

Las Dinámicas del Sistema Penal Acusatorio en el Marco del Preacuerdo como Mecanismo de Terminación Anticipada

The Dynamics of the Adversarial Criminal Justice System in the Framework of Plea Bargaining as an Early Termination Mechanism

Odila Ester Pérez Reyes¹ 

Juzgado Penal de Montería - Colombia



Para citaciones: Pérez Reyes, O. (2024). Las Dinámicas del Sistema Penal Acusatorio en el Marco del Preacuerdo como Mecanismo de Terminación Anticipada. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 16(34), 420-437. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.16-num.34-2024-4537>

Recibido: 02 de junio de 2024

Aprobado: 16 de agosto de 2024

Editor: Jorge Pallares Bossa. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2024. Pérez Reyes, O. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

En Colombia confluyen una serie de garantías y obligaciones en el marco del sistema penal acusatorio, es así, como una breve contextualización y análisis de los condicionamientos a los que se ven sometidos mecanismos de terminación anticipada como los preacuerdos, permite plantear una discusión en torno a las finalidades, motivaciones y condicionamientos sobre lo que se desarrolla y se erige el margen de maniobrabilidad de la fiscalía para que negocie con el encartado, bajo la limitación del principio de discrecionalidad reglada, legalidad y el de proporcionalidad de la rebaja en la sanción. Lo que ha permitido concluir que, el sistema penal acusatorio es un modelo que ha concretado una serie de garantías en aras de consolidar la protección de bienes jurídicos no sólo a través de la persecución penal; sino que través de la flexibilización en el marco procesal sin que ello implique la renuncia a la persecución penal.

Palabras clave: Discrecionalidad; calificación jurídica; legalidad; preacuerdos proporcionalidad.

ABSTRACT

In Colombia, a series of guarantees and obligations converge within the framework of the adversarial criminal justice system. Thus, a brief contextualization and analysis of the constraints imposed on early termination mechanisms, such as plea bargaining, allows for a discussion about the purposes, motivations, and limitations shaping the prosecutorial discretion to negotiate with the accused. This discretion operates under the boundaries of regulated discretion, legality, and proportionality in sentence reduction. This analysis leads to the conclusion that the adversarial criminal justice system represents a model that has materialized a set of guarantees aimed at protecting legal interests not only through criminal prosecution but also through procedural flexibility, without abandoning the commitment to prosecution.

Keywords: Discretion; legal qualification; legality; pre-agreements proportionality.

¹ Abogada-Universidad del Sinú, Especialista en Derecho Constitucional-Universidad del Sinú, Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales-Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Penal-Universidad Pontificia Bolivariana. odilamoon@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La justicia premial, al lado de otras formas de terminación anormal, fueron previstas en Colombia con el cambio introducido por el Acto legislativo 3 de 2002, mediante el cual se dio el impulso a la implementación del sistema penal acusatorio y con ello surgieron además, fórmulas de resolución de los conflictos, destacando la ruta ordinaria del proceso penal, como la alternativa para resolver el menor número de casos; de ahí que, los preacuerdos se vislumbren como una alternativa que le dé celeridad al aparato judicial en materia penal. Es así, como bajo estas estructuras, emerge la necesidad de plantear una serie de condicionamientos que se fundamentan en la tutela de los bienes jurídicos objeto de protección, a los que se circunscribe la persecución penal, de conformidad a sus alcances y/o limitaciones.

Es por lo que, inicialmente se plantean algunas nociones sobre la esencia, reforzamiento y protección de los bienes jurídicos protegidos, de cara a los preacuerdos como mecanismo alternativo de terminación de la persecución penal, por medio de la que se ofrece una salida negociada en la que mediante la aceptación de culpabilidad, se negocian beneficios con el ente acusador, es decir, con la Fiscalía. Aunado a lo anterior, se pone de presente un breve abordaje frente a la naturaleza de los preacuerdos y a su vez su finalidad; entendiendo que a través de los mismos, no sólo se tiene por pretensión ofrecer celeridad a los procesos judiciales, sino que además, se pretende garantizar el respeto a derechos que no pueden ser objeto de negociación, dada la naturaleza de los bienes jurídicos agraviados o en razón a sujetos de especial protección objeto del injusto penal sobre los cuales media protección reforzada y en consecuencia se colige, que no media flexibilidad ante el menoscabo de sus derechos; tal es el caso de los menores y adolescentes.

Posteriormente, se plantea un breve paralelo entre los preacuerdos y allanamiento a cargos, entendiendo que median una serie de momentos procesales en los que pueden configurarse, y en razón a las que se atribuyen diferentes beneficios, producto de la negociación entre el ente acusador y el procesado; entendiendo, además, que se deben tener presente una serie de condiciones, en razón a que, no se debe ir en menoscabo de los actores que intervienen en el proceso.

De igual manera, se esboza un breve repaso por algunos referentes jurisprudenciales que desde la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se han venido desarrollando, en este sentido, se destaca el papel de la víctima en el marco de los preacuerdos; toda vez que, dentro del sistema penal acusatorio, no se limitan a ser meros intervinientes, en su lugar se reconoce a la víctima como sujeto procesal, en el que tal como ha sostenido Márquez (2010) es deber del Estado, investigar y sancionar de manera adecuada a los autores y partícipes en la comisión de delitos, y a su vez, es imperioso que se le garantice a la víctima un recurso judicial efectivo. Es así, como, con arreglo a

esta serie de compromisos del Estado, y en consecuencia a quienes administran justicia, el deber y la potestad, en este evento del juez, valorar el cumplimiento de garantías tanto para el procesado como para las víctimas.

