regulan la institución de los preacuerdos bajo la denominación de

Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. Igualmente, otras normas de carácter penal regulan aspectos puntuales de los preacuerdos, especialmente en cuanto a prohibiciones o límites en su celebración.

No hay una norma que indique qué debe entenderse por preacuerdos. Sin embargo, de las expresiones empleadas por las normas que los articulan, tales como adelantar conversaciones, entre el fiscal y el imputado, a través de su defensor, terminación del proceso, se declarará culpable, a cambio de que el fiscal, elimine de su acusación alguna causal (Ley 906, 2004), podemos intentar la siguiente definición, en términos similares a la planteada por Bernal y Montealegre (2013, pp.887 -907): los preacuerdos son una transacción entre el fiscal y el procesado, asistido por su defensor, para, dentro de ciertos límites, llegar a una imputación determinada que implique un trato punitivo menos severo y la terminación anticipada del proceso.

La Fiscalía General de la Nación ha resaltado que

Los acuerdos entre la Fiscalía y el procesado buscan agilizar y hacer más efectiva la justicia a través del otorgamiento de ciertos beneficios a las personas que colaboren con esta. Ello permite resolver más rápidamente el conflicto penal. (2006).

Decimos que los preacuerdos operan como una transacción, porque aparte de suponer una deliberación previa, implican concesiones recíprocas entre las partes; el procesado cede algunos de sus derechos, como el de tener un juicio con todas las garantías y el fiscal otorga algún beneficio punitivo al que no estaría obligado en otro escenario. Resaltamos que el imputado debe estar asistido por su abogado, como lo regla el artículo 354 de la Ley 906 de 2004, porque solo él puede darle un consejo calificado para que el preacuerdo se presente como el mejor camino posible conforme las circunstancias concretas de cada caso. También hacemos referencia a que esos preacuerdos tienen límites, porque la facultad del fiscal es una potestad reglada por la ley, y, por lo tanto, los términos de la negociación no están sometidos a su capricho o arbitrio. Igualmente, afirmamos que esas deliberaciones de las partes tienen por objeto consensuar

una imputación determinada, porque generalmente dicen relación con el hecho histórico que se atribuye al imputado y la denominación jurídica que ese hecho recibe, siempre en procura de un trato punitivo más benigno (suprimir una agravante, dar otra adecuación típica, etcétera). Finalmente, indicamos que los preacuerdos implican una terminación temprana del proceso, porque, en todo caso, se deben materializar antes de la evacuación del juicio oral.

Esta institución de la justicia negociada se concibió como un pilar fundamental en el nuevo procedimiento penal con tendencia acusatoria, desarrollado en la Ley 906 de 2004. El Legislador colombiano partió de una constatación empírica: la mayoría de las causas criminales quedaban impunes, no llegaban a juicio, por la congestión judicial y las complejidades del sistema, desprestigiándose así la administración de justicia. Ante esa premisa empírica se concibió la figura de los preacuerdos, para que la mayoría de los casos criminales se resolvieran antes de la etapa de juzgamiento y hubiese pronta justicia¹. (Acosta y Sierra, 2004).

Para ese propósito, se expidió unas pocas semanas antes de la promulgación de la Ley 906 de 2004, la Ley 890 de 2004, mediante la cual se efectuó un incremento significativo y general de las penas de todos los delitos, para que los fiscales tuvieran un mayor margen de maniobra al momento de negociar la imputación y sus consecuencias, sin que se el preacuerdo afectara la proporcionalidad de la pena finalmente a imponer, es decir, sin que el preacuerdo resultara en una pena muy baja en atención a la gravedad y naturaleza de los hechos. La Corte Suprema, en su momento, aclaró que, por lo anterior, el incremento de penas de la Ley 890 de 2004, solo era predicable de los delitos cuya investigación y juzgamiento se tramitaran bajo las reglas de la Ley 906 de 2004, porque era ese cuerpo normativo el que reglaba los preacuerdos. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 33.254, 2012).

También es importante resaltar que el origen de los preacuerdos se encuentra en la figura del *plea bargaining* del sistema legal de Estados Unidos, al cual se le atribuyen los beneficios de la celeridad en la resolución del conflicto, la

disminución de los cargos, la reducción de la gravedad de las imputaciones y el evitamiento del escarnio público del acusado (Carmelo Tequia, M., Bajonero Hurtado, L., Fuentes López, D., p. 144).

La materia de los preacuerdos: Los términos de la imputación y sus consecuencias.

El núcleo de los preacuerdos se refiere precisamente a los aspectos que pueden transigir las partes, o sea, a su materia. En otras palabras: se trata de definir qué puede otorgar el fiscal para que el imputado acepte llanamente los cargos y se termine de una vez el pleito. El Legislador Nacional distinguió en los artículos 350 y 351 del actual Código de Procedimiento Penal, de forma desordenada y poco sistemática, varias hipótesis, que paso a compendiar:

Una primera modalidad de preacuerdo que puede recaer sobre los términos de la imputación, según el artículo 350, párrafo 1º.

Una segunda modalidad de preacuerdo que consiste en que el fiscal elimina de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, a cambio de que el imputado se declare culpable del delito imputado (artículo 350, párrafo 2º, ordinal 1º). Así, de dos delitos imputados, por ejemplo, homicidio en concurso con porte ilegal de armas, el fiscal podría suprimir el segundo reato, que es el menos grave.

Una tercera hipótesis, en la que el preacuerdo puede consistir en que el fiscal tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena, a cambio de que el imputado se declare culpable del delito atribuido (artículo 350, párrafo 2º, ordinal 2º). Esta modalidad de preacuerdo se refiere a la calificación jurídica o al juicio de valor que hace el fiscal para hacer encajar unos hechos históricos que son tema del proceso en algún tipo penal. Por ejemplo, si X hace llamadas telefónicas a Y, exigiéndole entrega de dinero, so pena de dar muerte a su hijo, el fiscal podría adecuar esos precisos

hechos, con cierto margen de apreciación, en un constreñimiento ilegal, en vez de una extorsión, que es un delito más grave.

La Corte Constitucional, en sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas, precisó el alcance de esta tercera hipótesis, indicando que la disposición no le entregaba al fiscal la facultad de crear nuevos tipos penales, porque solo el legislador, en virtud del principio democrático y de reserva legal, tiene la potestad de configuración de conductas punibles. Seguidamente, la Corte precisó que debido al principio de legalidad o tipicidad estricta en materia penal, el fiscal sólo podía darles a los hechos investigados la calificación jurídica que correspondía según la ley preexistente. Esta premisa sirvió de soporte, 3 lustros después, para fundamentar la sentencia SU-479 de 2019, de la que nos ocuparemos más adelante.

Igualmente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, haciendo suyas las consideraciones del tribunal constitucional, en la sentencia SP2073 – 2020 de 24 de junio de 2020, radicación 52.227, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, distinguió cuatro subtipos de esta tercera modalidad de preacuerdos que implicaban adecuación típica, a saber:

Unos preacuerdos en los que el fiscal cambia la calificación jurídica inicial, pero sin tener sustento fáctico ni probatorio. A modo de ejemplo, el fiscal afirma que el delito imputado fue cometido en un estado de ira o intenso dolor, pero sin que exista un relato circunstanciado, soportado en evidencias, de la conducta grave e injusta de un tercero, de la violenta alteración anímica del autor y de la relación causal entre la conducta ajena y la reacción violenta que desembocó en el crimen. Según la Sala de Casación Penal, estas negociaciones no están permitidas en nuestro ordenamiento jurídico, por las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 de 2019.

Otros preacuerdos en los que el fiscal, sin modificar ni la calificación jurídica ni los hechos probados, pide aplicar al caso concreto, una norma que no es aplicable, pero con el único fin de disminuir la pena. Por ejemplo, A cometió en calidad de

autor un homicidio agravado, es condenado por ese delito, pero a efecto de rebajarle la pena, se pide que se aplique la norma que regula la complicidad y no la autoría, para que la pena se le disminuya de una sexta parte a la mitad.

