

Los preacuerdos y el mal llamado allanamiento a cargos

*Miguel Lamadrid Luengas**

La aceptación unilateral de los cargos imputados es una de las manifestaciones de los preacuerdos y de las negociaciones introducidas en nuestro sistema procesal penal como componentes de la justicia negociada. Por ende, al ser considerado como una especie de acuerdo genera las mismas obligaciones de un acuerdo entre el procesado y la fiscalía, específicamente las establecidas en el artículo 349 de la ley 906 de 2004; por ello, en tales casos la rebaja punitiva no es automática y la cuantificación se debe hacer con base en diversos factores.

1. Apartes de la sentencia¹

Magistrado Ponente: JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

SP14496-2017. Radicación No. 39831.

(Aprobado acta No. 319).

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

* Abogado penalista en ejercicio, Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona y profesor de la Universidad Nacional de Colombia de la cual es egresado; miembro del grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas «Emiro Sandoval Huertas» de la Universidad Sergio Arboleda. Correo: miguelamadrid@gmail.com.

¹ Como apenas se transcriben apartes de la extensa sentencia, los pie de página que aparecen a continuación se compadecen con el texto aquí insertado y no con el orden en el cual aparecen en la providencia original.

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los acusados M. E. N. V, M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., así como por el apoderado de la Contraloría General de la República, reconocida como víctima en el presente asunto, contra el fallo anticipado de segunda instancia proferido por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

HECHOS:

«1.1.- Los hechos, a que se contrae la actuación, fueron reseñados por el Tribunal de la manera siguiente:

«Transmilenio obtuvo el diseño de un sistema de transporte masivo urbano para pasajeros en Bogotá, definiendo las fases en las que se desarrollaría, entre ellas, la número 3 que comprende la Boyacá, Calle 26 y Cras. 10ª y 7ª.

El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), ente encargado de atender las obras de desarrollo urbanístico dentro del plan general de desarrollo y con base en el convenio interadministrativo 020 de 2001 que celebró con Transmilenio S.A. inició el trámite de licitación pública para adecuación de obras y mantenimiento de la malla vial de la fase III de Transmilenio. Para tales efectos celebró los siguientes contratos:

Contrato No. 137 de 2007 celebrado entre el IDU y la Unión Temporal Transvial, adjudicado con resolución del 26 de diciembre del citado año, tuvo por objeto para el sistema Transmilenio la adecuación de la calle 26 y posterior mantenimiento en el tramo entre la transversal 76 y la carrera 42B y el trayecto cuatro de la carrera 42B a la carrera 19. El valor de este contrato fue de \$315.580.224.330, adicionado el 28 de diciembre de 2008.

Para el contrato No. 137 el IDU entregó un anticipo de \$85.751.927.394 y según informe del C.T.I. de 27 de abril de 2010 el contratista Unión Temporal no destinó en la obra \$44.537.839.609 (registro 1.16.00 y ss. y 1:17:00 y ss.). Mediante resolución 889 de 26 de marzo de 2010 se declaró la ocurrencia del siniestro y se hizo efectiva la garantía otorgada con la póliza de seguro 000008696 expedida por Segurexpo de Colombia S.A.

La UT Transvial la conformaban Condux S.A., Tecnología de Ingeniería Avanzada S.A., Megaproyectos S.A., Maquinaria e Ingeniería, Construcciones Mainco S.A., Bitácora Soluciones y Cía. Ltda., Translogistic S.A., firma que cedió el contrato al Grupo Empresarial Vías de Bogotá —GEVB— el 3 de marzo de 2010, representada por Alberto Calderón Castaño. Las últimas cuatro empresas pertenecen al denominado «Grupo Nule», registran el 80% de la participación de la UT Transvial.

Los hermanos Miguel Eduardo y Manuel Nule Velilla y su primo Guido Alberto Nule Marino tenían el control conjunto de las citadas empresas, poder de decisión, unidad de propósito y dirección.

Contrato No. 071 de 2008 celebrado con la Unión Temporal G.T.M. para obras de conservación de la malla vial del Distrito Suroccidente. El valor inicial fue de \$87.398.750.260, la adición número uno se hizo por \$5.049.996.209 y la adición 2 por \$938 millones. Las diligencias dan cuenta de dos cesiones parciales, una de la Constructora INCA Ltda. de 30 de agosto de 2009 a favor de la Sociedad H&H Arquitectura S.A. por concepto de las ofertas mercantiles 017 y 018 de 16 de marzo de 2009 y otra cesión de 30 de abril de 2010 de TRANSLOGISTIC S.A. con la Sociedad H&H Arquitectura S.A. y el Grupo Franco y Obras y Proyectos S.L. Sucursal Colombia.

