

**EL PREACUERDO Y LA CLASE DE CONTROLES QUE SOBRE EL PUEDE EJERCER EL OPERADOR
JUDICIAL COLOMBIANO**



**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**

CARLOS ARTURO MALAMBO CÁRDENAS

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
Magister en Derecho Procesal Penal**

Director

JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN PROCESAL PENAL

BOGOTÁ D.C., septiembre 2021

EL PREACUERDO Y LA CLASE DE CONTROLES QUE SOBRE EL PUEDE EJERCER EL OPERADOR JUDICIAL COLOMBIANO

Resumen

Bajo la estructura dogmática de un enjuiciamiento penal acusatorio, el juez de conocimiento no puede controlar materialmente los preacuerdos y así lo recoge el ordenamiento adjetivo penal en su artículo 351 inciso 4º, pero la interpretación de éste inciso por parte de la corte constitucional y la corte suprema de justicia ha sido distinto, para la primera, el preacuerdo si tiene control material por parte del juez de conocimiento y para la segunda, aun cuando tiene varias líneas del pensamiento al respecto, su corriente mayoritaria profesa que el juez de conocimiento no puede controlar materialmente los preacuerdos; así las cosas, del estudio dogmático del instituto de los preacuerdos y el análisis jurisprudencial de ambas cortes, se llega a la conclusión que el control a los preacuerdos debe ser formal y excepcionalmente material o sustancial, únicamente para evitar que con el mismo se atente gravemente contra garantías fundamentales.

Abstract

Under the dogmatic structure of an accusatory criminal prosecution, the judge of knowledge cannot materially control the pre-agreements and this is reflected in the criminal adjective order in its article 351 paragraph 4, but the interpretation of this paragraph by the constitutional court and the supreme court of justice has been different, for the first, the pre-agreement if it has material control on the part of the judge of knowledge and for the second, even though it has several lines of thought in this regard, its majority current professes that the judge of knowledge cannot materially control the pre-agreements; Thus, from the dogmatic study of the institute of pre-agreements and the jurisprudential analysis of both courts, it is concluded that the control of pre-agreements must be formal and exceptionally material or substantial, only to avoid that with it it seriously violates fundamental guarantees.

Palabras clave

Instituto del Preacuerdo, preacuerdo en el sistema penal acusatorio, control material a los preacuerdos, Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional.

Keywords

Institute of Pre-agreement, pre-agreement in the accusatory criminal system, material control of pre-agreements, Supreme Court of Justice, Constitutional Court.

Introducción

Contexto del Problema

Del tenor literal del artículo 351 inciso 4º de la Ley 906 de 2004 se desprende que los preacuerdos y las negociaciones “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, es decir, el control que sobre éstos puede ejercer el juez de conocimiento es uno de índole formal (Ley 906, 2004).

Pero, al momento de interpretar la norma en cita, la Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Penal, aun cuando tiene tres (03) líneas del pensamiento disimiles, ha asumido una postura mayoritaria bajo la idea que los preacuerdos y negociaciones no tienen control material por parte de los jueces penales de conocimiento, ya que a éstos, sólo les está permitido analizar que los preacuerdos no violenten garantías fundamentales y el principio de legalidad estricta, por el contrario, para la Corte Constitucional, el juez penal de conocimiento si tiene facultades para realizar un control material a los preacuerdos con el ánimo de evitar que se ponga en entredicho la justicia y los derechos de las víctimas (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019).

Descripción del Problema

Para el año 2002, mediante el acto legislativo 03, reformativo de la Constitución Política de 1991, el Congreso de la República de Colombia, adoptó un nuevo sistema de enjuiciamiento penal, conocido como la Ley 906 de 2004 o sistema penal acusatorio colombiano; el cual trajo consigo un nuevo modelo de justicia denominada –justicia premial- fundamentada en los institutos del allanamiento a cargos, el principio de oportunidad y los preacuerdos (Congreso de la República de Colombia, 2002). Precisamente, éstos últimos se erigen como el instituto jurídico propio de la terminación anormal del proceso penal, dicho en otras palabras, el novedoso sistema está diseñado para que a través de las negociaciones y preacuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje está llamada a resolver los conflictos originados por el delito.

Para el legislador nacional, en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 se estableció que los preacuerdos y negociaciones de las partes, son vinculantes para el juez de conocimiento, aun así, al momento de interpretar el artículo de marras, al interior de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se han edificado tres (03) tendencias diferentes: (i) la que niega cualquier posibilidad de control material de la acusación y de los preacuerdos, (ii) la que permite un control material más o menos amplio con injerencia en temas como tipicidad, legalidad y el debido proceso, y (iii) la que acepta un control material restringido o excepcional, limitado solo a situaciones manifiestas de violación de garantías.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional mediante sentencia de unificación SU-479, ha manifestado que el control que pueden ejercer los jueces de conocimiento sobre los preacuerdos y negociaciones debe ser de índole amplia y material; es decir, existe una clara tensión

interpretativa entre el mandato legislativo y los pronunciamientos de los órganos de cierre ordinario y constitucional (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019).

Pregunta de Investigación

Dicho lo anterior, la pregunta de investigación que se responderá con este trabajo es ¿Cómo se puede realizar controles materiales a los preacuerdos y negociaciones sin violentar la estructura dogmática del sistema penal acusatorio colombiano?

Justificación de la Investigación

El hecho que existan diferentes formas de interpretación del inciso 4º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 - control judicial a los preacuerdos y negociaciones - iniciando desde la perspectiva primigenia del legislador nacional, hasta cada una de las líneas del pensamiento de nuestros órganos de cierre jurisdiccional en lo ordinario y lo constitucional, han generado que los actores del sistema penal acusatorio colombiano, estos es, el juez, el fiscal, la defensa y los intervinientes, no tengan claramente definido si en el instituto de los preacuerdos y las negociaciones, el juez de conocimiento puede o no, ejercer un control material sobre los mismos (Ley 906, 2004).

Así las cosas y bajo los principios estructurales de todo sistema de enjuiciamiento acusatorio el juez es un tercero imparcial desprovisto de facultades acusatorias y de la calidad de parte, en este orden de ideas, su interferencia en los preacuerdos y negociaciones entre las partes, en un principio, debería limitarse a un aspecto estrictamente formal, es decir, velar por las garantías mínimas del proceso, del procesado y de las víctimas; pero permitirle al juez de conocimiento el ejercicio de un análisis material a los preacuerdos y las negociaciones violentaría de consuno las bases estructurales del sistema acusatorio; en este orden de ideas, y acatando el mandato de la Corte Constitucional, moldeado en la sentencia de unificación, se abre la discusión que justifica esta investigación, esto es, definir las formas y modalidades mediante las cuales, los jueces de conocimiento pueden ejercer controles materiales a los preacuerdos y las negociaciones sin desnaturalizar la estructura dogmática del instituto de justicia premial en el sistema acusatorio (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019).

Objetivos de la Investigación

Objetivo General

Determinar la vía jurídica para poder realizar controles materiales a los preacuerdos, sin violentar la estructura dogmática del sistema penal acusatorio colombiano.

Objetivos Específicos

1. Identificar la estructura dogmática del instituto de los preacuerdos en el sistema penal acusatorio colombiano.
2. Distinguir las modalidades de control judicial a los preacuerdos y las negociaciones en el sistema penal acusatorio colombiano.
3. Analizar las posturas jurídicas del control judicial a los preacuerdos y las negociaciones desde la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional Colombiana.

Metodología de la Investigación

Para el desarrollo del texto se empleará un método dogmático jurídico con análisis jurisprudencial, ya que se analizará el concepto doctrinario del instituto del preacuerdo como modalidad de justicia premial desde la doctrina especializada de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Capítulo I

Estructura Dogmática del Instituto de los Preacuerdos en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano

Derecho comparado y tendencias nacionales

El sistema penal acusatorio premial tiene similitudes con el sistema penal norteamericano, el cual tiene sus orígenes en las manifestaciones de súplica que se hacían ante el juez, con el ánimo de obtener benevolencia punitiva. En un principio no existía obligación de contraprestación alguna, aunque en la práctica quien se acogía a la clemencia judicial por lo general obtenía una sanción punitiva inferior a quien era declarado culpable por la vía ordinaria, es decir, quien era vencido en juicio y declarado culpable por un jurado. Así lo precisó el órgano de cierre al exponer que “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” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 29.979, 2008, pág. 12).

Precisamente la Corte Suprema del Estado de Wisconsin así lo refirió en el año 1966, cuando dijo: “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” (De Diego Diez, 1999).

Aun así, las *pleas of guilty* americanas no contaban con una normatividad positiva que atara al juez a ofrecer una pena más benigna como contraprestación de la aceptación de cargos,

es decir, la benevolencia no era obligatoria, ello fue explicado por el órgano de cierre cuando expuso: “no faltaban los funcionarios que en atención a la justicia material del caso concreto, o por su particular postura político criminal acerca del delito cometido, imponían a los culpables confesos sanciones ejemplares” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 29.979, 2008, pág. 13).

Incluso en sus comienzos, los preacuerdos norteamericanos ya no producto de la clemencia sino del consenso entre Fiscalía y Defensa, tampoco obligaban al juez a ofrecer penas más dóciles, así quedo explicado por nuestro máximo tribunal ordinario cuando expresó en la “figura conocida como *plea bargaining*, 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” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 29.979, 2008, pág. 13).

Ahora, para De Diego-Diez (1999) refiriéndose a éstas primeras negociaciones americanas indicó que “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” (p.47).

En concreto, los albores del preacuerdo y la negociación norteamericana, se suscitó como un instituto oculto propio de una costumbre judicial y no bajo una técnica formalizada por la ley o el documento; incluso se entendieron como una forma de limitar la voluntad del procesado, así lo concreta nuestro máximo tribunal al señalar que las 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” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 29.979, 2008, pág. 13).

Esta situación tomo un viraje radical a partir del año 1971, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Santobello v. Nueva York*, avaló como componente del debido proceso las negociaciones entre Fiscalía y Defensa, al señalar que la expresión de consenso conocida como *plea bargaining*, es un componente fundamental en la administración de justicia, que incluso debe ser estimulada ya que de no hacerlo así los Estados y el propio Gobierno Federal necesitarían aumentar considerablemente el número de jueces y los medios de los tribunales (United States Supreme Court. *Santobello v. Nueva York*, 1971).