Por último, se trae a colación, como el sistema penal acusatorio que tiene lugar en el ordenamiento jurídico colombiano, no es exclusivo del sistema jurídico colombiano; toda vez que, dicho sistema, obedece a una tendencia que ha tenido auge en América latina en razón a un movimiento que tuvo lugar en los años 80s; como consecuencia del desgaste al que se encontraban sometidas las instituciones jurídicas en materia penal, debido a que los sistemas que venían desarrollando eran de naturaleza inquisitiva; lo que a su vez se traducía en un complejo sistema, donde por regla general, no mediaba la separación de poderes en torno al proceso penal, y en donde quien investigaba era a su vez quien juzgada; por lo que se limitaban las garantías para el procesado.

Metodología

Mediante un análisis de los fundamentos y la legitimidad del derecho penal colombiano como mecanismo de protección y reivindicación de derechos, se realizó una breve contextualización frente al fundamento de los instrumentos de los que se vale el derecho penal en aras de resolver los conflictos sociales que se derivan del delito y en consecuencia la búsqueda del restablecimiento del derecho. En este orden de ideas, se aborda la dinámica que se gesta desde los preacuerdos como mecanismos de negociación de culpabilidad; desde su naturaleza, alcance y operatividad en el sistema penal acusatorio.

Aunado a lo anterior, en aras de realizar un acercamiento a la funcionalidad del preacuerdo como mecanismo que dentro del sistema penal acusatorio se ofrece como alternativa al juicio oral; se realiza un pequeño paralelo con la figura del allanamiento; posteriormente, a partir de una revisión a precedentes desarrollados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se ofrece un panorama frente al desarrollo jurisprudencial en la materia, con la finalidad de dilucidar como elementos sustanciales y procesales tienen el potencial de ofrecer dinamismo y eficiencia a los procesos judiciales en el marco del derecho penal. Por último, en un intento por establecer puntos de encuentro se realizó un breve repaso por los puntos en común sobre los cuales se gestó el sistema penal acusatorio en América latina.

Terminación anticipada del proceso: preacuerdos

En el marco de las obligaciones del Estado en lo que respecta a la protección de derechos frente a los cuales media el garantizar la protección y condiciones de goce, emerge la potestad de ejercer la persecución penal ante la flagrante vulneración de los bienes jurídicos protegidos. Entendiendo estos, como el derecho que se pretende proteger, y por ende garantizar desde las diferentes formas en las que se presenta; ya sea real, jurídico, físico, etc. (Reinhart, 1962);

de ahí que el cometido de la *última ratio* sea el garantizar al hombre el poder de proveerse de aquello que exteriormente necesita para realizarse como persona. (Creus, 1985) cuando desde las demás esferas del derecho no es posible.

En este orden de ideas, tal como señala Zamora (2008) la protección de los mismos se da a través de la amenaza a los hipotéticos agresores mediante la utilización del bien jurídico en el tipo, de ahí que por medio de amenaza de pena frente a actuaciones en las que se menoscabe de manera particularmente peligrosa intereses generales o en su defecto, en aquellos delitos de omisión se configura reproche ante la no realización de la actuación mandada cuando existe la posibilidad de realizar la acción omitida. En consecuencia, tal como sostiene Leyva y Lugo (2015) en esencia, la función del derecho penal es proteger bienes jurídicos y a su vez motivar conductas respetuosas, ajustadas al orden jurídico y social que se establece a través de las normas legales.

En consecuencia, desde el sistema penal acusatorio que emerge con la Ley 906 de 2004, se plantean nuevos esquemas; tales como la oralidad, a través de la cual se pretende imprimir de celeridad a la actuación procesal. Aunado a lo anterior, se distingue una herramienta a través de la cual se brinda una salida alternativa a los procesos judiciales bajo un panorama judicial que apela a mecanismos alternativos de terminación, esto es, los preacuerdos de cara a la necesidad de atender a los principios de descongestión procesal en el escenario judicial y en arreglo a la economía procesal.

Es así, como desde que acontece la indagación y entre tanto no prospere una decisión judicial en firme; a través de la cual se determine la responsabilidad por parte del investigado; se opera bajo la presunción de inocencia dispuesta en el artículo 7 del CPP; resaltando la norma que, la carga de la prueba respecto a la demostración de esa responsabilidad descansa en la fiscalía, y, como estándar probatorio obligado se exige para desvirtuarla, el convencimiento más allá de toda duda. Sin embargo, este principio se flexibiliza, en punto a las terminaciones anticipadas, a partir de las cuales, no se genera un debate probatorio en el escenario natural: juicio oral, sino que, se decide, con soporte en prueba sumaria: elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida.

En consecuencia, es posible distinguir como en el marco de los preacuerdos se establecen unas condiciones mínimas a través de las cuales se blindan de garantías; de ahí que se colija que debe mediar un mínimo respaldo probatorio que les pueda sustentar, a partir del cual sea posible identificar elementos de responsabilidad del procesado que desvirtúen la presunción de inocencia y a su vez fundamentos de hecho razonables que sustenten lo negociado, sin que se atente contra derechos y garantías tanto del procesado como de la víctima.

Por ende, en una etapa temprana de la investigación o cuando ya se perfecciona la misma; si media decisión libre, consciente e informada del involucrado, de

renunciar a la discusión probatoria prevista en el artículo 7 *ídem*, la fiscalía obviaría el proceso que implica demostrar a la luz de la certeza racional, bajo el escenario ordinario, la existencia del delito y la vinculación a éste de la persona. En esa medida, con arreglo a un escenario anormal o de reconocimiento voluntario de culpabilidad, posibilita la maniobrabilidad de las partes o al menos esa capacidad de autocomposición del conflicto, la cual se entroniza como uno de los pilares en materia de preacuerdos.

