

LOS PREACUERDOS: LEGALIDAD, FICCIÓN LEGAL Y REDUCCIÓN DE LA PENA

*Jhon Fredy Peña Bernal**

Resumen

Los preacuerdos como figura de la justicia premial en Colombia no responden a los principios de tipicidad o taxatividad estrictas, y mucho menos al respeto de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, porque a través de la errada utilización de la ficción legal se desdibuja la conducta criminal perpetrada por el delincuente para lograr la disminución de la pena, especialmente en los casos contra organizaciones criminales, cuando lo establecido por la ley corresponde a un tratamiento diferente al momento de otorgar el beneficio. Por ello, es necesario el cambio de posición jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, para que los preacuerdos respeten la imputación fáctica y jurídica que se realiza conforme a la realidad procesal, profesando así respeto por los principios rectores del ordenamiento penal y por los derechos de las víctimas.

* Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad del Magdalena; abogado de la Universidad del Atlántico; Contador Público de la Universidad Libre de Barranquilla. Actualmente funcionario de la Fiscalía General de la Nación. Barranquilla, Colombia. Correo-e: jhofre71@gmail.com.

Fecha de recepción: 8 de junio de 2018. Fecha de aceptación: 9 de junio de 2020. Para citar el artículo: JOHN FREDY PEÑA BERNAL. "Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena", *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 40, n.º 108, enero-junio de 2019, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 37-88. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n108.03>

Palabras clave: Preacuerdo; Ficción legal; Tipicidad; Juicio de responsabilidad; Responsabilidad penal; Sanción; Verdad; Justicia; Reparación.

PLEA BARGAINING: LEGALITY, LEGAL FICTION AND REDUCTION OF THE PENALTY

Abstract

The pre-agreements, as assistant justice in Colombia, do not respond to the principles of strict authenticity or MFIS, and less respect for the rights to truth, justice and the reparation, because through the incorrect use of the fiction legal criminal conduct perpetrated by the offender to achieve the reduction of the penalty, especially in cases against criminal organizations, becomes blurred when the law corresponds to a treatment different to agree upon the benefit. Therefore, the change in jurisprudence from the Supreme Court position, is necessary so the pre-agreements respect legal and factual allegation that is carried out in accordance with the reality of procedural, and professing respect for the guiding principles of the ordering criminal and victims' rights.

Keywords: Pre-Agreement; Legal Fiction; Typicity; Judgment of Responsibility; Criminal Responsibility; Punishment; Truth; Justice, Repair.

INTRODUCCIÓN

Investigaciones penales conocidas por la Corte Suprema de Justicia, sometidas al procedimiento reglado de la justicia premial, han originado reparos de parte de algunos de los magistrados del alto tribunal por la forma como se negocia entre el ente acusador y los procesados, en especial aquellas adelantadas contra organizaciones criminales. Nos referimos exclusivamente a los preacuerdos que, en sentir de los funcionarios judiciales disidentes que se apartan del voto mayoritario, no profesan respeto a principios estandartes del Derecho penal como lo son el de legalidad y tipicidad o taxatividad estrictas, ni garantizan el derecho de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

El problema se presenta debido a la errada interpretación que se realiza de los artículos 350 y 351 de la Ley 906 de 2004, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Tal equívoco ha navegado de la mano de una inadecuada utilización de la teoría de la ficción, mostrando la terminación anticipada como un disminuyente de responsabilidad y, por demás, un desmedro de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Indefectiblemente, se requiere un cambio de posición, acorde con los principios rectores del ordenamiento penal y a los mandatos de la Corte Constitucional y de la misma Corte Suprema de Justicia; sobre todo porque, tratándose de persecución penal de organizaciones criminales, cuyos integrantes al ser procesados salvan sus deudas con la justicia realizando un acuerdo en el que no solo disminuyen la pena, objetivo de los preacuerdos, sino, también, la responsabilidad penal, que de contera afecta los derechos de las víctimas.

1. NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL PROCESADO

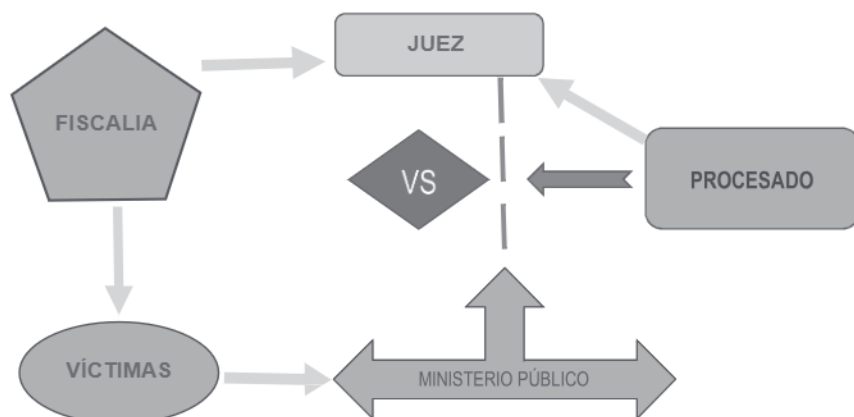
El mandato constitucional de la dignidad humana ha llevado al legislador a establecer formas de tratamiento penal que se fundamenten en criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, de tal manera que ese medio de control social, la pena, no comporte un exceso y, por consiguiente, un desmedro del Derecho fundamental.

Por ello, con miras a humanizar el proceso penal y la pena, se introdujo en nuestro ordenamiento procesal penal el título *Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*, para que el ente acusador y el procesado pudieran llevar el asunto investigado a otro estadio, diferente al de la contienda, donde se pudieran activar la solución de los conflictos que produce el delito, propiciar la reparación integral de los daños causados con el injusto e integrar al imputado en la solución de su situación jurídica¹. También se tuvo en cuenta que, mediante la articulación de esta figura jurídica, se beneficiarían los principios de celeridad y eficacia, que al final redundan en la buena marcha de la administración de justicia². Olvidó el legislador, en esa oportunidad, referirse a la participación de las víctimas, quienes son las directamente afectadas con la conducta desplegada por el agresor. No obstante, vía jurisprudencial³, la Corte solucionó este imperfecto, que por una errada interpretación ha sido desconocido.

1 Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández: "De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 906 de 2004, el proceso puede terminar de manera anticipada, es decir, sin haberse surtido todas las etapas correspondientes, en los casos en que se celebre acuerdo entre la fiscalía y el imputado o procesado y este sea aprobado por el juez. El fin de estos acuerdos, que implican la terminación del proceso de manera anticipada, es humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso[□], en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria".

2 Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández: "No es otra la finalidad de esta disposición que la de reconocer que aunque el imputado tiene derecho a que se agote un proceso en el cual, la acusación da paso al juicio oral en el cual pueda ejercer su defensa, también tiene el derecho a renunciar a ese derecho, en procura de obtener una solución temprana de su situación jurídica, que le permita obtener beneficios punitivos y *al Estado cumplir con su finalidad u objetivo con celeridad y economía*". (destacado fuera del original).

3 Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Diagrama 1. De parte e intervinientes en el proceso penal

Fuente: Elaboración propia.

Se tiene que en la codificación procedimental son señaladas las formas de terminación anticipada de la actuación procesal –artículos 348, 351 y 352 CPP– y el objetivo que con ella se persigue, estableciendo también los beneficios que recibirán quienes acuerden con el ente acusador la aceptación de responsabilidad penal, resaltándose el objetivo social de las penas, cual es rescatar al infractor y volverlo a la sociedad como persona de bien.

1.1 Los preacuerdos

Partimos de que existe una figura jurídica denominada preacuerdo, cuyo *iter* comporta una negociación, que luego es llevada ante un juez de conocimiento para que verifique si lo concertado se ajusta a la voluntad del procesado y respeta las garantías y derechos fundamentales de este; ello se encuentra desarrollado en los artículos 350 y 351 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

En una contienda jurídica sin terminación anticipada encontramos dos partes enfrentadas (fiscal y procesado) que llevan al juez sus postulaciones suasorias, soportadas debidamente, para que este decida de fondo; también encontramos a los intervinientes: las víctimas, quienes por sí o a través del fiscal realizan sus intervenciones; y a la Procuraduría General de la Nación, que se encarga de proteger los intereses de la sociedad.

En ese entendido, tenemos que decir que la figura del preacuerdo, no tratándose el nuestro de un sistema adversarial puro, debe adecuarse e interpretarse conforme al modelo procesal que se creó a raíz del acto legislativo 003 de 2002 (sistema penal

acusatorio)⁴, atendiendo principios de celeridad y eficiencia, sin sacrificar el respeto a los derechos de los intervinientes.

El escenario en que se desarrollan las negociaciones jamás podrá estar por fuera del alcance de los principios de legalidad y de tipicidad estrictas, so pena de caer en el abismo de la discrecionalidad desmedida y consecuente desprestigio de la administración de justicia al momento de trabarse la posible solución amistosa del conflicto.

Permitir que el ente acusador y la defensa del procesado dialoguen y lleguen a un consenso en cuanto a los términos de la imputación de cargos, para que el justiciable asuma voluntariamente su culpa en el delito imputado o de uno cuya pena sea menor, significa que tales conversaciones deben realizarse con atención a los hechos jurídicamente relevantes, a los hechos indicadores y a los elementos materiales probatorios y evidencia física existente, desarrollando así un ejercicio jurídico de adecuación de la conducta desplegada por el presunto infractor con la descripción del tipo. De corresponder la imputación formulada con los acontecimientos, no habrá lugar a modificaciones, ni mediando una negociación, pues hacerlo compromete o, más bien, socava seriamente la estabilidad de las normas rectoras —que son norte del proceso penal—⁵.

4 Castaño Vallejo, Raúl. “El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional”. *Revista Nuevo Foro Penal Vol. 9, n.º 80, enero-junio 2013, pp. 165-185, Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179)*. Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/2257>. “Destaca de los antecedentes del Acto Legislativo n.º 03 de 2002, que en su proyecto (Nº 237 de 2002, Cámara), junto al objetivo de ajustar el proceso al principio acusatorio, el Gobierno Nacional expresó la necesidad de dotar al país de un esquema procesal moderno, ágil, eficiente y respetuoso de los derechos de los intervinientes. Ello, en respuesta a la “dramática situación de la rama penal del poder judicial, toda vez que la inoperancia del sistema hace que, aun a pesar de los múltiples esfuerzos de los funcionarios, las decisiones sean demoradas, es decir, la justicia sea ineficaz”.

En el afán de cumplirse el objetivo trazado de hacer un sistema procesal penal eficiente y eficaz, se crearon mecanismos tales como el principio de oportunidad (arts. 321 y ss., en armonía con la ley 1312 de 2009), la suspensión del procedimiento a prueba (arts. 325 y ss., en armonía con la Ley 1312 de 2009), los preacuerdos y negociaciones (arts. 348 y ss.), la conciliación en el marco de la justicia restaurativa (arts. 522 y concordantes) y la mediación (arts. 523), instrumentos de abreviación del proceso penal y que tenía su fundamento en un abierto modelo premial”.

5 Sentencia C-1260 de 2005. *Op. cit.*, p. 94. En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.

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

En cuanto a este tema, la Corte Constitucional ha sido muy enfática al declarar que el fiscal no tiene libertad absoluta para la adecuación típica de la conducta, toda vez que se encuentra sitiado por las circunstancias fácticas y jurídicas del caso que somete a estudio, y esas circunstancias le obligan a conciliar el proceder del justiciable con la descripción contenida en el Código Penal (Sentencia C-025/2010. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto).

Generalmente, el trámite de las negociaciones que se adelantan en el sistema penal colombiano, se reducen a lo siguiente:

- a. Partiendo del delito imputado, se negocia la conducta sobre la cual se hará la manifestación de culpabilidad por parte del procesado –imputando un delito de menor pena, degradando la conducta de autor a cómplice o eliminando un agravante; luego se realiza la tasación de la pena según lo acordado previamente, teniendo en cuenta el margen de movilidad que otorga la norma (disminución hasta la mitad de la pena);
- b. Las objeciones al preacuerdo por parte de la víctima y del Ministerio Público quedan como meras observaciones, porque “los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento”⁶;
- c. El juez, quien no puede efectuar control material sobre el preacuerdo, verifica que la decisión haya sido voluntaria y que no se hayan vulnerado garantías o derechos fundamentales, y procede a dictar sentencia conforme a los términos que se registran en el preacuerdo; es decir, declarando la responsabilidad penal del procesado por la conducta sobre la que negoció y no por la que realmente fue judicializado el justiciable, desprendiéndose de ello, lógicamente, los beneficios y derechos del condenado conforme a esa última calificación jurídica.

Nótese cómo los principios de legalidad y taxatividad o tipicidad estrictas, y los derechos de verdad, justicia y reparación resultan damnificados en los casos terminados anticipadamente por la tipificación final de la conducta, que no obedece a un juicio de tipicidad, dentro de la cual confluyen las afrentas a los principios y derechos mencionados. No está de más señalar que la víctima y el Ministerio Público se encuentran restringidos para objetar la calificación jurídica; su participación se ve truncada al no poder hacer reparos a la negociación.

Cotidiano es ver, en los preacuerdos, que el procesado no aparece ante la sociedad respondiendo por el hecho que cometió, con sus respectivos agravantes, sino como autor de un delito simple, no agravado, o a título de mero cómplice. Es decir, pudo

6 Ley 599 de 2000. *Op. cit.*, artículo 351, inc. 4.

haber matado (homicidio) poniendo a la víctima en situación de inferioridad o de indefensión, que es una causal de agravación punitiva, y en virtud de una negociación solo responderá por homicidio sin circunstancias de agravación; o el ente acusador concede la calidad de cómplice del delito imputado⁷.

Ese reconocimiento de atenuantes, circunstancias de menor punibilidad o variación de la calificación por un tipo penal más leve, que no guarda correspondencia con el material probatorio, es lo que desnaturaliza la figura del preacuerdo. Entiéndase que los preacuerdos no persiguen la anulación del delito cometido ni de la responsabilidad penal que recae sobre el procesado: su objetivo humanizante es la modificación del *quantum* punitivo y, por ello, esa variación del tipo penal o de su intensidad, necesariamente, debe obedecer al estudio de las piezas procesales que conforman la investigación. Y no puede ser de otra manera, pues en audiencia previa a la negociación, al imputado se le pone de presente el hecho y las circunstancias por las que es perseguido penalmente, y de manera detallada se le informa el delito que se le endilga, desprendido de unos hechos jurídicamente relevantes que lo ubican en la escena del crimen. Así, se torna difícil, al menos lógicamente, readecuar la conducta —sin que haya variado el aspecto factual y mucho menos la intensidad de la acción desplegada por el justiciable—, pues se trata de un caso cuyos elementos le han servido de soporte al ente acusador para solicitar captura, formular imputación y solicitar medida de aseguramiento.

Siendo ello así, a todas luces resulta atentatorio del principio de tipicidad estricta o taxatividad que en un preacuerdo se degrade inexplicablemente el delito que se imputa al presunto agresor, o que esa degradación opere en cuanto a la forma de participación⁸. *Contrario sensu* a un juicio de tipicidad, se acomoda el *nomen juris* al querer de los que intervienen en la negociación. Por ejemplo, a una persona que es hallada portando un arma de fuego (flagrancia), y se le concede la calidad de cómplice, la única manera posible de hacerlo aparecer como tal es mediante un artificio o ficción, sobre la cual se emite condena.

7 Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP747-2017/48293 de enero 25 de 2017: “El 30 de abril de 2015, al inicio del juicio oral, la Fiscalía solicitó la variación del objeto de la audiencia, toda vez que manifestó la existencia de una negociación con el procesado, consistente en que este acepta los «cargos como autor del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, agravado contemplado en el artículo 365 inciso 3º numerales 2º y 3º del C.P. (...) y a cambio la Fiscalía como único beneficio compensatorio por la aceptación anticipada de cargos, le ofrece conforme a las previsiones del artículo 30, inciso 2º, del código penal, degradar la conducta de autor a cómplice...”.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP-1402-2017 del 8 de febrero de 2017. Cita su propia jurisprudencia radicado 26617 del 25 de abril de 2007: “En ese orden de ideas, refulge en forma nítida la participación del procesado en el crimen y no estaba desfasada la Fiscalía Seccional al imputarle el delito de homicidio en calidad de coautor, en el escrito de acusación, en la audiencia de acusación e inclusive en la apertura del juicio oral; y no se entiende por qué súbitamente en su alegato de conclusión el Fiscal Seccional con unas palabras ligeras y sin respaldo argumentativo expresó que Eala intervino por lo menos como cómplice; ver también Sentencia SP931 de 2016”.