Las postulaciones de súplica acordadas entre la Fiscalía y la Defensa traen además múltiples beneficios entre los que se destacan, que los procesos judiciales se abrevian, es decir, se obtiene una justicia más pronta, no se perpetua a un procesado con una medida de prisión preventiva que más parece una pena anticipada, se protege a la sociedad con reos que recobran su libertad por vencimientos de términos que luego de los fallos ordinarios deberán ser recapturados, se ofrece una rehabilitación más fidedigna del culpable quien estará sometido a un

tratamiento penitenciario casi concomitante o en postrimerías del delito cometido (United States Supreme Court. Santobello v. Nueva York, 1971).

Hoy en día, en la justicia penal norteamericana, el preacuerdo es vinculante para el juez, ya que, una vez se verifica que la manifestación de aceptación de cargos del acusado fue libre, consciente y voluntaria, y además que el acusado comprendió los derechos a los cuales estaba renunciando al hacer alegaciones de culpabilidad, se eleva la respectiva acta procesal y el juez aprueba la negociación sin reparos, así lo refiere De Diego-Diez () cuando apuntó, “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” (p.73). Finiquitado lo anterior, por regla general el preacuerdo obtiene la ratificación judicial.

En el sistema acusatorio norteamericano, al operador judicial le está vedado ejercer controles materiales a las negociaciones y los preacuerdos, dicha prohibición se encuentra regulada en el “inciso final del artículo 11 literal e) numeral 1 de las Reglas Federales sobre el Enjuiciamiento Criminal”; ahora, como excepción a la regla, solo en el estado de Carolina del Norte se le permite al operador judicial inmiscuirse en las discusiones propias del preacuerdo pero de ninguna forma el juez puede influenciar la voluntad del procesado (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 29.979, 2008).

En idéntico sentido, De Diego Diez (1999) precisó que únicamente en situaciones excepcionales, el juez norteamericano, esencialmente el Tribunal Supremo de Carolina del Norte, ha permitido controlar los preacuerdos bajo dos escenarios. El primero, cuando se vicia el consentimiento del procesado al ser presionado para que acepte los cargos; y segundo, cuando el procesado se declara inocente y exige juicio con jurado, ya que por efectuar esta petición no estaría obligado a soportar un trato que le desmejore su situación jurídica.

Ahora, luego del breve recuento histórico de los preacuerdos y negociaciones del sistema acusatorio foráneo, es preciso inmiscuirnos en el nuestro, y como punto de partida, ha de indicarse que con la expedición de la ley 906 de 2004, no hubo un simple cambio de ley de enjuiciamiento, sino por el contrario, un viraje radical hacia un nuevo sistema de procesamiento penal, por ello es preciso traer a colación lo que al respecto manifestó nuestra Corte: “vale recordar que conceptual y filosóficamente “sistema” es una multiplicidad de conocimientos articulados según una idea de totalidad, esto es, que no comporta conocimientos aislados ni inconexos, pues éste nace por conexión según un común principio ordenador” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 21.954, 2005, pág. 21).

En idéntico sentido, la misma corporación indicó que con la expedición de la ley 906 de 2004, no se efectuó un simple cambio de código, “sino a la implementación de un novedoso modelo de enjuiciamiento criminal, extraño por demás, a la tradición colombiana en materia procedimental penal” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 26.087, 2007, pág. 35).

En otras palabras, el mismo órgano de cierre ordinario, con el sistema penal acusatorio se creó una, “ruptura epistemológica con el sistema de investigación y juzgamiento anterior” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41.375, 2013, pág. 7).

Es decir, para la Corte con la expedición de la ley 906 de 2004, lo que hizo el legislador fue “mudar, de manera total, el sistema de procesamiento criminal. Y ni siquiera fue decisión del legislador, el nuevo paradigma fue obra consciente y ampliamente publicitada del constituyente delegado, por medio del Acto Legislativo número 3 del 2002” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 26.087, 2007, pág. 36).

Así las cosas, para nuestro órgano de cierre los preacuerdos y las negociaciones son en esencia una novedosa forma de justicia “derivada de una concepción premial o transaccional de la justicia. En aras de la practicidad y la eficiencia en la administración de justicia penal, se posibilita la terminación anticipada del proceso por la vía de la aceptación de culpabilidad” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.495, 2017, pág. 11). Dicha figura por demás, cuenta con un debido proceso abreviado debidamente reglado en su filosofía y estructura adjetiva que lo hace diferente del procedimiento ordinario.

En este orden de ideas y consecuente con la filosofía del actual sistema penal de tendencia acusatorio, es preciso indicar que éste sistema se encuentra edificado sobre varios principios fundamentales, entre los que destaca la corte, los de “celeridad y eficacia de la administración de justicia, postulados que necesariamente llevan a la búsqueda de una actuación que implique el menor desgaste de la justicia sin desconocer los valores superiores de justicia, equidad y efectividad del derecho material” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 21.954, 2005, pág. 24).

Dicho de otra forma, con el nuevo diseño del consenso, se espera mayor agilidad y menos desgaste en la administración de justicia gracias al uso de la herramienta del preacuerdo y las negociaciones, claro está sin descuidar los derechos al debido proceso y de defensa, es decir, lo que se pretendió “fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 41.570, 2013, pág. 24).

Es por ello que la arquitectura del sistema penal acusatorio, está delineada según el órgano de cierre, bajo el entendido que, “el derecho penal premial sea, en gran medida, parte estructural de la solución de los conflictos que conoce el derecho penal. Por ello es que el legislador previó en este nuevo sistema el citado Título de PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 21.954, 2005, pág. 24).

Ahora, para la materialización del método del consenso, se han establecido unas rebajas de pena muy significativas y flexibles para los procesados y en contraprestación la administración de justicia recibe además del sometimiento del procesado “el ahorro de esfuerzos procesales, la contribución en la solución del caso, su disposición a reparar efectivamente a la víctima y otras

similares que no se pueden confundir con los criterios establecidos para fijar la pena imponible” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 25.300, 2006, pág. 26).

En conclusión, el sistema de justicia premial representado en el instituto de las negociaciones y preacuerdos, se erige como el pilar fundamental y estructural de cualquier sistema penal acusatorio moderno; por ello con gran atino la doctrina especializada norteamericana y nuestra corte lo han identificado como: “el bastión del sistema acusatorio, pues sin ellas no se podría aspirar a que solo el 10 % de los procesos llegue a juicio ordinario. Son, entonces, la regla y no la excepción” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 25.300, 2006, pág. 33). Pensar de una forma diferente llevaría al colapso del sistema.

En igual sentido pero en otra decisión de la misma corporación, trayendo a colación El Chief Justice Burger en el caso Santonello v. New York, se arribó a la misma conclusión, cuando se indicó que para evitar un colapso del sistema judicial, los procesos penales deben terminar de forma abreviada, textualmente se dijo: “el grueso de los trámites judiciales penales –valga decir, tentativamente, una cifra superior al 90%-, debe culminar por ese camino excepcional para que se garantice la sostenibilidad del sistema” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.184, 2014, pág. 19).

Antecedente Nacional

Para empezar, es preciso indicar que el instituto de la sentencia anticipada y la aceptación de cargos, tienen su génesis en el derecho penal premial, pero cada una guarda características propias que incrustadas en un sistema determinado las hacen diferentes y acordes al mismo. Retrocediendo un poco en el tiempo, con el decreto 2700 del año 1991, que luego fue modificado por la ley 81 del año 1993, se diseñó un modelo mixto caracterizado por “los institutos de sentencia anticipada y de audiencia especial, según los artículos 37 y 37A, respectivamente” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 21.954, 2005, pág. 22).

Respecto del primer estatuto, se tenía establecido que la sentencia anticipada era un acogimiento puro y simple de los cargos, en las etapas de instrucción o en la de juicio y por ello el procesado se hacía merecedor a una rebaja determinada. Ahora, la figura de la audiencia especial era en términos generales un acuerdo de voluntades entre Fiscal y sindicado luego de resuelta la situación jurídica y hasta antes del cierre de la etapa de instrucción, el acuerdo podía girar en torno a los siguientes tópicos “adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, la circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 21.954, 2005, pág. 22). Luego le correspondía al juez aprobar o no el acuerdo llegando incluso su competencia a formular observaciones acerca de la legalidad del mismo o dictar el correspondiente fallo de mérito, dentro del cual determinaba el quantum punitivo.

Luego, con la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, en su artículo 40, se consagró exclusivamente la figura de la sentencia anticipada, para la Corte, el cambio fundamental consistió en la exclusión de la antes referida, audiencia especial, manteniéndose la posibilidad de la aceptación de cargos pero como “un acto unilateral y voluntario del procesado y la consecuencia penológica debidamente delimitada, según la etapa procesal en que se presentara la solicitud, es decir, una tercera (1/3) parte en la instrucción y una octava (1/8) en el juicio” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 21.954, 2005, pág. 23).

Ahora, respecto a la figura de la aceptación de cargos, propia de un sistema acusatorio, la misma deviene disímil del acogimiento a una sentencia anticipada propia de los sistemas inquisitivos, es decir, no existe una equivalencia entre ambos institutos, la Corte al referirse a ambos institutos indicó, “además de que fueron moldeados con arreglo a esquemas constitucionales diferentes, configuran institutos procesales sostenidos en bases filosóficas distintas, aquél en el paradigma del consenso, ésta en el del sometimiento” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 25.300, 2006, pág. 15).

En la actualidad, con la expedición de la Ley 906 de 2004, se implementó una nueva normatividad, básicamente un cambio de paradigma procesal, edificado éste bajo los institutos de una justicia negociada o consensual. Reforma constitucional introducida por el acto legislativo 03 de 2002, que concluyó con la redacción de un título completo para tales fines, el cual fue denominado Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado, figuras procesales eminentemente novedosas respecto de las codificaciones anteriores (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 21.954, 2005).

Así las cosas, con el modelo acusatorio se han definido dos clases de proceso, el ordinario que exige el adelantamiento de todas las fases del proceso, investigación, imputación, acusación, juicio oral, sentencia y su ejecución. Y, el abreviado, que comporta una aceptación de cargos consensuada entre defensa y fiscalía y en la cual el procesado renuncia a sus derechos contemplado en el artículo 8º de la ley 906-2004 y como contraprestación por abreviar el trámite procesal, es decir, no acudir al proceso ordinario, se hace merecedor a sendos descuentos punitivos (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.831, 2017).