Esta concepción plantea un nuevo enfoque de los esquemas y propone un modelo tendiente a la humanización del sistema, bajo el modelo penal acusatorio, procura abrir perspectivas de solución del conflicto más amplias, en las cuales, no sólo se de participación activa al inculcado en la resolución de su asunto, descargando al Estado de demostrar, agotado el trámite procesal en su integridad la responsabilidad penal de la persona, en su lugar, posibilita que en la medida de sus derechos, la víctima tenga un lugar protagónico, inclusive para expandir alternativas de solución del conflicto.

En este sentido, es preciso destacar el papel de la víctima en el marco de los preacuerdos; toda vez que, dentro del sistema no se limitan a ser meros intervinientes, en su lugar se reconoce como sujeto procesal, en el que tal como ha sostenido Márquez (2010) es deber del Estado investigar y sancionar a los autores y partícipes en la comisión de delitos y, a su vez, es imperioso que se le garantice a la víctima un recurso judicial efectivo. Es así, como en arreglo a esta serie de compromisos del Estado, y en consecuencia a quienes administran justicia, les asiste el deber y la potestad, de hacer realizable, el cumplimiento de garantías mínimas tanto del procesado como de la víctima en la realización del preacuerdo. De lo anterior, se desprende que sea exaltada la mediación, el principio de oportunidad, como generadores de cambios, a través del impacto favorable en temas de reconciliación, y no repetición, posicionándose la víctima y victimario como verdaderos protagonistas del conflicto y por ende como administradores de su resolución.

Todo para señalar que, la aplicación de los mecanismos que integran la justicia premial (allanamientos, preacuerdos o negociaciones) o las formas de finalización alternativa de las causas penales (principio de oportunidad), no sólo deben apreciarse como un reparto de dádivas para quien delinque, y, en la necesidad apremiante de descongestionar el sistema judicial, sino, catalogarse como una verdadera herramienta de restablecimiento del tejido social quebrantado por el delito, en el cual, la autocomposición del conflicto, sin que se traduzca en privación de la acción penal, sea un estandarte del sistema penal acusatorio. Puesto que, resulta en todos los casos la obligatoriedad de la persecución penal con ocasión de la comisión de delito y en razón a que se tenga conocimiento de los hechos que lo configuren (Ferrajoli, 2009).

En este orden, Bernal y Montealegre (2013) sostienen que la negociación para la declaración y alegación de culpabilidad, conocidas en el derecho

estadounidense como “*Plea Bargaining*”, opera como una transacción entre el fiscal y la defensa en búsqueda de sometimiento y la suspensión de las garantías que la Constitución reconoce al procesado, como el derecho a un juicio público. Se cambia así, la concepción tradicional de solución del conflicto, a partir del agotamiento de las etapas ordinarias del proceso penal, para abrirle espacio a una terminación célere, que haga realizable una respuesta a la demanda de la administración de justicia, esto es, su funcionalidad, entrando a participar, otros principios y garantías procesales, como, la dignidad humana, el plazo razonable, justicia pronta y eficaz, ponderando unos fines, que involucren a los afectados, asimismo a los inculpadados en la definición del asunto, tal como dispone el artículo 348 del CPP.

Negociación que, en todo caso deberá ponderarla el ente acusador, en el entendido de que, si su pretensión punitiva puede cederse debido a circunstancias particulares del caso, el impacto menor en la afectación de los bienes jurídicos, o si no le será posible o se dificultará con la práctica de prueba en juicio oral, acreditar *verbi gratia* todos los agravantes, o que, se logren los fines que entrañan los preacuerdos, listados en el artículo 348 mencionado; dado que, de no participar al lado de la economía procesal traducida en una terminación anticipada del proceso penal, estas consideraciones, se traducirían en la simple renuncia a la persecución penal, de ahí que, los cambios que se generen a partir de los preacuerdos, sean racionales, pero deberán ser analizados caso a caso, sin desconocer las pautas generales que demanda la norma para ese efecto.

Los preacuerdos y allanamiento a cargos

Es preciso distinguir la relevancia que tienen dos momentos procesales a la hora de que se configuren los preacuerdos; en primera medida el que tiene lugar en el artículo 350 del CPP (desde la audiencia de formulación de la imputación) y el que plantea en el artículo 352 del CPP (posteriores a la presentación de la acusación). En el primer evento, se entiende que el preacuerdo negociado debe introducirse en la acusación para su respectiva presentación al juez de conocimiento; bajo este escenario se constata una especie de acusación acordada en lo concerniente a la adecuación típica con sujeción a los hechos en el proceso, pero no una negociación frente a las consecuencias jurídicas frente a las que solo el juez de conocimiento le asiste la potestad de definir, en obediencia a la separación en los órganos a cargo de la administración de justicia; toda vez que, tal como dispone la normativa procesal en su artículo 350, le corresponde a la fiscalía adelantar el ejercicio de la acción penal y a su vez realizar la investigación de los hechos que revistan la calidad de delito; no obstante, el juzgamiento le atañe al juez en ejercicio de su función judicial.

Cabe agregar que median algunas críticas a la forma en la que en la práctica es interpretado el artículo 350 del CPP; lo anterior, en razón a que tal como lo sostiene Saray Botero & Uribe Ramírez (2017) ante acuerdo de tipificación de conducta de manera específica, con la finalidad de disminuir la pena, sólo puede

mediar una aceptación y declaración de los cargos imputados y no los negociados; toda vez que, con el preacuerdo sólo se pretende una reducción en el monto de la pena, y no se persigue la declaración de responsabilidad penal por el delito objeto de negociación, lo que de alguna manera, pone en tela de juicio su legalidad y debido proceso, en razón a que la condena, se da en razón a un delito diferente al cometido por el imputado; aunado a lo anterior se entraría en un escenario de vulneración de los derechos de la víctima, específicamente, en lo que concierne a su reparación, en razón a que, tras el cambio en la tipificación del delito bajo el principio de unidad de jurisdicción, puede ocurrir el evento en el que no se pueda determinar responsabilidad civil del asunto, y propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados a la víctima.

