

**INFORME FINAL**

**PRESUPUESTOS PARA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LOS  
PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL  
PROCESO PENAL, DESDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE INTEGRA  
EL DEBIDO PROCESO**

**Investigador**

**DIANA MARÍA TAMAYO LOPERA**

**Asesora Temática**

**DRA. MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE**

**Asesora Metodológica**

**DRA. ALBA LUZ MUÑOZ RESTREPO**

**MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO**

**COHORTE 25**

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**

**2015**

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. TÍTULO	6
2. DESCRIPCIÓN DEL TEMA	7
2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
2.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	12
3. MARCO TEÓRICO	13
3.1 INTRODUCCIÓN	13
3.2 LA CALIFICACIÓN JURÍDICA Y SU DEFINICIÓN CONCEPTUAL	16
3.3 LOS PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL	20
3.3.1 Origen y Antecedentes	20
3.4 DEFINICIÓN DE PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES	27
3.4.1 Definición	27
3.5 CARACTERÍSTICAS DE LOS PREACUERDOS	31
3.6 DIFERENCIAS DE LOS PREACUERDOS EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN Y EN EL SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO	35
3.6.1 Diferencias entre el sistema Anglosajón y el sistema Continental Europeo	35
3.6.1.1 Sistema Anglosajón.	36
3.6.1.2 Sistema Continental Europeo.	37

3.6.2 Diferencia de los preacuerdos en el sistema penal acusatorio Anglosajón y el sistema Continental Europeo.-	39
3.7 LOS PREACUERDOS EN EL DERECHO COMPARADO	43
3.7.1 Chile	44
3.7.2 Puerto Rico	47
3.7.3 Italia	48
3.7.4 Estados Unidos de Norte América	49
3.8 LOS PREACUERDOS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO	55
3.8.1 Los Preacuerdos en el Código Procesal Penal Ley 906 de 2004	61
3.8.2 La calificación jurídica en los preacuerdos desde el principio de legalidad que integra el debido proceso en la Jurisprudencia Colombiana	76
3.8.2.1 La Corte Constitucional	76
3.8.2.2 Corte Suprema de Justicia	89
3.9 PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE SE EXCEPCIONAN O RESTRINGEN EN LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS	117
3.9.1 Se han excepcionado los derechos del imputado o acusado, porque no se le ilustraba de manera clara sobre la real situación probatoria, violando el principio de presunción de inocencia.	118
3.9.2 En cuanto a los derechos de las víctimas, se excepciona el principio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria.	120
3.9.3 Se desconoce el principio de legalidad, al conceder atenuantes sin Soporte probatorio y desconocer agravantes debidamente probadas.	121
3.9.4 La justicia negociada comporta una declinación de la función judicial, y se excepciona el principio del derecho a un proceso público.-	124
3.9.5 El imputado o acusado que preacordó con el Fiscal, carece de legitimidad para recurrir. Se excepciona el principio del debido proceso	125
3.9.6 No se hace justicia por la gravedad del delito, sino por la habilidad negociadora de su poderosa contraparte. Se excepciona el principio de igualdad.	126
3.9.7 Cambia pruebas de defensa por pena, excepciona el principio de derecho a la defensa	127

3.9.8 Se desconoce el sometimiento a un juicio con todas las garantías (Nulla poena sine processu), se excepciona el principio del derecho a un proceso público.	129
3.10 EL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL.-	132
4. OBJETIVOS	148
4.1 OBJETIVO GENERAL	148
4.2 OBJETIVO ESPECÍFICO:	148
5. PROPÓSITO	149
6. HIPÓTESIS	150
7. METODOLOGÍA	151
7.1 TIPO DE ESTUDIO	151
7.2 DISEÑO DEL PLAN DE DATOS	152
7.2.1 Gestión del Dato.	152
7.2.2 Obtención del Dato.	153
7.2.3 Recolección del Dato.	154
7.2.4 Control de sesgos.	155
7.3 PLAN DE ANÁLISIS Y PROCESAMIENTO DEL DATO	155
7.3.1 PROCESAMIENTO DEL DATO.	162
8. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	165
8.1.- LOS PRESUPUESTOS DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA QUE REALIZA EL FISCAL Y EL CONTROL JURÍDICO EN EL MARCO DE LOS PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL	

PROCESO PENAL DESDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DEBIDO PROCESO	165
8.2 DESCRIBIR LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO	171
8.3 DELIMITAR LOS PRESUPUESTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CONDUCTA PUNIBLE EN LOS PREACUERDOS DESDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DEBIDO PROCESO	174
9. CONCLUSIONES	178
10. RECOMENDACIONES	183
11. ÉTICA	186
12. BIBLIOGRAFÍA	187
ANEXOS	

## **1. TÍTULO**

**LOS PRESUPUESTOS PARA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LOS  
PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL  
PROCESO PENAL, DESDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD QUE INTEGRA  
EL DEBIDO PROCESO**

## 2. DESCRIPCIÓN DEL TEMA

### 2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal en Colombia, con tendencia acusatoria; utiliza las expresiones de preacuerdo y negociación, términos iguales que no se pueden entender fuera del contexto legal, que lo consagra como un convenio sobre los términos de la imputación, la aceptación total o parcial de los cargos, o diferente tipificación de la conducta, celebrado entre el fiscal delegado<sup>1</sup> y el imputado o acusado asistido por su defensor, que tiene como objetivo específico la atenuación de la pena y como finalidades generales : humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genere el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios causados<sup>2</sup>

El diccionario de la Real Academia Española<sup>3</sup> define los preacuerdos así: “1.m. Acuerdo previo entre varias partes que precisa ser ultimado o ratificado”. Y las negociaciones:” 1.f. Acción y efecto de negociar. 2. f. Der. Tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto”.-

Los preacuerdo son admisibles y legalmente admitidos, siempre que cumplan la finalidad propuesta y en su desarrollo se observen las reglas establecidas por el

---

<sup>1</sup>Artículos 344, inciso1, 346 y 356, numeral 1 del código de procedimiento penal.

<sup>2</sup>FERNANDEZ LEON, Wanda. Los Preacuerdos y la técnica de consenso. Bogotá D.C. Ámbito Jurídico. 2013. P 14

<sup>3</sup>Diccionario de la Real Academia Española. La 22ª edición ( 2001)

ordenamiento procesal<sup>4</sup>. Esta figura de los preacuerdos es de naturaleza procesal que debe respetar los derechos fundamentales y el debido proceso.

Con la Constitución de 1991, toda normatividad debe ser interpretada constitucionalmente. El Acto legislativo 03 de 2002 reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional en función de superar, lo que parecían obstáculos de rango constitucional para la realización de un sistema procesal penal acusatorio o marcadamente acusatorio.

Este modelo acusatorio le concede al juez de conocimiento la autonomía para definir la legalidad del preacuerdo, sobre todo si se tiene en cuenta que existe una fase fáctica y probatoria para llegar a la negociación<sup>5</sup>, que deben coincidir con la realidad de la conducta típicamente relevante.

Los fines para los cuales se estableció la figura de los preacuerdos y negociaciones, según el artículo 348 numeral 2 del CPP<sup>6</sup>, busca aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento por parte de la comunidad<sup>7</sup>.

Si el juez de conocimiento al analizar los elementos que estructuran el concepto legal, y estos no se dan, debe rechazar el acuerdo, de no hacerlo, estaría incumpliendo sus funciones al pasar por los artículos 121, 122 y 123 de la

---

<sup>4</sup> OSORIO ISAZA, Luis Camilo y otros. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Bogotá D.C., Fiscalía General de la Nación. 2005. P 97.

<sup>5</sup>Providencia de mayo 8 de 2007, rad 190016100602200780231, proferido por la sala penal del tribunal superior del Distrito Judicial de Popayán, con ponencia del Dr. Jesús Alberto Gómez Gómez.

<sup>6</sup>LEY 906 de 2004

<sup>7</sup>LEY 906 de 2004

constitución Nacional<sup>8</sup>, que consagra el principio” de la legalidad de la función pública y de las normas legales vigentes.”.-

En la revisión de la presencia y alcance de los elementos que consagra el artículo 351 de la ley 906 de 2004, son los que permiten al juez aprobar el acuerdo, en el ámbito del control limitado que tiene, orientado, a la verificación de la satisfacción de las garantías fundamentales, en el entendido de que por regla general, el acuerdo obliga al juez de conocimiento.-

Es importante resaltar que uno de los principales **motivos** por los que el legislador modificó el Artículo 250 de nuestra Constitución Política de Colombia<sup>9</sup>, a través del Acto Legislativo 03 de 2002 fue principalmente el de otorgar a la Fiscalía General la calidad de ente investigador y acusador, quitándole la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales que compete a los jueces.

En el primer debate de la Cámara, que fue publicado en la Gaceta 148 de mayo 07 de 2012, se dice:

“...los fiscales tienen bajo su competencia, la obligación de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal. Además, dentro de sus funciones también están aquellas relativas a la formulación de la imputación de los cargos producto de su tarea como ente acusador, obrar como juez cuando toma decisiones de carácter judicial en la etapa de instrucción y, por si fuera poco, actuar como defensores en virtud del principio de investigación integral. En otras palabras, la fiscalía debe realizar varias funciones a la vez,

---

<sup>8</sup> CONSTITUCION DE 1991

<sup>9</sup>CONSTITUCION DE 1991

sobrecarga de trabajo que entorpece su función principal, a saber, la acusación en el juicio y la búsqueda del sustento probatorio para defender”.

Como puede observarse para que sea legal y constitucional un preacuerdo, se requiere de una adecuada calificación jurídica que permita al juez impartir aprobación al mismo, pues de esta calificación jurídica se desprende la buena aplicación de la figura y el cumplimiento de las finalidades para las cuales fue creada, finalidades que son garantías fundamentales que permiten un debido proceso<sup>10</sup>.

Pero los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado a pesar de estar sometidos al principio de legalidad en el debido proceso, y tener un control por parte del juez de garantías y de la causa, se ha podido detectar como algunos fiscales han llegado a Calificaciones jurídicas que probablemente no corresponden con las circunstancias fácticas y normativas de la conducta relevante para el derecho penal, que a la vez son presupuestos legales y constitucionales para ello.

El concepto de preacuerdo y negociaciones implica el ejercicio del IUS PUNIENDI y concreta el principio de consenso en el proceso penal, por eso requiere de la voluntad informada, libre y consciente del procesado.

Realmente los preacuerdo y las negociaciones se conciben como auténticas transacciones, arreglos amigables, formas de terminación temprana del proceso,

---

<sup>10</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 del 5 de Diciembre de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

que requieren capacidad de las partes, objeto y causa lícitos, y consentimiento libre de vicios.-

Al respecto manifiesta la Profesora WHANDA FERNANDEZ LEON, profesora de la Facultad de Derecho, ciencias políticas y sociales de la Universidad Nacional de Colombia, “los preacuerdos tienen el inconveniente de otorgan excesiva discrecionalidad al Fiscal y facilita calificaciones jurídicas inadecuadas. La justicia sale de las manos de los jueces y queda en cabeza de los acusadores. Se expropian los roles a las partes y se condena a un ser humano no oído ni vencido en juicio<sup>11</sup>”.

Se han identificado algunos casos revisados en casación por la Corte Suprema de Justicia sala penal<sup>12</sup> donde al parecer la justicia negociada ha fracasado, porque probablemente se han desconocido los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica, razón por la cual se analiza la importancia de conocer cuáles son estos presupuestos para la calificación jurídica adecuada en los preacuerdos en coherencia con el principio de legalidad que integra el debido proceso.-

El Fiscal al determinar la calificación jurídica debe tener en cuenta los hechos jurídicamente relevantes, los elementos materiales probatorios y evidencia física, entrevistas y demás documentos que tengan capacidad probatoria, recogidos válidamente para poder adecuar la conducta a la norma. Esto quiere decir que el Fiscal no puede dejar por fuera nada de lo anteriormente relacionado, pues estaría desconociendo los presupuestos legales y Constitucionales para una adecuada

---

<sup>11</sup> FERNANDEZ LEON, Op. Cit, p 14.

<sup>12</sup>Expediente No. 27759 del 12 de septiembre de 2007 MP. ALFREDO GOMEZ QUINTERO. Expediente No. 29.979 del 27 de octubre de 2008 M.P JULIO ENRIQUE SOCHA S ALAMANCA

calificación jurídica, que no es justa, en el que se perdería el equilibrio en la balanza de la justicia.-

Por lo tanto, no se encuentra ni en la legislación, ni en la doctrina referente alguno que haga alusión a los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica de un preacuerdo, ni hay un análisis sobre la importancia que reviste la figura de los preacuerdos a la luz del debido proceso legal y constitucional que integra en especial el principio de legalidad.-

## **2.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica adecuada en el contexto de los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso?

### 3. MARCO TEÓRICO

#### 3.1 INTRODUCCIÓN

Con la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal en Colombia, con tendencia acusatoria; se introdujo unas instituciones jurídicas que dan fin al proceso sin que se hayan agotado las etapas de su estructura general, ellas son: El Archivo, la conciliación, el allanamiento a la imputación, el preacuerdo, el principio de oportunidad, la absolución perentoria, y la preclusión. Pero como se dijo en el planteamiento del problema, se hará referencia al preacuerdo y negociación, términos iguales que no se pueden entender fuera del contexto legal, y la Ley procesal Penal lo define como “un convenio sobre los términos de la imputación, la aceptación total o parcial de los cargos, o diferente tipificación de la conducta, celebrado entre el fiscal delegado y el imputado o acusado asistido por su defensor, que tiene como objeto específico la rebaja de la pena y como finalidades generales las siguientes : 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 causados con el injusto y lograr la participación del imputado o acusado en la definición de su caso<sup>13</sup>en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el sistema procesal penal de tendencia acusatoria<sup>14</sup>.-

El Fiscal al convenir con el imputado o acusado debe tener en cuenta que se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan de cada caso en concreto, El Fiscal al determinar la calificación jurídica debe tener en cuenta los hechos jurídicamente relevantes, los elementos materiales probatorios y evidencia física, entrevistas y demás documentos que tengan capacidad

---

<sup>13</sup> OSORIO ISAZA, Op. Cit, p 97

<sup>14</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 del 5 de Diciembre de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

probatoria, recogidos válidamente para poder adecuar la conducta a la norma y también debe ajustarse a las directrices emanadas de la Fiscalía General de la Nación respecto al tema de negociaciones y preacuerdos. A pesar de la discrecionalidad que tiene el Fiscal, a la hora de realizar Preacuerdo y negociaciones con el imputado o acusado, este no puede desconocer los presupuestos legales y constitucionales establecidos para realizar las calificaciones jurídicas, como forma de terminación anticipada del proceso penal, porque la justicia quedaría en manos de los acusadores y saldría de las manos de los jueces, expropiando los roles de las partes logrando condenar a un ser humano no oído ni vencido en juicio.-

Pero en algunas oportunidades al parecer la justicia negociada ha fracasado, y en consecuencia se hace eminente establecer cuáles son los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica al momento de celebrar un preacuerdo para lograr el punto de equilibrio en la solución penal.

El solo hecho de no observar los presupuestos legales y constitucionales en la calificación jurídica en un preacuerdo, refleja que el sistema no está cumpliendo la finalidad para la cual fue consagrada la figura del preacuerdo, perdiendo eficacia y transparencia, en lograr el fin del Estado que es la justicia.

Es por lo anterior que se hace necesario establecer los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica en un preacuerdo, sin que traiga consigo la desigualdad de tratamiento del imputado o acusado.

Por lo tanto, no se encuentra ni en la legislación, ni en la doctrina referente alguno que haga alusión a los presupuestos legales y constitucionales en la calificación

jurídica plasmada en un preacuerdo, es decir, no existe un estudio serio acerca de cuáles son esos presupuestos, cuando el fiscal realiza la calificación jurídica en un preacuerdo, como forma de terminación anticipada del proceso penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso.-

Lo anterior ha sido advertido por la catedrática Whanda Fernández, en un artículo que escribió en el informativo ÁMBITO JURÍDICO, año XVI No. 361 de fecha 14 al 27 de Enero de 2013. Igualmente sin tocar el tema hacen referencia al mismo, en su libro titulado el sistema Acusatorio y los preacuerdos, Edgar Augusto Arana Montoya y otros<sup>15</sup>.-

De este tema nada se sabe no se tiene antecedentes de orden doctrinario, legislativo, teórico investigativo en Colombia, solo unos referentes que tocan el tema pero no lo profundizan, la Corte constitucional y la Corte Suprema de Justicia han precisado cuales son los presupuestos legales y constitucionales que se deben observar al momento de la calificación jurídica en un preacuerdo.

Según la Providencia de mayo 8 de 2007, Rad. 190016100602200780231, proferida por la sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán con ponencia del Dr. JESUS ALBERTO GOMEZ GÓMEZ, el modelo procesal penal Colombiano que fundamenta la constitución, le da al juez de conocimiento la autonomía para definir la legalidad del preacuerdo, sobre todo si se tiene en cuenta que al existir una fase fáctica y probatoria para la negociación, no se ha logrado persuadir al operador judicial acerca de la condición legal del imputado. Este juez obra correctamente al rechazar el preacuerdo.-

---

<sup>15</sup> FERNANDEZ LEON, Op. Cit, p 14

Para hablar de los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica en un preacuerdo, es importante conocer aspectos tales como: a). la calificación jurídica y su definición conceptual, b) la definición del preacuerdo, los orígenes del preacuerdo y sus características, c). los preacuerdos en el Derecho comparado; d)) Los preacuerdos en el Derecho Penal Colombiano, los preacuerdos en el proyecto de ley y la Ley 906 de 2004. e) Los preacuerdos en la Jurisprudencia Colombiana, la delimitación de los preacuerdos desde las interpretaciones de la Corte Constitucional y la delimitación de los preacuerdos desde las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia sala de casación Penal. f) El debido proceso y el principio de legalidad en los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal. Temas que se pasará a desarrollar a continuación.

### **3.2 LA CALIFICACIÓN JURÍDICA Y SU DEFINICIÓN CONCEPTUAL**

Podemos decir que lo que enseña la experiencia es que la calificación jurídica es un razonamiento jurídico que aborda el problema de la calificación jurídica de los hechos determinados, siendo estos hechos argumentos fácticos que se interpretan desde el punto de vista de la norma.

Según el Diccionario jurídico<sup>16</sup>, define la palabra Calificación así “Operación de la inteligencia consistente en referir un acto, un hecho o una situación jurídica, a un grupo ya existente (concepto jurídico, categoría, institución)”. Y luego define esta palabra calificación en Derecho Penal como “Definición o identificación del hecho delictivo por el legislador o por el juez. La calificación legal es el acto por el cual el

---

<sup>16</sup> GUILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean, Diccionario jurídico, se, Bogotá D.C, Editorial Temis S.A, 2004, ISBN: 958-35-0125-5, pág 56.

legislador define las incriminaciones. La calificación. La calificación judicial es el acto por el cual el juez verifica la concordancia de los hechos materiales cometidos con el texto de la incriminación que es susceptible de aplicar”.

En el Diccionario jurídico<sup>17</sup>, la calificación jurídica en derecho penal, se entiende así:” a) Determinación de la infracción por la dependencia del hecho investigado a la infracción definida por la ley; operación intelectual que consiste en determinar la ley penal que se aplica eventualmente a un comportamiento antisocial. Por ejemplo, asesinato, envenenamiento, u homicidio por imprudencia. b) En una aceptación más amplia, determinación de la categoría que le corresponde en los diferentes grados de infracciones a la que se refiere ese comportamiento; clasificación en una categoría de infracción. V. Correccionalización, Descalificación. Por ejemplo, calificación criminal, correccional, contravencional. V. En todos los ramos del derecho. En un sentido vago, sinónimo de aptitud, competencia, calidad.

La calificación jurídica es equivalente a un concepto jurídico y según Hernando de Plaza Arteaga<sup>18</sup> se refiere a la conducta del individuo frente a los demás y frente al Estado. Explica que “En cuanto a la aplicación del concepto jurídico al objeto o caso concreto, hay que individualizar sus elementos lógicos, asimilarlos a los elementos reales del caso o hecho jurídico y derivar así las respectivas consecuencias jurídicas. Esta aplicación se efectúa a través de juicios enunciativos y normativos, valorativos y estimativos de la conducta a la cual se aplica el concepto”.

---

<sup>17</sup> Restrepo, Jaime y Guerrero Jorge, Vocabulario Jurídico, Segunda edición, Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., 1995, ISBN: 958-35-0062-3, pág 116.

<sup>18</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo, “ introducción al Derecho”: Nociones Fundamentales del Derecho, conceptos preliminares del Derecho, editorial Temis S.A, séptima edición, Bogotá D.C., 1986, ISBN 958-604-172-7, Pág 61. Este autor cita la obra de Hernando de Plaza Arteaga, lógica jurídica, Bogotá, Edit. Temis, 1979, págs. 3 y ss

Pero lo que interesa en esta investigación es la calificación jurídica de la conducta penal, que refiere al tipo penal o tipificación que es en derecho penal la descripción precisa de las acciones o omisiones que son consideradas como delitos y a los que se les asigna una pena o sanción<sup>19</sup>.

Las conductas punibles tienen dos expresiones: delitos o contravenciones<sup>20</sup>, el delito es el comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, conminado con sanción penal.

Para realizar la Calificación jurídica es necesaria la adecuación típica, entendida, según Mario Orestes Folchi<sup>21</sup>, como el encuadramiento de una conducta en el tipo legal. Esta labor de encaje se realiza por medio del “proceso de subsunción”, en cuya virtud el intérprete analiza un quehacer humano y encuentra en él la descripción abstracta recogida en el tipo de delito. En el mismo instante en que se precisa esta tarea, la ley deja su estado inerte y cobra vigor al contacto con el mundo viviente.

Según el jurista JIMENEZ HUERTA<sup>22</sup>, “El concepto de adecuación típica presupone un juicio lógico, en el que se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entra en función. Y como esta facultad de enjuiciar compete exclusivamente a los órganos estatales a quienes está atribuida la

---

<sup>19</sup> [www.es.wikipedia.org/wiki/tipo\\_penal](http://www.es.wikipedia.org/wiki/tipo_penal). consultado en la fecha 4 de Mayo de 2015, a las 20:40 horas.

<sup>20</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando, “Manual de Derecho Penal,” conducta punible, Tomo I, editorial Leyer, se, ISBN 958-690-277-3, Bogotá D.C., pág 269.

<sup>21</sup> FOLCHI, Mario Orestes, La adecuación de la conducta punible – Revista Facetas Penales. Bogotá, D.C., Editorial Leyer, Mayo-junio de 2005, número 48, ISSN 1794-9823, P 9-15.

<sup>22</sup> Ibid, p.15 este autor cita a JIMENEZ HUERTA, Mariano. La tipicidad, Editorial Porrúa, México, 1995, pág. 2007.

potestad jurisdiccional dicho juicio lógico reviste naturaleza judicial”. Este autor señala que la adecuación puede efectuarse directa o indirectamente, siendo la primera cuando la conducta es subsumida inmediatamente en el tipo básico descrito, mientras la segunda tiene lugar por medio de los dispositivos amplificadores del tipo, esto es la tentativa y las modalidades de participación.

Para la adecuación típica se debe hacer un completo examen del tipo en el aspecto descriptivo y se debe tener en cuenta los especiales elementos normativos y subjetivos de lo injusto, que aclaran respectivamente la antijuricidad de la conducta, que consiste en una efectiva o potencial lesión al bien jurídico tutelado por la ley, sin justa causa. Pero también se debe tener en cuenta que la conducta no ha tenido total efectivización típica pero se compone de medios idóneos para lograrla, a fin de no dejar impune el desvalor que llevan implícitos estos actos, por lo que se estaría en presencia de la tentativa.

Dentro de la calificación jurídica también se debe analizar la culpabilidad, que según la noción del autor Alfonso Reyes Echandia<sup>23</sup> “Es la actitud consciente de la voluntad que merece un juicio de reproche en cuanto al agente actuó en forma antijurídica habiendo actuado de una manera, pudiéndolo hacer de otra”. Reviste la culpabilidad las formas de dolo, culpa y preterintención.

El Estado tiene la obligación de tipificar los delitos, esto deriva del principio de legalidad y el delito debe ser descrito con precisión, al igual que su sanción.

---

<sup>23</sup> GARCÉS VELÁSQUEZ, Jaime. Derecho Penal General : “Conducta punible” Cuarta edición, Bogotá, D.C, Colombia, Librería DIKE, 2003, ISBN: 958-8075-16-5, P 94

### **3.3 LOS PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL**

#### **3.3.1 Origen y Antecedentes**

La creación, establecimiento y evolución de los modelos procesales penales, son aspectos que indudablemente inciden no solo en apreciaciones históricas, sino que adicionalmente revisten especial importancia para la construcción e interpretación de los sistemas penales actuales<sup>24</sup>.

En la búsqueda a nivel internacional del proceso penal que sea mejor, se identifica el principio acusatorio con los atributos de progresista y democrático, con un órgano que lleva a cabo la instrucción y la acusación y en el que dos partes se enfrentan ante un órgano decisor. Mientras que el principio inquisitivo es tildado de conservador o autoritario, el mismo órgano que instruye decide sobre la causa.

La historia demuestra que hay cosas que revisten una mayor complejidad. Por un lado está el concepto de “principio Acusatorio” que ha sido utilizado por un largo tiempo para referirse al modo de iniciarse el proceso, en particular al proceso que empieza a instancia de parte (privada), y por otro lado la “estabilización” del proceso penal que se produjo en la Edad Media y que supuso la implantación del proceso inquisitivo, en aquel momento trajo consigo importantes avances respecto del modelo acusatorio privado.

---

<sup>24</sup>AMBOS, Kai. Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional: Principio y Proceso Acusatorio desde una perspectiva histórica. Bogotá. Legis Editores S.A, 2009, p 5. AMBOS, Kai, catedrático de derecho penal, comparado y penal internacional, Facultad de derecho Georg-August-Universidad de Gotinga (Alemania).

En la antigüedad, el proceso penal en Grecia (siglo VI al IV, en la ciudad de Atenas, existía un proceso acusatorio privado) y Roma (época de la República 510 a 27 A.C.) solo para los delitos ordinarios existía una especie de proceso acusatorio privado porque para los delitos de alta traición existía un proceso inquisitivo. En la época imperial de Roma coexistían los dos sistemas el inquisitivo y el acusatorio), podemos referirnos a los primeros antecedentes del sistema penal Acusatorio<sup>25</sup>.-

En la edad media (siglos V a IX) el proceso acusatorio evoluciona a partir del proceso germánico para la resolución de acusaciones relativas a ilícitos, y es un proceso que se inicia a instancias del ofendido o de sus parientes mediante la formulación de una acusación y en el que no se busca la verdad material ni se investigan todos los hechos para extraer un juicio fáctico definitivo. Pero en este proceso germánico fue adquiriendo fuerza la persecución de oficio, con la influencia del poder del rey<sup>26</sup>.

En la baja edad media y los inicios de la edad Moderna, donde se produjo la transformación de las realidades sociales, con una sustitución de las formas de la sociedad basadas en lazos familiares, por estructuras estatales y urbanas centralistas, con núcleos de población más grandes y el crecimiento de la criminalidad comenzó la transformación del proceso penal. El nuevo proceso constituía un asunto o conflicto de carácter público, dirigido a averiguar la verdad material con la ayuda de medios de prueba racionales y junto a este proceso continuaba existiendo el acusatorio privado, pero este perdió relevancia, pues la querrela en muchos casos particulares correspondía al Fiscal, funcionario especial sometido al señor feudal. Pero para esta época había una confusión entre el

---

<sup>25</sup> Ibid, p. 6-8

<sup>26</sup> Ibid, p. 11

proceso acusatorio y el inquisitivo, pues un proceso comenzaba mediante una acusación particular y su desarrollo se ajustaba a la forma inquisitiva y a la inversa. La distinción entre el proceso acusatorio y el inquisitivo fue desapareciendo a lo largo del siglo XVIII y principios del XIX, dando paso a un proceso de instrucción unitario<sup>27</sup>.-

A principios del siglo XIX, la doctrina jurídica Alemana, impuso la teoría que reconocía al acusado su condición de sujeto del proceso, con la posibilidad de defenderse de un juicio público y se implementó el sistema de libre valoración de la prueba. La creación de un órgano público acusador permitía diferenciar las funciones de acusar y juzgar, al mismo tiempo representaba un control frente al arbitrio judicial<sup>28</sup>.-

Las bases institucionales del sistema acusatorio se crearon con la aprobación de la Ordenanza Procesal Penal de Prusia de 1846 y a través de la Ley de desarrollo de esta ordenanza, que creaba la fiscalía asignada al Tribunal Superior de Berlín<sup>29</sup>.

Los preacuerdos o negociaciones tienen sus antecedentes más cercanos en los institutos del “PleaBargaining” de los Norteamericanos y del “Patteggiamento” de los Italianos, figuras que, en su aceptación más simple, corresponde a una negociación entre acusador y acusado con su defensor, quienes llegan a un acuerdo<sup>30</sup>.-

---

<sup>27</sup> Ibid, p. 166

<sup>28</sup> Ibid, p 5-36

<sup>29</sup> Ibid, p. 27

<sup>30</sup> CORTES VELASCO, Margarita Rosa, Abogada especialista en Derecho Penal y criminología. Magister en Derecho Procesal, Jefe del Área de Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia Seccional Pereira. **Nombre del evento** II CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO

El pleabargaining, corresponde al trámite procesal de la doctrina anglosajona, llave maestra de la política criminal, que permite que por medio de pactos, negocios, consensos o preacuerdos entre el Fiscal, el imputado y su defensor, salgan rápidamente del sistema. Dos son las figuras en que se traduce este modelo: el plea of guilty o admisión de culpabilidad como respuesta a la oferta del fiscal y el pleabargaining propiamente dicho, o sistema de transacción<sup>31</sup>.

En el sistema de justicia de los Estados Unidos, desde los inicios del siglo XX, ha sido importante las negociaciones toda vez que el acusado recibe una contraprestación del Estado por declarar su culpabilidad, contribuyendo significativamente con a la labor del Fiscal y del Juez.

La figura de las negociaciones está contenida dentro de lo que se ha considerado como el PleaBargaining que es el típico GuiltyPlea de los norteamericanos, donde el acusado busca obtener los máximos beneficios por su declaración de culpabilidad. Es una transacción entre las partes involucradas en el conflicto, en la que cada una cede un poco de sus pretensiones, para que ambas resulten beneficiadas<sup>32</sup>, puede ser una reducción en los cargos o de una recomendación por parte del Ministerio Público<sup>33</sup>.