En el contrato No. 071 el IDU entregó el anticipo al contratista Unión Temporal GTM, representada legalmente por Mauricio Antonio Galofre Amín en calidad de contratista, del que según los informes del CTI números 596790 y 596792 de 1° de abril de 2011 se hizo un manejo inapropiado en cuantía de \$15.224.739.249, además MNV S.A., recibió anticipos de ofertas comerciales por \$1.058.450.944, \$530.000.000 y \$ 435.000.000, Gas Kapital recibió por ese mismo concepto \$447.250.000 y \$1.069.350.531.

La Unión Temporal GTM fue conformada por las empresas Grandi Lavory, Finicosit SPA, Translogistic S.A. y Constructora Inca Ltda.

Contrato No. 072 de 30 de diciembre de 2008 suscrito con la Unión Temporal Vías de Bogotá para obras de conservación de la malla vial del Distrito Sur por un valor de \$100.487.124.278. Mediante otro sí de 26 de abril de 2010 se hizo cesión del contrato al Consorcio Vías del Distrito conformada por Constructora INCA Ltda. y Ortiz Construcciones y Proyectos S.A.

En el contrato No. 072 de 30 de diciembre de 2008 se encuentra por justificar un anticipo recibido por GEOS CONSULTING por \$2.503.987.620, Tecníciviles por \$1.118.084.352, Gas Kapital por \$600.000.000 y Rodríguez Londoño por valor de \$851.956.802. El representante legal fue JORGE LUIS BETÍN RODRÍGUEZ, quien otorgó poder para firmar el contrato a LIDA FERNANDA GÓMEZ VANEGAS.

La Unión Temporal Vías de Bogotá está integrada por las empresas Costco Ingeniería LTDA., Bitácora Soluciones Cía. Ltda. y Carena Spa. Empresa Di Construzioni.

La interventoría se hizo con base en los contratos 093 a cargo del Consorcio Pro 3 (para el contrato 071), el 091 a favor de TMK (para el contrato 072) y el 174 de 2007 para el convenio 137.

Se adujo por la Fiscalía que las propuestas para los contratos 137, 071 y 072 se soportaron con documentos falsos al alterar los balances y el patrimonio de Tecnología e Ingeniería Avanzada S.A. y la Empresa Piazza, se cambiaron los estados financieros de Carena SPA Empresa Di Construzioni y se entregaron dádivas en dinero a funcionarios para obtener la adjudicación.

Miguel Eduardo, Manuel Francisco y Guido Alberto, tenían el manejo, coordinación, poder de decisión, dirección y unidad de propósitos económicos y registraban una importante sus-

cripción en las UT y Consorcios, como las UT TRANSVIAL, UT GTM y consorcio Vías de Bogotá, estas compañías entre sí realizaban contratos de mutuo, negocios jurídicos, se facilitaban avales y préstamos para cumplir obligaciones financieras y así cubrir las operaciones y diversificar riesgos. Aquéllos tenían el control de las empresas MNV S.A., GAS KAPITAL S.A., CAPITAL ENERGY LTDA., AGUAS KAPITAL BOGOTÁ SA-ESP, entre otras, así se declaró en la resolución 126-007070 de julio 8 de 2010 de la Supersociedades.

Se sostiene por el ente acusador que G. A. tenía dirección, manejo, coordinación y disposición de las compañías que integran en un alto porcentaje la UT GTM, Consorcio Vías de Bogotá, Consorcio Pro 3 y en los contratos 071 y 072, quien participó en las operaciones ejecutadas en las diversas empresas para el éxito del plan trazado con los N. según se dijo en el párrafo anterior. Aquél a diferencia de los demás coautores aparece como contratista y representante en los contratos 071 y de interventoría 093 en la Empresa Pro 3.

Se invoca por la Fiscalía como soportes de sus aseveraciones en relación con los contratos aludidos, las ampliaciones de los interrogatorios de Miguel Eduardo, Manuel Francisco y Guido Alberto Nule, Mauricio Antonio Galofre, Francisco Rafael Hernández, el informe de Supersociedades de abril 27 de 2010, de la Ingeniera Marta Patricia Restrepo, Wilson Galeano y la abogada Ivonne Brito Ramírez, los informes del CTI números 596826 de marzo 31 de 2011, DE 27 DE ABRIL DE 2010 (SIC).

La imputación la realizó el fiscal delegado por un concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía, en calidad de intervinientes²; en concurso heterogéneo con fraude procesal, concierto para delinquir, cohecho por dar u ofrecer y falsedad en documento privado todos ellos en calidad de coautores.

A excepción del delito de concierto para delinquir, en las demás conductas se imputaron las circunstancias de mayor punibilidad definidas en los artículos 58.9³ y 58.10⁴, así como la de menor punibilidad de que trata el artículo 55.1⁵ del C.P.

² Art. 30 de la Ley 599 de 2000. Inc. 3º: «Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte».

³ «La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder o ministerio», esta circunstancia no se imputó a M. A. G. A., pero sí a los otros tres implicados (Cfr. Fl. 94 Carpeta 1).