1.2 La figura jurídica de la ficción

Al hablar de ficción nos adentramos en el campo de las suposiciones, por cuanto la idea de ficción, según la Corte Constitucional⁹, deviene cuando el Estado supone, y, en palabras del alto tribunal, “En todo caso, nada estará más alejado de un derecho inherente a la persona humana que ‘una ficción de verdad’. Los derechos fundamentales no pueden construirse a partir de este tipo de ficciones, menos cuando ellas pretenden dar una base de legitimidad social a dictados provenientes del imperio del estado”¹⁰.

La ficción legal es la creación de un evento, ignorando otro, que permite la efectividad del derecho¹¹. Es un artilugio cuya finalidad es generar efectos jurídicos a partir de una situación imaginaria. Ese evento o situación que se crea inequívocamente debe ser contrario a la realidad, no puede tratarse de una invención distinta al contrasentido de un hecho ocurrido en el mundo real¹² relacionado con el caso sometido a estudio. Su característica principal es su vocación benefactora o proteccionista y creadora de un Derecho.

La doctrina considera que la ficción legal “es una construcción mental creada intencionalmente para programar un efecto jurídico determinado, sin importar que tales construcciones sean falsas o puedan serlo”¹³; también la identifica como “aquellos recursos empleados para extender ciertas consecuencias jurídicas a entidades distintas de aquellas para las cuales fueron originalmente prevista”¹⁴ y “como una valoración jurídica, contenida en un precepto legal, en virtud de la cual se atribuye a determinados supuestos de hecho efectos jurídicos que violentan e ignoran su naturaleza real. La ficción ni falsea ni oculta la verdad real, lo que hace es crear una verdad jurídica distinta de la real”¹⁵.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-543/92. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, p. 54.

10 *Ibíd.*, p. 54.

11 Bonilla Sanabria Fabio Andrés. “Unipersonalidad Societaria: A propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano” *Revista e – Mercatoria Volumen 7, Número 1 (2008)*, p. 19. Disponible en: <file:///D:/Users/jhonpena/Downloads/2052-7081-1-PB.pdf> consultado el 10/04/2017

12 Riofrío Martínez-Villalba Juan Carlos. “Derecho, realidad y ficción. Posibilidades y límites”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 17, 2014, pp. 111-138. ISSN 1575-7382, P. 129. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero17/05-17.pdf>

13 *Ibíd.*, p. 119.

14 Camacho, Adriana y Ternera, Francisco. “La terminación extraordinaria del contrato: muertes especiales de las convenciones”. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 40: 30-52, 2013 ISSN 0121-8697 (impreso). ISSN 2154-9355 (on line), p. 40. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n40/n40a02.pdf>

15 Pérez de Ayala José Luis. *Las ficciones en el derecho tributario*. 1970. p. 16. Citado en obra perteneciente a la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 44. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2489/5.pdf>

Como técnica jurídica, la adopción de la ficción legal debe acatar los principios rectores del ordenamiento jurídico; por tal, estos prevalecen y tienen supremacía sobre aquella; y en virtud de ello, no pueden convertirse en un agente desnaturalizador de la verdad y de la realidad¹⁶. “En su proceso de negociación no puede haber un margen de discrecionalidad por parte del fiscal que le permita excluir en su labor de adecuación típica de la conducta, elementos relevantes con el fin de lograr un acuerdo”¹⁷.

Nada más alejado de toda cordura, sentenciar la responsabilidad del procesado sobre una calificación jurídica ficta, que, por demás, viola flagrantemente el principio de legalidad y tipicidad estrictas, y, de contera, hace ineficaz a la administración de justicia.

La técnica jurídica de la ficción para una sentencia condenatoria por preacuerdo debe implementarse de tal manera que los efectos prácticos de la misma se reflejen en la morigeración de la pena, no como eximente de responsabilidad sino en términos de humanización de la misma, pero basado en la real conducta punible atribuida al justiciable y no en una ficticia, que en últimas resulta ser el reflejo del comportamiento procesal del procesado mas no de su acto delictivo¹⁸. El resultado de esa ficción es la disminución de la pena en los términos previstos en la norma adjetiva, cuya tasación se haya pactado conforme a la calificación jurídica ficta imputada.

Al estudiar juiciosamente, en detalle, la manera como se hace uso equivocado de la ficción jurídica para reducir la pena, nos encontramos que más bien la aplicación de tal figura conlleva, además, un disminuyente de responsabilidad, por cuanto al imputado o acusado se le aliviana la carga al reimputarle un delito menor, al eliminar un agravante o al radicar su participación como una mera complicidad. El acto delictivo para él, la víctima y la sociedad es desdibujado por aplicación indebida de la ficción; por ejemplo, de un homicidio tentado puede pasarse a lesiones personales, y de esta manera es minimizado el acto restándole importancia al mismo, y a la vez limitando en favor del procesado el margen de responsabilidad pecuniaria ante la víctima, haciendo vigente las palabras de Montaigne, citado por Josserand: “el perjuicio de uno es el provecho de otro”¹⁹.

16 Bielsa Rafael. *La Técnica Jurídica*, p. 24 Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/21-22/la-tecnica-juridica.pdf>

17 Corte Suprema de Justicia. *Op. cit.*, p. 37.

18 Vallejo Castaño. *Op. cit.*, p. 171. “En quinto lugar, los fines preventivos de la pena se distorsionan habida cuenta que finalmente la sanción no se produce por la conducta punible del autor sino por su comportamiento procesal: “La pena no depende de la conducta delictiva del procesado sino de la conducta observada en el proceso”. Cita a Bernd Schunemann, “¿Crisis del procedimiento penal? ¿la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?” pp. cit. 299-301; Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, cit., p. 749; Velásquez Velásquez, Fernando. “La justicia negociada: un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema”, cit., pp. 27-31 al libro (Cuerpo); González Zapata, Julio. “¿Qué pasa con la pena hoy en día?”, en: *Revista electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Antioquia*, N° 8, Medellín, enero – abril 2012, p. 5.

19 Josserand, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Editorial Temis S.A., 2009, p. 60.

Si se quiere, podríamos decir que la aplicación de la ficción en lo que respecta a la responsabilidad penal –teniendo en cuenta que ella inicia con el juicio de tipicidad– comporta una elusión. En asuntos fiscales, el término se refiere a las distintas técnicas y procedimientos no necesariamente violatorios de la ley, pero que se contraen a un abuso de las formas jurídicas dirigido a minimizar la carga fiscal y por consiguiente los objetivos perseguidos por el legislador²⁰; en lo penal, podemos encuadrarlo en la aplicación de la ficción legal para minimizar la responsabilidad penal, haciendo nímio el reproche de la conducta desplegada, lo cual se traduce en un abuso del derecho²¹, más exactamente de las formas o de la interpretación de estas y, por exceso, va en contravía del garantismo que se pregona, que a la voz del padre de esta corriente filosófica, en su primera acepción, corresponde al de estricta legalidad²².

La confusión, para que se realicen indebidamente los preacuerdos, se centra en el texto del artículo 350 del CPP en un aparte del inciso segundo y en sus dos numerales, porque estos son interpretados de manera exegética, individual y no sistemáticamente, no se mira lo que finalmente pretende la norma –la reducción de la pena a cambio de la aceptación de responsabilidad penal por un delito cometido.

No puede entenderse que la frase “o de uno relacionado de pena menor”, inserto en el segundo inciso del precitado artículo 350, signifique que el fiscal pueda variar la imputación jurídica al acomodo de su interés de terminar lo más pronto posible un caso. De ninguna manera. La hermenéutica correcta del mismo con las normas rectoras, en consonancia con la jurisprudencia de la Constitucional y de la Suprema, nos llevan a rechazar tal entendido, porque se configura un doble beneficio (aceptar responsabilidad por un delito menor significa disminuir la pena en relación con reato realmente perpetrado y, a cambio, eliminar un agravante o tipificar de manera específica para reducir la misma, otra rebaja), además, porque, reiteramos, nos ubicamos, entonces, en el terreno de las afrentas a principios del proceso penal, a los derechos de las víctimas y a los mandatos emanados de la Corte Constitucional, en especial el contenido en la sentencia C-1260 de 2005.

Más bien, ese inscrito debe interpretarse con aplicación de algunos principios que rigen la interpretación constitucional; así, para la hermenéutica de la construcción

20 Corte Constitucional. Sentencia C-015 de enero 21 de 1993, p. 8.

21 Josseland. *Op.cit.*, p. 23. “Un acto sí puede ser a la vez conforme y contrario a derecho, porque la palabra envuelve dos acepciones muy diferentes. Ora designa el conjunto de la ciencia jurídica, de la juricidad, el derecho objetivo, ora contempla tal o cual prerrogativa determinada, los derechos subjetivos, como el derecho a la propiedad o el de acudir a la justicia, y esta simple distinción basta para dar la clave del problema”.

22 Ferrajoli, Luigi. *Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 851. “Según una primera acepción, <<garantismo>> designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de ‘estricta legalidad’ SG propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo...”.

gramatical del artículo, y en especial del segundo inciso, debe acudir al principio del efecto útil de la norma²³ y al de interpretación razonable²⁴, por cuanto el efecto que produce el aparte “o de uno relacionado de pena menor” conduce a un absurdo, a un contrasentido, produciendo efectos nefastos a la administración de justicia y a las víctimas; la exégesis de tal premisa conlleva consecuencias indeseables, por ello debe ser rechazada. Esa hermenéutica no es válida para el caso que nos ocupa, pues la correcta interpretación demanda un análisis sistemático que hace uso de otras áreas del Derecho, como por ejemplo el Derecho civil, como se verá más adelante. Seguir tal línea interpretativa anula por completo el efecto útil de interpretación de las normas que buscan proteger a las víctimas en cuanto a la reparación integral²⁵.

-
- 23 Código Civil Colombiano. “Artículo 1620. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”; ver también Sentencia de la Corte Constitucional T-001 del 3 de abril de 1992: “El conocido principio de interpretación de las normas jurídicas, a partir del “efecto útil” de estas, enseña que, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero.
“Si se procede usando este criterio, las palabras “según el caso”, pertenecientes al artículo 272 de la Constitución, habrán de tener algún significado en relación con el tema objeto de controversia y, por ende, se precisa establecerlo en relación sistemática con otras normas constitucionales, rechazando las hipótesis que carezcan de sentido”.
- 24 Corte Constitucional. Sentencia T-322 del 23 de julio de 1996: “La razonabilidad hace relación a que un juicio está conforme con la prudencia, la justicia y la equidad que rigen para el caso concreto, es decir, implica una coherencia externa, con los supuestos fácticos. La razonabilidad supera la tradicional racionalidad porque esta exige una coherencia interna, una lógica formal. En lo razonable, si la coherencia es externa, cobra fuerza la relación con lo constitucionalmente admisible, con la finalidad de la norma y su efecto útil y con la caracterización del Estado democrático; por eso cuando dos hipótesis jurídicas son racionales, para preferenciar una de ellas hay que apelar a lo razonable”. También Sentencia T-142 del 23 de marzo de 1994: “En efecto, buena parte del avance de la ciencia del derecho se ha llevado a cabo a través de la práctica judicial que consiste en encontrar soluciones jurídicas por fuera de la aplicación directa de la ley, cuando esta produce consecuencias indeseadas”.
- 25 Corte Constitucional. Sentencia C-409 del 17 de junio de 2009. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez: “La deferencia del Legislador para con la compañía aseguradora y su limitada y voluntaria participación en el incidente, dan al traste con el efecto útil de todas las normas y disposiciones que contemplan aquellas formas de proteger a la víctima y garantizar su reparación integral en el proceso penal. De la misma manera, el efecto útil se neutraliza, respecto de los mandatos superiores que configuran el discurso constitucional de la reparación integral de la víctima del delito, que en el marco del Estado social de derecho, su fundamento en la dignidad humana y la solidaridad y la protección de derechos inalienables como el del acceso a la justicia, impone disponer de lo necesario a fin de obtener la reparación integral de los afectados por el delito y de velar por su protección de manera eficaz y oportuna. Asimismo, la disposición acusada cuando reduce la participación de la aseguradora del contrato de seguro de responsabilidad civil válidamente celebrado a la conciliación y en cuanto además, a ella puede no asistir sin consecuencia alguna sobre sus intereses, rompe el principio hermenéutico de coherencia interna del ordenamiento, tanto infraconstitucional como constitucional, esto es, tanto respecto de los citados preceptos legales que estructuran el incidente, como de los derechos y garantías constitucionales concebidas para proteger a las víctimas del delito, dentro del sistema penal acusatorio y restaurativo. Así entonces, la Sala considera que el Legislador se ha excedido en su poder de libre configuración legislativa cuando ha dispuesto que la exigibilidad de la indemnización correspondiente como forma de cubrir los daños causados a la víctima de un delito, queden en manos de la libérrima aquiescencia de la aseguradora de participar o no en el importante incidente de reparación integral”.

Estos dos principios nos muestran que los apartes de un precepto que conducen a equívocos y a un sinsentido de la norma, no tienen espacio en una interpretación correcta, respetuosa de la ley, la Constitución y del debido proceso, por lo tanto en el ejercicio mental debe ser suprimidas tales incongruencias.

Los falladores incurren en igual error al interpretar el inciso segundo del artículo 351 del CPP, en su aparte “También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias”, infiriendo que se trata de la facultad de modificar el aspecto fáctico para llegar a la reducción de la pena. Craso error, pues lo que realmente contiene el precepto es la alusión tácita a la utilización de la ficción legal, siendo esta la única vía para llevar a feliz término un preacuerdo con contenidos de legalidad, verdad, justicia y reparación. No por otra razón en el mismo inciso, a continuación, es incluido un condicional que prevé la realización de un ejercicio mental que nos lleve a superponer sobre la imputación realizada una conducta que, comparadas, esta última comporte una disminución de la pena, siendo este resultado el que se toma –la sanción disminuida– para llevarlo al acuerdo, lo cual “constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”, Así entonces, el pacto queda conformado por el delito imputado realmente acontecido y por la pena disminuida.

Este inciso del artículo 351 resulta confuso y generador de una errada interpretación, y podría decirse que también es redundante en cuanto al artículo 350.

1.3 Principio de legalidad y tipicidad o taxatividad estrictas, y el juicio de responsabilidad

El Código Penal es una medida de acción contra la “minoría desviada” (Corte Suprema de Justicia, casación 37671/SP2196-2015); en él son señalados los delitos y las penas que proceden conforme a la adecuación típica que realice el ente acusador de un comportamiento delictivo. Es el legislador quien se encarga de crear los tipos penales y sus respectivas sanciones, conforme al principio de proporcionalidad.

El principio de legalidad estricta, enseña Ferrajoli, supone una:

norma meta-legal que condiciona la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos sustanciales correspondientes al conjunto de garantías penales y procesales: la tipicidad de las violencias configuradas como penas, la taxatividad de los supuestos empíricos previstos como delitos, su ofensividad y culpabilidad, su verificación por parte de un tercero –juez– a partir de un juicio contradictorio y público entre una acusación que tiene la carga de probarlos y una defensa que tiene la posibilidad de desmentirlos²⁶.

26 Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho n.º 15, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 93.

En *Derecho y Razón*, el profesor Ferrajoli resume este principio de la siguiente manera: “y a la legalidad en sentido estricto, o validez sustancial, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión”²⁷.