Y, por último, unos preacuerdos que implican un cambio en los hechos soportados en evidencias y que aparejan una modificación en la adecuación típica. Esta modalidad que distingue la Corte resulta bastante confusa, o mejor en un contrasentido, porque lo cierto es que, si la hipótesis factual con la que primigeniamente trabajaba el fiscal resulta modificada por los nuevos elementos de juicio que acopia, el ajuste en la denominación jurídica de esos hechos devendrá, no por la vía de una negociación con el imputado, sino porque legalmente está obligado a calificar esos hechos conforme lo establezca la ley. Para decirlo con una elipsis: el cambio es el producto de las pruebas, no de la negociación.

También aludió la Corte, de forma tangencial, a los preacuerdos en que el fiscal, sin cambiar los hechos, puede modificar su denominación jurídica.

La jurisprudencia también ha realizado interesantes elucubraciones respecto a los preacuerdos que atañen a la pena. En una muy polémica providencia, la AP4809 – 2019, radicado 55.954, con ponencia del Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló que el párrafo 1º, del artículo 351 y el artículo 352, del Código de Procedimiento Penal, son las normas que exclusivamente se ocupan de las negociaciones sobre las penas imponibles. Por la relevancia de esa decisión, es pertinente hacer unos breves comentarios sobre la misma.

Los hechos y el trámite del proceso admiten este resumen: Al Juez X, le fueron entregados en calidad de depósito, unas alhajas y joyas de mucho valor, cuyo dominio se había declarado extinto en favor del Estado. Las alhajas se extraviaron en lugar del despacho, donde el Juez X las custodiaba. Las partes llegaron al siguiente preacuerdo: el Juez X se declaraba culpable del delito de peculado culposo, a cambio de recibir las penas mínimas de prisión y multa, y la

eliminación de la pena principal de inhabilidad para ejercer funciones públicas. Cuando el caso llega al conocimiento de la Corte, esta sostuvo que (i) Es el párrafo 1º, del artículo 351, el que se ocupa de los preacuerdos en cuanto a penas se refería, en concordancia con el artículo 352; (ii) esas normas refieren que podrá pactarse una rebaja de pena prevista en la ley, pero no alude a la eliminación de la sanción; (iii) por lo tanto, las partes no podían pactar, como lo hicieron, la eliminación de la pena principal de inhabilidad para ocupar cargos públicos; (iv) cuando el párrafo 2º, de ese mismo artículo 351 se refería a las “consecuencias” de los hechos imputados, estaba aludiendo a consecuencias distintas a la pena, como la forma de su ejecución (prisión domiciliaria o suspensión condicional de la pena) o sobre las reparaciones a la víctima; (v) además de que, la supresión de esa pena principal, violaba directamente el artículo 122 de la Carta Política y la interpretación que de esa norma había dado la Corte Constitucional en la sentencia C-652 de 2003, en virtud del cual, a los delitos que comprometieran el patrimonio estatal debe imponérseles la pena de inhabilidad tantas veces citada.

Igual de interesante que el razonamiento de la mayoría de la Sala Penal en el fallo que se comenta son las razones vertidas en el salvamento de voto presentado por el Magistrado Eugenio Fernández Carlier, de las cuales vamos a retomar estas dos: (i) El párrafo 1º, del artículo 351 se refiere es a la institución de los allanamientos y no de los preacuerdos. En algunas ocasiones, la Corte ha tratado de asimilar las dos instituciones, al decir que el allanamiento también es en último término, un acto “bilateral”, porque el fiscal presenta su pretensión punitiva y el imputado la acepta. En nuestra opinión, a decir verdad, la propia redacción de esa norma se presta para esa interpretación, porque luego de indicar que el imputado puede aceptar los cargos que se le atribuyen, dice que ese “*acuerdo...se consignará en el escrito de acusación*”. (ii) El párrafo 2º, del artículo 351, dice que los preacuerdos pueden recaer sobre “*los hechos y sus consecuencias*” y es dable entender, que esas consecuencias incluyen las punitivas, de tal forma que la eliminación de alguna o algunas de ellas, tiene su fundamento allí, siempre que no implique impunidad, como cuando se elimina la única pena prevista para el delito o

cuando se elimina la pena de prisión de las varias penas principales contempladas para determinado delito.

Es preciso traer a colación, en el tema de los preacuerdos que conciernen a la pena que el artículo 370 de la Ley 906 de 2004 señala que el Juez no podrá imponer una pena superior a la solicitada por la Fiscalía, si se trata de un preacuerdo, y el párrafo final del artículo 61 del Código Penal, que fue adicionado por artículo 3º, de la Ley 890 de 2004, establece que en los preacuerdos no se aplica el sistema de cuartos de que trata esa norma.

Los preacuerdos que atañen a las “*consecuencias*” de los hechos imputados (párrafo 2º, del artículo 351), como lo explicamos a espacio arriba, se refieren, en últimas, a la forma de su ejecución (prisión domiciliaria o suspensión condicional de la pena) o a las reparaciones a la víctima. Sin embargo, somos de la opinión de que es razonable entender, que la locución “*consecuencias*” empleada por la norma, comprende la pena como tal, porque de forma genérica, la pena es precisamente la consecuencia jurídica más importante por la realización de una conducta punible.

Decimos que son desordenas las expresiones empleadas por el Legislador, porque bastaba con decir, de forma diáfana, que los preacuerdos pueden recaer sobre “*los términos de la imputación*” y “*sus consecuencias*”, e inmediatamente señalar unos estrictos límites legales, para abarcar todas las demás hipótesis. Como la imputación, conforme al artículo 288 de la Ley 906 de 2004, es una atribución que se hace a una persona de unos concretos hechos que se presentan con caracteres de delito, la expresión “*términos de la imputación*” para los efectos de los preacuerdos diría relación con la adecuación típica de los hechos que traiga una disminución de la pena (por ejemplo, la imputación de un constreñimiento ilegal en vez de una extorsión), la eliminación de agravantes o el reconocimiento de atenuantes genéricas o específicos de punibilidad (por ejemplo, la marginalidad o la extrema pobreza) o la atribución de la conducta en un grado de participación o ejecución más benigna (configurar una tentativa y no un delito acabado o reconocer una complicidad y no una autoría). Igualmente, la expresión “*y sus*

consecuencias” haría referencia a la pena a imponer, a los mecanismos sustitutivos de esta (suspensión condicional de la pena, prisión domiciliaria) y a las reparaciones de las víctimas.

En ese orden de ideas, las expresiones que se utilizaron en el Decreto 2700 eran más precisas y claras, porque indicaban con llaneza que el fiscal y el sindicato podían llegar “...a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible...”, o incluso, lo mismo puede decirse de las expresiones empleadas en la Ley 81 de 1993, en la medida en que allí se estableció que se podía consensuar “*la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia*”.

Lo explicado hasta el momento es coherente con la interpretación que de la materia de los preacuerdos ha efectuado la Corte Suprema de Justicia. Esa Corporación ha razonado así:

El preacuerdo, para hacer únicamente a la situación planteada en la demanda, tiene como objeto finar “los términos de la imputación” (artículo 350 ídem)...En consecuencia, deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas, entre otros aspectos, el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3,4,5,6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema (artículo 56), la ira o el intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de causales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones

conlleven circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 25.389, 2006).

Finalidades y restricciones de los preacuerdos:

Una primera e importante restricción, que no está señalada en la ley, pero sí la resalta parte de la doctrina, consiste en que si el fiscal tiene plena prueba de la responsabilidad, no es posible llevar a cabo preacuerdo alguno (Riveros, 2008. p. 198).

De conformidad con el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, los preacuerdos tienen unas finalidades específicas que atan la actuación del fiscal, porque sólo los podría propiciar en la medida en que cumpla alguno de aquellos. Igualmente, esos fines sirven de límites en la materia de los preacuerdos. Pasemos a explicarlos:

Una primera finalidad hace referencia a humanizar la actuación procesal y la pena. En una definición de diccionario, humanizar quiere decir hacer humano, familiar y afable a alguien o algo, o ablandarse, desenrojarse, hacerse benigno. Para el proceso y los preacuerdos, la humanización hace referencia a la indulgencia, a quitarle cierta gravedad al sufrimiento que se irroga con la pena. (Corte Constitucional, sentencia SU-479 de 2019). Igualmente, los preacuerdos representan un espacio de encuentro, deliberante y pacífico, en el que se reconocen la víctimas, los victimarios y el Estado, humanizando el proceso penal (Gómez Velásquez, R. Castro Caballero, F., 2009, pp. 16 y 17). Este fin, visto desde una perspectiva constitucional, debe interpretarse considerando el estado de cosas inconstitucionales que se ha predicado de los establecimientos carcelarios en Colombia y los efectos que se pueden generar en el reo cuando se le impone una sanción de larga duración.