⁴ «Obrar en coparticipación criminal». Esta circunstancia se imputó a todos los indiciados (Cfr. Fl. 94 Carpeta 1).

⁵ «La carencia de antecedentes penales» se dedujo de todos los imputados (Cfr. Fl. 94 Carpeta 1).

En la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo el 8 de abril de 2011, todos los imputados, con la asistencia y en presencia de la delegada del Ministerio Público y de sus respectivos defensores, aceptaron su responsabilidad penal como intervinientes pero únicamente por el concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación agravado, por lo que se generó la ruptura procesal para la continuación del trámite ordinario respecto de éstas.

Luego de verificada la aceptación el juez de control de garantías aprobó el allanamiento. En la sesión del 11 de abril de 2011, a solicitud de la Fiscalía, dicho juez les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Posteriormente, el 3 de agosto de 2011, el Juez 38 Penal del Circuito de Conocimiento verificó de nuevo la legalidad del allanamiento, le impartió aprobación y corrió los traslados correspondientes previstos en el artículo 447 CPP para la individualización de la pena.

Finalmente el 15 de diciembre de 2011 el Juez 38 Penal del Circuito de Conocimiento dictó sentencia de primer grado, en la cual, tras reconocer la concurrencia de las circunstancias genéricas de menor punibilidad previstas los numerales 1^{o6} y 7^{o7} del artículo 55 del C.P. y declarar la inaplicabilidad al caso de las circunstancias de mayor punibilidad de que tratan los numerales 9^o y 10^o del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, condenó a los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., y G. A. N. M. y M. A. G. A. a las penas principales de 90 meses de prisión y multa en cuantía de \$10.042'.500.000.00, como intervinientes penalmente responsables del concurso de delitos de peculado por apropiación.

Condenó asimismo al acusado M. A. G. A., a las penas principales de 72 meses de prisión y multa en cuantía de \$8.230.073.944.00, como interviniente responsable del delito de peculado por apropiación, cometido en concurso.

A todos los acusados les impuso la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad fijada para cada uno de ellos. Y no les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria.

Contra este fallo, la Contraloría y el IDU, en condición de víctimas reconocidas en la actuación, y los defensores de los acusados, interpusieron el recurso de apelación.

El Tribunal Superior de Bogotá D.C., mediante sentencia de segunda instancia de 1^o de junio de 2012, confirmó parcialmente el fallo recurrido, dado que lo modificó para incluir como circunstancia de menor punibilidad a favor de los acusados la colaboración de éstos con la justicia, de conformidad con lo previsto por el artículo 55.10 del CP., y las de

⁶ «La carencia de antecedentes penales».

⁷ «Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros».

mayor punibilidad de que tratan los numerales 9° y 10° del artículo 58 del P.P., referidas a la posición distinguida que los acusados ocupan en la sociedad, y el haber obrado en coparticipación criminal, con la aclaración que con respecto a G.A. no opera la citada agravante del numeral 9°, y, tras advertir que dada la concurrencia simultánea de circunstancias de menor y de mayor punibilidad, lo procedente para individualizar la pena es ubicarse en los cuartos medios, que para el caso oscilan entre 3.899 y 7.374 días de prisión, en tal sentido, decidió condenar a los acusados M. E. N. V., M. F. N. V. y G. A. N. M. a 14 años, 11 meses y 15 días de prisión. Asimismo, condenó a M. A. G. A. a la pena de 10 años y 6 meses de prisión.

De igual modo, resolvió *«condenar con el carácter de pena principal y a perpetuidad a la inhabilitación del ejercicio de funciones públicas y a celebrar contratos de manera directa o por interpuesta persona con el Estado a M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., e igualmente se les inhabilita para el ejercicio de derechos públicos por un lapso igual al que les correspondió por pena privativa de la libertad»*.

Finalmente mantuvo las demás decisiones del a-quo.

Contra la sentencia de segunda instancia, tanto el defensor de los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., como el apoderado de la Contraloría General de la República, interpusieron recurso extraordinario de casación.

1. La demanda de Casación de la defensa de los condenados.

Postuló cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal:

El cargo único principal, lo postuló con fundamento en la causal segunda de casación, al considerar que la sentencia de segunda instancia fue proferida dentro de un proceso viciado de nulidad, por lo que solicita se decrete la ineficacia de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, en particular. Considera que se realizó una imputación fáctica de manera vaga, imprecisa y poco circunstanciada, en contra de lo dispuesto por la Sala de Casación Penal en reiteradas decisiones.

Un primer cargo subsidiario, concretamente con el caso de M. E. N. V., en el que, también con fundamento en la causal segunda, demandó la sentencia de segunda instancia por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, toda vez que el Tribunal Superior de Bogotá no aceptó la retractación de su representado y confirmó parcialmente la decisión de primera instancia. Según el casacionista M. E. N. V., hizo una aceptación de cargos condicionada ya que aceptó los cargos pero no aceptó ni la cuantía ni el monto señalado por la Fiscalía.