Y más adelante continúa:

La relación entre legitimación formal y legitimación sustancial es ciertamente bastante distinta en el Derecho penal y en los demás sectores del ordenamiento. *En el Derecho penal la inmunidad del ciudadano frente a las intervenciones arbitrarias, que es el Derecho fundamental específico sobre el que se funda su legitimación sustancial, está garantizada precisamente por la estricta legalidad, es decir, por la sujeción del juez solamente a la ley, que al mismo tiempo asegura la máxima legitimación formal*; y esto deriva, como se ha demostrado en el apartado 37.5, del nexo existente entre la verdad procesal condicionada a la estricta legalidad o taxatividad de los supuestos típicos y 14. El punto de vista externo la libertad del inocente frente al arbitrio. En los demás sectores del ordenamiento, por el contrario, el nexo entre las dos formas de legitimación es menos estrecho (destacado fuera del original)²⁸.

En palabras de la Corte Constitucional, el principio de legalidad penal, gran conquista de constitucionalismo, le permite al ciudadano saber cuándo y por qué una conducta es penalizada, ya sea esta con medida restrictiva de la libertad o de otro tipo²⁹. Pero también que “cuando de aplicar sanciones se trata, el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla con las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico”³⁰.

Se desprende de lo anterior que la caracterización de una conducta como delito debe obedecer al actuar del justiciable en la realización del mismo, y que ese producto resulta de un ejercicio jurídico de adecuación típica realizado por el operador judicial, que subsume aquella dentro de la norma penal correspondiente.

Dicho de otra manera, el principio de legalidad estricta desarrollado por el de tipicidad, garantiza que la conducta desplegada por el agente no será objeto de desconcontextualización, modificación o aducción con el fin de perseguir una mayor o menor punibilidad; impide que el ejercicio del poder del funcionario judicial se desborde y

27 Ferrajoli. *Derecho y Razón*, Op. cit., p. 856.

28 *Ibíd.*, p. 918.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-559 del 4 de agosto de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

30 Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 359. Cita sentencia de la Corte constitucional T-011 de 1992.

se transforme en arbitrariedad, entendida esta como la violación de garantías procesales inquebrantables propias de las partes e intervinientes en el proceso³¹.

1.3.1 Responsabilidad penal

La responsabilidad penal engloba tres juicios: el juicio de tipicidad, el juicio de antijuricidad y el juicio de culpabilidad. Solo nos ocuparemos del primero de ellos por ser componente del núcleo esencial del principio de legalidad, en el que se centra nuestro disenso en cuanto a la celebración de acuerdos entre Fiscalía y procesado.

1.3.1.1 Tipicidad

El Principio de tipicidad o taxatividad “consiste en la descripción de los hechos que merecen reproche penal, se hace de manera precisa y delimitada en relación con una circunstancia o situación específica, abstracta y objetiva, sin que ello sea obstáculo para que en algunas oportunidades existan elementos subjetivos, normativos o complementarios, directos, y/o indirectos y/o circunstanciales. Así, será posible determinar en forma clara los sujetos, el verbo rector, los objetos material y jurídico, y la pena en forma clara y precisa...”³².

En cuanto a la tipicidad, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la conducta debe adecuarse a las exigencias materiales del tipo objetivo –sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento– y cumplir con el aspecto subjetivo de la misma –dolo, culpa o preterintención–³³.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy enfática al expresar que al momento de ser aplicada la ley penal, el operador judicial debe seguir el mandato legal y observar “la mayor rigurosidad en el adecuamiento (sic)

31 Ferrajoli. *Derecho y Razón. Op. cit.*, p. 857: “el principio de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido. En el derecho penal, donde el derecho fundamental en juego es la inmunidad del ciudadano frente a prohibiciones y castigos arbitrarios, estos contenidos sustanciales se han concretado en la <<taxatividad>> de las hipótesis de delito, que comporta, de un lado, la referencia empírica a los tres elementos constitutivos que encuentran expresión en las garantías penales y, del otro, su verificabilidad y refutabilidad en las formas expresadas por las garantías procesales. En los otros sectores del ordenamiento los derechos fundamentales objeto de tutela son diversos; pero también ellos, cuando están constitucionalmente garantizados, se configuran como vínculos de validez para la legalidad ordinaria, por lo que esta resulta igualmente caracterizable como estricta legalidad. En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial”.

32 Sentencia C-996 de 2000. *Op. cit.* p.16

33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP4319-2015. Rad. 44792 del 16 de abril de 2015. M.P.: María del Rosario González Muñoz, p. 15.

de la conducta de la persona inculpada al tipo, de tal forma que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”³⁴.

Claro es que, bajo la égida de la taxatividad, impera la existencia de una descripción detallada, en abstracto, del actuar que debe desplegar un infractor para que cobre relevancia penal su comportamiento, e igualmente la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo³⁵. Se refiere “a la necesidad de la descripción taxativa de los elementos que estructuran el hecho punible y a la inequívocidad en su descripción”³⁶.

Mírese como el Código Penal describe taxativamente la conducta que debe desplegarse para que esta adopte la categoría de delito, es decir, debe encontrarse ajustada a la descripción típica contenida en la norma sustantiva para que desborde el marco legal de protección establecido y codificado por el legislador para unos derechos o bienes jurídicos tutelados por la Constitución y la ley. Ello quiere decir que ese proceso de adecuación típica no debe ser folclórico, arbitrario o sesgado, pues se encuentran establecidos los parámetros para adelantarlos de tal manera que se mantengan incólumes la legalidad, la seguridad y confianza jurídicas.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado, de antaño, el cuidado y detalle que debe observarse en la adecuación de la conducta al tipo penal, por cuanto “La determinación de los tipos penales implica el señalamiento de los elementos que estructuran el tipo penal, que indican que es esa y no otra la conducta que de manera objetiva da lugar a una sanción penal. Por consiguiente, siempre será del orden restrictivo, en cuanto limita el poder punitivo del Estado”³⁷. Por ello, el tipo de imputación que se haga tiene su esencia y origen en la conducta desplegada por el inculcado en la comisión del hecho punible.

En efecto, se trata de un principio, el de tipicidad, que prodiga la máxima protección al justiciable, en el sentido que las conductas por las cuales se le procesa deben estar previamente descritas y definidas en forma clara en el ordenamiento penal; asimismo, que esa descripción limita al operador judicial dentro del ejercicio mental de tipificación, de tal forma que el delito que se impute corresponda sí y solo sí a la ocurrencia del supuesto de hecho.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentencia del 30 de enero de 2014. Consideración n.º 61.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra: “En lo que concierne a las reglas, tales serían las disposiciones jurídicas en las que se define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo...”.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-996 de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

37 Sentencia C-996 de 2000. *Op. cit.*, p.17.

Conciliando estos preceptos norte del proceso penal con la figura de los preacuerdos, nos damos de cara con una verdad irrefutable: son desconocidos los principios de legalidad y tipicidad estrictas, porque se modifica inconsultamente la imputación inicial; la renuncia al juicio de tipicidad previamente realizado marca una distorsión de la responsabilidad penal que debe asumir el procesado, porque, en lugar de una adecuación de la conducta al precepto penal respectivo, se impone un delito distinto e incongruente con la conducta desplegada por el procesado en el escenario fáctico. Ello, además, desdibuja la política criminal³⁸ que pretende celeridad y eficiencia en el control social, convirtiéndola realmente en un eficientismo o “lucha contra la impunidad a toda costa”³⁹, aun por sobre los principios rectores del proceso penal. Esa concepción distorsionada de los preacuerdos y simplista del Derecho procedimental afecta tanto a las víctimas como a la administración de justicia.

Ahora, el punto controvertido se refiere al juicio de tipicidad o de adecuación típica que se realiza en los preacuerdos, sobre el cual se produce la sentencia condenatoria, que propiamente no comporta un ejercicio de adecuación en tanto no se realiza una comparación entre la acción y la norma de tal forma que se determine si encuadra o no aquella en la descripción típica –porque no interesa la coincidencia entre ellas–, solo se tipifica de manera ficticia, olvidándose el operador judicial de que de allí se parte para establecer la responsabilidad penal que se le endilga a un procesado⁴⁰.

Decimos que es el punto de controversia en razón a que, por virtud de los principios de legalidad y taxatividad, así como de los derechos a la verdad, justicia y reparación, no debiera realizarse una nueva tipificación con miras a ablandar la pena; esto último se logra sin necesidad de causar afectación a tan elevados bienes jurídicos y al mismo sistema de enjuiciamiento criminal. Basta con señalar, ahora sí a través de la ficción jurídica, una cualquiera de las penas contenidas en los delitos del mismo núcleo fáctico que el delito endilgado, para que el juez de conocimiento emita sentencia sobre la imputación fáctica y jurídica real, atenuando la pena por medio del artilugio jurídico.

Hay que acotar que se ve afectado el principio de legalidad, en cuanto a su tercera dimensión es desconocido el principio –legalidad en sentido estricto– porque, a pesar de existir una descripción clara e inequívoca de la conducta delictiva y de la sanción que le corresponde, es decir, existe certeza de cómo se tipifica la conducta y cuál es la

38 Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal*, parte general, Editorial Temis, 2002, p. 17: “Y en sentido estricto, cómo la ciencia que se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad”.

39 Restrepo Montoya, Hugo. *Derecho Internacional: entre garantismo y eficientismo*. Disponible en: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/288/1090>

40 Sentencia C-996 de 2000, *Op. cit.*, p. 16.

pena para ella⁴¹, la tipificación final en los acuerdos celebrados entre Fiscalía y procesado, generalmente, desconoce la congruencia entre hechos, conducta e imputación⁴².

Esta congruencia necesaria entre hechos, conducta e imputación representa el respeto al principio de legalidad estricta, y solo es posible establecerla a través de un ejercicio de adecuación típica o juicio de tipicidad que le posibilita al operador judicial analizar un escenario modal y espacio-temporal para concluir “cuando una conducta se adecúa a uno u otro tipo delictivo y cuando no”⁴³, y de esta manera determinar el punible que procede imputar. No en vano el legislador se encarga de precisar detalladamente y delimitar de forma clara la conducta reprochable; más aún, el artículo 287 de la norma adjetiva⁴⁴ se refiere tácitamente a la necesaria relación que debe existir entre hechos —a los que se llega por inferencia razonable producto del estudio de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida—, conducta e imputación. Ello nos permite resaltar la rigidez que inviste la tipificación de la conducta en la formulación de imputación, dado que, preacordado

41 Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, p. 20: “Este Tribunal ha identificado las diferentes dimensiones del principio de legalidad en materia penal, las cuales comprenden: i) la *reserva legal*, pues la definición de las conductas punibles le corresponde al legislador y no a los jueces ni a la administración ii) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, por lo que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley previa que así lo establezca, salvo el principio de favorabilidad; iii) el *principio de legalidad en sentido estricto denominado de tipicidad o taxatividad*, exige que las conductas punibles no solo deben estar previamente establecidas por el legislador, sino que deben estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del juez se limita a la adecuación de la conducta reprochada a la descripción abstracta realizada por la norma. Solo de esta manera se cumple con la función garantista y democrática, que se traduce en la protección de la libertad de las personas y el aseguramiento de la igualdad ante el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado” (destacado fuera del original).

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de octubre de 2005., Radicado 24026: “Tal concepción se articula con la idea de que la imputación, como ya se dijo, y como lo impone el sistema penal colombiano, y lo ha expresado la Corte, no puede ser solo fáctica —no por razón de una construcción histórica ligada a un específico sistema procesal, sino porque como entre otras cosas lo exige el nuevo código procesal—, desde la misma formulación de la imputación, el fiscal debe hacer una narración clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, lo que implica valorar desde la perspectiva jurídica los hechos que se imputan”. “En ese orden, no se ofrece coherente con el modelo acusatorio, imputarle jurídicamente a la sindicada la comisión de un delito de porte, que el de venta de estupefacientes, porque aun cuando los distintos supuestos comportamientos aparecen recogidos por el artículo 376 del código penal y los sanciona con la misma pena, lo cierto es que corresponden a diversas modalidades de ataque del bien jurídico, tanto así que cuando el porte excede en una proporción insignificante puede llegar a carecer de ofensividad” (artículo 11 del Código Penal).

43 Sentencia C-996 de 2000, *Op. cit.*, p. 16.

44 Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Artículo 287. Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

sobre ella, el justiciable renuncia al derecho a no autoincriminarse y a contradecir lo dicho por la Fiscalía en un juicio público, oral y concentrado⁴⁵.

La sala de casación penal de la Corte Suprema, en el año 2005, consideró necesario hacer ajustes a la posición de que no había incongruencia cuando la condena se producía sobre una modalidad de afectación del bien jurídico distinta a la del delito imputado y endilgado en la acusación, por cuanto, aunque la respuesta punitiva no contrariaba la pena principal, sí afectaba aspectos inescindibles como el desvalor del injusto, que comportan matices diferentes ontológica y valorativamente⁴⁶.

Ello ocurre en el caso de los preacuerdos, cuando en estos, por ejemplo, la autoría⁴⁷ se degrada a complicidad⁴⁸ o la tentativa de homicidio a lesiones personales, el

45 Sentencia del 20 de octubre de 2005 Radicado 24026, *Op. cit.*, p.24. “Diríase incluso que en un proceso con todas sus etapas, con controversia probatoria y juicio oral, las exigencias serían menores, pues la narración de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación pueden variar y complementarse en la alegación final en la cual se debe presentar de manera circunstanciada la conducta (artículo 443 de la Ley 906 de 2004), mas no así en los procesos abreviados en donde la conducta debe tipificarse con la mayor precisión dado que se renuncia al derecho a no autoincriminarse y a tener un juicio oral y público (artículo 350 numeral 2 Ley 906 de 2004) (destacado fuera del original).

46 *Ibid.*, pp. 29 y 30. Si bien la Sala ha estimado que “no existe incongruencia cuando imputada la comisión de una figura típica concreta y determinada en la acusación, se condena por la misma aunque sea otra la modalidad de afectación del bien jurídico, de entre las varias previstas de manera alternativa en la disposición penal” (cita omitida), es necesario ajustar ese concepto cuando, como en este caso, la incongruencia entre los cargos y la sentencia si bien no desdice de la respuesta punitiva en cuanto a la pena principal, sí afecta aspectos inescindibles, tales como los operacionales de la misma, pues es distinto el desvalor del injusto de porte que el de tráfico de sustancias estupefacientes. Son ontológica y valorativamente diversos, y por ello para el Juez se impone el deber de efectuar una ponderación teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que el hecho tuvo realización, y los valores, principios y derechos constitucionales en conflicto. *Entonces, si de respetar las garantías debidas a las partes por afectación sustancial de la estructura del proceso como finalidad suprema del recurso de casación de trata, es evidente, por lo analizado, que la sentencia rompe la unidad conceptual del proceso al modificar sustancialmente el contenido del acto condicionante* (cita omitida)” (destacado fuera del original).

47 Ley 599 de 2000. *Op. cit.*, “Artículo 29. Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

“Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

“También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

“El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

48 *Ibid.* “Artículo 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

“Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

“Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

“Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

juicio de reproche no es igual en cuanto al desvalor del grado de participación en una y otra; mientras que la complicidad representa una “figura marginal o personaje secundario”⁴⁹ que no realiza la conducta típica, en la autoría el sujeto tiene dominio del hecho y es el actor principal⁵⁰, en él confluyen todas las pasiones indeseables malsanas que lo inducen a cometer el delito. De poca monta resulta el apoyo o ayuda que presta el cómplice para la realización de la conducta punible, ya lo ha decantado la Corte Suprema en anteriores oportunidades: “en síntesis, “... solo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; mientras que el cómplice es aquel que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización de la conducta ilícita, es decir, participa sin tener el dominio propio del hecho”⁵¹.

Importante resulta destacar que la autoría, la complicidad y la agravación de la conducta comportan grados diferentes de reproche para decidir la responsabilidad penal de un justiciable, toda vez que el ataque al bien jurídico protegido por el legislador varía en su intensidad dependiendo de la participación del presunto agresor y de las circunstancias de mayor punibilidad. Pues, bien, de ese talante es la situación en los preacuerdos, porque una calificación jurídica final –sin juicio de tipicidad– con un tipo penal distinto al imputado inicialmente, o con la degradación de la participación, o con la eliminación de agravantes, lo que hace es aminorar la responsabilidad penal, diluirla, trayendo ello como daño colateral una afectación directamente proporcional en cuanto a la reparación integral, como más adelante se expondrá en el acápite del derecho a la reparación.