Otra finalidad de los preacuerdos dice relación con la de obtener pronta y cumplida justicia, es decir, que los problemas sociales que origina el delito se resuelvan de forma rápida, sin que el procesado y la víctima afronten todas las cargas del proceso penal.

Activar la solución de los conflictos sociales del delito, es decir

les corresponde asegurar la imposición de una pena como consecuencia de la condena al delinciente; de esta manera “la sociedad recobra la confianza en el Derecho, el Estado economiza costos humanos y patrimoniales, al ofendido se le colma su interés de justicia y reparación y, por su parte, el condenado asegura una rebaja en el monto de la pena. (Corte Constitucional, sentencia SU-479 de 2019).

La doctrina también entiende que el derecho penal sólo puede ser una parte de la solución de los conflictos sociales (Bernal y Montealegre, 2013, pp. 887 a 907).

Como tercera finalidad, la Ley 906 de 2004 señala la de propiciar la reparación integral de los perjuicios. Sin embargo, el párrafo final del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, regla que, las reparaciones preacordadas pueden aceptarse o rechazarse por las víctimas, y en este último caso, pueden reclamar esas reparaciones por las vías judiciales pertinentes.

Igualmente, se señala en la normativa que se explica, la de lograr la participación del imputado en la definición de su caso, que dice relación con la intervención de aquel en la construcción de la verdad y así mismo recibir un trato benevolente.

Y como última finalidad, se encuentra la de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento, es decir, que la mayoría de las causas penales puedan tramitarse con prontitud y no queden impunes, dando prestigio o buena fama a las instituciones de justicia. En algunos fallos que han improbadado preacuerdos, se ha hecho alusión a que la concesión desproporcionada, sin límites, de beneficios por la vía negociada, desprestigian la justicia. En ese

sentido, el prestigio en los preacuerdos haría referencia a la proporcionalidad de la pena negociada o a que los preacuerdos no impliquen impunidad.

Por otro lado, aparte de las restricciones que implican por sí mismas los fines expuestos (no se puede celebrar un preacuerdo que desprestigie la justicia, por ejemplo) y de las reglas de la jurisprudencia (no se puede preacordar el cambio de calificación jurídica sin base fáctica y probatoria, no se puede eliminar una pena principal) existen otras restricciones o prohibiciones diseminadas en distintas normas. Veamos:

El párrafo 2º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, establece una prohibición de otorgar una pluralidad de beneficios mediante los preacuerdos, al señalar que *“Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena a imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”*. Así, por ejemplo, no se podría conceder la inclusión dentro de la adecuación típica una causal de menor punibilidad como la ira o el intenso dolor, además de pactar una rebaja de pena adicional en un porcentaje particular.

El numeral 7º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 señala que no es posible realizar preacuerdos tratándose de ciertos delitos como el homicidio doloso, las lesiones personales dolosas, los delitos sexuales o el secuestro contra niños, niñas y adolescentes. Tampoco se pueden celebrar preacuerdos en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

El artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, por su parte, estableció que en los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no habrá lugar *“...ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz”*.

El artículo 5º de la Ley 1761 de 2015, prohíbe celebrar preacuerdos en el delito de feminicidio tipificado por esa misma Ley.

El artículo 349 de la misma Ley 906 de 2004, prohíbe la celebración de preacuerdos en aquellos delitos que impliquen un incremento patrimonial para el infractor, hasta en tanto reintegre el 50% del valor de ese incremento y asegure el recaudo del otro 50%. Esta restricción se aplica, según reza su texto, a todo delito en el que el sujeto activo obtiene un incremento patrimonial fruto de este, a guisa de ejemplo, los delitos contra el patrimonio económico (hurto, abuso de confianza, etcétera), o el narcotráfico, el lavado de activos, o algunos delitos contra la administración pública (peculado, cohecho, etcétera).

La constitucionalidad de esta norma fue cuestionada, argumentándose que establecía una discriminación en contra de las víctimas de delitos que no implicaba un incremento patrimonial del sujeto activo, por ejemplo, una lesión personal, pero en cuyo caso los preacuerdos sí podían celebrarse sin la exigencia de la reparación de los daños de las víctimas.

La Corte Constitucional en sentencia C-059 del 3 de febrero de 2010, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, encontró ajustado a la Carta Política el artículo 349 de la Ley 906, por las siguientes razones: a) de forma preliminar, esa Corporación indicó que la disposición cuestionada pretendía evitar que por la justicia negociada, los infractores lograsen asegurar el provecho ilícito de su actuar delictivo; b) en ese sentido, era fácil concluir que la disposición no constituía un privilegio para unas víctimas con exclusión de otras; c) además, la exigencia de reintegro no podía confundirse con la reparación integral de las víctimas, porque su cuantificación puede ser superior o porque el incremento puede no representar un correlativo detrimento de la víctima, amén de que su reconocimiento puede conseguirse por otros caminos judiciales, por ejemplo, a través del incidente de reparación integral. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 24.817, 2006).

Unas restricciones que merecen un comentario aparte son las establecidas en las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación. En efecto, el párrafo 2º, del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, establece que en los preacuerdos deben

observarse las directivas de la Fiscalía y las pautas trazadas como manifestación de la política criminal.

Recién expedido el Código de Procedimiento Penal de 2004, la norma en comento fue demandada por considerarla inconstitucional, porque se discutía que radicaba en cabeza del Fiscal General de la Nación la potestad reglamentaria del Presidente y porque sujetaba a los fiscales, ya no a la ley conforme lo prescribe el artículo 230 de la Carta Política, sino a las directrices de marras, afectando su imparcialidad e independencia.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas, declaró exequible el artículo 348 de la obra citada, porque, de acuerdo al artículo 251 de la Constitución, el Fiscal General de la Nación puede expedir directrices generales, en razón de los principios de unidad de gestión y jerarquía, y esas directrices no pueden vulnerar la autonomía, independencia e imparcialidad que ampara a los fiscales, en el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Dentro de esas directrices es del caso reseñar la Directiva número 001 de 23 de julio de 2018, expedida por el Fiscal General de la Nación, en la que se prohibió, en su punto II, letra B, numeral 1º, la posibilidad de preacordar las circunstancias de menor punibilidad de marginalidad, ignorancia o pobreza, cuando se trate de delitos que afecten los bienes jurídicos de la administración pública, la administración de justicia, la seguridad o la salud públicas.

Actuación ante el Juez: control de legalidad.

Dos momentos dentro del proceso penal fueron los contemplados por el legislador colombiano para producir los preacuerdos: un primer momento que va desde la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación (párrafo 1º, del artículo 350) y un segundo momento desde la acusación y hasta antes de que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral sobre su aceptación de

responsabilidad, pero en este caso la pena imponible solo se rebajará en una tercera parte (artículo 352).

Dentro de las deliberaciones que adelanten el fiscal y el imputado, es necesario que las víctimas sean informadas y escuchadas, sin que tengan un poder de veto sobre lo que se llegare a preacordar. Igualmente, el Juez del caso debe escuchar a las víctimas. Esto, porque la Corte Constitucional, mediante sentencia C-516 de 11 de julio de 2007, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, declaró exequibles condicionalmente los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que las víctimas serán oídas e informadas de la celebración de los preacuerdos por el fiscal y oídas por el Juez encargado de aprobarlo. Así mismo, la Directiva número 0010 de 11 de julio de 2006, emitida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual, se compilaron los derechos de las víctimas en el sistema penal acusatorio, estableció que en los preacuerdos las víctimas serán informadas y escuchadas, pero *“sin que su intervención constituya un poder de veto para su aprobación”*.

Si las partes celebran el preacuerdo, este debe ser presentado como escrito de acusación ante el Juez del conocimiento (párrafo 1º, del artículo 350).