Aunado a lo anterior, se constata, como se impone una carga o deber del funcionario, que, haciendo parte del consenso, el cual no es otro que la fiscalía, y, de acuerdo con el principio constitucional de unidad de gestión, observe las directivas de la fiscalía general de la Nación, y la política criminal trazada por ese ente, con el propósito de aprestar la administración de justicia. Desde aquí, se va perfilando el carácter autocompositivo del mecanismo. Por su parte, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 350 a 353 del CPP, en principio, sugerirían, que el legislador reunió en exclusivo a lo atinente a la justicia premial, dando las pautas generales sobre su aplicación en los casos concretos, pues, se fijan etapas, alcance de las concesiones, a manera de ejemplo, readecuación de la conducta punible con mira a disminuir la sanción penal, modalidades y límites.

No obstante, la comprensión de las disposiciones en cita, bajo un criterio sistemático que permita establecer la pretensión del legislador al crear la norma, conducen a considerar que, la teleología de los institutos: preacuerdos y allanamientos, no se reduce al mero contenido normativo antes aludido, por lo tanto, para comprender su alcance, es necesario, acudir a las disposiciones que contemplan la aceptación unilateral de cargos y las manifestaciones de culpabilidad preacordadas.

Respalda esta afirmación, el hecho de que, en el desarrollo mismo de la audiencia de formulación de imputación, conforme al contenido del artículo 288 del CPP, se puntualice como forma de terminación anticipada del proceso, el allanamiento a cargos, y, a continuación, se precise que, la rebaja de pena será, de conformidad con lo señalado en el posterior artículo 351.

Frente a ello, se pueden comenzar a hilar distinciones que el legislador previó, de cara a la aceptación de cargos, desde el estadio procesal temprano en la formulación de imputación, siendo que, de ser unilateral y consultando el momento procesal señalado, la rebaja de pena nos traslada hacia el artículo 351, y si la aceptación es producto de una negociación o preacuerdo, en los términos del artículo 350, puntualiza el inciso primero de esta norma que, desde

la audiencia de formulación de imputación podrán celebrarse acuerdos, no circunscribiendo, pese a habilitar un espacio de determinación temprana del preacuerdo, una proporción específica de rebaja de pena, sino, unas posibilidades de adecuación del comportamiento, que produciría efectos favorables como es natural, para quien renuncia a sus derechos constitucionales a guardar silencio, a la no autoincriminación y a un juicio oral. Por tanto, se determina la presencia de negociación, a partir de supuestos normativos frente a modalidades que implican pactos sobre:

- (i) «los hechos imputados y sus consecuencias» (artículo 351 C.P.P.),
- (ii) «los términos de la imputación» (artículo 350, inciso primero), (iii) la eliminación de «alguna causal de agravación punitiva» o de «algún cargo específico» (art. 350, inc. segundo, numeral primero), o (iv) la tipificación de la conducta «de una forma específica con miras a disminuir la pena» (artículo 350, inciso segundo, numeral segundo). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP55.954, 2019)

En este orden de ideas, mediante el artículo 351 y 352 del CPP, se evoca un momento procesal distinguido desde presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral, y, pese a referirse a la facultad de realizar preacuerdo la fiscalía y el acusado, circunscribe el mismo, al contenido del artículo 351, delimitando la rebaja en una tercera parte. Por tanto, al analizar en conjunto el contenido de esta norma, con el artículo 356, 367 y 369 del CPP es verdaderamente problemático, por cuanto, si nos referimos al artículo 356, éste contempla la aceptación de cargos unilateral en el estadio procesal: audiencia preparatoria, valga decir, presentado el escrito de acusación, y previo al inicio del juicio oral; esto es, en el trámite intermedio, en una proporción de rebaja de “hasta en la tercera parte”, de conformidad con el artículo 351, porcentaje que guarda relación, pero que es diferente, al consagrado en el artículo 352, pues mientras este último refiere “en una tercera parte”, el 356 muestra la reducción “hasta en la tercera parte”.

Asimismo, el artículo 352 del CPP extiende el porcentaje de descuento hasta *el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral*; esto es, en uno distinto al previsto por el 367, que trata de la instalación misma del juicio oral una vez sea instalado el mismo; mediante la cual, de declararse culpable se dará apertura al derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible. Ahora bien, en cuanto a las manifestaciones de culpabilidad preacordadas previstas (Art.369 L. 906/2004, Art.369) en la última fase de la actuación penal (Artículo 369 CPP), es decir, el juicio oral, no se dispone un límite de rebaja, de cara al estadio o momento en que se realice el preacuerdo, simplemente alude al evento en que se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la acusación.

Por consiguiente, tanto en los preacuerdos como en la aceptación de cargos, están previstas unas etapas que van determinando el menor o mayor

descuento, con arreglo a la salida consensuada, es decir, vía preacuerdo, en el que se prevén rebajas punitivas más considerables, que de optar por el camino de la aceptación de cargos no se alcanzaría, haciendo gala además, de una propuesta, en punto a que, ante el vacío legal relativo a que, sea posible preacordar cuando ya se presentó teoría del caso, inclusive, terminada la práctica probatoria de la fiscalía, se podría acudir al mismo decremento sancionatorio, como si se estuviera al inicio del interrogatorio, frente a la aceptación de responsabilidad del encartado (Omaña & Villamizar, 2018). No es de extrañar entonces, que la rebaja en sí misma, dependerá del principio de progresividad y a su vez del momento en el cual se realice la manifestación de aceptación” (Peláez, 2020).