Para, Ferrajoli (1995) entre el sistema inquisitivo y el acusatorio existen sendas diferencias, pero entre las más visibles tenemos, que para cada procedimiento existe un juez y un juicio diferente. Respecto del juez en un sistema acusatorio su función se limita a dirimir la controversia de las partes bajo su libre convicción, es decir, el juez es un sujeto pasivo observador y separado del litigio inter partes (fiscalía vs defensa), sin interés particular en la causa penal. Ahora, el juicio es una disputa entre iguales promovido a interés de la acusación fiscal, quien ostenta la carga acusatoria y probatoria, dicho enfrentamiento es arbitrado por un juez en el marco de un juicio público, oral y contradictorio. Por el contrario, es inquisitivo aquel sistema donde el juez es parte del proceso y de oficio puede buscar, recolectar y valorar sus pruebas, además la instrucción del proceso es reservada y escrita, motivo por el cual se considera que los derechos de contradicción y defensa están limitados.

Principios del sistema acusatorio desarrollados en la justicia premial

La estructura dogmática del sistema penal acusatorio colombiano y la justicia premial, se sustenta en los siguientes principios.

El denominado principio de igualdad de armas y separación de funciones, el cual consiste básicamente en que “Fiscalía y defensa gozan de las mismas facultades, en orden, la primera a sustentar la acusación y, la segunda, a desvirtuar o atemperar el reproche penal, sin que exista preeminencia de una parte respecto de la otra” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 26.087, 2007, pág. 37).

Entonces, si existen dos partes con igualdad de derechos y garantías tensionadas en *litis*, debe existir un tercero imparcial ajeno a dicha *litis* que la resuelva, esa es la función judicial en un sistema penal acusatorio, la corte lo ha denominado “una justicia heterocompositiva (juez tercero imparcial resuelve la *litis*)” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 24.531, 2006, pág. 31).

En igual sentido, pero en otra providencia, el órgano de cierre ordinario penal expuso que mediante el acto legislativo 03 de 2002, que dio origen a la ley 906 de 2004, se diseñó un sistema procesal de partes bajo la filosofía del consenso propia de los modelos anglosajones (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.594, 2016).

Así las cosas, en un sistema de partes, la función del juez se concreta en ser imparcial al momento de resolver la *litis*, más nunca involucrarse en las pretensiones de las partes, así lo precisó la corte al decir: “el juez no es parte dentro del modelo procesal penal de la Ley 906 de 2004, que se caracteriza fundamentalmente por la separación de funciones de investigación y juzgamiento, un enfrentamiento con paridad de armas entre acusador y defensa” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.452, 2014, pág. 15).

Ahora, si el sistema acusatorio es un sistema de partes trabadas en controversia punitiva, de igual forma, las mismas partes pueden solucionar dicha *litis* de forma consensuada, no solo la ley 906 de 2004 así lo prevé, sino la propia Carta Política en su artículo 2º permite la participación de los interesados en las decisiones que los afectan, es decir, entre las partes pueden solucionar su caso, en uso de la justicia premial (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 24.531, 2006).

Para Ferrajoli (1995), el principio de separación de funciones es un elemento toral de cualquier modelo teórico acusatorio, se erige como el elemento más importante porque en una estructura lógica, les da cabida a los otros principios acusatorios. La separación de funciones ubica en un extremo a las partes con vocación de postulación (fiscalía y defensa) quienes son las únicas facultadas para activar el aparato jurisdiccional, y en la otra al juez, éste, básicamente es un espectador pasivo y desinteresado que resuelve las controversias presentadas por las partes. Así

las cosas, un tercero imparcial, el juez, representa una garantía orgánica en cualquier sistema acusatorio.

En igual sentido para Montero (1999) el juez no puede ser parte en la controversia puesta a su consideración, ello es una prerrogativa elemental en la noción de jurisdicción en un sistema adversarial, ya que las únicas con intereses subjetivos y contrapuestos son las partes, por ende, el juez debe ser el único imparcial, ello representa la esencia de la función jurisdiccional.

En otras palabras pero con el mismo sentido, Ferrajoli (2001) considera que un juez imparcial no puede tomar partido en la causa, ya que ningún interés ni general ni particular le asiste, su función primordial o esencial, es decidir cuál de las hipótesis presentadas por las partes es verdadera y cual falsa; concluye el escritor indicando que el juez de ningún forma es “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” (p. 580).

Corolario de lo antes indicado, para la máxima corporación judicial la garantía de la imparcialidad se traduce 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” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 29.979, 2008, pág. 31).

Otro elemento fundamental e indicativo de la separación de funciones, es que con la ley 906 de 2004, se despojó al juez de competencias relacionadas con la política criminal del estado, por eso, cuando un juez se entromete en estos asuntos desvertebra el sistema adversarial, ya que dichas funciones en un sistema acusatorio, son inherentes a la fiscalía. Luego si dichas funciones son asumidas por la judicatura, el juez de manera inapropiada estaría asumiendo el cometido institucional y misional de una de las partes, la fiscalía. Así lo precisó la corte cuando señaló que en los albores de la implementación del sistema acusatorio se percibía una “vinculación –equivocada– de los jueces con la lucha contra la criminalidad y la impunidad, la cual va cediendo con el paso de los años en la medida en que se ha ido comprendiendo con mayor claridad el nuevo esquema” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.886, 2013, pág. 14).

Puede concluirse entonces, que entre mayor separación de funciones exista entre el juez y las partes, más cerca se estará de la noción de sistema de tendencia acusatoria, lo contrario, se acerca más a posturas inquisitivas o mixtas cercenadas en la ley 906 de 2004 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41.375, 2013).

Como segundo principio estructural del sistema acusatorio, adoptado mediante la Ley 906 de 2004, se encuentra el de defensa y contradicción, ya que el sistema acusatorio se erige bajo una protección a ultranza de los derechos y garantías del procesado quien en igualdad de armas tiene el derecho de recolectar todos los medios de prueba y confrontarlos con los de la fiscalía. El debate no se da en el escenario de faces instructivas, sino en un juicio oral, público, concentrado,

sin dilaciones injustificadas y con inmediación de las pruebas (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 26.087, 2007).

En tercer lugar, tenemos el denominado principio acusatorio, la corte lo describe indicando que no puede existir “proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*), apareciendo como su nota más distintiva el hecho de que la acusación no puede ser formulada por el mismo juzgador, esto es, existe separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 26.087, 2007, pág. 39).

Este último principio, además, se proyecta en varios sentidos: “(i) existencia necesaria de una acusación; (ii) congruencia entre acusación y sentencia; y (iii) prohibición de la reforma en perjuicio”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 26.087, 2007, pág. 39)

Afianzada esta idea, en un sistema acusatorio con separación absoluta de funciones, el juez imparcial está subordinado al principio acusatorio, ya que no existe trámite o proceso penal sin acusación y ésta no puede ser dirigida, controlado o formulada por el juzgador (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No.37.951, 2013).

En conclusión, la corte resume las características cardinales del modelo acusatorio indicando que la defensa tiene el derecho de confrontación con la fiscalía en el escenario propio del juicio oral, público y contradictorio. Además, el juez imparcial debe guardar marcadas distancias entre las partes (fiscalía y defensa); y la existencia una clara separación de roles y funciones de todos los actores del sistema penal acusatorio -juez, fiscal y defensa- (Corte Suprema de Justicia, Casación No. 39886, 2013).

Capítulo II

Modalidades de control judicial a los preacuerdos y las negociaciones en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano

Aspectos Generales

Para la corte, al momento de la celebración de un preacuerdo o negociación previamente se ha de tener en cuenta todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que delimitan la imputación fáctica y la jurídica. Entre éstas circunstancias se destacan: el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P. Además, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y

conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 41.570, 2013).

Inclusive, a voces de la corte, la negociación o preacuerdo puede incluir los denominados subrogados penales, es decir, la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria; y además, todo lo relacionado con la reparación de los daños causados a las víctimas (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 41.570, 2013).

Ahora, el único mandato de orden legal que establece una pauta respecto de la clase de control que sobre el preacuerdo puede ejercer el juez de conocimiento, es precisamente el inciso 4º del artículo 351 de la ley 906 de 2004 que reza “los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales” (Ley 906, 2004).

Así las cosas, debemos recordar que el principio de legalidad, según Sandoval (2018) cumple una función esencial ya que “dirige el destino y los destinatarios del sistema penal” (p.20).

Colofón de lo anterior, el principio de legalidad en materia penal es en sí mismo un mecanismo de protección y seguridad del ciudadano, así las cosas, con la legalidad penal se pone límites en un estado de derecho y se legitima el sistema judicial, (Sandoval, 2018, pág. 14) . Por ello, cuando la norma establece una indeterminación, es menester del juzgador interpretar y dar el adecuado alcance que el legislador quiso prever en la norma.

Este estado de indefinición normativa, por ausencia de un desarrollo legal más profundo respecto del control judicial a los preacuerdos y negociaciones, tiene sumido en múltiples aprietos a los jueces de conocimiento y los demás actores del sistema penal acusatorio. Amén de lo anterior, al interior del máximo órgano ordinario no existe una única línea interpretativa al respecto; por ello, uno de los institutos del sistema acusatorio nacional que mayores dificultades viene presentando en los estrados judiciales, es precisamente el relacionado con el control judicial a los preacuerdos; en palabras textuales de la corte constitucional “los alcances de las facultades de los operadores judiciales que intervienen en la celebración y control de los preacuerdos no ha sido un asunto pacífico” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019, pág. 81).

En palabras más concretas, el desarrollo jurídico que delimita los controles a los preacuerdos, proviene de los órganos de cierre constitucional y el ordinario, más no del legislador. Precisamente el rol del juez de conocimiento frente a la justicia premial, ha generado múltiples debates y decisiones judiciales encontradas, es decir, no existe una postura pacífica respecto de la misión que debe cumplir el juez al momento de controlar materialmente el acto de acusación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41.375, 2013).

En conclusión, el instituto de los preacuerdos y negociaciones es una figura debidamente reglada en la constitución y en la ley, es decir, el instituto de la justicia premial goza de una adecuada definición, identificación de sus alcances, oportunidades, objeto y límites. Pero, respecto del papel que desempeña el juez al momento de controlar dicho acto de parte, la norma

adjetiva sólo dedico un inciso, el 4º del artículo 351, y las interpretaciones judiciales y del órgano de cierre ordinario devienen discordantes (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019).

Capítulo III

El control judicial a los preacuerdos y las negociaciones según la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Colombiana

Corriente que prohíbe cualquier tipo de control material en la acusación y los preacuerdos o negociaciones

El legislador Nacional proscribió cualquier tipo de control material a la acusación y por ende a los preacuerdos y las negociaciones. Así las cosas, los controles establecidos por el legislador a la acusación son eminentemente formales, solo tendientes a sanear el proceso y a la verificación de unos tópicos o contenidos de trámite que la propia norma adjetiva ha individualizado para cada audiencia en particular; pero “de ninguna manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29.994, 2008, pág. 7).