Una vez el Juez competente tenga en su conocimiento la acusación producto del preacuerdo, debe llevar a cabo un control de legalidad, que incluye los siguientes aspectos:

Un primer aspecto que hace referencia a la aceptación libre e informada de cargos: La aceptación por parte del imputado de los cargos atribuidos en el preacuerdo debe ser el producto de una decisión libre, consiente, voluntaria, informada y espontánea, según lo ordenan artículos 293, 354 y 368 de la Ley 906 de 2004. Importante resaltar, que la aceptación implica, entonces, la renuncia al derecho de no auto incriminarse y a un juicio oral con todas las garantías (artículo 8, letra I, de la Ley 906 de 2004). Se trata, y esto no puede perderse de vista, de la renuncia a dos garantías de orden constitucional.

Un segundo punto relacionado con la prueba mínima: De conformidad con el párrafo final del artículo 327, el preacuerdo debe ser sustentado en un “*mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*”.

Para explicar este punto del mínimo de prueba, liminarmente puede decirse que dentro de la Ley 906 de 2004 existen varios estándares de prueba. Un estándar de prueba es una medida de convicción que debe alcanzarse o sobrepasarse para declarar la ocurrencia o no de un hecho jurídicamente relevante. Los artículos 79, 288, 336 y 381 señalan distintos estándares probatorios que se deben superar, atados a momentos procesales determinados: así para archivar las diligencias o proseguir la indagación el fiscal debe constatar que existan motivos o circunstancias fácticas de la tipicidad objetiva del hecho (Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2005); para hacer el juicio de imputación el fiscal debe, a partir de las evidencias, inferir “*razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”; para hacer el juicio de acusación, debe el fiscal arribar a la convicción “*con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*”, y para proferir una sentencia de condena, debe el Juez, a partir de las pruebas practicadas dentro del juicio oral, alcanzar un “conocimiento más allá de toda duda” sobre la responsabilidad penal del acusado.

Vale recordar que la doctrina más autorizada, como Parra Quijano (2009, pp. 822 a 835), explica que el estándar más allá de toda duda razonable establecido en los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal tuvo su consagración constitucional explícita, como una de las garantías del debido proceso, por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso de Samuel Winship de 1970, en donde se discutió si en las causas criminales se aplicaba ese estándar probatorio o el estándar de la preponderancia de la evidencia aplicable en los juicios civiles. Para el autor citado, el estándar de conocimiento significa llanamente que si no hay certeza objetiva de la conducta punible y la responsabilidad de, acusado, como autor o partícipe, no se puede condenar.

Indica, además, que certeza objetiva significa un conocimiento seguro, claro y evidente de las cosas, sin temor a errar, al cual se llega por medio de pruebas.

Pues bien, para evitar una aceptación de hechos sin culpabilidad y con el fin de que no se lesione el derecho a la presunción de inocencia del imputado, frente a un preacuerdo, debe el Juez, a partir de las evidencias, inferir la existencia de "*la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*". Agregamos, que la prueba mínima debe referirse a los elementos de una conducta típica, antijurídica y culpable, y a la autoría o participación, y no solo a la tipicidad, como reza literalmente la norma que se comenta, porque el comportamiento humano solo es punible con la configuración de todos los elementos dogmáticos de que trata el artículo 9 del Código Penal. Este mínimo de prueba es asimilable a la prueba sumaria del proceso civil, esto es, a aquellos instrumentos que permiten dar por probados con certeza determinados hechos, pero que aún no han sido controvertidos.

Un tercer asunto respecto del control sobre las garantías fundamentales: El párrafo 4º, del artículo 351, indica que los preacuerdos obligarán al Juez, siempre que no quebrante garantías fundamentales. Desde las sentencias de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia de 11 de diciembre de 2018, radicado 52.311 y de 5 de junio 2019, radicado 51.007, se estableció que los preacuerdos tienen un control material, que incluye temas como la tipicidad, la legalidad, el debido proceso, etcétera. Por ejemplo, el Juez puede verificar que la adecuación típica seleccionada por el fiscal corresponda a los hechos endilgados.

Verificados los anteriores supuestos, el Juez deberá aprobar o rechazar el preacuerdo presentado, decisión respecto de la cual caben los recursos ordinarios. Si finalmente el acuerdo es rechazado y el proceso debe continuarse, debe decirse que las deliberaciones que produjeron el acuerdo no pueden utilizarse en contra del imputado, conforme a una interpretación extensiva y favorable al procesado de la letra d), del artículo 8º, de la Ley 906 de 2004. Igualmente, consideramos que el Juez que rechazó el preacuerdo debe declararse

impedido, porque pudo conocer y valorar, antes del juicio, las evidencias y demás información relevante, afectando así su imparcialidad.

3. Cambio de calificación jurídica sin base fáctica ni probatoria: La sentencia SU-479 de 2019.

En el año 2019, la Corte Constitucional estudió dos casos cuyo tema central hacía referencia a los preacuerdos, que llegaron a su conocimiento al revisar dos acciones de tutela, dando lugar a la emisión de una extensísima sentencia de unificación, la SU-479 de 15 de octubre, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Díaz. Ese fallo causó una especie “estallido” en la práctica judicial de los preacuerdos, por nombrarlo de algún modo, y dio pábulo inicial a la presente investigación.

Repasemos los hechos que fueron estudiados en las acciones de tutela: en el primer caso, X había disparado a Y sin impactarlo, mientras Y conducía su vehículo automotor. X fue acusado de porte ilegal de armas y disparo de arma de fuego contra vehículo. La Fiscalía y el acusado acordaron que este aceptaría los cargos y a cambio se le reconocía la circunstancia de menor punibilidad de la marginalidad establecida en el artículo 56 del Código Penal, lo que le permitía disminuir la pena imponible hasta en una sexta parte del mínimo y hasta la mitad del máximo. Cuando se dosificó la pena, el acusado obtuvo una rebaja de 83% de esta.

En el segundo caso, ocurrió que una persona fue acusada de acceso carnal con una mujer mayor pero incapaz de resistir por sus deficiencias mentales. A semejanza de lo sucedido en el primer caso, la Fiscalía concedió la causal de menor punibilidad de la marginalidad, a cambio de que el imputado aceptara los cargos.

Recordemos, que las circunstancias de atenuación punitiva son aquellas que, sin modificar la estructura del delito, permiten al Juez imponer una pena menor de la que correspondería de no existir una circunstancia de esa naturaleza. Pueden ser genéricas, si se predicen de cualquier delito, como las contempladas en los artículos 56 (marginalidad, ignorancia o pobreza extremas) y 57 (ira o intenso dolor) del Código Penal, o específicas, si se predicen de tipos en particular, formando tipos privilegiados. (Reyes Echandía, 2017, pp. 275 – 276).

En ambos casos, la marginalidad como circunstancia que atenuaba la responsabilidad no aparecía narrada en la hipótesis factual de la imputación, ni tampoco se encontraba soportada en evidencia alguna. Se trataba simplemente, como parte de una práctica forense extendida, de la concesión gratuita de una circunstancia cuya presencia determinaba una disminución punitiva. En otras palabras, de una ficción, de una circunstancia inventada. Precisamente por esa ficción, los jueces de instancia improbaron los preacuerdos.

Para resolver los casos, la Corte se planteó dos problemas: primero, se preguntó si el Juez de conocimiento tenía potestad para rechazar un preacuerdo en la medida en que ese era un acto de postulación de la Fiscalía, y; segundo, inquirió sobre si una circunstancia de atenuación punitiva como la marginalidad, podía concederse como un beneficio en los preacuerdos, sin que tuviera soporte en los hechos probados.

Frente a la primera inquisición y luego de repasar tres posturas distintas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional se decantó por permitir un control material más o menos amplio sobre los preacuerdos, en temas como la tipicidad, la legalidad, las garantías fundamentales, los derechos de los intervinientes, las finalidades de los preacuerdos, etcétera. Lo anterior, porque ese control material no era incompatible con el principio de imparcialidad de Juez, ni con el principio acusatorio, ya que la pretensión punitiva continuaba en cabeza de la Fiscalía.