Es así, como al ofrecer como propuesta preacuerdos y su posterior concreción, deben ser claras las causales que habiliten la realización de los mismos; teniendo de presente que, actualmente, tenemos dos disposiciones, el artículo 350 y el 351 del CPP, debiendo ser una sola norma, que concrete las modalidades de preacuerdos, las oportunidades para acudir a aquellos, y que la distinción entre preacuerdos y allanamiento a cargos, de manera clara, insistiendo en que el 352 inciso 2° involucra otro tema que no se relaciona con el momento o la oportunidad del mecanismo, que es el nivel de la rebaja, confundiéndolo nuevamente con la causal de allanamiento a cargos.

Los preacuerdos y su desarrollo jurisprudencial contemporáneo

En el marco de los preacuerdos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, desde diversos pronunciamientos, no ha fijado derroteros claros y/o consistentes, a lo largo de la implementación del sistema de corte acusatorio, se puede decir que, en lo concerniente a los preacuerdos aún siguen varios tópicos en construcción; uno de ellos, es el relativo a la proporcionalidad de la rebaja, según el momento procesal en que se realiza la negociación, como límite en aquellos casos en los que se acuerda el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, con incidencia únicamente en la pena, esto es, de cara a las modalidades de preacuerdo planteadas.

Ahora bien, a partir de dos casos concretos, examinados a través de la Sentencia SU-479 de 2019, se influenció el cambio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de preacuerdos, hasta posteriormente convertirse en referente obligado citar la Sentencia CSJ No. 52227 del 24 de junio de 2020; en esta decisión, la Corte Suprema, entroniza la viabilidad de celebrar la negociación, cuando no hay base fáctica que soporte el cambio de calificación jurídica de la conducta, siempre y cuando se haga con el único fin de menguar la pena, sin que se afecte la tipicidad del comportamiento. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.52227, 2020)

Se puede identificar además, otro pronunciamiento como el contenido en la sentencia CSJ No. 50659 de julio 8 de 2020, mediante la cual categoriza como

“meramente enunciativo” el momento de la actuación; aunado a lo expresado en la Sentencia No. 51478 de 2020, a partir de la cual se plantea que, el cambio de calificación jurídica sin base probatoria sólo es viable con mira a disminuir la pena, igualmente hay que considerar un factor objetivo adicional al de la proporcionalidad en la rebaja, en arreglo al estadio procesal en el que se realizó la negociación, que gestó la reiteración de las reglas de derecho y por ende un abordaje sistemático del ordenamiento jurídico.

Es así, como en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios, que a su vez se traducen en guarismos dependiendo de la modalidad que se opte y en consecuencia se aplique la respectiva sanción, es decir, un monto determinado de la sanción prevista por el delito consumado, en su defecto la cantidad que represente el pacto por degradación (deducción del equivalente a una agravante o cargo específico) o el equivalente a una tipicidad conexa al reproche punitivo menor (readecuación). Estas situaciones generan las modalidades de preacuerdo simple con degradación, re adecuación típica, sin rebaja de pena y con culpabilidad preacordadas. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.52227, 2020)

Por otra parte, la Corte Constitucional, frente a los preacuerdos plantea de cara al reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, contemplada en el Art. 56 del Estatuto Penal que, ante la ausencia de soporte fáctico y probatorio, para su determinación, cobran especial atención el delimitar la trascendencia de los principios y garantías constitucionales, al interior del proceso penal. De ahí, que a partir de la sentencia SU-479 de 2019, se discute el principio de legalidad y las facultades de la fiscalía en la celebración de los preacuerdos, y, del reconocimiento de una circunstancia de atenuación punitiva, cuando no se deriva su presencia, de los hechos jurídicamente relevantes del caso.

En este sentido, se hace hincapié en que, ante delitos graves, en los cuales, se vieron involucrados sujetos de especial protección constitucional como víctimas, se resalta la necesidad de que la fiscalía no actúe en lo sucesivo, arbitrariamente, sino, conforme a los hechos acontecidos, en razón a los límites al poder discrecional de la fiscalía, esto es, una discrecionalidad ajustada a reglas y controles, cuando celebra preacuerdos, los cuales, no pueden desatender enfoques diferenciales cuando estos cobren presencia, en cabeza de los sujetos procesales, mucho menos, los fines instituidos en la celebración de los preacuerdos, al ser sus finalidades, las que hacen de los preacuerdos, una institución constitucionalmente admisible. (Corte Constitucional, Sentencia SU-479, 2019)

Lo anterior, en arreglo a que a la hora de referirse a la operatividad frente a los preacuerdos es importante traer a colación que en este ámbito negocial penal, media una importante prohibición; y esto es, frente a la posibilidad de realizar preacuerdos en el marco de delitos contra menores y adolescentes tal como se

predica en la ley 1098 del 2006 específicamente en el numeral 7 del artículo 199, mediante el cual de manera taxativa se señala que “No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004”; en este orden de ideas, se erige una clara prohibición frente a los mismos, al respecto destaca el contenido del artículo 5 de la ley 1761 de 2015, en lo concerniente al feminicidio; al igual que frente a los menores, al respecto, lo expresado en la sentencia C-738 de 2008 que “el derecho del menor tiene prevalencia sobre los demás de conformidad con el principio de interés superior del menor”. En este mismo sentido tal como establece la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C- 073 de 2010, afianzando lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, frente a delitos en donde se pongan en riesgo bienes jurídicos protegidos derivados de delitos de “delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos” se da la exclusión de beneficios y subrogados. (Corte Constitucional, Sentencia C-073, 2010)

En esta dirección, la Corte Constitucional explica que, la humanización de la pena, como uno de los propósitos a conseguir en la celebración de los preacuerdos se traduce en la disminución del rigor de la sanción, y, para ese efecto, como herramienta necesaria, se tendría que presentar una readecuación del tipo penal, o la consideración de dispositivos amplificadores, ora, circunstancias de atenuación punitiva, a ese paso, se soluciona el conflicto, de cara a la imposición de una pena; la cual, a su turno, facilita la reparación de los perjuicios a la víctima.