Si detallamos aún más el asunto, resulta que, además de los beneficios en cuanto a la minimización de la responsabilidad penal y de la rebaja de penas, se da vía libre para que el procesado pueda acceder a derechos que corresponderían a quienes realmente hayan sido responsables de un delito simple o cuya participación se haya circunscrito a una mera complicidad, porque, por ejemplo, se podría “superar el factor objetivo para el otorgamiento de un subrogado, sustituto o imposición de una pena especial”⁵². Basta con leer el salvamento de voto del Magistrado Eugenio Fernández Calier, contenido en la sentencia SP17024 del 23 de noviembre de 2016, para llegar a la conclusión de que realmente son vulneradas garantías constitucionales y legales, y se causa gran

49 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP8643-2015 del 1º de julio de 2015. Rad. 42293. M.P.: Gustavo Malo Fernández.

50 Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique. *La autoría mediata en el derecho penal, formas de instrumentalización*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2009, p. 125. Citando a Díaz y García Conlledo. La autoría.

51 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 Mar. 2006, Rad. 22327.

52 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP17024 del 23 de noviembre de 2016. M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

perjuicio al ordenamiento penal, a la administración de justicia y a las víctimas, a tal punto que puede llegarse a la extinción de la acción penal⁵³.

1.4 Control material a los preacuerdos

Cuando el Estado echa a un lado la función persecutora⁵⁴ para adelantar actos de negociación, automáticamente sale del supuesto fuero o blindaje que le confiere la

53 *Ibid.*, p. 56: “Bajos los supuestos señalados, los preacuerdos no pueden ser el instrumento para introducir modificaciones a las prohibiciones constitucionales o legales, regla contra la que atentan, entre otros supuestos, los beneficios dobles, cuando ha de pactarse “una única rebaja compensatoria por el acuerdo” (art. 351-2 del C de P.P.).

Lo propio acontece cuando la tipicidad que corresponde a la acción ejecutada prohíbe a perpetuidad ejercer derechos y funciones públicas (peculado por apropiación) y se cambia o readequía en el preacuerdo por denominación jurídica para obviar esa prohibición; o siendo el ilícito consumado de aquellos para los que se restringe un subrogado o sustituto se reubica la conducta en norma penal que si lo tolera (concierto para delinquir agravado por simple).

Se otorga un doble beneficio y se afecta la legalidad, los preacuerdos y decisiones judiciales que permiten condenar como cómplice a quien es autor o se modifica la elección del delito base para la tasación de la pena en el caso de concurso delictual (artículo 30 del C.P.).

Pero también la modificación de la responsabilidad penal a través de los preacuerdos puede facilitar el otorgamiento de beneficios indebidos por estar prohibidos por la ley o la Carta Política, afectándose la legalidad y la exclusión de doble beneficios. Ejemplo de estas situaciones se presentan cuando se eliminan agravantes o cargos o se hacen readecuaciones típicas que conllevan superar el factor objetivo para el otorgamiento de un subrogado, sustituto o imposición de una pena especial.

La condena por delito no cometido, afectándose la responsabilidad penal que corresponde, también puede dar lugar al desconocimiento de la prohibición del doble beneficio, se puede trasladar la adecuación de la conducta de un delito que excluye un sustituto penal a otro que si lo admite, el doble premio se representa en la eliminación de la prohibición (un aspecto de la ejecución de la pena) y necesariamente en la pena menor que se concede.

Convertir en un negocio jurídico el cargo de peculado por apropiación doloso en uno culposo o en abuso de confianza agravado, vulnera el mandato constitucional que ordena imponer a perpetuidad la inhabilitación de funciones públicas.

Un pacto con el fin de terminar el proceso que se adelanta por prevaricato por acción y atribuir un abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, es permitir que con la readecuación típica se eluda la pena privativa de la libertad y la prohibición de otorgar subrogados por el delito cometido.

La declaración de responsabilidad por el delito cometido e imputado tiene consecuencias no solamente en el campo de la reparación sino también en otros fenómenos jurídicos que ello implica, como la extinción de la acción penal, la que se rige y contabiliza en el proceso por la tipicidad y responsabilidad declarada en la sentencia, según reiterada jurisprudencia de la Sala.

Si la sentencia no tiene en cuenta la responsabilidad imputada por el delito cometido sino la aceptada y readecuada en el preacuerdo, se generan factores de impunidad, injusticia, afectación de garantías a partes e intervinientes, pues de esa manera los pactos pueden llevar a situaciones que impliquen la declaratoria de prescripción de la acción penal (al reducirse el máximo previsto de la pena y en esta misma proporción se reduce la extinción de la acción) o evadir mandatos constitucionales al soslayar sanciones previstas a perpetuidad (inhabilitación de derechos y funciones públicas), o prohibiciones legales de beneficios o sustitutos al readecuar las conductas por tipicidades que admitan tales mecanismos de ejecución de la pena, o hacer pactos que lleven a aceptar como continuada una conducta respecto de hechos para crear un estado de cosa juzgada para otras investigaciones que se adelanten por separado, todo lo cual atenta contra garantías y son ajenas a los fines del instituto examinado.

54 Cuando hacemos alusión a que se deja a un lado la persecución penal, nos referimos a que la Fiscalía cesa en su función de contraparte, por cuanto no tendrá que adelantar mayores actos de investigación

ley en lo que respecta a control material de los preacuerdos –Art. 351 CPP, y entonces, las negociaciones que realice necesariamente deben ser objeto de contradicción por parte de la víctima o del Ministerio Público, si así lo llegaren a considerar, por una sencilla razón: la comisión de los delitos siempre causa una afectación y es por ese daño, elevado a la categoría de reato, que el Estado se ve en la obligación de perseguir – porque el delito se tipifica como tal por la vulneración de un bien jurídico tutelado; luego, si se trata de solucionar el conflicto con el agresor, es apenas lógico que quien sufrió el menoscabo de sus intereses tenga participación en la negociación, con poder de reclamación ante el juez competente sobre ese trato que realizan las partes.

En un preacuerdo, las partes que negocian, fiscal y procesado, se encuentran en una posición dominante respecto de las víctimas. Así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, al estudiar la participación de las víctimas en las negociaciones y preacuerdos⁵⁵, encontró que ni siquiera la víctima tenía un “papel pasivo o una intervención mediada por el fiscal”.

que los que le han servido de fundamento para imputar y solicitar medida de aseguramiento, que generalmente tiene vocación acusatoria, y, así, se exime de someter a contradicción los EMP y EF que posea. Fiscalía y procesado se funden en uno solo para presentar ante el juez de conocimiento el acuerdo al que han llegado y sobre el que este emitirá sentencia condenatoria.

- 55 Sentencia C-516 de 2007. *Op. cit.*, p. 77: “i) Las normas mencionadas, en efecto, excluyen a la víctima de los actores procesales que pueden intervenir en los preacuerdos y negociaciones. No se contempla un deber del Fiscal de consultar previamente a la víctima sobre la proposición de un preacuerdo; tampoco un deber de comunicación a la víctima de la existencia del preacuerdo una vez se logre; ni se le faculta para intervenir en la negociación; no se prevé un mecanismo de intervención oral o escrita de la víctima ante el juez competente al momento en que el acuerdo es sometido a su aprobación; al condicionar la aprobación del acuerdo por parte del juez de conocimiento a la preservación de las garantías fundamentales, no se hace explícita la extensión de ese control a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

“(ii) No se observa una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión de la víctima de la facultad de intervención en los preacuerdos y las negociaciones, como quiera que se trata de actuaciones que se desarrollan en una fase previa al juicio oral, justamente con el propósito de evitar esa etapa mediante una sentencia anticipada que debe ser, en lo posible, satisfactoria para todos los actores involucrados en el conflicto. La garantía de intervención de la víctima en la fase de negociación no tiene entonces la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del sistema adversarial, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido. Con la intervención de la víctima en esta fase no se auspicia una acusación privada paralela a la del fiscal, dado que el acuerdo se basa en el consenso, el cual debe ser construido tomando en cuenta el punto de vista de la víctima.

“Si bien es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel de discrecionalidad, propiciar la fijación de una posición por parte de la víctima frente a los preacuerdos y las negociaciones no afecta la autonomía del Fiscal para investigar y acusar, ni lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Por el contrario, la intervención de la víctima provee a la justicia de información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no en el mejor interés de la sociedad y de la administración de justicia. La inclusión del punto de vista de la víctima resulta también valiosa para rectificar información aportada por la defensa y por la fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad.

“(iii) Esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, que deja en manifiesta desprotección los derechos de las víctimas.

Si bien es cierto que la persecución penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, también lo es que, una vez entrada en la etapa de negociación, aquella queda en un trance o *stand by*, debido a que se pierde el objeto de la contienda cuando el procesado provisionalmente, para poder persuadir al acusador sobre su ánimo de finalizar el caso, baja sus “armas” como muestra de voluntad negociadora. Tal es el trance, que la ley establece la suspensión de los términos procesales cuando haya negociaciones de por medio (Art. 317, parágrafo 2 Ley 906/2004).

Entrado en los linderos de los preacuerdos, en principio se abandona el contradictorio⁵⁶; por lo tanto, mal podría hablarse de que una eventual objeción del Ministerio Público o de las víctimas en torno a la concesión que realiza el ente acusador es inoportuna o que tal vez se trata de aspectos válidos solo para el juicio⁵⁷. Desacertada elucubración, pues ante el reparo, no se someten a consideración del juez asuntos relacionados con material probatorio, estos sí propios del debate en juicio oral, lo que se reclama es el desacierto en los términos del preacuerdo que fijan la Fiscalía y el procesado —la calificación jurídica final con miras a obtener la sentencia—, por tratarse de la aceptación de responsabilidad penal sobre una conducta no imputada —*facta*—; allí radica el reclamo, la contradicción que genera el acuerdo firmado cuando dista de la imputación inicial, que sí se encuentra apegada a la real ocurrencia de los acontecimientos.

No entra a discutir el autor, por lo menos en este trabajo, que al juez le está vedado ejercer oficiosamente control material sobre tal acto —preacuerdo—, pero, al momento de auscultar el papel de la víctima, difiere de la concepción mayoritaria de que a estos intervinientes le es extendida la prohibición que cobija al juez en tales asuntos⁵⁸, es

“(iv) La omisión implica a su vez un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Reitera la Corte que el propio código reconoce el derecho de las víctimas “a ser oídas”, y a “que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto” (Art. 11 d) y f) la Ley 906 de 2004).

56 Castaño Vallejo. *Op. cit.*, p. 176: “Se enmarca ello dentro de una justicia penal negociada cuyo “objetivo político-criminal se dirige al encuentro de una nueva solución (un escalón intermedio) entre el abandono de la persecución y la persecución, que beneficie a las partes negociadoras”. Cita a Pablo Galain Palermo, “La negociación en el proceso penal”, *cit.*, p. 159 y ss.

57 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 06/02/2013, radicado 39892. “Por lo tanto, so pretexto de no compartir la adecuación de los hechos con el *nomen iuris* que provisionalmente presenta la Fiscalía en la acusación para efectos de definir competencia y marcar los derroteros procesales del juicio, no puede la defensa, ni nadie, discutir en la audiencia de formulación de acusación que esos hechos corresponden a otra adecuación típica, y anticipar de manera improcedente el debate en torno de la tipicidad, propio del juicio, a un momento en que no se cuenta con los elementos de convicción necesarios para decidir.

...

“Razonar de otra manera sería permitir o autorizar la discusión propia del juicio, en momentos procesales inoportunos...”.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP3081 del 10 de marzo de 2016. “La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado”.

decir que a ellos no se les permita demandar reparos para una imputación adecuada de los hechos y que sobre tales se emita el fallo de responsabilidad penal.

Cómo no permitir a la víctima la objeción al preacuerdo, si se supone que uno de los fines de las negociaciones es activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito (art. 348 C.P.P). La víctima tiene un papel preponderante porque es la parte que sufrió las consecuencias de la conducta criminal; por lo tanto, no resolver su inconformidad respecto de un acto que le está produciendo efectos adversos a sus reclamos de justicia, es hacer nugatorios sus derechos.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la temática consensuada a través de un preacuerdo elimina la controversia⁵⁹. Precisamente porque de una interpretación sistemática del ordenamiento procesal penal se entiende que ese consenso al que llega la Fiscalía y el inculcado ha contado con la participación activa del afectado por el delito. El Estado no puede dejar a la víctima que resuelva su asunto por otras vías, cuando tiene la oportunidad de sentarse con ella y escuchar sus reparos o manifestaciones frente a la tipificación de la conducta.

Es darle la posibilidad de decidir lo que considere conveniente a sus intereses⁶⁰. De otra forma las reclamaciones tendrán que tramitarse en sede del juez de conocimiento, quien deberá resolverlas de fondo, no como meras manifestaciones sino como derecho exigible propio de la víctima como interviniente en el proceso penal.

Si les es permitido a los intervinientes hacer alegaciones, pedir nulidades, incompetencias y otro tipo de observaciones en el curso de un proceso sin terminación anticipada, ¿cómo es que en el marco de un preacuerdo se desconoce abruptamente a quien sufrió los efectos del acto del delincuente, y no se le permite censurar la calificación *ficta*?

La jurisdicción se activa o toma vida porque existen conductas que se adecúan a la norma penal, desplegadas por unos (victimarios) que afectan a otros (víctimas), quienes, en principio, serían los llamados a conciliar sobre esa afectación, como en el caso de los delitos querellables.

En un escenario de delitos de persecución oficiosa, el acto conciliatorio en cabeza de la Fiscalía busca, entre otras cosas, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto; pero cómo se propicia o cómo se llega a tal reparación

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP931-2016 febrero 3 de 2016.

60 Márquez Algara, María Guadalupe y De Villa Cortés, José Carlos. *Medios alternos de solución de conflictos*, 2013, p. 4. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/15.pdf>. Consultado el 31/05/2017. "Pero debe quedar muy claro que estos medios alternos no buscan de ninguna manera sustituir a los tribunales, sino tan solo dar diferentes alternativas a los ciudadanos para que estos elijan la que consideren más pertinente".

integral si ante la sociedad, por ejemplo, el reproche de responsabilidad penal se surte sobre un tipo que no se adecúa penalmente a los hechos cometidos por el infractor, y al directamente afectado no se le permite intervenir para demandar su corrección.

La ley estableció roles y límites para jueces y fiscales: el fiscal no puede negociar el *nomen juris*, sencillamente porque no le está permitido crear tipos penales⁶¹. De una interpretación sistemática puede concluirse que la ley y la jurisprudencia contemplan es la utilización de una ficción jurídica encaminada a atemperar la pena, primeramente, en razón a la aceptación de responsabilidad penal por parte del procesado, mas no se trata de una modificación arbitraria del reato imputado – conducta desplegada por el agresor adecuado a la norma sustantiva—. La imputación de cargos es el resultado del análisis jurídico de los hechos para adecuar la conducta a un determinado tipo penal; por lo tanto, el cambio o degradación de la conducta imputada sí y solo sí debe obedecer a que la misma se ajuste al escenario real de los acontecimientos.

Recuérdese que el delito genera un problema que enfrenta al delincuente y a la víctima, y por ello el Estado, en cabeza de la Fiscalía, entra a perseguir penalmente, para evitar la justicia por propia mano⁶². Si la idea es procurar que los conflictos sociales se lleven a un feliz término con la mínima intervención del Estado, resulta un tanto contradictorio que en la negociación que entabla el procesado con el ente acusador, se restrinja la intervención de la víctima. Siendo la víctima la directamente afectada por el reato, debería actuar directamente en los preacuerdos y de esta manera no estaría huérfana en los eventos de una tipificación contraria a la realidad; es decir, las víctimas siempre deben estar presentes con posibilidad de objeción. Si en el proceso judicial “ordinario” –no terminado anticipadamente– pueden actuar de forma directa⁶³ y a través de la Fiscalía General de la Nación, en los preacuerdos adelantados por Fiscalía y procesado su actuación debe ser igualmente directa o a través de la

61 Sentencia C-1260 de 2005. *Op. cit.*, p. 94.

62 Höffe, Otfried. *Justicia una introducción filosófica*. Centro de investigación en filosofía y derecho, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 100: “el derecho penal hace frente a aquella venganza privada, incluida la venganza de sangre, las enemistades y aquella justicia privada que venga la injusticia sufrida con la propia mano y que reacciona a menudo de manera desproporcionada, abandonada a los sentimientos de odio”.