Superado el primer interrogante, la Corte abordó el segundo. Frente a este, concluyó que las circunstancias de atenuación punitiva sí debían estar narradas o contadas dentro de los hechos atribuidos al imputado, hechos que, valga decirlo, deben tener características de delito, además de estar probados con los elementos de juicio acopiados por el fiscal. No obstante lo extenso de la sentencia de la Corte, consideramos que una lectura transversal de la misma permite resumir sus premisas basilares así:

En virtud del principio de legalidad en materia penal, la adecuación típica debe corresponder, con cierto margen de discrecionalidad, con el núcleo fáctico de la imputación. Como lo anticipamos, esta premisa encontraba su antecedente en la sentencia C-1260 de 2005 emitida por esa misma Corporación, que comentamos en otro acápite y al cual nos remitimos en obsequio de la brevedad. Decir tan solo, que en ese fallo, la Corte aseveró que el fiscal no podía crear tipos penales y que a los hechos investigados sólo les podía dar la calificación jurídica que correspondía según la ley preexiste. En nuestra opinión, este argumento que atañe al principio de legalidad es el más importante en el tema que se discute.

Para satisfacer los derechos a la verdad de las víctimas y la sociedad, el preacuerdo debe construirse sin alterar los hechos tal como sucedieron. Este argumento, actúa en cierto sentido como derivación de la primera tesis, porque se afirmó en la sentencia, que si bien es cierto que la víctima no tiene derecho para *“exigir que la tipificación de los hechos responda estrictamente al relato fáctico objeto de la imputación o de la acusación”*, si se exige *“que exista una relación lógica entre la adecuación típica y los hechos”*.

Además se señaló que la concesión de esas circunstancias de menor punibilidad puede derivar en rebajas desproporcionadas y negar así una retribución justa.

Algunos preacuerdos, como los del segundo caso analizado, pueden tener impactos significativos en los derechos de las víctimas, cuando se trata de delitos graves, como la violencia sexual contra las mujeres y más si se trata de niñas u otros sujetos de especial protección.

Por todo lo dicho, se concluyó que los preacuerdos implican un poder discrecional reglado del fiscal y no una competencia arbitraria, que debe ejercerse buscando sus fines.

En un principio, en la práctica judicial se discutió si la sentencia SU - 479 de 2019 era un precedente sólo aplicable a los casos en que se discutía la aplicación de las circunstancias genéricas de menor punibilidad, específicamente la de marginalidad, que era la concedida por los fiscales en los casos objeto de estudio por el tribunal constitucional, y de ahí el origen de este trabajo, o incluso, si solo se aplicaba para casos de “*rebajas de pena desproporcionadas*”. Sin embargo, a partir de la sentencia SP2073 – 2020 de 24 de junio de 2020, con radicación 52.227 y ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, podemos afirmar que la regla se extendió así: cualquier preacuerdo que implique cambiar la calificación jurídica debe tener sustento en los hechos atribuidos al imputado y encontrar soporte en las pruebas. Pasemos a estudiar esa sentencia.

Los hechos de ese proceso fueron estos: en enero de 2009, los policías X y Y dieron muerte con arma de fuego a Z, que era una persona indefensa “*habitante de la calle*”. Fueron imputados por el delito de homicidio agravado y X se allanó a los cargos. Entre tanto, el fiscal hizo un preacuerdo con Y, mediante el cual, Y se declaró culpable del delito de encubrimiento en concurso con privación ilegal de la libertad, lo que le dio una pena de 64 meses, o sea, se le rebajó aproximadamente un 84% del mínimo contemplada para el homicidio agravado, que correspondía al reato primigeniamente atribuido por la Fiscalía.

De forma liminar, la Sala acreditó que la única hipótesis factual o relacionado con los hechos que encontraba fundamento en las pruebas correspondía al homicidio agravado y no al encubrimiento. En ese sentido, partió de la base de que el cambio de calificación jurídica no obedeció a una mutación de los hechos, que permanecían inalterables. Esa modalidad de preacuerdo en la que se modifica la adecuación típica, pero sin base fáctica ni probatoria, con el único propósito de

rebajar la pena, resultan inadmisibles, según la Corte, por los siguientes argumentos:

1. Violan el principio de legalidad, porque la calificación jurídica no corresponde con los hechos probados.
2. Pueden afectar el derecho a la verdad de las víctimas o incluso agraviarlas, como cuando se concede al imputado la causal de la ira o el intenso dolor para aminorar la pena, achacándoles a las propias víctimas un comportamiento injusto que no cometieron.
3. Significan una rebaja desproporcionada, desprestigiando a las víctimas. Los beneficios no pueden suprimir la casi totalidad de la pena que apareja el delito real y todos los beneficios punitivos tienen límites, trátase de preacuerdos, de allanamientos o del principio de oportunidad.
4. No se puede por la vía de los preacuerdos, eludir prohibiciones que dependen de la adecuación típica del comportamiento.
5. La discrecionalidad del fiscal en materia de preacuerdos puede dar lugar a inseguridad jurídica o a un trato desigual de los administrados, en la medida en que hechos iguales podrían recibir beneficios distintos según el criterio de cada fiscal.
6. El cambio de calificación jurídica puede dar lugar a discusiones frente a si los subrogados penales proceden en atención a la calificación real o la preacordada.
7. Frente a delitos graves contra personas vulnerables, la Fiscalía tiene mayores deberes.

Ahora bien, aun cuando el órgano de cierre en materia penal declaró inadmisibles la modalidad de preacuerdos que se comenta, sí dio su visto bueno a otro tipo de preacuerdos, en los que, sin cambiar la calificación jurídica ni los hechos probados, el fiscal le pide al Juez que aplique una norma en cuyo imaginario no

cabe el caso, pero solo para efectos de disminuir la pena. Por ejemplo, X mata a Y, es condenado como autor por el delito de homicidio, pero para disminuir la pena imponible, se le pide al Juez que aplique la norma de complicidad y no la de autoría. La Corte sostuvo que esta clase de preacuerdos respeta el principio de legalidad, porque el infractor es condenado por el delito real y su complejidad se centraría en la proporcionalidad de la rebaja de rebaja que comporta la norma que pide aplicarse.

En la problemática que alude al alcance del Juez para ejercer un control de legalidad sobre los preacuerdos, la Sala Penal igualmente se decantó por un control material y para defender esa tesis razonó así:

Es cierto que sobre la acusación no hay un control material, en la medida en que es un acto de parte de la Fiscalía. También es cierto que los preacuerdos se presentan como acusación; Sin embargo, mientras que la acusación se presenta para limitar el debate del juicio, el preacuerdo se presenta para que el Juez dicte una sentencia condenatoria y esa sentencia hace parte de la función jurisdiccional;

Así que, para emitir el fallo con base en el preacuerdo, el Juez debe verificar todos los presupuestos que le permitan condenar, con la diferencia, de que no tendrá que convencerse más allá de toda duda sobre la responsabilidad del procesado, porque le bastará el mínimo de prueba de que trata el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

4. Apuntes críticos de los fundamentos que impiden la modificación de la calificación jurídica sin base fáctica y probatoria.

En este acápite, nos centraremos en realizar algunos apuntes críticos en relación con las premisas que sirven de báculo, en la jurisprudencia de nuestras Cortes, para sostener que son inadmisibles las modificaciones de la calificación jurídica sin soporte fáctico y probatorio.

Respecto del principio de legalidad, La jurisprudencia entiende el principio de legalidad en su sentido clásico, esto es, que sólo el legislador puede decir qué comportamientos humanos son reprochables, para describirlos de forma clara y completa en una norma, y conminar su prohibición bajo la amenaza de una sanción penal. Sin embargo, también se ha entendido el principio de legalidad como la adecuación que debe existir entre los hechos probados y la norma aplicable a esos hechos. De ese principio, nuestros más altos jueces deducen que en los preacuerdos la selección de la denominación jurídica debe corresponder, con cierto margen de discrecionalidad, al núcleo esencial de los hechos.

Para el tema que comentamos, habría que tener en cuenta algunos parámetros, a saber:

Hay un argumento muy significativo en contra de lo sostenido por la jurisprudencia, el cual se enuncia así: si la modificación de la calificación jurídica obedece a evidencias recopiladas por el fiscal, ese ajuste solo puede obedecer, no ha una negociación entre las partes, sino al cumplimiento de la estricta legalidad. Si el fiscal encuentra demostrado que al reato se llegó por la concurrencia de los elementos que estructuran la ira o el intenso dolor, no debe ofrecer esa causal genérica de menor punibilidad como un beneficio al imputado, sino que debe reconocerla sin más como un cambio en la adecuación típica. Al respecto, puede consultarse la sentencia SP3002-2020 de 19 de agosto de 2020, radicación 54.039, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar.

