

NATURALEZA, LÍMITES Y ALCANCE DE LOS PREACUERDOS QUE CAMBIAN LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CONDUCTA

*Daniel Medina García**

Resumen: en nuestro sistema procesal penal vigente se introdujeron desde el año 2004 formas de negociar la culpabilidad para que, a cambio de la aceptación de cargos de los procesados, se otorguen beneficios como un cambio en la tipicidad de la conducta imputada. A pesar de que han pasado bastantes años, la jurisprudencia continúa con la tarea de precisar los alcances y la naturaleza de estas formas de negociación. Con este escrito se intenta dar un aporte a esta tarea atendiendo a la fundamentación constitucional y legal de los preacuerdos, toda vez que estas figuras se han abordado apelando al derecho comparado o al pragmatismo, ignorando que las decisiones de la Administración de Justicia solo están sujetas al imperio de la ley, no al funcionamiento de los procesos penales en otras latitudes ni a la conveniencia de ciertas decisiones.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en ciencias penales y criminológicas y en derecho procesal penal y magíster en derecho de la misma universidad. Correo electrónico: drdanielmedina@gmail.com.

Fecha de recepción: 17 de marzo de 2021.

Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2022.

Para citar el artículo: Daniel Medina García. “Naturaleza, límites y alcance de los preacuerdos que cambian la calificación jurídica de la conducta”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 43, n.º 115, julio-diciembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 11-72.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v43n115.02>.

Palabras clave: principio de legalidad; discrecionalidad; principio acusatorio; prevalencia del derecho material; acusación; control material de los preacuerdos.

ESSENCE, LIMITS AND SCOPE OF THE CHARGE BARGAININGS

Abstract: In our criminal procedural system exists since 2004 ways of plea bargaining that modify the charges attributed to the defendant. If the defendants plead guilty of their crimes, they can obtain benefits like a change in the typicity of the imputed conduct. Although our accusatory criminal procedure is a bit old, the jurisprudence continues with the task of defining and specifying the scope and essence of these ways of negotiating the declaration of guilt. In this document we try to make a contribution to this task according to the constitutional and legal grounds of the plea bargaining's, because these agreements have been explained appealing to comparative law or pragmatism, but it has been ignored that the decisions of the Administration of Justice are only subject to the rule of law, not to the operation of the processes penalties in other latitudes or to the convenience of its decisions.

Keywords: Rule of law; discretionality; accusatory principle; prevalence of material law; indictment; proof of guilty.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Los preacuerdos son el resultado de los consensos a los que pueden llegar las personas que se ven sometidas a la legítima persecución penal del Estado y las autoridades que se encargan de rastrear penalmente el delito o ejercer la acción penal, más particularmente la Fiscalía General de la Nación. Con estas figuras procesales se busca perseguir penalmente el delito e impartir justicia de manera más eficaz y eficiente, abreviando los procesos y teniendo la certeza de que se impondrá una sanción ante la comisión de un delito.

Con los preacuerdos también se propicia la participación de los procesados en la determinación de su responsabilidad penal para que, a cambio de un tratamiento menos represivo del Estado, los responsables de los delitos acepten cargos, presten colaboración para cumplir finalidades de política criminal del Estado y permitan que se administre justicia de manera pronta y sin mayores oposiciones.

Hay distintas clases de preacuerdos: unos buscan una rebaja de la pena en una proporción determinada en la ley y otros aplicar la ley penal de una manera menos gravosa. En el artículo 350 del CPP se regula esta última clase de preacuerdos, que es la clase de negociaciones de culpabilidad que abordaremos en este estudio.

Salvo la declaratoria de constitucionalidad condicionada de la sentencia C-516 de 2007 de la Corte Constitucional este artículo del CPP no ha sido modificado en su literalidad desde hace bastantes años, y sin embargo, ni la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ni menos la doctrina, han aclarado la naturaleza de esta clase de preacuerdos. Unos opinadores sostenemos que con estos preacuerdos la Fiscalía utiliza discrecionalidad política para perseguir delitos dentro del estricto marco de la ley¹, algunos doctrinantes consideran que con los preacuerdos se utiliza la discrecionalidad política para sancionar unas conductas aplicando las penas de otras conductas², y otros estudiosos del derecho señalan que este tipo de preacuerdos son una aplicación modulada, por no decir flexible, del principio de legalidad³.

En el artículo citado se prevén formas de preacordar muy heterogéneas: una busca perseguir penalmente delitos que tienen un tipo penal básico y la ley los califica con agravantes; otra persigue una pluralidad de delitos imputados a un procesado, y otra permite tipificar de manera diferente una conducta. Consideramos más problemática esta última forma de preacordar porque, dependiendo de la interpretación que se le dé a la norma, se prestaría para calificar de una manera menos ortodoxa una conducta, para reconocer de manera cuestionable atenuantes de una conducta punible o para declarar responsabilidad penal de una manera que podría poner en tela de juicio la legitimidad de la persecución penal del delito.

Es cierto que nuestro sistema procesal penal ha tenido tiempo para madurar sus instituciones, por lo que debería haber claridad respecto de la naturaleza y el alcance de los preacuerdos, pero la Corte Suprema de Justicia no ha mantenido una postura estable para precisarlos atendiendo a la fundamentación constitucional del proceso penal y el ámbito de competencias de sus intervinientes, pues esta alta Corporación ha mostrado en sus pronunciamientos un despliegue de erudición en temas de política criminal y de la conveniencia de los preacuerdos para solucionar conflictos que entrañan los delitos, pero ha dado en distintas épocas alcances diferentes al contenido del artículo 350 del CPP.

Por esas razones consideramos de utilidad explicar lo que pensamos que deben ser los alcances y la naturaleza de los preacuerdos regulados en el artículo 350 del CPP, centrándonos en la fundamentación constitucional del proceso penal y

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de julio de 2009, radicado 31280.

2 Nelson Saray Botero y Patricia Uribe Ramírez. *Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*. Leyer, 2017, p. 147 y ss., y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP2073-2020, radicado n.º 52.227 del 24 de junio de 2020.

3 Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Carlos Andrés Guzmán Díaz. *Instituciones procesales penales consensuales*, t. 1, *Allanamientos a cargos y acuerdos de culpabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, artículos 168 y 169.

de la persecución penal del delito, y la regulación legal de la figura. Para este fin emprenderemos una lacónica explicación de la parte dogmática de la Constitución aplicada al ejercicio de la acción penal y al proceso penal, para proseguir con una breve explicación del marco legal de los preacuerdos y concluir exponiendo cuál consideramos que debería ser el alcance de los preacuerdos regulados en el artículo 350 del CPP.

2. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Las negociaciones de culpabilidad, o preacuerdos, son actuaciones utilizadas al interior de un proceso penal para perseguir penalmente el delito de una manera más eficiente y eficaz. La persecución penal del delito al interior de un proceso penal es una forma de ejecutar la política criminal de un Estado y una actividad eminentemente estatal, por lo que debe estar orientada por los principios y valores que determinan el funcionamiento del Estado⁴ y del proceso penal.

Los principios y valores que orientan las actividades del Estado están previstos en la Constitución e irradian con sus contenidos axiológicos las instituciones y actuaciones del proceso penal. Entre estos contenidos podemos encontrar los siguientes.

2.1. Contenidos axiológicos de la Constitución

En el título “Principios fundamentales” la Constitución desarrolla contenidos axiológicos que inspiran al Estado. En su artículo 1.º dice: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Acto seguido, en el artículo 2.º señala:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y

4 Corte Constitucional, sentencia C-1287 de 2001.

demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

En el artículo 5.º se establece que: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

Estas prescripciones con contenido valorativo no son palabras intrascendentes, sino directivas orientadoras relevantes para determinar cómo debe actuar el Estado y, por ende, la forma como debe administrar justicia y ejecutar la política criminal.

La Constitución formula que Colombia es un Estado de derecho que reconoce “la primacía de los derechos inalienables”, fundado “en el respeto de la dignidad humana”, que busca “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...] y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Cuando hablamos de Estado de derecho nos referimos a un modelo de Estado que procura proscribir la limitación injustificada de derechos y libertades, y asegurar el respeto y la efectividad de los derechos humanos, la seguridad jurídica y el ejercicio justo y no arbitrario del poder⁵.

Estos fines loables se buscan de la siguiente forma:

– Sometiendo al Estado a leyes previamente establecidas, razonables, estables en el tiempo impersonales, abstractas y aceptadas democráticamente⁶. Para lograr esto el Estado debe actuar de conformidad con lo previsto en la ley y sin exceder los límites previstos.

– Organizando y regulando las competencias y funciones de las autoridades para limitar y circunscribir la capacidad de acción del Estado a lo que esté expresamente establecido en la ley⁷.

5 Luis Villar Borda. “El Estado de Derecho y Estado Social de Derecho”, *Revista de Derecho del Estado*, n.º 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 76; en sentido análogo Jacques Chevalier. *El Estado de Derecho*, Oswaldo Pérez Orozco (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 17 y 18.

6 Mauricio Fioravanti. *Constitución. De la antigüedad hasta nuestros días*, Madrid, Trota, 2001, p. 133.

7 Este contenido del Estado de derecho se observa en nuestra Constitución Política en el artículo 6.º que dice: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Aunque en principio las competencias y funciones del Estado deberían estar reguladas en la ley y la Constitución, es entendible que por encargo o delegación especial del legislador o el constituyente se permita a la Administración Pública regular las competencias y funciones de autoridades del Estado, sin que se invada la reserva de la ley ni se desborde la delegación del legislador o el constituyente⁸.

– Estableciendo la división y el control del poder estatal. La división del poder estatal consiste en separar el poder ejecutivo del poder legislativo y del poder judicial. Por su parte, el poder del Estado debe someterse a un control social, político y de legalidad y constitucionalidad⁹.

Los más llamados a ejercer el control de legalidad y constitucionalidad deben ser los jueces, pues su independencia e imparcialidad garantizan el sometimiento del poder del Estado a la Constitución y la ley, y la protección de los derechos humanos¹⁰.

Las anteriores disposiciones también advierten que nuestro Estado debe reconocer la existencia y primacía de la dignidad humana y de los derechos inmanentes de los seres humanos, y propender por garantizar su efectividad. Estas finalidades legitiman al Estado para que imponga su poder sobre los ciudadanos y pueda restringir o administrar sus derechos¹¹, por eso el Estado no debe actuar desconociendo los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino buscar su satisfacción.

La acción penal es una actividad propia del Estado y debe estar permeada por sus valores; es por eso que en un Estado de derecho es esperable que dicha acción se ejerza de la siguiente forma:

1. *Con sujeción a la ley.* Esto implica que se debe perseguir el delito: i) siguiendo los procedimientos previstos en la ley; ii) solamente por las razones establecidas en la ley y sin sustraerse de perseguir penalmente los casos que la ley ordena perseguir, y iii) aplicando la ley penal, es decir, atribuyendo las consecuencias previstas en la ley a los casos que se persiguen penalmente.

2. *Con separación de los órganos que administran justicia.* La función de perseguir el delito es una ejecución de la política criminal del Estado, y la función de

8 Ramón Madriñan. *El Estado social de derecho*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 50 y 51.

9 Manuel Reyes Aragón. *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 54 y ss.

10 Ibid., pp. 71 y 72.

11 Ramón Madriñan. Ob. cit., p. 43.

administrar justicia es una potestad que controla las actuaciones con las que se persigue el delito, por ello deben ser independientes.

3. *Tutelando los derechos fundamentales.* Se debe buscar la protección de los derechos de los afectados con la persecución del delito y la de los afectados con su comisión.

Por otra parte, nuestro Estado también está configurado como un “Estado Social de derecho” fundado en “la solidaridad [...] y en la prevalencia del interés general” que busca “servir a la comunidad, promover la prosperidad general”, y “asegurar la convivencia pacífica” y “el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

La satisfacción de estos fines demanda una intervención activa del Estado en la sociedad y la existencia de los medios necesarios para participar en ella y en la resolución de sus problemas¹². Esto implica que en ocasiones el Estado deba tomar decisiones que exigen experticia técnica o política¹³, verbigracia, la lucha contra la inseguridad ciudadana puede exigir conocimientos de sociología criminal.

Habida cuenta de ello, es conveniente afirmar que un Estado que propenda a alcanzar finalidades sociales, como la prosperidad general, la primacía del interés general o la convivencia pacífica debería contar con un aparato burocrático con conocimientos técnicos o políticos en distintas disciplinas¹⁴.

Para que dicho aparato burocrático pueda actuar de acuerdo con criterios técnicos o políticos es necesario que cuente con un ámbito de discrecionalidad que le permita proceder de manera autónoma dentro del marco de la ley, sin que un juez en ejercicio del control judicial le indique cuál es la forma más conveniente o adecuada, pues los jueces son funcionarios capacitados en temas jurídicos, pero no en temas técnicos o políticos¹⁵ y, de permitírseles determinar cuáles son las decisiones más convenientes y adecuadas para la sociedad, se les estaría autorizando a gobernar o a invadir las competencias de los órganos ejecutivos del Estado¹⁶.

12 Manuel Calvo García. “Transformaciones del derecho y crisis de la justicia”, *Revista de Derecho del Estado*, n.º 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 76 a 78.

13 *Ibid.*, pp. 88 y 89.

14 *Ibid.*, p. 88.

15 *Ibid.*, p. 89.

16 Federico Campoletti. “El control judicial de la actividad administrativa”, en Enrique Alonso Regueira (coord.), *El control de la actividad estatal*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 116.

En la ley se deben establecer unos marcos generales para los aparatos burocráticos técnicos de forma que no puedan actuar con facultades ilimitadas y exentos de control de legalidad; es por ello que los órganos burocráticos de un Estado bien podrían proceder con discrecionalidad dentro del margen de la ley, pero con estricto control judicial cuando desbordan los ámbitos de discrecionalidad que ofrece la ley o cuando utilizan sus facultades discrecionales para actuar con corrupción o desviación de poder¹⁷.

En este contexto, la administración de justicia debería buscar la satisfacción de finalidades sociales del Estado tales como la protección de los sujetos desamparados, la realización del interés general y la promoción de una convivencia pacífica. Para alcanzar estos fines el proceso penal no solo debería preocuparse por obtener una declaración de responsabilidad penal e imponer una pena, sino por resolver el conflicto social producido con el delito, obtener un restablecimiento de los derechos de la víctima y la sociedad¹⁸, y luchar contra la criminalidad y la inseguridad ciudadanas, entre otras finalidades sociales.

Para cumplir dichas finalidades encontramos legítimo que el Estado cuente con aparatos burocráticos expertos en política criminal a los que se les confiera, por mandato legal o constitucional, discrecionalidad para perseguir el delito de acuerdo con criterios técnicos o políticos, pero respetando unos estrictos límites previstos en la ley que permitan controlar la legalidad de sus actuaciones.

Retomando la alusión a las directivas axiológicas contenidas en la Constitución podemos ver que, según la carta magna, “Colombia es un Estado [...] organizado en forma de República [...] democrática, participativa y pluralista” que propende por “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

Esto supone que los ciudadanos son quienes ejercen el poder a través de sus mecanismos de participación¹⁹, y cuando nuestra Constitución reconoce la importancia de la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales, advierte que debe ser transversal a todos los asuntos del Estado²⁰.

17 Ídem.

18 Alfonso Daza González. *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social de Derecho*, Bogotá, Universidad Libre, 2011, p. 41.