---

PENAL Tipo de evento: Congreso Ámbito: Internacional Realizado el: 2009-11-01, en GUAYAQUIL - GUAYAQUIL-ECUADOR **Productos asociados** Nombre del producto: SON LOS PREACUERDOS ENTRE FISCAL Y ACUSADO VERDADEROS MECANISMOS DE POLITICA CRIMINAL? Tipo de producto: Producción bibliográfica - Trabajos en eventos (Capítulos de memoria) **Instituciones asociadas** Nombre de la institución: INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO PENAL Tipo de producto: Patrocinadora, Rol en el evento: Organizador, publicado en internet. En: [WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos\\_fiscal\\_doc](http://WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos_fiscal_doc)

<sup>31</sup>FERNANDEZ LEON, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral: "Preacuerdos y Negociaciones en los Modelos Norteamericanos" Segunda edición, Volumen II, Bogotá, D.C, Colombia, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2010, ISBN: 978-958-707-191-7, p 412.

<sup>32</sup>ARANA MONTOYA, Edgar y Otros, el sistema acusatorio y los preacuerdos. SE. Medellín, Universidad de Medellín, 2008, p 23.

<sup>33</sup>RODRIGUEZ GARCIA. Nicolás. La justicia penal negociada. Experiencia de derecho comparado. S.I.: Ediciones Universidad de Salamanca. 1997. P 34. Tomado de <https://books.google.com.co>

Los mecanismos de justicia negociada, de clara estirpe anglosajona, tiene su origen mediato en la confesión del imputado<sup>34</sup>. Con el transcurrir de los años se empezaron a diferenciar, en cuanto la confesión simple, que parte de la iniciativa del imputado, fue aceptándose como medio de prueba en tanto se advirtiera a este de sus consecuencias y se acreditara su discurrir libre y voluntario; al paso que la alegación de culpabilidad partía del supuesto de una confesión provocada o inducida por el acusador, a cambio de la promesa de una reducción sustancial de los cargos o la sentencia cuando las evidencias con que contaba compendian al imputado, pero no existía el grado de certeza sobre su responsabilidad, sobre todo, cuando las pruebas eran meramente circunstanciales, esto es, producto de inferencias subjetivas de quien conducía la investigación.-

Así mientras la confesión simple obtenida en forma libre y voluntaria objetivaba la sanción y eliminaba la subjetividad en la apreciación de la prueba por el Juzgador, en los acuerdos de culpabilidad la admisión de responsabilidad provocada por el acusador estaba acompañada de otros medios de convicción adicionales a la admisión de responsabilidad penal.

También hacen parte de la historia de los instrumentos de justicia negociada el sistema de delación por virtud del cual el imputado a cambio de un beneficio – confesaba su culpa y servía como testigo principal de cargo en contra de otros intervinientes en la empresa delictiva contra quienes el acusador no tenía evidencias concretas sino circunstanciales, de tal suerte que si el acusador lograba condenas contra estos, solicitaba el perdón para el delator.

---

<sup>34</sup>GUERRERO Peralta, o., Procedimiento Acusatorio y terminación anticipada del proceso penal, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

Desde el punto de vista práctico, la justicia negociada es una consecuencia de la dificultad del sistema judicial de llevar ante los jueces a todos los casos criminales y de las complejidades del rito procedimental, lo que se traduce en una gran impunidad derivada de los procesos que no pueden ser resueltos o porque prescriben o el trámite tarda mucho tiempo.-

El ordenamiento jurídico Italiano ha introducido el “patteggiamento”, o sea, el acuerdo entre el imputado y el ministerio fiscal para la aplicación de una pena reducida, junto a otras formas de consenso tendentes a simplificar la resolución de los asuntos penales. Este tipo de procedimiento consensual no constituye un elemento característico o distintivo del modelo acusatorio, aunque habitualmente lo encontramos presente en los sistemas que representan el paradigma acusatorio. Se puede incluso afirmar que se trata de una alternativa de tipo inquisitivo, si bien legitimada por la conformidad del imputado<sup>35</sup>.

El legislador Italiano ha establecido, un procedimiento ordinario pleno, con las fases de instrucción, plenitud del contradictorio, igualdad en la formación de las pruebas, celebración de audiencias preliminares y celebración de un juicio. Y de otra parte, cinco modalidades de trámites abreviados o especiales que son: (i) el juicio abreviado o giudizio abreviado, (ii) aplicación de la pena a solicitud de parte o applicazione della pena su richiesta della parte, (iii) el juicio directísimo o giudizio directísimo, (iv) juicio inmediato o giudizio immediato, y (v) el procedimiento por decreto o procedimiento per decreto<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup>BACHMAIER WINTER, Lorena Y ILLUMINATI Giulio, “PROCESO PENAL Y SISTEMAS ACUSATORIOS”: EL SISTEMA ACUSATORIO EN ITALIA.-, ISBN 9788497685580, 2008, Marcial Pons, Madrid España, pág 158-160.

<sup>36</sup>RODRIGUEZ GARCIA, Op. Cit, p 136 y 137

Según el escritor Nicolás Rodríguez<sup>37</sup>, los 5 procedimientos están inspirados en criterios de economía procesal y cada uno de ellos tiene unos efectos diferentes.

Las negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, como así lo denomina el Código de Procedimiento Penal, tuvieron origen en Colombia en la institución del Patteggiamento, originaria del Código de Procedimiento Penal Italiano, que tenía una modalidad de proceso especial por virtud del cual, “antes de la apertura del debate de primera instancia y a solicitud del imputado, el Ministerio Público, caso en el que se requiere la aceptación del imputado o de las dos partes, se puede solicitar al juez la aplicación de una pena determinada en su clase y cantidad, de una sanción sustitutiva, una pena pecuniaria o una pena privativa de la libertad que no sobrepase ciertos casos de punibilidad<sup>38</sup>.

Este procedimiento especial de la Ley Italiana fue introducido en el Derecho procesal por la comisión revisora del código de procedimiento penal de 1991<sup>39</sup> y a diferencia de la institución que hoy tenemos la figura de los preacuerdos y negociaciones, no tuvo estricto origen en el Derecho Anglosajón.

---

<sup>37</sup>Ibid, p. 136 y 137

<sup>38</sup>SINTURA VARELA, Francisco José, Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional: preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. Bogotá. Legis Editores S.A, 2004,ISSN 1692-1682. P 88.

<sup>39</sup>Ibid, p 90.

## 3.4 DEFINICIÓN DE PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

### 3.4.1 Definición

Whanda Fernández León, en su libro Procedimiento Penal Acusatorio y Oral, refiere al siguiente concepto sobre los preacuerdos y negociaciones “ En el ámbito de la justicia penal, los preacuerdos y las negociaciones se identifican con las vías transaccionales o compromisos pactados entre las dos partes – acusado y defensa-, a la manera de un contrato o negocio jurídico tradicional, quizás atípico en cuanto al objeto, que no es otro que el riesgo<sup>40</sup> pero siempre voluntario, bilateral y consensual, que busca la aceleración del proceso y la no tramitación del juicio. Equivalen, en la praxis negocial, a arreglos o sentencias preacordadas, fruto del trabajo de los adversarios, obviamente con la imperiosa participación del imputado o acusado, reservándose al juez, únicamente, su aprobación o su rechazo; este último, en la mayoría de los casos, excepcional”.

Alejandro Garzón Marín y otros autores, en su libro NEGOCIACIONES Y PREACUERDOS, emiten el siguiente concepto sobre la negociación: “ La negociación hace parte del fenómeno jurídico de los procedimientos abreviados, consistiendo en el juicio que se le hace a un imputado en donde se le impone una pena, por la comisión de un hecho de carácter penal, prescindiendo de la oralidad,

---

<sup>40</sup>FERNANDEZ LEON, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral: “Preacuerdos y Negociaciones en los Modelos Norteamericanos” Segunda edición, Volumen II, Bogotá, D.C, Colombia, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2010, ISBN: 978-958-707-191-7, P 411. Esta Autora también cita a SCOTT, Robert, el cual fue citado en la obra por Orlando Muñoz. Neira, pág. 233.

la contradicción, la publicidad y la producción de pruebas, previo a la conformidad entre el Ministerio Público y el imputado<sup>41</sup>.

La negociación consiste en unas conversaciones que se sostienen entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado o acusado, con los propósitos siguientes:

Por parte de la Fiscalía:

- Lograr la aceptación del imputado o acusado de los cargos que se le formulen mediante una manifestación de culpabilidad.
- Conseguir la anuencia del imputado o acusado, abreviar la actuación penal de manera que evite que el caso llegue a juicio oral y público, dándole celeridad al manejo de las investigaciones o acusaciones que la fiscalía lleve en curso.

Por parte de la defensa:

- Lograr una disminución considerable de pena con base en el beneplácito del imputado o acusado frente a los cargos formulados por la fiscalía.
- Evitar que el caso llegue a la audiencia de juicio oral y público cuando la defensa tenga la convicción, que de llegar a esa audiencia, las posibilidades de éxito serán remotas.

Concluidos los diálogos y perfeccionando el convenio, se surte el control jurisdiccional de la negociación para su aprobación o rechazo.

---

<sup>41</sup>GARZON MARIN, Alejandro y otros, "Negociaciones y preacuerdos: Conceptos y Derecho comparado" primera edición, ediciones nueva jurídica, Bogotá D.C., 2007, ISBN 978-958-98052-3-7, p 1. Tomado de Garrido, Juan Antonio. Artículo. <http://www.ilustrados.com>.

La negociación pertenece al género de preacuerdos convencionales, que al mismo tiempo es manifestación del Derecho Penal Consensual.

También Alejandro Garzón Marín y otros autores<sup>42</sup>, emiten un concepto sobre Preacuerdo estrictu sensu, así: “Es un pacto celebrado entre el Ministerio Público Fiscal e imputado o acusado con el objeto de acelerar el procedimiento penal con base en un ofrecimiento de reducción de pena fija, cuantificada numéricamente en la norma procesal penal, a cambio de la aceptación de culpabilidad por parte del sujeto pasivo del ejercicio de la persecución o acción penal<sup>43</sup>”.

Los autores Alejandro Garzón Marín y otros, igualmente emiten un concepto sobre preacuerdo legal de la siguiente manera: “Es un convenio entre el Estado penal<sup>44</sup> e imputado o acusado, sin que intervenga el Ministerio Fiscal en este pacto. Significa que entre Ministerio Público Fiscal e imputado o acusado no existe preacuerdo convencional,...”<sup>45</sup>.

**NEGOCIACIÓN:** El diccionario jurídico elemental, lo define así: “acción o efecto de negociar.... Ventilar o gestionar diplomáticamente, de potencia a potencia, un asunto de interés recíproco o para la causa de un tercero, que requiere negociación, y por el cual se procura algo...”<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup>GARZON MARIN, Alejandro y otros, “Negociaciones y preacuerdos: Conceptos y Derecho comparado” primera edición, ediciones nueva jurídica, Bogotá D.C., 2007, ISBN 978-958-98052-3-7, p 1.

<sup>43</sup>Ibid, p 1-13, 164-165.

<sup>44</sup> En este trabajo se hablará de Estado Penal en dos sentidos: -Uno referido al Estado penal que no tiene como referente protagónico al Ministerio Público Fiscal o Fiscalía General de la Nación, en el caso de los preacuerdos legales. – Otro, según el contexto argumentativo de la idea expresada en el párrafo respectivo, aduce directamente al Ministerio Fiscal o Fiscalía General de la Nación.

<sup>45</sup>GARZON MARIN, Alejandro y otros, “Negociaciones y preacuerdos: Conceptos y Derecho comparado” primera edición, ediciones nueva jurídica, Bogotá D.C., 2007, ISBN 978-958-98052-3-7, PÁG 5.-.

<sup>46</sup>CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico elemental, séptima edición, Argentina, editorial Heliasta S.R.L., p 211.

De conformidad con la anterior definición y como lo que corresponde a este trabajo es la definición jurídica de la negociación, en materia de derecho civil, tenemos que “es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos”, según la definición que se encuentra en el libro “Teoría General de Los Actos o Negocios Jurídicos”<sup>47</sup>, trasladando esta figura al Derecho Penal las Negociaciones son las conversaciones entre la Fiscalía, el imputado o acusado a través de su defensor, sobre los términos de la imputación, con miras a disminuir la pena, que impliquen la terminación del proceso, una vez obtenido el convenio o acuerdo en el preacuerdo, el Fiscal lo presentara como un escrito de acusación al Juez de conocimiento, quien ejerce un control judicial verificando si el mismo desconoce o quebranta garantías fundamentales, solo recibirán aprobación cuando superen ese juicio sobre la satisfacción de las garantías fundamentales de todos los involucrados en la actuación<sup>48</sup>

**ACUERDO:** En el diccionario Jurídico Elemental<sup>49</sup>, podemos ver que si hay referencia a la palabra acuerdo, significando lo siguiente: “Resolución tomada por unanimidad o por mayoría de votos sobre cualquier asunto por tribunales, corporaciones o juntas... Además de significar resolución, el acuerdo es el concierto de dos voluntades o inteligencia de personas que llevan a un mismo

---

<sup>47</sup>OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y otro, “Teoría General de los Actos o Negocios Jurídico”, tercera edición, Bogotá D.C., Editorial TEMIS, 1987, ISBN 958-604-243-7. P 18.

<sup>48</sup>COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-516 de 2007 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>49</sup>CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Op. Cit., p 14.

**PREACUERDO:** El diccionario de la lengua Española 2005 Espasa- Calpe, define el preacuerdo así: Acuerdo que se establece entre varias partes, pendiente de ratificación y tramitación.

Como también se requiere de una definición de Preacuerdo desde el punto de vista del Derecho Procesal penal, se tiene la siguiente que fue utilizada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sala de Decisión Penal. Proceso 11001600002820050151903, Auto de segunda Instancia del 31 de julio de 2007 M.P. HUMBERTO GUTIERREZ RICAURTE, y es la siguiente: “Los preacuerdos son actos que se producen como consecuencia de una negociación informal que se realiza entre el Fiscal y el imputado o acusado y su defensor que puede llevar a una terminación anticipada del proceso, o lo que es igual, permite legalmente proferir una sentencia sin el agotamiento de todas las etapas procesales ordinarias”.

### **3.5 CARACTERÍSTICAS DE LOS PREACUERDOS**

Los preacuerdos y las negociaciones tienen unas particularidades, las cuáles enunciaremos a continuación, según varios autores:

En la sentencia C-059 del 3 de febrero de 2010, expediente D-7844, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, de la Corte Constitucional, resume que la corte constitucional ha considerado en materia de acuerdos y preacuerdos las siguientes características:

- 1.- La existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso;
- 2.- El fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible;
- 3.- A los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.
- 4.- La intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria.
- 5.- No existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tomada en cuenta en materia de preacuerdos.
- 6.- Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración.
- 7.- En la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima.
- 8.- En determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos

En su tesis de grado para optar al título de Abogada, del año 2008, con el título “La Negociación en el Sistema Penal Acusatorio” la estudiante de la Universidad de Antioquia, Mónica Cecilia Ramírez Ramírez, enuncia varias características pero solo se hará mención a unas de ellas por su claridad e importancia y son:

**a) Naturaleza jurídica:** Las negociaciones y preacuerdos adquieren la naturaleza de acto jurisdiccional, una vez se somete al control de constitucionalidad y de legalidad en audiencia pública y oral ante un juez penal competente, quien imparte su aprobación jurídica.

**b) La naturaleza sustantiva:** La naturaleza sustantiva de las negociaciones y preacuerdos deviene de los derechos fundamentales involucrados en la dinámica de la justicia penal consensual, que implica la renuncia de derechos sustanciales tales como: Derecho a la no autoincriminación; Derecho a que se realice un juicio oral, publico, concentrado, con inmediaciones de pruebas, e imparcial; Derecho a que se desvirtúe la presunción de inocencia por parte del Ministerio Público Fiscal; Derecho a interrogar testigos de descargo y a contrainterrogar a los de acusación; Derecho a presentar evidencia de descargo; Derecho a que no tiene la carga de la prueba por su estatus de inocencia. Del preacuerdo o negociación, a su vez se desprenden derechos sustanciales tales como: Derecho a un procedimiento abreviado, Derecho a la rebaja sustancial de la pena, Derecho a que para determinar la cantidad de sanción penal se tengan en cuenta factores como: la colaboración con la justicia, la evitación de un desgaste jurisdiccional innecesario, la develación de otros autores o participes del injusto típico, etc...

**c) Naturaleza Procesal:** La naturaleza procesal de los preacuerdos y negociaciones proviene de la ley procesal penal por medio de la cual se reglamentan estas instituciones jurídicas, atendiendo a principios procesales tales como la celeridad, la economía, la eficacia, etc, que en últimas tienen como finalidad la terminación anticipada del proceso, es decir, se pretende evitar que la actuación penal culmine con el juicio público y oral.

MARGARITA ROSA CORTES VELASCO, Abogada especialista en Derecho Penal y criminología. Magister en Derecho Procesal, Jefe del Área de Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia Seccional Pereira. En su artículo publicado en internet con el título: “Son los preacuerdos entre fiscal y acusado verdaderos mecanismos de política criminal”<sup>50</sup>, menciona como características de los preacuerdos, las siguientes:

- 1.- Es un mecanismo de terminación anormal del proceso.
- 2.- Es un mecanismo de autocomposición porque depende la voluntad de las partes.
- 3.- Bilaterales, requieren del concurso de las dos partes, fiscal e imputado.
- 4.- Busca una sentencia más favorable.
- 5.- Instrumento necesario para superar la congestión judicial y obtener una justicia rápida.
- 6.- Las facultades de la Fiscalía tienen límites y control de legalidad en busca de una mayor protección de los intereses y derechos de los diferentes sujetos procesales.
- 7.- La manifestación del imputado debe ser voluntaria, libre y espontánea.

---

<sup>50</sup> CORTES VELASCO, Margarita Rosa, Abogada especialista en Derecho Penal y criminología. Magister en Derecho Procesal, Jefe del Área de Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia Seccional Pereira. **Nombre del evento** II CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO PENAL Tipo de evento: Congreso Ámbito: Internacional Realizado el: 2009-11-01, en GUAYAQUIL - GUAYAQUIL-ECUADOR **Productos asociados** Nombre del producto: SON LOS PREACUERDOS ENTRE FISCAL Y ACUSADO VERDADEROS MECANISMOS DE POLITICA CRIMINAL? Tipo de producto: Producción bibliográfica - Trabajos en eventos (Capítulos de memoria) **Instituciones asociadas** Nombre de la institución: INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO PENAL Tipo de producto: Patrocinadora, Rol en el evento: Organizador, publicado en internet. En: [WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos\\_fiscal\\_doc](http://WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos_fiscal_doc).

## **3.6 DIFERENCIAS DE LOS PREACUERDOS EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN Y EN EL SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO**

### **3.6.1 Diferencias entre el sistema Anglosajón y el sistema Continental Europeo**

En la historia de los estados se han presentado distintos sistemas de enjuiciamiento penal que por sus características esenciales se han clasificado en dos modelos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo.

En el sistema inquisitivo, fue adoptado por estados antidemocráticos, dictatoriales y despóticas, el estado es el ente encargado de investigar las conductas delictivas, el mismo que ejerce la función de acusación, de juzgamiento, de imposición de la pena y su ejecución.

El sistema acusatorio se presenta en estados democráticos, en donde la acusación es una función que se diferencia de la función de juzgamiento y en él aparecen principios como la oralidad, la publicidad, la realización de la prueba en juicio y la imparcialidad del juez.

Para entender la estructura del sistema penal acusatorio, es necesario considerar las características básicas de los sistemas procesales penales de origen

anglosajón y continental europeo, como que varios de los institutos que lo fundamentan, se inspiran en ellos<sup>51</sup>.

### **3.6.1.1 Sistema Anglosajón.**

La construcción del esquema Acusatorio Anglosajón, parte de la esencia de la regla general del principio de oportunidad adoptado por los Estados Unidos e Inglaterra y consiste en lo siguiente:

-El persecutor o el Ministerio Público tiene una responsabilidad política, no es funcionario público.

-El sistema involucra en los Estados Unidos a los funcionarios de policía judicial, al fiscal, a los magistrados, a los jueces que casi siempre son de elección popular, otro los nombra el gobernador y a los federales los nombra el presidente.

-Los Fiscales Federales son funcionarios del poder ejecutivo que dependen directamente del Fiscal General de los Estados Unidos o “attorney General”, quien fija las pautas básicas que van a orientar a sus subalternos en la persecución de delito.

-Existen jueces de apelación o de tribunales de apelación.

-El jurado, como órgano de la justicia tiene varias clases o connotaciones. La constitución norteamericana acude a la institución del jurado como regla general

---

<sup>51</sup>ANGEL LONDOÑO, Jaime y otros. Módulos de Formación para Fiscales en “Estructura del Proceso Penal”. SE, Bogotá D.C., Fiscalía General de la Nación, 2007, Pág: 21.

para los juicios, hacen parte del debido proceso; se resalta la figura del gran jurado que autoriza la acusación en los delitos federales mayores. Y el jurado compuesto por ciudadanos, cuya actividad central es el juicio; pues produce un fallo en el debate sometido a su consideración.

-El desarrollo del proceso está establecido sobre las estructuras: captura policial; control judicial de la captura; derecho a audiencia preliminar en un plazo muy corto donde se determina si hay prueba para llevar a juicio, con fundamento en la denuncia y las pruebas que aporta el fiscal. Esta etapa puede terminar con la orden de retiro de los cargos o continuación a juicio si se opta por esta segunda opción se seguirá con la acusación formal: "indictment o information". Sin perjuicio de las mociones o del pleabargaining<sup>52</sup> o del pleadings<sup>53</sup>, posteriormente será llevado a audiencia ante el juez, donde el acusado se declara inocente o culpable y pasa después a un juez, y si lo acepta el acusado, ante el jurado, siendo oral, con audiencia pública en donde se presentan las evidencias y se convierten, obteniendo el veredicto del jurado y finalmente el fallo del juez.

-Diferencias entre los procedimientos establecidos para los delitos menores y los delitos mayores.

### **3.6.1.2 Sistema Continental Europeo.**

Este esquema surge del principio de legalidad, con excepcional consagración reglada del principio de oportunidad.

-El ministerio público o fiscal son funcionarios públicos administrativos

---

<sup>52</sup> Código Procesal Penal de Alemania, Argentina, Honduras y Chile.

<sup>53</sup> El fiscal concede ciertos aspectos a cambio de la asunción de responsabilidad por parte del sujeto activo.

-Hay la posibilidad de conformar el proceso penal, aun manteniendo el principio de oficialidad como proceso acusatorio.

-Se puede conservar las características del sistema y pueden ser personas diferentes las que acusen o las que juzguen.

-Se compone normalmente de tres etapas, con la intervención del Ministerio Público, quien debe someter las peticiones de medidas cautelares ante el juez, con una acusación que es de titularidad del Ministerio público o fiscal y con una etapa de juzgamiento a cargo de un juez, quien emite el fallo.

-Se requiere de una acusación que origine la actividad jurisdiccional, para que los jueces conozcan la pretensión y produzcan su decisión.

-La fiscalía en algunos países y en otras el Ministerio Público quien tiene la titularidad y el ejercicio de la acción penal.

-Clara distinción entre quien acusa y quién decide.

-Correlación entre la petición de acusación y la decisión.

-La igualdad de armas, encaminada a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba.

-El juicio está regido por los principios de oralidad, publicidad y celeridad.

### **3.6.2 Diferencia de los preacuerdos en el sistema penal acusatorio Anglosajón y el sistema Continental Europeo.-**

La Corte Constitucional en la Sentencia C-591 de 2005<sup>54</sup>, habla de las características de los preacuerdos en el sistema Continental Europeo y en el sistema Anglosajón, con lo cual podemos establecer alguna diferencia:

La Fiscalía, en principio, está obligada a acusar ante la ocurrencia de hechos punibles, en virtud del principio de legalidad. En consecuencia, es el principio de legalidad y no criterios de conveniencia, el que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal. De igual forma, aquél sólo puede terminar anticipadamente en los casos en que así expresamente lo señale la ley, sin que tal decisión pueda depender de la discrecionalidad de funcionario alguno<sup>55</sup>. No obstante, en países como Alemania, con fundamento en el principio de oportunidad, la Fiscalía puede decidir sobre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando la investigación conduzca, con cierto grado de probabilidad, al resultado de que el sindicado cometió un delito. Con todo, es la ley, la que establece los casos en los cuales resulta aplicable el mencionado principio. (Sistema Continental Europeo)

En cuanto al sistema Anglosajón, Antes del juicio, la defensa tiene el derecho a requerir al fiscal que descubra las pruebas exculpativas, figura conocida como “discovery”, con el propósito de garantizar la vigencia de la igualdad de armas. De igual manera, el fiscal puede realizar concesiones o “pleaBargaining” al sindicado, a cambio de la aceptación de su responsabilidad, lo cual implica renunciar a su derecho a un juicio. Los beneficios suelen consistir en una rebaja de pena o en la

---

<sup>54</sup>COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-591 del 9 de julio de 2005. M.P. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ. denunciante: STELLA BLANCA ORTEGA RODRIGUEZ. Expediente: D-5415.-

<sup>55</sup>Faustino Cordón Moreno, Las garantías constitucionales del proceso penal, Navarra,2002, p.21

imputación de menos cargos. Una vez acordada la negociación debe serle comunicada al juez.

Según Alejandro Garzón Marín y otros en su libro “Negociaciones y Preacuerdos”<sup>56</sup>, La justicia penal negociada entraña unos componentes inquisitivos y acusatorios:

Inquisitivo porque el sujeto pasivo del procedimiento penal se somete a la propuesta de un ente persecuidor de conductas punibles con calidad de órgano oficial, encarnándose una material desigualdad entre los sujetos jurídicos que ligan la relación procesal.

Inquisitivo porque el reconocimiento de culpabilidad por parte del imputado no da lugar a discusión alguna, acepta una oferta unilateral del Estado persecutor sin que se pueda entrar a discutir en pie de igualdad las condiciones que debe tener la consecuencia jurídico penal.

Acusatorio porque las partes pueden definir la situación conflictual que alteró las dimensiones dinámicas de la sociedad, en tanto, en un aparente plano de igualdad, debaten las consecuencias jurídicas de la acción lesiva de intereses jurídicos, penalmente tutelados, disponiendo uno y otro, sin ofrecer justificaciones con necesidad y suficiencia jurídica al controlador de la negociación:

- La renuncia a la controversia que caracteriza un juicio oral y público.
- La supresión del concurso delictivo.

---

<sup>56</sup>GARZON MARIN, Op. Cit, p29.

- La supresión de agravantes.
- El cambio de denominación jurídica
- La fijación del quantum de la sanción penal.

Francisco José Sintura Varela, en su artículo publicado en la revista Derecho Penal Contemporáneo “Preacuerdos y Negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”<sup>57</sup>, hace la siguiente diferencia, mientras la confesión simple, obtenida en forma libre y voluntaria, objetivaba la sanción y eliminaba la subjetividad en la apreciación de la prueba por el juzgador, en los acuerdos de culpabilidad, la admisión de responsabilidad provocada por el acusador, estaba acompañada de otros medios de convicción adicionales a la admisión de responsabilidad penal.

Otra diferencia con el modelo Anglosajón es que el preacuerdo radica en que el fiscal oferta las rebajas por admisión de culpabilidad en la fase intermedia del proceso, dentro de la audiencia preliminar de control de la acusación, cuando ya existe descubrimiento probatorio y el acusado y su defensor se encuentran perfectamente enterados de los cargos y de las pruebas que lo sustentan, pero en el allanamiento el imputado esta compelido a aceptar a ciegas la imputación que se le formula en una audiencia preliminar de comunicación, donde se le entera de unos hechos con relevancia jurídica, le anuncian la formalización de la investigación en su contra, que adquiere la calidad de parte y tiene los derechos a que refiere el artículo 8 del C.P.P. El acusador no exhibe evidencias, ni accede a

---

<sup>57</sup>SINTURA VARELA, Op. Cit, p 88

los elementos materiales probatorios que dice tener, porque se prohíbe en esta etapa el descubrimiento<sup>58</sup>.

La catedrática WHANDA FERNANDEZ<sup>59</sup>, en su libro Procedimiento Penal Acusatorio y oral menciona una diferencia que hace Bovino, la única diferencia entre el derecho estadounidense actual y el derecho europeo de la Edad Media es que, mientras en este último el poder aparecía concentrado en la persona del Juez inquisidor, el pleabargaining, concentra el poder en las manos del fiscal.

También en la misma obra<sup>60</sup> hace un listado de las diferencias más notables entre admisión espontánea de cargos, acuerdos y negociaciones, el cual fue extraído de la Sentencia de la Corte Constitucional, T-941 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis:

- 1.- La aceptación espontánea de cargos implica un acto unilateral; el preacuerdo es bilateral.
- 2.- La aceptación espontánea de cargos procede en tres oportunidades inflexibles; en materia de preacuerdos la ley es más elástica.
- 3.- La aceptación espontánea de cargos es viable respecto de cualquier delito; los preacuerdos se restringen solo a algunos y esta prohibidos cuando las víctimas son menores de edad.
- 4.- La aceptación espontánea de cargos, acto autónomo del imputado, no reclama espacios de negociación; los preacuerdos implican conversaciones previas y consenso con el fiscal.

---

<sup>58</sup>FERNANDEZ LEON, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral: “Preacuerdos y Negociaciones en los Modelos Norteamericanos” segunda edición, volumen II, Bogotá, D.C, Colombia, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2010, ISBN: 978-958-707-191-7, P 421

<sup>59</sup>Ibid, P 419.

<sup>60</sup>Ibid, P 433 – 434.-

5.- La aceptación espontánea de cargos no requiere que el juez manifieste su aprobación; los preacuerdos sí.

6.- La aceptación espontánea de cargos permite al juez utilizar el sistema de cuartos para la aplicación de la pena; los preacuerdos lo prohíben.

7.- La aceptación espontánea de cargos en la audiencia preparatoria, conlleva una rebaja de “hasta una tercera parte de la pena”, es decir, es móvil. Cuando el preacuerdo se materializa presentada la acusación y hasta el momento de ser interrogado el acusado al inicio del juicio oral, la reducción de la pena es fija: “una tercera parte”.

### **3.7 LOS PREACUERDOS EN EL DERECHO COMPARADO**

Los modelos de sistemas procesales penales contemporáneos hacen referencia al sistema inquisitivo y sistema acusatorio.

En algunos Códigos procesales de Latinoamérica se han contemplado la terminación anticipada del proceso, acudiendo a mecanismos de autocomposición, que depende de la voluntad de las partes, en algunas partes son unilaterales como los allanamientos a cargos y el de oportunidad en Colombia, como el juicio abreviado de Chile y otros son bilaterales como las negociaciones y los preacuerdos en Colombia.

La justicia negociada se ha convertido en un instrumento para superar la congestión judicial y obtener una justicia rápida.