Un segundo cargo subsidiario, formulado con fundamento en la causal primera, donde acusó a la sentencia de segunda instancia de haber violado garantías fundamentales por interpretar erróneamente el artículo 293 del C.P.P., al considerar que no es viable la retractación al allanamiento en la audiencia de verificación, lo que conllevó a la indebida aplicación de los numerales 9° y 10° del artículo 58 del Código Penal.

Sostuvo que en la audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía formuló cargos por el delito de peculado por apropiación sin incluir las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 9° y 10° del artículo 58 del Código Penal.

Un tercer cargo subsidiario hace relación a la falta de aplicación del artículo 401 del C.P. por cuanto la sentencia desconoció el reintegro de los valores de los anticipos en los contratos en los cuales se dijo que hubo un mal manejo.

Precisó que se dejó de aplicar el artículo 401 del Código Penal, toda vez que habiéndose reintegrado lo apropiado, esto es configurado el supuesto de hecho de la norma en comento, a los procesados se les ha debido reconocer la consecuencia jurídica allí prevista.

Consideró que el artículo 401 del CP, establece que ese reintegro puede llevarse a cabo de manera directa o por un tercero, lo que indica sin lugar a dudas, que opera independientemente de que exista un contrato con una compañía de seguros y la compañía de seguros haga el pago, pues la compañía de seguros, es un tercero que ha hecho el pago.

2. La demanda de Casación del apoderado de la Contraloría General de la República.

Por su parte el apoderado de la Contraloría General de la República, en su condición de víctima reconocida en el proceso, con base en la causal primera de casación, presentó demanda de casación contra la sentencia de segunda instancia por violación directa de la ley, al haber realizado una interpretación errónea del artículo 351 de La Ley 906 de 2004. Sostuvo que en la tasación de la pena se debió tener en cuenta la conducta posdelictual para que pudieran obtener ese 50%, pues si bien es cierto la valoración de dicho comportamiento se halla dentro de la discrecionalidad de los jueces, está regida por unos parámetros, al punto que esa conducta debe reflejar el arrepentimiento, la intención de dejar las cosas tal como estaban antes del delito. Sin embargo a la fecha de la audiencia no ha habido un reintegro voluntario de las sumas apropiadas, por lo que a su modo de ver en la sentencia se está otorgando un 50% de rebaja en la pena de la cual no se hacen merecedores los señores M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A.

Consideró que las decisiones de los juzgadores desconocen el artículo 4° del Código Penal, en cuanto la rebaja de pena no ha debido ser del 50% sino de una proporción menor, acorde con la magnitud del daño ocasionado.

Solicitó en consecuencia a la Corte que case parcialmente la sentencia, en cuanto a la concesión de la rebaja de pena del 50% de la pena imponible y adecuar a lo dispuesto por los artículos 351 del C.P.P. y 4 del C.P.

3. Los no recurrentes

3.1. El Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Como sujeto procesal no recurrente, en relación con la demanda de casación de la defensa, consideró que:

– El Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, presentó una imputación concreta, expresa, clara, precisa y circunstanciada. Luego de revisar los audios de la audiencia de formulación de imputación concluyó que en la formulación de imputación la Fiscalía realizó un análisis y un control riguroso, pues a cada uno de los imputados se le comunicaron los cargos, se le informó la conducta representativa del verbo rector apropiar, a pesar de que no se expuso específicamente dicho verbo.

– La Fiscalía hizo explicación clara sobre la cuantía de cada uno de los tres peculados imputados e incluso mencionó el informe de Policía Judicial del CTI y la calidad de interviniente en cada uno de ellos.

– Por ende no existió ningún tipo de nulidad en cuanto a la sentencia impugnada ya que no vulneró el debido proceso ni el derecho a la defensa, porque adecuadamente se presentaron los cargos y se tuvo como válida la formulación de imputación presentada para cada uno de los imputados.

– Sobre el primer cargo subsidiario estimó que esos condicionamientos sobre el monto o sobre las condiciones, fueron subsanados finalmente cuando el juez le informó que la aceptación era pura y simple, que la aceptación era libre, consciente y voluntaria, y de esta forma finalmente terminó la audiencia con aceptación de cargos. Agrega que la defensa en ningún momento presentó algún tipo de reclamación sobre ese allanamiento a cargos. Por lo anterior, consideró la Fiscalía que este cargo tampoco está llamado a prosperar.

– Frente al segundo cargo subsidiario postulado en la demanda, de igual modo la Fiscalía consideró que la imputación fue clara, concreta, comprensible y válida.

– Con relación al tercer cargo subsidiario consideró que: *«...el pago hecho por la compañía de seguros Segurexpo no tiene la capacidad de considerarse como reintegro del delito de peculado, pues este pago no deviene de la voluntad reparadora del sujeto activo de la conducta punible, sino del contrato comercial de seguros, que en ningún caso podría considerarse está amparando la apropiación ilícita del monto del anticipo como conducta punible, pues de ser así el mismo contrato de seguros tendría un objeto ilícito en la medida en que estaría amparando la comisión de un delito por parte del propio autor o sujeto activo»*.