Y es que, como lo ha ensañado la propia jurisprudencia constitucional, los preacuerdos constituyen un mecanismo de justicia consensuada que modula el principio de legalidad, que no es absoluto y admite algunas cortapisas en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, sostener esta postura de forma vertical haría impracticables los preacuerdos en la práctica judicial. Tan cierto es esto, que intuimos que la propia Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP2073 – 2020 que

comentamos arriba, procuró mantener a flote la institución premial, lanzando una especie de “*salvavidas*”, cuando dio validez a una modalidad de preacuerdos que sin modificar la denominación jurídica ni los hechos probados, permiten que el fiscal pida la aplicación de una norma que no es aplicable al caso, con el solo objeto de disminuir la pena. Así, si X estafa a Y, sin que el comportamiento punible se haya cometido en condiciones de marginalidad, el fiscal pedirá condena por el delito de estafa, pero solicitará al Juez, la aplicación del artículo 56 del Código Penal, que regula la causal de marginalidad, solo para que la punibilidad se aminoré. No hay que llamarse a engaño, aplicar una norma que no gobierna unos hechos concretos, como en el ejemplo propuesto, es llanamente infringir el principio de legalidad pregonado por la propia jurisprudencia.

No puede olvidarse que, ante la congestión de los despachos judiciales en nuestro país y la impunidad en que quedan muchas causas criminales, los preacuerdos implican una solución pragmática para acelerar y hacer más efectiva la administración de justicia;

Así las cosas, si para nuestro ordenamiento procesal penal, las ficciones pugnan o riñen con el principio de legalidad, de tal forma que son irreconciliables, como pareciera que es el sentir de nuestros jueces, debería articularse por el Legislador colombiano, un sistema de rebajas tarifadas dentro de los preacuerdos que consulten criterios ciertos de proporcionalidad; esto es, que a partir de unos hechos probados y la selección correcta de la denominación jurídica, se indique con claridad unos parámetros que señalen hasta dónde puede reducirse el *quantum* de la pena, qué penas pueden suprimirse y cuáles no, y en qué casos puede ejecutarse de una forma más benigna (prisión domiciliaria, suspensión condicional de la pena).

Frente al derecho de la verdad de las víctimas y de la sociedad se sostiene que los preacuerdos deben construirse sobre la verdad de los hechos, sin alterarlos, para garantizar el derecho a la verdad de las víctimas e incluso de la colectividad

toda, cuando se trata de violaciones sistemáticas de derechos humanos. La locución “*verdad*” debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es, que existe una correspondencia o adecuación entre una proposición y las cosas a las que se refiere esa proposición. Así, si se dice que la nieve es blanca, esa proposición solo será verdadera si en la realidad la nieve es blanca.

Para el mundo del proceso judicial, la verdad haría relación a la correspondencia entre los hechos tal como sucedieron por fuera del proceso y los hechos que se reconstruyen dentro del este. Si en la realidad X mató a Y y dentro del proceso las pruebas demuestran que X mató a Y, entonces podemos decir que ese proceso produjo verdad. En ese sentido las pruebas serían instrumentos para reconstruir en el mundo del proceso, los hechos tal como sucedieron en la realidad. De esta forma, aun cuando desde antaño se ha tratado de achicar la noción de verdad para el proceso judicial, llamándola algunas veces verdad formal o procesal o relativa, aduciendo una imposibilidad teórica o práctica para alcanzar la verdad real o verdadera (Parra Quijano, 2009, p. 149-150), lo cierto es que nuestro ordenamiento procesal penal sí acoge el criterio de verdad real que expusimos arriba.

El artículo 5º de la Ley 906 de 2004, expresamente prescribe que “*los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia*”. Pero además, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-396 de 23 de mayo de 2007, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, enseñó que el fin del proceso penal, como el de cualquier otro proceso, es conseguir la verdad o por lo menos la mayor aproximación posible a la verdad, o sea, reconstruir los hechos tal como tuvieron ocurrencia y sobre ellos aplicar las normas jurídicas. Sostuvo la Corte que nuestra Carta Política no es indiferente al respecto, porque siendo la justicia un valor fundamental del ordenamiento, la búsqueda de la verdad dentro de aquel es una condición previa para que se pueda concretizar esa justicia. Esta sentencia se produjo dentro de la discusión de si la prohibición impuesta al Juez de conocimiento de no poder decretar pruebas de oficio (artículo

361, CPP), contravenía el propósito de buscar la verdad para poder administrar justicia.

Sin embargo, también explicó la Corte, que la verdad real no tiene carácter absoluto dentro del proceso penal, como no lo puede tener ningún valor o derecho dentro del constitucionalismo moderno, porque esa verdad tiene unos causes por donde puede ser conseguida, que en cierto modo la limitan, como son los derechos fundamentales de las personas, las garantías propias del debido proceso, las prohibiciones de prueba, etcétera. En ese sentido, y con miras a que la verdad real no tiene carácter absoluto dentro del proceso, no vemos cómo ciertas modificaciones en la calificación jurídica dentro de los preacuerdos no puedan servir como un mojón o límite razonable de esa verdad. Piénsese que basta con que los hechos probados queden suficientemente claros para todos los intervinientes (si X mató a Y, que se declare judicialmente que X mató a Y), pero que se le conceda al imputado cierta adecuación típica (por ejemplo, la marginalidad), para que acepte cargos y se termine el proceso, pero dejando claro que esa adecuación obedece a una ficción con un propósito específico (rebajar la pena, terminar el proceso), que en nada muta la verdad real que arrojan las pruebas.

La discrecionalidad reglada de la Fiscalía en los preacuerdos: Se afirma que los preacuerdos que venimos comentando riñen con la discrecionalidad reglada de la Fiscalía, en el sentido de que en ese tipo de negociaciones el ente acusador no actúa a su arbitrio, no puede hacer lo que quiera, sino que está sujeto a reglas, con cierto margen de maniobra. Esta premisa no resuelve nada, porque siendo indiscutible lo de figura de la discrecionalidad reglada, lo que nos interesa saber es si dentro de las reglas que gobierna al fiscal en la institución de los preacuerdos, hay alguna que prohíba la celebración de la modalidad comercial que convoca nuestra atención.

Afectación de derechos fundamentales en casos de delitos graves contra personas vulnerables: Aun cuando los casos estudiados por nuestras Cortes eran de superlativa gravedad, porque se trataba de un delito sexual y de un homicidio cometidos contra personas de protección constitucional reforzada (una mujer con disminución mental y un “habitante de la calle”), lo cierto es que la gravedad de los delitos no dilucida de fondo el problema que atañen estos preacuerdos. Es más, ni la Corte Constitucional ni la Corte Suprema de Justicia aseveran de forma categórica que no se puedan celebrar preacuerdos ante conductas que ofendan gravemente a la sociedad, por la potísima razón que eso es de la incumbencia del legislador, que ya lo ha hecho en puntuales hipótesis, como en los delitos sexuales u homicidio contra menores de edad o frente al terrorismo, al secuestro extorsivo, etcétera.

Frente a la desproporción de la rebaja punitiva debe señalarse que, en los casos juzgados por nuestras altas Cortes, los preacuerdos implicaron rebajas de hasta el 80% de la pena, y eso dio pábulo para que se afirmara que esa disminución era desproporcional, que no había una retribución justa, que supresión casi total de la pena se traducían en impunidad y en desprestigio para la administración de justicia, etcétera. Al respecto, algunos comentarios:

Una vez la Corte rechaza la eficacia de los preacuerdos en comento, ya sobra traer a colación que también son desproporcionados, porque de lo que no puede tener vida jurídica, no se puede predicar su proporcionalidad o no.

No obstante lo anterior, ninguna de las sentencias define sin que se preste a equívocos, que es una rebaja punitiva desproporcionada, librando a que sea cada fiscal, al ponderar las circunstancias de cada caso concreto, qué significaría una desproporción. Para unos eventos será el 30%, para otros el 40%, para otros rebajas superiores al 50%, etcétera. Así se genera el efecto contrario al deseado por los jueces, esto es, inseguridad jurídica y discriminación en el trato.