Para entender, lo antes dicho, se hará mención a la legislación de algunos países donde se han desarrollado mecanismos de autocomposición, que tienen que involucran la voluntad de las partes, como los preacuerdos y negociaciones o procesos abreviados que incorporan elementos de negociación.-

### **3.7.1 Chile**

En vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1906<sup>61</sup>, los acuerdos entre el ministerio Fiscal y el imputado, sólo llegaban a las consecuencias civiles de los delitos, no se podían aplicar formulas consensuadas, salvo en delitos de acción privada.-

Con la entrada en vigencia del sistema procesal penal, con la Ley 19696 del 12 de octubre de 2000<sup>62</sup>, se incorporan elementos de negociaciones, que permiten salidas rápidas, por parte de los juzgados de garantías, el ministerio Público fiscal y la defensoría. Al reemplazar el código de Procedimiento Penal de 1906, se reemplazó el sistema inquisitivo penal por uno acusatorio formal, oral y público.

Por eso se introdujeron institutos como el juicio abreviado, y la mediación, encaminados a una terminación del procedimiento con economía, eficacia y celeridad (artículo 241 C.P.P).

---

<sup>61</sup> Aprobado mediante la Ley No. 1853, promulgada el 13 de febrero del mismo año y entró en vigencia el 1 de marzo de 1907, bajo el gobierno del presidente Germán Riesco, este rigió hasta la entrada en vigencia del nuevo código procesal penal que se comenzó a aplicar paulatinamente entre el 16 de diciembre de 2000 y el 16 de junio de 2005.-

<sup>62</sup> Ley 19696 del 12 de octubre de 2000, que establece el Código Procesal Penal, de Chile, Aprobado por el Congreso Nacional. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile [www.leychile.cl/](http://www.leychile.cl/)

El juicio abreviado (art 431 C.P.P), consiste en que el cierre de la etapa de instrucción el imputado reconoce o confiesa llana y circunstanciadamente los hechos que se le atribuyen, su autoría y la calificación legal propuesta por la fiscalía quien fija un máximo de pena inferior al de la figura. El acuerdo consensuado por el Ministerio público Fiscal, el imputado y la defensa es elevado al tribunal quién, previo control de constitucionalidad, dicta sentencia con la única limitación de no superar el máximo propuesto por la fiscalía<sup>63</sup>.

Existe en Chile el procedimiento abreviado que consiste en un juicio llevado a efecto ante el mismo juez de garantías conforme a los antecedentes de investigación recopilados por la fiscalía, y que requiere para su procedencia del cumplimiento de determinados requisitos establecidos en el ordenamiento procesal penal, según el art. 406 C.P.P., se establecen los presupuestos legales del Procedimiento Abreviado: 1.- consentimiento libre e informado del imputado de someterse a las reglas del procedimiento abreviado. 2.-Que la pena privativa de la libertad solicitada en concreto por el fiscal no exceda de cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuera su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas. Se trata de la pena requerida efectivamente por el fiscal, y no del marco legal teórico aplicable en abstracto al hecho imputado. 3.- Que el imputado acepte los hechos materia de la acusación y acepte ser juzgado por el juez de garantía conforme a los antecedentes de investigación que la fundan y que tengan el estándar de convicción que requiere la ley para condenar el acusado. 4.- Que el querellante, si lo hubiere, no se oponga a la aplicación de tal procedimiento cuando, dados los términos de su acusación particular, la pena aplicable al acusado excede del límite legal que hace procedente el procedimiento abreviado<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup>GARZON MARIN, Op. Cit, p 164-165.

<sup>64</sup>BLANCO SUAREZ, Rafael y otros, "litigación estratégica, en el nuevo proceso penal". Primera edición, Santiago-chile, C y C impresores san Francisco 1434 Santiago, 2005, ISBN: 956-238-551-5, P 130.

Al tenor literal del Art 407 del C.P.P, esta audiencia especial se puede solicitar por escrito de acusación o mediante solicitud verbal en la audiencia de preparación del juicio oral, estando vedado a los intervinientes plantearlo en otro momento, como sería en la Audiencia de formalización de la investigación.-

El juez una vez concluidas las intervenciones de los litigantes, debe proceder a dictar su sentencia, ciñéndose a las normas sobre valoración de la prueba y estándar de convicción, establecidas en el procedimiento ordinario, a falta de norma especial que regule dichas materias. Esta sentencia según el artículo 413 del C.P.P, puede ser absolutoria o condenatoria.

Si la sentencia es condenatoria, el legislador establece limitaciones al juez: a) no podrá imponer una pena superior o más favorable a la requerida por el fiscal o el querellante en su caso; b) no podrá emitirse el fallo sin que exista una correlación entre la aceptación y los antecedentes de la investigación recopilados por el fiscal. c) el juez puede pronunciarse o no sobre la procedencia de algún beneficio aun cuando no se lo hayan solicitado los intervinientes. d) La sentencia no se pronunciará sobre la demanda civil que hubiere sido interpuesta.

La sentencia en el proceso abreviado cuenta con recursos según lo dice el art 414 del C. P. P, la sentencia definitiva dictada por el juez de garantías, solo será impugnada por la vía del recurso de Apelación, que se deberá conceder en ambos efectos.

### 3.7.2 Puerto Rico

En Puerto Rico a través de la historia se le denomina a los preacuerdos alegaciones preacordadas, estas surgieron de unas necesidades practicas inmediatas como es la economía procesal y la constitución, y además para legitimar una práctica frecuente y cotidiana del campo forense<sup>65</sup>.

En Puerto Rico, las alegaciones preacordadas emergieron como una “práctica generalizada” en el sistema procesal criminal que, posteriormente, fue admitida por la jurisprudencia del Tribunal supremo en el año 1984, en el caso Pueblo vs. Mojica Cruz<sup>66</sup>. Y posteriormente fue elevada a canon legal con la ley 37 del 29 de junio de 1985.

En Puerto Rico las alegaciones preacordadas consisten en que de una parte, el acusado se compromete a declararse culpable por el delito imputado o uno menor relacionado, a cambio de que el segundo ( el Fiscal ) se obligue a solicitar al Tribunal el archivo de cargos pendientes o a eliminar alegación de reincidencia o delincuencia habitual, o recomendar una sentencia en particular, o no oponerse a

---

<sup>65</sup>SINTURA VARELA, Francisco y otros, Sistema Penal Acusatorio “preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”. Primera edición. Bogotá D.C., Universidad del Rosario, 2005. SE. ISBN: 958-8225-40-X. P 195. Este autor se refiere a MALDONADO Aviles II, Arcesio Asisclo, “una reflexión en torno a las alegaciones preacordadas” revistas del colegio de Abogado de Puerto Rico, vol. 60, julio-septiembre, 1999.

<sup>66</sup>Tribunal Supremo de Puerto Rico. Pueblo vs. Mojica Cruz. 115DPR569 (1984): “No podemos por más tiempo ignorar que la negociación de alegaciones de culpabilidad es una práctica generalizada desde hace tiempo en el sistema procesal, en lo criminal. Se le oculta como si fuese algo turbio y misterioso, pero es una realidad que no puede soslayarse por más tiempo. Hay que desconocer su vuelo de misterio y dejar sentado a plena luz, que la negociación de alegaciones de culpabilidad es una práctica de gran utilidad para el sistema de impartir justicia, y debe estimularse”. Tomada de SINTURA VARELA, Francisco José, Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional: preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. Bogotá. Legis Editores S.A, 2004, ISSN 1692-1682. P 85-108.

la solicitud que haga la defensa sobre una sentencia específica, o acordar que determinada sentencia específica sea la que disponga adecuadamente del caso<sup>67</sup> En la actualidad la Ley 404-2000, del 11 de septiembre de 2000, es la que contiene las reglas de procedimiento criminal; y entre ellas está la regla 72 inciso (7) donde está el reglamento de las alegaciones preacordadas. Esta Ley se le llama “Ley de armas de Puerto Rico”, la cual fue modificada por la Ley Núm. 142-2013 del 2 de diciembre de 2013, donde se establecen requisitos para las alegaciones preacordadas en casos en que se impute o se acuse por la comisión de un delito bajo los artículos 5.04 o 5.15<sup>68</sup> .-

### 3.7.3 Italia

El código de Procedimiento Penal Italiano, consagra una institución de nombre Patteggiamento y cuyo artículo 444 señala una modalidad de proceso especial, por virtud del cual, “antes de la apertura del debate de primera instancia y a solicitud del imputado, de Ministerio Público –caso en el que se requiere la aceptación del imputado- o de las 2 partes, se puede solicitar al juez la aplicación de una pena determinada en su clase y cantidad, de una sanción sustitutiva, una pena pecuniaria o una pena privativa de la libertad que no sobrepase ciertos marcos de punibilidad<sup>69</sup>. Por virtud del acuerdo ya sea en la audiencia especial, en la audiencia preliminar o en el juicio, el juez podía proferir la sentencia aplicando la pena solicitada, si consideraba que la calificación jurídica del reato y las circunstancias prospectadas por las partes eran correctas.

---

<sup>67</sup> SINTURA VARELA, Francisco y otros, Sistema Penal Acusatorio “preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”. Primera edición. Bogotá D.C., Universidad del Rosario, SE, 2005. ISBN: 958-8225-40-X. P 195. Este autor hace alusión a MALDONADO Aviles II, Arcesio Asisclo, “una reflexión en torno a las alegaciones preacordadas” revistas del colegio de Abogado de Puerto Rico, vol. 60, julio-septiembre, 1999

<sup>68</sup> Ley Num 142 de 2013. En: [www.popjuris.com](http://www.popjuris.com). Consultado el 24 de agosto de 2014, a las 7:48.

<sup>69</sup> ESPITIA Garzón, Fabio, Código de Procedimiento Penal Italiano, Temis, Bogotá, 1991. pág 171.

Este procedimiento especial de la Ley Italiana “Patteggiamento y el juicio directísimo” fue introducido en nuestro Derecho Procesal Colombiano por la comisión revisora del Código de Procedimiento Penal de 1991, consagrando el mecanismo de la audiencia especial de terminación anticipada del proceso, en el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991<sup>70</sup>.

Pero con el Acto legislativo 3 del 2002, en un nuevo marco constitucional, Colombia introduce el Título II del libro 3 del Código de Procedimiento Penal que entro en vigencia a partir del 1 de enero de 2005, con el sistema de enjuiciamiento criminal las alegaciones preacordadas de culpabilidad, donde se incorporó un modelo de justicia autocompositiva, de clara estirpe Anglosajona, con un alto componente de transacción intraprocesal<sup>71</sup>.-

#### **3.7.4 Estados Unidos de Norte América**

La negociación de las penas en los Estados Unidos de América no es, pues, una especie de terminación “anormal” del proceso penal: es la justicia penal misma, según Rober E. Scott<sup>72</sup>.-

---

<sup>70</sup> BAZZANI MONTOYA, Darío. “El Principio de Oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal” CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, primera edición, imprenta nacional de Colombia, 2008, ISBN 958-701-647-5. Pág 276.

<sup>71</sup>SINTURA VARELA, Op. Cit,p 86.

<sup>72</sup> CITA QUE HACE EN SU OBRA, MUÑOZ NEIRA, Orlando, Sistema Penal Acusatorio de los Estados Unidos, primera edición, Legis editores S.A. 2006, Bogotá D.C. ISBN 958-653-468-5, P210.

En Estados Unidos, el tema de la negociación de penas era un asunto de la práctica judicial, vino a ser estudiado por la Corte Suprema de ese país, e cuanto a la constitucionalidad, en 1970 con el caso Brady<sup>73</sup>

En cuanto lo que respecta con el Derecho Comparado, tenemos algunos apartes que se encuentran en el expediente No. 29979 del 27 de Octubre de 2008, decisión de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, M.P JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA así:

En el sistema de derecho procesal de los Estados Unidos de Norteamérica, las manifestaciones de culpabilidad por parte del acusado (conocidas coloquialmente como *plea of guilty*) eran acogidas por los funcionarios judiciales, en un principio, sin obligación ni contraprestación formal alguna, aunque éstas solían darse en el entendido de que, por tradición, la pena para quien se sometía a la clemencia del juez o del tribunal podía ser sustancialmente más beneficiosa en comparación a la que se le aplicaba a quien era vencido en juicio y declarado culpable por un jurado.

Así lo reconocía la Corte Suprema del Estado de Wisconsin en 1966:

*“Es de notoriedad pública que existe una práctica ampliamente difundida en las jurisdicciones americanas de aceptar las pleas of guilty y de imponer penas más leves que las generalmente señaladas para la misma infracción después del juicio”<sup>74</sup>.*

---

<sup>73</sup>U. S. Supreme court.397 U.S. 742. Robert M. Brady, Petitioner v. United States, nº 270. Argued Nov. 18, 1969; decided May 4, 1970. Mr. Justice White delivered the opinion of the Court.

<sup>74</sup> Corte Suprema de Wisconsin, *Jung vs. State*, 32 Wis. 541; 145 N. W. 2d 684 (1966), cita tomada de De Diego Díez, Luis Alfredo, *Justicia criminal consensuada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 34.

Lo anterior, sin embargo, no significaba que en todos y cada uno de los casos los jueces trataran con mayor benevolencia a quien se declarara penalmente responsable y renunciara a los derechos de no inculparse y de ser juzgado por un jurado, pues no faltaban los funcionarios que en atención a la justicia material del caso concreto, o por su particular postura política criminal acerca del delito cometido, imponían a los culpables confesos sanciones ejemplares, a pesar de que la parte acusadora hubiese recomendado una pena más benigna por el hecho de haberse acogido a los cargos.

De ahí que, cuando la manifestación de culpabilidad era el fruto de una negociación previa con el representante del órgano acusador (figura conocida como *pleabargaining*), el acusado no tenía la plena garantía de que las rebajas o beneficios prometidos por el Fiscal llegasen a ser reconocidos por el juez o tribunal llamado a proferir la decisión de fondo.

Dichas declaraciones negociadas de responsabilidad, aunque habían comenzado a practicarse desde comienzos del siglo pasado, no eran consignadas en actas ni comunicadas al funcionario judicial sino que, por el contrario, se practicaban de manera subrepticia y por fuera del procedimiento formal, pues desde un principio la opinión dominante las consideró inconstitucionales, ante la posibilidad de constituir una forma de coartar la voluntad:

*“Aun cuando se produjeran transacciones en la mayor parte de las prosecutions, el fenómeno debía permanecer oficialmente oculto porque la admisión de culpabilidad provocada por presiones o promesas del prosecutor podía constituir causa de nulidad del procedimiento”<sup>75</sup>.*

---

<sup>75</sup> De Diego Díez, *Op. cit.*, citando a Bassiouni, M. Cherif, pág. 47.

Tal situación cambió a partir de 1971, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Santobello vs. Nueva York*, reconoció la figura de las manifestaciones de culpabilidad pactadas entre la acusación y la defensa como un componente esencial del debido proceso. En palabras de dicha corporación:

*“La definición de los procesos penales mediante un acuerdo entre el Fiscal y el acusado, procedimiento que a veces viene sintéticamente indicado con la expresión pleabargaining, representa un componente esencial de la administración de justicia. Correctamente administrada, la negociación debe ser alentada. Si todas las acusaciones hubieran de ser llevadas al juicio oral, a fin de lograr una completa actividad procesal [full-scale trial], los Estados y el propio Gobierno Federal necesitarían aumentar considerablemente el número de jueces y los medios de los tribunales.*

*”La disposición sobre los cargos tras las pleadiscussions no es sólo una parte esencial del proceso, sino que representa, además, un mecanismo altamente deseable por múltiples razones. Conduce a una rápida y definitiva resolución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debidos a la forzosa ociosidad durante la prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio [pretrialrelease]; protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante el pretrialrelease; y, abreviando los plazos que discurren entre la acusación y la sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación del culpable una vez que, pronunciada la condena, éste venga sometido al tratamiento penitenciario”<sup>76</sup>.*

---

<sup>76</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, *Santobello vs. Nueva York*, 404 U. S. 257, 260 (1971).

En la actualidad, la obligatoriedad de los términos materia de acuerdo para los jueces estadounidenses es en la práctica casi que absoluta, pues su actuación no va más allá de verificar que la aceptación de los términos de negociación sea libre, consciente y voluntaria por parte del procesado, y de ahí que en la doctrina se haya criticado que su papel en ese sentido es más administrativo que judicial:

*“Hoy la negociación, una vez concluida, es comunicada al juez y se hace mención de ella en el acta del proceso, pero el juicio recuerda de algún modo la documentación o protocolización de un acto ante Notario: el fiscal y el defensor se presentan ante el juez, quien les pregunta si han llegado o no a un acuerdo; en caso de respuesta afirmativa, el magistrado comprueba la existencia de algunas condiciones de validez del mismo (p. ej., se asegura de que el acusado haya comprendido bien las consecuencias de su admisión de culpabilidad y los derechos a los que renuncia). Tras ello, el acuerdo recibe –generalmente– la ratificación del juez”<sup>77</sup>.*

Adicionalmente, en la mayor parte de los Estados, la intervención del juez en las negociaciones está prohibida de manera expresa, tal como lo contempla el inciso final del artículo 11 literal e) numeral 1 de las *Reglas Federales sobre el Enjuiciamiento Criminal*. Tan solo Carolina del Norte permite una participación activa del funcionario en las discusiones y, sin embargo, el Tribunal Supremo de dicho Estado ha sido enfático en precisar que ésta de ningún modo puede incidir en la voluntad del acusado o en el juicio oral que a la postre se lleve a cabo:

*“[...] la North Carolina SupremeCourtha establecido dos principios fundamentales: en primer lugar, el imputado inducido a declararse culpable por*

---

<sup>77</sup> De Diego Díez, *Op. cit.*, pág. 73.

*las presiones ejercidas sobre él por el juez puede impugnar la condena alegando la no espontaneidad de la declaración; en segundo término, el imputado que se declara inocente y persiste en exigir el jury trial no puede, sólo por eso, ser castigado o sufrir tratamientos vejatorios”<sup>78</sup>.*

Ahora bien, el principal reparo que, desde la doctrina (y en particular desde la teoría del garantismo penal), se le ha hecho al sistema de justicia consensuada estadounidense radica en el hecho de que la ausencia total de un control distinto a la verificación de la aquiescencia del imputado riñe con uno de los fundamentos democráticos de la legitimación del poder judicial, consistente en la función de averiguar la verdad procesal conforme a las garantías del debido proceso:

*“Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales sobre la que se basa [...] la ‘democracia sustancial’ [...]”*  
*[...] Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas [...], ningún consenso –ni el de la mayoría, ni el del imputado– puede valer como criterio de formación de la prueba”<sup>79</sup>.*

Así mismo, se ha señalado que el acuerdo sin ningún control de tipo jurídico tiende más a reflejar el criterio que haya logrado imponer una de las partes que la verdad real de lo acontecido:

---

<sup>78</sup>*Ibidem*, pág. 67.

<sup>79</sup>Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 27.

*“Como lo enseña la psicología del juego de la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica. Por tanto, los acuerdos transforman al proceso penal, concebido hasta ahora como un conflicto de valores decidido por el juez como un tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos”<sup>80</sup>.*

En este orden de ideas, ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales.

### **3.8 LOS PREACUERDOS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

En Colombia la existencia de los preacuerdos de culpabilidad se justifican en la crisis de eficiencia de la justicia, común a los sistemas judiciales latinoamericanos que han visto como sus códigos se apartan del sistema inquisitivo (continental) y pasan al sistema Acusatorio (Anglosajón) donde tienen un mejor desarrollo.

Las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, como las denomina el código de Procedimiento Penal, tuvieron su origen en Colombia en la Institución de Pattergiamento, originaria del Código de Procedimiento Penal Italiano, cuyo

---

<sup>80</sup>Schünemann, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 298.

artículo 444 prevé una modalidad de proceso especial por virtud del cual, “ antes de la apertura del debate de primera instancia y a solicitud del imputado, del Ministerio Público ---Caso en el que se requiere la aceptación del imputado---o de las dos partes, se puede solicitar al juez la aplicación de una pena determinada en su clase y cantidad, de una sanción sustitutiva, una pena pecuniaria o una pena privativa de la libertad que no sobrepase ciertos marcos de punibilidad<sup>81</sup>.

Este procedimiento especial de la Ley Italiana “Patteggiamento y el juicio directísimo” fue introducido en nuestro Derecho Procesal Colombiano por la comisión revisora del Código de Procedimiento Penal de 1991, consagrando el mecanismo de la audiencia especial de terminación anticipada del proceso, en el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991<sup>82</sup>, este mecanismo no tuvo estricto origen en el derecho anglosajón. Este artículo 37 del Código de Procedimiento Penal de 1991, establecía el fiscal de oficio, o a solicitud del sindicado podía celebrar una audiencia antes del cierre de la investigación, en la que se buscaba la terminación anticipada del proceso penal. En la diligencia, fiscal y sindicado con la presencia de su defensor, orientaban su actividad a ponerse de acuerdo en cuanto a los cargos imputables y la pena, concretamente, en cuanto a la tipicidad, el grado de participación, la culpabilidad, las circunstancias agravantes o atenuantes, la pena, la posibilidad de ejecución condicional de la sentencia y la eventual preclusión por comportamientos menos graves. En caso de acuerdo, total o parcial, el mismo se documentaba en un acta que, frente a los cargos, debía observar los mismos requisitos de una resolución de acusación. Acordados los términos, el acta pasaba a control judicial de legalidad, para que aprobado este, el juez dedujera una rebaja de la sexta parte de la pena<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup>SINTURA VARELA, Op. Cit, P 89-90. Tomado de ESPITIA GARZON, F Código de Procedimiento Penal Italiano. ED. Temis, p.171.

<sup>82</sup>BAZZANI MONTOYA, Op. Cit, p 276

<sup>83</sup>SINTURA VARELA, Op. Cit, p90

Otro antecedente en Colombia, del cual se puede hablar es el instrumento que guarda hermandad con la negociación de penas y es la sentencia anticipada introducida en nuestra legislación por el artículo 3 de la ley 81 de 1993 y que hoy corresponde al 40 del Código de Procedimiento Penal vigente (L. 600/2000). Pero en este instituto no se efectúa un acuerdo entre el fiscal y el sindicado o acusado, aquí solo se renuncia voluntariamente al privilegio de no autoincriminación de manera libre y voluntaria, so pena de verse expuestos a un sacrificio de pena mayor.

Con la reforma de la Ley 81 de 1993, esta figura se modificó para dar paso a la sentencia anticipada y, a la vez, a una modalidad de negociación de penas conocida como “audiencia especial”. Las posteriores reformas legales del proceso penal mantuvieron lo esencial de estas figuras<sup>84</sup>

Con este mecanismo se presentaron indebida acumulación de rebajas de pena lo que contribuyó al descredito del sistema de negociación de cargos y penas y ello derivó en su desaparición transitoria con la expedición de la ley 600 de 2000.-

La Ley 600 del 2000 dejó dos figuras con orientación político – criminal definida: la sentencia anticipada para los casos de suficiencia probatoria y los beneficios por colaboración eficaz para desarticular la criminalidad organizada<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup>BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “EL PROCESO PENAL, Estructuras y Garantías Procesales”: Allanamiento a la imputación, negociaciones y preacuerdos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 6ª edición, 2013, ISBN: 978-958-710-890-3, P 863.

<sup>85</sup>Ibid, P 863.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 hizo énfasis en la necesidad de garantizar la celeridad en la administración de justicia. Es así como en el artículo 29 habla del derecho del sindicado a un debido proceso público y sin dilaciones injustificadas. Así mismo el artículo 228 se refiere a la pronta y cumplida administración de justicia. Por eso uno de los mecanismos para la celeridad y la economía procesales es la terminación anticipada de los procesos<sup>86</sup>

El artículo 252 de la carta aseguró la independencia de las funciones de acusación y juzgamiento, es decir, que se refiere a la necesidad de que la acusación y la sentencia sean proferidas por funcionarios diferentes, que garanticen las funciones e forma independiente.

La reforma constitucional, introducida con el Acto legislativo 03 de 2002, no incluyó disposiciones relacionadas con los acuerdos dirigidos a suprimir el debate del juicio, por el contrario estableció como principios que rigen el juicio, la concentración probatoria la inmediación, la oralidad y la publicidad<sup>87</sup>.

Lo anterior es importante porque cada cláusula contenida en el artículo 250, interpretada de manera armónica con el artículo 29, según el cual solo responde por hecho previamente imputado y probado, exige que en todos los casos para poder proferir sentencia condenatoria se requiere de prueba sobre la responsabilidad penal, independientemente de si el procesado renuncia al juicio o es vencido en el desarrollo del mismo<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup>BAZZANI MONTOYA, Op. Cit, p. 290

<sup>87</sup>BAZZANI MONTOYA, Op. Cit, p. 291 – 292.

<sup>88</sup>Ibid, p. 292

En el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal elaborado bajo la dirección de la fiscalía, y por la comisión y subcomisión constitucional redactora en el Acta 025 del 30 de junio de 2003, que resulto aprobado por el congreso de Colombia el 19 de junio de 2004, actual código de Procedimiento Penal, en cuanto a los artículos que desarrollan los preacuerdos y las negociaciones entre imputado o acusado y la Fiscalía, estos tienen su origen en la Regla 72 del Procedimiento Penal de Puerto Rico (Acusatorio Anglosajón), pero la propuesta original contenida en el anteproyecto, fue modificada por la comisión constitucional Revisora y por el propio legislativo, y estas modificaciones hicieron que el sistema perdiera su coherencia inicial<sup>89</sup>.-

Para el Proyecto de CPP, se siguió el modelo Puertorriqueño, el cual fue elaborado en el marco del convenio suscrito entre la Fiscalía General de la Nación, la embajada Americana y la corporación excelencia en la Justicia, y cuyo principal inspirador fue el profesor JAIME GRANADOS PEÑA<sup>90</sup>, proponía un sistema de alegaciones preacordadas distinto al que finalmente quedo.

En la modificación que introdujo la comisión constitucional al anteproyecto del profesor Granados, no solo se creó un nuevo momento procesal para celebrar los preacuerdos, sino que convirtió el convenio que originalmente se había concebido para el acusado, en el nuevo modelo, también para aplicarse a imputados, desarticulando el proyecto original.

En el anteproyecto del Código de Procedimiento Penal, los acuerdos solo se llevaban al juez en la audiencia de lectura de la acusación o hasta antes de la

---

<sup>89</sup>SINTURA VARELA, Op. Cit, p.91

<sup>90</sup> GRANADOS Peña, Jaime et. Al, “exposición de Motivos”, Anteproyecto de código de Procedimiento Penal, Legis.

exposición de la teoría del caso por la fiscalía. El sistema partía del supuesto de que como en la audiencia de lectura de la acusación la fiscalía estaba obligada a develar la prueba, su contundencia llevaba al acusado a admitir su culpabilidad voluntariamente o de forma consensuada con la fiscalía y, en ese evento, el juez no podía imponer una pena superior a la solicitada por dicha entidad, lo que evidenciaba el amplio margen de maniobra que en esta materia tendría el ente acusador para inducir declaraciones de culpabilidad. Es decir, la solicitud de pena por el fiscal no dejaba margen de discrecionalidad al juez<sup>91</sup>.

Pero la comisión constitucional creada por el Acto Legislativo 3 de 2002, precedida por el Fiscal General de la Nación, introdujo el sistema de preacuerdos desde la formulación misma de la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación. Una vez obtenido el preacuerdo, el fiscal lo presenta ante el juez como escrito de acusación y el beneficio para quien alegaba su culpabilidad era la disminución automática de la mitad de la pena imponible<sup>92</sup>.

Con la modificación que introdujo la comisión constitucional al anteproyecto del profesor Granados, no solo se creó un nuevo momento procesal para celebrar los preacuerdos, sino que se convirtió el convenio que originalmente se había concebido para el acusado, en el nuevo modelo para aplicarse a imputados también, desarticulando el sistema original<sup>93</sup>.

Con esta modificación se incurrió en un equívoco que se atribuye tradicionalmente al mecanismo del PleaBargaining, que consiste en provocar declaraciones de

---

<sup>91</sup>SINTURA VARELA, Op. Cit, p97

<sup>92</sup> Ibid, p. 98

<sup>93</sup>Ibid, p. 98

culpabilidad por el acusador sin que el imputado tenga conocimiento de la prueba que posee la Fiscalía en su contra, toda vez que en la audiencia de formulación de la imputación por mandato expreso del nuevo código, no hay develación de la prueba<sup>94</sup>.

Además la comisión introdujo una rebaja automática de penas no prevista originalmente.

Luego de los debates legislativos, el congreso de Colombia llegó a un texto conciliado donde recoge la propuesta de la comisión constitucional y no la original del Profesor Jaime Granados, y se quedó con dos oportunidades para celebrar preacuerdos, así: a) Desde la audiencia de formulación de la imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación ( art. 350) y b) con posterioridad a la presentación de la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (art. 352).

### **3.8.1 Los Preacuerdos en el Código Procesal Penal Ley 906 de 2004**

La figura de los PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES, tiene sus fundamentos en principios consagrados en la constitución y la Ley.

Para poder introducir en la Ley Colombiana la figura de los Preacuerdos y Negociaciones, con anterioridad a la Ley 906 de 2004, se estableció un nuevo marco Constitucional que se derivó del contenido del Acto legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional en función de

---

<sup>94</sup>Ibid, p. 98

superar, lo que parecían obstáculos de rango constitucional para la realización de un sistema procesal penal acusatorio o marcadamente acusatorio.

El Acto Legislativo 03 de 2002, introdujo cambios en algunos artículos de la parte orgánica y no dogmática, por lo que se hace necesario interpretar las modificaciones introducidas teniendo en cuenta el principio de unidad de la Constitución<sup>95</sup>. Igualmente las normas del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), deben comprenderse y aplicarse conforme a los derechos fundamentales y a los principios consagrados en la Constitución<sup>96</sup>

Es importante resaltar que uno de los principales **motivos** por los que el legislador modificó el Artículo 250 de nuestra Constitución, a través del Acto Legislativo 03 de 2002, fue principalmente el de otorgar a la Fiscalía General la calidad de ente investigador y acusador, quitándole la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales que compete a los jueces.

En el primer debate de la Cámara, en la comisión primera Constitucional de la Cámara de Representantes, se propuso el siguiente texto, que fue publicado en la Gaceta 148 de mayo 07 de 2012, se dice:

“...los fiscales tienen bajo su competencia, la obligación de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal. Además, dentro de sus funciones también están aquellas relativas a la formulación de la imputación de los cargos producto de su tarea como ente acusador, obrar como juez cuando toma decisiones de carácter judicial en la etapa de instrucción y, por

---

<sup>95</sup> Sentencia T-091/2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Bogotá D.C, Febrero 10 de 2006, página 12.

<sup>96</sup> SU 062 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lyne, citada por la T-091/2006

si fuera poco, actuar como defensores en virtud del principio de investigación integral. En otras palabras, la fiscalía debe realizar varias funciones a la vez, sobrecarga de trabajo que entorpece su función principal, a saber, la acusación en el juicio y la búsqueda del sustento probatorio para defender”.