En cuanto al fin, fija la Corte Constitucional que, se traduce en la oportunidad de que, la persona involucrada, colabore en la construcción de la verdad procesal, según los hechos evidenciados probatoriamente, conforme a unas determinadas circunstancias temporales, espaciales y modales, un desconocimiento de estas últimas, por lo menos, cuando no existe siquiera una relación lógica derivada de los hechos y la evidencia, desconoce el necesario equilibrio que debe presentarse en la satisfacción de los derechos del encartado, como el de las víctimas, trastocando parámetros mínimos de justicia e igualdad. Como regla de derecho, se insiste por el alto tribunal que, el uso razonable y proporcional de los preacuerdos, debe consultar principios constitucionales, los hechos jurídicamente relevantes, en concordancia, con el soporte probatorio de aquellos, para así determinar una adecuada relación, a la luz de la calificación jurídica acordada. (Corte Constitucional, Sentencia SU-479, 2019)

Por ello, el juez de conocimiento debe corroborar que, el núcleo fáctico del delito acusado se mantenga, aún, a partir de la realización del preacuerdo, por cuanto, al celebrarlo, no se puede disponer indiscriminadamente del tipo penal, sino que, aquél, debe ser el resultado de los soportes fácticos y probatorios. En esa medida, los hechos se mantienen, y será objeto de preacuerdo, su valoración jurídica o tipificación. Insiste la Corte Constitucional que, los jueces

de conocimiento, deben ejercer un control de límites legales y constitucionales, precisando que su intervención no es ilimitada, porque ello, podría traducirse en la desnaturalización de la institución, y, de cara a lo negociado, si bien es cierto, implica ello, flexibilizar la estimación del delito, para el reconocimiento de circunstancias que aminoren la pena, como la marginalidad, se debe tener un mínimo probatorio que la respalde, es decir, evidencia al menos sumaria, si, contrario a ello, no encuentran sustento en los hechos, el fiscal estaría modificando el tipo penal, lo cual, les está vedado.

En este sentido, se precisa que, frente a las modalidades de preacuerdos, se plantea como median eventos en los que ante los presupuestos antes debatidos se plantean acuerdos simples, en los que se confiere una degradación de la sanción, deduce un agravante o cargo específico; lo anterior, respaldado en el inciso 2 del artículo 350 del CPP. No obstante, se destaca, que una de las pautas para medir qué tanto se cede, es precisamente, el momento procesal en el cual se da el preacuerdo, lo cual se identifica con una de sus finalidades como es la pronta justicia. Así, entre más cerca esté la actuación, consultará un descuento más benéfico. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.114112, 2020)

Al respecto, es válido traer a colación el contexto señalado por López (2021) quien describe como en la esencia convencional o ficticia del preacuerdo, no puede exigirse la presencia de un soporte probatorio respecto al delito menguado; que si bien es cierto, respetando el principio de presunción de inocencia, el estatus demostrativo para determinar la existencia de aquél, debe adecuarse normativamente a la conducta castigada por el legislador; no es menos cierto que, la pena, traducida en el beneficio por la renuncia a los derechos a ser juzgado por la vía ordinaria, y por tanto, que la fiscalía cumpla con la demostración de responsabilidad penal, se ajustará a una sanción no aplicable, y sí, escogida como contraprestación al negocio realizado.

En este sentido, el preacuerdo es estimado como una especie de ficción jurídico penal, en punto al delito acordado, que de estar probado, que el encartado se encuentra inmerso en una de dichas circunstancias de menor punibilidad, vendría es a tener acceso pleno y directo a las prerrogativas que ellas implican en el ordinario adelantamiento del proceso penal; lo anterior en obediencia, a criterios de verdad no solo formal, sino material, que de no configurarse no tendría razón de ser, el acogerse a los beneficios ofrecidos a partir de un preacuerdo. (López, 2021)

En consecuencia, tal como ha descrito la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, en diversos pronunciamientos como el del 14 de abril de 2021 (Rad. 54691) o el de febrero 27 de 2019 (Rad. 51596); al traer a colación los fines inherentes a los preacuerdos de cara al artículo 348 del CPP, median una serie de límites al poder de negociación de la fiscalía; por ende, el juez habrá de establecer en cada caso si estos son o no cumplidos. (Corte Suprema de

Justicia, Sala de Casación Penal, Rad.54691, 2021), es decir, si bien hay una serie de parámetros sobre los cuales se expresa su viabilidad, no es menos cierto que se requiere por parte de la autoridad competente (fiscalía) estudiar las particularidades del caso, en aras de determinar no solo su procedencia, sino que además su alcance de cara a las limitaciones incorporados en esta figura.

Fundamento del sistema penal acusatorio

De conformidad a lo señalado en el ordenamiento jurídico colombiano a través del artículo 93 y 94 constitucional, en armonía con el artículo 3 de la ley 906 de 2004, se desprende la obligación de introducir al interior de las actuaciones procesales lo establecido en los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia. De ahí que, a la hora de realizar la interpretación del alcance de derechos y garantías al interior del proceso penal, se deben tener en cuenta los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario como garantía constitucionalmente establecida. (Avella, 2007).

Es así, como en el marco del derecho internacional median una serie de instrumentos de especial atención y sobre los que se sustenta el sistema penal acusatorio, tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, frente a los cuales se destacan parámetros relativos a principios como la celeridad, publicidad, inmediación y contradicción; elementos propios del sistema penal acusatorio. (Cruz, 2007)

Bajo este panorama es comprensible, como el sistema procesal acusatorio en materia penal, ha permeado algunas estructuras jurídicas latinoamericanas como el sistema acusatorio chileno o el argentino. No obstante, la correcta estructuración de este está condicionada a que se cumplan o no los principios que lo fundan (Binder, 2000). Es así, como la lógica que debe guiar las actuaciones bajo este sistema, no es acelerar el tramitar la mayor cantidad de expedientes; en su lugar la pretensión debe centrarse en propender por soluciones el conflicto que dio lugar al proceso judicial. (Díaz, 2017).