En relación con la demanda presentada por el apoderado de la Contraloría General de la República, víctima reconocida en el proceso, el Fiscal Delegado consideró que la misma debe desestimarse así como su pretensión ya que en su opinión hubo una interpretación ajustada del artículo 351 del CPP, según la cual el allanamiento a cargos no está ligado a la reparación y la rebaja de hasta el 50% está ligada exclusivamente a evitar el desgaste judicial innecesario. Añadió que en este caso los procesados acudieron a la primera audiencia de imputación e inmediatamente se allanaron a cargos en esa audiencia, permitiendo una condena en una forma rápida por lo cual no existía ningún motivo para no otorgarle una rebaja de pena en el monto así fijado.

3.2. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal.

Señaló que actuaba exclusivamente en aras de defender el orden jurídico y las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

En relación con la demanda de casación de la defensa, consideró que:

– En primer lugar, que la aceptación se debe expresar de manera informada, es decir, frente a unos cargos concretos y con respecto a hechos jurídicamente relevantes.

– En segundo término, consideró que la aceptación de esos cargos por el imputado debe ser pura y simple.

– En tercer lugar, estimó que la imputación fáctica determina el marco para la imputación jurídica y las consecuencias punitivas.

– En cuarto lugar señaló que el Fiscal entregó a los defensores, a las víctimas y a los imputados, los informes del CTI efectuados por peritos contables, en los cuales se establecían claramente los montos de cada uno de los peculados, a pesar de que la ley no se lo exigiese de manera particular. Y dicho informe pudo ser examinado dado el largo receso que tuvieron los imputados para determinar si se allanaban o no, por lo que no es posible afirmar vaguedad en la imputación.

– En quinto lugar consideró que existía claridad en las premisas fácticas y en las jurídicas, de modo que no existió una indeterminación tal que diera lugar a que los imputados incurrieran en error sobre los elementos esenciales de las conductas aceptadas, pues ellos supieron claramente, por haberles sido así endilgados, que admitían el manejo ilegal de los dineros producto de los anticipos.

– En sexto lugar señaló que los imputados sabían cuál era el monto de los anticipos irregularmente manejados, que estos montos excedían con creces los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como el monto máximo para la multa.

– Consideró que en relación con la retractación, en virtud del principio de preclusividad, es deber del procesado exponer fundadamente las razones de dicha retractación posterior, toda vez que no resulta posible la retractación sin justificación alguna en tanto menoscaba la eficacia del procedimiento en detrimento de la administración de justicia y con violación de la lealtad con que deben actuar las partes en el proceso. Si su primera manifestación en la audiencia de formulación de imputación se hizo de manera pura, simple, informada, y debidamente asesorado por su defensor, no había lugar a retractación de la misma.

– Por su parte en relación con el pago de las pólizas tomadas para el manejo de los anticipos contractuales ante la ocurrencia del riesgo asegurado, consideró que no obedece a una actitud voluntaria de los autores de la conducta punible para aminorar o resarcir el daño causado, sino dichos pagos obedecen a previsiones del legislador para asegurar, frente

a eventuales malos manejos de fondos públicos involucrados en los contratos, la suscripción de dichas pólizas.

En relación con la demanda de casación de la Contraloría, consideró que:

– No se puede hacer del proceso penal un instrumento de retaliación contra los procesados, ni se puede subrogar una entidad las facultades que tiene el depositario de la acción penal, que es la Fiscalía, así se estén defendiendo fondos del erario.

– El casacionista dejó de considerar otros factores para efectos de la rebaja, como el ahorro del proceso penal, la presentación personal de los imputados ante la justicia, regresando incluso de un país que no tiene establecida extradición para sus nacionales y la aceptación de responsabilidad desde el momento de la formulación de imputación, factores que deben ser igualmente valorados a efecto de establecer el descuento.

– Añadió que resulta contrario a los intereses de una solución negociada de los procesos penales propios del sistema acusatorio, que se desestimulen los preacuerdos o las aceptaciones voluntarias de responsabilidad, vía allanamiento a cargos, con una tendencia a disminuir los beneficios otorgados por la Ley para este tipo de casos.

3.3. El apoderado del IDU

El Apoderado del IDU como víctima reconocida coadyuvó la demanda presentada por la Contraloría General de la República, y en cuanto a la demanda presentada por la defensa, se remitió a los alegatos profundos que en extenso ya se habían hecho.

[...] CONSIDERACIONES DE LA CORTE

2.1.- Del defensor de los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A.