En la reforma a los Artículos 116, 250 y 251 de nuestra Carta Magna se hizo alusión a las competencias mixtas que tenía la Fiscalía General de la Nación una como ente investigador y otra como juez en toma de decisiones de carácter judicial, pero al final se buscó que prevaleciera el carácter de ente investigador a fin de fortalecer su función investigativa, buscando celeridad y eficacia en la solución de casos que afectan la sociedad, con respeto de los Derechos fundamentales.-

El modelo procesal penal colombiano fundamentado en la constitución, le concede al juez de conocimiento la autonomía para definir la legalidad del preacuerdo, sobre todo si se tiene en cuenta que existe una fase fáctica y probatoria para llegar a la negociación<sup>97</sup>, que deben coincidir con la realidad de la conducta típicamente relevante.

Los fines para los cuales se estableció la figura de los preacuerdos y negociaciones, según el artículo 348 numeral 2 del CPP, busca aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento por parte de la comunidad.

---

<sup>97</sup>Providencia de mayo 8 de 2007, rad 190016100602200780231, proferido por la sala penal del tribunal superior del Distrito Judicial de Popayán, con ponencia del Dr. Jesús Alberto Gómez Gómez.

De acuerdo con el principio de ejecución de la pena, la ley impone los requisitos necesarios para su cumplimiento, y si estos no se dan, el juez no puede aceptar el preacuerdo.

Si el juez de conocimiento al analizar los elementos que estructuran el concepto legal, y estos no se dan, debe rechazar el acuerdo, de no hacerlo, estaría incumpliendo sus funciones al pasar por los artículos 121, 122 y 123 de la constitución Nacional, que consagra el principio” De la legalidad de la función pública y de las normas legales vigentes.”.-

En la revisión de la presencia y alcance de los elementos que consagra el artículo 351 de la ley 906 de 2004, son los que permiten al juez aprobar el acuerdo, en el ámbito del control limitado que tiene, orientado, a la verificación de la satisfacción de las garantías fundamentales, en el entendido de que por regla general, el acuerdo obliga al juez de conocimiento.-

En el Acto interlocutorio con radicación 11001600002320090097802, Proferido por el tribunal Superior de Bogotá M,P. ALBERTO POVEDA PERDOMO y aprobado mediante acta N° 071 del 9 de Junio de 2011, se hizo un análisis ilustrador acerca de lo que decía el proyecto de ley frente a los preacuerdos, los debates ante cámara y senado, y lo que se discutió frente a la figura de los preacuerdos, regulación de los preacuerdos en la Ley 906 de 2004 y es el siguiente:

**“La introducción de la norma en la legislación nacional:** La Comisión Redactora Constitucional creada para elaborar el proyecto de código de procedimiento Penal, no debatió ni formuló restricciones a las formas de

terminación anticipada del proceso que dependieran del reintegro de lo apropiado en aquellos delitos en los que el procesado obtuviere un incremento patrimonial

El texto del proyecto contenía un título dedicado a los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, preceptos en los que se determinaban las finalidades de los mismos en su Artículo 386, la posibilidad de celebrarlos desde la audiencia de formulación de imputación, las modalidades de los preacuerdos y negociaciones en el Artículo 387, las modalidades de los preacuerdos y negociaciones Artículo 388, las reglas imperantes para los preacuerdos posteriores a la presentación del escrito de acusación Artículo 389, la posibilidad de permitir la aceptación total o parcial de los cargos Artículo 390 y unas reglas comunes aplicables a estos mecanismos de justicia consensuada Artículo 391<sup>98</sup>.

En el informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 01 de 2003 Cámara<sup>99</sup>, no se hicieron cambios sustanciales al texto original del proyecto, pero el texto finalmente aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes llevó a la introducción del siguiente artículo:

Artículo 388. Improcedencia del principio de oportunidad, acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá aplicar el principio de oportunidad, o adelantar cualquier tipo de negociación con la Fiscalía o acceder a beneficio, hasta tanto no se reintegre el valor equivalente al incremento percibido.

---

<sup>98</sup>Gaceta del Congreso, Proyecto de Ley Estatutaria N° 01 Cámara, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, número 339, 23 de julio de 2003.

<sup>99</sup>Gaceta del Congreso, número 564, 31 de octubre de 2003.

Tratándose de bienes del Estado. La contraloría General de la República deberá acreditar la restitución.

El referido contenido apareció y se aprobó sin mayores explicaciones que permitan determinar el propósito perseguido por el legislador con dicha norma. Únicamente se dijo en el informe de ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 01 de 2003 Cámara:

Introduce un nuevo artículo 386 (improcedencia del principio de oportunidad, acuerdos o negociaciones con el imputado acusado). El fin de este artículo es evitar que en los casos en que en que se haya obtenido con el ilícito un incremento patrimonial, se hagan sus sujetos activos merecedores de estos beneficios hasta tanto no hayan restituido dicho incremento.

En el informe de Ponencia para primer debate al proyecto de Ley 229 de 2004 Senado, se expresó por los ponentes<sup>100</sup>.

Artículo 388. Improcedencia acuerdos o negociación con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto no se reintegre, por lo menos, el 50 por ciento del valor equivalente al incremento percibido.

Tratándose de bienes del Estado. La Contraloría General de la República deberá acreditar la restitución.

Se ajusta la redacción. Se suprimen diferencias al principio de oportunidad pues este tiene su propia regulación. Se disminuye al 50% la exigencia de reintegro del valor equivalente al incremento percibido.

---

<sup>100</sup>Gaceta del Congreso, número 200, 14 de mayo de 2004.

En el informe de Ponencia para segundo debate al proyecto de *Gaceta del Congreso*, número 248, 4 de junio de 2004. plenaria del Senado de la república, se expresó por los ponentes<sup>101</sup>.

Artículo 365. Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente

La plenaria del Senado de la República aprobó el siguiente texto<sup>102</sup>:

Artículo 365. Improcedencia de acuerdo o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

En las Actas de Conciliación al proyecto de Ley 001 de 2003 Cámara<sup>103</sup>, 229 de 2004 Senado<sup>104</sup>, se fijó el contenido del texto que se convirtió en precepto legal:

---

<sup>101</sup>Gaceta del Congreso, número 248, 4 de junio de 2004.

<sup>102</sup>Ibid. número 273, 11 de junio de 2004.

<sup>103</sup>La aprobación por Cámara consta en la *Gaceta del Congreso*, número 286, 16 de junio de 2004

<sup>104</sup>La aprobación por Senado consta en la *Gaceta del Congreso*, número 285, 16 de junio de 2004. El Acta de la Plenaria consta en la *Gaceta del Congreso*, número 362, 19 de julio de 2004.

El Artículo 349. Improcedencia de acuerdo o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

Del proceso legislativo cumplido con el congreso de la República por el proyecto de Ley “ por el cual se expide el Código de procedimiento Penal”, surge evidente que la norma no fue motivo de especial desvelo para los legisladores, lo que no obsta para resaltar que cuando fue introducida se dijo que ella tenía como fin “ evitar que en los casos en que se haya obtenido con el ilícito un incremento patrimonial, (no se puedan hacerlos) sujetos activos merecedores de estos beneficios hasta tanto no haya restituido dicho incremento”, de modo que el espíritu de la norma se hizo extensivo, en términos generales, a todas las formas de terminación anticipada del proceso en las que el imputado o acusado obtuviera un incremento patrimonial.”

En la exposición de motivos que aparece en el texto de la publicación de proyecto: Gaceta del Congreso No. 339 de 2003, no se hizo alusión a la figura de los preacuerdos y negociaciones.-

Y, sobre las etapas de indagación, investigación y juicio, se expuso posteriormente en la sentencia C-591 de 2005:

“De igual manera, se trata de un proceso conformado por las etapas de indagación, investigación y juicio; basado en el principio de oralidad, adelantado mediante la sucesión de diversas audiencias públicas;

contradictorio; diseñado de forma tal que la persona sea juzgada sin dilaciones injustificadas, respetándosele todas sus garantías procesales...”.

Esta Sentencia hace referencia a la posibilidad de renunciar al derecho a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate, siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En conclusión lo que la corte consagra es la posibilidad del imputado o procesado de renunciar a una de las etapas del proceso, la del juicio, y no a la posibilidad de renunciar a cada uno de los principios que rigen dicha etapa en particular, bajo el conocimiento y aceptación voluntaria de todas las consecuencias que ello implica, a fin de que el proceso termine de manera anticipada con sentencia condenatoria.

La Corte indica también que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, el proceso puede terminar de manera anticipada, es decir, sin haberse surtido todas las etapas correspondientes, en los casos en que se celebre acuerdo entre la fiscalía y el imputado o procesado y éste sea aprobado por el juez. El fin de estos acuerdos, que implican la terminación del proceso de manera anticipada, es 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<sup>105</sup>, en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el sistema procesal penal de tendencia acusatoria.

---

<sup>105</sup>Ley 906 de 2004, Art 348

En efecto, el sistema procesal penal, precisa que 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, una vez obtenido el mismo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación, bien porque el imputado se declare culpable del delito imputado, comportando una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible; o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; o, tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena<sup>106</sup>; también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, y si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo<sup>107</sup>. Además, en el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación<sup>108</sup>.

Como puede observarse para que sea legal y constitucional un preacuerdo, se requiere de una adecuada calificación jurídica que permita al juez impartir aprobación al mismo, pues de esta calificación jurídica se desprende la buena aplicación de la figura y el cumplimiento de las finalidades para las cuales fue creada, finalidades que son garantías constitucionales.

---

<sup>106</sup> Ibid. arts. 350 y 351

<sup>107</sup> Ibid. art. 351

<sup>108</sup> Ley 906 de 2004, art. 351 inc. 3

Con la modificación sustancial que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002, a la Constitución política la cual fue desarrollada por la Ley 906 de 2004, que contiene el código de Procedimiento Penal, que adopta un sistema acusatorio, consagra los preacuerdos y negociaciones, como una figura jurídica, a partir de sus Artículos 348 a 354.-.

El **Artículo 348** del C.P. Penal, es el que precisamente regula las finalidades para las cuales fue creada la figura del PREACUERDO Y NEGOCIACIONES y le advierte al Fiscal que debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de darle prestigio a la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

La directiva que menciona este artículo es la Directiva 1 de 2006, donde la Fiscalía fijo las instrucciones para celebrar preacuerdos y como factores dice que se debe evaluar la naturaleza de los cargos, el grado de culpabilidad, el daño causado o la amenaza a los derechos fundamentales, los bienes jurídicos protegidos, las circunstancias atenuantes o agravantes, la historia delictual del procesado, los intereses de las víctimas, el arrepentimiento y esfuerzo del acusado para compensarlas y la cooperación en la investigación; como objetivos señala: Términos de imputación, eliminación de agravantes, reconocimiento de atenuantes, grado de participación y forma de imputación subjetiva. Pena que se va a imponer y sus mecanismos sustitutos (suspensión condicional de la ejecución y prisión domiciliaria). En cuanto a límites sugiere que no se puede negociar los cargos a endilgar en la audiencia de imputación y el acusado no debe estar coaccionado, pues no podrá retractarse<sup>109</sup>.-

---

<sup>109</sup>Ámbito Jurídico del 19 de agosto al 1 de septiembre de 2003, pág 16

Tanto el artículo 348 del C.de P. Penal y la Directiva de la Fiscalía 1 de 2006, refieren como necesario evaluar la naturaleza de los cargos, con la que se debe obtener pronta y cumplida justicia, lo que hace pensar que lo más importante antes de realizar un Preacuerdo es la adecuada calificación jurídica.-

Pero podría pensarse que una Directiva de la Fiscalía no debe ser acogida al momento de aplicar los requisitos para los preacuerdos, por no tratarse de una ley, pero la Corte, a la luz de la implantación del sistema procesal penal de tendencia acusatoria, aclara que la Fiscalía General de la Nación continúa haciendo parte de la Rama Judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal. Y en cuanto a lo previsto en el numeral 3 del artículo 251 de la Carta, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional<sup>110</sup>, se trata de una competencia preferente del fiscal que implica “el ejercicio de valoraciones internas de dirección y control para la toma de decisiones y el establecimiento de directrices, que armoniza plenamente con el principio de unidad de gestión y jerarquía en virtud del cual “el Fiscal General de la Nación puede determinar el criterio y la posición que la entidad debe asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados en la ley.

Este principio radica en el Fiscal poderes de dirección y orientación que, con criterio general, promuevan la responsabilidad institucional y la unidad de actuación en las fases de investigación y acusación<sup>111</sup>.

El artículo 350 del C.P.P., en su inciso primero dice que desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de

---

<sup>110</sup> C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>111</sup> C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentara ante el juez de conocimiento como escrito de acusación. Y en el inciso segundo el Fiscales y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declara 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.

Del texto de estos dos inciso anteriores se dice, que así como se encuentran plasmados, en el primero no cabría sino la posibilidad de un preacuerdo en los términos de la imputación que ya ha pasado por el juez de control de garantías quien ha determinado que no se desconocen o quebrantan garantías fundamentales avalando esa imputación, por lo cual no es posible que se dé una inadecuada calificación jurídica. Pero en cuanto al inciso segundo se podría pensar inicialmente que no se va a tener en cuenta el delito imputado, si no uno relacionado con pena menor, por eliminación de alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico o que se tipifique la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena, al arbitrio de las partes, pero esto en la actualidad no es posible porque precisamente este artículo fue declarado en su numeral segundo exequible por la corte constitucional, en sentencia C- 1250 del 5 de diciembre de 2005, MP, Clara Inés Vanegas Hernández, en el entendido, de que el Fiscal , en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la Ley Penal preexistente.

El artículo 351 del CPP, inciso tercero y cuarto, advierte que en el evento en que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación, lo que hace pensar que es muy importante la adecuada calificación jurídica para que obliguen al Juez de Conocimiento, pues una adecuada calificación jurídica de la conducta típicamente relevante no desconoce o quebranta las garantías fundamentales.-

También debemos buscar elementos académicos que nos permitan establecer que es calificación jurídica y para ellos hay que acudir al código Penal en el libro I, y partir del artículo 6, que habla del principio de Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa...- A este artículo debe añadirse el artículo 9 del mismo texto que dice: para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable...- Por lo que se debe recurrir al artículo 10 que nos informa que es tipicidad y la recoge así: la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas del tipo penal, igualmente estará consagrado y delimitado definido en los delitos de omisión. Además debe tenerse en cuenta el art 11 que define la Antijuricidad para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien tutelado por la ley penal. Y en última instancia se llega indispensablemente al artículo 12 ibídem, La culpabilidad, y advierte “solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad<sup>112</sup>. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

---

<sup>112</sup> C. Constitucional, sentencia C-425, sep. 4/97. M.P. FABIO MORON DIAZ “(...) es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo”.

De otro lado se debe tener en cuenta el artículo 13 de código de penal, “las normas rectoras contenidas en este código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”. Con esto se puede deducir que a la hora de la calificación jurídica en un preacuerdo es necesario que el Fiscal acuda a las normas sustantivas que le orientan en la adecuación jurídica correspondiente, que es ir al artículo donde la ley define de manera inequívoca, expresa, y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, en casación penal<sup>113</sup>, acoge la teoría de la adecuación social “Según...una conducta es típica, cuando, además de reunir los elementos e ingredientes tradicionales del tipo penal objetivo, es socialmente relevante, es decir, cuando afecta la relación del hombre con su entorno o mundo circundante y las consecuencias de su actuación alcanzan a este último.

De acuerdo con un primer nivel de adecuación social, que corresponde al legislador, éste solamente prohíbe aquellos comportamientos que ofenden a la comunidad. Desde este punto de vista, lo socialmente rechazado también lo es jurídicamente; o si se prefiere, cuando el legislador rechaza un comportamiento, lo hace porque la sociedad también lo veta. De aquí se infiere que el legislador, si no reglamenta determinadas conductas, prohibiéndolas, es porque tácita o implícitamente las admite o tolera.

Desde un segundo nivel de adecuación social, que compete al intérprete, una conducta es socialmente adecuada cuando a pesar de estar formalmente definida en la ley como típica, reviste escasa gravedad; constituye un riesgo jurídicamente irrelevante o aprobado; es insignificante, modesta o irrita; o se dirige contra un

---

<sup>113</sup>Sentencia corte suprema de justicia, de fecha 20 de mayo de 2003, radicado 16636, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón).

titular del bien jurídico que la acepta o consiente, siempre que pueda disponer libre y voluntariamente del mismo, tenga capacidad para hacerlo y lo haga antes o durante la acción”.

### **3.8.2 La calificación jurídica en los preacuerdos desde el principio de legalidad que integra el debido proceso en la Jurisprudencia Colombiana**

#### **3.8.2.1 La Corte Constitucional**

**3.8.2.1.1** La corte Constitucional en Sentencia C-1260/05, del 5 de Diciembre de 2005, M.P. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, toca el tema de los PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES, al ser demandado el art. 348 inciso 2 y el Artículo 350, numeral 2, parcial, del C.P.P.-

Y para ello la Corte trae a colación la jurisprudencia constitucional en materia de reserva legislativa y del principio de taxatividad penal, para así entrar a resolver el conflicto, de la siguiente manera y alude a las siguientes sentencias:

Como lo sostuvo la Sentencia C-420 de 2002<sup>114</sup>, el legislador es el titular de la potestad de configuración normativa en materia de política criminal y, por ende, para la tipificación de conductas punibles:

---

<sup>114</sup> M.P. Jaime Córdoba Triviño.

*“(…)el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático<sup>115</sup>. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.*

---

<sup>115</sup> Desde luego que la política criminal del Estado no se agota en el ejercicio de su poder punitivo. En un reciente pronunciamiento esta Corporación definió en un sentido amplio el concepto de política criminal y la amplia gama de medidas que comprendía: *“Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”*. Corte Constitucional, Sentencia C-646-01. M. P., Manuel José Cepeda Espinoza.

*De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos.”*

De igual manera, en la Sentencia C-205 de 2003<sup>116</sup>, la Corte aludió a la reserva de ley en la creación de tipos penales en materia del principio de legalidad:

#### **“Examen de constitucionalidad sobre el principio de legalidad.**

*La Corte ha sido constante en afirmar que la creación de tipos penales tiene reserva de ley, en sentido material<sup>117</sup>, en tanto que manifestación del principio democrático y garantía del pluralismo político: se reservan ciertas materias a la forma de ley, elaborada por quienes son los representantes de los ciudadanos y mediante un proceso legislativo caracterizado por los principios de contradicción y publicidad. La ley aparece como la expresión de la voluntad popular, realizada en un proceso donde se garantizan el principio democrático y el pluralismo político.*

*En tal sentido la Corte, en sentencia C-599 de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero consideró lo siguiente:*

---

<sup>116</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>117</sup> Ver al respecto las siguientes sentencias: C-996 de 2000 y C-939 de 2002.

“La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente.

*El deber de observar la estricta legalidad comprende pues la obligación que tiene el legislador de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones: 1 ) La prohibición de la analogía ( nullum crimen, nullapoena sine legestricta ); 2 ) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena ( nullum crimen, nullapoena sine legescripta ); 3 ) la prohibición de la retroactividad ( nullum crimen, nullapoena sine legepraevia ); 4 ) la prohibición delitos y penas indeterminados ( nullum crimen, nullapoena sine legecerta )<sup>118</sup>; 5 ) el principio de lesividad del acto ( nullalexpoenalis sine iniuria )<sup>119</sup>; 6 ) el principio de la*

---

<sup>118</sup>Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 140. En el mismo sentido, puede citarse la siguiente obra: Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, quinta edición, 2002, p. 75.

<sup>119</sup>Ferrajoli, L, *ob.cit*, p. 467.

*necesidad de tipificar un comportamiento como delito ( nullum crimen sine necessitate )<sup>120</sup> y 7 ) el derecho penal de acto y no de autor.*

*En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales, como por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.*

**De tal suerte que el legislador debe abstenerse de realizar una punición arbitraria, imprecisa, retroactiva o carente de todo bien jurídico a proteger.”**

Más concretamente sobre el alcance de los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad penal en cuanto al debido proceso, esta Corte en Sentencia C-200 de 2002<sup>121</sup>, sostuvo lo siguiente:

***“El principio de legalidad en materia penal***

*En el Estado de derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe*

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 468.

<sup>121</sup> M.P. Álvaro Tafur Galvis.

*facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley*<sup>122</sup>.

*En materia penal dicho principio comporta varios elementos que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”<sup>123</sup>, los cuales define de la siguiente manera:*

*“...nullum crimen sine praevialege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nullapoena sine praevialege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemoiudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemodamneturnisi per legaleindicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”<sup>124</sup>*

*Esto quiere decir que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado<sup>125</sup>, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la*

---

<sup>122</sup> Ver Sentencia C-710/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño

<sup>123</sup> Ver Sentencia C-739/00 M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>124</sup> Luis Jiménez de Asúa, “Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal”, Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

<sup>125</sup> Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, MP: Álvaro Tafur Galvis.

*arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”<sup>126</sup>*

(...)

*En torno a cada uno de los aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que en el ordenamiento jurídico colombiano debe darse al artículo 29 constitucional<sup>127</sup>, haciendo énfasis entre otros temas en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena. Así ha dicho esta Corporación lo siguiente:*

*“13- El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”<sup>128</sup>. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)<sup>129</sup>.*

---

<sup>126</sup> Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>127</sup> Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

<sup>128</sup> Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3. Ver igualmente, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-2465 de 1993 y C-344 de 1996.

<sup>129</sup> Ver igualmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 15-1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 9, aprobados por nuestro país mediante las leyes 74 de 1968 y 16/72, respectivamente.

14- *Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración, con lo cual se busca que la imposición de penas derive de criterios generales establecidos por los representantes del pueblo, y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo.*

15- *Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo “un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale” sino que además la norma sancionadora “ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.”<sup>130</sup>*

16- *La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son sin embargo suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, ni se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, ex post facto, en los*

---

<sup>130</sup> Sentencia C-133 de 1999. MP Carlos Gaviria Díaz. Consideración de la Corte No 3

*jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad<sup>131</sup>, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal<sup>132</sup>(Subrayas fuera de texto)*

También, en cuanto a las funciones del legislador y del juez en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, la Corte en Sentencia C-173 de 2001<sup>133</sup>, reiteró:

*“No debe olvidarse, en efecto, que en virtud de los principios de legalidad y tipicidad el legislador se encuentra obligado a establecer claramente en qué circunstancias una conducta resulta punible y ello con el fin de que los destinatarios de la norma sepan a ciencia cierta cuándo responden por las conductas prohibidas por la ley (artículo 6 C.P.). No puede dejarse al juez, en virtud de la imprecisión o vaguedad del texto respectivo, la posibilidad de*

---

<sup>131</sup> Al respecto, ver por todos, Luigi Ferrajoli. Razón y derecho. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, párrafos 6.3., 9 y 28.

<sup>132</sup> Sentencia C-559/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>133</sup> M.P. Álvaro Tafur Galvis.

*remplazar la expresión del legislador, pues ello pondría en tela de juicio el principio de separación de las ramas del poder público, postulado esencial del Estado de Derecho (artículo 113 C.P.)”*

En el presente caso, el numeral 2 del artículo 350 cuestionado, refiere expresamente a que 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, entre otro, *tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.* Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal.

De la jurisprudencia constitucional reseñada, es claro que es el legislador es el titular de la potestad de configuración de tipos penales, y, en consecuencia, es el facultado constitucionalmente para crear conductas punibles con fundamento principal en los principios democrático y de separación de poderes.

Así mismo, en torno al entendimiento que debe darse a los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena en cuanto a la garantía constitucional del debido proceso, se ha indicado por la Corte que el principio de legalidad penal tiene dentro de sus dimensiones y alcances la más natural como es la reserva legal consistente en que la definición de las conductas sancionables compete al legislador y no a los jueces ni a la administración en virtud de que se persigue que

la imposición de penas provenga de criterios establecidos por los representantes del pueblo “y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo”<sup>134</sup>.

De igual manera, el principio de legalidad en sentido lato o de reserva legal consistente en que la ley debe definir previamente los hechos punibles, como se expuso en dicha Sentencia<sup>135</sup>, debe ser complementado con el principio de legalidad en sentido estricto también denominado “como el principio de tipicidad o taxatividad”<sup>136</sup>, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohíja, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal”<sup>137</sup>.

Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal

---

<sup>134</sup> C-200 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>135</sup> Ibid

<sup>136</sup> Al respecto, ver por todos, Luigi Ferrajoli. Razón y derecho. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, párrafos 6.3., 9 y 28.

<sup>137</sup> Sentencia C-559/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

está referido a una labor de adecuación típica, según la cual, 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.

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.

La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.

**3.8.2.1.2.** La corte Constitucional en Sentencia C-025/10, del 27 de Enero de 2010, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, toca el tema de los PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES, al ser demandados por inconstitucionalidad los artículos 6 y 448 (parciales) de la Ley 906 de 2004

Y para el análisis de lo anterior hace alusión a lo que la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 28 de noviembre de 2007, ha considerado sobre la calificación jurídica, así:

*“...El anterior recuento jurisprudencial, le permite a la Sala insistir en la obligación de formular tanto la imputación como la acusación, con todos los factores que incidan en el grado del injusto, al punto que en el primer caso, los cargos en sus componentes fácticos y jurídicos resultan inmodificables en evento de allanamientos, acuerdos o preacuerdos, y siempre, claro está, que permanezcan indemnes las garantías fundamentales del imputado; así mismo, en el trámite ordinario se genera la imposibilidad de modificar el aspecto fáctico consignado en la formulación de acusación, sin perjuicio de que las pruebas practicadas en el debate oral den lugar a una tipicidad que conserve equivalencia con el núcleo básico de la imputación y que, además, no implique deterioro de los derechos de las partes e intervinientes. (Negrillas y subrayados agregados).”*

En conclusión, la Corte Constitucional en sus sentencias constitucionales, es clara en señalar que el legislador, es decir, el Congreso, es el titular de la potestad de configuración normativa en materia de política criminal y para la tipificación de conductas punibles, pero esta potestad no es ilimitada, pues en el

constitucionalismo no existen poderes absolutos. La Corte por eso alude a la reserva de ley en la creación de tipos penales en materia del principio de legalidad, propio de un Estado de derecho donde no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la Ley. Para poder aplicar sanciones por parte del Estado y para la salvaguardia de la seguridad jurídica de los ciudadanos se deben respetar las garantías fundamentales del debido proceso para proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo del Estado. La corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar conductas con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación, el fiscal solo se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor, pero se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso.-

### **3.8.2.2 Corte Suprema de Justicia**

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se han rastreado algunas sentencias donde se han pronunciado sobre la calificación jurídica en un preacuerdo, y son:

**3.8.2.2.1** En el expediente No. 27759, del 12 de Septiembre de 2007, de la Corte Suprema de Justicia, M.P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO, desata el recurso de casación en virtud de la sentencia proferida por el tribunal superior de Bogotá sala Penal, de fecha 6 de febrero de 2007, donde se encontró ilegal el preacuerdo por una inadecuada calificación jurídica.

En este caso el primer preacuerdo se aprobó por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con los delitos de Fabricación, Trafico y porte de arma de fuego de defensa personal y lesiones personales, fue apelado por la defensa y fue parcialmente anulada la sentencia por el tribunal de Bogotá en lo que respecta al delito de lesiones personales y este dispuso la ruptura de la unidad procesal para que fuera juzgada en forma separada la conducta contra la vida y confirmo parcialmente la condena.

Luego se produce un preacuerdo donde las partes eliminan la causa específica de agravación punitiva del art 104-2 (para facilitar o consumir otra conducta punible) y adecuar la imputación como homicidio simple con miras a disminuir la pena, entonces se formulan cargos como coautores de homicidio simple en su modalidad tentado con las circunstancias previstas en el artículo 58-10 por obrar en coparticipación criminal. Esta sentencia fue impugnada por el defensor de los sentenciados y recibió confirmación integral por el tribunal superior de distrito judicial de Bogotá el 6 de febrero de 2007.

La sala concluye que las decisiones judiciales deben adoptarse dentro del marco de la **legalidad, de los derechos y garantías fundamentales**; como está escrito en el inciso cuarto del artículo 351, donde se establece la salvedad:

*“...Los preacuerdos... obligan al juez de conocimiento, **salvo** que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales”<sup>138</sup>*

---

<sup>138</sup>Cfr. Sentencia del 11/04/2007, Rad. núm. 26128

Cuando el juez del conocimiento (individual o colectivo), que por antonomasia es juez de garantías, es juez constitucional, juez del proceso, advierta que el preacuerdo en su integridad o en algunas de las conductas o circunstancias objeto de la negociación desconoce la Constitución o la Ley, así debe declararlo, como debe declarar al mismo tiempo qué parte del preacuerdo obedece la ley, en esencia porque ningún sentido tiene invalidar lo que se ajusta al derecho; es decir, que impruebe el acuerdo, que decrete la nulidad –total o parcial- del fallo y que ordene rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error *in procedendo*. .

La aprobación parcial de los preacuerdos es legítima tanto como anular parcialmente los preacuerdos y negociaciones en los que se ajuste a la legalidad, lo pertinente en estos eventos es la ruptura de la unidad procesal y la tasación de la pena por las conductas válidamente consensuadas.

Cuando es el Juez del conocimiento –*a quo*- en sede de sentencia de primera instancia, quien declara la nulidad o imprueba total o parcialmente una diligencia del preacuerdo o una negociación entre la fiscalía y el imputado, la determinación es susceptible del recurso ordinario de apelación (artículo 176 inciso tercero de la Ley 906 de 2004).

Cuando es el Tribunal, en “fallo” de segunda instancia, el que imprueba total o parcialmente el preacuerdo y declara la nulidad –total o parcial- del trámite, resulta obligado concluir que no existe recurso alguno contra la determinación interlocutoria que se adopta en la providencia de segunda instancia, sencillamente porque en lo que tiene que ver con la invalidez parcial no ha habido decisión “para ponerle fin al

objeto del proceso"; por ello la anulación no tiene carácter de sentencia sino de auto interlocutorio<sup>139</sup>

Tanto en la legislación anterior, como ahora en el novedoso sistema de enjuiciamiento ha existido una innegable tensión en esa materia (Legalidad vs. Principio de limitación), que tiene su núcleo en el artículo 31 de la Carta Política que consagra el principio de la doble instancia y la prohibición de reforma peyorativa.

En síntesis, la declaración de nulidad del preacuerdo sobre los términos de la imputación (art. 350), o de la aceptación misma de la imputación por consenso (arts. 351 inc. 1, 352, 356 núm. 5, 367) no impide a la parte defensiva ejercer el derecho de contradicción a plenitud en el proceso reconstruido (Vg. probar alguna causal de ausencia de responsabilidad penal) porque, en todo caso lo que persigue la declaración de nulidad es exclusivamente “garantizar a plenitud el derecho al debido proceso”<sup>140</sup> sin perder de vista que el juez del conocimiento (juzgado – tribunal) funge como sede de control *constitucional y legal*, bien que se tramite por el sistema ordinario o por el sistema de imputación preacordada.