19 Manuel García Pelayo. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1987, p. 169.

20 Diego Younes Moreno. *Derecho constitucional colombiano*, 13.ª ed., Bogotá, Legis, 2014, pp. 71 a 78.

En ese sentido, en un Estado inspirado en los contenidos axiológicos comentados el proceso penal debería contar con herramientas y oportunidades para que los intervinientes puedan participar en la toma de las decisiones que los afectan, y en ese orden de ideas es plausible que se posibilite a estos sujetos solucionar directamente sus conflictos sociales con mecanismos de justicia consensual.

2.2. Regulación constitucional

En la Constitución no hay normas que se refieran expresamente a las negociaciones de culpabilidad, aunque hay normas generales que fijan derroteros para la reglamentación del proceso penal que se aplican en los preacuerdos. Entre estas normas podemos encontrar reglas y principios que tienen mayor eficacia o exigibilidad que los contenidos axiológicos explicados anteriormente²¹. Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, es decir que se aplican de manera absoluta o no se aplican²²; mientras que los principios son mandatos de optimización que se cumplen en la medida en que lo permitan las posibilidades reales y jurídicas²³, por lo que su aplicación puede ser gradual en el caso concreto.

Entre las normas constitucionales que fijan parámetros aplicables al proceso penal y a los preacuerdos encontramos los siguientes.

2.2.1. Tutela judicial efectiva

El derecho a una tutela judicial efectiva consiste en obtener de la administración de justicia “una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, haya planteado”²⁴.

De lo anterior se desprende que el derecho a una tutela judicial efectiva implica:

1. Tener acceso sin obstáculos injustificados a las autoridades que administran justicia para dirigir peticiones o plantear soluciones sobre un conflicto que se ponga en su conocimiento;
2. Que los intereses de quienes acuden a las autoridades de la administración de justicia sean tenidos en cuenta al momento de obtener un pronunciamiento, y

21 Corte Constitucional, sentencia C-1287 de 2001.

22 Jhon Mario Ferrer y Andrés Felipe Zuluaga. *Interpretación y argumentación jurídica*, Medellín, Universidad de Medellín, 2013, pp. 35 y 36.

23 Carlos Bernal Pulido. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 97.

24 Jhon Rúa y Jairo Lopera. *La tutela judicial efectiva*, Bogotá, Leyer, 2002, p. 20.

3. Que las autoridades judiciales provean una solución de fondo, ajustada a derecho y motivada a las solicitudes y los problemas que se ponen en su consideración.

Este derecho se puede encontrar en la Constitución Política en el artículo 228^[25] que indica que en las decisiones judiciales “prevalecerá el derecho sustancial”; en el artículo 229^[26] que “garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”, y en normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad como el artículo 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁷.

De lo anterior se puede concluir que las decisiones judiciales que se profieran en el marco de un proceso penal deben resolver de fondo las peticiones y problemas que se plantean a la administración de justicia, estar ajustadas a derecho y hacer efectivo el derecho sustancial; es decir que las decisiones judiciales deben proferirse y estar motivadas de acuerdo con los hechos probados en el proceso y en los fundamentos de derecho o normas que regulan esos hechos, ya que “nuestro sistema constitucional, impone que el objetivo del proceso penal sea llegar a la verdad real y sancionar o no sancionar al inculcado de conformidad con ella”²⁸.

2.2.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad es un logro descollante del Estado de derecho y exige que sus actuaciones, entre ellas la persecución y el enjuiciamiento penal, estén ceñidas a lo previsto en la ley. Este principio busca que las funciones y potestades del Estado se desarrollen: 1) evitando lo que está prohibido en la ley; 2) cumpliendo lo que ordena la ley, y 3) sin extralimitarse en lo que ordena la ley para respetar el derecho de igualdad de los ciudadanos, evitar las discriminaciones negativas y procurar seguridad jurídica.

Aunque el principio de legalidad se conoce con el mote de “principio”, no siempre es un mandato de optimización, sino que también puede ser una garantía o regla para controlar la forma de actuar del Estado y someterlo a la ley.

25 “Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes [...] y en ellas prevalecerá el derecho sustancial [...]”.

26 “Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia [...]”.

27 “Artículo 8. *Garantías judiciales*. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...]”.

28 Corte Constitucional, sentencia C-199 de 2001.

Como manifestaciones de esto podemos encontrar las siguientes disposiciones de la Constitución:

- “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”²⁹.
- “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”³⁰.
- “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”³¹.

Desde esta perspectiva el principio de legalidad se concibe como una regla de aplicación absoluta.

Esta garantía se puede aplicar en el proceso penal para que las autoridades que se encargan de perseguir penalmente el delito y las autoridades que se encargan de declarar la responsabilidad penal del acusado e imponer la pena indicada en la ley no desborden las potestades que prevé la ley ni usurpen las funciones de otras autoridades.

Por otra parte, el principio de legalidad tiene una dimensión material que se puede observar como un mandato de optimización que exige a los destinatarios de la ley el deber de aplicarla en la mayor medida posible³².

Es conveniente precisar que la ley puede tener como destinatarios a los ciudadanos descritos en el supuesto de hecho que regula la norma, pero también a los órganos del Estado que deben aplicar la ley en el marco de sus competencias³³. Las normas penales pueden entenderse como una prohibición para los ciudadanos de cometer un delito, pero también como un mandato a las autoridades del Estado para que impongan la pena prevista en la ley ante la comisión de un delito³⁴; sobre esta base, si una norma ordena aplicar una consecuencia jurídica ante la ocurrencia de un supuesto de hecho, el principio de legalidad dispone que las autoridades del Estado competentes (ente acusador y juzgador) deben hacer todo lo que esté

29 Constitución Política, artículo 29.

30 *Ibíd.*, artículo 121.

31 *Ibíd.*, artículo 122.

32 Gerardo Barbosa Castillo. “Principio de legalidad y proceso penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 78, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 113 y ss.

33 Norberto Bobbio. *Teoría general del derecho*, 2.ª ed., Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, Temis, 2005, p. 81.

34 Gustavo Balmaceda. *Estudios de derecho penal general*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2015, p. 45.

en el ámbito de sus competencias para que se imponga la consecuencia jurídica prevista en la norma ante la ocurrencia del supuesto de hecho³⁵.

Un ejemplo que aclara lo anterior es el artículo 103 del Código Penal: “Homicidio: el que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses”. Esta norma se puede entender como una orden a los ciudadanos de no matar so pena de padecer una condena, pero también como una orden a las autoridades competentes de aplicar la ley para imponer una pena de prisión cuando alguien mata. Si se tiene en cuenta que las funciones y competencias de un juez de conocimiento son declarar la responsabilidad penal de acuerdo con lo probado en juicio e imponer una pena, y las funciones de la Fiscalía son adelantar la acción penal cuando tenga conocimiento de que una persona mató a otra, entonces debería hacer todo lo que esté en el marco de sus competencias para que se imponga una pena al homicida, es decir, debe acusar y solicitar condena por el delito de homicidio; de igual forma, en el marco de sus competencias el juez también debería hacer todo lo posible para aplicar la ley, es decir, declarar responsabilidad penal por el delito de homicidio e imponer la correspondiente pena.

Desde otra perspectiva, el deber de cumplir la ley en la mayor medida de lo posible no se agota en todos los casos, pues también se debe aplicar de la forma más exacta y precisa, es decir, en caso de que más de una norma sea aplicable para un mismo supuesto de hecho, el principio de legalidad impone aplicarla de forma que corresponda en mayor medida con el supuesto de hecho sucedido; por ejemplo, si se causan a una persona unas lesiones que pongan en peligro su vida, a este supuesto de hecho pueden adecuarse los tipos penales de lesiones personales y de tentativa de homicidio. En casos como este el principio de legalidad obliga a aplicar la norma que se adecue al supuesto de hecho del caso concreto con mayor precisión y exactitud.

2.2.2.1. Obligatoriedad y discrecionalidad en la persecución penal

Si una ley prescribe que a un supuesto de hecho le debe suceder determinada consecuencia jurídica, los agentes del Estado deben hacer lo que esté dentro de su competencia para aplicar la consecuencia jurídica prevista en la ley cuando se tenga conocimiento de su ocurrencia. Pese a esto, caben unos cuestionamientos:

– ¿Qué pasa si la ley ordena a la Fiscalía perseguir penalmente un hecho, pero también la autoriza en determinados casos a no perseguir penalmente el delito?

35 Jorge Fernando Perdomo Torres. *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 21.

– ¿Qué pasa si la ley ordena aplicar una norma de manera estricta ante la ocurrencia de un supuesto de hecho, pero también permite aplicar para el mismo supuesto de hecho otra norma?

– En caso de que la ley permitiera los anteriores supuestos, ¿se acabaría la obligación del Estado de perseguir penalmente el delito conforme a la ley?

En principio la persecución penal obligatoria del delito por el Estado es una función inherente a su existencia, por ello se debe ejercer la acción penal en todos los casos en los que se tenga conocimiento de la comisión de hechos con características de delito³⁶; pese a esto, también consideramos que eventualmente la persecución penal del delito puede morigerarse para satisfacer ciertos fines político-criminales, o hacer efectivo el interés general en virtud de la naturaleza social y democrática de nuestro Estado³⁷.

Como se explicó renglones atrás, cuando el Código Penal tipifica una conducta impone a la Fiscalía el deber de perseguirla penalmente; sin embargo, si el legislador la autorizara a renunciar o no iniciar la persecución penal del delito, la obligación de perseguir penalmente los delitos se supeditaría a la voluntad de la Fiscalía, lo que significa que esta obligación podría llegar a ser inexigible para el ente acusador.

Bajo este panorama de coexistencia de leyes que obligan a perseguir penalmente delitos y otras que permiten no hacerlo, la obligatoriedad de la persecución penal se puede asegurar si desde la Constitución se impone perseguir penalmente el delito, pues la obligatoriedad de la ley puede ser excepcionada por una norma de la misma jerarquía, pero las obligaciones generales que impone la Constitución no pueden ser excepcionadas por normas que no tengan rango constitucional, ya que “la Constitución es norma de normas”.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 250 de la Constitución estableció una forma de imponer la obligación de perseguir penalmente el delito en los siguientes términos:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien

36 Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero (trads.), Madrid, 2009, p. 569.

37 Carlos Gómez Pavajeau. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Editorial Nueva Jurídica, 2016, p. 45 y ss.

suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías [...].

Esta norma impone a la Fiscalía la obligación general de perseguir penalmente los hechos con características de delito, previendo una excepción a esta obligación general llamada principio de oportunidad. Esta norma asegura que, independientemente de lo que disponga el legislador, cuando sea procedente adelantar la acción penal, solo se puede excepcionar la persecución penal de hechos con características de delitos aplicando el principio de oportunidad.

Se debe observar que, aunque esta norma constitucional obliga a la Fiscalía a perseguir penalmente todos los hechos con características de delito, la Constitución no la obliga a tipificar de la manera más precisa posible una determinada conducta ni a imponer la sanción que se adecue en mayor medida a los hechos cometidos, por tanto, es admisible considerar que si la ley faculta a la Fiscalía a perseguir penalmente conductas con características de delito tipificando con discrecionalidad algunas de ellas, no se estaría incumpliendo el artículo 250 de la Constitución, pues la obligación que impone este artículo se limita a perseguir penalmente los hechos con características de delito, pero no a calificarlos jurídicamente de alguna forma determinada.

Para expresar con mayor claridad la anterior conclusión conviene precisar que por discrecionalidad se entiende la posibilidad de “optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades justificadas de actuación”³⁸. La discrecionalidad puede ser jurídica o política: es jurídica cuando el funcionario intenta buscar la decisión que en su criterio esté más adecuada al derecho vigente y su teleología³⁹; mientras que es política cuando se intenta buscar la decisión más conveniente de acuerdo con criterios técnicos o políticos, siempre y cuando no se desborde lo establecido por la ley.

En los preacuerdos nos interesa referirnos a la discrecionalidad política, toda vez que son manifestaciones de la política criminal del Estado.

En un Estado social de derecho solo es procedente reconocer discrecionalidad de decisión a un órgano ejecutivo sobre asuntos delimitados por el legislador, y sobre

38 Juan Bautista. “Rule of law y discrecional judicial: compatibilidad y reciproca limitación”, *Revista de Derecho del Estado*, n.º 36, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 6.

39 *Ibid.*, p. 17.

los cuales hubo una autorización expresa para actuar discrecionalmente, por ello, por esencia la discrecionalidad debe estar limitada a los marcos previstos en la ley y no indeterminada a lo que quiera hacer el órgano titular de la discrecionalidad⁴⁰.

Por otra parte, las decisiones o actuaciones discrecionales constituyen políticas que no deben ser corregidas, modificadas o controladas por los jueces, siempre y cuando se ejerzan dentro de los límites determinados por la ley, pues una intervención de la administración de justicia para cambiar las decisiones discrecionales de la Administración Pública se considera una invasión en la órbita de actuación del poder ejecutivo y una forma de cogobierno de los jueces⁴¹.

2.2.2.2. Artículo 122 de la Constitución

Además del artículo 250, en la Constitución hay reglas que no pueden ser ignoradas ni eludidas por los órganos que administran justicia ni por los que persiguen penalmente el delito como las que establecen consecuencias por la comisión de ciertos delitos y constituyen un parámetro y un límite a la forma como se persigue penalmente el delito.

Entre estas reglas podemos encontrar la contenida en el artículo 122 de la Constitución que dice:

[...] no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior [...]⁴².

Esta norma puede ser entendida como una consecuencia por cometer “delitos que afecten el patrimonio del Estado o [...] relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”; sin embargo, nos interesa más resaltar que esta norma de rango constitucional ordena a las autoridades encargadas de

40 María Navarro. “Discrecionalidad administrativa”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2013, p. 201.

41 Federico Campoletti. Ob. cit., p. 116.

42 Este artículo exceptúa de las inhabilidades contenidas a quienes resulten beneficiados del acuerdo de paz entre el Estado y las FARC que cumplan determinadas condiciones, pero este no es un tema que deba ser abordado en este estudio.

aplicarla, entre los que se encuentran los funcionarios que administran justicia y persiguen el delito, a realizar todo lo que esté en el marco de su competencia para imponer una inhabilidad para ser candidato a cargos de elección popular, ser nombrado servidor público y contratar con el Estado a quienes cometan los delitos aludidos.

Esto es un claro mandato a la Fiscalía y a los jueces de conocimiento para que, cuando se ponga en su conocimiento la ocurrencia de estos delitos, hagan lo que esté en el marco de sus competencias para imponer las sanciones aludidas, es decir, acusar y juzgar de tal forma que se propenda a imponer las sanciones de inhabilidad anunciadas para los delitos referidos en el artículo 122 de la Constitución.

Este mandato del artículo 122 tiene jerarquía constitucional, y por ello no puede ser eludido ni excepcionado por ninguna norma legal, así se trate de una facultad discrecional amparada por la ley.

2.2.3. Debido proceso

Desde una perspectiva formal el debido proceso se puede definir como “la sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por el funcionario competente, en la oportunidad y el lugar debidos, con las formalidades legales”⁴³, y desde una perspectiva sustancial como un proceso que protege derechos y garantías y cumple las finalidades para las que fue diseñado el proceso⁴⁴.

El derecho a tener un debido proceso tiene relevancia constitucional cuando sirve para proteger intereses valiosos como los derechos fundamentales, la justicia material o la legitimidad de las actuaciones de las autoridades⁴⁵ y está conformado por unas garantías como la prohibición de *reformatio in pejus*, el *non bis in idem*, el derecho a tener un juez determinado en la ley, el respeto a las formas propias del juicio entre otras. Para el presente estudio resulta provechoso referirnos a las siguientes:

2.2.3.1. Derecho de defensa

El derecho de defensa es la facultad de defender los intereses propios en el marco de un proceso y oponerse a las pretensiones que los afectan o contradigan⁴⁶; o sea, “la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones

43 Alberto Suárez. *El debido proceso penal*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 193.

44 Ídem.