Algunas pautas o parámetros ofrece la Sala Penal de la Corte, para concretizar la proporcionalidad de las rebajas en los preacuerdos que sin cambio en la calificación y en los hechos, admiten la aplicación de normas que no gobiernan el caso, para disminuir la pena, señalando como tales, el momento de la actuación en que se realice el preacuerdo, el daño a las víctimas o su reparación, el arrepentimiento del procesado, la colaboración para el esclarecimiento de la verdad, el suministro de información para el procesamiento de otros autores o partícipes, etcétera. Sin embargo, consideramos que esos criterios, importantes en sí mismos, continúan siendo en exceso generales para poner diques al criterio individual de cada fiscal.

Para evaluar la proporción en los beneficios punitivos, podría aplicarse el test de proporcionalidad, que es un método que permite establecer si un criterio utilizado por cualquier autoridad que crea derecho es relevante, razonable y proporcionado. Esa prueba tiene como finalidad exigir que la autoridad creadora de derecho no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas, sino fundadas en un mínimo de racionalidad, esto es, que el poder sea ejercido de conformidad con la razón y no con la fuerza (Corte Constitucional, sentencias C-022 de 1996, C-1410 de 2001, C-093 de 2001, C-673 de 2001).

La Corte Constitucional ha verificado la existencia de diversas modalidades del test de proporcionalidad, que se distinguen por sus elementos, y que dependen del grado de intensidad en su aplicación. Esta modulación en la intensidad de aplicación de este método ha dado lugar a que se distinga el test en uno leve, uno estricto y uno intermedio.

Para justificar la modulación del test, se ha sostenido que el principio democrático y el principio de separación de poderes implican que el legislador goza de cierta libertad de apreciación y configuración política para regular múltiples asuntos, pero sometidos a los principios de la Carta Política. Ahora bien, en determinadas materias la Carta le confiere al Congreso de la República una amplia

discrecionalidad legislativa, eventos en los que el control constitucional es dúctil o suave; y en otros casos, la Carta Fundamental restringe el margen de actuación política o incluso prohíbe expedir determinadas normas, hipótesis en las cuales el control de constitucionalidad debe ser estricto o riguroso.

Recapitulando, puede decirse que la intensidad del test de razonabilidad es inversamente proporcional a la mayor o menor libertad de configuración que la Constitución otorga al legislador, sin que esto implique que la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones un poco inconstitucionales. (Corte Constitucional, sentencia C-093 de 2001).

La primera modalidad indicada del test de proporcionalidad, según su grado de intensidad, es la modalidad estricta o rigurosa. Esta modalidad se desarrolla en tres etapas, a saber: a) Análisis del fin: se determina la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. Dicho fin debe ser válido e importante a la luz de la Constitución, y además imperioso; b) Análisis del medio: Se establece si el medio empleado para establecer el trato desigual es adecuado o idóneo para alcanzar el fin constitucionalmente válido. Además, el trato desigual debe ser necesario, es decir, que no exista un medio menos oneroso o menos lesivo, en términos del sacrificio de otros valores y principios constitucionales, para alcanzar el mismo fin; c) Análisis de la relación medio – fin: en este punto se examina si el trato desigual es proporcionado, esto es, que no sacrifique valores y principios constitucionales que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato; o en otros términos, que los beneficios de la medida excedan claramente las restricciones sobre otros principios y valores constitucionales.

En este test riguroso existe una inversión de la carga probatoria y argumentativa, pues corresponde al autor del trato desigual justificar su constitucionalidad y se aplica en los siguientes casos, que no son taxativos: a) Cuando la ley limita el goce de un derecho fundamental a un determinado grupo de personas, por cuanto

La Carta Política otorga a todas las personas los derechos fundamentales (art. 13); b) Cuando la Const., señala mandatos específicos de igualdad, por ejemplo, el art. 19 sobre la libertad de cultos y de religión; c) Cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, ya que estas ameritan una especial protección del Estado; d) Cuando la diferenciación tiene fundamento en un criterio prohibido o sospechoso de discriminación, por ejemplo, cuando el trato desigual se funde en los criterios indicados en el art. 13 de la Const., en rasgos permanentes de las personas, de las cuales no puedan prescindir por su voluntad; en criterios asociados históricamente a prácticas discriminatorias; en criterios sobre los cuales, per se, no es posible efectuar una distribución racional y equitativa de derechos y deberes; cuando la medida cree un privilegio, etcétera. (Corte Constitucional, sentencias C- 093 de 2001 y C-673 de 2001).

Por otro lado, la modalidad leve o flexible del test de proporcionalidad, tiene dos etapas: a) Análisis del fin: el fin debe ser constitucionalmente válido; b) Análisis del medio: el trato desigual debe ser legítimo o no prohibido constitucionalmente; c) Análisis de la relación medio fin: el trato desigual debe ser tan solo un medio razonable o adecuado para alcanzar un fin constitucionalmente válido, pudiendo existir otras alternativas, incluso menos onerosas para alcanzar ese mismo fin.

En este método flexible o leve, se parte de la presunción de constitucionalidad de la medida, lo que hace que la carga argumentativa y probatoria pese sobre el demandante y se aplica por regla general, para ciertos casos, a saber: a) En materias económicas; b) En materias tributarias; c) Cuando se trata de política internacional; d) Cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; e) Cuando se trata de una norma preconstitucional derogada pero que aún surte efectos; f) Cuando prima facie no se aprecia una amenaza para el derecho o el principio en cuestión.

Finalmente, el test intermedio de proporcionalidad cuenta con dos etapas: a) Análisis del fin: el fin debe ser legítimo e importante constitucionalmente, debido a que promueve intereses públicos valorados por la Carta Política o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver; b) Análisis del medio: el criterio de diferenciación debe ser adecuado e idóneo para alcanzar el fin perseguido.

Esta última modalidad del test se aplica en especial: a) Cuando el trato desigual pueda afectar un derecho constitucional no fundamental; b) Cuando se trate de criterios semi sospechosos o “intermedios”, es decir, criterios ni absolutamente prohibidas ni absolutamente neutros desde la óptica constitucional, como por ejemplo la edad. (Corte Constitucional, sentencia C- 093 de 2001).

Los criterios expuestos para la determinación de la intensidad del test de proporcionalidad no son taxativos ni definitivos, porque dicha determinación depende de los elementos propios de cada caso concreto, los cuales debe ser ponderados por el intérprete en cada caso concreto, cuando hay colisión o choque de criterios.

Como los preacuerdos involucran atinentes al debido proceso de las partes y por intervinientes en el proceso penal, tales como, el derecho a la verdad de las víctimas, podría emplearse un test de proporcionalidad estricto o riguroso para evaluar los preacuerdos, el cual se desarrollaría en estas tres etapas conforme lo que se expuso: a) Análisis del fin: se determina la existencia de un objetivo perseguido a través del preacuerdo, como por ejemplo, la terminación pronta del proceso, la humanización de este, etcétera. Dicho fin debe ser válido e importante a la luz de la Constitución, y además imperioso; b) Análisis del medio: Se establece si el medio empleado (el beneficio punitivo) es adecuado o idóneo para alcanzar ese mismo fin constitucionalmente válido. Además, el preacuerdo debe ser necesario, es decir, que no exista un medio menos oneroso o menos lesivo, en términos del sacrificio de otros valores y principios constitucionales, para alcanzar

el mismo fin; c) Análisis de la relación medio – fin: en este punto se examina si el preacuerdo es proporcionado, esto es, que no sacrifique valores y principios constitucionales que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato; o en otros términos, que los beneficios de la medida excedan claramente las restricciones sobre otros principios y valores constitucionales.

Finalmente, respecto del control material de los preacuerdos, que es un asunto más procesal que sustantivo, compartimos en un todo, la actual postura jurisprudencial respecto de la cual, no obstante servir el preacuerdo de sustento para la acusación, el Juez sí tiene un control material sobre aquel, porque a diferencia de la acusación que llanamente se presenta para delimitar el debate que se adelantará en el juicio posterior, el preacuerdo se presenta para que el sentenciador dicte un fallo condenatorio, y ese dictamen es de exclusiva competencia jurisdiccional, debiendo verificar entonces el Juez que estén dados los presupuestos para emitir la condena que se le imprecia.

Sin embargo, esta tesis no basta para rechazar los preacuerdos bajo escrutinio en este trabajo, porque de lo que se trata de averiguar, es si dentro de ese control material adelantado por el Juez, existe alguna regla que le permita vetar esa modalidad de negociación.