Desde esa perspectiva tuvo razón el Tribunal cuando declaró nulo el acuerdo porque no se hace justicia material cuando el fallo no tiene un referente fáctico correcto.

---

<sup>139</sup>Cfr. Auto del 27/06/2007, Rad. núm. 27636; Auto de revisión del 08/06/2007, rad. núm. 25838.

<sup>140</sup>Cfr. Sentencia del 26/10/2006, rad. núm. 25743.

La teleología de los preacuerdos y de la aceptación pura de cargos radica en que deben tramitarse con total apego a la legalidad, porque de otra manera no pueden ser aprobados por el juez.

En suma, en materia de recursos ordinarios es procedente apelar la sentencia del juez que aprueba, imprueba o anula un acuerdo (*A quo*), con las restricciones lógicas en fallos aprobatorios (prohibición de retractación, artículo 293, inc. 2 de la ley 906 de 2004)<sup>141</sup>.

Cuando el Tribunal (*Ad quem*) imprueba el preacuerdo en fallo de segunda instancia –*como en este caso, mediante la declaración de nulidad parcial*-, contra tal decisión interlocutoria, como ya se dijo, no existe recurso alguno; sin embargo, ello **no** equivale a decir que se atente contra las garantías defensivas porque –se insiste- la nulidad no pone fin al objeto del proceso porque no tiene carácter de sentencia sino de auto (antes interlocutorio).

Ante la declaratoria de nulidad (total o parcial) del preacuerdo, lo que corresponde es **rehacer** el proceso desde la fase en que se indique sin que ello comporte el impedimento del funcionario (fiscal, juez, tribunal) que adelantó la investigación y sentenció.

La teleología de los preacuerdos, de la aceptación pura de cargos y del proceso penal en general, radica en que debe tramitarse con apego a la legalidad; la inobservancia de la legalidad acarrea la nulidad, entendida como el mayor castigo al

---

<sup>141</sup>Cfr. Auto de casación del 16/05/2007, rad. núm. 27218

proceso mismo, sin que por ello tenga que verse comprometida necesariamente la imparcialidad del funcionario judicial.

En cuanto a los parámetros del preacuerdo la corte dijo:

El argumento del fallo de constitucionalidad radica en que es permitido a la Fiscalía *tipificar* [Léase **imputar**] la conducta dentro de su alegación conclusiva de forma específica con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar [**no imputar, excluir**] alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda [Léase **imputación jurídica circunstanciada**].

Se trata *–insiste la Sala–* de hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de *legalidad* penal, *tipicidad* plena, *transparencia* y *lealtad* con la Administración de justicia.

**3.8.2.2.2** La otra Sentencia que refiere al tema de la adecuación Jurídica en un preacuerdo, es el **Expediente No. 29979**, del 27 de octubre de 2008, de la Corte Suprema de Justicia, M.P JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, desata el recurso de casación en virtud de la sentencia proferida por el tribunal superior de Bogotá sala Penal, de fecha 27 de octubre de 2008, donde se encontró ilegal el preacuerdo por una inadecuada calificación jurídica.

La Fiscalía inicialmente imputo por los delitos de lesiones personales, hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o

municiones agravada de conformidad al numeral 4 y 241 numeral 10 y 365 numeral 1 del Código Penal, ley 599 de 2000 con las modificaciones que a los tipos básicos introdujeron las leyes 890 de 2004 y 1142 de 2007. El fiscal presentó escrito de acusación de preacuerdo donde se aceptaron cargos por el delito de lesiones personales, hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa y tráfico, fabricación y porte de armas de fuego o municiones 8 sin las circunstancias de agravación imputada inicialmente para esta última conducta, a cambio de que en la dosificación punitiva el funcionario judicial partiera de la mínima y les concediera una rebaja del 50% de la pena.

En la audiencia de verificación de legalidad del preacuerdo el Juez Veinticinco Penal del circuito de Bogotá, aprobó la legalidad del preacuerdo y condeno a los procesados a la pena principal de 38 meses de prisión, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y a la privación del derecho de tenencia y porte de armas de fuego por lapsos iguales a los de la sanción principal, pero antes de aprobar el acuerdo procedió a efectuar preguntas a las partes relacionadas con la imputación, en audiencia preliminar de la agravante específica de que trata el numeral 1 del artículo 365 del c. Penal, así como la configuración típica de la misma en el caso concreto. El fiscal apela esta providencia, porque considero que el juez no respeto los límites del preacuerdo y el tribunal superior de Bogotá le hallo la razón y, en consecuencia, incremento la pena principal a setenta y seis meses de prisión, después de eliminar la rebaja del 50%.

Contra este fallo el apoderado de los condenados interpuso el recurso extraordinario de casación, para que se decretara la nulidad desde la verificación de legalidad del preacuerdo celebrado entre el fiscal y los procesados.

La corte suprema de Justicia decide casar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y Como consecuencia de lo anterior, **CONFIRMAR** el fallo dictado por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá, mediante el cual condenó a los procesados HELMAN GALEANO FLÓREZ y ÁNGELO ARANGO GARAVITO a la pena principal de treinta y ocho meses de prisión como coautores responsables de las conductas punibles de *lesiones personales, hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones*, con la aclaración de que la pena correspondiente a la *privación del derecho de tenencia y porte de armas de fuego* lo será por el término de un (1) año.

La corte suprema de Justicia, en sala de casación penal, se refiere al tema de la siguiente manera:

En ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales.

La renuncia a derechos fundamentales como el de no incriminarse y el de tener un juicio con todas las garantías judiciales, tal como está consagrado en los literales *b)*, *k)* y *l)* del artículo 8 de la ley 906 de 2004, a estos efectos de adelantar negociaciones con la parte Fiscal, la Corte Constitucional fue enfática al destacar en la sentencia C-1260 de 2005 que ello no vulnera la Carta Política, en la medida en que la voluntad libre, consciente e informada del imputado, quien siempre deberá estar asesorado por su

defensor, sea constatada por el funcionario de conocimiento mediante un interrogatorio y con la presencia del Ministerio Público.

El máximo tribunal en sede de control constitucional consideró ajustado a la norma superior que los preacuerdos sólo tengan fuerza vinculante para el juez cuando no vulneren las garantías fundamentales, de manera que, si éste advierte cualquier menoscabo en tal sentido, rechazará la manifestación de culpabilidad del imputado<sup>142</sup>. Esto último, con fundamento en una interpretación armónica y sistemática del inciso 4º del artículo 351 y del inciso 2º del artículo 368 de la ley 906 de 2004.,

Adicionalmente, la Corte Constitucional, en la referida providencia, reiteró la doctrina plasmada en el fallo C-425 de 1996 para el trámite de la figura de la sentencia anticipada, en el sentido de que el juez de conocimiento deberá rechazar toda manifestación de culpabilidad frente a cualquier error fáctico o jurídico que implique menoscabo a los derechos y garantías fundamentales, tal como se hacía en el anterior sistema procesal penal.

Este criterio acerca del control sustancial que ejerce el juez ya había sido aludido por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005 para el sistema de procedimiento penal consagrado en la ley 906 de 2004:

*“[...] la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, [pues tiene que] buscar la aplicación de*

---

<sup>142</sup> Cf. Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

*una justicia material, y sobre todo, [...] ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”<sup>143</sup>.*

También fue ratificado de manera más reciente en el fallo C-516 de 2007, cuando dicho tribunal sostuvo que el control que ejerce el funcionario de conocimiento es de carácter eminentemente judicial:

*“El control sobre los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado o imputado es judicial, debe ser ejercido por el juez de conocimiento, quien verificará si el mismo desconoce o quebranta garantías fundamentales. Sólo recibirán aprobación y serán vinculantes para el juez de conocimiento cuando superen este juicio sobre la satisfacción de las garantías fundamentales de todos los involucrados en la actuación (arts. 350 inciso 1° y 351 inciso 4° y 5°).*

*”El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (art.10); el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4),*

---

<sup>143</sup> Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

*así como el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5)”<sup>144</sup>.*

En efecto, por un lado, la Corte Constitucional, al analizar a la luz de la Carta Política el numeral 2 del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, llegó a la conclusión de que al Fiscal no le está permitido imputar la acción realizada por el procesado de modo que desconozca, desborde o no abarque en estricta correlación todos los aspectos que integran la conducta fáctica achacada:

*“[...] tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual 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.*

*”En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que*

---

<sup>144</sup> Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007.

*correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.*

*”La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor”<sup>145</sup>.*

Por otro lado, la Sala, a partir del fallo de fecha 19 de octubre de 2006<sup>146</sup>, ha sostenido una línea jurisprudencial según la cual, tanto en materia de allanamientos como de preacuerdos y negociaciones, el respectivo funcionario judicial deberá verificar que en cada caso se presente una correcta adecuación típica de los hechos:

*“El descuido [...] también debe ser cargado a los jueces, pues tratándose de su función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento, su labor no puede ser la de simples observadores. Equivocadamente, algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías*

---

<sup>145</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

<sup>146</sup> Radicación 25724.

*fundamentales (artículos 6 y 351 inciso 4º del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran la de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamenta-les por el artículo 29 de la Carta Política”<sup>147</sup>.*

Dentro de la teoría del garantismo penal, el principio a que se hace mención en la citada providencia es el emanado del principio de estricta jurisdiccionalidad de la actuación procesal, que a su vez está en íntima conexión con el de estricta legalidad tanto de los delitos como de las penas. Acerca de estos principios, la Sala, en pretérita oportunidad<sup>148</sup>, ha precisado lo siguiente en relación con el contenido mínimo que en materia de imputación debe contener toda acusación o su equivalente:

*“Según Luigi Ferrajoli, el principio de estricta legalidad, que se encuentra integrado con los axiomas nullalexpoenalis sine necesitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine indicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione, no sólo está relacionado con una reserva absoluta de la norma penal y su contenido sustancial, sino también “implica todas las demás garantías –de la materialidad de la acción al juicio contradictorio– como otras tantas condiciones de verificabilidad y de verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema”<sup>149</sup> (destaca la Sala).*

*”Cuando la jurisdiccionalidad en estricto sentido se refiere de manera concreta a la garantía nullumiudicium sine accusatione (o, lo que es lo mismo, a “la garantía procesal de una acusación determinada contra el procesado como acto previo y*

---

<sup>147</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2006, radicación 25724.

<sup>148</sup> Sentencia de 5 de diciembre de 2007, radicación 25513.

<sup>149</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 96.

de delimitación del juicio<sup>150</sup> –se subraya), ello implica que en las actuaciones penales la resolución de acusación (o su equivalente) no sólo debe contener, en materia de lenguaje, la misma rigurosidad orientada hacia la definición y delimitación del caso concreto con la que, en un sentido general y abstracto, el legislador denota dentro de las normas jurídico penales las acciones que considera punibles, sino que además “debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin”<sup>151</sup>.

*”En palabras más sencillas, la acusación, para efectos de su verificación y refutación durante la etapa del juicio, debe contener una clara e inequívoca delimitación tanto de los hechos jurídicamente relevantes del caso (imputación fáctica) como de los cargos que en razón de tales acontecimientos se formulan (imputación jurídica) en aras de respetar la estricta legalidad y jurisdiccionalidad del sistema”*<sup>152</sup>.

En este orden de ideas, si en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el *nomen iuris* de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al

---

<sup>150</sup> *Ibídem*, pág. 606

<sup>151</sup> *Ibídem*, pág. 606-607

<sup>152</sup> *Ibídem*, pág. 607, citando a Carrara, o. c., tomo II, § 892, pág. 364

principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación.

Como lo ha señalado la Sala en precedencia, el presupuesto de todo preacuerdo

*“[...] consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica”*<sup>153</sup> (negrillas en el texto original).

Por último, no sobra precisar que la correlación o consonancia que debe predicarse entre la imputación fáctica y la imputación jurídica que figura en el escrito de preacuerdo no es la misma que el funcionario tiene que constatar frente a la intangibilidad de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación de imputación.

En efecto, esta Corporación, en pretérita oportunidad, ha señalado que entre el acto de imputación y la acusación debe predicarse una inmutabilidad respecto de las circunstancias fácticas inicialmente atribuidas:

*“Para la Sala, la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si*

---

<sup>153</sup> Sentencia de 12 de diciembre de 2007, radicación 27759.

*bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.*

*”Lo anterior no conlleva una inmutabilidad jurídica, porque precisamente los desarrollos y progresividad del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto es posible que la valoración jurídica de ese hecho tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle, además, de exigirse aún la imposibilidad de modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto la formulación de imputación como primera fase y antecedente de la acusación”<sup>154</sup>.*

En este orden de ideas, para efectos de controlar la legalidad del preacuerdo, el funcionario de conocimiento deberá, en primer lugar, verificar que la situación fáctica referida en el escrito presentado por las partes sea idéntica a los hechos imputados por la Fiscalía en la respectiva audiencia preliminar. Y, a continuación, tendrá que estudiar si dichas circunstancias ostentan una debida consonancia frente a la adecuación típica plasmada en el escrito del preacuerdo, sin perjuicio de que corresponda o no a la calificación jurídica de los hechos atribuida en la formulación de imputación.

El principio acusatorio, que rige todo el sistema procesal penal regulado por la ley 906 de 2004, es aquel que, en esencia, predica la estricta separación de las funciones de juicio y acusación, y que, en la práctica, se refiere

---

<sup>154</sup> Sentencia de 28 de noviembre de 2007, radicación 27518.

*“[...] a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”<sup>155</sup>.*

De lo anterior se colige que esta rigurosa separación entre la labor del funcionario judicial y las actividades procesales a cargo de las partes está de manera inexorable ligada al principio de imparcialidad y, en particular, al derecho de todo procesado de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial:

Así mismo, el principio de imparcialidad se halla en directa relación con el fundamento democrático de legitimación judicial, ya examinado en precedencia (*supra* 2.2), consistente en buscar la verdad y en amparar los derechos fundamentales:

*“El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto “representativo”, puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados: [...] al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de las minorías”<sup>156</sup>.*

---

<sup>155</sup>Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 564.

<sup>156</sup>Ferrajoli, *Derecho y razón...*, pág. 580.

En este orden de ideas, la garantía de la imparcialidad se traduce, entre otros aspectos que no vienen al caso, en que el funcionario de conocimiento **(i)** carezca de cualquier interés privado o personal en el resultado del proceso y **(ii)** ni siquiera busque dentro del mismo un beneficio público o institucional distinto al respeto irrestricto de las garantías fundamentales; particularmente, que no haya ejercido o mostrado la intención de ejercer funciones afines a la acusación, ni tampoco a favor de los designios del procesado, durante el transcurso de la actuación procesal.

Como ya se señaló en precedencia (*supra* 3.1), la actividad del funcionario en el ejercicio del control judicial dentro del trámite de las negociaciones adelantadas entre la Fiscalía y el acusado, se limita, de conformidad con lo señalado en los artículos 351 inciso 4º y 368 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, a aprobar el escrito de preacuerdo, caso en el cual los términos consignados en el mismo obligarán al juez en la imposición de la condena, o bien a rechazarlo por vulneración de derechos fundamentales, decisión respecto de la cual las partes podrán interponer el recurso de apelación, tal como lo reconoció la Sala en pretérita providencia<sup>157</sup>.

Ahora bien, en virtud del principio de oralidad y de la dinámica que debe regir el desarrollo de estas audiencias, lo anterior no significa que el funcionario de conocimiento esté en la imposibilidad de interrogar a las partes con el fin de aclarar aspectos relacionados con la adecuación típica de los hechos, o con cualquier otra circunstancia pertinente al trámite del preacuerdo, siempre y cuando su actuación no exceda de tal propósito, es decir, que no determine la modificación de la negociación, ni que desde el punto de vista de un espectador inteligente influya en la espontaneidad de la manifestación de culpabilidad por parte del acusado.

---

<sup>157</sup> Cf. sentencia de 12 de diciembre de 2007, radicación 27759.

Lo recomendable, sin embargo, es que el escrito que haga las veces de acusación y que contenga los términos previamente acordados no necesite de aclaración, justificación o explicación alguna, y que desde la perspectiva de la estricta jurisdiccionalidad del sistema vislumbre todos los argumentos de hecho y de derecho que sean necesarios para establecer la correspondencia predicable entre la imputación fáctica atribuida en la audiencia de formulación y la imputación jurídica que figure en el documento.

Esto último, por cuanto en materia de subsunción del supuesto fáctico al predicado normativo, la Sala ha reconocido, en no pocas ocasiones, que ello implica una labor tanto interpretativa como valorativa por parte del juez a la hora de analizar la configuración de elementos descriptivos y normativos de los distintos tipos penales, así como la configuración de las causales de agravación y de atenuación, forma de participación y modalidad de imputación al tipo subjetivo, entre otras categorías jurídico penales.

En otras palabras, el que en la audiencia preliminar se haya cometido cualquier error en la denominación jurídica de la conducta no implica que tenga algún tipo de relevancia dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones, pues, más allá de la intangibilidad de la situación fáctica inicialmente atribuida, lo que debe confrontar el juez de conocimiento es que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes realizan su consenso.

En la sentencia C-025 de 2010, proferida por la Corte constitucional, hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la que ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso

transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como una “*atadura irreductible*”, con lo cual, en la sentencia el juez puede, dentro de ciertos límites, “*degradar la responsabilidad sin desconocer la consonancia*” que habla sobre la congruencia.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 28 de noviembre de 2007, consideró lo siguiente, con respecto a los preacuerdos y negociaciones:

*“...En este orden, La Corte ha enfatizado en que la confrontación para efectos del principio de congruencia debe hacerse según el tipo de proceso, por cuanto será diferente para los trámites abreviados merced al allanamiento a los cargos o preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado, de cuando se surten todas las etapas en el procedimiento ordinario...”*

*“...recuento jurisprudencial, le permite a la Sala insistir en la obligación de formular tanto la imputación como la acusación, con todos los factores que incidan en el grado del injusto, al punto que en el primer caso, los cargos en sus componentes fácticos y jurídicos resultan inmodificables en evento de allanamientos, acuerdos o preacuerdos, y siempre, claro está, que permanezcan indemnes las garantías fundamentales del imputado; así mismo, en el trámite ordinario se genera la imposibilidad de modificar el aspecto fáctico consignado en la formulación de acusación, sin perjuicio de que las pruebas practicadas en el debate oral den lugar a una tipicidad que conserve equivalencia con el núcleo básico de*

*la imputación y que, además, no implique deterioro de los derechos de las partes e intervinientes...”*

**3.8.2.2.3** La otra Sentencia que refiere al tema de la adecuación Jurídica en un preacuerdo, es el **Expediente No. 34787**, del 15 de septiembre de 2010, de la Corte Suprema de Justicia, **M.P ALFREDO GOMEZ QUINTERO**, desata el recurso de casación en virtud del Auto proferido por el tribunal superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, sala Penal, de fecha 04 de agosto de 2010, donde se encontró se consideró que el preacuerdo no fue ilegal por la calificación jurídica.

Aquí el Fiscal 46 Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá formuló acusación por el delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 413 del C.P. en los siguientes términos:

*“ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCION. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.*

El 9 de julio de 2010, con fundamento en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal 46 Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la acusada (debidamente asistida por su defensor de

confianza) suscribieron el acta de preacuerdo en virtud de la cual la sindicada aceptó el cargo de prevaricato por acción<sup>158</sup>.

En el texto del preacuerdo la fiscalía tasó la pena de prisión en el límite inferior del cuarto medio punitivo (72 meses) con una rebaja de la tercera parte por virtud de la aceptación de la acusación, comprometiéndose la procesada a... *“(iii) que dentro del proceso radicado con el número 11001600071720100023 que se sigue en su contra ha rendido interrogatorio en el que ha manifestado su voluntad no solo de servir de testigo contra los demás partícipes en los hechos que le han sido imputados sino además de delatar una organización criminal...”*, y acordó conceder la sustitución de la prisión intramural por la prisión domiciliaria (artículo 38 del C.P.)<sup>159</sup>.

De conformidad con los parámetros del artículo 131 del C. de P.P., la audiencia de verificación del preacuerdo se realizó el 4 de agosto de 2010, y en ella el juez del conocimiento de primera instancia (Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito

---

<sup>158</sup>Artículo 413 del C.P., expresando la concurrencia de la circunstancia de menor punibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 55 del C.P., correspondiente a la carencia de antecedentes penales, así como la concurrencia de circunstancias genéricas de mayor punibilidad previstas en los numerales 7 y 10 ib. *“Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima” y “obrar en participación criminal”.* *“Esto en atención a que la dignidad del cargo de fiscal delegado impone deberes que indudablemente se quebrantaron con la conducta por la que se acusa, y la conducta se ejecutó con la participación de otras personas”* (folios 63 y 64 acta del preacuerdo).

Los límites punitivos para la conducta punible van de 48 a 144 meses de prisión, con un ámbito punitivo de movilidad de 96 meses y factores individuales (cuartos) de 24 meses. De manera que el primer cuarto punitivo va de 48 a 72 meses; los cuartos medios van de 72 a 120 meses y el cuarto superior va de este límite al máximo de 144 meses. La pena de prisión se fijó en 72 meses, y a este guarismo se le rebajó la tercera parte por virtud del preacuerdo posterior a la acusación.

<sup>159</sup>Como nada se preacordó en relación con la determinación de la pena de multa, en la audiencia de verificación del preacuerdo... *“el fiscal, la acusada y el defensor, oralmente coincidieron en señalar que la multa sería impuesta bajo los mismos parámetros acordados para la pena privativa de la libertad”* (Acta de verificación del preacuerdo, fl. 78).

Hace notar la Sala que, en el texto del preacuerdo (aceptación de la acusación), se dijo en relación con la **pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas** que la acusada *“(i) con la condena que se impondrá no podrá desempeñar cargos en la rama judicial”* (fol. 65 / 1), conc. artículos 44, 413 del C.P. conc. artículo 150 – 6 de la ley 270 de 1996.

Judicial de Cundinamarca) encontró que ante la aceptación de responsabilidad, la pena acordada... *“hace efectivo el valor justicia en cuanto a la verdad, dada la terminación prematura del proceso, que supera la concreción de un juicio oral y público, se revela en un nivel razonable, conforme a los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que son de conocimiento de las partes e intervinientes.... Se consignan los hechos jurídicamente relevantes y la procesada expresa su arrepentimiento...”*.

El juez del conocimiento verificó que el preacuerdo fue libre, consciente, voluntario, debidamente asesorado por la defensa, que se celebró con conocimiento debidamente informado, que no hubo vicio de consentimiento alguno, y por ello le impartió aprobación al no advertir afectación de garantías fundamentales.

La representante del señor José María De Vivero Vergara apeló la decisión con fundamento en que el preacuerdo vulneró los derechos fundamentales, en la medida que la víctima necesita saber cuáles fueron los motivos que tuvo la fiscal para privarlo de la libertad, y hasta la fecha lo que se ha escudriñado es que se cometió un delito de prevaricato por acción y nada más<sup>160</sup>.

Sala de Casación Penal de la Corte para resolver la apelación contra el auto del 4 de agosto de 2010 que aprobó el preacuerdo celebrado entre el fiscal y la defensa,

---

<sup>160</sup>En su intervención en la audiencia, al finalizar la lectura del acta del preacuerdo, la representante del señor DE VIVERO, alegó que en el escrito... *“de manera rápida se habla de la forma como operaba la procesada, por lo que a su humilde apreciación, considera que los hechos deben plasmarse tal como ocurrieron, en el proceso sólo se habla del delito de prevaricato, pero se deja de lado el de privación ilegal de la libertad y hasta una tentativa de concusión, y más adelante hasta de un concierto para delinquir...”* (fl. 77).

de conformidad con los artículos 176 y 178 (modificado por el artículo 90 de la ley 1395 de 2010) de la ley 906 de 2004, dijo con respecto a la calificación jurídica:

Debe insistir la Sala en que el ideal del proceso penal se contrae a que, tanto la investigación como la imputación se ciñan a “HECHOS COMPLETOS”, esto es, a aquellos que “revistan características de un delito”, es decir, a los hechos jurídicamente relevantes (artículos 114 – 1, 200 inc. 1, 288 – 2 del C. de P.P.)<sup>161</sup>, en suma, la imputación debe ser tanto **fáctica**, como **jurídica**, siendo el contenido de imputación asunto de interés no sólo de la fiscalía que es el órgano constitucionalmente encargado de la función de acusar, sino de todas las partes e intervinientes involucradas en el proceso penal: el Ministerio Público, la defensa, las víctimas, los perjudicados, los terceros, en tanto que el núcleo del proceso penal (que es la determinación de responsabilidad relativa a la imputación) les concierne –*en lealtad y por igual*- a todos los actores del proceso.

En el proceso penal es incuestionable que dentro de las estrategias defensivas está la de fructificar, capitalizar los errores en los que pueda incurrir la contraparte (la fiscalía) cuando falla en la adecuación típica, y esas falencias eventualmente pueden favorecer al procesado; no obstante, tales posibilidades se ven limitadas cuando existan hechos (jurídicamente relevantes) que no fueron objeto de la investigación; el preacuerdo no es, ni puede ser fuente de impunidad<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup>“... los preacuerdos, además de constituir un acto consensuado entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, éste puede recaer sobre la eliminación de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena, según lo reglado en el artículo 350, incisos 1° y 2°, de la Ley 906 de 2004, y acordar también lo referente a los hechos y sus consecuencias y el quantum a imponer en la determinación de la pena (artículo 351, inciso 2°, de la citada Ley). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, sentencia del 08 de julio de 2009, rad. núm. 31063.

<sup>162</sup>“3. En materia de preacuerdos y negociaciones la jurisprudencia de la Sala viene enseñando que no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible, sino a los hechos imputados y sus

Cuando esto sucede (vale decir, quedan delitos por fuera de la acusación), lo perceptible es el rompimiento de la unidad procesal para que en un proceso diverso se instruya(n) y se juzgue(n) la(s) conductas que no fueron materia de averiguación (art 53 – 4, del C. de P.P.), y en aquel proceso se harán parte las víctimas de tales comportamientos y alegarán las relaciones efectivas a que tienen derecho (artículos 102 - 108 del C. de P.P).

Con todo lo anterior lo que dijo la Corte Suprema de justicia y lo que sirve a este tema de la adecuada calificación jurídica en un preacuerdo, es que esta debe estar ajustada a la imputación **fáctica**, como **jurídica**.-

**3.8.2.2.4** Una Sentencia que refiere al tema de la adecuación Jurídica en un preacuerdo, es el **Expediente No. 73555**, del 20 de mayo de 2014, de la Corte Suprema de Justicia, M.P. **EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**, donde la Fiscal 18 Seccional Grupo de Vida de la ciudad de Pereira desata el recurso de casación penal sala de decisión de tutelas, con el fin de «obtener protección al debido proceso, dado el desconocimiento por parte de la autoridad judicial en cita del

---

consecuencias, acuerdos que obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

De manera que la negociación puede extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, significando que también se podrá preacordar la ejecución de la pena (suspensión condicional o prisión domiciliaria) y sobre las reparaciones a las víctimas, caso en el cual éstas podrán rehusar los preacuerdos y acudir a las vías judiciales pertinentes, según lo prevé el inciso final del artículo 351 de la ley 906 de 2004(1).

4. Los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado -también ha precisado la Corte- deben regirse por los principios de lealtad y buena fe, por lo que todo aquello que constituya su objeto que no viole garantías fundamentales o se encuentre el margen de la ley ha de ser incorporado de manera integral al acta correspondiente, lo más completa, clara y precisa posible, a efecto de no generar falsas expectativas, pues dichos acuerdos, como lo pregona un sector de la doctrina, mal pueden servir de instrumento para sorprender o engañar al imputado o acusado, y menos para colocarlo en situación de inferioridad. De ahí que la propuesta fiscal deba ser seria, concreta, inteligible y con vocación de aceptación como diáfanoamente lo prevé el art. 369 en el caso de manifestaciones de culpabilidad preacordada (2)". CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, auto del 03 de octubre de 2007, rad. núm. 28381; ib. sentencia del 1º de junio de 2006, rad. núm. 24764.

precedente que en materia de preacuerdos y negociaciones ha fijado nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, contra la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, porque el día 4 de abril de 2014, esta sala de Decisión Penal, al resolver el recurso de apelación, concedió la razón a la representante de las víctimas, por considerar que el preacuerdo rompió el principio de proporcionalidad en el momento de dosificar la pena, cuando se incrementó en dos meses por el concurso.

La Corte Suprema de Justicia en las consideraciones de la sala hizo alusión como punto tercero el control material del juez a los actos del Fiscal en la Ley 906 de 2004 y dice que “por regla general el Juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos abreviados u ordinarios, ni a las consecuencias que de ello se derivan, pero, excepcionalmente deben hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”.

La potestad de hacer control constitucional que se le reconoce como criterio pacífico al juez implica control material, porque para que en los procesos penales se realice la justicia como valor, garantía y derecho fundamental, además de los siguientes principios: la Carta Política establezca que el Estado Colombiano es de derecho (artículo 1°), que la Constitución es norma de normas (artículo 4°), que debe prodigarse en los procesos judiciales igualdad de trato jurídico (artículo 13), que el juzgamiento tiene que adelantarse en forma debida y con respeto por las garantías establecidas para las partes e intervinientes (artículo 29), o se le haya asignado a los jueces y magistrados el sagrado deber de administrar justicia (artículo 103, modificado por el 1° del Acto legislativo 03 de 2002), misión en la que ha de hacerse prevalecer el derecho sustancial (artículo 228); la Ley 906 de 2004 y las normas que la han modificado, consagran que los jueces deben

orientar sus decisiones por el *“imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”* (artículo 5°); han de obrar con sujeción a la legalidad (artículo 6°); el respecto por los derechos fundamentales *“de las personas que intervienen”*, la eficacia de la justicia; la prevalencia del derecho sustancial; la no autorización de acuerdos o estipulaciones que impliquen *“renuncia de los derechos constitucionales”*; la facultad de corrección de los jueces de garantías y de conocimiento debe circunscribirse a los *“derechos y garantías de los intervinientes”* (artículo 10° y 136); que las víctimas conozcan la verdad, se les administre justicia en el problema jurídico en el que están inmersos y se respete el derecho a la reparación, además *“que se consideren sus intereses al adoptar una decisión”* (artículo 11); de otra parte la aceptación de cargos y las negociaciones deben *“aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”* (artículo 348), de tal manera que *“obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”* (artículo 351 inciso 4°), previsión esta que está estrechamente ligada con el principio general que la Fiscalía debe adecuar *“su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley* (artículo 115) y como deber específico debe *“Proceder con objetividad”* (artículo 142).