Aunado a lo anterior, se tiene como el sistema acusatorio tiene como elemento característico y/o distintivo, el que plantea la igualdad de condiciones entre el sujeto acusado y la parte acusadora; toda vez que, hay una separación de la función acusadora y la decisoria; a partir de la cual se plantea un debate público, oral, contradictorio y continuo; en donde las pruebas sean valoradas de conformidad con la sana crítica. (Rúa, 2009).

De ahí, que tal como describe Díaz (2017) en las últimas décadas, se ha desarrollado una creciente actividad de reformismo en el marco de los sistemas de justicia penal con tendencia acusatoria, en gran medida debido a que los sistemas judiciales imperantes eran de tipo inquisitivo, con el que el común denominador de que presentaba terribles fallas en el servicio de justicia debido a la poca capacidad de investigación efectiva, evidentes demoras y un alto nivel

de formalismo; a lo que se añadió el movimiento reformista generado a través de la publicación del Código Procesal Penal modelo Iberoamérica en 1988 por los profesores Jaime Bernal Cuéllar Ada Pellegrini Grinover y Julio B. Maier en el contexto de las Jornadas Iberoamericanas de derecho Procesal, desarrolladas durante la década del '80.

Conclusiones

En el marco del derecho penal se estructura todo un andamiaje en torno a la protección de los bienes jurídicos, bajo un sistema que inicialmente plantea prohibiciones frente a las que se erigen una serie de sanciones ante su desatención o posible vulneración. En consecuencia, se evidencia, como la sanción surge como un elemento disuasivo inicialmente de carácter preventivo, posteriormente de resorte punitivo que en esencia, tiene por pretensión la protección de los bienes jurídicos que consensualmente han sido considerados como legítimamente protegidos por la constitución y la ley.

Es así, que tal como describe Ferrajoli (1985) en el marco de los fines y funciones de las sanciones o de la pena, aunque disímiles, consolidan en el plano pragmático la incitación a la indignación moral frente a los delitos y a su vez promueven el reforzamiento de los sentimientos de solidaridad social, en el entendido de que, a través de la cohesión social se pretende la protección de los bienes jurídicos a través del reforzamiento de sentimientos colectivos.

No obstante, es preciso indicar que parte del ejercicio de la acción penal, se permite la implementación de los preacuerdos bajo la finalidad de humanizar la actuación procesal y la pena (artículo 348 CPP) y a través de los cuales se introduzca dinamismo, y se evite el estancamiento o demoras en las actuaciones judiciales, sin dejar de lado las garantías aplicables en el proceso que demandan de las autoridades, no sólo la identificación y atribución de responsabilidades penales con la respectiva imposición de la sanción a la que haya lugar en el marco de una serie de principios rectores y garantías procesales propias del sistema acusatorio.

Sin embargo, este tipo de mecanismos de terminación anticipada del proceso demandan especial atención, en razón a que por sus dinámicas pueden realizar cambios en la calificación jurídica de los hechos que puedan traducirse en la afectación de derechos para las víctimas, en tanto, dicha variación, conduce a un delito aunque sea del mismo género, al revestir menor entidad, puede también traducirse a un delito en el que se exonere de la responsabilidad civil al procesado, en detrimento de la víctima.

En este sentido, los preacuerdos como mecanismos de terminación anticipada del proceso judicial, obedecen a una serie de parámetros y deben estar en arreglo a una serie de previsiones por parte del constituyente y el legislador. En este orden de ideas, ante la presencia de ciertos bienes jurídicos protegidos, es inconcebible la terminación del proceso de manera anticipada, mediante los

beneficios que plantean los preacuerdos; lo anterior, en razón a la relevancia y a la protección reforzada de ciertos derechos sobre determinados grupos sociales o sectores de la sociedad y en punto a ciertas conductas sobre las cuales existe mayor reprochabilidad, por los derechos que se ven directamente afectados.

Ahora bien, es posible distinguir, como en el marco de los preacuerdos se establecen unas condiciones mínimas, a través de las cuales se blindan de garantías; de ahí que se colija que debe mediar un mínimo respaldo probatorio que les pueda sustentar, a partir del cual sea posible identificar elementos de responsabilidad del procesado que desvirtúen la presunción de inocencia y a su vez fundamentos de hecho razonables que sustenten lo negociado, sin que se atente contra derechos y garantías tanto del procesado como de la víctima.

Cabe anotar además, que la implementación de este tipo de mecanismos al interior del proceso penal, no se traduce en la permisividad frente a una posible flexibilización de las garantías y presupuestos sobre los que se funda el sistema penal acusatorio y a su vez tal como ha sostenido la Corte Constitucional a través de la sentencia C- 1260 de 2005, resulta inadmisibile, que en el marco de los preacuerdos se creen tipos penales y mucho menos se menoscaben los derechos del procesado y de la víctima.

Aunado a lo anterior, es posible establecer, que el sistema penal acusatorio colombiano, es un modelo que obedece a la necesidad de superación de un esquema inquisidor, en el que no eran plausibles las garantías para el procesado; toda vez que, en este tipo de modelos se tiene como persecutor al juzgador; por ende, se cuestiona la igualdad que le debe asistir al procesado y su vez es cuestionable la legitimidad del proceso en sí mismo. Por tanto, a través del sistema penal acusatorio se pretendió revestir de legitimidad, garantías y herramientas para los actores en el proceso. Por ende, se evidencia un claro intento de dinamismo en el proceso penal, al introducir este tipo de mecanismos de terminación anticipada como los preacuerdos que, sin desvirtuar la naturaleza de la persecución penal, pretenden conferir celeridad y participación a los actores en el proceso.