63 Sentencia C-516 de 2007. M.P.: Jaime Córdoba Triviño: “La decisión legislativa de condicionar el derecho de las víctimas del delito a ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado, a que ‘el interés de la justicia lo exigiere’ resulta inconstitucional por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, porque la Constitución (art. 229) definió al legislador la facultad de regular los casos en que, de manera excepcional, el derecho de acceso a la justicia podría ejercerse sin representación de abogado. Al trasladar a la discrecionalidad del juez un asunto que debió regular mediante criterios claros, ciertos y objetivos, se sustrajo al referido mandato constitucional. De otra parte, la expresión demandada, introduce una restricción desproporcionada al derecho de las víctimas de acceder a la justicia, por cuanto el condicionamiento que impone la norma para garantizar el derecho de asistencia técnica de las víctimas en el juicio y en el incidente de reparación integral es de tal ambigüedad que ni siquiera permite identificar, si existe una finalidad legítima en la restricción, y cuáles serían los intereses que se encontrarían en pugna para efectuar una labor de ponderación”.

Procuraduría General de la Nación, que constitucionalmente tiene la obligación de velar por los derechos fundamentales (Constitución Política Art. 277, inc. 3 y 7)⁶⁴.

Los preacuerdos resultantes de una negociación deben regirse por dos aspectos fundamentales: 1) lo que le interesa realmente al por enjuiciar, la rebaja de su pena privativa de la libertad, que es lo que en últimas la “humaniza”⁶⁵, sin que se afecte la legalidad y tipicidad estrictas, y 2) lo que les interesa a las víctimas, la verdad, la justicia y la reparación.

Valga resaltar que al momento de entablar el imputado una negociación con el acusador sobre unos cargos formulados, necesariamente compromete su presunción de inocencia –quizás resulte descabellado o escandaloso pero así es– porque dentro de la dinámica de estos actos procesales es factor fundamental la aceptación voluntaria de responsabilidad y la consecuente renuncia a un juicio público, oral, concentrado y con posibilidad de controvertir pruebas⁶⁶. Tal aceptación voluntaria de responsabilidad penal se surte en virtud de un acontecer fáctico que le es puesto de presente al encartado; *motu proprio* este lo asume, que es lo verificable por el juez de conocimiento –si no hubo coacción para la decisión y si estuvo bien asesorado por la defensa técnica–; posterior a ello, inevitablemente deviene una sentencia de carácter condenatorio. Ese desenlace fatídico para el procesado, previamente conocido, es lo que permite afirmar que el justiciable compromete su presunción de inocencia, su

64 Constitución Política de Colombia. Artículo 277. “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

“3. Defender los intereses de la sociedad.

“7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales” (destacado fuera del original).

65 Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997: “De allí que la teoría actual de la pena refiera a que el tratamiento penitenciario deba estar dirigido a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, y deba propender por hacer que el condenado tenga la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, en desarrollo de una actitud de respeto por su familia, el prójimo y la sociedad en general. Es lo que se conoce como la humanización de la pena a partir del postulado de la dignidad humana que establece el artículo 1º de la Constitución Política”.

66 Sentencia C-1260 de 2005. *Op. cit.*: “La posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor. Lo anterior por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución”.

conocimiento de que una negociación exitosa conlleva necesariamente una condena por el hecho imputado.

Cuando el imputado o acusado acepta su responsabilidad en el hecho criminal, no hay lugar a variar el *nomen juris* con ocasión de una negociación, pues el rumbo que fija la ley en estos eventos tiene como único objetivo la reducción de la pena, cuyo margen de movilidad se encuentra preestablecido. Cosa distinta es que del estudio de los hechos devenga indefectiblemente una readecuación típica; de no serlo, la degradación o modificación de la imputación con desapego a la realidad fáctica resulta totalmente ofensiva a los derechos de verdad, justicia y reparación, y, por supuesto, al principio de legalidad y tipicidad estrictas.

Por vía de ejemplo, mírese la sentencia SP23090-2017 del 22 de febrero de 2017, Radicado 43041; en ella, la sala de Casación Penal procede a variar la calificación jurídica del caso sometido a estudio, en razón a que advirtió –lo cual pudo hacer únicamente a partir de un examen del material probatorio acopiado en el proceso– que el comportamiento desplegado por la procesada no se adecuaba al injusto de extorsión tentada por el cual fue condenada, sino al de constreñimiento ilegal.

La pregunta es si la figura de los preacuerdos se encamina a la humanización de la pena, antecedido de un acontecer fáctico previamente adecuado a la norma penal y bajo el entendido de que el ejercicio realizado por el ente acusador generalmente comporta el estudio de suficiente material probatorio con vocación acusatoria, sobre los cuales reposará la manifestación de aceptación de responsabilidad del justiciable, por qué, entonces, pretender una negociación sobre esa adecuación de la conducta, si el *nomen juris* no lleva consigo un ingrediente o sanción adicional al de la responsabilidad penal establecido en la ley, realizarlo resulta improcedente, antitécnico y contrario a Derecho.

Es entendible que un Estado cimentado sobre el principio de la dignidad humana⁶⁷, con el catálogo punitivo se busque infligir el menor daño posible a los asociados, cuando estos salen del marco de conducta establecido. De alguna manera, la política criminal debe mostrarse paternalista y benefactora de aquellos que intempestivamente desvían su camino por la senda de mal. Ya lo decía Platón en su tratado sobre las leyes, al referirse al mejor juez como aquel que pone el oportuno remedio a los males que aquejan a un conglomerado sin hacer morir a nadie y que encuentra la mejor manera de reconciliar los espíritus, haciendo que en adelante observen ciertas reglas para una mejor convivencia⁶⁸. Sin embargo, esa piedad no puede superar los límites que imponen los principios sobre los que se encuentra edificado el ordenamiento penal.

67 Constitución Política de Colombia. Artículo Primero.

68 Platón, *Obras completas*, ed. de Patricio de Azcárate, tomo 9, Madrid, 1872, pp. 63, 64. Disponible en: <http://www.filosofia.org/cla/pla/im/g/azf09007.pdf>; <http://www.filosofia.org/cla/pla/im/g/azf09057.pdf>.

2. INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PREACUERDOS

Restringir a las víctimas y al Ministerio Público su participación activa en los preacuerdos, con poder de reclamación ante el juez, hace que el preámbulo de la Constitución se torne tenue en cuanto a su finalidad: asegurar la convivencia, la justicia y la paz, dentro de un marco participativo que pretende garantizar un orden social justo; de paso, desatiende los lineamientos que en materia de derechos de víctimas demarcó la Corte Constitucional en la ya referida sentencia C-516 de 2007.

Podría decirse que la administración de justicia revictimiza a los afectados: las víctimas se ven doblemente afectadas por cuanto sufrieron el daño causado por el actuar delictivo del justiciable, pero, también, los afrenta el aparato judicial en tanto se opera negociadamente, alejado de los principios de legalidad y tipicidad estrictas, y en detrimento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Erradamente ha sido interpretado el papel de la víctima para estos eventos procesales y se la aparta de ellos, desconociendo que su participación es necesaria para “lograr una mejor aproximación de los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio”⁶⁹. Estos postulados de la Corte Constitucional, no son otra cosa que el llamado al apego a los principios de legalidad estricta y de tipicidad plena, que rigen el proceso penal.

Pero, no solo allí se ha quedado el alto tribunal en la demarcación del camino correcto, también ha ordenado que “Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación”. Es decir, ha contemplado la posibilidad de que la víctima pueda demandar ante el juez de conocimiento la corrección de la imputación jurídica, cuya calificación le da la connotación o la magnitud del agravio. Si no, ¿qué sentido tiene permitirle a la víctima “estructurar” una intervención ante el juez cuando el trato sea llevado al estrado para su aprobación? Ese postulado de la Honorable Corte debe ser entendido de manera tal que se maximicen, respeten y resguarden los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; no otra interpretación puede darse a la postura del alto tribunal, si ya en sentencia anterior⁷⁰, en un asunto que trataba sobre las inconformidades de las vícti-

“¿Cuál sería mejor juez? ¿el que hiciese morir a todos los malos, y mandase a los buenos que se gobernasen por sí mismos; o el que poniendo toda la autoridad en manos de los buenos, dejase vivir a los malos, después de haberlos obligado a someterse voluntariamente a los primeros? Y si se encontrase un tercero, que, tomando a su cargo poner el oportuno remedio a las disensiones de dicha familia, sin hacer morir a nadie, imaginase un medio de reconciliar los espíritus y hacerlos amigos para lo sucesivo, obligándolos a observar ciertas leyes, este tercero superaría indudablemente a los anteriores”.

69 Sentencia C-516/2007. *Op. cit.*, p. 73.

70 Corte Constitucional. Sentencia C-1154 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa: “Como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser

mas en materia de archivos, había señalado el sendero que debía seguirse en caso de presentarse malestar por parte de los afectados respecto de ese tipo de decisiones, y no excluyó la posibilidad de que estos acudieran al juez de control de garantías para reclamar sobre la decisión adoptada unilateralmente por parte del fiscal.

En el caso que nos ocupa, no se trata del archivo de una actuación, pero sí, en igual forma que aquel, corresponde a un acto unilateral de una “Unidad de Partes”⁷¹; enfrentamos un escenario diferente y ante un juez de conocimiento que realiza la verificación del acuerdo celebrado exclusivamente por fiscal y procesado, quienes como unidad presentan el acuerdo para verificación. Luego, entonces, se trata del desconocimiento de los derechos de las víctimas y por ello le compete al juez de conocimiento resolver de fondo el caso de controversia de la calificación jurídica contenida en el trato, y no dejar la intervención del afectado como una mera expresión de impotencia.

Resolver los reparos que realiza la víctima al preacuerdo celebrado entre el ente acusador y el procesado implica que se le dé respuesta de fondo a su inconformidad, sin reducir su intervención a la pretensión indemnizatoria, “privilegiada de manera injustificada”⁷². No permitirle la controversia en cuanto a la responsabilidad penal

motivada para que estas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos. Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías”.

71 Concepto adoptado por el autor, que consiste en considerar a la Fiscalía y al procesado como un solo petente ante el juez de conocimiento, en lo que se refiere al acuerdo que ambos han suscrito y llevado al estrado rogando por su aprobación, con posición dominante sobre la víctima. El consenso suscrito entre las partes reviste dos características: 1) se encuentra por encima de la persecución del infractor en cuanto a que el ente acusador renuncia a la sustentación de una acusación, y 2) por parte de la defensa es desechada la posibilidad de contradecir o controvertir el material probatorio acopiado por la Fiscalía, pues se somete al imperio de la ley.

72 Corte Constitucional. Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006. Expediente D-5978. M.P.: Jaime Córdoba Triviño: “Encuentra así la Corte que las omisiones que se acusan, son inconstitucionales en cuanto: “(i) La norma excluye de sus consecuencias situaciones fácticas que deberían estar amparadas por el contenido normativo acusado, como son la aplicación de la garantía de comunicación a fases previas a una “intervención” formal, y respecto de todos los derechos (no solamente la reparación) de que son titulares las víctimas de los delitos. “(ii) No se aprecia una justificación objetiva y suficiente para la exclusión de fases previas a una intervención formal, o de los derechos a la verdad y a la justicia, de la garantía de comunicación que la norma consagra. Por el contrario, el derecho de acceso a la justicia (Art.229), exige que toda la fase de indagación e investigación esté amparada por la garantía de comunicación a las víctimas sobre

que le atañe al procesado significa conculcar los derechos a la verdad y a la justicia, y carecería de todo sentido darle cabida a una construcción argumentativa en el que la víctima manifiesta su descontento. No se trata de compadecer al afectado, sino de hacer efectivos sus derechos.

Esa intervención estructurada de la que habla la Corte se corresponde, entre otros asuntos, con la objeción a la calificación jurídica que da al traste con las pretensiones de verdad, justicia y reparación⁷³, y no solo para que la víctima deje sentada la inconformidad. Su cometido es que el juez verifique y corrija si la conducta preacordada se enmarca en la descripción típica preestablecida por el legislador (juicio de tipicidad); de no hallar el juez una interpretación adecuada en correspondencia con el principio de taxatividad o tipicidad plena, se habrá desatendido el principio de legalidad estricta y, por ende, la judicatura deberá rechazarlo o improbarlo.

Nuestra posición en torno a la participación activa de las víctimas en los preacuerdos no es caprichosa; resulta de la lectura misma de la norma superior, de la jurisprudencia de la guardiana de la Constitución y, también de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y de la interpretación sistemática que se realiza de los artículos 350 y 351 de la norma adjetiva. Es la Corte Constitucional la que, luego de un extenso análisis integral y sistemático⁷⁴, enseña que la víctima no puede ser despojada de esos de-

sus derechos, y que la misma, se extienda a las prerrogativas y potestades procesales que se derivan de los derechos a la verdad y a la justicia.

“(iii) Al estar desprovistas tales omisiones de una razón objetiva y suficiente, se genera una situación que privilegia de manera injustificada la pretensión indemnizatoria de la víctima, con sacrificio de los derechos de verdad y justicia de que es titular, los cuales han sido reivindicados por la jurisprudencia de esta Corporación. Esta disección en la concepción de los derechos de las víctimas genera a su vez, un desequilibrio en cuanto restringe el alcance de los derechos de las víctimas en el proceso, en contraste con los derechos de otros actores procesales, desvirtuándose así el carácter bilateral del derecho a una tutela judicial efectiva.

(iv) Las omisiones acusadas implican el incumplimiento de un deber constitucional del legislador, quien está obligado a ajustar la configuración de los derechos de participación e intervención de las víctimas en el proceso penal a los principios de acceso al proceso (Arts. 229), de todos los actores que participan en el conflicto penal, así como a la concepción integral de los derechos de las víctimas derivada de los artículos 1º, 2º y 93 de la Carta, en los términos establecidos en esta sentencia”.

- 73 Sentencia SP747-2017/48293 de enero 25 de 2017. Rad. 48293. Salvamento de Voto. *Op. cit.*, p. 19: “Pero además, cuando se asume la interpretación de la Sala mayoritaria, es apreciable la potencial afectación del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, reflejada especialmente en las prerrogativas a obtener la verdad y la reparación por el delito realizado (C.P., art. 250-7).

“Lo primero, el derecho a la verdad, porque en el contexto de una distorsionada realidad a la que conduce la degradación de la conducta punible ejecutada, se terminan perdiendo de vista las verdaderas circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como las motivaciones que rodearon su ejecución. “Lo segundo, el derecho a la reparación, porque camino a la modificación jurídica de los delitos, se propicia la indemnización por la responsabilidad declarada en la sentencia penal sobre planos que no corresponden a la realidad, afectándose la garantía al adecuado resarcimiento de los perjuicios irrogados de las víctimas en los términos del artículo 448 de la Ley 906 de 2004”.

- 74 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3204-2017 del 8 de marzo de 2017. Radicación 43669: “en todo caso la interpretación de las normas no puede conducir a la negación

rechos a la verdad, la justicia y la reparación, y que el fiscal y el procesado no son rueda suelta al momento de la realización de un trato.

Es de tener presente que los reparos o solicitudes ante el juez de conocimiento que puedan realizar la víctima o el Ministerio Público respecto de la calificación jurídica, se entiende encaminada o extendida a la reparación integral, en tanto de aquella depende esta, de la congruencia con la situación fáctica que se condense en el preacuerdo y ponga a consideración del juez la “unidad de partes”, porque aunque no se trata de un debate probatorio –al cual ha renunciado no solo el procesado sino, también, el ente acusador, que tiene la facultad de no aceptar la solicitud de negociación– sí se trata de una discusión sobre el nivel de responsabilidad penal que origina el tipo penal superpuesto o el grado de participación seleccionado para efectos del acuerdo, sobre los cuales versarán los aspectos de la reparación integral. Es decir, si hubo flagrancia no puede hablarse de imputar una complicidad, cuando fue a la persona capturada a quien se le halló el arma; o unas lesiones personales cuando realmente se trata de una tentativa de homicidio. Autorizar este tipo de actos lesiona gravemente los derechos de las víctimas y pervierte el sistema procesal penal, convirtiéndolo en un sistema arbitrario, permisivo con el delincuente e injusto con la víctima.