Ley 906 de 2004 no excluyó de los procesos penales ordinarios y abreviados los controles del juez sobre el error en el nomen iuris, la congruencia, en la preclusión por atipicidad que sea de carácter absoluto y no relativa y velar en todo momento por las garantías fundamentales de partes e intervinientes.

Se advierte en esta sentencia que se debe respetar la iniciativa de la Fiscalía en la imputación en lo que atañe al supuesto factico y las actuaciones que sobrevengan como consecuencia de ello, por lo que comunicados los hechos y la atribución jurídica, sobre esta última excepcionalmente el juez hará control material para

restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como sería cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo, porque esto llevaría a una solución absurda y se violarían las garantías a las parte o intervinientes.

La condición del Fiscal de ser el titular de la acción penal cierra toda posibilidad para que el juez pueda desconocer la comunicación **fáctica** que hace en la audiencia de formulación de imputación, pero **las actuaciones posteriores a esa situación no se rigen por la misma regla limitante**, opera el control jurisdiccional material en pro de las garantías de todos los sujetos vinculados a la relación procesal.

La corte en todo lo que dijo en esta decisión se apoya en **Sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005**. En esta decisión de constitucionalidad, con argumento propio de una *ratio decidendi*, la Corte Constitucional señaló que la facultad de la Fiscalía de tipificar la conducta para los allanamientos o preacuerdos no le permite desconocer garantías constitucionales como las de legalidad y estricta tipicidad que correspondan a la conducta óptica con base en la cual se adelanta la investigación penal.

Y advierte que la labor del Fiscal es “verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador”, de ahí que en la sentencia C- 1260 de 2005 se declaró exequible el numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido que el **Fiscal** a los hechos solamente les puede dar la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Aunque el tema principal de esta sentencia no es la calificación jurídica en el preacuerdo esta ilustra al respecto; la Corte Suprema de Justicia en esta Sentencia de Tutela hizo alusión a algunas Sentencias de la Corte Constitucional, con las que quiere hacer entender que la facultad del fiscal para IMPUTAR la conducta en el preacuerdo al que se refiere el artículo 350 de la Ley 906, es que esta labor la debe adelantar de manera consecuente con los principios de legalidad penal, tipicidad plena o taxatividad, porque a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

### **3.9 PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE SE EXCEPCIONAN O RESTRINGEN EN LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS**

El derecho fundamental al debido proceso en materia penal constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficiencia de la actividad jurisdiccional en la investigación y el juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, o de otros derechos que puedan verse afectados<sup>163</sup>. La aludidas garantías configuran los siguientes principios medulares que, desde la perspectiva constitucional ( art 29), integran su núcleo conceptual, estos son: Legalidad, Juez Natural, presunción de inocencia, favorabilidad, derecho a la defensa, derecho a la asistencia de un abogado, derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas, derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, derecho a impugnar la sentencia condenatoria, derecho a un proceso público, derecho a presentar y controvertir pruebas.-

---

<sup>163</sup>BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. “EL PROCESO PENAL, Estructura y Garantías Procesales”: El debido Proceso, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 6ª edición, 2013, ISBN: 978-958-710-890-3, p 918. Tomado de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto del 11 de julio de 2002, MP.: Jorge Aníbal Gómez Gallego, rad. N.º 16936.

Estos principios y derechos relativos al debido proceso son prima facie irrenunciables<sup>164</sup>

En la aplicación del estatuto procesal penal y especialmente en la práctica de los preacuerdos se han visto afectados tres pilares fundamentales del sistema penal como son: los derechos del imputado o acusado, los derechos de la víctima y los derechos de la sociedad<sup>165</sup>, problemas a los cuales han hecho frente las altas cortes de nuestro país a través de la jurisprudencia para una correcta aplicación de este mecanismo por los jueces, fiscales y defensores.-

**3.9.1 Se han excepcionado los derechos del imputado o acusado, porque no se le ilustra de manera clara sobre la real situación probatoria, violando el principio de presunción de inocencia.**

Los preacuerdos se celebran después de la imputación y en la mayoría de los casos, antes de la acusación, cuando la Fiscalía no le ha revelado los cargos contra el imputado y este no tiene el conocimiento de los elementos materiales probatorios para ejercer su defensa y la contradicción.-

Los preacuerdos deben llevar a una sentencia condenatoria, pero la mayoría de las negociaciones tiene que ver con la pena y dada la naturaleza de la pena y su trascendencia, existe el principio de reserva judicial, según el cual, solamente el juez está autorizado para imponerla.

---

<sup>164</sup> Corte constitucional Sentencia C-1260 del 2005 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández), donde esta sostuvo que la facultad de renunciar al juicio oral no implica la de renunciar a la aplicación de los principios del debido proceso dentro del proceso penal.

<sup>165</sup> CORTES VELASCO, Margarita Rosa, “ Son los preacuerdos entre fiscal y acusado verdaderos mecanismos de política criminal?” En: [WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos\\_fiscal\\_doc](http://WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos_fiscal_doc).

Si el juez es el legitimado para imponer penas, no se puede desconocer la constitución y por ello, el respeto por la dignidad humana, la legalidad y la necesidad de la pena, son factores que no puede pasar por alto, ni siquiera en una sentencia consecuencia de un preacuerdo.

La ley permite la negociación, pero esta solo procede respecto a personas imputables, porque a los inimputables no se les aplica pena, sino medida de seguridad y no es posible una negociación, toda vez que el inimputable no tiene pleno conocimiento y voluntad sobre el alcance de lo transado en el preacuerdo.

Dice la Doctora Margarita Rosa Cortés Velasco, “Personalmente considero que para proteger las garantías procesales, la fiscalía debe revelar tanto al imputado con su defensor como al juez, todas las evidencias que tenga hasta el momento y que sean relevantes para la negociación, pues de ellas, sin duda alguna, va a depender la decisión del imputado sobre su aceptación de culpabilidad”.

Cuando el Fiscal se apresura en buscar un preacuerdo, si los cargos son débiles, debe primar el principio de la presunción de inocencia, para no violar garantías procesales, si no se tienen cargos fuertes no se puede buscar una condena de un acusado inocentes al cual se le estaría induciendo a una declaración de culpabilidad, sin respaldo probatorio.

En ocasiones se permiten las declaraciones de culpabilidad para proteger a los verdaderos culpables, cuando el acusador no investiga adecuadamente las bases

fácticas de la autoincriminación, generando una válvula a la impunidad<sup>166</sup>. Se estaría condenando a un inocente.

No se puede sacrificar la justicia de las sentencias por una buena estadística condenatoria, ya que el fiscal es un servidor del Estado y tiene un compromiso con la sociedad.-

### **3.9.2 En cuanto a los derechos de las víctimas, se excepciona el principio del derecho a impugnar la sentencia condenatoria.**

El derecho de las víctimas tiene rango de garantía internacional y por lo tanto corresponde al Estado velar por su protección en el proceso penal. Así lo disponen, no solamente nuestra Constitución Política, sino también los distintos instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos ratificados por Colombia y por lo tanto integrantes del llamado bloque de constitucionalidad<sup>167</sup>.

Los derechos de las víctimas en el proceso penal, son: derecho a la verdad (El derecho a la verdad, es el derecho a conocer la realidad de lo ocurrido), derecho a la justicia (El derecho a la justicia para evitar la impunidad por la lesión al bien jurídico) y derecho a la reparación (el derecho a la reparación en lo económico del daño producido).

---

<sup>166</sup>SINTURA VARELA, Op. Cit, p.85

<sup>167</sup>Ibid. En: [WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos\\_fiscal\\_doc](http://WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos_fiscal_doc)

Los preacuerdos, desarrollan la facultad dispositiva de la pretensión penal por parte del fiscal, pero tienen como límite los derechos de las de las víctimas<sup>168</sup>.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, reiteradamente les ha dicho a los jueces y fiscales, sobre la desatención hacia la víctima ya que la fiscalía ofrece o acepta concesiones sin tener en cuenta las víctimas, conversar con ellas de manera informal si están de acuerdo o no con el acuerdo a que se va a llegar con el imputado o acusado, para la definición del conflicto.-

Al no tener en cuenta el fiscal la víctima se estaría violando los derechos fundamentales de la dignidad humana y de una tutela judicial efectiva.-

### **3.9.3 Se desconoce el principio de legalidad, al conceder atenuantes sin Soporte probatorio y desconocer agravantes debidamente probadas.**

La ley procesal penal colombiana, prevé que la iniciativa del preacuerdo o negociación puede partir del fiscal o del acusado con su defensor y el momento jurídico de la figura es a partir de la audiencia de formulación de imputación, pero el preacuerdo solo se lleva al conocimiento del juez a partir de la audiencia preliminar.

---

<sup>168</sup>A juicio de la Corte Constitucional, son cuatro las cuestiones que interesan a propósito de este tema, a saber: (i) La posibilidad de intervención de las víctimas y los perjudicados, en el proceso penal.(ii)La posibilidad que las víctimas y los perjudicados impulsen el proceso penal ante la omisión del Estado; (iii)La finalidad de la intervención de la víctima y los perjudicados dentro del proceso penal: (iv) el ámbito de protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados dentro del proceso penal y (v) los mecanismos a través de los cuales se puede garantizar la reparación integral. (Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002. M. P. José Manuel Cepeda y Eduardo Montealegre L.

Igualmente el fiscal debe tener en su poder unos elementos materiales de prueba, evidencias físicas o información legalmente obtenida que comprometa la presunción de inocencia del imputado, y éste imputado debe estar seguro que le conviene esa transacción.

El fiscal tiene el monopolio de la acusación, pero no tiene discrecionalidad absoluta para la formulación de los cargos, porque éstos deben tener un respaldo fáctico y una adecuada ubicación jurídica, por lo que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre obligación que tiene el ente acusador de respetar el principio de reserva legal y adecuar los hechos a la norma jurídica que corresponda, sin crear nuevas figuras que violaría el principio de tipicidad o de taxatividad.<sup>169</sup>

Entonces es aquí donde se desconoce el derecho sustancial, como es el de la tipicidad, como si el desconocimiento del uno no tuviera incidencia en el proceso.

La tipicidad corresponde, no solamente a una de las categorías esenciales del delito, pues junto con la antijuridicidad y la culpabilidad permite que una conducta sea calificada como punible, sino que además está consagrada como norma

---

<sup>169</sup>En el presente caso, el numeral 2 del artículo 350 cuestionado, refiere expresamente a que 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, entre otro, tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena. Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal. (Corte Constitucional. Sentencia C-1260 /05)

rectora de la ley penal y por lo tanto es de prevalente aplicación dentro del ordenamiento jurídico<sup>170</sup>.

El legislador, elabora la ley penal, selecciona el comportamiento antijurídico que afectan de manera más grave aquellos bienes jurídicos de mayor relevancia y describe el supuesto de hecho junto con la consecuencia que de éste se deriva. Tales funciones tienen carácter constitucional, por lo que el fiscal carece de facultad para crear tipos penales o de adecuar las conductas a descripciones típicas diferentes a los actualizados por el infractor<sup>171</sup>.

Resulta claro y así lo destacó la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C- 1260 de 2005, que la facultad otorgada al fiscal en el artículo 350 del código de procedimiento penal le permite imputaciones menos gravosas para el imputado o acusado, pero no seleccionadas en una forma absolutamente libre, sino siempre soportada en la situación fáctica que le presente el proceso, bajo cuyos parámetros se declaró la exequibilidad de la norma<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> CORTES VELASCO, Margarita Rosa, “ Son los preacuerdos entre fiscal y acusado verdaderos mecanismos de política criminal?” En: [WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos\\_fiscal\\_doc](http://WWW.alfonsozambrano.com/.../cof-preacuerdos_fiscal_doc)

<sup>171</sup>“Así mismo, en torno al entendimiento que debe darse a los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena en cuanto a la garantía constitucional del debido proceso, se ha indicado por la Corte que el principio de legalidad penal tiene dentro de sus dimensiones y alcances la más natural como es la reserva legal consistente en que la definición de las conductas sancionables compete al legislador y no a los jueces ni a la administración en virtud de que se persigue que la imposición de penas provenga de criterios establecidos por los representantes del pueblo “y no de la voluntad individual y de la apreciación personal de los jueces o del poder ejecutivo”<sup>171</sup>. (Corte Constitucional. Sentencia C-1260 /05)

<sup>172</sup> “La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor (...)” (Corte Constitucional. Sentencia C-1260 /05)...

### **3.9.4 La justicia negociada comporta una declinación de la función judicial, y se exceptiona el principio del derecho a un proceso público.-**

La función judicial le corresponde al Estado, en el ejercicio de la persecución penal y la intervención del juez imparcial es desplazada por el consenso y la transacción, quienes solo puede improbarlos. Se estaría renunciando a la garantía de un debido proceso público, un juicio justo, oral, imparcial y contradictorio.

Este instrumento se aplica a toda clase de delitos, sin tener en cuenta la naturaleza y calidad de los delincuentes, pudiendo ser beneficiados inclusive los que han incurrido en conductas de alta alarma social.

La ley consagra el preacuerdo como una de las vías de producción del proceso, pero esta posibilidad entraña una serie de pautas normativas a la que obligatoriamente debe ceñirse la judicatura.

La Corte Suprema de Justicia, en el radicado No. 40.871 del 16 de julio de 2014, M.P. José Leónidas Bustos Hernández, refiere lo siguiente: "... En el sistema adversarial no se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos – su propia teoría del caso- mediante la cual obligue al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, dado que con ello se desestructura la sistemática adversarial, toda vez que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto demostrarla<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup>La corte constitucional mediante sentencia 396 de 2007 claramente lo concluyó al declarar ajustado a la corte el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 que prohíbe la prueba de oficio.

### **3.9.5 El imputado o acusado que preacordó con el Fiscal, carece de legitimidad para recurrir. Se excepciona el principio del debido proceso**

El allanamiento o el acuerdo aprobado por el juez, tiene un carácter vinculante para este y para los sujetos procesales, en forma tal que si la sentencia se aviene al mismo y no hay quebranto de garantías, resulta inaceptable retractarse a través del empleo de los recursos ordinarios o del extraordinario de casación, por carecer de interés jurídico para ello<sup>174</sup>. púes el preacuerdo tiene como objeto fijar los términos de la imputación, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que además de gozar de amparo legal y constitucional, cuentan con un mínimo de respaldo probatorio, aceptando la condena bajo esos parámetros.

En virtud de las características y requisitos que establece la ley 906 de 2004, para el derecho premial por la vía de los preacuerdos, una vez aprobado este, resulta inmodificable, si se presentaron las garantías constitucionales y los derechos fundamentales en la actuación<sup>175</sup>.

En respeto al principio de la buena fe, a la lealtad procesal y para ofrecer seguridad al sistema acusatorio, en los casos en que el procesado renuncia a sus garantías para admitir su compromiso penal rige el *principio de irrevocabilidad* el cual lo inhibe para revocar expresa o tácitamente los términos del allanamiento o el acuerdo, ora para deshacerlos o modificarlos, no de otra forma se desdibujaría el propósito de la política criminal de lograr una rápida y eficaz administración de justicia.

---

<sup>174</sup>Corte Suprema de Justicia. Casación No. 30226. 29 de octubre de 2008. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

<sup>175</sup> Corte Suprema de Justicia, casación penal, sentencia de mayo 10 de 2006, Radicado 25389. M.P. Javier Zapata Ortiz.

**3.9.6 No se hace justicia por la gravedad del delito, sino por la habilidad negociadora de su poderosa contraparte. Se excepciona el principio de igualdad<sup>176</sup>.**

El principio de igualdad está consagrado en el artículo 4 del Código de Procedimiento Penal, y dice: “Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en situación de debilidad manifiesta.

El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación”.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>177</sup>, el derecho a la igualdad son normas cuya aplicación en un caso concreto dependen de la ponderación que se haga frente a los principios que con él colisionan<sup>178</sup>. Son dos consecuencias que se desprenden del principio de igualdad el primero es que un trato discriminatorio debe justificarse y el segundo es que el principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual.

La figura de los preacuerdos, es un instrumento que se aplica a toda clase de delitos sin importar su naturaleza ni la calidad de los delincuentes, con lo que pueden verse beneficiados aquellos que han incurrido en conductas que causan

---

<sup>176</sup> SINTURA VARELA, Op. Cita, p. 93

<sup>177</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-22, enero 23/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>178</sup> ALEXIY Robert, Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1993, pág. 409.

enorme alarma social<sup>179</sup>, recibiendo un trato más benévolo, cuando por la gravedad de sus actos deberían recibir penas más severas.-

### **3.9.7 Cambia pruebas de defensa por pena<sup>180</sup>, excepciona el principio de derecho a la defensa**

Es posible que si no se tiene claro o no se es cuidadoso se puede presentar la aceptación de responsabilidad por terceros y que el imputado haya sido obligado a aceptar los cargos, mediando acuerdo fraudulento para dicho allanamiento o se trate de pactos ilegales, entonces el imputado acepte los cargos pudiendo aportar al proceso pruebas de defensa, ya sea por imposibilidad de conseguir pruebas de defensa o porque no le convenga hacerlo.-

La aceptación por parte del implicado de ser el autor o partícipe de los hechos investigados penalmente, aunada a la existencia de prueba suficiente e idónea que demuestre tal afirmación, permite desvirtuar la presunción de inocencia."<sup>181</sup>.

La imputación es el acto surtido ante un juez con funciones de control de garantías, en desarrollo del cual la Fiscalía General de la Nación le comunica a una persona la calidad de imputada al estar siendo investigada por su posible participación en una conducta punible.

El artículo 288 de la Ley 906 de 2004, informa como requisitos esenciales la obligación de expresar oralmente la concreta individualización, identificación y

---

<sup>179</sup>SINTURA VARELA, Op. Cita, p. 93

<sup>180</sup> FERNANDEZ LEON, Op. Cit, p. 432

<sup>181</sup>Corte Suprema de Justicia. Providencia del 26 de enero de 2006. Radicación 20647

ubicación del imputado, así como la *“relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”*.

En ese momento no es menester descubrir los elementos materiales probatorios ni la evidencia física, si es necesario ofrecer al juez de control de garantías elementos de juicio tendientes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del imputado con el mismo, no de otro modo se logra *“inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”*, como lo reza el artículo 287 de la normativa en comento.

La Corte ha insistido en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica. La misma se ubica en el terreno de la *posibilidad* al sólo preceder la noticia criminal y las pesquisas tendientes a su verificación, luego, según el *principio de progresividad*, se allegarán elementos materiales probatorios y evidencia a fin de acreditar la materialidad del delito y la responsabilidad del inculcado con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de *probabilidad de verdad*, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtirse el debate oral.

Es imposible exigirle a la Fiscalía que para el momento de la formulación de imputación tenga aportara toda la información otorgándole así a tal acto un carácter inmodificable y vinculante para el diligenciamiento; sin embargo, aquella se constituye en condicionante fáctico de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

Para poder garantizar desde un inicio el derecho de defensa, es necesario el conocimiento de los hechos atribuidos y sus correspondientes consecuencias jurídicas permitiendo que a partir de esa comprensión, el procesado de manera libre, consciente y voluntaria, una vez ha sido debidamente informado de las consecuencias, opte por aceptar los cargos con miras a lograr una rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra.

Esa admisión de responsabilidad, además de estar revestida del conocimiento exacto y del planteamiento de sus implicaciones, debe contar con una adecuada asistencia letrada, de ahí que se tengan como inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor (artículo 354 de la Ley 906 de 2004).

No se trata de tener como dato estadístico el trámite y evacuación de un proceso más, como para mostrar resultados positivos de la gestión judicial. La administración de justicia demanda el reposo, la ponderación y el adecuado análisis desde el mismo momento en que se recibe la noticia *criminis* con el propósito de recolectar en debida forma la evidencia física la cual marcará la pauta para un adecuado trámite, de ahí que como organismo de investigación cuente con medios técnicos y personales idóneos para cumplir su cometido.

**3.9.8 Se desconoce el sometimiento a un juicio con todas las garantías (Nulla poena sine processu), se excepciona el principio del derecho a un proceso público.**

El artículo 29 de la Carta establece el carácter público del proceso como una de las principales garantías, lo cual implica el conocimiento por las partes de quien es

la persona que investiga y juzga, cuáles son las actuaciones que se surten ante esos funcionarios y cuál es la persona que rinde una declaración en contra del acusado, porque de otra manera este último no podría hacer efectivos, entre otros, sus derechos constitucionales a la imparcialidad de los funcionarios judiciales y a impugnar las providencias que le afectan y que estima contrarias a derecho<sup>182</sup>.

Con los preacuerdos, el Estado queda relevado de su obligación de probar la culpabilidad de una persona imputada o acusada, más allá de toda duda y eliminar la presunción de inocencia, lo que significa una renuncia a derechos y garantías de rango constitucional, como la presunción de inocencia, el derecho a la no autoincriminación y a un juicio justo, oral, imparcial y contradictorio.

La Corte Constitucional al confrontar el literal l) del artículo 8º, de la Ley 906 de 2004 relacionada con la renuncia a los derechos de no autoincriminación y adelantamiento de un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación probatoria y sin dilaciones injustificadas precisó que tal abdicación:

*“no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del*

---

<sup>182</sup> BERNAL CUELLAR Y MONTEALEGRE LYNETT. Op. Cit, p. 938

*defensor. Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el proceso además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso”.*<sup>183</sup>

En conclusión para que no se viole el principio a un proceso público, en un preacuerdo la aceptación del imputado debe comportar un reconocimiento libre, consciente y espontáneo, de haber participado en el delito y debe ser examinada por el juez antes de aceptar el convenio, para determinar si es voluntario, libre y espontáneo.-

---

<sup>183</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005.

### **3.10 EL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL.-**

El derecho al debido proceso, en sentido abstracto, se entiende como la posibilidad que tienen las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga, con el fin de proteger sus derechos sustanciales, dentro de un procedimiento judicial o administrativo<sup>184</sup>.-

La Constitución Política de Colombia consagra el derecho fundamental al debido proceso<sup>185</sup>, y se entiende este como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo inmerso en una actuación judicial o administrativa, para que durante dicho trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. La norma constitucional consagra tal derecho para todo tipo de actuaciones, procurando que las situaciones de controversia que se presenten en cualquier proceso estén previamente reguladas por el ordenamiento jurídico, el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales con el fin de que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio, sino que, por el contrario, obedezca a procedimientos descritos en la Ley y los reglamentos<sup>186</sup>.

Si el debido proceso responde por una adecuada Administración de Justicia, concepto que constituye una de las más importantes garantías para el amparo de los intereses legítimos de la comunidad y contribuye a la permanencia del Estado Social de derecho, el mismo debe estar presente al momento de abordar el

---

<sup>184</sup> BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, Op. Cit.,p 913.

<sup>185</sup> Artículo 29 inciso 1, de la Constitución Nacional.

<sup>186</sup> Y Corte constitucional. Sentencia T-280 de 1998 y T-795 de 1998.

estudio de los preacuerdos y negociaciones; pues la violación de garantías procesales impide que dicho mecanismo de solución de conflictos nazca a la vida jurídica y tenga los efectos legales asignados por la normatividad vigente.

El estudio de las garantías procesales debe hacerse a través del bloque de constitucionalidad, que obliga a analizar tales prerrogativas a la luz de los tratados y convenios internacionales que protegen las libertades ciudadanas para que este no sea arrasado por la arbitrariedad y los excesos de los encargados de efectuar actuaciones administrativas o sustanciar los procesos donde se debaten la libertad individual y demás derechos del ciudadano. Hay que nutrirse, entonces, de los tratados y convenios internacionales<sup>187</sup>, las normas internacionales concordantes son la declaración universal de derechos humanos en sus artículos 8( recursos ante tribunales),10(tribunales imparciales) y 11(presunción de inocencia); Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Ley 16 de 1972, artículos 4(prohibición de pena de muerte),5(dosimetría penal),7(derecho a la libertad personal),8(garantías judiciales),9 ( principio de legalidad y de retroactividad), 24(igualdad ante la ley),25(protección judicial); convención sobre los derechos del niño, Ley 12 de 1991, artículo 42; El convenio sobre el estatuto de los refugiados, ley 35 de 1961 artículo 32;Convención contra la tortura y otros tratos o pena crueles, inhumanos o degradantes, Ley 70 de 1986, artículos 6 y 7; convenio 1 de ginebra, Ley 5 de 1960, artículo 3.1d) y 49; Convenio II de Ginebra, Ley 5 de 1969, artículos 3 y 50; Convenio III de Ginebra, Ley 5 de 1960, artículos 3,82, a 104, 129, y 130; Convenio IV de Ginebra, Ley 5 de 1960, artículos 3,33,43,64 a 75, 78, 114 y 123.; Protocolo I Adicional, Ley 11 de 1992, artículos 45 y 75; Protocolo II Adicional, artículo 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 74 de 1968 artículos 15-(1 y 2), 14-(1,2,3,4,5,6 y 7).-

---

<sup>187</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA art 5, 93, 94

El derecho fundamental al debido proceso, en materia penal comprende un conjunto de garantías que configuran algunos principios, desde la constitución política de Colombia en el Art 29, uno de estos principios es el principio de legalidad.

El ejercicio del poder punitivo en el Estado de Derecho debe estar sometido a los más estrictos controles, con el objeto de hacer efectivo el respeto de las garantías individuales y la seguridad jurídica. Estos controles se establecen a través del principio de legalidad, que traza límites al ejercicio del poder tanto al momento de configurar los hechos punibles como al determinar las consecuencias jurídicas de ellos (penas y medidas de seguridad, con lo que se excluyen la arbitrariedad y el exceso en el cumplimiento de la tarea de la represión Penal)<sup>188</sup>.

De ahí que ningún órgano del Estado, principalmente del orden judicial, puede desconocer el imperio constitucional consagrado en el artículo 29 de la constitución, en cuanto al derecho al debido proceso y el principio de legalidad.

La jurisprudencia de la Sala de casación Penal, ha dicho que el principio de legalidad se formula, sobre la base de que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto significa que una determinación no puede ser adoptada sino dentro de los límites fijados por una ley material anterior. La constitución política señala que el Estado Colombiano es un Estado de Derecho, en su artículo 1, lo que quiere decir que la actividad estatal está sometida a reglas jurídicas<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup>BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, Op. Cit.,p919.

<sup>189</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 23 de febrero del 2006, radicado No. 23.901, MP. Alfredo Gómez Quintero.

Este tribunal ha hecho claridad sobre los límites que impone el principio de legalidad y sobre su estrecha relación con los postulados de reserva legal y de tipicidad “... el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, los cuales guardan entre sí una estrecha relación. De acuerdo con el primero, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras, establecer penas privativas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. Conforme con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible. También debe predeterminedar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, el término, la naturaleza, la cuantía cuando se trate de pecuniaria, el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición.

En materia penal, cuando el artículo 29 de la carta política preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, está declarando implícitamente que a nadie se le puede imponer una pena no prevista por el legislador para el hecho por el cual fue oído en juicio – legalidad preexistente e irretroactividad de la ley”.

La Corte Constitucional ha indicado que los funcionarios encargados de reconocer y aplicar los beneficios y rebajas que la ley penal señala en favor del procesado están obligados a pronunciarse sobre su procedencia o improcedencia cuando se demuestran los supuestos de hecho para su concesión<sup>190</sup>, porque de lo contrario

---

<sup>190</sup>BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT, Op. Cit.,p921

se desconocería el debido proceso y los principios constitucionales de la favorabilidad y legalidad.

Este principio procesal pueden ser excepcionados o restringidos con la figura de los preacuerdos; pues en ocasiones se renuncia con esta figura a garantías procesales, con violación a garantías procesales que impide que este mecanismo de solución de conflictos nazca a la vida jurídica y tenga los efectos legales otorgados por la normatividad.

En las negociaciones preacordadas se ha dicho que la decisión judicial abandona la imparcialidad para sujetarse al consenso y la transacción y la falta de una investigación completa genera sentencias injustas, condenando a personas inocentes, quienes por cualquier razón buscan una rápida negociación y se estaría desconociendo el debido proceso desde los principios procesales de la presunción de inocencia, el derecho de defensa, El derecho a presentar pruebas, a que se tenga en cuenta y a controvertir las que se presenten en contra y al derecho de no declarar en su contra.

En el **expediente No. 29979 del 27 de Octubre de 2008**, decisión de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, M.P JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, se refiere al debido proceso y el principio de legalidad, así:

## **Del control que ejerce el juez de conocimiento en materia de preacuerdos y el principio de estricta jurisdiccionalidad**

Con base en lo analizado en precedencia, el traslado al sistema procesal colombiano de la figura de los preacuerdos y negociaciones, que es propia del derecho estadounidense, no puede desligarse de la sujeción irrestricta a criterios y valores del Estado Social de Derecho, sin perjuicio de que la manifestación de responsabilidad penal por parte del imputado implique de por sí la renuncia a derechos fundamentales como el de no inculparse y el de tener un juicio con todas las garantías judiciales, tal como está consagrado en los literales *b)*, *k)* y *l)* del artículo 8 de la ley 906 de 2004:

*“Artículo 8-. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:*

*”[...]*

*”b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*

*”[...]*

*”k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser*

*necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.*

*"l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k), siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor".*

Acerca de la renuncia a tales derechos para efectos de adelantar negociaciones con la parte Fiscal, la Corte Constitucional fue enfática al destacar en la sentencia C-1260 de 2005 que ello no vulnera la Carta Política, en la medida en que la voluntad libre, consciente e informada del imputado, quien siempre deberá estar asesorado por su defensor, sea constatada por el funcionario de conocimiento mediante un interrogatorio y con la presencia del Ministerio Público.

Así mismo, el máximo tribunal en sede de control constitucional consideró ajustado a la norma superior que los preacuerdos sólo tengan fuerza vinculante para el juez cuando no vulneren las garantías fundamentales, de manera que, si éste advierte cualquier menoscabo en tal sentido, rechazará la manifestación de culpabilidad del imputado<sup>191</sup>. Esto último, con fundamento en una interpretación armónica y sistemática del inciso 4º del artículo 351 y del inciso 2º del artículo 368 de la ley 906 de 2004, que señalan lo siguiente:

---

<sup>191</sup> Cf. Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

“Artículo 351-. Modalidades. [...]

”[...]

”*Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.*

”Artículo 368-. Condiciones de validez de la manifestación. [...]

“[...]

”*De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad’.*

Adicionalmente, la Corte Constitucional, en la referida providencia, reiteró la doctrina plasmada en el fallo C-425 de 1996 para el trámite de la figura de la sentencia anticipada, en el sentido de que el juez de conocimiento deberá rechazar toda manifestación de culpabilidad frente a cualquier error fáctico o jurídico que implique menoscabo a los derechos y garantías fundamentales, tal como se hacía en el anterior sistema procesal penal:

“[...] *es el juez del conocimiento quien debe velar por la protección de los derechos fundamentales del procesado, mediante un control de legalidad de la actuación, el que cubre no sólo los aspectos formales o procedimentales sino también los sustanciales o de fondo.*

”[...]