El anterior mandato tiene su génesis al interior del congreso de la república cuando en función constituyente al analizar las características del sistema acusatorio hoy acto legislativo 03 de 2002, edificó una filosofía de sistema penal acusatorio en la cual el Estado al momento de administrar justicia hace una división tajante de roles o tareas. Así las cosas, al ministerio público – fiscalía- le corresponde de forma exclusiva la función requirente, es decir, investigar y acusar, y a los jueces la función jurisdiccional de decidir los casos. En igual sentido, las responsabilidades de ambos órganos de derecho público son diferentes, el requirente responde por la eficiencia y eficacia de la persecución penal, así las cosas, nadie se puede entrometer en la forma como se efectúa esta labor. Y el juez responde por la custodia de los derechos y garantías del proceso y de las partes e intervinientes, en términos más precisos, el juez solo responde por la aplicación de la ley penal en cada caso particular. En este orden de ideas, el juez no está comprometido en la búsqueda de la verdad, solo a decidir en derecho las situaciones que las partes le ponen a su consideración. Así se materializan los principios de separación de funciones, acusatorio e imparcialidad judicial (Congreso de la República de Colombia, 2002, pág. 4).

Precisamente de una lectura libre de apasionamientos, del tenor literal del artículo 339 de la ley 906 de 2004, se desprende que el único control que sobre la acusación puede ejercer el juez de conocimiento, es un control formal, cuando textualmente se indicó en la norma, que abierta la audiencia se ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes y “concederá la palabra a la fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación”. Finiquitado lo anterior se concede la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación (Ley 906, 2004).

En este orden de ideas, para el legislador el acto acusatorio es de resorte exclusivo de la Fiscalía General de la Nación ya que sobre aquél solo es procedente realizar observaciones por las demás partes e intervinientes, y así lo entiende el máximo tribunal ordinario al precisar que “De la simple lectura del artículo se observa que en dicha audiencia las partes tienen unas posibilidades limitadas dirigidas solamente a enderezar el trámite del proceso” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29.994, 2008, pág. 5).

Aunado a lo antes expuesto, las observaciones a la acusación no son vinculantes sino simples solicitudes que la Fiscalía puede o no atender y en ese sentido lo deja claro la corte cuando precisó que la fiscalía es titular y dueña de la acción penal y de la acusación por ende “ni el juez ni las partes pueden imponérsela total o parcialmente” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 38.256, 2012, pág. 21). Así las cosas, es potestad de la fiscalía acoger o no las observaciones planteadas por las partes o el juez a la acusación.

Es por ello que sólo un control sobre las formas puede ejercer sobre la acusación las demás partes, intervinientes e inclusive el juez de conocimiento, ya que la elaboración del escrito de acusación y su sustentación en la audiencia de acusación es un “acto que por su naturaleza, aunque reglado, no tiene control judicial, tal como sucede en otros procesos adversariales” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29.994, 2008, pág. 7).

Al unísono, pero en otra decisión, la Corte refirió que la acusación de ninguna forma puede ser censurada materialmente por el juez, cuando le prohíbe “discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41.375, 2013, pág. 14).

Y en idéntico sentido la misma corporación concluyó “De suerte que la posibilidad que se tiene por la defensa y los intervinientes frente al escrito de acusación, es verificar la existencia y satisfacción de sus requisitos, pero no el control sustancial de los mismos” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29.994, 2008, pág. 7).

En otras palabras y diferente providencia, la corte replicó “presentada la acusación, al juez de conocimiento solamente se le permite realizar sobre ella un examen formal, sin que le sea permitido verificar aspectos de fondo, que de necesidad incluyen el proceso de adecuación típica” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41.375, 2013, pág. 16).

Así las cosas, la fijación de los hechos y su tipificación, propios del acto acusatorio son de resorte de la Fiscalía y así lo concluyó el órgano de cierre ordinario al indicar que, “es de la responsabilidad exclusiva de la Fiscalía, tanto la definición de los hechos materia del juicio, como la tipificación del delito, según se advierte del artículo 443 ibídem” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29.994, 2008, pág. 8).

Es por ello, que en un sistema acusatorio el juez no puede participar en la calificación jurídica porque perdería su imparcialidad, estas facultades solo estas provistas para un juez en un modelo inquisitivo, a este desenlace arribó el máximo tribunal ordinario cuando precisó: “surge

evidente que el juez no está llamado a suplir la labor de la Fiscalía ni asumir su rol, porque un juez que participa en la calificación de la conducta no es imparcial” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41.375, 2013, pág. 16).

En homóloga línea del pensamiento el órgano de cierre ordinario glosó que el acto complejo de la acusación ata ineludiblemente al juez, cuando dijo: “los hechos y los delitos fijados por la Fiscalía vinculan al juzgador y la única posibilidad de controversia permitida a las partes e intervinientes es la concedida en el artículo 339, exclusivamente para que formulen observaciones” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 38.256, 2012, pág. 17).

Igual acontece cuando un juez pretende imponer su propia visión de los hechos y del ejercicio de tipicidad, controlando material e inapropiadamente un preacuerdo para que las partes lo adecúen a su particular criterio. Este tipo de acciones desdibuja las bases estructurales de un sistema acusatorio porque el juez se abroga la condición de fiscalía y de defensa (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 29.979, 2008).

En concreto, el juez de conocimiento no debe ni puede interferir en la definición de los hechos jurídicamente relevantes, ni su tipificación, ni en el proceso ordinario ni en el abreviado, ya que si lo hace, desdibujaría los principios modulares del sistema acusatorio, como los son el de separación de funciones, el principio acusatorio y la condición de juez imparcial (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29.994, 2008).

Ahora, ha de entenderse que ni en la acusación ordinaria (sin allanamiento), como en la abreviada (con allanamiento o negociación), el juez se puede inmiscuir en los hechos y en la tipicidad de los mismos. “Por tanto, cuando invalida la imputación para que en su lugar sea complementada como en su opinión corresponde, está, nada menos, que controlando materialmente la acusación” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No.37.951, 2013, pág. 10).

En resumen, para nuestro órgano de cierre ordinario, la acusación por vía ordinaria o la preacordada no puede ser contralada materialmente por el juez, ya que ambas son actos de resorte de la fiscalía, así quedó decantado al referir que el acto de postulación acusatorio “estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41.375, 2013, pág. 14).

Por ello, puesto de presente al juez una acusación directa o preacordada, especialmente en esta última, su función es muy restringida, básicamente se resume a aspectos formales y de verificación de garantías fundamentales, así lo concreto la corte al referir que “tratándose de un acto voluntario y libre de aceptación de la imputación, debe aceptarlo y convocar a la audiencia para individualizar la pena, según se lo impone el inciso final del artículo 293 procesal” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41.375, 2013, pág. 16).

Para cerrar esta línea del pensamiento, la corte considera inequívoco el contenido del artículo 351, inciso 4º, de la ley 906 de 2004, que impone un imperativo de imposibilidad de control material de los preacuerdos al juez, ya que cuando se está frente a una aceptación de cargos, el legislador le restringió las funciones al juez, y por el contrario le “lanza una imperativa orden al juez respecto del contenido de la acusación: procederá a aceptarlo” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.886, 2013, pág. 18).

Corriente que acepta un control material más o menos amplio a la acusación y los preacuerdos o negociaciones

En otra orilla del pensamiento, una parte de la corte considera que la ausencia de control a los preacuerdos bajo los derroteros de la justicia penal norteamericana, atenta con las garantías del debido proceso porque se finca exclusivamente en la aceptación de cargos del procesado y ello “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” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 29.979, 2008, pág. 16).

Bajo esta fuente del pensamiento, la doctrina especializada de Ferrajoli (2004) indicó que un fallo cuya única fuente es la manifestación libre y voluntaria del procesado carece de garantías, ello contraría la legitimación democrática de los jueces en pro de garantizar los derechos fundamentales del procesado, en sus palabras “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” (p. 27).

Al mismo reparo arriba, Schünemann (2002) cuando critica la ausencia de controles a los preacuerdos ya que los mismos en esencia se rigen por criterios de poder y no por criterios jurídicos, ello genera un conflicto de valores al juez, dicha postura se concreta en las siguientes palabras, “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” (p. 298).

Así las cosas y bajo esta postura, la ausencia de las facultades judiciales para controlar los preacuerdos, es tanto como retrotraer las épocas del derecho penal ilustrado donde el juez era un simple instrumento mecanizado en la aplicación de la ley, tal cual lo concebía Beccaria (2015) cuando expresó “En todo delito el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena” (p. 22). Por ende, cuando un juzgador se aventura a realizar un razonamiento adicional, entra en el mundo de la incertidumbre.

Hoy en día, la concepción del juez abarca amplios márgenes de intervención e interpretación de la ley penal, por ende, el juez está llamado a controlar materialmente las actuaciones de las partes y así proscribir la función jurisdiccional a una aplicación mecánica de hechos en una norma jurídica, esta idea fue resumida por la corte de la siguiente forma “para

establecer la relación entre la premisa mayor y la premisa menor el juez de manera necesaria tiene que valorar el sentido y alcance de la norma en lo que a los concretos aspectos fácticos del caso se refiere” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 17.186, 2008, pág. 18).

Un control formal al acto del allanamiento o del preacuerdo no es suficiente, el juez debe ser activo y controlar en un todo dichos actos de parte, así lo precisó el órgano de cierre al señalar que el “juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 31.280, 2009, pág. 20).

Bajo esta postura de la Corte, se precisa que la justicia premial está supeditada al principio de legalidad, así las cosas, la interpretación personal del juzgador respecto de la legalidad de la tipificación, de la negociación y de la pena, se puede imponer sobre la negociada entre Fiscalía y la defensa. Es decir, le es permitido controlar materialmente el proceso de adecuación típica y la pena negociada que hacen las partes, porque el derecho penal no tiene la misma fuente que el derecho civil donde un comprador adquiere un bien y accede a los derechos del uso y goce de la cosa; por ende, cuando un juez de conocimiento se percate “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” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27.759, 2007, pág. 27).