45 Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*, cit., pp. 334 y ss.

46 *Ibíd.*, p. 368.

y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas⁴⁷.

En un proceso penal propio de un Estado social y democrático de derecho el derecho de defensa no es privativo del procesado, sino que “se predica de igual manera respecto de las víctimas y perjudicados”⁴⁸, además, se aplica en todas las etapas del proceso⁴⁹ y en las distintas clases de procesos, incluyendo los procesos con terminación abreviada. Este derecho implica lo siguiente⁵⁰:

- 1) Tener la posibilidad de saber de lo que se defiende⁵¹, es decir: las pretensiones en el proceso que pueden afectar sus intereses⁵² (cargos imputados o acusados), las pruebas, las actuaciones y decisiones que se toman con su respectiva motivación y las alegaciones y argumentos de quienes intervienen en el proceso penal;
- 2) Tener la oportunidad de contar con la asistencia y la asesoría de un profesional del derecho⁵³;
- 3) Tener el derecho a ser escuchado;
- 4) Contar con tiempo suficiente para preparar su defensa y controvertir lo que sea adverso a sus intereses, y
- 5) La posibilidad de controvertir las decisiones y las pruebas allegadas al proceso.

2.2.3.2. Presunción de inocencia

La presunción de inocencia es una garantía fundamental consistente en no tratar como culpable, sino como inocente, a quien está siendo juzgado en un proceso penal, a menos que se demuestre y declare su responsabilidad penal en un proceso que cuente con todas las garantías⁵⁴, las cuales se refuerzan con la exigencia que advierte el artículo 7.º del CPP conocida como *in dubio pro reo* que señala que “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

47 Joan Picó. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, p. 105.

48 Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006.

49 Corte Constitucional, sentencia C-799 de 2005.

50 CADH, artículo 8.

51 PIDCP, artículo 14, f.

52 Sergio Estarita Jiménez. *El sistema interamericano de protección de derechos humanos*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2014, p. 124.

53 Constitución Política, artículo 29.

54 Corte Constitucional, sentencia C-342 de 2017.

Esto indica que en todo proceso penal, incluso en los procesos en los que hay mecanismos de terminación abreviada, debe haber un sustento probatorio mínimo que demuestre la responsabilidad penal del procesado para condenarlo penalmente, pues no basta con la simple aceptación de responsabilidad del acusado para determinar que es culpable, sino que la declaración de responsabilidad penal debe estar fundamentada en un respaldo probatorio.

2.2.3.3. Independencia judicial

La independencia judicial es una garantía propia de un Estado de derecho respetuoso de la separación de poderes y de la sujeción del poder al derecho que asegura,

... que las decisiones de los operadores judiciales estén motivadas y sean el resultado exclusivo de la aplicación de la ley al caso particular. Esto significa que la validez y la legitimidad de las decisiones judiciales depende, entre otras cosas, de que éstas no se encuentren mediadas por intereses preconstituidos distintos a la aplicación del derecho positivo al caso particular⁵⁵.

Esta garantía está prevista en el artículo 230 de la Constitución cuando dice que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, de lo que es dable afirmar que las decisiones judiciales no pueden estar determinadas por los acuerdos o instrucciones de cualquier sujeto procesal o cualquier autoridad, sino por lo ordenado en la ley.

2.2.3.4. Imparcialidad del juez

La imparcialidad es una condición que debe tener todo juez que conozca la sustanciación de un proceso penal⁵⁶ que

... exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto⁵⁷ [...] que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer⁵⁸.

Por eso, es esperable que en las solicitudes y actuaciones de parte en un proceso penal no haya una intervención activa de los jueces o una participación que determine la forma como las partes deben actuar.

55 Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2016.

56 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.º.

57 Corte Constitucional, sentencia C-762 de 2009

58 Ídem.

2.2.4. Principio acusatorio

Debemos partir del hecho de que una cosa es el “sistema acusatorio” y otra el “principio acusatorio”. El sistema acusatorio es un sistema procesal en el que funciona el principio acusatorio, además de otros contenidos; mientras que el principio acusatorio es un conjunto de reglas que se pueden aplicar en un sistema procesal.

Por principio acusatorio se entiende el conjunto de las siguientes reglas que procuran la imparcialidad del juzgador⁵⁹:

- 1) Es necesario presentar una acusación para iniciar un juzgamiento, es decir “no hay proceso sin acusación”⁶⁰;
- 2) Solo se deben juzgar los hechos y las personas a los que se refiere la acusación (correlación entre acusación y sentencia)⁶¹;
- 3) En la segunda instancia de un proceso no se puede agravar la situación del apelante cuando es apelante único⁶², y
- 4) Debe existir separación personal entre quien formula la acusación y quien juzga⁶³.

Estos atributos se pueden observar claramente en los artículos 31 y 250 inciso 1 e inciso 2 numerales 4 y 5 de la Constitución. En estos artículos queda claro que la persecución penal (investigación y acusación) le corresponde a la Fiscalía General de la Nación y las funciones de juzgamiento le corresponden a un juez de conocimiento.

3. REGULACIÓN DE LOS PREACUERDOS CON CAMBIO DE TIPICIDAD

Con anterioridad explicamos que para la consecución de las finalidades políticas del Estado es provechoso que las autoridades que cumplen funciones políticas y técnicas, como la persecución del delito, cuenten con un marco de discrecionalidad en el ejercicio de sus potestades que les permita tomar decisiones con criterios

59 Oscar Julián Guerrero. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2013, p. 82.

60 Teresa Armenta Deu. “Nuevo proceso penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos”, en *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. II. Proceso penal*, México, UNAM, 2005, p. 36.

61 Ídem.

62 Ídem.

63 Alberto Bovino. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 54.

técnicos y políticos, siempre y cuando se respete un marco de acción delimitado por la ley, incluso cuando no parezca que estas decisiones guarden la mayor fidelidad posible con la teleología del ordenamiento jurídico.

La Fiscalía cumple la función de perseguir penalmente el delito, por ello no es raro que nuestro ordenamiento procesal penal contemple la posibilidad de que esta autoridad pueda tomar decisiones de manera discrecional, lo que se ve reflejado en su facultad de aplicar el principio de oportunidad y realizar preacuerdos con el procesado, dependiendo, claro está, de criterios de política criminal y conveniencia social⁶⁴, y respetando los marcos reglamentarios impuestos por la ley.

La facultad de aplicar el principio de oportunidad le permite al ente acusador renunciar a la persecución penal del delito, mientras que la facultad de realizar preacuerdos no excepciona la obligación de perseguir todos los hechos con características de delitos que conozca⁶⁵, sino que solo se autoriza a perseguir penalmente el delito de manera consensuada y en un marco general y amplio de legalidad, como explicaremos a continuación.

3.1. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad es una institución procesal consagrada en el artículo 250 de la Constitución y regulada en los artículos 323 y siguientes del CPP que autoriza al ente acusador a renunciar de manera permanente o temporal a la persecución penal de un delito, así se esté convencido de que el acusado, imputado o indiciado es autor o partícipe del mismo.

Con el ejercicio de esta facultad se puede prescindir de la persecución de delitos que no representan mayor impacto para la sociedad, para enfocarse en asuntos que merezcan mayor atención del ente acusador⁶⁶, o resolver el conflicto social que causa el delito por medios alternativos a la imposición de una sanción penal⁶⁷.

Aunque la decisión de aplicar el principio de oportunidad es del ente acusador solo se puede hacer cumpliendo los siguientes requisitos⁶⁸:

64 José Mestre. “La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano”, *Revista Universitas*, n.º 116, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp. 208 y ss.

65 Eduardo Montealegre Linett y Jaime Bernal Cuéllar. *El proceso penal*, t. II, 6.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 864.

66 Eduardo Montealegre Linett y Jaime Bernal Cuéllar. *El proceso penal*, t. I, 6.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 497.

67 Carlos Gómez Pavajeau. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Editorial Nueva Jurídica, 2016, pp. 296 y 297.

68 Artículo 323 CPP.

1. Por razones de política criminal y cuando concurra alguna de las causales taxativamente definidas en la ley.

En este punto la Corte Constitucional fue muy clara en afirmar que para que las causales de procedencia del principio de oportunidad sean ajustadas a la Constitución “deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca”, es decir, “de manera tal que no resulten imprecisas o vagas, a fin de no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa”⁶⁹.

De lo anterior se deduce que las causales de procedencia del principio de oportunidad solo son las previstas en el artículo 324 del CPP, siempre y cuando estén delimitadas de manera precisa.

2. Con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación.

3. Debe estar sometido a control de legalidad ante el juez de control de garantías.

3.2. Los preacuerdos

Con los preacuerdos o negociaciones de culpabilidad entre el ente acusador y el imputado o acusado se busca obtener una decisión judicial que reduzca la pena prevista en la ley por la comisión de un delito, y asegure una sentencia condenatoria para el procesado que acepte los cargos que se le atribuyan. Como indicamos desde los prolegómenos de este escrito, nos referiremos únicamente a los preacuerdos regulados en el artículo 350 del CPP, sin perjuicio de que en otros trabajos se pueda explicar lo relativo a otras formas de preacuerdo.

Para precisar la naturaleza de los preacuerdos que regula el artículo 350 del CPP, esto es, aclarar si son negociaciones sobre la pena a imponer, independientemente de la acusación que se formule o sobre la acusación que se pretende formular por parte del ente acusador, lo que también tiene repercusiones en la pena a imponer.

El artículo 350 del CPP indica lo siguiente:

Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. *Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación [...].*

69 Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005.

De lo anterior se infiere que los preacuerdos entre el procesado y la Fiscalía, regulados en el artículo 350 del CPP, se introducen en la acusación y se presentan ante el juez de conocimiento, es decir, son una forma de acusación acordada, no una negociación de consecuencias jurídicas que solo puede definir un juez de conocimiento.

Aparte de ello, debemos tener en cuenta que, de acuerdo con el principio de legalidad, los funcionarios públicos solo pueden cumplir las funciones y desempeñar las potestades previstas en la ley y la Constitución, y no deben extralimitarse en su ejercicio.

De acuerdo con la ley, la Constitución y el principio acusatorio encontramos que la función de acusar ante la autoridad judicial competente es una de las funciones principales del ente acusador, pero las funciones de declarar responsabilidad penal por la comisión de delitos o imponer penas consagradas en la ley como consecuencia de la declaración de responsabilidad penal no son funciones del ente acusador, sino de los jueces de conocimiento.

No desconocemos que el artículo 3.º de la Ley 890 de 2004 y el inciso 2.º del artículo 351 del CPP autorizan a la Fiscalía a no aplicar el sistema de cuartos de dosificación punitiva, y a llegar a un acuerdo sobre las consecuencias de las conductas punibles objeto de preacuerdo; no obstante, esta autorización se circunscribe a llegar a un acuerdo sobre las consecuencias que establece la ley para el tipo penal producto del acuerdo, no a unas consecuencias que desconozcan lo que establece la ley⁷⁰.

Partiendo de esta base no se puede entender que la Fiscalía negocie con el imputado la declaración de responsabilidad penal ni la imposición de una pena distinta de la prevista en el Código Penal para la conducta punible acordada, pues no puede ejercer de manera discrecional funciones que no tiene ni inventarse consecuencias jurídicas desconociendo las previstas en la ley⁷¹, es decir, la Fiscalía puede llevar a cabo su labor de acusar de manera discrecional si la ley se lo permite, pero si la ley no le atribuye la función de declarar responsabilidad penal ni imponer penas, no se podría llegar a decir que la Fiscalía tiene la capacidad de negociar la declaración de responsabilidad penal por la comisión de un delito o de escoger cuál pena le impone al imputado; a lo sumo podría llegar a un acuerdo sobre las consecuencias penales que establece la ley para el tipo penal acordado, por ejemplo, si se acuerda con el imputado tipificar la conducta con el delito de lesiones personales solo podrían negociar la pena dentro del marco punible que establece

70 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de noviembre de 2013, radicado 41570.

71 Corte Constitucional, sentencia 1260 de 2005.

la ley para el delito de lesiones personales y los subrogados penales que procedan respecto de ese delito.

Es menester aclarar que los preacuerdos y las negociaciones solo se pueden celebrar entre el procesado y el ente acusador, y en ellas no puede intervenir el juez de conocimiento, so pena de vulnerar la garantía de un juez imparcial; es por eso que no es posible afirmar que en los preacuerdos la Fiscalía y el imputado puedan negociar la forma como el juez de conocimiento ejerce sus facultades y potestades.

Hecha esta alusión a la naturaleza de la negociación regulada en el artículo 350, consideramos pertinente hacer una breve descripción de las finalidades y de ciertas reglas comunes a los preacuerdos.

3.2.1. Finalidades de los preacuerdos

La celebración de los preacuerdos entre la Fiscalía y el acusado o imputado tiene las siguientes finalidades político-criminales expresadas en la ley: “humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso”⁷². Además, el artículo 348 del CPP le impone a la Fiscalía la obligación de “aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”.

Respecto de las finalidades podemos indicar lo siguiente:

– *Humanizar la actuación procesal y la pena.* Implica procurar una pena menos grave para el procesado por celebrar un preacuerdo⁷³, y resolver su situación jurídica sin dilaciones injustificadas ni angustias innecesarias y, en el caso de las víctimas, sin revictimizaciones indeseables.

– *Obtener pronta y cumplida justicia.* Es decir, obtener decisiones judiciales sin desgastes innecesarios y evitando riesgos de impunidad por falencias del ente acusador o por situaciones inesperadas.

– *Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito.* La administración de justicia debe pretender la solución de conflictos sociales que genera el delito, sin embargo, en ocasiones la aplicación estricta de la ley impone unos rigorismos que impiden obtener el restablecimiento de los derechos del ofendido y la reconciliación de este y de la sociedad con el delincuente.

72 Artículo 348 CPP.

73 Nelson Saray Botero y Patricia Uribe Ramírez. Ob. cit., p. 71.

Esto sucede porque dichos propósitos requieren concesiones del ofendido y el acusado que solo pueden ser determinadas en el caso concreto y no de manera inflexible, abstracta y uniforme, como lo impondría la estricta legalidad.

Por lo anterior se deben aprovechar la discrecionalidad y la flexibilidad que otorgan los preacuerdos y utilizarlos como herramientas para obtener soluciones que pongan en consideración los intereses de las víctimas, la sociedad y el acusado⁷⁴.

– *Propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto.* Como se dijo, los preacuerdos deben ser utilizados como instrumentos que propicien la efectividad de los intereses legítimos de las víctimas⁷⁵.

– *Lograr la participación del imputado en la definición de su caso.* Esta finalidad efectiviza los anhelos del Estado de propiciar que el ciudadano intervenga en la determinación de los asuntos de públicos. Aunque se hace referencia a la participación del imputado, también debe propiciarse la participación de las víctimas⁷⁶.

– *Prestigio de la administración de justicia.* El artículo 348 establece que se deben “observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”.

Estas pautas o directrices regulan y limitan la discrecionalidad de los fiscales delegados para negociar acuerdos de culpabilidad con el procesado, y garantizan que los preacuerdos no obedezcan a situaciones de discriminación, caprichos o arbitrariedad del ente acusador, sino a criterios objetivos de política criminal, es por ello que se deben acatar y su cumplimiento debe ser objeto de control judicial⁷⁷.