2.1.1.- Primer cargo principal. Nulidad por imprecisión en la formulación de imputación. [...] [La Corte señala que] la ley procesal ha previsto al menos dos tipos específicos de proceso: uno ordinario que comporta el adelantamiento de la totalidad de las fases de investigación, imputación, acusación, juicio oral, sentencia y ejecución; y el otro, de índole abreviada, fundado en la renuncia voluntaria, debidamente informada y con asistencia de un defensor, por parte del imputado o acusado, al derecho de no autoincriminarse y al de tener un juicio público, oral contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pudiera, personalmente o por conducto de su defensor, hacer comparecer e interrogar a los testigos y peritos de cargo y de descargo, ello, con la finalidad de aceptar su responsabilidad penal en la conducta delictiva a él imputada a cambio de una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle para el caso de ser hallado penalmente responsable a la culminación ordinaria del juicio oral.

De esta suerte, si la decisión del indiciado es admitir libre y voluntariamente su responsabilidad penal en la realización de la conducta jurídicamente relevante que se le ha

puesto de presente en la audiencia de formulación de imputación, indispensable resulta que la misma se lleve a cabo ante el juez de control de garantías. [...] [La formulación de la imputación debe] incluir clara y precisamente información suficientemente ilustrativa con respecto al cómo, cuándo, dónde y quiénes llevaron a cabo, comportamientos jurídica y penalmente relevantes, y las razones por las cuales de los elementos materiales probatorios recaudados, de la evidencia física recogida o de la información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el destinatario de la imputación es autor o partícipe de la conducta típica, reprochable y punible que se investiga.

En el presente caso, observa la Corte que, conforme es puesto de presente por la Fiscalía y la delegada del Ministerio Público, ningún menoscabo al debido proceso, el derecho de defensa u otra garantía fundamental pudo haberse presentado en la audiencia de formulación de imputación.

De la revisión de los registros se concluye que a la audiencia de formulación de imputación llevada a cabo ante el Juez de Control de Garantías, comparecieron personalmente los indiciados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., quienes en todo momento estuvieron asistidos y asesorados profesionalmente por sus defensores de confianza, a cuya audiencia también compareció el Ministerio Público, ninguno de los cuales presentó objeción o dejó constancia alguna de haberse transgredido el debido proceso, el derecho de defensa u otra garantía fundamental. [...] Después de formulada la imputación, el juez leyó el catálogo de derechos que asistían a los imputados a partir de ese momento, así como las consecuencias jurídicas de dicha actuación, y a petición de uno de ellos, decretó un receso para dialogar con su defensor, el cual se prolongó hasta el día siguiente, en cuya sesión, el Juez de garantías interrogó a los imputados si se allanaban a los cargos que les fueron formulados y de viva voz cada uno de ellos manifestó aceptar libre y voluntariamente su responsabilidad penal en el concurso de delitos de peculado materia de imputación, mas no así con relación a las demás conductas materia de investigación.

El Juez de garantías verificó la legalidad del allanamiento a cargos, y le impartió la correspondiente aprobación. [...] El Juez preguntó al Fiscal si podía precisar el monto del peculado, esto de ninguna manera significa que en la audiencia de formulación de imputación el Fiscal hubiere incurrido en alguna irritualidad con capacidad de viciar la legalidad de la actuación, toda vez que ya había precisado que la apropiación indebida de los recursos oficiales se presentó con relación a los dineros entregados como anticipo por la administración municipal a través del IDU en desarrollo de los contratos de obra pública celebrados materia de investigación y que no fueron invertidos en la ejecución de las obras contratadas, agregando que se trataba además de un concurso de delitos de peculado por razón de cada uno de los anticipos entregados en cada contrato, por lo que no resultaba jurídicamente procedente entrar a totalizar el monto de todos ellos y, de otra parte, el fiscal fue expreso en indicar, que en todo caso cada una de las apropiaciones excedió los 200 salarios mínimos le-

gales mensuales vigentes, siendo esto lo realmente importante para efectos de la calificación jurídica de la conducta por razón de la cuantía.

Si bien también resulta claro que el Fiscal no fue muy técnico al momento de expresar en palabras las cuantías a que hizo alusión en la audiencia de formulación de imputación, es lo cierto que dicha situación carece de la entidad que el casacionista pretende atribuirle, toda vez que las cifras aparecen concretamente consignadas en los informes de los investigadores del CTI y demás documentos de que se sirvió el Fiscal para fundamentar la imputación, los cuales, y sin que fuera estrictamente necesario, fueron puestos a disposición de la defensa y demás intervinientes en la audiencia, de suerte que ninguna ambigüedad pudo haberse presentado. [...] Al parecer, la inconformidad del casacionista radica en el hecho de que en la audiencia de imputación hubieren intervenido los apoderados de las víctimas reconocidas como tales al comienzo de la diligencia, y que a instancias de ellos el fiscal hubiere accedido a incluir en la imputación las circunstancias de mayor punibilidad relativas al haber actuado en coparticipación criminal y la posición distinguida que los indiciados ocupan en la sociedad, pero no explica la razón o razones por las cuales los apoderados no podían hacer dicha solicitud ni se toma el trabajo de recordar que fue precisamente a instancias del apoderado de la víctima que la Fiscalía reconoció la aplicación al caso de la circunstancia de menor punibilidad relacionada con la carencia de antecedentes penales y no accedió a imputar la causal del numeral 1° del artículo 58 del Código Penal, según la cual constituye motivo de mayor intensidad punitiva el ejecutar la conducta sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común.