De acuerdo a lo anterior, en el proceso de adecuación típica y de la negociación propiamente dicha, la fiscalía no es autónoma ya que por mandato del principio de legalidad debe darle la connotación jurídica real al hecho acaecido, así lo precisó la corte en palabras textuales al decretar la “ilegalidad de la variación de la imputación en el preacuerdo (de homicidio agravado imperfecto a lesiones simples), lo que motivó la nulidad parcial del acto consensuado que materializó la acusación y la ruptura de la unidad procesal como consecuencia lógica” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27.759, 2007, pág. 33).

Para, Ferrajoli (2001) el control material al preacuerdo se sustenta bajo el principio de estricta jurisdiccionalidad que ata al juez al principio de legalidad; el cual se integra por los axiomas *nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine indicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*. Lo anterior significa que la función del juez no sólo está relacionada con la reserva absoluta de la norma penal y su contenido sustancial, sino, además, implica todas las demás garantías materiales propias del proceso penal y de los sujetos procesales “como otras tantas condiciones de verificabilidad y de verificación... presupuesto de la estricta jurisdiccionalidad del sistema” (p.96).

En esta misma línea del pensamiento, para la Corte y bajo el manto del principio de legalidad, el juez de conocimiento puede controlar ampliamente el preacuerdo y las negociaciones ya que sus providencias “deben adoptarse dentro del marco de la legalidad, de los derechos y garantías

fundamentales; por ello el inciso cuarto del artículo 351 establece la salvedad: ...los preacuerdos... obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27.759, 2007, pág. 35).

Bajo esta línea argumentativa, la salvedad inmersa en el inciso 4º del artículo 351 de la ley 906 de 2004, que establece que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento, “salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales” abarca cualquier tipo de consideración o análisis por parte del juez (Ley 906, 2004). O lo que es lo mismo, no limita el control material a los preacuerdos porque 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, puede condenar a un procesado bajo la noción 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” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 29.979, 2008, pág. 17).

En este orden de ideas, el juez de conocimiento debe controlar activamente los preacuerdos o las negociaciones puestas de presente por las partes, porque la interpretación que merece la expresión “garantías fundamentales” del inciso 4º del artículo 351 de la ley 906 de 2004, carece de límites, es decir, involucra la legalidad de los delitos y de las penas, la tipicidad estricta, los principios constitucionales fundamentales, entre otros (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 25.724, 2006).

Aunado a lo anterior, el juez no está atado a la adecuación típica que de los hechos hace la Fiscalía, e inclusive cuando no los comparte puede anularlos para que en su defecto se continúe investigando o se preacuerde sobre la conducta punible que a juicio del juez es la procedente, así lo exteriorizo el órgano de cierre cuando preciso que “cabe la discusión de que se trate de una verdad a medias porque de todos modos se anula la imputación (lesiones personales) y se procesará de nuevo por una conducta que reviste mayor gravedad (homicidio imperfecto)” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27.759, 2007, pág. 35).

En idéntico sentido para nuestra corte suprema, el juez debe ser estricto al momento de controlar material los preacuerdos, entre otros, deberá realizar su propio juicio de tipicidad, así las cosas, deberá hacer su propio juicio de congruencia entre la imputación fáctica y la jurídica. En otras palabras, deberá seleccionar el *nomen iuris* adecuado para la conducta cometida, verificar la modalidad de participación criminal, el tipo subjetivo, el reconocimiento de una circunstancia de agravación, el desconocimiento de un atenuante, etcétera, y si la conclusión de dicha labor resulta disímil a la del preacuerdo deberá proceder a invalidarlo (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 29.979, 2008).

Corolario de lo anterior, cuando existe tensión entre Fiscalía y Judicatura, respecto del referente fáctico y la adecuación del mismo en algún tipo penal, el juez puede imponer su propio criterio sobre el del ente acusador, así lo evidencia el tribunal de cierre cuando concretó que: “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” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27.759, 2007, pág. 37).

En conclusión, el juez puede censurar un preacuerdo o negociación, si encuentra que, en su sentir, el mismo no es razonable, atendiendo los fines del aprestigiamiento de la justicia y en aras de evitar la impunidad. Es decir, puede imponer su propio criterio de lo que en su concepto es la justicia material de cada caso en particular; de conformidad con lo anterior, el juez tiene la facultad y el deber de dirigir pautas de política criminal, luchar contra la impunidad y el delito, encontrar la verdad, representar los intereses de las víctimas y aprestigiar la administración de justicia (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27.759, 2007).

Corriente que acepta un control material pero excepcional a la acusación y los preacuerdos o negociaciones

Como tercera corriente y matriculada en un extremo del pensamiento contrario al inmediatamente anterior, tenemos la ideología que establece que la justicia consensuada no puede permitir controles materiales judiciales a la acusación. En especial, que en la justicia negociada el juicio de tipicidad del ente acusador no puede ser censurado por ningún actor del sistema acusatorio, a esta regla general arriba la corte cuando expuso: “En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.892, 2013, pág. 10).

Permitir al juez de conocimiento que se involucre en la acusación por preacuerdo, es tanto como involucrarlo en el ejercicio de la acción penal y la elaboración del programa metodológico, ambas figuras asignadas constitucionalmente a la fiscalía; ello sería tanto como darle “la iniciativa y responsabilidad de la Fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio y argumentativo de cara al juicio” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 40.871, 2014, pág. 15).

Así las cosas y dinamizando el ejercicio judicial, según la corte, el juez de conocimiento no puede ni debe controlar materialmente la acusación por la vía de preacuerdo, si lo hace, dicha acción es irregular y violatoria del debido proceso penal ya que invade irregularmente la garantía fundamental de delimitación constitucional de funciones entre el Juez y el ente acusador. Esta idea quedó plasmada cuando se indicó que el órgano de cierre departamental al anular el preacuerdo, “incidió irregularmente en el contenido de la acusación y truncó la posibilidad de que el proceso terminara conforme lo habían dispuesto las partes” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal., 2015, pág. 10).

De igual forma, para la misma corporación judicial, el juez no puede controlar materialmente el preacuerdo, ni siquiera bajo el ropaje de preservar la política criminal o el aprestigiamiento de la justicia, ya que estas acciones no son de su resorte, sino propias de la Fiscalía, así lo dejó en claro al exponer: “Sobra referir que el acoger o no, como lo dice el apartado transcrito, las directivas de la Fiscalía General de la Nación, escapa a la labor de verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.184, pág. 25).

Aunado a lo anterior, bajo el principio modular de la separación de funciones que rige el sistema acusatorio, el juez no tiene funciones acusatorias, luego, no puede controlar o inmiscuirse en el proceso de tipicidad, así lo entiende y explica el máximo órgano jurisdiccional al censurar la labor de un tribunal porque “no solo ejerció un control material de la acusación al exigirle a la fiscalía que acusara a los procesados en condición de coautores, sino que lo hizo por fuera de los presupuestos requeridos para su procedencia por la vía excepcional” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.594, 2016, pág. 40).

Es por ello, que la regla general oscila bajo el concepto que la acusación solo tiene un control formal por parte del juez de conocimiento, así lo refirió la corte al decir, “en cambio, a solicitud de parte, tiene la facultad de controlar, desde el punto de vista formal, el escrito de acusación, verificando la concurrencia de los requisitos del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal.” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.452, 2014, pág. 19).

En idéntica línea del pensamiento, aunque en distinta decisión, el órgano de cierre ordinario, preciso que el control judicial a los preacuerdos es únicamente de índole formal, así lo dejó resumido al exponer “presentada la acusación, al juez de conocimiento solamente se le permite realizar sobre ella un examen formal, sin que le sea permitido verificar aspectos de fondo, que de necesidad incluyen el proceso de adecuación típica” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.892, 2013, pág. 13).

Para el juez de conocimiento, la filosofía del instituto del preacuerdo no debe entenderse desde una percepción subjetiva del valor justicia en sentido absoluto, sino como otra modalidad de justicia denominada premial, donde el estado y el acusado ceden derechos con el objeto de abreviar términos jurisdiccionales. En ese orden de ideas, es necesario que el juez se desarraigue de la noción clásica de justicia material, para entender que ésta modalidad de solución de los conflictos derivados del delito es otra forma de expresión del valor justicia. En otras palabras, un preacuerdo “representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.184, pág. 24).

Es por ello que el juicio de tipificación como elemento esencial de todo preacuerdo o negociación debe ser resorte exclusivo del ente acusador, motivo por el cual la acusación por vía

ordinaria o de preacuerdo no puede ser controlada materialmente por el juez, a esta premisa arribó el máximo tribunal cuando dijo “solo el fiscal está autorizado para realizar la tipificación circunstanciada de los hechos” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 40.871, 2014, pág. 15).

En idéntico sentido la Corte manifestó que el ejercicio de adecuar jurídicamente el hecho imputado en algún tipo penal, es una tarea encomendada exclusivamente a la fiscalía, motivo por el cual, respecto de esta labor solo es procedente efectuar observaciones pero “de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.892, 2013, pág. 10).

En este mismo orden de ideas, según Asencio (1991) el operador judicial debe ser ajeno a la delimitación fáctica y jurídica del delito cometido y así se cumple su rol de juez imparcial. Solo de esta forma se protegen los principios modulares de todo sistema de tendencia acusatoria, como los son el de separación de funciones y el acusatorio.

Algo de vital importancia para esta postura, es la interpretación del inciso 2º del artículo 348 de la ley 906 de 2004, que textualmente reza: “El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”. Dicho mandato legal es exclusivo para el órgano persecutor y no otorga facultades o deberes naturalistamente impropios de un juez acusatorio, así interpretó la corte el mencionado inciso al decir que “no se trata de un designio imperativo para el juez, ni mucho menos de un concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo, sino de una especie de desiderátum dirigido al Fiscal” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.184, 2014, pág. 25).

Aunado a lo anterior, el correcto alcance de interpretación de la labor encomendada al juez, al momento de controlar los preacuerdos y las negociaciones, es que tal labor se restringe a un control estrictamente formal, máxime tratándose del juicio de tipicidad. Acá, al juez le está vedado interferir en temas puntuales como la indicación del grado de participación de los sujetos activos en la materialización del reato, así lo concreto la corte al desaprobar la labor de un tribunal quien al momento de impartir legalidad a un preacuerdo “realizó un indiscutible control material de la acusación, al exigirle a la fiscalía que los acusara en condición de coautores de todos los delitos imputados en el escrito de acusación” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.594, 2016, pág. 37).

Así las cosas, esta vertiente de la jurisprudencia nacional ha trazado una tendencia, que se concreta en que el acto acusatorio es “un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.892, 2013, pág. 9).