”[...] *En consecuencia, resulta obvio afirmar que la aceptación, además de*

*voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso”<sup>192</sup>.*

Este criterio acerca del control sustancial que ejerce el juez ya había sido aludido por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005 para el sistema de procedimiento penal consagrado en la ley 906 de 2004:

*“[...] la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, [pues tiene que] buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, [...] ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”<sup>193</sup>.*

También fue ratificado de manera más reciente en el fallo C-516 de 2007, cuando dicho tribunal sostuvo que el control que ejerce el funcionario de conocimiento es de carácter eminentemente judicial:

*“El control sobre los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado o imputado es judicial, debe ser ejercido por el juez de conocimiento, quien*

---

<sup>192</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005, citando a la sentencia C-425 de 1996.

<sup>193</sup> Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

*verificará si el mismo desconoce o quebranta garantías fundamentales. Sólo recibirán aprobación y serán vinculantes para el juez de conocimiento cuando superen este juicio sobre la satisfacción de las garantías fundamentales de todos los involucrados en la actuación (arts. 350 inciso 1° y 351 inciso 4° y 5°).*

*”El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (art.10); el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4), así como el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5)”<sup>194</sup>.*

Ahora bien, respecto de los controles que en particular debe efectuar el funcionario de conocimiento dentro de la verificación de la legalidad del preacuerdo (además de la concurrencia de evidencia mínima suficiente para llegar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la participación y responsabilidad del procesado en los hechos materia de imputación, según lo establecen el inciso final del artículo 327<sup>195</sup> y el inciso 1° del artículo 381<sup>196</sup> de la ley 906 de 2004), tanto la jurisprudencia constitucional

---

<sup>194</sup> Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007.

<sup>195</sup> “Artículo 327-. / [...] los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.

<sup>196</sup> “Artículo 381-. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”.

como la de la Sala se han referido a la debida consonancia que debe haber entre la situación fáctica atribuida por la Fiscalía y la calificación jurídica que de la misma este organismo plasme en el escrito correspondiente.

En efecto, por un lado, la Corte Constitucional, al analizar a la luz de la Carta Política el numeral 2 del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, llegó a la conclusión de que al Fiscal no le está permitido imputar la acción realizada por el procesado de modo que desconozca, desborde o no abarque en estricta correlación todos los aspectos que integran la conducta fáctica achacada:

*“[...] tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual 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.*

*”En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aun mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.*

*”La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor”<sup>197</sup>.*

Por otro lado, la Sala, a partir del fallo de fecha 19 de octubre de 2006<sup>198</sup>, ha sostenido una línea jurisprudencial según la cual, tanto en materia de allanamientos como de preacuerdos y negociaciones, el respectivo funcionario judicial deberá verificar que en cada caso se presente una correcta adecuación típica de los hechos:

*“El descuido [...] también debe ser cargado a los jueces, pues tratándose de su función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento, su labor no puede ser la de simples observadores. Equivocadamente, algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (artículos 6 y 351 inciso 4º del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran la de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamenta-les por el artículo 29 de la Carta Política”<sup>199</sup>.*

---

<sup>197</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005.

<sup>198</sup> Radicación 25724.

<sup>199</sup> Sentencia de 19 de octubre de 2006, radicación 25724.

Dentro de la teoría del garantismo penal, el principio a que se hace mención en la citada providencia es el emanado del principio de estricta jurisdiccionalidad de la actuación procesal, que a su vez está en íntima conexión con el de estricta legalidad tanto de los delitos como de las penas. Acerca de estos principios, la Sala, en pretérita oportunidad<sup>200</sup>, ha precisado lo siguiente en relación con el contenido mínimo que en materia de imputación debe contener toda acusación o su equivalente:

*“Según Luigi Ferrajoli, el principio de estricta legalidad, que se encuentra integrado con los axiomas nullalexpoenalis sine necesitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine indicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione, no sólo está relacionado con una reserva absoluta de la norma penal y su contenido sustancial, sino también “implica todas las demás garantías –de la materialidad de la acción al juicio contradictorio– como otras tantas condiciones de verificabilidad y de verificación, y forma por ello también el presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema”<sup>201</sup> (destaca la Sala).*

*”Cuando la jurisdiccionalidad en estricto sentido se refiere de manera concreta a la garantía nullumiudicium sine accusatione (o, lo que es lo mismo, a “la garantía procesal de una acusación determinada contra el procesado como acto previo y de delimitación del juicio”<sup>202</sup> –se subraya), ello implica que en las actuaciones penales la resolución de acusación (o su equivalente) no sólo debe contener, en materia de lenguaje, la misma rigurosidad orientada hacia la definición y delimitación del caso concreto con la que, en un sentido general y abstracto, el legislador denota dentro de las normas jurídico penales las acciones que considera punibles, sino que además “debe formularse en términos unívocos y*

---

<sup>200</sup> Sentencia de 5 de diciembre de 2007, radicación 25513.

<sup>201</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 96.

<sup>202</sup> *Ibidem*, pág. 606

precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin<sup>203</sup>.

*”En palabras más sencillas, la acusación, para efectos de su verificación y refutación durante la etapa del juicio, debe contener una clara e inequívoca delimitación tanto de los hechos jurídicamente relevantes del caso (imputación fáctica) como de los cargos que en razón de tales acontecimientos se formulan (imputación jurídica) en aras de respetar la estricta legalidad y jurisdiccionalidad del sistema”<sup>204</sup>.*

En este orden de ideas, si en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el *nomen iuris* de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación.

Como lo ha señalado la Sala en precedencia, el presupuesto de todo preacuerdo

---

<sup>203</sup> *Ibidem*, pág. 606-607

<sup>204</sup> *Ibidem*, pág. 607, citando a Carrara, o. c., tomo II, § 892, pág. 364

***“[...] consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica”***<sup>205</sup> (negrillas en el texto original).

Por último, no sobra precisar que la correlación o consonancia que debe predicarse entre la imputación fáctica y la imputación jurídica que figura en el escrito de preacuerdo no es la misma que el funcionario tiene que constatar frente a la intangibilidad de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación de imputación.

En efecto, esta Corporación, en pretérita oportunidad, ha señalado que entre el acto de imputación y la acusación debe predicarse una inmutabilidad respecto de las circunstancias fácticas inicialmente atribuidas:

*“Para la Sala, la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.*

*”Lo anterior no conlleva una inmutabilidad jurídica, porque precisamente los desarrollos y progresividad del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto es posible que la valoración jurídica de ese hecho tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle, además, de exigirse aún la imposibilidad de*

---

<sup>205</sup> Sentencia de 12 de diciembre de 2007, radicación 27759.

*modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto la formulación de imputación como primera fase y antecedente de la acusación”<sup>206</sup>.*

En este orden de ideas, para efectos de controlar la legalidad del preacuerdo, el funcionario de conocimiento deberá, en primer lugar, verificar que la situación fáctica referida en el escrito presentado por las partes sea idéntica a los hechos imputados por la Fiscalía en la respectiva audiencia preliminar. Y, a continuación, tendrá que estudiar si dichas circunstancias ostentan una debida consonancia frente a la adecuación típica plasmada en el escrito del preacuerdo, sin perjuicio de que corresponda o no a la calificación jurídica de los hechos atribuida en la formulación de imputación.

En otras palabras, el que en la audiencia preliminar se haya cometido cualquier error en la denominación jurídica de la conducta no implica que tenga algún tipo de relevancia dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones, pues, más allá de la intangibilidad de la situación fáctica inicialmente atribuida, lo que debe confrontar el juez de conocimiento es que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes realizan su consenso.

---

<sup>206</sup> Sentencia de 28 de noviembre de 2007, radicación 27518.

## **4. OBJETIVOS**

### **4.1 OBJETIVO GENERAL**

Analizar los presupuestos de la calificación jurídica que realiza el Fiscal y el control jurídico en el marco de los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal desde el principio de legalidad en el debido proceso.-

### **4.2 OBJETIVO ESPECÍFICO:**

- Describir la figura de los preacuerdos como forma de terminación anticipada en el proceso penal colombiano.-
- Delimitar los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica de la conducta punible en los preacuerdos desde el principio de legalidad en el debido proceso.-

## 5. PROPÓSITO

El propósito de esta investigación giró en torno a delimitar y analizar los presupuestos legales y constitucionales que debe observar el Fiscal al momento de realizar la calificación jurídica en un preacuerdo como forma de terminación anticipada del proceso penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso. Establecer si estos generaban un vacío en la normatividad que permitiera que el fiscal no realizara una adecuada calificación jurídica en los preacuerdos desde el principio de legalidad que integra el debido proceso, con el fin de sustentar una propuesta para que se transforme el ordenamiento jurídico el cuál podría desembocar en un proyecto de Ley con miras a incorporar normatividad que diga exactamente los presupuestos para la calificación jurídica en un preacuerdo que limitara la facultad del Fiscal al momento de realizar la adecuación típica, pues esta investigación ponía de presente una construcción teórica y reflexiva desde la academia de la necesidad de incorporar limitaciones a la facultad del Fiscal, así como el cuestionamiento por el trato actual que el Derecho Penal le ha dado al tema y que en ocasiones había resultado insuficiente en aras de proteger el principio de legalidad en el debido proceso, para evitar injustos en la solución de conflictos penales .-

## **6. HIPÓTESIS**

La presente investigación se desarrolló de conformidad con la hipótesis de investigación que a continuación se refiere: los Fiscales al momento de realizar la calificación jurídica en un preacuerdo y los jueces al momento de realizar el control al preacuerdo, probablemente no encuentran en el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia Colombiana, con claridad, los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica en los preacuerdos, como forma de terminación anticipada del proceso penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso.

## **7. METODOLOGÍA**

Los métodos y procedimientos, al igual que las técnicas que apoyaron el desarrollo de la medición de las características del objeto de estudio son las siguientes:

### **7.1 TIPO DE ESTUDIO**

El tipo de estudio que se realizó en la investigación es Teórico – Analítico; fue teórico porque la teoría de la figura de los preacuerdos y las negociaciones en el proceso penal, fue necesaria para la actividad investigativa, con ella se desarrollaron principios, leyes, categorías, conceptos, hipótesis referentes al problema a investigar. Además fue un estudio analítico porque se buscó descomponer el problema en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos del mismo, con los cuales se llegó a una conclusión y recomendación sobre el tema.

También se realizó el tipo de estudio en la investigación como es el ESTUDIO DESCRIPTIVO, el cual sirvió para analizar cómo es y cómo se manifiesta la situación problemática que se presenta en las calificaciones jurídicas, en los preacuerdos, avaladas por los jueces de conocimiento y en el establecimiento de los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica de conformidad con el principio de legalidad en el debido proceso. También permitió detallar el fenómeno estudiado básicamente a través de la medición de uno o más de sus particularidades.

La investigación tuvo componentes de la **Investigación Documental**, puesto que se contó con documentos tales como libros, revistas entre otras, sentencias de la Corte Constitucional y la Corte suprema de Justicia que apoyaron la investigación en los conceptos que se tienen sobre la calificación jurídica en los Preacuerdos y Negociaciones y así se pudo llegar a decir que existen presupuestos legales y constitucionales suficientes que permiten que el Fiscal llegue a una calificación jurídica en un preacuerdo de conformidad con el principio de legalidad en el debido proceso.-

## **7.2 DISEÑO DEL PLAN DE DATOS**

### **7.2.1 Gestión del Dato.**

El dato se consiguió por medio de visitas a las bibliotecas de las universidades, donde se obtuvo material bibliográfico, hubo prestamos interbibliotecarios en algunas universidades, las bibliotecas visitadas fueron la biblioteca de la Universidad de Antioquia, de la Universidad Pontificia Bolivariana, de la Universidad Eafit, de la Universidad Luis Amigo, de la Universidad Santo Tomas y la Universidad de Medellín, no se requirió de carta para reclamar en la administración de la biblioteca de la Universidad de Medellín, en algunas universidades facilitaron el material con la presentación del carné de la Universidad de Medellín o la presentación de la cédula.-

Además se realizó investigación dentro de la misma biblioteca de la Universidad de Medellín, en el tercer piso y previa reserva búsqueda en bibliotecas virtuales y bases de datos.

También se realizó un rastreo a través de bases de datos de información relacionada con la calificación jurídica en los preacuerdos, para esto se contó con la red de internet.-

### **7.2.2 Obtención del Dato.**

Para el desarrollo de esta investigación se acudió a las siguientes fuentes de datos a fin de obtener la información requerida:

#### Acceso a Bibliotecas.

Se visitaron las bibliotecas de las universidades de Antioquia, de la universidad de Medellín, de la Universidad Pontificia Bolivariana, de la Universidad de Eafit, de la universidad Luis Amigó y de la Universidad Santo Tomas. El acceso a la biblioteca de la Universidad de Medellín se facilitó por la calidad de egresada, y de las demás universidades por el uso del préstamo interbibliotecario como estudiante de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo.-

#### Bases de Datos Virtuales.

Se accedió a Bases de Datos Virtuales tanto jurisprudenciales como bibliográficas; porque los estudiantes de la maestría en Derecho Procesal Contemporáneo, a través de la Universidad de Medellín tienen acceso gratuito a las Bases de Datos de: Lexbase, Legismovil, multilegis, Scielo.

### Revistas.

Se realizó una búsqueda de Revistas Especializadas referente al tema, en este sentido se encontró un buen material en la biblioteca de la universidad de Medellín.-

### Otros Métodos.

El dato se obtuvo de fuentes secundarias, tales como: libros, artículos de Ámbito jurídico de Legis, bases de datos, sentencias de la corte Constitucional y la corte Suprema de Justicia, ambas cortes colombianas que refieran el tema, se obtuvo bastante información en los libros que se encontraron en la biblioteca de la Universidad Luis Amigo.

### **7.2.3 Recolección del Dato.**

La agrupación de los datos relevantes para esta investigación, se obtuvo principalmente por la investigadora, no se contó con la ayuda de un auxiliar de investigación, y se recolectaron de las fuentes de datos ya mencionadas, en las oportunidades dispuestas en el cronograma. El método utilizado para la recolección de datos fue mediante la lectura y fichaje de los documentos seleccionados.

El dato recolectado se registró en fichas bibliográficas y de contenido y en fichas de análisis de jurisprudencia, donde se consignó la información que permitió identificar las fuentes utilizadas en unas, y en otras el contenido de los temas o la teoría respecto de las categorías de análisis. (Ver anexo Nro. 1 y Nro. 2).

#### 7.2.4 Control de sesgos.

Los desvíos en la medición de la realidad en el **objeto de estudio**, se controlaron principalmente en la información en cuanto al sujeto y objeto y al mismo instrumento. Por lo tanto fue de especial control por parte de esta aspirante a magíster, la recolección y la revisión diaria del dato, la relación entre la pregunta de investigación, la hipótesis y la información recolectada, de tal forma que los resultados fueron los más objetivos posibles.-

En lo atinente al control de sesgos y respecto al **sesgo objeto** la aspirante a magíster se capacitó en el objeto de estudio, con el fin de sensibilizarse sobre la importancia del mismo. Y ahondó en el tema de los preacuerdos con lo que se pudo tener claridad en la consulta teórica realizada y fue importante para lograr datos verdaderos para que la investigación tuviera éxito.-

Para el **sesgo instrumento** se buscaron instrumentos de medición cuantificables, con el apoyo de las herramientas tecnológicas de los procesadores de información.

### 7.3 PLAN DE ANÁLISIS Y PROCESAMIENTO DEL DATO

Los datos que se consiguieron en los procesos de gestión y recolección fueron analizados a la luz de los objetivos específicos planteados, con lo que se dio respuesta a ellos y se pudo elaborar el marco teórico relacionado. Por tal motivo, es que del análisis de la información recolectada dio respuesta a los siguientes interrogantes respecto de los objetivos específicos y las categorías de análisis.

Una vez revisado, el material bibliográfico y la jurisprudencia, se proceso toda la información que se obtuvo de la investigación, con el fin de desarrollar los objetivos que nos llevaron a formular la hipótesis que se planteó y así se demostró sus supuestos analizando objetivo por objetivo que nos permitió llegar al resultado.-

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
<p><b>GENERAL:</b> Analizar los presupuestos de la calificación jurídica que realiza el Fiscal y el control jurídico en el marco de los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal desde el principio de legalidad en el debido proceso.-</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fichas bibliográficas. (anexo 1).</li> <li>• Fichas bibliográficas de cita textual. (anexo 2).</li> <li>• Fichas bibliográficas de resumen. (anexo 3).</li> <li>• Ficha de análisis de sentencia y norma. (anexo 4).</li> <li>• Triangulación de datos.</li> </ul>	<p style="text-align: center;"><b>Analizar</b></p>	<p>La categoría de análisis se refiere a los requisitos para la calificación jurídica en un preacuerdo, desde el principio de legalidad en el debido proceso, al triangular la información recogida como es que la figura de los preacuerdos tiene sus fundamentos en principios consagrados en la constitución y la Ley, aunque la Constitución Colombiana solo refiere a la figura de los preacuerdos como una figura correspondiente al sistema acusatorio, esta figura tiene su desarrollo dentro de la Ley 906 de 2004, y en cuanto a la calificación jurídica, los artículos 348 y 351 inciso tercero y la Directiva 01 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación, hacen referencia a que el Fiscal debe evaluar la naturaleza del cargo.- igualmente al momento de precisar que es la calificación jurídica desde el principio de legalidad se debe ir al código Penal, libro primero artículo 6 (principio de legalidad, artículo 9 (típica, antijurídica y culpable), artículo 10 (tipicidad), artículo 11 (antijuricidad) y artículo 12; pues es allí donde se dan las pautas para la adecuación o</p>

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
			<p>calificación jurídica de una conducta típicamente relevante. Además que el artículo 13 del C. Penal, nos advierte que las normas rectoras contenidas en el código penal constituyen la esencia y orientación del sistema penal, prevalecen sobre las demás normas e informan su interpretación.- Con lo que podemos determinar que no hay vacíos en el ordenamiento jurídico de procedimiento penal en lo que respecta con la celebración de preacuerdos y la calificación jurídica; pues la normatividad vigente da claridad acerca del procedimiento a seguir al realizar la calificación jurídica, que debe hacerse dentro del principio de legalidad que es un presupuesto del debido proceso, que es principio constitucional, legal y procesal.-</p> <p>El control a los preacuerdos también se encuentra en la Ley 906 de 2004, en su artículo 351, donde se le da al juez la facultad de aprobar o improbar el preacuerdo cuando el mismo no desconozca o quebranten las garantías fundamentales, como son los principios de la ley penal y procesales, específicamente el principio de legalidad que integra el debido proceso.</p>
<p><b>ESPECÍFICO:</b></p> <p>Describir la figura de los preacuerdos como forma de terminación anticipada en el</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fichas bibliográficas. (anexo 1).</li> <li>• Fichas bibliográficas de cita textual. (anexo 2).</li> </ul>		<p>Doctrina:</p> <p>Whanda Fernández León, en su libro Procedimiento Penal Acusatorio y Oral, emite el siguiente concepto sobre los preacuerdos y negociaciones “ En el ámbito</p>

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
proceso penal	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fichas bibliográficas de resumen. (anexo 3).</li> <li>• Ficha de análisis de sentencia y norma. (anexo 4).</li> <li>• Triangulación de datos.</li> </ul>		<p>de la justicia penal, los preacuerdos y las negociaciones se identifican con las vías transaccionales o compromisos pactados entre las dos partes – acusado y defensa-, a la manera de un contrato o negocio jurídico tradicional, quizás atípico en cuanto al objeto, que no es otro que el riesgo pero siempre voluntario, bilateral y consensual, que busca la aceleración del proceso y la no tramitación del juicio. Equivalen, en la praxis negocial, a arreglos o sentencias preacordadas, fruto del trabajo de los adversarios, obviamente con la imperiosa participación del imputado o acusado, reservándose al juez, únicamente, su aprobación o su rechazo; este último, en la mayoría de los casos, excepcional”.</p> <p>Alejandro Garzón Marín y otros autores, en su libro NEGOCIACIONES Y PREACUERDOS, emiten el siguiente concepto sobre la negociación: “ La negociación hace parte del fenómeno jurídico de los procedimientos abreviados, consistiendo en el juicio que se le hace a un imputado en donde se le impone una pena, por la comisión de un hecho de carácter penal, prescindiendo de la oralidad, la contradicción, la publicidad y la producción de pruebas, previo a la conformidad entre el Ministerio Público y el imputado .</p>

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
			<p>La negociación consiste en unas conversaciones que se sostienen entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado o acusado, con los propósitos siguientes:</p> <p>Por parte de la Fiscalía:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Lograr la aceptación del imputado o acusado de los cargos que se le formulen mediante una manifestación de culpabilidad.</li> <li>- Conseguir la anuencia del imputado o acusado, abreviar la actuación penal de manera que evite que el caso llegue a juicio oral y público, dándole celeridad al manejo de las investigaciones o acusaciones que la fiscalía lleve en curso.</li> </ul> <p>Por parte de la defensa:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Lograr una disminución considerable de pena con base en el beneplácito del imputado o acusado frente a los cargos formulados por la fiscalía.</li> <li>- Evitar que el caso llegue a la audiencia de juicio oral y público cuando la defensa tenga la convicción, que de llegar a esa audiencia, las</li> </ul>

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
			<p>posibilidades de éxito serán remotas.</p> <p>Concluidos los diálogos y perfeccionando el convenio, se surte el control jurisdiccional de la negociación para su aprobación o rechazo.</p> <p>La negociación pertenece al género de preacuerdos convencionales, que al mismo tiempo es manifestación del Derecho Penal Consensual.</p> <p>También Alejandro Garzón Marín y otros autores, emiten un concepto sobre Preacuerdo estrictu sensu, así: “Es un pacto celebrado entre el Ministerio Público Fiscal e imputado o acusado con el objeto de acelerar el procedimiento penal con base en un ofrecimiento de reducción de pena fija, cuantificada numéricamente en la norma procesal penal, a cambio de la aceptación de culpabilidad por parte del sujeto pasivo del ejercicio de la persecución o acción penal.</p> <p>Los autores Alejandro Garzón Marín y otros, igualmente emiten un concepto sobre preacuerdo legal de la siguiente manera: “Es un convenio entre el Estado penal e imputado o acusado, sin que intervenga el Ministerio Fiscal en este pacto.</p>

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
			<p>Significa que entre Ministerio Público Fiscal e imputado o acusado no existe preacuerdo convencional,..."</p> <p>Desde el punto de vista del Derecho Procesal penal, se tiene la siguiente definición de preacuerdo que fue utilizada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sala de Decisión Penal. Auto de segunda Instancia del 31 de julio de 2007, y es la siguiente: "Los preacuerdos son actos que se producen como consecuencia de una negociación informal que se realiza entre el Fiscal y el imputado o acusado y su defensor que puede llevar a una terminación anticipada del proceso, o lo que es igual, permite legalmente proferir una sentencia sin el agotamiento de todas las etapas procesales ordinarias".</p>
<p><b>DELIMITAR</b> Los presupuestos legales y constitucionales, para la calificación jurídica de la conducta punible en los preacuerdos desde el principio de legalidad en el debido proceso</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fichas bibliográficas. (anexo 1).</li> <li>• Fichas bibliográficas de cita textual. (anexo 2).</li> <li>• Fichas bibliográficas de resumen. (anexo 3).</li> <li>• Ficha de análisis de sentencia y norma. (anexo 4).</li> </ul>	<p><b>Delimitar</b></p>	<p><b>Como criterio legal</b>, para la calificación jurídica de la conducta punible, se tiene que los artículos 348 y 351 inciso tercero, del C. P. Penal y la directiva 01 de 2006 de la Fiscalía, general de la Nación, hacen alusión a la evaluación a la naturaleza del cargos, que es la calificación jurídica de la conducta, para ello hay que acudir al Código Penal que es el orientador de cómo debe realizarse la calificación jurídica artículo 6, 9, 10,11,12 y 13.- <b>En cuanto al criterio Constitucional</b>, la jurisprudencia en varias sentencias dice que para la</p>

OBJETIVOS	TÉCNICAS DE MEDICIÓN DE INSTRUMENTOS	ANÁLISIS CATEGORÍAS	OBSERVACIONES
			<p>legalidad del preacuerdo se debe tener en cuenta que existe una fase fáctica y probatoria para llegar a la negociación, que debe coincidir con la realidad de la conducta típicamente relevante ( sentencia de 8 de mayo de 2007, radicado 190016100602200780231, sala penal del Tribunal superior del Distrito Judicial de Popayán, MP. Jesús Alberto Gómez. La sentencia de la Corte constitucional C-1250 del 5 de diciembre de 2005, MP. Clara Inés Vanegas Hernández, dice que el fiscal, en ejercicio de su facultad, no puede crear tipos penales, los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponde conforme a la ley penal preexistente. Este es el principio de legalidad que está consagrado en la constitución política de Colombia en el Art. 29.-</p>

### 7.3.1 PROCESAMIENTO DEL DATO.

El procesamiento de los datos recolectados se hizo a través de las fichas bibliográficas y de contenido y las fichas jurisprudenciales, a la vez que se efectuó una base de datos para ir separando la información recolectada conforme a las variables de la investigación y así ir organizando cada uno de los objetivos para la elaboración del marco teórico que da cuenta del cumplimiento de los objetivos.

La hipótesis de investigación consistió en investigar si la ley y la jurisprudencia probablemente no señalaban claramente la existencia de los presupuestos legales y Constitucionales para la calificación jurídica adecuada en el contexto de los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso Penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso y si los presupuestos legales y constitucionales que pudieran llegar a existir en Colombia para la calificación jurídica en un preacuerdo como forma de terminación anticipada del proceso penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso, estos sirven para proteger la garantía fundamental del debido proceso, toda vez que al realizar una calificación jurídica en un preacuerdo como forma anticipada de terminación del proceso sin los presupuestos legales y Constitucionales, y al ser avalado por el Juez no se estaría logrando el punto de equilibrio en la solución penal que debe responder al factor justicia. De ahí que se pretenda plantear la mejor salida a este problema: si el problema es de vacío en la normatividad en cuanto a los presupuestos legales y Constitucionales para la calificación jurídica en los preacuerdos, de conformidad con el principio de legalidad en el debido proceso, que se establezca en el ordenamiento jurídico Colombiano presupuestos claros y concretos para la calificación jurídica en los preacuerdos, de modo que de esa manera se garantice un debido proceso que corresponda con el factor justicia. De la investigación que se hizo sobre los preacuerdos y negociaciones, se desprende que si existen presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica en un preacuerdo, esta figura fue consagrada desde la constitución como del sistema acusatorio, esta logra su desarrollo en virtud de la Ley 906 de 2004 y la directiva 01 de 2006, donde se hace énfasis en la calificación jurídica, como esta calificación jurídica tiene su desarrollo en la norma sustantiva, código penal es a donde se debe buscar los presupuestos de la calificación jurídica, teniendo primordialmente en cuenta el artículo 6 del C.P., que consagra el principio de legalidad “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”; igualmente

para la calificación jurídica se debe tener en cuenta tres fenómenos que son predicables de una conducta la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que luego de la investigación judicial, quien la llevo a cabo, quien cometió un delito, delitos que deben estar en la norma penal de manera inequívoca, expresa y clara, es por esta razón que si el Fiscal y el Juez atienden de manera precisa los acatamientos de la ley en esta materia, sin que se pueda decir que la norma tenga vacios en los presupuestos para la calificación jurídica de la conducta penal, podemos decir, que la constitución y la ley y su desarrollo jurisprudencia dicen de manera clara que debe hacer el fiscal para realizar la adecuación jurídica de la conducta, el fiscal debe respetar el principio de legalidad en el debido proceso, pero en ocasiones los fiscales no han observado los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica en un preacuerdo, sin tener en cuenta el principio de legalidad no garantizando un debido proceso, sustentando un preacuerdo por las vías de hecho, generado nulidades.-

Se pudo obtener abundante literatura sobre la figura de los Preacuerdos y negociaciones en la constitución política, en el código de procedimiento penal en la jurisprudencia y la doctrina se profundizo sobre los tópicos relacionados en este trabajo final, con relación a la calificación jurídica plasmada en los preacuerdos, en consecuencia se puede ofrecer información académica relacionada con esta figura, con el fin de que los jueces y fiscales puedan tener un texto de referencia.

## **8. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

### **8.1.- LOS PRESUPUESTOS DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA QUE REALIZA EL FISCAL Y EL CONTROL JURÍDICO EN EL MARCO DE LOS PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL DESDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DEBIDO PROCESO**

Al analizar los presupuestos para la calificación jurídica en un preacuerdo, desde el principio de legalidad en el debido proceso, tenemos que la figura de los preacuerdos tiene sus fundamentos en principios consagrados en la constitución y la Ley, aunque la Constitución Colombiana solo refiere a la figura de los preacuerdos como una figura correspondiente al sistema acusatorio, esta figura tiene su desarrollo dentro de la Ley 906 de 2004, y en cuanto a la calificación jurídica, los artículos 348 y 351 inciso tercero y la Directiva 01 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación, hacen referencia a que el Fiscal debe evaluar la naturaleza del cargo.- igualmente al momento de precisar que es la calificación jurídica desde el principio de legalidad se debe ir al código Penal, libro primero artículo 6 (principio de legalidad), artículo 9 (típica, antijurídica y culpable), artículo 10 (tipicidad), artículo 11 (antijuricidad) y artículo 12; pues es allí donde se dan las pautas para la adecuación o calificación jurídica de una conducta típicamente relevante. Además que el artículo 13 del C. Penal, nos advierte que las normas rectoras contenidas en el código penal constituyen la esencia y orientación del sistema penal, prevalecen sobre las demás normas e informan su interpretación.- Con lo que podemos determinar que no hay vacíos en el ordenamiento jurídico de procedimiento penal en lo que respecta con la celebración de preacuerdos y la calificación jurídica; pues la normatividad vigente da claridad acerca del procedimiento o en cuanto a los presupuestos legales y constitucionales para

realizar la calificación jurídica en un preacuerdo, que debe hacerse dentro del principio de legalidad que es un presupuesto del debido proceso, que es principio constitucional, legal y procesal.-

Antes de discutir estos resultados, es necesario manifestar que se realizó una confrontación permanente de los resultados y los objetivos, teniendo en cuenta el marco teórico, lo cual permitió un análisis suficiente, que permitió medir los objetivos trazados a través de los instrumentos.