Al momento de realizar los preacuerdos, el ente acusador debe tener en cuenta estas finalidades, que legitiman la aplicación de discrecionalidad en la persecución penal del delito, lo que morigera la rigidez de la ley penal general, ya que, aunque la discrecionalidad implica cumplir la ley dentro de un marco amplio de interpretación, no conlleva necesariamente aplicar la ley y su teleología con la máxima precisión posible.

La ley penal sustancial establece unas finalidades para su aplicación, es decir, para la imposición de la pena a quien resulte responsable de un delito. Por otra

74 Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007.

75 Ídem.

76 Ídem.

77 Corte Constitucional, sentencia SU-479 de 2019.

parte, el proceso penal es el instrumento con que se pretende aplicar de manera legítima la ley penal sustancial.

Más allá de la justificada diferencia entre funciones y fines de la pena, es decir, la diferencia entre lo que cumplen y lo que deberían cumplir las penas respectivamente⁷⁸, en el Código Penal encontramos que la pena estatal debe perseguir lo siguiente:

Artículo 4o. *Funciones de la pena*. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado [...].

El cumplimiento de estas funciones es la razón por la cual se impone una pena prevista en la norma penal cuando sucede el supuesto de hecho contenido en dicha norma, verbigracia, la efectividad de los fines o funciones de la pena justifican que el Estado, ante la comisión de un delito como la estafa, busque imponer la pena prevista en el tipo penal de estafa. Por esto la Corte Constitucional no vacila en considerar que estas funciones son auténticos fines de la pena⁷⁹.

Con los preacuerdos se busca perseguir el delito por medio de la aplicación de la ley penal con discrecionalidad, solo que conducen a una aplicación de la ley penal que no corresponde con el estudio de proporcionalidad de la pena que hace el legislador al momento de crear la ley. Pese a ello, consideramos que la aplicación discrecional de la ley es deseable y justificada.

La aplicación precisa de la ley busca la efectividad de los fines de la pena estatal previstos en el Código Penal, pero no tiene en cuenta otras finalidades político-criminales como humanizar la actuación procesal, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito o propiciar la reparación integral de las víctimas, las cuales sí se buscan por medio de los preacuerdos; aparte de eso, no da un tratamiento especial a los supuestos de hecho delictivos con circunstancias particulares, lo que dificulta alcanzar distintas finalidades político-criminales que varían dependiendo las condiciones del caso concreto, pues no consulta las especificidades de determinados conflictos sociales.

Por lo anterior, consideramos que, para resolver los conflictos sociales con mayor eficacia y eficiencia, el aparato de persecución penal del delito debe contar con un ámbito de discrecionalidad política en el ejercicio de sus potestades.

78 Carmen Eloísa Ruiz López y Miguel Córdoba Angulo. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 44 y ss.

79 Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2016.

Con los preacuerdos se concede discrecionalidad política a la Fiscalía para que persiga el delito con mayor autonomía, pero sin desconocer los límites impuestos por la ley procesal, la ley sustancial y la realidad fáctica para buscar una resolución de los conflictos sociales que genera el delito consultando las condiciones particulares de cada caso concreto y para una mayor satisfacción de las finalidades político-criminales del Estado.

3.2.2. *Requisitos de los preacuerdos*

No es nuestra intención hacer un manual práctico de la celebración de los preacuerdos; sin embargo, para desarrollar los objetivos de este trabajo es indispensable hablar de algunas reglas generales de los preacuerdos.

3.2.2.1. Conocimiento de los cargos

Como ya indicamos, el derecho de defensa exige que el procesado conozca los cargos que se le atribuyen, por lo que es necesario verificar: i) que el procesado entiende y conoce de manera detallada los hechos y los cargos que se le imputan y los derechos procesales que le asisten; ii) que la decisión de aceptar responsabilidad en los preacuerdos sea libre, consciente, informada, voluntaria y exenta de vicios del consentimiento, y iii) que conozca plenamente las consecuencias que acarrea su aceptación de cargos, entre ellas la declaración de responsabilidad penal (delito por el cual se le declara responsable) y la pena impuesta (consecuencias de la declaración de responsabilidad penal).

3.2.2.2. Necesidad de respaldo probatorio para los preacuerdos

Con anterioridad nos referimos a la garantía de la presunción de inocencia, reforzada con la exigencia del “convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”⁸⁰. Esta garantía hace necesario que el preacuerdo presentado ante el juez de conocimiento cuente con un respaldo probatorio sólido y contundente de la responsabilidad penal del procesado, pues por sí sola su declaración no es suficiente para demostrar responsabilidad penal ni motivar una sentencia condenatoria⁸¹.

El sustento probatorio del preacuerdo también hace eficaz el principio acusatorio pues, a pesar de que en los preacuerdos no existe controversia probatoria, hay una separación funcional entre quien presenta una acusación acordada y el juzgador que decide si aprueba o desaprueba el preacuerdo según la valoración independiente

80 Artículo 7.º CPP.

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP732 del 14 de marzo de 2018, radicado 46848.

e imparcial de los medios de prueba aportados; es decir que, gracias al sustento probatorio, la decisión del preacuerdo es una decisión judicial independiente, que puede rechazar o aprobar lo solicitado por el ente acusador, y no la mera aceptación formal de una solicitud de condena presentada por la Fiscalía.

Autores muy autorizados afirman que los preacuerdos son una manifestación de procesos de tendencia inquisitiva y no acusatorios porque carecen de contradicción e intermediación en la producción de la prueba, por lo que no se percibe una estructura adversarial⁸². Sin embargo, es importante recordar que una cosa es el principio acusatorio y otra un sistema acusatorio. Por ello, no es contradictorio afirmar que en los preacuerdos se aplica el principio acusatorio pues, aunque se reconozca que no son una manifestación propia de procesos acusatorios, por su esencia son procesos abreviados que respetan el principio acusatorio y la independencia de las autoridades que administran justicia.

El respaldo probatorio de un preacuerdo también posibilita su control de legalidad⁸³. Cuando un preacuerdo se soporta con un acervo probatorio el juez se asegura de que la decisión no se fundamente con elementos de prueba que incumplan los requisitos legales y constitucionales de la producción, práctica y valoración probatoria⁸⁴.

También se garantiza al derecho a una tutela judicial efectiva ya que, con un suficiente respaldo probatorio se puede proferir una decisión judicial que declare si el procesado es responsable penalmente por la comisión de un delito, y si es procedente la imposición de la condena penal acordada, pues una decisión judicial que haga prevalecer el derecho sustancial se debe corresponder con una realidad fáctica y con una adecuada fundamentación jurídica.

3.2.2.3. Control material en los preacuerdos

El control material de una acusación puede ser entendido como el juicio que se hace para determinar si la acusación está sustentada en fundamentos razonables de hecho y de derecho que legitimen su presentación⁸⁵. Teniendo en cuenta que el

82 Darío Bazzani Montoya. “Poderes de control del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdo y aceptación de cargo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 89, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 150.

83 William Torres Tópaga. “Allanamientos, preacuerdos y negociaciones: diez años”, en Carlos Arturo Gómez Pavajeau (coord.), *Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2016, p. 292.

84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de julio de 2009, radicado 31531.

85 José Urbano. *El control de la acusación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 52.

preacuerdo es una acusación consensuada, un control material de esta actuación exigiría que los elementos de prueba que lo sustentan justifiquen la formulación de los cargos acordados y presentados ante un juez de conocimiento⁸⁶.

No desconocemos que una formulación de acusación que no esté precedida de una negociación no tiene un control material en nuestro proceso penal⁸⁷; sin embargo, el artículo 327 del CPP indica que los preacuerdos “solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”⁸⁸. Por otra parte, la aprobación judicial de una formulación de acusación no significa una declaración de responsabilidad penal, aunque para el caso de los preacuerdos la aprobación del juez de conocimiento es una decisión con esas implicaciones.

Sobre la base de lo indicado, consideramos que los preacuerdos deberían tener un control material para ser aprobados; no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha tenido opiniones encontradas para determinar si la acusación preacordada requiere un control material para su aprobación.

En un primer momento esta alta corporación indicó que el juez de conocimiento puede aprobar o desaprobado un preacuerdo “siempre y cuando se adelante esa labor de manera consecuente con los principios de legalidad penal, tipicidad plena o taxatividad”, es decir, siempre y cuando la acusación negociada se corresponda con lo demostrado por los elementos materiales probatorios que la sustentaron⁸⁹.

Posteriormente la Corte cambió radicalmente de postura sobre el preacuerdo que hacen la Fiscalía y el imputado, e indicó que no puede existir control material a la acusación preacordada, pues “el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación [preacuerdos], es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio”⁹⁰. Tiempo después se morigeró esta postura para aceptar un control material del preacuerdo excepcional cuando se vulneran las garantías fundamentales del proceso penal⁹¹.

86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 27759.

87 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 29 de junio de 2016, casación 45819.

88 Artículo 327 CPP.

89 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 27759.

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 14 de agosto de 2013, radicado 41375.

91 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP9853 del 16 de julio de 2014, radicado 40871.

Para el momento en que se realiza este escrito hay una tercera postura vigente, consignada en la decisión SP2073-2020 del 24 de junio de 2020, en la que se dispone que la acusación preacordada debe corresponder con los hechos probados en el sustento probatorio del preacuerdo, pero si la Fiscalía y el imputado acordaron una sanción distinta a la consagrada en la ley, el juez en su decisión debe imponer la sanción acordada por las partes, así sea distinta a la que prescribe la ley para la conducta demostrada⁹², es decir, la acusación preacordada tiene control material, pero las partes pueden fijar las consecuencias penales de esta acusación consensuada sin control material.

Revisemos las posturas que ha tenido la Corte Suprema de Justicia.

3.2.2.3.1. Existencia de control material sobre el preacuerdo

La primera postura jurisprudencial parte del hecho de que la sentencia que aprueba o desaprueba un preacuerdo es una auténtica decisión judicial independiente del acto de postulación o acuerdo que surja entre el imputado y el ente acusador⁹³. Esto conlleva que la decisión que tome el juez de conocimiento al momento de aprobar un preacuerdo exija correspondencia entre los términos de la acusación preacordada, la realidad fáctica que representa el respaldo probatorio y las consecuencias que prevea la ley por la comisión de una conducta punible.

Un ejemplo de los preacuerdos con control material del juez puede ser el siguiente: un fiscal tiene conocimiento de que una persona que está purgando la pena de prisión domiciliaria se fuga de su sitio de reclusión, lo que configura el delito de fuga de presos. En este caso el fiscal puede hacer un preacuerdo con el imputado y cambiar la calificación de la conducta por la del delito de fraude a resolución judicial porque, quien se fuga de su sitio de reclusión se sustrae del “cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial”⁹⁴.

En este ejemplo observamos que la Fiscalía presentó una acusación consensuada adecuando la conducta cometida a lo previsto en la ley, pero escogiendo un tipo penal más favorable para el imputado. Si el juez de conocimiento aprueba el preacuerdo deberá condenar por la acusación negociada con todas las consecuencias penales que este delito acarrea.

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP2073 del 24 de junio de 2020, radicado n.º 52.227.

93 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de julio de 2009, radicado 31280.

94 Código Penal, artículo 454 (Fraude a resolución judicial o administrativa de policía).

3.2.2.3.2. Excepcionalidad del control material sobre el preacuerdo

La segunda postura de la Corte Suprema de Justicia señala que el control material que hace un juez de conocimiento sobre la acusación preacordada debe ser excepcional⁹⁵ ya que “[l]os preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”⁹⁶.

Esta postura es cuestionable porque si bien la Fiscalía tiene discrecionalidad para formular la acusación, no se puede admitir que acuse por el delito que quiera y que no guarde correspondencia con los hechos probados. Como ya se indicó, las sentencias C-1260 de 2005 y SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional consideraron que esta facultad era inconstitucional.

La tesis que defendía la inexistencia o excepcionalidad del control material del preacuerdo conllevó que se permitiera a la Fiscalía acusar consensuadamente sin adecuar su acusación a los hechos que sustentaban la pretensión penal, y que se entendiera que el acuerdo entre el fiscal y el imputado no se debía considerar una situación posdelictual, sino la propia realidad sobre la que se debía pronunciar el juez de conocimiento⁹⁷, es decir, el acuerdo era la acusación que se debía probar, así no correspondiera con los hechos probados.

Esta conclusión es un entendimiento cuestionable de la discrecionalidad conferida a la Fiscalía por desconocer los límites impuestos por la ley sustancial pues, como se precisó, la discrecionalidad política debe ser conferida por expresa disposición legal o constitucional⁹⁸ y circunscribirse a unos límites legales definidos expresamente para no convertirse en arbitrariedad⁹⁹, es decir, la limitación al ejercicio de la discrecionalidad es una condición inherente y esencial de dicha facultad.

Estamos convencidos de que las leyes sustancial y procesal son estrictos límites al ejercicio de la acción penal, así se ejerza con discrecionalidad. Si la ley penal impone como orden a la Fiscalía imputar una sanción por la comisión de determinada conducta (principio de legalidad), esta debería hacer todo lo que esté en el ámbito de sus competencias para buscar la imposición de la sanción que más se adecue a dicho supuesto de hecho. No obstante, si la facultad de perseguir penalmente se

95 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de febrero de 2013, radicado 39892

96 Artículo 351 CPP.

97 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP7100 del 1.º de junio de 2016, radicado n.º 46101.

98 María Navarro. Ob. cit., p. 201.

99 Federico Campoletti. Ob. cit., p. 116.

puede ejercer con discrecionalidad ante la comisión de una conducta punible, la Fiscalía debería poder escoger con criterios de política cómo tipificar la conducta, siempre y cuando se respete el límite legal impuesto, es decir, de forma que concuerde con el supuesto de hecho previsto en la norma penal.

Por otra parte, no se puede esperar que un juez de conocimiento está obligado a condenar a una persona acusada por delitos distintos a los cometidos porque la Fiscalía y el imputado lo solicitaron. Esto sería una clara vulneración a la exigencia constitucional de la administración de justicia de hacer prevalecer el derecho sustancial en sus decisiones¹⁰⁰ y un desconocimiento de la independencia judicial, pues los jueces en sus decisiones sólo deben estar sometidos al imperio de la ley y a la prueba de los hechos, no a la voluntad del ente acusador.

3.2.2.3.3. Posición actual de la Corte Suprema de Justicia

En decisión del 10 de octubre de 2019 la Sala especial de primera instancia de la Corte Suprema de Justicia afirmó que cuando la Fiscalía presenta una acusación consensuada puede, “sin mudar la calificación de la conducta”, acordar “imponer la pena prevista para un delito relacionado”, es decir, presentar una acusación por un delito “para aplicar la pena de otro tipo penal relacionado” en virtud de un preacuerdo¹⁰¹.

Siguiendo esta postura, mediante la sentencia SP2073 del 24 de junio de 2020 la Corte Suprema de Justicia fijó otra posición sobre la forma como se debe aplicar el control material del preacuerdo y esta es la opinión dominante que se encuentra vigente hasta el momento (para el día en que se elabora este escrito).

En esta decisión la Corte resalta que se debe respetar lo manifestado en las sentencias de la Corte Constitucional C-1260 de 2005 y SU-479 de 2019 con respecto a la adecuación que debe tener la acusación preacordada con los hechos probados y la ley vigente¹⁰², es decir, considera que la primera opinión de la Corte Suprema sobre el control material de los preacuerdos es una postura acertada, pero que, además de este tipo de preacuerdos, el artículo 350 del CPP también regula una forma de preacuerdos distinta: los preacuerdos con “cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena”.

100 Constitución Política, artículo 228.

101 Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, sentencia AEP-00108 del 10 de octubre de 2019, radicado 00153.