Para nuestro máximo tribunal, analizado el título II de la justicia consensual visible en la ley 906 de 2004, no cabe dudas que por mandato legal le fue otorgado un gran poder a la Fiscalía, no solo como garante del ejercicio de la acción penal, sino también de la negociación. A la fiscalía se le entregó una muy amplia facultad dispositiva de manejar los designios del preacuerdo y la negociación, al punto que la figura premial solo puede ser ejercida a instancia del ente persecutor y la injerencia de terceros o intervinientes es muy limitada y el control judicial solo está permitido en “aspectos puntuales y trascendentes” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.184, 2014, pág. 19).

En esta modalidad de justicia consensuada el ente acusador debe contar con un margen racional de maniobra, de lo contrario, el instituto carecería de sentido porque no sería atractivo para la defensa (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.594, 2016).

Acorde con lo anterior, una vez allegada el acta de preacuerdo al operador judicial “tiene limitada su participación, como que, tratándose de un acto voluntario y libre de aceptación de la imputación, debe aceptarlo y convocar a la audiencia para individualizar la pena, según se lo impone el inciso final del artículo 293 procesal” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.892, 2013, pág. 12).

En concreto cuando un juez de conocimiento efectúa un control material a un preacuerdo agravia “el debido proceso previsto para los procesos abreviados” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 40.871, 2014, pág. 14).

Una vez se deja en claro que, para esta corriente, el juez por regla general, le está prohibido controlar materialmente los preacuerdos o negociaciones, es preciso indicar cuando excepcionalmente puede ejercer un control de oficio o a petición de parte. Estas excepciones son entre otras, cuando existe un vicio en el consentimiento o afectación al derecho de defensa, cuando la fiscalía pasa por alto los límites punitivos establecidos en la ley para cada delito o circunstancia que afecta la dosimetría punitiva, o cuando la fiscalía otorga dos o más descuentos o beneficios punitivos, o cuando accede a una rebaja de pena superior a la permitida en la ley, o cuando se ofrece algún subrogado penal a delitos o penas que el legislador a prohibido (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.184, 2014).

Es decir, la excepción al control material a los preacuerdos, se encuentra reglada en el inciso 4º del artículo 351 de la ley 906 de 2004, esto es, cuando hubo violación de garantías o derechos fundamentales (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.892, 2013).

Así las cosas, surge el interrogante, y ¿qué se debe entender por afectación de garantías fundamentales?, la corte lo explica como “aquellos hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.184, 2014, pág. 23). Es decir, en el marco de las denominadas garantías fundamental, no ingresan los criterios subjetivos o caprichosos del juez de conocimiento.

Ahora, en el mundo jurídico del derecho penal, los criterios subjetivos o interpretaciones disímiles respecto de un caso particular, son situaciones comunes, representan el diario vivir del operador judicial. Pero bajo un sistema de tendencia acusatoria, éstas diferencias interpretativas jamás podrán ser el fundamento para censurar una negociación, solo acciones grotescas o de graves violaciones de garantías fundamentales, habilitan la intromisión del juez en los preacuerdos, así lo refirió el máximo tribunal cuando dijo: “los argumentos que el tribunal expuso para invocar violación de garantías fundamentales y convertirse en coacusador, apropiándose de la función acusadora, responden a la defensa de un criterio dogmático” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.594, 2016, pág. 39).

Es decir, la facultad para controlar materialmente una negociación es tan excepcionalísima que solo es permitida cuando el preacuerdo “de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 40.871, 2014, pág. 19).

En palabras casi idénticas, el mismo órgano de cierre ordinario pero en otra decisión, señaló que los preacuerdos carecen de control judicial material “y que solo está autorizado para hacerlo, por vía de excepción, cuando objetivamente resulte manifiesto que el acto quebranta o compromete de manera grosera garantías fundamentales” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.594, 2016, pág. 28).

En concreto, las simples diferencias de interpretación jurídica que puedan existir entre judicatura y fiscalía, de ninguna forma representan violaciones de garantías fundamentales, ya que, para llegar a esa conclusión, debe estar evidenciada de forma objetiva, clara o patente la arbitrariedad en la acusación o el preacuerdo. Aunado a lo anterior, solo en aquellos escenarios tendría cabida tal intromisión judicial, la corte reprocha de un tribunal que “eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente y mejor” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.892, 2013, pág. 14).

Para finalizar y bajo este mismo trazo del pensamiento, cuando el ente persecutor luego de hacer su estudio de tipicidad, decide acusar en uno u otro grado de participación al sujeto agente, poco o nada puede hacer el juzgador, ya que únicamente le es permitido intervenir en dicho juicio de tipicidad si aquel resulta irracional o insensato. Es decir, solo se le faculta intervenir si la fiscalía desborda los límites de la razón; en las siguientes palabras de la corte, quedó definida dicha idea “concluir, a partir de esta realidad fáctica, como lo hizo la fiscalía, que los aquí procesados actuaron en condición de cómplices, no resultaba en contravía manifiesta de la racionalidad jurídica, ni de la legalidad, ni violaba flagrantemente ninguna garantía fundamental” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.594, 2016, pág. 39).

Capítulo IV

El control judicial a los preacuerdos y las negociaciones según la Corte Constitucional Colombiana y la nueva tendencia al interior de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Para el máximo juez constitucional, el hecho de no existir al interior de la corte suprema de justicia, una única línea del pensamiento consolidada, respecto de la clase de control que sobre el preacuerdo puede ejercer el juez, ha decantado en múltiples interpretaciones contrapuestas por parte de los jueces inferiores, que la corte constitucional no puede tolerar. Para la corte, no es de buen recibo que existan discrepancias respecto de las “categorías legislativas que fueron introducidas por la Ley 906 de 2004 al reglamentar esta figura, como aquellas relacionadas con los fines de los preacuerdos o las ‘garantías fundamentales’ que deben respetarse al momento de su celebración y control” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019, pág. 76).

Por lo anterior, se hizo necesario crear una única postura en el cuerpo colegiado constitucional, respecto del control judicial que deben tener los preacuerdos en el sistema acusatorio. La conclusión a la que se arribó el alto tribunal, es que el control a los preacuerdos debe ser amplio, material e ilimitado y como punto de partida para explicar esta nueva concepción ideológica, está el concepto de la denominada discrecionalidad reglada de la fiscalía. En este orden de ideas, la fiscalía puede hacer uso de la justicia consensuada pero con los límites propios del principio de legalidad, esto es, con el cumplimiento de todos y cada uno de los principios constitucionales y legales que gobiernan el sistema penal acusatorio nacional (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019).

En igual sentido, para el máximo órgano ordinario, el juez de conocimiento debe controlar los preacuerdos para evitar juicios de tipicidad irrazonables, descuentos punitivos excesivos y la desatención a los derechos fundamentales de las víctimas. En particular, cuando existan diferentes hipótesis factuales el operador judicial deberá escoger la que más respaldo encuentre con las evidencias recolectadas. Tampoco podrá autorizar descuentos punitivos por vía de preacuerdo que aun cuando estén establecidos en la norma, éstos sean desproporcionados y cuando la víctima del delito sea una persona especialmente vulnerable o hubiere existido un grave atentado contra los derechos humanos, el juez igualmente deberá valorar esta situación a la hora de decidir si acepta o no el preacuerdo (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 52.227, 2020).

Para el máximo órgano regente de la constitución, la discrecionalidad reglada hace parte de la estructura normativa nacional, aun cuando no este consagrada de manera expresa en la constitución política, por el contrario, la arbitrariedad está prohibida, la idea quedo resumida así “la Constitución admite la discrecionalidad administrativa pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019, pág. 61).

Para la misma corte pero en otra decisión, bajo el concepto de discrecionalidad reglada, el fiscal debe tipificar el delito cometido con lineamiento estricto en los hechos del proceso, ya que a los hechos, solo se les puede dar la connotación jurídica que legalmente les corresponda y no la que libremente escoja el acusador, así las cosas “el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso” (Corte Constitucional. Sentencia C-1260, 2005, págs. 93-94).

En reciente pronunciamiento de la corte suprema de justicia se consideró que la acusación ordinaria sigue conservando únicamente un control formal, pero, respecto de la acusación preacordada, allí el control material se hace necesario para el operador judicial, al punto que debe constatar “los presupuestos legales para la emisión de la condena, que abarcan desde el estándar previsto en el inciso último del artículo 327, hasta los límites consagrados en el ordenamiento jurídico para esta forma de solución del conflicto derivado del delito” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 52.227, 2020, pág. 72).

Así las cosas, al momento de controlar un preacuerdo, al juez ya no le basta con constatar que la aceptación fue libre, consciente, voluntaria y debidamente informada; y que se cuenta con los suficientes elementos de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, para proceder a impartir legalidad al acto consensual, sino además, es necesario “valorar las diferencias y particularidades de cada caso, dando un trato igual a situaciones que evidentemente merecían la aplicación de un enfoque diferencial por los derechos fundamentales que se encontraban en juego” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019, pág. 62), y con ello no soslayar la Carta Política.

De igual forma, al juez se le impone la obligación al momento de controlar los preacuerdos, de evitar descuentos punitivos excesivos. Es decir, que se disfracen rebajas de pena descomunales con la aplicación de figuras jurídicas que aun cuando están establecidas en la norma sustancial, como las circunstancias de menor punibilidad, éstas otorgan disminuciones punitivas muy amplias. El reproche de la corte radica, en que los descuentos punitivos por la vía del preacuerdo no se ofrecen de forma directa sino oculta y que en algunos casos llegan hasta el 83% de disminución de la pena. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 52.227, 2020).

Aunado a lo anterior, el juicio de tipificación por vía de preacuerdo, no es un proceso con libertad absoluta para el fiscal, ya que dicho proceso se encuentra debidamente limitado y reglado por el legislador, así las cosas “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” (Corte Constitucional. Sentencia C-1260, 2005, pág. 94).

Así las cosas, la línea del pensamiento del máximo tribunal constitucional, se concreta en que el preacuerdo y la negación, deben contar con un control judicial material que abarque el principio de legalidad. Por ello, los hechos del proceso deben gobernar la imputación, incluyendo

todas aquellas circunstancias que agravan la punibilidad del delito, por ende, se prohíbe que por la vía del preacuerdo a los hechos y al juicio de imputación se les mute o dé un alcance diferente al realmente acaecido (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019).

Además, a la hora de controlar un preacuerdo, otro elemento de imperativo análisis para el juzgador, son las directivas del fiscal general de la nación, ya que las mismas representan reglas de política criminal de obligatorio cumplimiento para los delegados del ente acusador (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019).