Por otro lado, en el marco de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, se evidencian una serie de directrices a partir de las cuales la fiscalía como ente acusador, debe regirse al tratarse de negociaciones, por el principio de discrecionalidad reglada, en donde se debe ponderar hasta dónde otorgar beneficios, para no desconocer derechos de las víctimas, y la misma seguridad jurídica; en arreglo además, a los fines de los preacuerdos, consagrados en artículo 348 del CPP; es así, como a través de límites al poder de negociación de la fiscalía, el juez habrá de establecer en cada caso, si aquellos se cumplen; pues de lo contrario la institución procesal, como eje del sistema penal de corte acusatorio perdería sentido.

Referencias

- Avella, P. (2007). Estructura del Proceso Penal Acusatorio. Escuela de Estudios E Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>
- Congreso de la República de Colombia (20 de diciembre de 2002). Reforma a la Constitución Nacional [Acto legislativo 03 de 2002]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_03_2002.html
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). Estructura y garantías procesales. El Proceso Penal. Bogotá: Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia, (6 ed.) https://catalogo.uexternado.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=115665&shelfbrowse_itemnumber=332906
- Binder, A. M. (2000). Iniciación al proceso penal acusatorio. Editorial Campomanes Libros <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/getDocument.pl?id=6629>
- Creus, C. (1985). Ideas penales contemporáneas, ediciones Astrea, pp. 95 y ss. https://biblioteca.justiciacordoba.gob.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=38433&shelfbrowse_itemnumber=54028
- Congreso de la República de Colombia (24 de julio de 2000). Código Penal [Ley 599 de 2000]- http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Congreso de la República de Colombia. (1 de septiembre de 2004). Código de procedimiento penal [Ley 906 de 2004]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia- [Ley 1098 de 2006]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html
- Cruz, P. (2007). Análisis comparado entre el sistema penal acusatorio colombiano y el estadounidense. https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4886/Penal_acusatorio_Colombia_EstadosUnidos.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Díaz, S. (2017). El Sistema Acusatorio en los procesos penales de América del Sur, Revista Argumentos, Núm. 4 (2017), pp. 1-19 <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47090.pdf>
- Leyva Estupiñán, M. A., y Lugo Arteaga, L. (2015). El bien jurídico y las funciones del Derecho penal. Derecho Penal Y Criminología, 36 (100), 63-74. <https://doi.org/10.18601/01210483.v36n100.04>
- López, D. (2021). *Los preacuerdos penales con circunstancias de menor punibilidad del artículo 56 del código penal, sin base factual, en el ordenamiento jurídico*

- colombiano. Universidad Santo Tomás.
<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/34575?show=full>
- Ferrajoli, L. (1985). El derecho penal mínimo, Universidad de Camerino.
https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_derecho_penal_m%C3%ADnimo_-_ferrajoli_luigi.pdf
- Ferrajoli, L. (2009). Derecho y razón, teoría del garantismo penal, Trotta ok
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5279747.pdf>
- Márquez Cárdenas, A. E. (2010). Actuaciones de las víctimas como sujetos procesales en el nuevo sistema penal acusatorio. *Prolegómenos*, 13(26), 11–28.
<https://doi.org/10.18359/prole.2418>
- Navarro, M. A. (2020). Reflexiones sobre la reparación administrativa en Colombia, y el sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición. *Revista Academia & Derecho*, 11(21), 277–306. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.21.8072>. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/8072/9693>
- Omaña, C. Ortiz, P. y Villamizar, S. (2018). Preacuerdos: Oportunidad procesal en el sistema penal colombiano y beneficios para el procesado. *Repositorio Universidad Libre*, (07):13-19.
<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11710>
- Peláez, A. (2020). *La constitucionalidad de limitar la rebaja de pena en el allanamiento a cargos* [Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia].
<https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/3909>
- Reinhart, M. (1962). Tratado de derecho penal, traducción de Juan Córdoba Roda, ediciones Ariel, Barcelona, pp. 261 y ss
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3805/7.pdf>
- Rua, R.J. (2009). El principio acusatorio y la necesidad de una reforma legislativa, Infojus. https://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc090075-rua-principio_acusatorio_necesidad_una.htm
- Corte Constitucional (10 de febrero de 2010). Sentencia C-073 de 2010 [MP Marco Gerardo Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional Colombiana. (5 de diciembre de 2005). Sentencia C-1260 de 2005. [M.P. Clara Vargas.]
- Corte Constitucional Colombiana. (15 de octubre de 2019) Sentencia SU-479 de 2019. [M.P. Gloria Ortiz.]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 junio de 2020) Sentencia Rad.52227 [M.P: Patricia Salazar].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (8 julio de 2020) Sentencia Rad.50659. [M.P. Patricia Salazar.].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (21 de octubre de 2020) Sentencia Rad.51478, M.P. [Eugenio Fernández Carlier.]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de diciembre de 2020) Sentencia Rad.114112, M.P. [Eugenio Fernández]

Saray Botero, N & Uribe Ramírez, P. (2017). Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el amputado o acusado. Bogotá, Leyer.

Sanabria Moyano, J. E., & Bedoya Cerquera, L. M. (2020). Control de convencionalidad de la reparación integral en las decisiones del Consejo de Estado colombiano. *Revista Academia & Derecho*, 11(20), 193–228. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.20.8049>. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/8049/9680>

Zamora, A. (2008). Bien jurídico y consentimiento en derecho penal. *Letras Jurídicas* Núm. 6, https://cuci.udg.mx/sites/default/files/bien_juridico.pdf