El objetivo trazado se ha cumplido, mediante la lectura de varios libros de autores nacionales e internacionales se comprendió en qué consistían los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal, para lo cual se dio una definición de esta figura; igualmente se pudo determinar en qué consistía el debido proceso y como el principio de legalidad lo estructura y como se aplica este en la figura de los preacuerdos donde el legislador dijo expresamente las finalidades para las que fue creada la figura de los preacuerdos, y advierte al Fiscal que debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento, complementando su estudio lo que ha dicho la corte constitucional al respecto y la Corte Suprema de Justicia en sala de casación penal. De otro lado se comprendió que los presupuestos de la calificación jurídica están dados por el código Penal y también encuentra su desarrollo en la Jurisprudencia Colombiana, dando directrices claras a los fiscales y jueces de cómo debe realizarse la calificación jurídica en un preacuerdo, atendiendo a la real conducta relevante penalmente para el caso concreto.

Todo quedo consignado en el marco teórico, en las fichas bibliográficas y de resumen y jurisprudenciales.

Si tenemos en cuenta lo antes mencionado la Ley si ha sido específica y completa, como para que un fiscal pueda desconocer el principio de legalidad que integra el debido proceso. Además que el Fiscal para realizar la calificación jurídica debe recurrir a la norma sustantiva donde están descritas las conductas delictivas tal y como deben ser aplicadas.-

El modelo procesal penal colombiano fundamentado en la constitución, le da autonomía al Juez de conocimiento, para definir la legalidad del preacuerdo, pero poniendo de presente que existe una fase fáctica y probatoria para definir la legalidad del preacuerdo, que deben coincidir con la realidad de la conducta típicamente relevante. También tiene que verificar la satisfacción de las demás garantías fundamentales, pero por regla general, el acuerdo obliga al Juez de conocimiento.-

Si el juez de conocimiento al analizar los elementos que estructuran el concepto legal, y estos no se dan, debe rechazar el acuerdo, de no hacerlo, estaría incumpliendo sus funciones al pasar por los artículos 121, 122 y 123 de la constitución Nacional, que consagra el principio” De la legalidad de la función pública y de las normas legales vigentes.”.-

Según lo anterior la función del juez también está definida aunque su control al preacuerdo sea inicialmente de carácter legal, puede hacer control para que no se desconozcan los derechos y garantías fundamentales.

De otro lado la corte ha indicado que según lo dispuesto por la Ley 906 de 2004, el proceso puede terminar de manera anticipada, en los casos en que se celebre acuerdo entre la fiscalía y el imputado o procesado y éste sea aprobado por el juez. El fin de estos acuerdos, es 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, en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el sistema procesal penal de tendencia acusatoria. Es decir que la corte respalda lo consagrado en la Ley 906/2004, con respecto a los preacuerdos y las negociaciones.-

Refuerza lo antes dicho la sentencia C- 1250 del 5 de diciembre de 2005, MP, Clara Inés Vanegas Hernández, sobre los preacuerdos, dice: "... el Fiscal , en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la Ley Penal preexistente, para ello debe observar la estricta legalidad que comprende : la obligación que tiene el legislador de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones: 1 ) La prohibición de la analogía ( nullum crimen, nullapoena sine legestricta ); 2 ) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena ( nullum crimen, nullapoena sine legestricta ); 3 ) la prohibición de la retroactividad ( nullum crimen, nullapoena sine legepraevia ); 4 ) la prohibición delitos y penas indeterminados ( nullum crimen, nullapoena sine legestricta ); 5 ) el principio de lesividad del acto ( nullalexpoenalis sine iniuria ); 6 ) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito ( nullum crimen sine necessitate ) y 7 ) el derecho penal de acto y no de autor.

Igualmente la Corte en Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis., recalca, que en un Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley, lo que a su vez fue tomado de La Sentencia C-710/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Según lo antes mencionado ni el Fiscal ni el Juez pueden actuar por fuera de la ley, en sus actuaciones, razón por la cual no le sería a ninguno de los dos funcionarios justificable desconocer el principio de legalidad en el debido proceso.-

La doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley. En consecuencia la labor del juez penal se debe limitar, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.

Para efectos de controlar la legalidad del preacuerdo, el funcionario de conocimiento deberá, en primer lugar, verificar que la situación fáctica referida en el escrito presentado por las partes sea idéntica a los hechos imputados por la Fiscalía en la respectiva audiencia preliminar. Y, a continuación, tendrá que estudiar si dichas circunstancias ostentan una debida consonancia frente a la adecuación típica

plasmada en el escrito del preacuerdo, sin perjuicio de que corresponda o no a la calificación jurídica de los hechos atribuida en la formulación de imputación.

De este principio objetivo general, se desprende la hipótesis de este trabajo que consiste en que la ley y la jurisprudencia probablemente no señalan claramente los presupuestos legales y Constitucionales para la calificación jurídica adecuada en el contexto de los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso Penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso y si los presupuestos legales y constitucionales que actualmente pueden existir en Colombia para la calificación jurídica en un preacuerdo como forma de terminación anticipada del proceso penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso son claros y suficientes para proteger la garantía fundamental del debido proceso, existiendo además falta de control en los jueces de instancia que aprueban los preacuerdos pese al desconocimiento de garantías fundamentales, para la respuesta a este interrogante se tuvo en cuenta las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en sala de casación penal y una decisión del tribunal de Popayán de donde se infiere que en algunas oportunidades si se ha dado el desconocimiento del principio de legalidad como elemento que integra el debido proceso por los fiscales y jueces, porque han realizado preacuerdos donde no se han observado estos presupuestos legales y constitucionales para esa calificación jurídica del preacuerdo, pero en ocasiones ha sido por falta de sustento probatorio o teniendo el sustento probatorio se ha sacrificado con el fin de ofrecer rebajas de pena al realizar un preacuerdo como forma de terminación anticipada del proceso penal.

## **8.2 DESCRIBIR LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS COMO FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

Se encontraron descripciones del preacuerdo como forma de terminación anticipada del proceso, en la doctrina como la de Whanda Fernández León, en su libro Procedimiento Penal Acusatorio y Oral, emite el siguiente concepto sobre los preacuerdos y negociaciones “ En el ámbito de la justicia penal, los preacuerdos y las negociaciones se identifican con las vías transaccionales o compromisos pactados entre las dos partes – acusado y defensa-, a la manera de un contrato o negocio jurídico tradicional, quizás atípico en cuanto al objeto, que no es otro que el riesgo pero siempre voluntario, bilateral y consensual, que busca la aceleración del proceso y la no tramitación del juicio. Equivalen, en la praxis negocial, a arreglos o sentencias preacordadas, fruto del trabajo de los adversarios, obviamente con la imperiosa participación del imputado o acusado, reservándose al juez, únicamente, su aprobación o su rechazo; este último, en la mayoría de los casos, excepcional”. También se encontró la definición Alejandro Garzón Marín y otros autores, en su libro NEGOCIACIONES Y PREACUERDOS, emiten el siguiente concepto sobre la negociación: “ La negociación hace parte del fenómeno jurídico de los procedimientos abreviados, consistiendo en el juicio que se le hace a un imputado en donde se le impone una pena, por la comisión de un hecho de carácter penal, prescindiendo de la oralidad, la contradicción, la publicidad y la producción de pruebas, previo a la conformidad entre el Ministerio Público y el imputado .

La negociación consiste en unas conversaciones que se sostienen entre el Ministerio Público Fiscal y el imputado o acusado, con los propósitos siguientes:

Por parte de la Fiscalía:

- Lograr la aceptación del imputado o acusado de los cargos que se le formulen mediante una manifestación de culpabilidad.
- Conseguir la anuencia del imputado o acusado, abreviar la actuación penal de manera que evite que el caso llegue a juicio oral y público, dándole celeridad al manejo de las investigaciones o acusaciones que la fiscalía lleve en curso.

Por parte de la defensa:

- Lograr una disminución considerable de pena con base en el beneplácito del imputado o acusado frente a los cargos formulados por la fiscalía.
- Evitar que el caso llegue a la audiencia de juicio oral y público cuando la defensa tenga la convicción, que de llegar a esa audiencia, las posibilidades de éxito serán remotas.

Concluidos los diálogos y perfeccionando el convenio, se surte el control jurisdiccional de la negociación para su aprobación o rechazo.

La negociación pertenece al género de preacuerdos convencionales, que al mismo tiempo es manifestación del Derecho Penal Consensual.

También Alejandro Garzón Marín y otros autores, emiten un concepto sobre Preacuerdo estrictu sensu, así: “Es un pacto celebrado entre el Ministerio Público Fiscal e imputado o acusado con el objeto de acelerar el procedimiento penal con base en un ofrecimiento de reducción de pena fija, cuantificada numéricamente en la norma procesal penal, a cambio de la aceptación de culpabilidad por parte del sujeto pasivo del ejercicio de la persecución o acción penal.

Los autores Alejandro Garzón Marín y otros, igualmente emiten un concepto sobre preacuerdo legal de la siguiente manera: "Es un convenio entre el Estado penal e imputado o acusado, sin que intervenga el Ministerio Fiscal en este pacto. Significa que entre Ministerio Público Fiscal e imputado o acusado no existe preacuerdo convencional,..."

La definición de Preacuerdo desde el punto de vista del Derecho Procesal penal, se tiene la que fue utilizada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sala de Decisión Penal. Auto de segunda Instancia del 31 de julio de 2007, y es la siguiente: "Los preacuerdos son actos que se producen como consecuencia de una negociación informal que se realiza entre el Fiscal y el imputado o acusado y su defensor que puede llevar a una terminación anticipada del proceso, o lo que es igual, permite legalmente proferir una sentencia sin el agotamiento de todas las etapas procesales ordinarias".

El objetivo trazado se ha cumplido, mediante la lectura de varios libros de autores nacionales e internacionales y la jurisprudencia nacional, de los cuales se extrajo varias definiciones de preacuerdos y negociaciones, se obtuvo un concepto de esta figura, de la lectura de la Ley 906 de 2004, se pudo observar cómo fue concebida la figura de los preacuerdos y negociaciones dentro del proceso penal Colombiano y como la jurisprudencia lo ha desarrollado para un mejor entendimiento en su aplicación y así cumplir los fines del Estado para la cual fue creada.

En cuanto a la definición de los preacuerdos se han dado distintos conceptos y definiciones, pero creo que desde el punto de vista del Derecho Procesal penal, la dada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sala de Decisión Penal. Auto de segunda Instancia del 31 de julio de 2007, es una definición muy completa: "Los preacuerdos son actos que se producen como

consecuencia de una negociación informal que se realiza entre el Fiscal y el imputado o acusado y su defensor que puede llevar a una terminación anticipada del proceso, o lo que es igual, permite legalmente proferir una sentencia sin el agotamiento de todas las etapas procesales ordinarias”.

### **8.3 DELIMITAR LOS PRESUPUESTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CONDUCTA PUNIBLE EN LOS PREACUERDOS DESDE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DEBIDO PROCESO**

Delimitar los presupuestos legales para la calificación jurídica de la conducta punible en los Preacuerdos: **Los presupuestos legales:** se encuentran en las normas que debe tener en cuenta el Fiscal a la hora de realizar la calificación jurídica de la conducta punible, como son los 348 y 351 inciso tercero, del C. P. Penal y la directiva 01 de 2005 de la Fiscalía General de la Nación, esta normatividad le está diciendo al Fiscal que debe evaluar la naturaleza de los cargos, que es la calificación jurídica de la conducta, para ello hay que acudir al Código Penal que es el orientador de cómo debe realizarse la calificación jurídica artículo 6 (principio de legalidad), artículo 9 (típica, antijurídica y culpable), artículo 10 (tipicidad), artículo 11 (antijuricidad) y artículo 12 (culpabilidad); pues es allí donde se dan las pautas para la adecuación o calificación jurídica de una conducta típicamente relevante. Además que el artículo 13 del C. Penal, nos advierte que las normas rectoras contenidas en el código penal constituyen la esencia y orientación del sistema penal, prevalecen sobre las demás normas e informan su interpretación.- La normatividad vigente da claridad acerca del procedimiento a seguir al realizar la calificación jurídica, que debe hacerse dentro del principio de legalidad que es un presupuesto del debido proceso.-

Delimitar los presupuestos Constitucionales para la calificación jurídica en un preacuerdo: **Presupuestos constitucionales**: hay varias sentencias que nos informan sobre estos; que se resumen en el principio de legalidad que es garantía del derecho a un debido proceso; a.-“que el fiscal, en ejercicio de su facultad, no puede crear tipos penales, los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponde conforme a la ley penal preexistente”, (sentencia de la Corte constitucional C-1250 del 5 de diciembre de 2005, MP. Clara Inés Vanegas Hernández), b.- Que para la legalidad del preacuerdo se debe tener en cuenta que existe una fase fáctica y probatoria para llegar a la negociación, que debe coincidir con la realidad de la conducta típicamente relevante (sentencia de 8 de mayo de 2007, radicado 190016100602200780231, sala penal del Tribunal superior del Distrito Judicial de Popayán, MP. Jesús Alberto Gómez. c.- “se deben formular tanto la imputación como la acusación, con todos los factores que incidan en el grado del injusto... los cargos en sus componentes facticos y jurídicos resultan inmodificables en eventos de allanamientos, acuerdos o preacuerdos...” (sentencia de la corte suprema de justicia, providencia 28 de noviembre de 2007 que fue traída a colación dentro de la sentencia de la corte constitucional C-025 de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto). De otro lado la Corte Suprema de Justicia en el expediente No. 27759 del 12 de septiembre de 2007, MP. Alfredo Gómez Quintero, habla de la imputación jurídica circunstanciada, en donde no se le pueden dar a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda, donde solo se puede hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la administración de justicia. Igualmente el expediente No. 29979 del 27 de octubre de 2008 MP Julio Enrique Socha Salamanca, dice que el Fiscal no tiene la plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, si no que se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. En la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que corresponden a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el

código penal. Esto quiere decir que la calificación jurídica se hace en base a un delito preexistente en la Ley penal.-

Se estableció el criterio legal y jurisprudencial para la calificación jurídica de la conducta punible, en un preacuerdo, desde el principio de legalidad en el debido proceso. De los dos presupuestos legales y jurisprudenciales se desprende que es necesario para que la conducta sea punible tres fenómenos la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, predicables de una misma conducta, como el resultado de la investigación penal y quien la llevo a cabo cometió un delito, delito que debe estar consagrado en la Ley, que es el principio de legalidad que es presupuesto del debido proceso.

Se estudiaron algunas sentencias proferidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación penal, acerca de la facultad de que dispone el Fiscal para calificar jurídicamente una conducta punible, se pudo observar que en la ley y la jurisprudencia si existen con claridad los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica en los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal.-

El objetivo trazado se ha cumplido, mediante la lectura de varios libros de autores nacionales e internacionales y la jurisprudencia nacional, de donde se desprende que es necesario contar con una conducta relevante para el derecho penal, que este descrita en la ley penal en el código penal, que existan elementos probatorios que den fe de la existencia la conducta típica, al realizar la calificación jurídica de la conducta punible en los preacuerdos; todo lo anterior significa que es esencial atender al principio de legalidad en un preacuerdo como un elemento que integra

el debido proceso, porque así lo manifiesta la constitución, la ley, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte constitucional y también lo ha dicho la corte Suprema de Justicia en algunas providencias donde ha hecho referencia al tema del principio de legalidad y el debido proceso, en los preacuerdos y negociaciones.- .

## 9. CONCLUSIONES

**9.1** Del análisis y delimitación de los presupuestos legales y constitucionales para la calificación jurídica en un preacuerdo como forma de terminación anticipada del proceso penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso, se desprende que lo primero que tiene que tener en cuenta el Fiscal es que la constitución política consagra en su artículo 29 el derecho al debido proceso y el principio de legalidad, sobre la base de que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión que no se conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto significa que una determinación no puede ser adoptada sino dentro de los límites fijados por una ley material anterior. Además tiene que saber los límites que impone el principio de legalidad y sobre su estrecha relación con los postulados de reserva legal (sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras, establecer penas privativas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición) y de tipicidad (el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible. También debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición).- La Corte en Sentencia C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis., sostuvo que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté proscrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley.,

Que como presupuesto legal debe ir al código de Procedimiento Penal que le está informando en qué consiste la figura de los preacuerdos y como debe llevarse a la práctica y los artículos 348 y 351 inciso tercero y la directiva 01 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación, le está diciendo al Fiscal que debe evaluar la naturaleza de los cargos, que es la calificación jurídica de la conducta.- Además que el artículo 13 del C. Penal, nos advierte que las normas rectoras contenidas en el código penal constituyen la esencia y orientación del sistema penal, prevalecen sobre las demás normas e informan su interpretación, es así como se debe acudir al Código Penal que es el orientador de cómo debe realizarse la calificación jurídica y esto lo empieza en el artículo 6 (principio de legalidad) que es el mismo principio consagrado en la constitución, luego el código habla del delito y dice que para que una conducta sea punible deber ser según el artículo 9 (típica, antijurídica y culpable), este artículo 10 (nos informa que es la tipicidad), el artículo 11 (que es antijuricidad) y artículo 12 (que es la culpabilidad); pues es allí donde se dan las pautas para la adecuación o calificación jurídica de una conducta típicamente relevante. Es por lo anterior que podemos decir que en la normatividad vigente si se señalan claramente la existencia de presupuestos legales y constitucionales del procedimiento para realizar la calificación jurídica, que debe hacerse dentro del principio de legalidad que es un presupuesto del debido proceso.-

En cuanto a los presupuestos que ha mencionado la Jurisprudenciales para la calificación jurídica en un preacuerdo: hay varias sentencias que aclaran, sobre la calificación jurídica de la conducta que debe hacer el Fiscal en un preacuerdo: a.- “que el fiscal, en ejercicio de su facultad, no puede crear tipos penales, los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponde conforme a la ley penal preexistente”, (sentencia de la Corte constitucional C-1250 del 5 de diciembre de 2005, MP. Clara Inés Vanegas

Hernández), b.- Que para la legalidad del preacuerdo se debe tener en cuenta que existe una fase fáctica y probatoria para llegar a la negociación, que debe coincidir con la realidad de la conducta típicamente relevante (sentencia de 8 de mayo de 2007, radicado 190016100602200780231, sala penal del Tribunal superior del Distrito Judicial de Popayán, MP. Jesús Alberto Gómez Gómez. c.- “se deben formular tanto la imputación como la acusación, con todos los factores que incidan en el grado del injusto... los cargos en sus componentes facticos y jurídicos resultan inmodificables en eventos de allanamientos, acuerdos o preacuerdos...” (sentencia de la corte suprema de justicia, providencia 28 de noviembre de 2007 que fue traída a colación dentro de la sentencia de la corte constitucional C-025 de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto). De otro lado la Corte Suprema de Justicia en el expediente No. 27759 del 12 de septiembre de 2007, MP. Alfredo Gómez Quintero, habla de la imputación jurídica circunstanciada, en donde no se le pueden dar a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda, donde solo se puede hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la administración de justicia. Igualmente el expediente No. 29979 del 27 de octubre de 2008 MP Julio Enrique Socha Salamanca, dice que el Fiscal no tiene la plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, si no que se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. En la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que corresponden a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el código penal. Esto quiere decir que la calificación jurídica se hace en base a un delito preexistente en la Ley penal.-

El Fiscal tiene el deber de observar la estricta legalidad que comprende: la obligación que tiene el legislador de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones: 1 ) La prohibición de la analogía ( nullum crimen, nullapoena sine lege stricta ); 2 ) la prohibición del derecho

consuetudinario para fundamentar y agravar la pena ( nullum crimen, nullapoena sine legescripta ); 3 ) la prohibición de la retroactividad ( nullum crimen, nullapoena sine legepraevia ); 4 ) la prohibición delitos y penas indeterminados ( nullum crimen, nullapoena sine legecerta ); 5 ) el principio de lesividad del acto ( nullalexpoenalis sine iniuria ); 6 ) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito ( nullum crimen sine necessitate ) y 7 ) el derecho penal de acto y no de autor.

9.2 La labor del juez penal se debe limitar, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. Por regla general el Juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos abreviados u ordinarios, ni a las consecuencias que de ello se derivan, pero, excepcionalmente deben hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

El modelo procesal penal colombiano fundamentado en la constitución, le concede al juez de conocimiento la autonomía para definir la legalidad del preacuerdo, sobre todo si se tiene en cuenta que existe una fase fáctica y probatoria para llegar a la negociación, que deben coincidir con la realidad de la conducta típicamente relevante.

Si el juez de conocimiento al analizar los elementos que estructuran el concepto legal, y estos no se dan, debe rechazar el acuerdo, de no hacerlo, estaría incumpliendo sus funciones al pasar por los artículos 121, 122 y 123 de la

constitución Nacional, que consagra el principio” De la legalidad de la función pública y de las normas legales vigentes.”.-

Para efectos de controlar la legalidad del preacuerdo, el funcionario de conocimiento deberá, en primer lugar, verificar que la situación fáctica referida en el escrito presentado por las partes sea idéntica a los hechos imputados por la Fiscalía en la respectiva audiencia preliminar. Y, a continuación, tendrá que estudiar si dichas circunstancias ostentan una debida consonancia frente a la adecuación típica plasmada en el escrito del preacuerdo, sin perjuicio de que corresponda o no a la calificación jurídica de los hechos atribuida en la formulación de imputación.

9.3 Como definición de Preacuerdo desde el punto de vista del Derecho Procesal penal, se tiene la siguiente que fue utilizada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sala de Decisión Penal. Auto de segunda Instancia del 31 de julio de 2007, y es la siguiente: “Los preacuerdos son actos que se producen como consecuencia de una negociación informal que se realiza entre el Fiscal y el imputado o acusado y su defensor que puede llevar a una terminación anticipada del proceso, o lo que es igual, permite legalmente proferir una sentencia sin el agotamiento de todas las etapas procesales ordinarias”.

## 10. RECOMENDACIONES

10.1 El artículo 351 C.P.P. inciso 4 y 5 “los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, el examen permitido al juez de conocimiento en Colombia opera apenas formalmente, sin que sea viable que verifique aspectos tales como la contundencia de las pruebas, su legitimidad o las posibilidades de que se pueda obtener condena. Por eso lo ideal es que se regule este tema, que los legisladores lo hagan en las leyes (expedición normativa). Definir que el juez pueda intervenir en la legalidad de la calificación jurídica de un preacuerdo.-

10.2 Es importante que se establezca en las cátedras de derecho procesal el estudio de los presupuestos legales y Constitucionales para la calificación jurídica adecuada en el contexto de los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal, desde el principio de legalidad que integra el debido proceso, para que se pueda ejercer una correcta administración de justicia.

**10.3** Se deben concientizar a todos los operadores judiciales, sobre la importancia de realizar una adecuada calificación jurídica en los preacuerdos, sin desconocer los presupuestos legales y constitucionales porque de ello depende la justicia en la decisión final y que se respete el principio de legalidad en el debido proceso.

10.4 Para unificar los presupuestos legales y constitucionales es necesario el aporte de las universidades, de los operadores jurídicos y de la comunidad académica en general, pero para ello se deberían realizar capacitaciones a todos

los antes mencionados, por parte de los profesores y doctrinantes internacionales que han estudiado y profundizado sobre el tema; y después de realizar la capacitación, realizar conversatorios, en donde hayan conclusiones respecto a este tema tan importante para la obtención y aplicación de herramientas para obtener mejores fallos, fallos que sean más acordes con la realidad, justos y legítimos.-

10.5 Se recomienda la realización de estudios posteriores al tema de los presupuestos legales y jurisprudenciales para la calificación jurídica de los preacuerdos, pues se aprecia poca investigación al respecto a nivel nacional, al igual que muy poco desarrollo doctrinal en relación con este tema, a la luz de la variación introducida por la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se implemento el sistema acusatorio oral en Colombia. Es momento de que se cree conciencia sobre la importancia que tiene este tipo de estudios para el desarrollo de nuevas teorías que puedan ser llevadas a la práctica jurídica y aplicadas por los Fiscales en los preacuerdos que celebran con el imputado o acusado.

10.6 Por la importancia que tiene el presente proyecto, se sugiere socializar los resultados del mismo con las entidades y personas que tienen que ver con la labor de administrar justicia, a fin de crear conciencia sobre la importancia que tiene la aplicación de los presupuestos legales y jurisprudenciales en la calificación jurídica en los preacuerdos y la decisión judicial, pues la adopción de estos dotara las decisiones de una mayor legitimidad frente a sus destinatarios. En este sentido se recomienda su socialización por medio de seminarios, diplomados, talleres, cursos, entre otros dirigidos a los funcionarios y empleados de la rama judicial, a la Fiscalía, procuraduría, funcionarios de la defensoría pública, abogados litigantes y estudiantes de los últimos semestres de derecho, ya que el conocimiento del tema

podrá servir como factor de estudio para determinar si algún preacuerdo fue realizado sin la observancia de los presupuestos legales y jurisprudenciales.

## **11. ÉTICA**

En todas las fases del proceso de investigación se observa que se ha tenido en cuenta toda la normatividad que refiere al derecho de autor y el estatuto de propiedad intelectual de la Universidad de Medellín.

## 12. BIBLIOGRAFÍA

- ÁNGEL LONDOÑO, Jaime y otros. Módulos de Formación para Fiscales en “Estructura del Proceso Penal”. SE, Bogotá D.C., Fiscalía General de la Nación, 2007, ISBN: .143 P.
- ARANA MONTOYA, Edgar Augusto y otros, el sistema Acusatorio y los preacuerdos. SE. Medellín, Universidad de Medellín, 2008, ISBN: 978-958-8348-18-6. P 25 – 31.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael y otros, “litigación estratégica, en el nuevo proceso penal”. Primera edición, Santiago-chile, C y C impresores san Francisco 1434 Santiago, 2005, ISBN: 956-238-551-5, P 130-137.
- BUITRAGO RUÍZ, Ángela María y otros, “XXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal: La reforma a la Fiscalía. Aspectos procesales”. Primera edición, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2003, ISBN: 958-616-760-7 P 13 -
- Constitución Política de Colombia de 1991. Medellín, Editorial Señal Editora, 2003
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral: “Preacuerdos y Negociaciones en los Modelos Norteamericanos” Segunda edición, Volumen II, Bogotá, D.C, Colombia, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2010, ISBN: 978-958-707-191-7, P 411-435.
- GARZÓN MARÍN, Alejandro y otros, “Negociaciones y preacuerdos: Conceptos y Derecho comparado” primera edición, ediciones nueva jurídica, Bogotá D.C., 2007, ISBN 978-958-98052-3-7, PÁG 1-13, 164-165.
- GUILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean, Diccionario jurídico, se, Bogotá D.C, Editorial Temis S.A, 2004, ISBN: 958-35-0125-5, pág 56.

- OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el sistema penal Acusatorio Colombiano. Bogotá D.C., Fiscalía General de la Nación, 2005, ISBN: 958-97542-5-2, 215 P.
- RAMIREZ RAMIREZ, Mónica Cecilia, “La Negociación en el Sistema Penal Acusatorio”. Medellín. Tesis de Grado Universidad de Antioquia, 2008, pág 30-41.
- RESTREPO, Jaime y GUERRERO, Jorge, Vocabulario Jurídico, Segunda edición, Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., ISBN: 958-35-0062-3, pág 116.

#### Artículos de Revista

- AMBOS, Kai. Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional: Principio y Proceso Acusatorio desde una perspectiva histórica. Bogotá. Legis Editores S.A, 2009, P 5-36.
- CÁLLE CALDERON, Armando Luis, “Acerca de la Reforma Procesal Penal, una nueva aproximación”. EL: Nuevo Foro Penal, Bogotá D.C. No. 67, Enero – junio de 2005, P 145 -173.
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. “Los Preacuerdos y la técnica de consenso”. En: Ámbito jurídico, Bogotá D.C. No.361, enero de 2013, P 14-15.
- SINTURA VARELA, Francisco José, Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional: preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. Bogotá. Legis Editores S.A, 2004, ISSN 1692-1682. P 85-108.
- SINTURA VARELA, Francisco y otros, Sistema Penal Acusatorio “preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”. Primera edición. Bogotá D.C., Universidad del Rosario, 2005. ISBN:: 958-8225-40-X. P 195SE

## Cibergrafía

- CÁLLE AGUAS, Gabriel Enrique, “La regla técnica de la congruencia en el sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004”. Medellín – Colombiano, 2013. Pág 32. En: [http://www.repository.Eafit.edu.co/bitstream/.../GabrielEnrique\\_CalleAguas\\_2012.pdf](http://www.repository.Eafit.edu.co/bitstream/.../GabrielEnrique_CalleAguas_2012.pdf). Consultado el 3 de junio de 2013 a las 3:45p.m.
- CORTES VELASCO, Margarita Rosa, “son los preacuerdos entre fiscalía y acusado verdaderos mecanismos de política criminal?”. Colombia. Pág . En: [www.alfonsozambrano.com/.../conf-preacuerdos-fiscal.doc](http://www.alfonsozambrano.com/.../conf-preacuerdos-fiscal.doc). Consultado el 16 de junio de 2014 a las 6:50 p.m.
- STEPANIAN SANTOYO, Antoine Joseph, “Acuerdos y Preacuerdos”. En: <http://www.richardgorky.com/ensayos/acuerdosypreacuerdos.pdf>. Consultado el 3 de junio de 2013 a las 03:59 p.m.
- PÉREZ CEBADERA. María Ángeles. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL. En: [http://www.elderecho.com/civil/prueba-ilicita-proceso-civil\\_11\\_283555003.html](http://www.elderecho.com/civil/prueba-ilicita-proceso-civil_11_283555003.html). Consultado el 18 de agosto de 2012 a las 2:15 p.m.
- PAITA BRAVO, Guiovanny, “invariabilidad de la formulación de la imputación por el Acto de Allanamiento a cargos”. Cali – Colombia, 2011. Pág 15. En: <http://www.bibliotecadigital.usbcali.edu.co/>. Consultado el 3 de junio de 2013 a las 4:00 p.m.
- RIVERA LEÓN, Mauro Arturo, “Algunas consideraciones sobre el procedimiento Abreviado”. En:

[http://www.revistajuridicaonline.com/imagenes/stories/revistas/2009/26\\_2\\_algunas\\_consideraciones\\_pdc](http://www.revistajuridicaonline.com/imagenes/stories/revistas/2009/26_2_algunas_consideraciones_pdc). Consultado el 12 de junio de 2014 a las 9:35 p.m.

- VILLALBA MARTÍNEZ, Ardy José, “Negociaciones y preacuerdos”. Colombia. 2013. Pág 80. En: <http://www.buenastareas.com/ensayos/los-preacuerdosynegociaciones-procedimientos/25967183.html>. consultado el 3 de junio de 2013 a las 03:27 p.m.

### Jurisprudencia

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 del 5 de Diciembre de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación con radicado No. 29.979 del 27 de octubre de 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.-
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación con radicado No. 21.494 del 23 de agosto de 2006. M.P. Javier Zapata Ortiz.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación con radicado 23.883 del 28 de Noviembre de 2007. M.P. Alfredo Gómez Quintero.-
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de Casación con radicado No. 23.521 del 5 de Noviembre de 2008. M.P. Alfredo Gómez Quintero.-