Ahora, para entender la acepción de las denominadas directivas de la fiscalía general de la nación, basta precisar que las mismas representan los principios constitucionales que rigen y armonizan las actuaciones del ente acusador; para la corte, el significado del concepto de directriz se define como “un conjunto de instrucciones o normas generales para la instrucción de algo, como “directiva o norma” que a su vez significa norma o línea de conducta, instrucción o norma” (Corte Constitucional. Sentencia C-1260, 2005, pág. 43).

En igual sentido, desde el despacho del fiscal general de la nación se identificó que “Los lineamientos contenidos en las directivas tienen carácter vinculante en el marco de la Constitución, la ley y la jurisprudencia y, por ende, deben ser respetadas y acatadas por los fiscales y las autoridades que ejercen funciones de policía judicial” (Fiscalía General de la Nación. Directiva 01, 2015, pág. 2).

En concreto, las pautas de política criminal y las directivas de la Fiscalía, son vinculantes para los delegados y por ende deben ser premisas a valorar al momento de controlar los preacuerdos por parte del juez de conocimiento (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019).

Además, con el acatamiento de las directivas se logra el “respeto del principio de igualdad (art. 13 C.N), se dé un trato judicial igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica y jurídica y un trato diferente a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019, pág. 72).

Incluso, para el propio fiscal general de la nación, para conceder las máximas circunstancias disminuyentes de pena, por la vía de preacuerdo, se deberá cumplir con los siguientes derroteros: “Explicará los fundamentos fácticos y jurídicos que permiten inferir razonablemente que tales circunstancias (marginalidad, ignorancia o pobreza extremas) influyeron directamente en la ejecución de la conducta punible” (Fiscalía General de la Nación. Directiva 01, 2018, pág. 1)

Es por ello, que por la vía del preacuerdo no se pueden crear ficciones respecto de los hechos ni de la calificación jurídica, ya que el fiscal: “Indicará con claridad los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida en los que se soporta la imputación de la circunstancia de menor punibilidad alegada”. En este orden de ideas, al carecer

de tales medios de prueba no se podrá reconocer por la vía del preacuerdo esta clase de figuras jurídicas (Fiscalía General de la Nación. Directiva 01, 2018, pág. 2).

Para finalizar: “En ningún caso se imputarán circunstancias de menor punibilidad que no se encuentren debidamente acreditadas fáctica y jurídicamente” (Fiscalía General de la Nación. Directiva 01, 2018, pág. 2).

Estas premisas del máximo regente del ente acusador, encuentran eco en la corte suprema, que ha explicado que todo descuento punitivo por vía de preacuerdo, debe tener sustento fáctico para evitar penas irrisorias, o lo que es lo mismo, rebajas de pena desbordadas que alcanzan incluso el 83% al ofrecerse por la vía del preacuerdo circunstancias de menor punibilidad sin ningún referente factico y probatorio (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 52.227, 2020).

Homóloga apreciación tiene la corte constitucional al indicar que así como se requiere elementos de prueba que desvirtúen la presunción de inocencia del procesado que acepta cargos por la vía del preacuerdo; “también se requieren elementos materiales probatorios o evidencias físicas al menos sumarias que acrediten las circunstancias de menor punibilidad que se alega influyeron en la perpetración del delito” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019, pág. 96).

En este orden de ideas, incluir una circunstancia que atenúe pena por vía de preacuerdo, para tomar un ejemplo, la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, sin justificación fáctica y probatoria, violenta la carta política, ya que en sentir de la corte ello “implica en sí mismo una modificación del tipo penal, conducta que contraría la cosa juzgada contenida en la Sentencia C-1260 de 2005” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019, pág. 96).

Además de lo antes expuesto, para la corte, el control a los preacuerdos debe hacerse desde las garantías fundamentales de todos los actores del proceso penal, no solo desde la defensa. En este orden de ideas, el concepto de garantías fundamentales del inciso 4º del artículo 351 de la ley 906 de 2004, abarca los derechos de las víctimas y demás intervinientes del proceso penal, es decir, las garantías del proceso y de todos sus actores (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-516, 2007).

De igual forma, el control a los preacuerdos debe abarcar todos los principios moduladores del sistema acusatorio, artículo 1º al 27 de la ley adjetiva, que en esencia son derechos constitucionales. Así las cosas, el juez de conocimiento deberá efectuar, entre otros, un análisis de los derechos fundamentales de las partes intervinientes en el proceso penal, lograr la eficacia de la justicia, el principio de igualdad entre los intervinientes, prestar especial atención si alguno de los actores está inmerso en circunstancias de debilidad manifiesta o que requieran un trato preferencial, establecer con objetividad la verdad y la justicia (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-516, 2007).

Colofón de lo anterior y luego de realizar un análisis en extenso de todas las tendencias al interior de la corte suprema de justicia, respecto del control que sobre los preacuerdos puede ejercer el operador judicial, el máximo tribunal constitucional, arriba a la conclusión que los preacuerdos y las negociaciones deben de contar con un control material, ya que éstos se “deben realizarse sobre los términos de la imputación y deben respetar los principios constitucionales y los derechos fundamentales de las partes” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019, pág. 84).

Ahora, el fundamento legal para que el juez de conocimiento pueda controlar materialmente los preacuerdos y negociaciones, se deriva de su calidad de juez constitucional. Precisamente por esta condición, es que el juez al momento de controlar materialmente un preacuerdo no deja de ser un juez imparcial en un modelo acusatorio y tampoco se soslaya los principios de separación de funciones y el acusatorio, ya que la fiscalía continúa con la potestad en el ejercicio de la acción penal (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019).

Toda esta novedosa tendencia al interior de la corte constitucional encontró acogida recientemente al interior de la corte suprema, quien incluso fue más allá y además de los controles formales y materiales a los preacuerdos y negociaciones que se han reseñado a lo largo de estos capítulos, creó unas reglas y sub reglas adicionales que los operadores judiciales deben tener en cuenta al momento de controlar los preacuerdos. Las primeras se resumen así, a los hechos solo se les puede asignar la calificación jurídica que corresponda según el principio de legalidad, es decir, por vía de preacuerdo no se pueden crear ficciones jurídicas como darle el carácter de cómplice a quien no lo es, o reconocer circunstancias de menor punibilidad sin sustento factico y probatorio. Y, por regla general, sin importar la variable de preacuerdo que se escoja, quedan proscritos descuentos punitivos excesivos, los cuales desprestigian la administración de justicia y afectan los derechos de las víctimas (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 52.227, 2020).

Y como sub-reglas, las siguientes: i) Las rebajas de pena por vía de preacuerdo están supeditadas no a la modalidad de preacuerdo seleccionado, sino al momento procesal en el que se suscribe el mismo, entre la imputación y la radicación del escrito de acusación máximo una rebaja de hasta el 50%, desde la radicación del escrito de acusación y hasta antes de la instalación del juicio oral una rebaja máxima de 1/3 y por último, instalado el juicio oral una rebaja máxima de 1/6 parte, ii) Se deberá analizar pormenorizadamente el daño sufrido por las víctimas y la reparación ofrecida por el procesado; iii) La actitud de arrepentimiento exteriorizado por el procesado; iv) La colaboración ofrecida por el procesado para el esclarecimiento de los hechos; y (v) El suministro de información que debe entregar el procesado para lograr la judicialización de otros autores o partícipes del delito (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 52.227, 2020).

Pero además, el control material al preacuerdo se deberá extender al análisis de las condiciones particulares y especiales de cada víctima, es decir, efectuar un análisis que abarque “la gravedad de los delitos que se investigan (homicidio, violencia sexual) y a la situación de

especial vulnerabilidad de las víctimas (niños y niñas, adultos mayores, mujeres en situación de discapacidad)” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479, 2019, pág. 104).

Y para finalizar, de igual forma el juez de conocimiento deberá controlar materialmente los preacuerdos cuando se está en presencia de atentados graves a los derechos humanos. Por ello, si como consecuencia de la conducta punible se violentaron los derechos humanos, el juez deberá ser muy estricto al momento de controlar los beneficios ofrecidos por la vía de preacuerdo para evitar penas irrisorias que desprestigien la justicia y desamparen los derechos de las víctimas (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 52.227, 2020).

Conclusiones

1.- El modelo de justicia penal acusatoria tiene unos principios filosóficos y estructurales diferentes al modelo de justicia continental europeo que heredamos e implementamos a lo largo de nuestra historia jurídica, pero, no por el simple hecho de ser modelos diferentes, podemos concluir que uno o el otro sistema, es más o menos justo que el otro, por la sencilla razón que ambos sistemas penales tienen su propia noción del concepto de justicia como valor supremo.

2.- El juez en un modelo de justicia penal acusatoria esta desprovisto de las obligaciones de luchar contra la impunidad, direccionar la política criminal del estado, buscar y hallar la verdad, demostrar o probar hechos, involucrarse en las hipótesis de las partes. En pocas palabras, la función primordial del juez, es resolver de forma objetiva la *litis* que le plantean las partes e intervinientes, así las cosas, su función no es tomar partido -del cómo- o -del por qué- cada parte sustenta y prueba sus hipótesis en determinada forma.

3.- El preacuerdo y la negociación se basa en el consenso de las partes e intervinientes para lograr una modalidad de justicia denominada premial, en la cual, todas las partes e intervinientes ganan y ceden en sus derechos. Fiscalía gana al abreviarse los términos jurisdiccionales; defensa gana considerables rebajas punitivas; víctima gana una pronta condena del responsable del hecho y su colateral indemnización de perjuicios. A su vez, la Fiscalía cede en su búsqueda de las penas máximas; defensa cede en su derecho a guardar silencio, la no autoincriminación y a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial y con inmediación probatoria; y la víctima cede en su deseo de obtener penas ejemplarizantes para el responsable del delito. En concreto, en un sistema penal acusatorio debemos dejar de lado, la idea que la única forma de justicia aceptable para una sociedad, es la que despacha fuertes castigos, sufrimientos o penas emblemáticas a quienes trasgreden las normas penales, o lo que es lo mismo, la errada concepción de que justicia expedita a cambio de penas bajas es igual a impunidad.