102 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP2073 del 24 de junio de 2020, radicado n.º 52.227.

Esta postura de la Corte entiende que el artículo 350 del CPP admite que en los preacuerdos se haga una aceptación de los cargos que correspondan en la mayor medida posible con los hechos demostrados en el respaldo probatorio y se presenten estos cargos como acusación, pero como beneficio por la aceptación de cargos se acuerda que no se va a imponer la pena establecida en la ley para el delito aceptado, sino la pena de otro delito. Acto seguido, al momento de aprobar el acuerdo, el juez de conocimiento deberá declarar responsabilidad penal por el delito aceptado, pero imponer la pena por el delito negociado, es decir, según esta postura jurisprudencial, en los preacuerdos se pueden negociar entre el procesado y la Fiscalía las consecuencias penales de la conducta acusada.

Esta sentencia advierte que permitirle a la Fiscalía y al imputado negociar las consecuencias del delito es una facultad desmedida y difícilmente limitable, y por eso considera que la autonomía de la Fiscalía y el imputado para fijar las consecuencias del delito debe estar limitada por los siguientes parámetros:

Para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes [...].

Cuando se trata de graves atentados contra los derechos humanos, y, con mayor razón, cuando los mismos recaen sobre personas especialmente vulnerables, para la celebración de acuerdos con el procesado los fiscales deben considerar, entre otras cosas: (i) las prohibiciones y límites establecidos por el legislador; (ii) los derechos de las víctimas y las necesidades de protección derivadas de su estado de vulnerabilidad; (iii) el deber de actuar con la diligencia debida durante la investigación y, en general, a lo largo de la actuación penal; (iv) la necesidad acentuada de esclarecer este tipo de hechos; y (v) el imperativo de que la negociación no afecte el prestigio de la administración de justicia [...].

3.2.2.3.4. Toma de postura

No aceptamos la segunda postura de la Corte porque implica un ejercicio de la discrecionalidad conferida a la Fiscalía que desconoce los límites impuestos por la ley sustancial. Si se permitieran los preacuerdos sin la exigencia del control material para su aprobación, se podrían desconocer los condicionamientos impuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 para declarar constitucional la facultad de la Fiscalía de tipificar de manera menos gravosa una

conducta con el fin de disminuir la pena, toda vez que en dicha oportunidad la Corte Constitucional precisó que con esta facultad,

... se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación *el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.*

Por otra parte, es preciso reiterar que la decisión que aprueba un preacuerdo es una auténtica decisión judicial, por lo que debe hacer prevalecer el derecho sustancial, es decir que con la decisión judicial que aprueba un preacuerdo no se puede declarar la responsabilidad por un delito que no corresponda con los hechos probados, ni se puede imponer la pena de una norma penal que no corresponda con el supuesto de hecho demostrado en el sustento probatorio del acuerdo.

Tampoco podemos compartir la postura reciente de la Corte Suprema de Justicia porque, aunque admite que en los preacuerdos se debe presentar una acusación que se adecue a los hechos cometidos, consideramos que transgrede los límites de la discrecionalidad, el principio de legalidad y el principio acusatorio.

En la reciente postura de la Corte Suprema de Justicia se permite a la Fiscalía y al imputado negociar la imposición de una pena sin tener en cuenta que solo la ley y la Constitución pueden determinar las funciones de los servidores públicos.

Las potestades de la Fiscalía General de la Nación, y más en un proceso regido por el principio acusatorio, no se extienden a la declaración de responsabilidad penal ni a la imposición de una pena, porque ello le corresponde al juez de conocimiento, quien debe actuar apegado a la estricta legalidad, ya que los jueces no actúan (ni deben actuar) con discrecionalidad política, como sí lo puede hacer el ente acusador, esto sin perjuicio del ejercicio de la discrecionalidad jurídica que puedan ejercer en el marco de su independencia judicial.

En ese sentido, a la Fiscalía no se le debería permitir negociar sobre potestades que no tiene ni desbordar el ámbito funcional que le atribuye la ley, por lo que no es correcto afirmar que pueda negociar la imposición de una pena. El ente acusador solo debería poder negociar lo relativo a la presentación de una acusación y en el marco de lo permitido por la ley.

Aparte de ello, como ya indicamos, un requisito inherente a la discrecionalidad es la existencia de un marco de acción delimitado y definido por la ley. La citada sentencia SP2073-2020 del 24 de junio de 2020 reconoció que la Fiscalía tiene un ámbito de discrecionalidad en los preacuerdos que debe ser delimitado para

que no incurra en excesos en la concesión de beneficios; sin embargo, para “delimitar” la discrecionalidad de la Fiscalía dicha sentencia estableció unos “límites” que no limitan, es decir, tan abstractos que no permiten saber hasta dónde puede llegar el ente acusador cuando ofrece beneficios punitivos. Recordemos las palabras de la Corte:

... para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes [...].

Cuando se trata de graves atentados contra los derechos humanos, y, con mayor razón, cuando los mismos recaen sobre personas especialmente vulnerables, para la celebración de acuerdos con el procesado los fiscales deben considerar, entre otras cosas: (i) las prohibiciones y límites establecidos por el legislador; (ii) los derechos de las víctimas y las necesidades de protección derivadas de su estado de vulnerabilidad; (iii) el deber de actuar con la diligencia debida durante la investigación y, en general, a lo largo de la actuación penal; (iv) la necesidad acentuada de esclarecer este tipo de hechos; y (v) el imperativo de que la negociación no afecte el prestigio de la administración de justicia [...].

A pesar de estas afirmaciones sugestivas, en ninguna parte de la ley se fija un límite concreto a la concesión de beneficios que tenga como criterios: “el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo”, “el arrepentimiento del procesado”, “su colaboración para el esclarecimiento de los hechos”, “los derechos de las víctimas y las necesidades de protección derivadas de su estado de vulnerabilidad” entre otros criterios.

Esta “limitación” a los beneficios por aceptación de cargos no impone una proporción concreta de disminución de pena, es decir no concreta un límite legal a la discrecionalidad de la Fiscalía, lo que haría que esta degenera en arbitrariedad o descontrol para conceder beneficios.

Los beneficios otorgados en los preacuerdos deben tener unos límites establecidos en la ley; observemos unos ejemplos:

– El artículo 351 del CPP señala como límite a los beneficios en una clase de preacuerdos una rebaja de “hasta la mitad de la pena imponible”.

– El artículo 352 del CPP establece como límite a los beneficios que se pueden conceder en otra modalidad de preacuerdos la reducción en una tercera parte de la pena.

– El artículo 350 del CPP impone un límite concreto a la disminución de la pena de los delitos imputados después de la eliminación de “alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico”.

En la reciente postura de la Corte Suprema de Justicia no se observa que se pueda imponer un límite concreto a los beneficios que se conceden a un imputado que acepta cargos. Esto podría llevar a injusticias como que en un delito de tentativa de homicidio se llegue a un preacuerdo en el que se exija demostrar su ocurrencia, la presentación de una acusación consensuada por dicho delito, pero se imponga la pena de un delito que no tenga nada que ver con los hechos objeto de acusación, y que suponga una pena ínfima en comparación con la pena que la ley dispone para los hechos imputados y demostrados, pues no hay un límite concreto para la concesión de los beneficios que podría conceder la Fiscalía, sino un cúmulo de propósitos loables que intentan determinar la pena con argumentación, pero que no brindan seguridad jurídica ni certeza sobre los límites del ente acusador para negociar.

También se podría llegar a absurdos como que, ante la comisión de un delito como el de “Alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida” se pueda preacordar acusar por dicho delito y declarar responsabilidad penal por el mismo, pero imponer la pena del delito de “Alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida” en estado de ira e intenso dolor, lo que consideramos un absurdo porque este delito casi en ningún evento podría admitir la circunstancia de menor punibilidad del estado de ira e intenso dolor.

Lo anterior nos conduce a acoger la primera postura que exige un control material a los preacuerdos para su aprobación. Consideramos que los preacuerdos deben contar con un respaldo probatorio que demuestre la tipicidad de la acusación consensuada porque:

1. La decisión que aprueba un preacuerdo es una decisión judicial que debe valorar los fundamentos fácticos y jurídicos de la acusación consensuada para declarar responsabilidad penal e imponer una pena con base en dichos fundamentos.

2. El juez de conocimiento debe actuar con independencia e imparcialidad al momento de aprobar un preacuerdo porque con dicha decisión se administra justicia, lo que en ocasiones puede conllevar la desaprobación de los acuerdos que no se ajusten a la ley sustancial y a los hechos probados.

3. El principio acusatorio y el principio de legalidad exigen que la Fiscalía se limite ejercer discrecionalidad únicamente respecto de las funciones que le atribuye la ley, es decir, acusar.

Por su parte el juez de conocimiento declara responsabilidad penal e impone penas cumpliendo estrictamente lo previsto en la ley, sin poder decidir con discrecionalidad política ni intervenir en las negociaciones de las partes.

4. El control material que se ejerce sobre un preacuerdo no desconoce la discrecionalidad de la Fiscalía, sino que la controla. Al momento de hacer control material el juez solo verifica que la acusación consensuada se correspondencia con los hechos demostrados y con la ley para aprobar o desaprobar el acuerdo, sin aprestarse a modificar sus términos.

No desconocemos que hay opiniones que indican que cuando se hace un preacuerdo no se debe exigir la demostración de los cargos de la acusación acordada porque entonces no se estaría otorgando un beneficio discrecional por la aceptación de cargos, sino que simplemente se estaría actuando como la Fiscalía debió haber actuado desde la misma imputación¹⁰³. Por ejemplo, si se imputa un delito de lesiones personales y se acuerda variar la calificación de la conducta por un delito de lesiones personales en estado de ira e intenso dolor, y en el soporte probatorio del preacuerdo está demostrado el estado de ira e intenso dolor, no se estaría otorgando ningún beneficio discrecional por aceptar cargos, sino que se estaría acusando en los términos en que se debió haber imputado desde un comienzo.

Entendemos la preocupación que respalda este argumento y compartimos el reproche que le cabe a la práctica de no reconocer las circunstancias que disminuyen la punibilidad y que están demostradas en los elementos de prueba desde la formulación de la imputación, para después reconocerlas por vía de preacuerdo (*over charging*), no obstante, consideramos que esta práctica es ajena a la regulación de los preacuerdos.

Dicha práctica se debería proscribir implementando un control material a la imputación y a la acusación para que desde el momento mismo de la imputación se formulen los cargos reconociendo las circunstancias que disminuyen la punibilidad, y en los preacuerdos solo se reconozcan beneficios distintos a los demostrados en los elementos materiales probatorios, como la tipificación de una conducta de

103 Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. “Preacuerdos y negociaciones”, en *Ciclo de capacitaciones para la gestión judicial y administrativa de los despachos penales*, 2020, disponible en [https://www.youtube.com/results?search_query=preacuerdos+rodrigo+lara+bonilla]; y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. “Los preacuerdos en Colombia: debate acerca de los límites de la Fiscalía para conceder beneficios”, 2020, disponible en [<https://www.youtube.com/watch?v=-Zso-x1270s&t=4770s>].

una manera menos gravosa; sin embargo, la conveniencia del control material de la imputación y la acusación es un asunto que escapa del objeto de este trabajo, ya que los preacuerdos no se realizan para corregir los problemas que trae la regulación de la imputación y de la acusación.

3.2.2.4. Respeto a la discrecionalidad

La acusación que no está precedida de una negociación contiene una pretensión condenatoria que la Fiscalía puede mantener o modificar en los alegatos de conclusión, o el juzgador conceder, negar o modificar, dependiendo de lo que se demuestre en el juicio¹⁰⁴. Sin embargo, cuando la acusación es fruto de una negociación, los términos de la persecución penal acordados entre la Fiscalía y el imputado obedecen a facultades discrecionales fundadas en criterios de conveniencia político-criminal y a los límites establecidos en la ley, y no a una valoración únicamente jurídica, por ello el juez de conocimiento que revisa el preacuerdo debe hacer un control que evite que se infrinja la ley, pero que respete las decisiones discrecionales del ente acusador.

El CPP afirma que los preacuerdos “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”¹⁰⁵. No significa lo anterior que la figura de los preacuerdos faculte a la Fiscalía a perseguir penalmente las conductas punibles de la forma que se quiera y sin sujeción a la ley, ni que el juez de conocimiento esté obligado a obedecer lo que dispongan la Fiscalía y el imputado, como si sus decisiones estuvieran sujetas a la voluntad de la Fiscalía y no al imperio de la ley únicamente, es decir, como si la función de administrar justicia consistiera en obedecer los acuerdos presentados por la Fiscalía.

Los preacuerdos pueden obligar al juez de conocimiento y delimitar su decisión judicial, pero en el entendido de que restringen la decisión del juez a aprobar o desaprobado el acuerdo y le impiden modificar sus términos, y no en el entendido de que obligan al juez a decidir de la forma que la Fiscalía quiera.

Si se permitiera al juez de conocimiento cambiar los términos del acuerdo entre la Fiscalía y el acusado, e imponer una sanción penal distinta a la acordada, habría una invasión indebida en el ámbito de discrecionalidad del ente acusador y se conculcaría la confianza del imputado que aceptó cargos; pero si se obligara al juez a aprobar la decisión que tome la Fiscalía en un preacuerdo se desconocería la independencia judicial y el principio acusatorio.

104 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de agosto de 2013, radicado 40093.

105 Artículo 351, inciso 4 CPP.

Por eso consideramos que la decisión discrecional de la Fiscalía en los preacuerdos obliga y limita al juez de conocimiento porque solo le permite declarar responsabilidad penal e imponer una pena por los cargos acordados, pero en caso de que estos cargos no se adecuen a los límites de la discrecionalidad del ente acusador, el juzgador no estaría en obligación de aprobar el acuerdo, sino que debería desaprobarlo y ordenar que el proceso siga su curso ordinario.

La Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la facultad discrecional de la Fiscalía de tipificar la conducta imputada “de una forma específica con miras a disminuir la pena” contenida en el artículo 350 del CPP y determinó que se ajustaba a la Constitución, siempre y cuando se entienda que

... la labor del fiscal es de adecuación típica por lo que, si bien tiene cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, deberá obrar con base en los hechos del proceso. En otras palabras, al celebrar un preacuerdo el fiscal no puede seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los fundamentos fácticos y probatorios que resultan del caso¹⁰⁶.

En otras palabras, para que el preacuerdo que busca tipificar la conducta imputada de otra “forma específica con miras a disminuir la pena” sea constitucional, la tipificación de la conducta debe adecuarse a los hechos probados y a la ley vigente, pues estos son límites a la discrecionalidad de la Fiscalía para realizar preacuerdos.

3.2.2.4.1. Artículo 122 de la Constitución

Con anterioridad señalamos que los mandatos dictados por disposiciones constitucionales no pueden ser exceptuados ni eludidos por normas permisivas de rango legal, sino solo por normas especiales que también tengan rango constitucional. Este es el caso del artículo 122 de la Constitución que ordena a los órganos del Estado competentes realizar todo lo que esté en el marco de sus funciones para inhabilitar a quienes cometan “delitos que afecten el patrimonio del Estado o [...] relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”, para ser candidatos a cargos de elección popular, ser nombrados servidores públicos y contratar con el Estado”, sin que las normas legales los puedan eximir del cumplimiento de este deber.

Por eso el artículo 122 de la Constitución debe considerarse un límite a la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, lo que hace inadmisibles aceptar preacuerdos que permitan eludir o exceptuar el deber constitucional de hacer lo

106 Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

que le compete al ente acusador para imponer las inhabilidades a las que se refiere este artículo.

4. PREACUERDOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 350 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El artículo 350 del CPP regula una forma de realizar preacuerdos que consiste en tipificar de una manera distinta la conducta punible, o retirar uno de los cargos, a cambio de que el procesado acepte los delitos imputados o unos relacionados. Observemos la norma:

Artículo 350. Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

De acuerdo con esta norma, entendemos que en este tipo de preacuerdos, a cambio de la aceptación de unos cargos por el imputado, la Fiscalía puede conceder una variación en la calificación jurídica del delito perseguido o un retiro parcial de cargos. Sin embargo, consideramos que la redacción de la norma citada no es la más afortunada, pues contempla dos posibilidades de aceptación de cargos cuando dice que “el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor”.

La ley le da dos posibilidades al imputado: 1. Aceptar el delito imputado, y 2. Aceptar un delito relacionado con pena menor, es decir, aceptar la imputación realizada, lo que implica obtener una declaración de responsabilidad por esta conducta; o cambiar la imputación y aceptar la nueva imputación, lo que implica obtener una declaración de responsabilidad por el delito acordado.

Hubiéramos querido que la norma contenida en el artículo 350 del CPP estuviera redactada de la siguiente manera:

[...] El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se *declarará culpable del delito imputado, a cambio de que se elimine alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico; o de un delito relacionado, a cambio de que el fiscal tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.*

Es decir, una redacción del artículo 350 del CPP que precisara de manera inequívoca qué pasa cuando se aceptan los delitos imputados, y qué ocurre cuando se acepta un delito relacionado, pues en los procesos penales cuando se acusa, de manera consensuada o sin acuerdo, debe haber un pronunciamiento sobre la declaración de responsabilidad penal del acusado, esto sin ignorar que la pretensión penal contenida en la acusación que no está precedida por una negociación puede concederse por cargos distintos a los acusados, mientras que la que está precedida de una negociación no, pues los acuerdos entre Fiscalía y defensa atan al juez de conocimiento¹⁰⁷, como se indicó con anterioridad.

Con la redacción hipotética y deseada que hicimos del artículo 350 resulta claro que cuando se concede la eliminación de un agravante o un cargo específico el procesado está aceptando el delito imputado y, en caso de aprobación del preacuerdo, el juez de conocimiento debería declarar la responsabilidad penal por el delito imputado y no por el delito que resultó de la negociación (sin agravante); *contrario sensu*, si el imputado acepta responsabilidad por un delito relacionado con pena menor y se tipifica la conducta cometida de acuerdo con el tipo penal aceptado (“de una forma específica con miras a disminuir la pena”)¹⁰⁸, la declaración de responsabilidad del juez de conocimiento cuando aprueba el preacuerdo debería ser por el delito negociado y no por el delito que se imputó en la audiencia de formulación de imputación.

Esto tiene importantes implicaciones, pues el artículo 68A del Código Penal excluye la posibilidad de conceder beneficios judiciales y subrogados penales cuando se declara responsabilidad penal por la comisión de determinados delitos. Verbigracia, si se imputa un delito como concierto para delinquir agravado, y el imputado acepta los cargos con agravante a cambio de que se elimine el agravante, así el monto de la pena se fije como si se hubiera cometido un delito sin agravante, la declaración de responsabilidad que hace el juez que aprueba el preacuerdo debe ser como la de un delito con agravante, y las consecuencias

107 Artículo 351 CPP.

108 Artículo 350 CPP.

penales (subrogados penales y beneficios judiciales) deben ser las de un delito con agravante (concierto para delinquir agravado) independientemente del monto de la pena; por su parte, si ante una conducta como la venta de marihuana se imputa el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, que excluye subrogados penales y beneficios judiciales, y con un preacuerdo se varía la tipicidad al delito de fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud y se acepta esta nueva tipificación, la declaración de responsabilidad penal que haga el juez de conocimiento cuando aprueba el preacuerdo y las consecuencias penales que impone deberán ser las del delito negociado (fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud), no las del delito imputado (tráfico, fabricación o porte de estupefacientes).

A pesar de eso, debemos admitir que de acuerdo con la forma como está redactado el artículo 350 del CPP son admisibles las siguientes interpretaciones:

1. Que el procesado *acepte el delito imputado y se declare la responsabilidad penal por el delito imputado*, pero al momento de fijar la cuantía de la pena se castigue como si se hubiera cometido un delito sin causal de agravación punitiva.
2. Que el procesado *acepte los delitos imputados y se declare la responsabilidad penal por los delitos imputados*, pero al momento de fijar la cuantía de la pena se castigue como si no hubiera cometido uno de los delitos.
3. Que el procesado *acepte el delito imputado y se declare la responsabilidad penal por el delito imputado*, pero al momento de fijar la cuantía de la pena se castigue como si se hubiera cometido un delito distinto con una calificación jurídica más favorable.
4. Que el procesado acuerde con el ente acusador la eliminación de un agravante, *acepte el delito acordado (sin el agravante), se declare la responsabilidad penal por el delito acordado (sin el agravante)* y se impongan las consecuencias jurídicas del delito acordado (sin el agravante).
5. Que el procesado acuerde con el ente acusador eliminar uno de los delitos imputados, *acepte los delitos acordados (sin el delito que se acordó eliminar), se declare la responsabilidad penal por los delitos acordados (sin el delito que se acordó eliminar)* y se impongan las consecuencias jurídicas de los delitos acordados (sin el delito que se acordó eliminar).
6. Que el procesado acuerde con el ente acusador acusar por un delito distinto del imputado, *acepte el delito acordado, se declare la responsabilidad penal por el delito acordado* y se impongan las consecuencias jurídicas del delito acordado.

Para precisar el alcance del artículo 350 del CPP en este punto, explicaremos cuál consideramos que debería ser la forma de entender esta norma, iniciando con el preacuerdo para tipificar la conducta imputada de manera diferente, continuando con el preacuerdo para eliminar un agravante y culminando con el preacuerdo para eliminar un cargo.

4.1. Preacuerdo para tipificar la conducta imputada de manera diferente

El artículo 350 del CPP consagra una forma de realizar preacuerdos según la cual “la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación” para que el ente acusador cambie la calificación jurídica de los hechos imputados o “[t]ipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena” a cambio de la aceptación de cargos por el imputado.

De la redacción de la norma no se puede saber si para que el procesado pueda obtener el beneficio consistente en un cambio de calificación jurídica deba declararse “culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor”, por ello exploraremos ambas hipótesis de interpretación de la norma y de eso dependerá si, en caso de aprobar el preacuerdo, habrá necesidad de declarar responsabilidad penal por la calificación jurídica acordada o por la imputada, ya que es claro que solo se podrá declarar responsabilidad penal por el delito que el imputado aceptó, no otro, independientemente del monto de la pena a imponer.

4.1.1. Aceptación de un delito distinto del imputado

El pluricitado artículo 350 del CPP indica que “la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”. Esto indica que la acusación es el acuerdo al cual llegan Fiscalía e imputado, por lo que si el acuerdo consiste en mantener los términos de la imputación realizada, es decir, el delito imputado, eso sería la acusación, pero si el acuerdo consiste cambiar los términos de la imputación, esto es, cambiar el delito imputado, eso sería la acusación.

Ya indicamos que cuando el procesado acepta un delito distinto del imputado “el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes” demostrados con el sustento del acuerdo¹⁰⁹, por ello consideramos que en esta clase de preacuerdos se puede aceptar culpabilidad por el delito negociado, siempre que el juez de conocimiento verifique que se acredita

109 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP2073 del 24 de junio de 2020, radicado n.º 52.227 y Corte Constitucional, sentencias C-1260 de 2005 y SU-479 de 2019.

más allá de toda duda razonable la ocurrencia del delito acordado, sin modificar los términos del acuerdo.

Consideramos que los jueces de conocimiento no deben modificar los términos del acuerdo porque eso invade las facultades discrecionales que se reconocen a los órganos encargados de ejecutar la política criminal del Estado, y defrauda la confianza legítima del acusado, pues, como ya se indicó, este sujeto procesal tiene derecho a conocer los cargos que se le atribuyen (hechos y calificación jurídica) y a que se respete su decisión libre, consciente e informada de aceptar dichos cargos, por eso mal se haría si se le permite aceptar responsabilidad penal por unos cargos y se cambia su situación después de que ha renunciado a su derecho a guardar silencio y no autoincriminarse.

Si se considera que con esta forma de preacuerdos se acepta la calificación jurídica negociada y no la formulada en la imputación, es decir, se acepta un delito relacionado al imputado con pena menor (delito negociado) y no el delito imputado, y se verifica que la nueva calificación jurídica se corresponde con los hechos, se respetan los límites impuestos por el principio de legalidad, así como la discrecionalidad de la Fiscalía, y no se desconocen los derechos a la tutela judicial efectiva ni el principio acusatorio, pues se obtiene una declaración de responsabilidad penal y una condena acorde con los hechos punibles cometidos y respetando las funciones del ente acusador y del juez de conocimiento.

4.1.2. Aceptación del delito imputado

Si el artículo 350 del CPP se interpreta entendiendo que el imputado acepta los cargos formulados en la imputación de cargos (el delito imputado) y no un delito diferente con pena menor, la Fiscalía tendría que acusar por el delito imputado, pues este artículo es claro en afirmar que una vez se llegue a un acuerdo entre imputado y Fiscalía sobre los cargos “el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”, y las sentencias C-1260 de 2005 y SU-497 de 2019 de la Corte Constitucional también fueron claras en considerar inconstitucional la facultad de calificar la conducta de una forma que no corresponda con los hechos probados y la ley penal vigente.

También explicamos que cuando se acepta el delito imputado se presenta ese acuerdo como acusación y se declara responsabilidad por el delito aceptado, no se deberían imponer, como resultado del acuerdo, las consecuencias de otro delito que no corresponda con lo demostrado en el sustento probatorio del acuerdo, contrario a lo sostenido por la sentencia SP2073-2020 de radicado 52227 del 24 de junio de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, pues la Fiscalía no tiene facultades discrecionales para declarar responsabilidad penal ni imponer penas, ya que estas facultades son inherentes al juzgamiento y atribuidas al juez de conocimiento.

Como consecuencia de lo anterior, en caso de aprobar el acuerdo, el juez de conocimiento tendrá que declarar responsabilidad penal y sancionar por el delito imputado y acusado y no otro, pues este funcionario tampoco tiene la posibilidad de imponer una pena distinta a la consagrada en la ley para las conductas punibles puestas en su conocimiento, ni declarar la responsabilidad del acusado por delitos distintos a los formulados en la acusación preacordada, ya que esto implica modificar el acuerdo de las partes.

Sin duda este tipo de acuerdo es útil si el imputado desea asegurar que se le condene por el delito imputado y no por otro que se pueda demostrar en juicio, o si desea fijar su pena sin que se apliquen los cuartos de dosificación punitiva en caso de que se hubiere imputado un delito con circunstancias genéricas de mayor punibilidad¹¹⁰; sin embargo, esta no es una forma afortunada de entender los preacuerdos, ya que si el imputado decidiera aceptar los cargos en los términos de la imputación no se debería aplicar el artículo 350 del CPP, sino el artículo 351 del CPP que es una mejor opción. El artículo 351 del CPP dicta:

Artículo 351. *Modalidades.* La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

Con esta modalidad de preacuerdo se acepta el delito imputado, se acusa por el delito imputado y se declara la responsabilidad por el delito imputado, pero el juez impone una pena reducida hasta en la mitad por mandato legal, sin perjuicio de que se puedan acordar discrecionalmente las consecuencias dentro de los marcos penales establecidos en la ley para la rebaja por aceptación de cargos; es decir, el artículo 351 del CPP es una opción más adecuada si se busca un preacuerdo en el que se acuse consensuadamente por el delito imputado, por ello es la que se debería aplicar en estos casos.

De lo anterior podemos inferir que, aunque el artículo 350 del CPP da la posibilidad de aceptar el delito imputado o un delito relacionado de pena menor, en el preacuerdo que busca que la Fiscalía “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, la forma más adecuada de interpretar este artículo nos lleva a entender que en esta modalidad de preacuerdo se acepta un delito distinto al imputado (el delito negociado), pues una acusación consensuada en la que se acepta y se acusa por el delito imputado, es más propia de otras modalidades de preacuerdo, como la regulada en el artículo 351 del CPP.

110 Artículo 3.º Ley 890 de 2004.

4.1.3. Críticas a esta interpretación

Parte de la doctrina nacional (en especial Nelson Saray Botero y Patricia Uribe Ramírez) ha criticado esta forma de entender el artículo 350 del CPP, ya que considera que cuando se acuerda tipificar la conducta “de una forma específica con miras a disminuir la pena” solo puede haber una aceptación y una declaración de responsabilidad penal por los cargos imputados (no los negociados), ya que con el preacuerdo solo se busca una reducción en el monto de la pena y no la declaración de responsabilidad penal por el delito negociado¹¹¹.

Saray Botero y Uribe Ramírez no consideran que con esta clase de preacuerdos el imputado acepta el delito negociado y se declara su responsabilidad penal, y más bien opinan que con esta interpretación surgen los siguientes problemas¹¹²:

1. Se transgrede el principio de legalidad y el debido proceso porque se condena por un delito distinto al cometido e imputado.

2. Se vulneran los derechos de las víctimas a ser reparadas por los daños ocasionados si se condena penalmente al procesado por un delito distinto al imputado, esto por la aplicación del principio de unidad de jurisdicción. Por ejemplo, si se imputa un delito de lesiones personales, pero se declara responsabilidad penal por un delito de lesiones personales cometido en exceso en la legítima defensa, la expectativa de la víctima de ser reparada integralmente se puede llegar a frustrar porque se condena por un delito que implica un comportamiento antijurídico precedente de la víctima, lo que acarrea efectos en la determinación de la responsabilidad civil, como la existencia de concurrencia de culpas.

3. Si se declara responsabilidad penal por el delito negociado y no por el delito imputado, la negociación puede conllevar impunidad, verbigracia, si se formula imputación de cargos por un delito de tentativa de homicidio y se degrada la calificación jurídica en la acusación por el delito de lesiones personales en virtud de un preacuerdo se puede llegar a precluir el proceso por reparación integral o solicitar la nulidad del mismo por falta de querrela o conciliación previa.

También consideran los autores que si se declara responsabilidad penal por el delito negociado se podría eludir la inhabilidad constitucional para ejercer determinados cargos públicos que acarrea la comisión de los delitos previstos en el artículo 122 de la Constitución.

111 Nelson Saray Botero y Patricia Uribe Ramírez. Ob. cit., p. 147 y ss.

112 Ídem.

No estamos de acuerdo con las críticas esbozadas con anterioridad por los siguientes argumentos:

1. Como se explicó, es un deber de la Fiscalía General de la Nación perseguir penalmente “los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento¹¹³”, y cuando la Fiscalía tipifica de manera distinta una conducta con miras a disminuir la pena, también está persiguiendo el hecho que llegó a su conocimiento con una tipicidad acordada que se adecua a los hechos probados.

La persecución penal de los hechos delictivos cometidos, y no la de unos hechos distintos a los cometidos, se garantiza cuando el juez de conocimiento hace el control material al preacuerdo, es decir, cuando se asegura que la tipicidad escogida por el fiscal corresponda con los hechos demostrados en el sustento probatorio, por ello consideramos que no se incumple la obligación de perseguir penalmente los hechos con características de delitos cometidos para perseguir otros.