Olvida el recurrente, de una parte, que la intervención de las víctimas en la audiencia de formulación de imputación sólo tiene sentido si se les respeta el derecho a ser oídas después de haber acreditado el interés que les asiste en razón de los perjuicios ocasionados con la conducta delictiva, que el artículo 137 de la Ley 906 de 2004 faculta a la víctima para intervenir en todas las fases de la actuación penal, y que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-209 de 2007, amplió su radio de acción para otorgarle incluso la misma facultad que la fiscalía ostenta, en torno a la solicitud de imposición de medidas de aseguramiento como en tal sentido ha sido declarado por la Corte CSJ AP2424-2016, Abr. 20 de 2017, Rad. 47223. [...] [L]o cierto del caso es que finalmente en el presente evento la imputación la formuló el fiscal y fue el fiscal quien en el curso de la audiencia hizo las correcciones y adiciones que estimó procedentes de acuerdo con las inferencias realizadas a partir de los medios recaudados y las manifestaciones de los apoderados de los intervinientes en la actuación.

[E]n total acuerdo con lo expresado sobre dicho particular por la señora Procuradora y el Fiscal Delegado en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, el cargo, en consecuencia, no prospera.

2.1.2.- Primer cargo subsidiario. Nulidad del allanamiento a cargos por parte de M. E. N. V.

[...] [Para la Corte] el error del recurrente radica en considerar que la audiencia de formulación de imputación, el allanamiento a cargos y la aprobación del mismo, no se surtió íntegramente y con la plenitud de las formalidades legales ante el Juez Cuarto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá, sino que no solo la imputación sino el allanamiento a cargos y su aprobación, se repitieron ante el Juez 38 Penal del Circuito de conocimiento, también de Bogotá.

Al respecto la doctrina y la jurisprudencia penal han entendido que la limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía, se erige en garantía de seriedad del acto consensual y expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera de que el sistema pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo *ad infinitum* su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado los cargos imputados, el propósito político criminal que justifica el sistema de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de los acuerdos, y de obtener ahorros en las funciones de investigación y juzgamiento, se tornaría irrealizable.

La Corte ha indicado que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de irrevocabilidad⁸, que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que *«una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo*

⁸ Artículo 37 B numeral 4º del Decreto 2700 de 1991, artículo 40 de la Ley 600 de 2000 y 293 de la ley 906 de 2004. Esta última disposición, modificada por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, según la cual: «Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para individualización de la pena y sentencia. /Parágrafo. La retractación por parte de los imputados que acepten los cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de éstos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales» (negrillas no originales).

de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia»⁹.

Tiene señalado la Corte que la aceptación o el acuerdo no solo son vinculantes para la fiscalía y el imputado; también lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo aceptado por el acusado o lo convenido entre las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario. [...] [Por ende] no resulta posible la retractación pura y simple en orden a retrotraer el trámite, sino la solicitud de declaratoria de ineficacia de lo aceptado o convenido, previa invocación y demostración que la aceptación de cargos o el acuerdo con la Fiscalía no se realizó de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con la asistencia de un defensor, sino que, por el contrario, se presentaron vicios en el consentimiento o hubo violación de garantías fundamentales.

En tal orden de ideas, ha de entenderse que el párrafo a que se alude en el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, lo único que hace es precisar que por excepción, una vez aprobado por el juez de garantías o el de conocimiento, el allanamiento a cargos o el acuerdo celebrado entre Fiscalía e imputado, no procede la retractación sino la solicitud de nulidad de lo aceptado o acordado con la Fiscalía, y que su prosperidad sería viable solo en la medida que el interesado acredite en las instancias ordinarias del trámite procesal, o en sede del recurso extraordinario de casación, que la determinación del imputado o acusado, estuvo viciada o que hubo transgresión de sus derechos fundamentales.

[...] [L]a Corte ha sido enfática en sostener que la intervención del Juez de Control de Garantías, o el de Conocimiento, en los casos de allanamiento a cargos, según el momento procesal en que éste se presente, no se limita a la verificación de aspectos formales con miras al proferimiento de un fallo de condena, sino que su función también implica la posibilidad de improbar aquellas manifestaciones de culpabilidad que conlleven o sean resultado de la transgresión de derechos y garantías fundamentales del procesado, es claro que esta no es la situación que concurre en el presente caso. [...] Entonces, ante la sinrazón de la protesta, el cargo no puede prosperar.