Así también lo han entendido algunos jueces y magistrados, que preocupados por la laxitud a que se ha llegado debido a la interpretación distorsionada de la norma y de la jurisprudencia, motivadamente han improbad preacuerdos⁷⁵, evidenciando el yerro en que repetitivamente se viene incurriendo.

Por ejemplo, por citar un par de sentencias que aprueban este tipo de yerros, la radicada con el número 42184 del 15 de octubre de 2014. M.P.: Gustavo Malo Fernández, se consideró que

Quando el Juez Quinto Penal del Circuito de Santa Marta negó la aprobación del preacuerdo presentado el 8 de agosto de 2011 mediante el cual se acordaba una pena de 128.4 meses de prisión, con el pretexto de que en su sentir la acusación debía contener una adecuación típica idéntica a la incluida en la formulación de imputación, trasgredió los marcos de su competencia y se infiltró en los de la Fiscalía, violando el debido proceso.

del alcance de otras, sino que por el contrario, es necesario que estas y aquellas sean armonizadas en procura de propósitos comunes que las doten de valía y sentido (interpretación teleológica)”.

75 Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal. Auto interlocutorio de Segunda Instancia del 17 de febrero de 2014 – Radicado 110016000013201222924 02. Disponible en: <http://derechopenalcolombia.blogspot.com.co/2014/02/tribunal-superior-de-bogota-considera.html>; también puede verse la decisión del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 22 de mayo de 2013, contenida en la Sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema fechada 20 de noviembre de 2013, Segunda Instancia 41570. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero, por tratarse de inquietudes similares a las tratadas en el presente trabajo; Corte Suprema de Justicia STP3081 de 2016 de 2016.

Y la sentencia SP931–2016 del 3 de febrero de 201, Radicado 43356, M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, en la que se dijo:

En el evento que la Corte estudia, se tiene por establecido que con posterioridad a la realización de las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento llevadas a cabo a iniciativa de la Fiscalía, en las cuales se les imputó a los indiciados PABLO EMILIO TELLO RAMÍREZ y JAIRO ENRIQUE ACERO la presunta realización, como coautor y cómplice, respectivamente, del concurso de delitos de homicidio agravado y fabricación y tráfico o porte de armas de fuego o municiones, los días 1° de diciembre de 2009 y 11 de marzo de 2010 la Fiscalía suscribió sendos preacuerdos con cada uno de los mencionados, en los cuales estos aceptaron su responsabilidad integral por los cargos que les fueron formulados pero en calidad de cómplices del concurso de delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, definidos por los artículos 103, 104.7 y 364 del Código Penal, a fin de obtener la rebaja del 50% de la pena que habría de corresponderles, de conformidad con las previsiones del artículo 351 del Código Penal, atendiendo la fase que atraviesa la actuación.

Dichos preacuerdos no fueron aprobados ni por el juez de conocimiento ni por el Tribunal que en segunda instancia conoció de la apelación interpuesta contra la decisión improbatória del acuerdo adoptada por el juez, al considerar que la actuación de los implicados correspondió, no a una complicidad como fue preacordado con la Fiscalía, sino a una coautoría, con lo cual ejercieron un verdadero control material de la acusación para imponer su propia teoría del caso sobre la de la Fiscalía, y al hacerlo, agravaron el derecho fundamental al debido proceso previsto para la forma anticipada de terminación, pues suplantaron la función de acusar, constitucionalmente atribuida a la Fiscalía y con ello causaron grave perjuicio a los intereses de los procesados.

...

Con dicha reseña fáctica realizada por la Fiscalía en el acta del preacuerdo, en criterio de la Corte de una parte, se mantiene el núcleo fáctico de la imputación consistente en la muerte con disparos de arma de fuego ocasionada a quien en vida respondía al nombre de Carlos Andrés Ramírez Blanco, y de otra, no da lugar a negar la complicidad como forma de participación de los imputados en los hechos materia de investigación, ni a afirmar categóricamente que hubieren actuado en condición de coautores, como inopinadamente fue considerado por el Tribunal.

Afortunadamente, el alto tribunal de cierre de la justicia ordinaria, por lo menos, ha manifestado públicamente a través del, entonces presidente, Magistrado Eugenio Fernández Carlier, su preocupación por la “feria de preacuerdos” cuyos beneficios

reflejan más bien una exoneración de responsabilidad⁷⁶; ello afinca nuestra posición sobre el problema que representa la figura de los preacuerdos en la forma como se vienen aplicando. Contrario a convertirse en una política criminal adecuada, le concede una pausa activa al delincuente, porque las penas impuestas, obedeciendo a los preacuerdos suscritos, permiten que los condenados salgan a delinquir en el corto tiempo, cuando no inmediatamente.

Y aunque la Corte Suprema de Justicia, ente unificador de jurisprudencia y guía hermenéutica, mantiene una postura que es dominante al interior de la Corporación en cuanto al control material de las negociaciones –le da absoluto respaldo a la tesis errada de que la calificación jurídica contenida en un preacuerdo se encuentra blindada a toda controversia e inconformidad, apartándose de los principios de legalidad y tipicidad estrictas– existen aclaraciones y salvamentos de voto, como el del Magistrado Fernández Carlier, quien ha venido sosteniendo de tiempo atrás que los preacuerdos no pueden fracturar el principio de legalidad⁷⁷, y de la Magistrada Patricia Salazar Cuéllar, quien clama por los derechos de las víctimas y solicita a Sala de Casación el cambio de posición frente a esta temática, por flagrante afectación de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación⁷⁸.

Es de anotar que muchas de estas decisiones de improbar los preacuerdos llegan a la Corte Suprema para ser revocadas equivocadamente, con la interpretación errada de que el juez se ha entrometido en la función de la Fiscalía y que la adecuación que

76 Disponible en: http://caracol.com.co/radio/2017/02/21/judicial/1487702817_751101.html. Consultado el 25 de mayo de 2017.

77 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de septiembre de 2013. Radicado 69.478. p. 27: “No obstante, respecto de la admisión de cargos, se ha advertido que el juez debe controlar no solo la legalidad del acto de aceptación, sino igual la de los delitos y de las penas, en el entendido de que esta estructura es un derecho fundamental, enmarcado dentro del concepto genérico del debido proceso a que se refiere el artículo 29 constitucional. Por tanto, de resultar manifiesto que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, el juez se encuentra habilitado para intervenir, pues en tal supuesto la admisión de responsabilidad se torna en simplemente formal, frente a esa trasgresión de derechos y garantías superiores (sentencias del 15 de julio de 2008 y 8 de julio de 2009, radicados 28.872 y 31.280, en su orden). 3. La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trate de violación a derechos fundamentales. Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.

“No se trata de amparar la disparidad de criterios o la opinión distinta del juez a la de las partes o intervinientes, en el asunto sub judice la narración fáctica pone en evidencia en forma manifiesta que el proceso de adecuación desconoce la estricta tipicidad por el grado de participación que correspondía a la procesada, con la trascendencia que ello tiene en las garantías constitucionales aludidas en otro acápite de este salvamento de voto”; también véase Sentencia SP17024 del 23 de noviembre de 2016. M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

78 Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP17024 del 23 de noviembre de 2016. M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero; Sentencia SP747-2017/48293. *Op. cit.*, salvamento de voto.

hace el ente acusador es de su fuero y generalmente no puede ser objeto de censura ni por la judicatura ni por las partes, ni por los intervinientes, con la excepción de que estos últimos pueden hacer observaciones en los términos del artículo 339 del CPP⁷⁹.

Mírese como es discordante la magistratura en sus pronunciamientos⁸⁰, repetidamente se refiere a la posibilidad que tienen las víctimas de hacer observaciones, pero inmediatamente en los mismos pronunciamientos (como por ejemplo en la sentencia STP3081 del 10 de marzo de 2016), además de hacer hincapié en esos derechos de los intervinientes, le pone cortapisa a los mismos, al señalar que la tipificación de la Fiscalía no tiene control judicial ni oficioso ni rogado:

La Corte igual ha decantado que el *nomen iuris* de la imputación compete a la Fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede 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* (destacado fuera del original).

Y es precisamente esa posición dominante de la Corte la que ha guiado erradamente a la judicatura, que en un desbordado garantismo afronta los derechos de las víctimas. En otras palabras, los intervinientes (víctimas y Ministerio Público) pueden hacer observaciones, pero no sobre la calificación jurídica.

Las restricciones a las objeciones por parte de los intervinientes son de otro tipo, no pueden jamás soslayar el derecho a participar en la solución del conflicto que les afectó; el límite es de orden formal, en tanto, para que las objeciones que propongan las víctimas tengan vocación de prosperar, no pueden configurar solo una valoración diferente u opinión contraria a la plasmada en el acuerdo. Aquellas demandan una argumentación sólida, capaz de convencer y demostrar que efectivamente la adecuación jurídica contenida en el acuerdo entre fiscal y procesado no se corresponde con la realidad fáctica y, por lo tanto, violan flagrantemente los principios de legalidad y tipicidad estrictas, contraviniendo los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. No solamente se trata de señalar la incongruencia entre lo fáctico y la adecuación típica, o alegar la violación a las normas rectoras o de derechos y garantías; corresponde al inconforme argumentar la supuesta incoherencia, que se contraerá a la calificación jurídica, deberá indicar los principios

79 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP3081 de 2016. M.P.: Gustavo Malo Fernández.

80 Castaño Vallejo. *Op. cit.*, pp. 9-10: “Y aún más; el sistema procesal penal en Colombia, tal y como ha venido siendo desarrollado por el legislador, con su profusa, caótica y embarullada producción de normas, y por la jurisprudencia, con sus notables incoherencias sistemáticas, oculta detrás de unos aparentes postulados garantistas las funciones no declaradas del sistema acusatorio colombiano”.

y derechos vulnerados, y por qué esa nueva tipificación atenta contra la legalidad y taxatividad estrictas.

El juez deberá resolver sobre esas inconformidades y, estando debidamente motivadas, improbar o rechazar el acuerdo. *Contrario sensu*, verificado, dictará sentencia condenatoria.

2.1 Derechos a la verdad, justicia y reparación

“El fin del proceso debe ser *la sentencia justa* (CP art. 2): No la cosa juzgada a secas” (C-593/92).

2.1.1. Verdad

El sistema penal acusatorio trajo consigo la figura jurídica de los preacuerdos, cuya realización procura agilizar las causas de aquellos que acuerdan responsabilidad penal respecto de los hechos que se les endilga, siendo esta la forma de humanizar la actuación procesal (Artículo 348 CPP). Pero con su implementación hemos llegado a una realidad inclemente y desmoralizante que muestra un escenario aislado del componente verdad. Esto puede observarse en la cantidad de preacuerdos que a diario celebran fiscales y procesados donde, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, se ferian los beneficios.

Debemos hacer una claridad en cuanto a la utilización del término verdad, que generalmente es encaminado hacia el derecho de saber, aislando un tanto el segundo tópico que lo compone, como es buscar una coincidencia entre la verdad real y la verdad procesal⁸¹. Es precisamente este segundo elemento el que resulta afectado cuando se realizan las preacuerdos con desapego de los principios de legalidad y tipicidad estrictas.

La figura del preacuerdo, por principio, se rige por la legalidad y la tipicidad estrictas; son los pilares fundamentales con los que ha sido introducida aquella en nuestro sistema penal acusatorio. Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría del delito, los artificios o “ficción legal”, como se le denomina a la tipificación final dentro de un preacuerdo, no es más que un desmedro de los derechos de verdad, justicia y reparación, y de aquellos principios, porque no comporta un juicio de tipicidad sino un cambio ilegal de *nomen juris*.

Recuérdese que la teoría del delito demanda un ejercicio en el que, luego del análisis del material probatorio, se subsume la conducta humana en uno de los tipos penales descritos en el articulado penal, identificando si se trata de un acto doloso u omisi-

81 Corte Constitucional. Sentencia SU915 de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

vo, así como el nexo causal entre aquella y este; de este modo, se realiza el estudio tripartito⁸² de los elementos de la conducta: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, como también lo relacionado con la pena.

Siendo ello así, resulta fuera de lugar que a un justiciable se le endilgue un delito por el que supuestamente debe responder pero se le condene por otro acudiendo a la teoría de las ficciones, resultando la condena un saludo a la bandera que arrasa con los derechos de las víctimas. Las ficciones jurídicas tienen como finalidad suponer una situación para proteger un derecho y no para conceder un beneficio en detrimento de otros.

Lo que sucede es que, en materia de preacuerdos, tal y como lo presenta la posición dominante de la Corte Suprema de Justicia, los intereses que mueven la política criminal distan del derecho de las víctimas y de la sociedad a que se conozca la verdad real de los acontecimientos. La degradación de la conducta y/o la eliminación de agravantes, degeneran en un desmembramiento del tipo penal realmente adecuado para la conducta desplegada.

Se trata, pues, de la implementación errada de una ficción, que distorsiona el objeto real del preacuerdo cual es lograr la rebaja de penas. Eso, y no otra cosa, es lo que pretende el procesado, reducir el tiempo de afectación legal de su derecho a la libertad. Mientras que la víctima, entre otras cosas, quiere que se muestre la real ocurrencia de los hechos y se responsabilice penalmente al infractor por esos hechos. Esto, verdaderamente, contribuiría a la reconciliación y a la búsqueda de la paz, porque, a pesar de no descargar todo el imperio de la ley sobre el agresor, entendiendo por ello que podría ser una pena más alta si se siguiera el proceso ordinario, permite a las víctimas entender la realidad de lo ocurrido y asimilarla, convirtiendo su padecer en una carga más llevadera.

2.1.2 Justicia

Como justicia procedimental imperfecta⁸³ que es, nos encontramos con este tipo de errores en los operadores judiciales, cuya interpretación de las normas afecta la buena marcha de la administración. Pero se trata de obstáculos removibles, de tipo hermenéutico, que impiden el acceso a la justicia, sobre todo porque en los preacuerdos, tal y como se encuentran concebidos actualmente, la víctima luce desprotegida, a expensas de la decisión de dos partes –que se funden temporalmente en una ante el juez de conocimiento– sin un recurso efectivo o posibilidad de controvertir el acuerdo objeto de inconformidad.

82 Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2016. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, p. 21.

83 Höffel. *Op. cit.*, p. 59.

A este asunto de obstáculos removibles se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁸⁴, llamando la atención de los Estados en cuanto a su obligación –positiva– de realizar los actos posibles para que todos los individuos puedan acceder a los recursos que le permitan reclamar sus derechos, sin perder de vista que la idoneidad de los recursos judiciales y la posibilidad real de su exigibilidad guardan relación directa. En el mismo estudio citado en precedencia⁸⁵, la CIDH adoptó postura en cuanto al derecho de contar con una decisión fundada sobre las reclamaciones, trayendo a colación el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni, en el que fijó el siguiente estándar:

Los peticionarios recurrieron ante el órgano jurisdiccional previsto por la ley con el objeto de buscar un remedio judicial que los amparara contra actos violatorios de sus derechos constitucionales. El órgano jurisdiccional debe razonar sus conclusiones, y debe determinar la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que da origen al recurso judicial, tras un procedimiento de prueba y debate sobre esa alegación. El recurso judicial fue ineficaz, ya que no reconoció la violación de derechos, no amparó al reclamante en su derecho afectado, ni le proveyó una reparación adecuada. El tribunal judicial eludió decidir sobre los derechos del peticionario y le impidió gozar del derecho a un remedio judicial en los términos del artículo 25 de la Convención...¹⁴⁶.

Con ello queremos referirnos a que se niega el acceso a la justicia a las víctimas cuando no se les permite controvertir, sobre razones objetivas, el acuerdo en cuanto a su calificación jurídica. Permitir que el afectado únicamente realice una exposición respecto de sus inconformidades no resuelve nada; resultan inanes estas manifestaciones cuando jueces y magistrados, por una interpretación errada de la ley y la jurisprudencia, no se pronuncian sobre las demandas de corrección de lo negociado entre la Fiscalía y el procesado.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4 7 septiembre 2007. pp. 1, 3 y 4: “El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados no es solo negativa –de no impedir el acceso a esos recursos– sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia”. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>. consultado el 24/04/2017.