Tampoco se transgrede el principio de legalidad, pues se tipifica la conducta de manera que los hechos demostrados en el sustento probatorio del preacuerdo se adecuen a la nueva tipicidad escogida, lo que también se garantiza con el control material que hace el juez de conocimiento al preacuerdo.

2. Con la postura defendida no se vulneran los derechos de las víctimas por desconocimiento del principio de unidad de jurisdicción pues el derecho a ser reparado que tiene la víctima nace por el daño sufrido y el hecho que lo produjo, no por la calificación jurídica del hecho cometido. El principio de unidad de jurisdicción se deriva de la necesidad de armonía y no contradicción en las especialidades jurisdiccionales para que el ciudadano tenga certeza de los asuntos que define la administración de justicia. Este principio busca que las declaraciones o providencias que profiere un juez penal en ejercicio de sus funciones sean respetadas y no desconocidas por otros jueces¹¹⁴, y ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia para indicar que “una vez sea decidido, en forma definitiva, un preciso punto por el juez penal, no es dable por otro, aunque sea de distinta especialidad, abordarlo de nuevo”¹¹⁵.

A pesar de que hay pronunciamientos judiciales que respaldan la existencia y vigencia de este principio, no podemos ignorar que no es un principio positivizado en la ley ni en la Constitución, lo que permite dudar de su vigencia en nuestro ordenamiento. Tampoco se puede desconocer que el principio de unidad

113 Constitución Política Artículo 250.

114 Corte Constitucional, sentencia SU-478 de 1997.

115 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de febrero de 2007, radicado 45736.

de jurisdicción puede entrar en tensión con principios que sí están reconocidos expresamente por la Constitución como el de tutela judicial efectiva, el de defensa y el de independencia judicial.

Si en un proceso penal se imputa el delito de lesiones personales, pero en virtud de un preacuerdo se declara responsabilidad penal por el delito de lesiones personales en situación de exceso en la legítima defensa, es entendible que cuando la víctima solicite la reparación por los daños causados con el delito, se tenga en cuenta que hubo una declaración judicial que indicaba que el delito se cometió en situación de exceso en la legítima defensa que supone la culpa de la víctima en la causación del daño.

Según la postura que defendemos, si por la realización de un preacuerdo hubo una declaración de responsabilidad penal por un delito cometido con exceso en la legítima defensa, esta declaración debió obedecer a la demostración de dicha circunstancia en el respaldo probatorio del preacuerdo y debió respetar la posibilidad de que la víctima se opusiera a él (derecho de defensa de la víctima).

Si en el ejemplo que estamos analizando se parte del hecho de que se cometió un delito con exceso en la legítima defensa y la víctima tuvo posibilidad de oponerse a la aprobación de dicho acuerdo, no se vulnerarían sus derechos y no habría inconvenientes con la aplicación del principio de unidad de jurisdicción. Pero si la víctima no tuvo la oportunidad de oponerse al preacuerdo con el que se declaró que se cometió un delito en estado de exceso en la legítima defensa, consideramos que el derecho de acceso a la administración de justicia de la víctima, la prevalencia del derecho sustancial y su derecho de defensa deben primar sobre un principio no reconocido expresamente por la Constitución o la ley, como el principio de unidad de jurisdicción. Como consecuencia de ello, el juez a quien corresponde determinar la responsabilidad civil por los daños ocasionados con el delito debe poder fallar con independencia de las decisiones de otras autoridades (independencia judicial), así no se aplique el principio de unidad de jurisdicción, y de los remedios procesales por las irregularidades en la citación a las víctimas al proceso penal.

3. Tampoco consideramos que la posición defendida conduzca a la impunidad por permitir la variación de la calificación jurídica de unos delitos imputados a una calificación que admite preclusión del proceso penal por reparación integral. Hay delitos en los que podría ser procedente la preclusión del proceso cuando el acusado repara los daños provocados con la comisión del delito aplicando las consecuencias del artículo 42 de la Ley 600 de 2000^[116]. Verbigracia: se formula imputación por un delito de tentativa de homicidio y se acuerda tipificarlo como

116 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de abril de 2011, radicado 35946.

lesiones personales para que antes de la lectura del fallo se indemnicen los daños y se precluya el proceso por reparación integral.

Respecto de esta posibilidad debemos aclarar que la Corte Suprema de Justicia ya indicó en una decisión muy criticada, pero en nuestro criterio acertada, que la preclusión por reparación integral regulada en la Ley 600 de 2000 no es una institución asimilable a la preclusión en el sistema procesal adoptado con el actual CPP, sino que es una institución más parecida al principio de oportunidad. Por ello, para renunciar a la persecución penal de uno de los delitos señalados en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 no se debería trasplantar al sistema procesal vigente la figura de la preclusión por reparación integral, sino que se debería aplicar el principio de oportunidad¹¹⁷.

No obstante, si se llegara a aceptar la posibilidad de aplicar en el sistema procesal vigente la preclusión por reparación integral regulada en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, el hecho de que se varíe la acusación consensuadamente para que el imputado acepte la comisión de un delito distinto del imputado, no significa que esta clase de preacuerdos conlleve la impunidad.

Si con esta clase de preacuerdos se pudiera variar la calificación jurídica del delito imputado por la de un delito de los indicados en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000 (que regula la preclusión por reparación integral), podría ser procedente solicitar la nulidad de la actuación porque la nueva calificación del hecho punible requiere conciliación previa, o solicitar la preclusión por reparación integral. Pese a ello, lo anterior no se puede confundir con que el preacuerdo dirija inminentemente a la impunidad, pues se trata de una actuación voluntaria de la Fiscalía, y este sujeto procesal es quien tiene la facultad de decidir si preacuerda o no, ya que no está obligado a hacerlo.

Esta situación obliga al ente acusador a tener cuidado de no negociar una calificación jurídica que pueda llevar a consecuencias indeseadas, como propiciar una nulidad de la actuación o hacer procedente una preclusión del proceso, pues los términos de una acusación consensuada constituyen una responsabilidad de la Fiscalía, es decir, la posible impunidad por hacer un preacuerdo para calificar una conducta de forma que conduzca a preclusiones o declaratorias de nulidad no es una consecuencia necesaria e indefectible de la forma como interpretamos el artículo 350 del CPP, sino una consecuencia que depende del cuidado con que la Fiscalía negocie.

Por otra parte, si se tipifica de manera diferente la conducta imputada para obtener una declaración de responsabilidad penal por el delito acordado, se puede eludir

117 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020, radicado 53293.

lo señalado en el artículo 122 de la Constitución que prevé la inhabilidad para ejercer cargos públicos y celebrar contratos con el Estado a quienes hayan sido condenados por “delitos que afecten el patrimonio del Estado o [...] relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior”.

Consideramos que con la aceptación de un delito acordado que corresponde a los hechos representados en el sustento probatorio del preacuerdo, y con la declaración de responsabilidad penal por dicho delito, no le será posible al imputado eludir las inhabilidades previstas en el artículo 122 de la Constitución, es decir, ser condenado penalmente por la comisión de ciertos hechos con independencia de su calificación jurídica.

El artículo 122 prevé inhabilidades para “quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado”. Obsérvese que la norma constitucional no especifica que la inhabilidad debe obedecer a la comisión de un tipo penal en particular, como el peculado o el fraude a subvenciones, que son ejemplos de delitos que afectan el patrimonio del Estado, sino que prevé inhabilidades por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado independientemente de la calificación jurídica; por eso, si en el caso de un delito de peculado se llega a un preacuerdo para acusar y condenar al imputado por el delito de abuso de confianza calificado por recaer en bienes públicos, se debe imponer la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Constitución, porque el abuso de confianza calificado también es un delito que afecta el patrimonio del Estado.

Esta norma constitucional también contempla inhabilidad para quien sea condenado por delitos “relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales” o “por narcotráfico”. Al respecto podemos indicar lo dicho con anterioridad: la Constitución no ordena al ente acusador imponer las inhabilidades del artículo 122 constitucional por algún tipo penal en particular, sino por la comisión de un delito relacionado con el fenómeno de criminalidad del narcotráfico, independientemente de la calificación jurídica que se le adjudique a dicho hecho punible.

Pasa lo mismo con las condenas por los delitos de lesa humanidad pues, aunque en el Estatuto de Roma y en otros Estatutos de tribunales de derecho penal internacional haya delitos tipificados bajo la rúbrica de “crímenes de lesa humanidad”¹¹⁸, en el derecho interno colombiano dichos delitos no son un tipo penal especial, sino

118 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7.º, y Estatuto del Tribunal Internacional para la exYugoslavia, artículo 5.º, entre otros.

una calificación que denota la importancia de ciertas conductas y que se puede realizar con independencia del *nomen iuris* del tipo penal escogido¹¹⁹.

Es menester aclarar que para cumplir los deberes que imponen los tratados internacionales de investigar, prevenir y sancionar los delitos de lesa humanidad,

... se deberán imputar delitos nacionales que retomen la descripción de los crímenes internacionales, independientemente de su *nomen iuris* y siempre que se respete el principio de proporcionalidad de la pena. En este sentido, en la sentencia o la imputación se deberá mencionar la característica internacional del crimen y describir sus elementos, contexto, características de la población civil y generalidad o sistematicidad, para satisfacer los postulados de verdad, justicia, reparación y no repetición a las víctimas que han sido desarrollados por el Derecho Internacional y nacional¹²⁰.

Lo anterior indica que, independientemente del tipo penal con que se califique una conducta, con o sin preacuerdo, si el hecho cometido es un crimen de lesa humanidad, debe imponerse la inhabilidad prevista en el artículo 122.

No obstante, en caso de que la Constitución exija imponer una inhabilidad por la comisión de un tipo penal particular descrito expresamente en el Código Penal, es claro que este mandato sería un límite a la discrecionalidad del fiscal para calificar jurídicamente una conducta en virtud de un preacuerdo, pues la facultad de tipificar una conducta de manera discrecional y favorable es legal, y el hipotético mandato de imponer una inhabilidad por la comisión de un tipo penal en particular sería un mandato constitucional y, como se explicó, una facultad legal no puede restringir o excepcionar un mandato constitucional; es por eso que un preacuerdo que haga nugatoria la imposición de una sanción prevista en la Constitución no podría ser aprobado por un juez de conocimiento ya que desborda los límites de la discrecionalidad de la Fiscalía.

En conclusión, no es correcto afirmar que cuando se acuerda una tipificación en la acusación y una declaración de responsabilidad penal por un delito distinto al imputado, se pueda eludir el cumplimiento de las sanciones previstas en la Constitución, pues una lectura sistemática e integral del ordenamiento jurídico reconoce que dicha posibilidad está proscrita de la modalidad de preacuerdo prevista en el artículo 350 del CPP.

A estas críticas se han sumado opiniones que indican que cuando se hace un preacuerdo para tipificar una conducta con una calificación jurídica distinta a la

119 Claudia López y Andreas Forer. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*, Bogotá, GTZ y Embajada de la República Federal de Alemania, 2010, pp. 48 y ss.

120 Ibid., p. 48.

formulada en la imputación, no se está aceptando el delito negociado, sino el delito imputado, porque si se acordara la aceptación de cargos del delito negociado, y se requiriera prueba de dicha tipicidad, no se estaría otorgando un beneficio discrecional por la aceptación de cargos, sino que simplemente se estaría actuando como la Fiscalía debería haber actuado desde la imputación de cargos¹²¹. Por ejemplo, si se imputa un delito de hurto y se acuerda degradar la calificación jurídica por la del delito de hurto en circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, porque dicha circunstancia está demostrada, no se otorga ningún beneficio discrecional por aceptar cargos, sino que se acusa por el cargo que se debió haber imputado desde un comienzo.

Respecto de este punto debemos reiterar que la práctica de no reconocer las circunstancias que disminuyen la punibilidad de una conducta desde la imputación de cargos, incluso cuando están palmariamente demostradas, no se soluciona con la regulación de los preacuerdos, sino con la exigencia de un control material a la imputación de cargos y a la acusación, por ello no se puede alegar que cuando se varía la calificación jurídica del delito imputado a una que deba corresponder con los hechos demostrados no se está concediendo un beneficio, pues esta clase de preacuerdos o variaciones de calificación jurídica representan un beneficio respecto de la calificación jurídica de la imputación, solo que nuestro sistema procesal penal requiere la implementación de un control material a la imputación de cargos y a la acusación y ese es un problema que no se va a solucionar con la regulación de los preacuerdos.

4.2. Preacuerdo para eliminar un agravante

Además de lo anterior, el artículo 350 del CPP regula otra forma de preacuerdo con el cual se busca que el imputado se declare “culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal [...] Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva”. Respecto de esta forma de preacuerdo tampoco es posible determinar unívocamente si el procesado acepta el delito imputado o el delito que resulte del acuerdo, de lo que depende que el juez de conocimiento declare responsabilidad por el delito imputado o por “uno relacionado con pena menor”, con las consecuencias penales que ello acarrea.

En reciente sentencia la Corte Suprema de Justicia afirmó que en esta clase de preacuerdos “el juez deberá condenar por el delito imputado [...] pero se debe imponer por razón del preacuerdo la pena que corresponda al cambio aceptado por la fiscalía”, por ello, en criterio de la Corte, el beneficio obtenido por la aceptación de cargos se circunscribe a la reducción en el monto de la pena, pero no en

121 Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Ob. cit., y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Ob. cit.

la declaración de responsabilidad penal o en la concesión de subrogados penales o beneficios judiciales¹²².

En esta forma de preacuerdos también vamos a disentir del criterio de la Corte. Reiteramos los argumentos esgrimidos con anterioridad porque consideramos que los fiscales solo pueden disponer discrecionalmente de las facultades que les asigna la ley o la Constitución, es decir, aquellas relativas a la acusación y no a la determinación de responsabilidad penal o a la imposición de una consecuencia jurídica, sin embargo, para este caso en particular no creemos importante saber si se acepta la culpabilidad por el delito imputado o “uno relacionado con pena menor” (delito negociado) porque, independientemente del delito que se acepte, la ley es clara en determinar que el beneficio que obtiene es que “el fiscal [...] Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva”, es decir, el beneficio que se obtiene es una modificación en la acusación así se acepte un delito con agravante (el delito imputado) o uno sin agravante (delito relacionado con pena menor).

La Corte Suprema de Justicia consideró que con esta clase de preacuerdos el procesado acepta el delito imputado, se declara responsabilidad por el delito imputado pero se impone el monto de la pena del delito negociado; no obstante, de la lectura literal del artículo 350 del CPP se desprende expresamente que en esta clase de preacuerdos hay un cambio en la formulación de la acusación y esta acusación es lo que el juez de conocimiento debe aprobar o desaprobar, por ello su sentencia se debe limitar a determinar si se cumplen los requisitos formales del preacuerdo y si hay sustento probatorio para determinar que la conducta acusada ocurrió, es decir, que la calificación jurídica acordada corresponde a los hechos demostrados.

En esta modalidad de preacuerdo consideramos que no hay un desbordamiento en la discrecional conferida a los fiscales porque existen unos límites bien definidos en la ley respecto de los beneficios que se pueden otorgar a los procesados que aceptan cargos; o sea, si a una persona se le imputa un delito con un agravante se tiene la seguridad de que, si acepta cargos, el beneficio que se le conceda va a estar limitado a obtener el castigo que la norma establece para el tipo penal sin agravante, lo que garantiza que el fiscal que hace estos preacuerdos no va a otorgar beneficios sin limitación alguna.