4.- En nuestro sistema penal acusatorio el juez no debe controlar materialmente los preacuerdos y las negociaciones, no solo porque la ley adjetiva solo faculta controles formales, sino además porque: i). El juez no puede tomar partido en pro de ninguna parte o interviniente

(principio de imparcialidad judicial); el juez no se puede involucrar en la recolección probatoria, la estructuración de hechos jurídicamente relevantes, ni en el juicio de imputación (principio acusatorio); la función del juez es dirimir de forma objetiva el conflicto que las partes e intervinientes le plantean de forma subjetiva (principio de separación de funciones –sistema de partes); ii). El juez no representa a la sociedad, a las víctimas, o al acusado, su función no es luchar contra la criminalidad, la impunidad, la búsqueda de la verdad, tampoco, enviar mensajes a la sociedad o crear directrices de política criminal con sus fallos; por último, no es superior jerárquico o funcional de los delegados de la fiscalía general de la nación; iii). El juez representa a la república o la institucionalidad al momento de administrar justicia, así las cosas, si la pena fijada por la vía del preacuerdo está dentro de los márgenes permitidos por el legislador, pero el juez la considera muy baja, podrá hacer las observaciones respectivas a la fiscalía en lo que en su entender subjetivo, podría ser un desprestigio a la justicia, pero no podría invalidar la negociación porque el funcionario encargado del aprestigiamiento de la justicia no es el juez, sino el fiscal, ello, según el mandato expreso del inciso 2º del artículo 348 de la ley 906 de 2004.

5.- La excepción a la regla general del control formal de los preacuerdos establecida por el legislador en el inciso 4º del artículo 351 de la ley 906 de 2004, bajo la expresión “salvo que ellos desconozcan o quebrantes las garantías fundamentales” debe entenderse como graves, objetivos y protuberantes atentados contra el principio de legalidad y debido proceso que regenta la actuación procesal y los derechos de partes e intervinientes. Pero, es indebido elevar a tal categoría de violación de garantías fundamentales, el simple criterio subjetivo, particular o disímil que pueda tener el juez respecto de los hechos, la tipicidad y las rebajas de pena ofrecidas por las partes en el preacuerdo.

6.- La naturaleza intrínseca del instituto de los preacuerdos y las negociaciones inmersa en los artículos 350 y 351 de la norma adjetiva, contempla que una vez efectuado el juicio de imputación, esto es, definido el o los delitos actualizados por el sujeto activo de la conducta, incluyendo todas las circunstancias que aumentan o disminuyen la pena (realidad fáctica y jurídica del caso), deviene la negociación propiamente dicha. Es decir, la creación de la ficción jurídica que permita el descuento punitivo, acá, son múltiples las opciones que ofrece el legislador, como lo son: i). La posibilidad de modificar el grado de participación del sujeto activo; ii). Cercenar agravantes, calificantes, o delitos; iii) Variar la calificación primigeniamente imputada o acusada por otra de menor entidad, iv). Ofrecer cualquier circunstancia que el legislador hubiere previsto para atemperar el reproche punitivo, entre otras. Motivo por el cual, es un error indicar que por la vía del preacuerdo no se pueden crear ficciones jurídicas con el objeto de disminuir la pena, y lo que es peor, que para poder ofrecer un descuento punitivo por la vía del preacuerdo bajo cualquier circunstancia que atempere la pena, se deberá contar con el medio probatorio que demuestre la existencia real o material de dicha circunstancia en el caso objeto de estudio. Así las cosas, resulta un contrasentido por parte de la Corte Constitucional, que el soporte dogmático que sustenta la sentencia SU-479-19, hubiere sido el principio de legalidad; pero a la vez, se exija que para poder otorgar descuentos punitivos por la vía del preacuerdo bajo la modalidad del preacuerdo-ficto, la existencia de los medios de prueba que acrediten la figura jurídica que

determina el descuento punitivo; ya que de existir dichos medios de prueba, precisamente por principio de legalidad estricta, de manera automática se debería disminuir la pena y no como beneficio o contraprestación del preacuerdo.

7.- La estructura dogmática del sistema penal acusatorio nacional ofrece la posibilidad de efectuar controles materiales a los preacuerdos y las negociaciones única y exclusivamente de forma excepcional, cuando con la aplicación del instituto de justicia premial de manera objetiva y ostensiblemente grave, se quebranten garantías fundamentales. Como cuando la aceptación de cargos está precedida de algún vicio del consentimiento -el error-, -la fuerza- o -el dolo-; o cuando se efectúe un juicio de tipicidad de una forma burda o grotesca que irrespete los hechos que el propio ente acusador hubiere imputado o acusado; o cuando se parte de penas o de rebajas de penas por fuera del marco de legalidad, entre otros.

Colofón de lo anterior, si la jurisprudencia nacional venía notando el aumento del uso indiscriminado de excesivos descuentos punitivos por parte de la Fiscalía bajo el amparo del instituto de la justicia premial, su acción debió encaminarse a requerir, conminar o hasta ordenar investigaciones de índole disciplinario o penal para los delegados del ente acusador inmersos en estas prácticas. Prácticas, que sea de paso, son legales porque la propia norma adjetiva penal así las contempla en calidad y extensión. Y con ello, evitar que la Fiscalía desprestigie la administración de justicia por el uso o abuso de las facultades que la constitución y la ley le otorgó sobre la mencionada figura. Pero, no debió arribar al extremo de desnaturalizar el instituto de la justicia premial, al ofrecer a los jueces de conocimiento, la facultad de ejercer controles materiales, amplios e ilimitados a la figura de los preacuerdos y las negociaciones; y, además, limitar en la práctica, sus causales, modalidades, efectos y consecuencias.

Trabajos citados

Asencio, J. (1991). *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium.

Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*,. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
Obtenido de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf

Congreso de Colombia. Ley 600. (2000). *Ley 600. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 24 de julio del 2000. D.O. No. 44.097*. Obtenido de https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_col_ley600.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2002). *Acto Legislativo No.03, Por el cual se reforma la Constitución Nacional de 1991, 19 de diciembre de 2002*. Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=6679

Congreso de la República de Colombia. (2002). *Decreto 1500 de 2002 [con fuerza de ley]. Por el cual se ordena la publicación del Proyecto de Acto Legislativo, "por el cual se modifican los*

artículos 174, 178, 182, 184, 186, 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política”. 19 de julio de 2002. D.O.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 479. (2019). *Proceso SU479, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 15 de octubre de 2019.* Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-516. (2007). *Sentencia C-516, M.P. Jaime Córdoba Triviño; 11 de julio de 2007.* Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2007/C-516-07.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-1260. (2005). *Sentencia C-1260, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 05 de diciembre de 2005.* Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2005/C-1260-05.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 41.375. (2013). *Proceso No. 41.375, 14 de agosto de 2013, M.P. José Luis Barceló Camacho.* Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 26.087. (2007). *Proceso No. 26.087, M.P. Marina Pulido De Barón; 28 de febrero de 2007.* Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Proceso No. 29.979. (2008). Obtenido de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/FUERZA%20VINCULANTE/29979\(27-10-08\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/ACEPTACION%20DE%20CARGOS%20Y%20PREACUERDOS/FUERZA%20VINCULANTE/29979(27-10-08).doc).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.452. (2014). *Proceso No. 42.452, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, 01 de octubre de 2014 .* Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2015). *Proceso No. 43.436, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar; 28 de octubre de 2015 .* Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 17.186. (2008). *Proceso No. 17.186, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; 23 de enero de 2008 .* Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xht>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 21.954. (2005). *Proceso No 21954, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; 23 de agosto de 2005.* Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/tesauro-spa/>

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 24.531. (2006). *Proceso No. 24.531, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez; 04 de mayo de 2006* . Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/tesauro-spa/>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 25.300. (2006). *Proceso No. 25.300, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; 23 de mayo de 2006* . Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/tesauro-spa/>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 25.300. (2006). *Proceso No. 25.300, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; 23 de mayo de 2006* . Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/tesauro-spa/>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 25.724. (2006). *Proceso No. 25.724, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; 19 de octubre de 2006*,. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 27.759. (2007). *Proceso No. 27.759, M.P. Alfredo Gómez Quintero; 12 de septiembre de 2007* . Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29.994. (2008). *Proceso No. 29.994, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; 15 de julio de 2008*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 31.280. (2009). *Proceso No. 31.280, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; 08 de julio de 2009*. Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/tesauro-spa/>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 38.256. (2012). *Proceso No. 38.256, M.P. José Luis Barceló Camacho; 21 de marzo de 2012*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.831. (2017). *Proceso No. 39.831, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 27 de septiembre de 2017* . Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/tesauro-spa/>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.886. (2013). *Proceso No. 39.886, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; 16 de octubre de 2013*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 39.892. (2013). *Proceso No. 39.892, M.P. José Luis Barceló Camacho; 06 de febrero de 2013*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 40.871. (2014). *Proceso No. 40.871, M.P. José Leonidas Bustos Martínez; 16 de julio de 2014* . Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 41.570. (2013). *Proceso No. 41.570, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; 20 de noviembre de 2013*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 41.570. (2013). *Proceso No. 41.570, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; 20 de noviembre de 2013*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.184. (s.f.). Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 42.184. (2014). *Proceso No. 42.184, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; 15 de octubre de 2014* . Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.495. (2017). *Proceso No. 45.495, 28 de junio de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, .* Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 45.594. (2016). *Proceso No. 45.594, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 05 de octubre de 2016*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 52.227. (2020). *Proceso No. 52.227, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. 24 de junio de 2020*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No.37.951. (2013). *Proceso No. 37.951, M.P. José Luis Barceló Camacho; 19 de junio de 2013*. Obtenido de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 29.979. (2008). *Radicado No.29.979 del CS De J Cas; 27 de oct de 2008*.
- De Diego Diez, L. (1999). *Justicia criminal consensuada. Algunos Modelos del derecho comparado en EE.UU., Italia y Portugal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

- Fiscalía General de la Nación. Directiva 01. (2015). *Por medio de la cual se explica la naturaleza, se establecen los alcances y se fijan límites sobre el contenido de las directivas. 3 de diciembre de 2015*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2015-DIR-0001-NATURALEZA-Y-ALCANCE-DIRECTIVAS-1.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. Directiva 01. (2018). *Por medio de la cual se adoptan lineamientos generales para imputar o preacordar circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 del Código Penal. 23 de julio de 2018*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2018-DIRECTIVA-0001-PREACORDAR-CIRC>
- Ley 906. (2004). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Artículo 351*. 1 de septiembre de 2004. D.O. 45.658. Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=14787
- Montero, J. (1999). *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sandoval, J. (2018). *La garantía criminal en materia penal y penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Schünemann, B. (2002). *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.
- United States Supreme Court. Santobello v. Nueva York. (1971). *Case of Santobello v. Nueva York. No. 70-98. Argued November 15 - Decided December 20, 1971*. Obtenido de <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep404/usrep404257/usrep404257.pdf>