5. Conclusiones.

A modo de cierre de este trabajo, paso a enunciar algunas conclusiones; con el propósito de que sirvan para posteriores investigaciones. Veamos:

- (i) La institución de los preacuerdos en la legislación penal colombiana no es una figura estrictamente nueva, que tuvo su génesis con el proceso de tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004. Aun cuando bajo los parámetros de esta Ley fue que cobró importancia en la práctica judicial de nuestro país, lo cierto es que ya estatutos penales antecedentes,

como el Decreto 2700 de 1991, contemplaban la posibilidad de que el fiscal y el procesado consensuaran acuerdos acerca de las circunstancias fácticas y sus consecuencias, como una forma de terminación anticipada del proceso penal, y su posterior sometimiento a la aprobación del Juez en una audiencia especial. El Decreto Legislativo 50 de 1987, que corresponde al Código de Procedimiento Penal anterior al Decreto 2700 de 1991, no establece una institución similar a los preacuerdos.

- (ii) Igualmente, algunas discusiones frente a la reglamentación actual de los preacuerdos ya habían sido ponderadas por la jurisprudencia anterior a la producida en vigencia de la Ley 906 de 2004. Por ejemplo, la sentencia C-394 de 1994 emitida por la Corte Constitucional, avaló un control material sobre los acuerdos realizados entre la Fiscalía y el acusado, en vigencia de la Ley 81 de 1993, aunque esta decisión no sirvió de base argumental en las decisiones adoptadas ya en vigencia de la Ley 906 de 2004.

- (i) La regulación que de los preacuerdos realizó el legislador colombiano de 2004, es desordenada y poco sistemática, dando lugar a interpretaciones disímiles en la práctica judicial y, en consecuencia, genera inseguridad jurídica. Se requiere una reforma legal que, a modo de ejemplo, establezca de forma diáfana, como lo hacían los estatuto adjetivos anteriores, que los preacuerdos pueden recaer sobre “*los términos de la imputación*” y “*sus consecuencias*”, para abarcar todas las hipótesis escrutadas en los casos concretos, e inmediatamente señalar con claridad unos parámetros que señalen hasta dónde puede reducirse el *quantum* de la pena, qué penas pueden suprimirse y cuáles no, y en qué casos puede ejecutarse de una forma más benigna (prisión domiciliaria, suspensión condicional de la pena).

(iii) Conforme al criterio actual de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal, los preacuerdos que impliquen una modificación de la calificación jurídica requieren sustento fáctico, o sea, esa modificación debe aparecer narrada en los hechos atribuidos al imputado, y encontrar soporte en los elementos de juicio acopiados por la Fiscalía. Esta regla, que en un principio se aplicó en los casos de concesión de causales genéricas de menor punibilidad, como la marginalidad y extrema pobreza, hoy en día se aplica para cualquier hipótesis que implique modificación de la calificación jurídica. Esa exigencia encuentra fundamento en el principio de legalidad, en el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad en general, en la discrecionalidad reglada de la Fiscalía, en la afectación de los derechos fundamentales en casos de delitos graves contra personas vulnerables, en la proporcionalidad de las rebajas de pena y en el control material sobre el preacuerdo por parte del Juez del conocimiento.

(iv) Las premisas que sustentan la imposibilidad de celebrar preacuerdos que impliquen una modificación en la adecuación típica, pero sin base fáctica ni probatoria, son por lo menos problemáticas: el principio de legalidad, sin ninguna modulación, tal como lo entiende la Corte Constitucional, pretende impedir cualquier tipo de ficción consensuada en los preacuerdos, haciéndolos impracticables. Tan cierto es ello, que la actual línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual se permite preacordar la aplicación de una norma que no gobierna el caso, con miras a disminuir la pena, es llanamente infringir el principio de legalidad pregonado por la propia jurisprudencia del tribunal constitucional. Por otro lado, preacordar una ficción jurídica para terminar prontamente el proceso penal, en nada riñe con el derecho a la verdad de las víctimas, siempre que se deje en claro que esa ficción no muta la verdad que arroja el material probatorio. La tesis referente al quantum de la rebaja de la pena que procuran los preacuerdos no dice relación propiamente a si es legalmente posible negociar ficciones

jurídicas, sino a la proporción que deben tener esas rebajas, para lo que podría acudir a la prueba de proporcionalidad o a una reforma legislativa, teniendo en cuenta parámetros tales como la gravedad de ciertos delitos o la calidad de vulnerabilidad de las víctimas. Los argumentos de la discrecionalidad reglada y del control material, no resuelven el problema porque no están en discusión las competencias del fiscal y del juzgador, sino que se trata de validar si dentro de esa discrecionalidad el fiscal puede preacordar ficciones jurídicas y de si dentro del control material existe alguna regla que permita prohibir esa particular modalidad de preacuerdos.

6. Referencias

Acosta Durán, J., Sierra Fajardo, O. (2020). Estado actual de los preacuerdos y justicia negociada en Colombia. Recuperado en: <https://cesjul.org/preacuerdos-y-justicia-negociada/>

Bernal Cuellar, J., Montealegre Lynett, E. (2013). El proceso penal. Tomo I. Fundamentos constitucionales y teoría general. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- (2013). El proceso penal. Tomo II. Estructura y garantías procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Camelo Tequia, M., Bajonero Hurtado, L., Fuentes López, D. La validez de los preacuerdos y negociaciones en el Sistema Penal Acusatorio en relación con la víctima indeterminada. Recuperado en <file:///C:/Users/Oscar/Downloads/4689-Texto%20del%20art%C3%ADculo-7890-1-10-20181212.pdf>

Congreso de Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Gaceta constitucional número 116 de 20 de julio de 2991.

- Decreto 2700 de 1991. Diario Oficial Año CXXVII N. 40190 de 30 de noviembre de 1991.
- Ley 81 de 1993. Diario Oficial 41.098 de 2 de noviembre de 1993.
- Ley 600 de 2000. Diario Oficial 44.097 de 24 de julio de 2000.
- Ley 599 de 2000. Diario Oficial 44.097 de 24 de julio de 2000.
- Ley 906 de 2004. Diario Oficial 45.658 de 21 de agosto de 2004.
- Ley 1098 de 2006. Diario Oficial 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

Corte Constitucional. Sentencia C-394 de 8 de septiembre de 1994. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

- Sentencia C-022 de 23 de enero de 1996. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-425 de 12 de septiembre de 1996. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-093 de 31 de enero de 2001, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-673 de 28 de junio de 2001. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.
- Sentencia C-652 de 5 de agosto de 2003. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-1154 de 15 de noviembre de 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

- Sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T-356 de 10 de mayo de 2007. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-1410 de 19 de octubre de 2010, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-059 de 3 de febrero de 2010. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia SU -479 de 15 de octubre de 2019. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia. (10 de mayo de 2006). Radicado 25389. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

- (22 de junio de 2006). Radicado 24.817. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- (27 de febrero de 2012). Radicado 33.254 Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.
- (30 de octubre de 2019). AP4809- 2019. Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa.
- (24 de junio de 2020). SP2073-2020. Radicado 52.227. Magistrada Ponente Magistrada Patricia Salazar Cuéllar.
- (19 de agosto de 2020). SP3002-2020. Radicado 54.039. Magistrado Ponente Patricia Salazar Cuéllar.

Fiscalía General de la Nación. (2006) Directiva 0010 de 11 de julio de 2006. Por medio de la cual se compilan los derechos procesales de las víctimas en el sistema penal acusatorio. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2016-DIR-0010-DERECHOS-PROCESALES-DE-VICTIMAS.pdf>

- (2018). Directiva 001 de 23 de julio de 2018. Por medio de la cual se adoptan lineamientos generales para imputar o preacordar circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 del Código Penal. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2018-DIRECTIVA-0001-PREACORDAR-CIRCUNSTANCIAS-ART-56-CP.pdf>

Gómez Velásquez, R. Castro Caballero, F. (2009). Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Recuperado en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Preacuerdos%20y%20negociaciones.pdf>

Parra Quijano, J. (2009). Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Reyes Echandía, A. (2017). Derecho Penal. Bogotá: Editorial Temis.

Riveros Barragán, J. (2008). Reflexiones teóricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004. Recuperado en https://www.javeriana.edu.co/revistas/Facultad/juridicas/universitas/UserFiles/Descargas/ediciones/116/7_Riveros.pdf