85 *Ibíd.* p. 57.

También es obstaculizado el acceso a la justicia cuando no se permite que el afectado participe activamente en la composición pacífica –directamente en la negociación– para resolver los asuntos relacionados con la reparación integral. La administración de justicia no puede negarse y mucho menos negarle a la víctima la oportunidad de llegar, dentro de esa negociación, a una conciliación en materia de reparación. Definido se encuentra que esta figura –la conciliación– es un mecanismo de justicia restaurativa, y que así como dentro del trámite incidental se prevén dos oportunidades para llegar a ella⁸⁶, en los casos de preacuerdos, no resultando su realización contrario a derechos y garantías procesales, reviste un momento valioso para lograr la solución definitiva del conflicto y por lo tanto no debe desecharse tal oportunidad.

Así lo ha establecido nuestra Corte Constitucional⁸⁷, al pronunciarse sobre las prerrogativas de las víctimas en cuanto a la posibilidad de estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el pacto fuere sometido a aprobación. Por ello, no pronunciarse de fondo al respecto, representa una evasión que impide el goce del derecho de acceso a la justicia, como lo referencia la cita transcrita que antecede.

Esas prerrogativas de las que hablamos, de raigambre constitucional, demandan que a las víctimas se les facilite el acceso a la administración de justicia mediante la adopción de “medidas que garanticen que todas las personas, sin distinción, tengan la posibilidad de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que la normativa proporciona para formular sus pretensiones”⁸⁸. Se trata de una obligación de realizar, cuyo contenido es facilitar y materializar el goce de un derecho.

Mírese como la Corte Constitucional repetitivamente en diferentes formas viene insistiendo que las víctimas no son simples espectadores, debe permitírseles su intervención con facultad para recurrir, de tal forma que sus pretensiones tengan una respuesta de fondo⁸⁹.

86 Corte Constitucional. Sentencia C-409 del 17 de junio 2009. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

87 Sentencia C-059/2010. *Op. cit.*

88 Corte Constitucional. Sentencia T-283 de 2013. M.P.: Jorge I. Pretelt Chaljub, p. 27.

89 Corte Constitucional. Sentencia c-180 de 2014, p. 68: “El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de estas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que “[n]o existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena ‘garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’, está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.” De este modo, el derecho de Acceso a la Administración

2.1.3 Reparación

El principio general de derecho lo reseña como la compensación que debe dar quien causa daño o agravia a otro⁹⁰. Pero tal compensación debe ser proporcional “a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido por la víctima”⁹¹.

Nótese como la concepción anterior resulta violada por la figura jurídica del preacuerdo contenida en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, numerales 1 y 2, aplicada equivocadamente por el ente acusador y la judicatura, porque al modificar la calificación jurídica, inmediatamente variará el espectro sobre el cual se surtirán las pretensiones de reparación.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia STP3081 del 10 de marzo de 2016, reafirmó la errada posición –sentada en las sentencias CSJ SP2168-2016, 24 feb.2016, rad 45736–, cuando en la resolución de una Acción de Tutela, en la que, entre otras cosas, se trató la degradación de la participación del procesado, dijo:

Así las cosas, es evidente cómo esta Corporación ha precisado este aspecto y, en tal virtud, concluido que si la negociación de un preacuerdo gravita sobre la degradación de la forma de participación y, con ello, la obtención de una pena más favorable, esta última deberá corresponder a aquella dispuesta para ese específico grado de participación convenido, sin remisión alguna al tipo de captura y, en especial, a la limitante del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el 301 de la Ley 906 de 2004, la cual solo se atenderá cuando el acuerdo sea sobre la cantidad de la pena.

De modo que, a fin de mantener una misma línea de pensamiento en todas las decisiones de esta Sala, tanto en materia de tutela como en asuntos relacionados con el recurso extraordinario de casación, queda claro que es esta la nueva postura de la Corporación frente a este aspecto.

Razón tienen los magistrados disidentes (Fernández Calier y Salazar Cuéllar)⁹² cuando llaman la atención de la Sala de Casación Penal sobre el perjuicio que se les causa a las víctimas al declarar la responsabilidad penal por el delito endilgado dentro del acuerdo presentado al juez de conocimiento, toda vez que así como se degrada la conducta, por ejemplo, se reduce en exceso el margen de reclamación pecuniaria a

de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones.”

90 *Ibíd.*, p. 28.

91 Corte Constitucional. Sentencia C-839 de 2013, p. 40.

92 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de septiembre de 2013. Radicado 69.478. *Op. cit.*, Sentencia SP17024 del 23 de noviembre de 2016; Sentencia SP17024 del 23 de noviembre de 2016; Sentencia SP747-2017/48293 de enero 25 de 2017.

que pueden acceder los afectados, y, aunque las reparaciones que se pacten dentro de un contexto de negociación pueden ser rechazadas por las víctimas y, entonces, acudir a otras vías judiciales, conforme al último inciso del artículo 351 del CCP, esa reclamación queda marcada por la sentencia condenatoria producto del acuerdo celebrado entre Fiscalía y procesado.

En otras palabras, o mejor, en palabras de la Sala de Casación Civil, porque se trata de un asunto “cobijado por la autoridad de la cosa juzgada” y que por mera lógica la verdad solo puede ser una sola, refiriéndose a que no puede pretenderse producir decisiones excluyentes dentro de un mismo asunto de estudio, sometido a diferentes jurisdicciones –penal (punitiva) y civil (resarcitoria)⁹³. Así, la responsabilidad civil del procesado tendrá como límite la sentencia condenatoria en lo penal. Luego, si se afecta el derecho a la reparación de las víctimas. De allí que resulte imperativo permitirle a la víctima su participación activa en las negociaciones, con posibilidad de recurrir o exigir el apego a los principios de legalidad y tipicidad estrictas.

Pero lo más paradójico es que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no presenta una teoría diferente o contraria a la predicada por su homóloga de la Civil, en el sentido que una posición diferente le daría soporte a su postura sobre la validez de las condenas emitidas en el ámbito de los preacuerdos con degradación de la responsabilidad penal; curiosamente cabalga en sus sentencias sobre los mismos presupuestos de la jurisdicción civil. Si no, mírese el pronunciamiento AP - 2865-2016 del 10 de mayo de 2016, emitido dentro de la radicación 36784; allí, trayendo a colación una sentencia de su propia cosecha del 13 de abril de 2011, radicado 34145, sostiene que

Afirma la Sala en esta oportunidad que el incidente de reparación integral es dependiente de los resultados del proceso penal, en tanto el mismo solo puede ejercitarse en caso de que este culmine con sentencia condenatoria y, *en consecuencia, declarada la responsabilidad penal, la civil se deduce de aquella*

93 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 12 de octubre de 1999. Expediente 5253. M.P.: Manuel Ardila Velásquez: “Bajo la premisa de que un mismo hecho puede generar diversas proyecciones en el ámbito jurídico en general, y particularmente en los campos penal y civil, el primero de los cuales sería llamado a establecer la infracción de la ley punitiva y el segundo a examinar el aspecto resarcitorio de la misma conducta, ello solo avista la eventualidad, inconveniente como la que más, de que haya sentencias excluyentes, siendo que, por imperio de la lógica, la verdad no pudo ser sino una sola. Muy grave se antoja, por cierto, que en tanto la justicia penal proclame libre de culpa al sindicado, la civil, antes bien, lo condenase al abono de perjuicios.

“Es una intención que a ojos vistas amerita el mejor de los cuidados, toda vez que, amén de precaver decisiones incoherentes y hasta contradictorias que tanto envilecen la confianza y la seguridad que los asociados deben descubrir en la justicia, rinde soberano homenaje a la sindéresis desde que parte de la premisa incontestable de que un mismo hecho no puede ser y no ser al mismo tiempo. La verdad es única, ‘y no puede ser objeto de apreciaciones y decisiones antagónicas por parte de la justicia ordinaria, tales como que en lo penal se dijera que un mismo hecho perjudicial no fue obra del sindicado y en lo civil se afirmase lo contrario’ (Cas. Civ. de 29 de agosto de 1979)”.

por manera que el debate en el incidente de reparación integral se centra en la acreditación del daño y su cuantificación, siendo la labor del juez penal la de declarar la existencia del perjuicio y decidir sobre el monto de la indemnización cuya fuente es el delito (destacado fuera del original).

3. PREACUERDOS CON INTEGRANTES DE ORGANIZACIONES CRIMINALES

El asunto, los beneficios contemplados en los artículos 350 y 351 de la Ley 906 de 2004, resulta más digerible desde la órbita de la delincuencia común o de escenarios de criminalidad individual, que no revisten mayor dificultad; cosa distinta se presenta cuando hablamos de criminalidad organizada⁹⁴, porque este fenómeno entraña componentes que potencian y multiplican la efectividad del accionar criminal, tornándose en una estructura compleja. Se componen jerárquicamente, dividen el trabajo, establecen modos criminales, se organizan de tal manera que permanezcan estables en el tiempo, permean las instituciones y tienen por objeto el beneficio o poder (Sentencia C-334/13 de junio de 2004).

Como quiera que el objetivo es la obtención de poder, estas estructuras dimanan violencia a todo lo que esté a su alrededor para atemorizar tanto a las personas de bien como a los miembros de grupos criminales competidores. Pero no solo eso, también ejercen violencia sobre sus propios integrantes. Esto les permite tener control del grupo y del área de injerencia o de operaciones. Pero lo que potencia el accionar de estas bandas delincuenciales organizadas, son los vínculos con los funcionarios públicos y la dirigencia política del país, con quienes buscan protección y permanencia en el negocio⁹⁵; con la vulneración del Congreso, el sistema judicial, los organismos de seguridad y los dirigentes políticos –contubernio que erige de manera nefasta la corrupción y oxigena permanentemente al crimen organizado, posibilitando su evolución.

La corrupción es la permeabilización e infiltración de que es objeto el Estado, cuyos funcionarios realizan u omiten actos con el fin de favorecer a terceros y obtener

94 Organización de Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2004. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. "a) Por 'grupo delictivo organizado' se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

95 Alda Mejías, Sonia. "Estado y Crimen Organizado en América Latina: posibles relaciones y complicidades." *Revista Política y Estrategia* n.º 124 - 2014, p. 81. Cita a Lupsha, Peter. "Organized Crime: Rational Choice not Ethnic Group Behavior: a Macro Perspective", En *Law Enforcement Intelligence Analysis Digest*, Winter, 1988. 2 p. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5030960.pdf>

provecho para sí; “socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”⁹⁶. En palabras de Kofi Annan⁹⁷, exsecretario General de la ONU:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de Derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Este fenómeno maligno se da en todos los países –grandes y pequeños, ricos y pobres– pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo.

Dentro de sus actos criminales encontramos también las amenazas y atentados que realizan a los servidores del ente acusador, a la judicatura y a la policía judicial, pretendiendo con ello diezmar las acciones de la justicia⁹⁸.

Lo anterior muestra la magnitud del problema y del efecto que causan las estructuras delictivas organizadas en el andamiaje del Estado, así como de las preocupaciones que giran en torno al tema. El asunto es tan delicado que se han generado tres convenciones de Naciones Unidas, dos en lo que respecta a delitos soporte del ejercicio criminal como son el narcotráfico⁹⁹ y la corrupción¹⁰⁰, delitos que inciden de manera

96 Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana contra la Corrupción* (B-58). Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp

97 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. *Op. cit.*, Prefacio.

98 Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16608094>. “La fiscal que vive un calvario por juzgar a las bandas criminales. Sus dos hermanos fueron asesinados. Ha recibido amenazas de supuestos integrantes del ‘clan Úsuga’”. Ver también disponible en: <http://www.elcolombiano.com/antioquia/amenazas-contradirectora-de-fiscalias-de-medellin-claudia-carrasquilla-LC6051904>. Por estos golpes, criminales habrían amenazado a fiscal. La policía, el ejército y la Unidad de Protección. También disponible en: <https://www.elheraldo.co/judicial/fiscal-del-ocaso-de-10-capturados-pornarcotrafico-fue-amenazada-251152>. Otro puede ser visto en línea: <http://www.eluniversal.com.co/monteria-y-sincelejo/sucesos/amenazan-juez-y-fiscal-antibacrim-en-planeta-rica-88489>. Amenazan a Juez y Fiscal Antibacrim en Planeta Rica. Consultado el 22/05/2017.

99 Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sico-trópicas, 1988. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf. Consultado el 22/05/2017

100 Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, 2004. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. Consultado el 22/05/2017

definitiva en la pervivencia y sostenibilidad de las organizaciones al margen de la ley –sostenibilidad económica y estructural, en el entendido que del narcotráfico se nutre económicamente y a través de la corrupción obtienen también beneficios monetarios pero sobre todo dominio de la información y de las acciones que ejecuta el Estado en su contra–, y una contra el crimen organizado transnacional como tal (Convención de Palermo)¹⁰¹. Demuestra ello que el alcance de la delincuencia organizada es mucho mayor que aquella que actúa de manera individual, se enquistaba en la sociedad, cual parásito, para someterla económica y políticamente,¹⁰² afectando el bien jurídico de la seguridad pública, el cual consiste en:

El bien jurídico de la seguridad pública, entonces, consiste en el derecho de los ciudadanos a no verse ni sentirse violentamente conmocionados o extraordinariamente afectados; en palabras de Arboleda Vallejo y Ruíz Salazar (citando a Francesco Carrara. Programa de derecho criminal, vol. VI), “Se dice que ofenden esta tranquilidad aquellos hechos que suscitan en el ánimo de un número indefinido de ciudadanos alguna concitación de emociones de dolor o de miedo de las cuales se sigue la agitación de esos ciudadanos”. La sensación de seguridad es “indispensable para el libre y completo desarrollo de las actividades humanas” (p. 854)¹⁰³.

No es desconocido que el crimen organizado, en su afán por permanecer en el tiempo y obtener ilegalmente la mayor cantidad de recursos, crea nuevos frentes de guerra; así, vemos como la minería ilegal ha ido tomando una relevancia tal que podría superar en importancia al narcotráfico, si se tiene en cuenta que este último ha sufrido fuertes golpes con la incautación de gran cantidad de droga e insumos¹⁰⁴.

Ello hace visible la forma como el crimen organizado vulnera diversos bienes jurídicos tutelados: afecta a los individuos en su integridad física y psicológica, así como

101 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. *Op. cit.*

102 Corte Constitucional. Sentencia C-334 del 13 de junio de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretel Chaljub. “De esta manera, el alcance de una organización criminal es mucho mayor al de la criminalidad individual, lo cual permite el sometimiento económico o político de sectores enteros de la sociedad, situación por la cual la comunidad internacional tiene un compromiso decidido para prevenir y luchar contra este fenómeno a través de diversos instrumentos y convenciones internacionales”.

103 Valero Montenegro, Luis Hernando. “El delito de concierto para Delinquir en los casos de ‘La parapoltica’”. *Revista Via Iuris*, núm. 9, julio-diciembre, 2010, pp. 85-107. Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia. Consultado el 22/05/2017. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273919441004>

104 Disponible en: <https://www.elheraldo.co/colombia/incautacion-de-cocaina-crece-en-un-240-en-colombia-y-el-caribe-310969>. 13 de diciembre de 2016 “Incautación de cocaína crece en un 240% en Colombia y el Caribe”; <https://www.elheraldo.co/judicial/cocaina-incautada-era-del-clan-del-golfo-e-iba-hacia-espana-343595> 03 de abril de 2017 “Cocaína incautada era del Clan del Golfo e iba para España”; <https://www.elheraldo.co/incautacion-cocaina> 08 mayo 2017. “Incauta 253 kilos de cocaína en Islas del Rosario”. Consultado el 22/05/2017.

en su patrimonio; afecta a los entes públicos, con la infiltración, el reclutamiento de servidores públicos, para la obtención de información y el desvío de recursos; y a la sociedad misma, con los actos delictivos que perturban la tranquilidad, la convivencia pacífica, la libertad y la paz. Por ello estas organizaciones son procesadas por el delito de concierto para delinquir, que tiene un carácter pluriofensivo, por el sinnúmero de bienes jurídicos que pone en riesgo –indeterminación de delitos¹⁰⁵ y los que efectivamente vulnera, sin que la especialización en uno anule el objetivo criminal indeterminado, porque el fin de la organización es cometer delitos¹⁰⁶.