Por otra parte tampoco se va a declarar responsabilidad por una calificación jurídica que no corresponda a los hechos demostrados, como lo exige la sentencia C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional, pues en los casos en los que hay sustento probatorio para demostrar un delito con agravante siempre hay sustento probatorio para demostrar el mismo tipo básico sin el agravante; por ejemplo, si

122 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2020, radicado 114112.

se cuenta con suficiente sustento probatorio para demostrar la responsabilidad penal por un delito de homicidio agravado, y se acuerda eliminar un agravante en la acusación, siempre habrá el suficiente sustento probatorio para demostrar la responsabilidad por un homicidio simple.

Resta afirmar que, como se indicó al momento de explicar lo relativo a la discrecionalidad para acusar, cuando se acuerda una acusación entre Fiscalía e imputado, estos acuerdos “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”¹²³, por lo que, al momento de aprobar el preacuerdo, el juez no puede modificar los términos de la acusación; es por ello que, de demostrarse la responsabilidad penal por el delito acordado y cumplirse los requisitos legales de estos preacuerdos, el juez de conocimiento deberá declarar responsabilidad penal por la comisión de la acusación formulada consensuadamente, es decir, de los cargos con la calificación jurídica acordada y con las consecuencias jurídicas (subrogados penales o beneficios judiciales) que esta calificación jurídica acarrea.

4.3. Preacuerdo para eliminar uno de los delitos imputados

La última modalidad de los preacuerdos del artículo 350 del CPP que referiremos es la que busca que, a cambio de la aceptación de culpabilidad del imputado, “el fiscal [...] Elimine de su acusación [...] algún cargo específico”.

En esta modalidad de preacuerdo, al igual que en la anterior, no importa si se aceptan los delitos imputados o los negociados (todos los imputados con excepción del delito que se acuerde eliminar), pues la ley es clara en afirmar que esta modalidad implica la eliminación de un cargo imputado al momento de formular la acusación, lo que significa que en cualquiera de estas posibilidades se presenta una acusación sin uno de los cargos imputados y el juez de conocimiento solo podrá aprobar o desaprobar el acuerdo, no modificarlo.

Lo que resulta más problemático de esta forma de preacuerdo es aceptar que puede ser la renuncia parcial de la persecución penal de uno de los delitos por los que se formuló imputación; de hecho, doctrinantes muy autorizados afirman que los preacuerdos que buscan la eliminación de uno de los cargos imputados en la acusación constituyen una forma de aplicar el principio de oportunidad¹²⁴.

Como indicamos atrás, el artículo 250 de la Constitución establece lo siguiente:

123 Artículo 351 del CPP.

124 Dario Bazzani. “Poderes del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdos y aceptación de cargos”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 89, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 154 y 155.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal [...]. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías [...].

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

[...]

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusa [...].

Esto no deja asomo de duda para concluir que la Fiscalía está obligada a acusar por todas las conductas con características de delitos que lleguen a su conocimiento, y que no podrá renunciar a esta obligación por causas distintas a la aplicación del principio de oportunidad o la improcedencia de la acusación.

Según esta norma constitucional y su interpretación por la Corte Constitucional, el principio de oportunidad requiere estar sujeto a la política criminal del Estado, al control de un juez de control de garantías y al estricto cumplimiento de causales que estén bien delimitadas en la ley. La Corte Constitucional dejó claro que para que sean acordes con la Constitución los supuestos en los que se aplique el principio de oportunidad, “las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca”¹²⁵.

Contrario a lo que piensan ciertos opinadores, consideramos que los preacuerdos con los que se elimina de la acusación un cargo específico no son una manifestación del principio de oportunidad, ya que por mandato constitucional el principio de oportunidad solo debe proceder por causales bien delimitadas “de manera clara e inequívoca” en la ley, y tener un control de legalidad ante el juez de control de garantías, lo que no ocurre con esta clase de preacuerdos.

Es posible pensar que cuando el artículo 250 de la Constitución prescribe que el principio de oportunidad “estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”, se refiere a un juez que controle que se respeten las garantías fundamentales, lo que deben hacer los jueces de conocimiento y los de control de garantías, no obstante, esta posibilidad queda descartada cuando el mismo artículo constitucional hace una diferencia clara en los roles que cumplen estos tipos de jueces.

125 Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005.

El párrafo segundo del numeral 1 del inciso 2 del artículo 250 constitucional dicta reglas referentes a las medidas de aseguramiento y no se refiere a los preacuerdos; sin embargo, aclara que cuando la Constitución se refiere al “juez que ejerza las funciones de control de garantías” se refiere al juez de control de garantías y no al juez de conocimiento. Este párrafo dice: “El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento”, por otra parte, al observar los numerales del inciso 2 del artículo 250 se nota que la Constitución prevé para el “juez que ejerza las funciones de control de garantías” funciones de distinta naturaleza que las que prevé para el “juez de conocimiento”.

Aparte de esta precisión, que puede pecar de demasiado exegética, se debe apuntar que el artículo 250 de la Constitución es enfático en disponer que la Fiscalía solo podrá renunciar a la persecución penal “en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad”. Es decir, la Constitución delega en el legislador la determinación de los casos en los que procede el principio de oportunidad.

Sobre esta base observamos que el artículo 323 y el resto de artículos del CPP que regulan el principio de oportunidad dejan claro que el funcionario encargado de hacer el control de legalidad del principio de oportunidad es el “juez de garantías”, no el de conocimiento. A su vez, el artículo 324 del CPP enumera las causales de aplicación de oportunidad y dice lo siguiente: “*Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: [...]”, y enuncia los supuestos por los que es procedente el principio de oportunidad, entre los que no está la realización de los preacuerdos regulados en el artículo 350 del CPP. Por eso consideramos que, aunque el principio de oportunidad y los preacuerdos son manifestaciones de discrecionalidad en política criminal, son totalmente diferentes.

Habiendo precisado que el preacuerdo que busca que se elimine de la acusación “algún cargo específico” no es una forma de principio de oportunidad, podemos sostener que la posibilidad de eliminar un cargo de la acusación puede suceder cuando se imputan distintas conductas que constituyen delitos, o cuando se imputa una conducta que constituye distintos delitos, como en el caso del concurso simultáneo de delitos, sea homogéneo o heterogéneo¹²⁶.

Si se imputan varios hechos, y en virtud del preacuerdo se elimina de la acusación la solicitud de condena por uno de los hechos para eliminar un cargo, se está incumpliendo lo normado por el artículo 250 de la Constitución que obliga a la Fiscalía a perseguir penalmente todos los hechos que revisten características de

126 Camilo Sampredo. *Lecciones de derecho penal*. Parte general, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 426 y 427.

delitos; por tanto, la facultad de realizar preacuerdos para eliminar un cargo de la acusación debería ser declarado inconstitucional.

Por otro lado, si se renuncia a la solicitud de condena por un delito en caso de que una misma conducta constituya varios delitos (concurso simultáneo de delitos), la facultad de eliminar uno de los cargos imputados en la acusación estaría ajustada a la Constitución, ya que se estarían persiguiendo penalmente todos los hechos con característica de delito como lo exige el artículo 250 de la Constitución, solo que los hechos perseguidos se calificarían jurídicamente eliminando un cargo de la acusación en ejercicio de la discrecionalidad política que se le reconoce a la Fiscalía. Verbigracia, si una persona realiza un acto sexual violento en contra de su hermana y en la imputación de cargos la Fiscalía le atribuye los delitos de acto sexual violento agravado por el parentesco e incesto, se puede renunciar en virtud de un preacuerdo a la solicitud de condena por el incesto porque no deja de perseguir penalmente los hechos con características de delito, solo que los califica jurídicamente sin uno de los cargos imputados.

En conclusión, esta clase de preacuerdos son procedentes y ajustados a la Constitución siempre que no conlleven renunciar a la persecución de los hechos que tengan características de delitos y desconocer de esa forma el mandato del artículo 250 constitucional, sino perseguir estos hechos calificándolos jurídicamente con discrecionalidad, es decir, eliminando la solicitud de condena por uno de los cargos imputados sin dejar de perseguir penalmente todos los hechos con características de delito.

CONCLUSIONES

1. Nuestro proceso penal está regido por el principio de legalidad. Esto implica que el ente acusador y los jueces de conocimiento deben:

– Respetar las competencias y funciones que la ley les asigna a los agentes del Estado. En consecuencia, los agentes del Estado que persiguen el delito y que administran justicia no deben incumplir sus deberes ni extralimitarse en el ejercicio de sus competencias, lo cual cobra mayor relevancia en un proceso gobernado por el principio acusatorio, pues este principio exige una separación entre la autoridad que acusa y la autoridad que administra justicia.

– Atribuir las consecuencias previstas en la ley sustancial a quienes cometen los hechos punibles perseguidos.

– Presentar una acusación que se ajuste a lo establecido en la ley procesal y sustancial, y el juez de conocimiento debe controlar la legalidad del acto de persecución penal, declarar la responsabilidad penal e imponer una pena respetando lo previsto en la ley.

2. Como toda manifestación de política criminal del Estado, el ejercicio de la acción penal debe estar enfocado a satisfacer el interés general y los fines políticos auspiciados por el Estado. Para el efecto es necesario actuar con discrecionalidad política, siempre y cuando se determinen precisamente el ámbito de discrecionalidad y sus límites en la ley y la Constitución.

3. Las decisiones que aprueban o desaprueban los preacuerdos son auténticas decisiones judiciales independientes e imparciales que declaran responsabilidad penal, hacen prevalecer el derecho sustancial y responden de manera congruente y ajustada a la ley las pretensiones que se plantean a los jueces de conocimiento. Por lo anterior deben estar sustentadas en elementos probatorios y fundamentos jurídicos, no solo en los acuerdos a los que lleguen las partes.

4. Los jueces de conocimiento deben hacer un control material de los preacuerdos para asegurar que la calificación jurídica acordada en la acusación consensuada se ajuste a la ley sustancial y a los hechos demostrados, y que la decisión judicial que aprueba el preacuerdo se ajuste a derecho y haga prevalecer el derecho sustancial, es decir, para que no se declare responsabilidad penal por conductas punibles distintas de las demostradas ni imponer penas que no correspondan a los delitos cometidos.

BIBLIOGRAFÍA

Armenta, Teresa. “Nuevo proceso penal: sistemas y valoración de pesos y contrapesos”, en Sergio García (coord.), *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, II. *Proceso penal*, México, UNAM, 2005.

Balmaceda, Gustavo. *Estudios de derecho penal general*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2015.

Barbosa Castillo, Gerardo. “Principio de legalidad y proceso penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 78, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Bautista, Juan. “Rule of law y discrecional judicial: compatibilidad y recíproca limitación”, *Revista de Derecho del Estado*, n.º 36, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Bazzani Montoya, Darío. “Poderes de control del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdo y aceptación de cargo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 89, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*, 2.^a ed., Jorge Guerrero (trad.), Bogotá, Temis, 2005.

Bovino, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

Calvo García, Manuel. “Transformaciones del derecho y crisis de la justicia”, *Revista de Derecho del Estado*, n.º 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Campoletti, Federico. “El control judicial de la actividad administrativa”, en Enrique Alonso Regueira (coord.), *El control de la actividad estatal*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

Chevalier, Jacques. *El Estado de Derecho*, Oswaldo Pérez Orozco (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Daza González, Alfonso. *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social de Derecho*, Bogotá, Universidad Libre, 2011.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Ciclo de capacitaciones para la gestión judicial y administrativa de los despachos penal, *Preacuerdos y negociaciones*, 2020, disponible en https://www.youtube.com/results?search_query=preaceurdo+s+rodrigo+lara+bonilla.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia.

Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. “Los preacuerdos en Colombia: debate acerca de los límites de la Fiscalía para conceder beneficios”, 2020, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=-Zso-x1270s&t=4770s>.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Perfecto Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero (trads.), Madrid, 2009.

Ferrer, Jhon Mario y Andrés Felipe Zuluaga. *Interpretación y argumentación jurídica*, Medellín, Universidad de Medellín, 2013.

Fioravanti, Mauricio. *Constitución. De la antigüedad hasta nuestros días*, Madrid, Trota, 2001.

García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1987.

Guerrero, Óscar Julián. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2013.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Carlos Andrés Guzmán Díaz. *Instituciones procesales penales consensuales*, t. 1, *Allanamientos a cargos y acuerdos de culpabilidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Gómez Pavajeau, Carlos. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Editorial Nueva Jurídica, 2016.

López, Claudia y Andreas Forer. *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*, Bogotá, GTZ y Embajada de la República Federal de Alemania, 2010.

Madrñan, Ramón. *El Estado social de derecho*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

Mestre, José. “La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano”, *Revista Universitas*, n.º 116, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

Montealegre Linett, Eduardo y Jaime Bernal Cuéllar. *El proceso penal*, t. II, 6.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Montealegre Linett, Eduardo y Jaime Bernal Cuéllar. *El proceso penal*, t. I, 6.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Navarro, María. “Discrecionalidad administrativa en Eunomía”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Perdomo Torres, Jorge Fernando. *Los principios de legalidad y oportunidad. Fundamentos constitucionales y teórico penales, y su regulación en el derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Picó, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997.

Reyes Aragón, Manuel. *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Rúa, Jhon y Jairo Lopera. *La tutela judicial efectiva*, Bogotá, Leyer 2002.

Ruiz López, Carmen Eloísa y Miguel Córdoba Angulo. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Sampedro, Camilo. *Lecciones de derecho penal parte general*, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Saray Botero, Nelson y Patricia Uribe Ramírez. *Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*, Leyer, 2017.

Suárez, Alberto. *El debido proceso penal*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Torres Tópaga, William. “Allanamientos, preacuerdos y negociaciones: diez años”, en Carlos Arturo Gómez Pavajeau (coord.), *Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2016.

Urbano, José. *El control de la acusación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Villar Borda, Luis. “Estado de Derecho y Estado Social de Derecho”, *Revista de Derecho del Estado*, n.º 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Younes Moreno, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*, 13.^a ed., Bogotá, Legis, 2014.

Corte Constitucional

Sentencia SU-478 de 1997.

Sentencia C-1287 de 2001.

Sentencia C-199 de 2001.

Sentencia C-673 de 2005.

Sentencia C-799 de 2005.

Sentencia C-454 de 2006.

Sentencia C-516 de 2007.

Sentencia C-762 de 2009.

Sentencia C-285 de 2016.

Sentencia C-328 de 2016.

Sentencia C-342 de 2017.

Sentencia SU-479 de 2019.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de febrero de 2007, radicado 45736.

Sala de Casación Penal, sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 27759.

Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de julio de 2009, radicado 31531.

Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de julio de 2009, radicado 31280.

Sala de Casación Penal, sentencia del 13 de abril de 2011, radicado 35946.

Sala de Casación Penal, auto del 14 de agosto de 2013, radicado 41375.

Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de febrero de 2013, radicado 39892.

Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de agosto de 2013, radicado 40093.

Sala de Casación Penal, sentencia del 20 de noviembre de 2013, radicado 41570.

Sala de Casación Penal, sentencia SP9853 del 16 de julio de 2014, radicado 40871.

Sala de Casación Penal, sentencia SP7100 del 1.º de junio de 2016, radicado 46101.

Sala de Casación Penal, sentencia del 29 de junio de 2016, casación 45819.

Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de junio de 2017, radicado 45495.

Sala de Casación Penal, sentencia SP732-2018 del 14 de marzo de 2018, radicado 46848.

Sala Especial de Primera Instancia, sentencia AEP 00108 del 10 de octubre de 2019, radicado 00153.

Sala de Casación Penal, sentencia SP2073 del 24 de junio de 2020, radicado 52227.

Sala de Casación Penal, auto AP2671-2020 del 14 de octubre de 2020, radicado 53293.

Sala de Casación Penal, sentencia de tutela del 15 de diciembre de 2020, radicado 114112.