3.1 Contradicción entre beneficios otorgados a través de preacuerdos y la política criminal contra la delincuencia organizada

La adopción de instrumentos internacionales y del endurecimiento de nuestra legislación en torno al crimen organizado¹⁰⁷ hace que resulte incomprensible y contrario a las pretensiones perseguidas con tales herramientas jurídicas que a través de la figura de los preacuerdos se vea atenuada la responsabilidad penal de quienes son imputados o acusados por la conducta del concierto para delinquir agravado.

La conducta tipificada en el artículo 340 del CP es una medida de acción redirigida para atacar a las organizaciones criminales, cuya pena ha sido endurecida con el fin de reprimir el delito y desarticular a las bandas criminales, entendiendo con ello que el efecto inmediato es neutralizar su accionar, hacer que cese la comisión del deli-

105 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 40545 del 25 de septiembre de 2013. Cita sentencia C-241 de julio 17 de 2003. “La indeterminación de los delitos que se cometerán como resultado del concurso para delinquir, no significa que esta conducta se desvirtúe como hecho punible, si la organización criminal opta por especializarse en un determinado tipo de delitos”.

106 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de septiembre de 2003. Proceso 17089. M.P.: Édgar Lombana Trujillo, pp. 451-452: “Aquella postura no es de recibo, puesto que el tipo penal de concierto para delinquir no solamente es predicable en los eventos donde se atenta contra los poderes públicos, o contra la existencia y seguridad del Estado; y tampoco exige la verificación de delitos contra la vida, ni atentados terroristas, etc. El simple hecho de ponerse de acuerdo para cometer delitos indeterminados, sea cual fuere su naturaleza, sea cual fuere el modus operandi, y sea cual fuere el cometido final, es ya punible. Es que no solamente propicia un ambiente de inseguridad pública quien atenta materialmente contra la comunidad, o quien destruye su patrimonio físico, sino que hace tanto o mayor daño quien promueve acciones que de suyo, aunque sin violencia inmediata, tienen la capacidad para generar alarma social y desestabilizar las principales instituciones, ante la pérdida de credibilidad y la quiebra de esenciales principios que informan al Estado social, democrático y de derecho. “Las acciones y omisiones cometidas en desarrollo de dicha organización, imputables a los miembros de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, constituyeron, como se demuestra en las presentes diligencias, la materialización de una verdadera asociación criminal concebida con conocimiento y dirigida con voluntad consciente a la comisión de indeterminados delitos, con el propósito final de apropiarse en beneficio personal o de terceros de buena parte del presupuesto asignado para el funcionamiento de esa Corporación Pública, a través de la comisión de los punibles que fueron necesarios”.

107 Nos referimos a las convenciones citadas contra la corrupción, contra el narcotráfico y contra la delincuencia organizada, así como a las leyes 1474 de 2011 y 1778 de 2016 – Estatuto Anticorrupción.

to y garantizar los bienes jurídicos protegidos, pero su cometido final es erradicar completamente la estructura criminal, lo cual se logra manteniendo a los justiciables privados de la libertad por el tiempo prudente que dispone la norma conforme al tipo penal que corresponda a la conducta desplegada por el sujeto activo de la acción penal luego de un juicio de tipicidad realizado correctamente.

Debe entenderse que no se trata simplemente de “grupos estructurados”¹⁰⁸, sino de empresas criminales capaces de causar daño social local, nacional y transnacional. Las actividades que desarrollan estos grupos organizados se distribuyen en varios frentes, todo lo que les pueda generar beneficios, hace uso de grupos de delinquentes no organizados para ampliar sus tentáculos y poder.

No hay que perder de vista que las organizaciones criminales apuntan a todas las actividades ilícitas que puedan retribuir beneficios económicos o de otro tipo, para ejercer dominio amplio en el territorio; así, con una mentalidad empresarial, comercian con armas, con estupefacientes, extorsionan, intervienen en la minería informal, en el tráfico de personas, por mencionar algunas de las actividades que realizan, lo cual lógicamente llevan consigo la comisión de homicidios como medio represivo y disuasivo.

Así como lo hemos venido reseñando a lo largo de la presente disertación, no encuentra eco en la normatividad legal y mucho menos en la constitucional, la aplicación inconsulta de la ficción legal para minimizar la responsabilidad penal del encartado –por violación del principio de legalidad estricta–, mucho menos en asuntos de delitos atribuibles a delincuencia organizada.

El daño individual y social que causan estas organizaciones va mucho más allá de lo que puede soportar la sociedad; luego de medio siglo de conflicto y gran cantidad de vejámenes atribuibles a la guerrilla colombiana, más de una década de terror y zozobra con los carteles de la droga, y otro tanto de barbarie con las Autodefensas Unidas de Colombia, lo que espera el pueblo es la acción efectiva del Estado y de las autoridades, que se traduce en la aplicación estricta de las leyes y de las penas a las que se hacen merecedores los infractores del ordenamiento penal.

De otro lado, el fin de la graduación punitiva contenida en la norma, obedece a un estudio de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad¹⁰⁹, que es demandado para la restricción provisional del derecho a la libertad, en razón a las funciones de la

108 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. *Op. cit.*, Art. 2, literal C: c) Por ‘grupo estructurado’ se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

109 Ley 599 de 2000. *Op. cit.*, Artículo 3. Principios de las sanciones penales.

pena (artículo 4 del CP). De no ser así, tal y como viene ocurriendo, la sanción no tendrá función de prevención alguna y mucho menos de retribución justa, de contera, tampoco habrá protección ni reinserción social. Como se dijo en apartado anterior, el preacuerdo se convierte en una pausa activa del delincuente, porque este continúa en su carrera delictiva, sin que medie un tiempo prudente de afectación de la libertad –o mejor, de intervención estatal– para procurar su reinserción social.

4. SOLUCIÓN: CORRECTA APLICACIÓN DE LA FICCIÓN JURÍDICA

La alternativa de solución que se ofrece, consiste, como se sustentó en apartados anteriores, en la utilización de la ficción jurídica como mecanismo de graduación de la pena privativa de la libertad, pero sin que ello se refleje en la tipicidad. Es decir, al celebrarse el preacuerdo no se variará el *nomen juris*, sino que se adecuará, conforme al trato, una de las penas designadas para alguno de los delitos del mismo núcleo fáctico, o se dará el tratamiento de una complicidad o de un delito simple, como si estos supuestos hubiesen tenido real ocurrencia.

Por ejemplo, si se tratara del delito de tentativa de homicidio, luego del preacuerdo, el juez declararía la responsabilidad penal por el delito de homicidio en grado de tentativa, y la pena asumida a través de la ficción legal correspondería a la establecida para las lesiones personales dolosas. Para el caso del delito de concierto para delinquir, la dinámica es diferente, tendría que pensarse la reducción a través de la eliminación ficticia de agravantes o degradación de participación para graduar la pena, caso en el cual la responsabilidad penal sería por el concierto para delinquir agravado y la pena por el delito simple o por la condición de partícipe.

Los casos de concurso de delitos se mirarían bajo la misma óptica que los anteriores, siempre teniendo en cuenta que no puede otorgarse más de un beneficio; el delito sobre el cual se realiza la ficción para aplicar la pena será el delito de mayor entidad, los demás se sumarán en otro tanto. Los subrogados penales se surtirán de igual manera conforme a la conducta más gravosa y no en cuanto a la pena–, y de esta manera correrán la suerte que demarque la norma sustantiva, es decir, si pueden o no ser objeto de negociación.

Debe quedar claro que para efectos de la reparación integral, la ficción legal adoptada en nada afectará ese derecho, pues este se determina a partir del delito por el cual se profiere la condena y no por la pena impuesta.

En este orden de ideas, el ente acusador y el procesado tendrán que presentar un acuerdo en el que este reconozca su responsabilidad penal por la conducta circunstanciada y su correspondiente calificación jurídica, y se indique de dónde resultará la pena: del artificio de enrostrar un delito de menor entidad, o de la degradación de la participación, o de la supresión de agravantes.

A su turno, la judicatura, luego de hechas oralmente sus intervenciones las partes y los intervinientes, si no hubiere inconformidad alguna, procederá a aprobar el acuerdo y dar trámite al rito procesal establecido en el artículo 447 de la norma procedimental penal; de lo contrario, si los intervinientes presentaran desacuerdo con el pacto –por parte del ente acusador y del procesado no habría alegación alguna por cuanto todo ha sido consensuado–, el juez adoptará decisión de fondo respecto de esta alegación, que admite los recursos de ley.

En cualquiera de los dos eventos, al momento de proferir fallo condenatorio, el juez deberá decretar la responsabilidad penal del procesado conforme a la calificación jurídica y circunstanciada, y, por adopción de la ficción legal para morigerar la pena, la sanción a que se haría merecedor el justiciable de acuerdo con una de las formas de proceder para ello: asumir un delito de menor entidad, suprimir agravantes o degradar la participación.

Esta manera de aplicar la ficción en nada afecta a los justiciables que realicen negociaciones con el ente acusador, ni el fin mismo perseguido con los preacuerdos, por cuanto se respeta la imputación fáctica y jurídica –sobre la base de unos hechos documentados y una conducta realizada– y la reducción de la sanción del procesado se da en los términos contenidos en la norma, es decir, puede llegar a ser hasta del 50%. Tampoco se afectan los principios de legalidad y tipicidad estrictas, y los derechos a la verdad, justicia y reparación. Ello se traduce en una pronta y cumplida administración de justicia, sin más sacrificios que aquellos que razonablemente corresponde a las partes involucradas en un conflicto –en tanto se trata de una negociación en la que agresores y afectados deben ceder parte de sus derechos–.

Y es que condenar a un procesado por el delito que cometió realza el nombre de la justicia, la aprestigia, pero también la muestra como piadosa al reducir lo más posible la sanción, sin llegar a feriar los beneficios. Y qué decir de las víctimas, quienes sienten el respaldo del Estado en el que han depositado la confianza para la protección y goce de sus derechos.

REFERENCIAS

Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

Ferrajoli, Luigi. *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho n.º 15, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Höffe, Otfried. *Justicia una introducción filosófica*. Centro de investigación en filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Josserand, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Editorial Temis S.A., 2009.

Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique. *La autoría mediata en el Derecho penal, formas de instrumentalización*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2009.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal, parte general*, Editorial Temis, 2002.

WEBGRAFÍA

Camacho, Adriana y Ternera, Francisco. “La terminación extraordinaria del contrato: muertes especiales de las convenciones”. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 40: 30-52, 2013. ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2154-9355 (en línea). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n40/n40a02.pdf>

Bonilla Sanabria, Fabio Andrés. “Unipersonalidad Societaria: a propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano”. *Revista e-Mercatoria* Volumen 7, Número 1 (2008). Disponible en: <file:///D:/Users/jhonpena/Downloads/2052-7081-1-PB.pdf> consultado el 10/04/2017

Restrepo Montoya, Hugo. *Derecho Internacional: entre garantismo y eficientismo*. Disponible en: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/288/1090>

Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos. “Derecho, realidad y ficción. Posibilidades y límites.” *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 17, 2014, pp. 111-138. ISSN 1575-7382. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero17/05-17.pdf>

Pérez De Ayala, José Luis. *Las ficciones en el Derecho tributario*, 1970. Citado en obra perteneciente a la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 44. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2489/5.pdf>

Valero Montenegro, Luis Hernando. “El delito de concierto para delinquir en los casos de “La parapolítica””. *Revista Via Iuris*, núm. 9, julio-diciembre, 2010. Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273919441004>

Márquez Algara, María Guadalupe y De Villa Cortés, José Carlos. *Medios alternos de solución de conflictos*, 2013, p. 4. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/15.pdf>. Consultado el 31/05/2017

Castañó Vallejo, Raúl. “El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de Derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional”. *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 9, n.º 80, enero-junio 2013, pp. 165- 185, Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179) Disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/2257>

Platón. *Obras completas*, edición de Patricio de Azcárate, tomo 9, Madrid, 1872. Disponible en: <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf09007.pdf>; <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf09057.pdf>

Bielsa, Rafael. *La Técnica Jurídica*. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/21-22/la-tecnica-juridica.pdf>

Alda Mejías, Sonia. “Estado y Crimen Organizado en América Latina: posibles relaciones y complicidades”. *Revista Política y Estrategia* n.º 124, 2014. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5030960.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4 7, septiembre 2007. pp. 1, 3 y 4. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>.

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Corte Constitucional. Sentencia C-181 del 13 de abril de 2016. Expediente D-10946. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia C-297 del 8 de junio de 2016. Expediente D-11027. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. Sentencia c-180 del 27 de marzo de 2014. Expediente D-9813. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia T-283 del 16 de mayo de 2013. Expediente T-3.567.368. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C-334 del 13 de junio de 2013. Expediente D-9371. M.P.: Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia c-839 del 20 de noviembre de 2013. Expediente D-9641. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia SU915 del 4 de diciembre de 2013. Expediente T-3.181.396. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C-409 del 17 de junio de 2009. Expediente D-7478. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia C-516 del 11 de julio de 2007. Expediente D- 6554. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-454 del 7 de junio de 2006. Expediente D-5978. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005. Expedientes D-5705 y D-5712 (acumulados). M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C-1260 del 5 de diciembre de 2005. Expediente D-5731. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001. Rad. Expediente D-3549. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-739 del 22 de junio de 2000. Expediente D-2718 M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-409 del 17 de junio 2009. Expediente D- 7478. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia C-996 del 2 de agosto de 2000. Expediente D-2787 M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-559 del 4 de agosto de 1999. Expediente D- 2297. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-144 del 19 de marzo de 1997. Expediente L.A.T. 084. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-322 del 23 de julio de 1996. Expediente T-98585. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-015 de enero 21 de 1993. Expediente D-083. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992. Expedientes D-056 y D-092 (acumulados). M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

SENTENCIAS JUDICIALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentencia del 30 de enero de 2014. Consideración n.º 61.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP747-2017/48293 de enero 25 de 2017. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar y Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP3204- 2017 del 8 de marzo de 2017. Radicación 43669. M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP-1402- 2017 del 8 de febrero de 2017. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP17024 del 23 de noviembre de 2016. M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP3081 del 10 de marzo de 2016. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP931-2016 de febrero 3 de 2016. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP17024 del 23 de noviembre de 2016. M.P.: Luis Guillermo Salazar Otero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia STP3081 de 2016. M.P.: Gustavo Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP8643- 2015 del 1º de julio de 2015. Rad. 42293. M.P.: Gustavo Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP4319- 2015. Rad. 44792 del 16 de abril de 2015. M.P.: María del Rosario González Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 06 de febrero de 2013, radicado 39892. M.P.: José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de septiembre de 2013. Radicado 6947. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de septiembre de 2013. Radicado 40545. M.P.: María del Rosario González Lemus.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 marzo de 2006, Rad. 22327. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Radicado 24026. M.P.: Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de septiembre de 2003. Proceso 17089. M.P.: Édgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 12 de octubre de 1999. Expediente 5253. M.P.: Manuel Ardila Velásquez

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal. Auto interlocutorio de Segunda Instancia del 17 de febrero de 2014 – Radicado 110016000013201222924 02. Disponible en: <http://derechopenalcolombia.blogspot.com.co/2014/02/tribunal-superior-de-bogota-considera.html>

OTROS

Constitución Política de Colombia.

Ley 57 de 1887, por la cual se expide el Código Civil.

Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial* n.º 44.097 de 24 de julio del 2000.

Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* n.º 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Organización de Estados Americanos. Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58). Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp

Organización de Naciones Unidas. Oficina contra la droga y el delito. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. Nueva York, 2004. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf> Consultado el 22/05/2017

Organización de Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf. Consultado el 22/05/2017

Organización de Naciones Unidas. Convención de las naciones unidas contra la corrupción, 2004. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

Consultado el 22/05/2017