2.1.3.- Segundo Cargo Subsidiario. Violación directa de la ley por interpretación errónea del artículo 293 del C.P.P.

[...] [L]a retractación no resulta posible en el lapso que hay entre la manifestación de aceptar libre y voluntariamente los cargos imputados por la Fiscalía, su aprobación por el

⁹ Sentencia C-1195 de 2005.

juez de Control de Garantías, y la formulación de acusación con base en el allanamiento a cargos ante el juez de conocimiento, pues el allanamiento a cargos no solo resulta vinculante para el imputado y el fiscal, sino para el Juez de Conocimiento quien no tiene más alternativa que proceder a dictar la sentencia de condena, de conformidad con lo admitido por el acusado, salvo que observe violación de garantías fundamentales y se acredite que el allanamiento no fue libre, voluntario, o debidamente informado.

En este caso, bajo el errado entendimiento de que la audiencia ante el juez de conocimiento tenía por objeto verificar de nuevo la legalidad del allanamiento ya declarado por el Juez de Garantías y no la de presentar por parte de la Fiscalía la imputación y su aceptación a manera de acusación, y por parte del Juez el anunciar el sentido del fallo, individualizar la pena y dictar la sentencia correspondiente, después de que el juez le solicitara al nuevo fiscal que procediera a precisar los cargos objeto de allanamiento, dicho funcionario, luego de precisar que la Fiscalía les imputó a los acusados el concurso de delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía, contrariando los términos de la imputación y su aceptación ante el Juez d[e] Garantías, erradamente manifestó que la Fiscalía no les atribuyó circunstancias de mayor punibilidad y sí la referida a la menor punibilidad por carecer de antecedentes penales, situación aprovechada por la defensa para reabrir el debate no solo en torno a dicho particular aspecto, sino también con respecto a la cuantía de la apropiación, y la diminuyente punitiva por reintegro de lo apropiado, sin tener en cuenta que la audiencia de individualización de pena y sentencia no es manera alguna una audiencia de imputación ni se equipara con ésta, no solo en relación con su objeto y finalidades, sino con respecto al funcionario que por mandato legal debe llevarla a cabo.

De ahí la impropiedad del demandante al sostener que sus representados aceptaron la responsabilidad penal a título de intervinientes del concurso de delitos de peculado por apropiación sin circunstancias de mayor punibilidad pero sí la de menor punibilidad relativa a la carencia de antecedentes penales, cuando lo cierto es que las manifestaciones realizadas al comienzo de la audiencia ante el juez de conocimiento por parte del fiscal, la defensa y los apoderados de las víctimas, ninguna incidencia podían tener con respecto a los términos de la imputación y el allanamiento a cargos realizado ante el Juez de control de Garantías y aprobado por éste, menos aún, si ninguna de las partes intervinientes puso en tela de juicio la validez de lo actuado o demostró el menoscabo de garantías fundamentales que hicieren inexorable el tener que declarar la ineficacia de dicha decisión judicial, con lo cual, como es puesto de presente por el Fiscal Delegado, si es que alguna irritualidad pudo haberse presentado, la misma resultó convalidada y por lo mismo descarta toda posibilidad de que la Corte acoja la censura que la defensa presenta.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

2.1.4.- Tercer cargo subsidiario. Violación directa de la ley.

Falta de aplicación del artículo 401 del C.P. «lo que condujo a la imposición de una pena que resulta ilegal».

[...] [E]n este caso la aplicación de la referida circunstancia de atenuación punitiva deviene improcedente, toda vez que dicho pago de la aseguradora no obedeció a un acto voluntario de reintegro de lo apropiado, o su valor actualizado con intereses, sino simple y llanamente al cumplimiento del compromiso adquirido por la aseguradora con ocasión del contrato de seguro para garantizar el adecuado manejo del anticipo de dineros oficiales que la ley de contratación estatal exige, de tal suerte que quienes se apropiaron indebidamente de tales recursos públicos, ni personalmente ni por interpuesta persona con anterioridad a la formulación de imputación y el fallo de primer grado devolvieron cantidad alguna al erario y sí en cambio, aumentaron su patrimonio económico con los dineros provenientes de la conducta ilícita.

A este respecto cabe resaltar, conforme fue declarado por los juzgadores de instancia e indicado en el AP675-2017, 8 feb. 2017, Rad. 48313 que pronunciamiento que ahora se reitera, que la Corte de tiempo atrás tiene establecido que para la operancia de la referida circunstancia de atenuación, el reintegro debe corresponder a un acto voluntario y oportuno del sujeto agente:

Ahora bien, en relación con la forma del reintegro que derive en la rebaja de pena, reiteradamente la Corte ha precisado que el mismo debe corresponder a una manifestación de voluntad del agente, como lo advirtió el a quo. Así lo ha señalado la Sala:

Que el reintegro lo haga el agente, por sí o por tercera persona, indudablemente significa que entre la acción de reintegrar y el sujeto activo de la infracción existe una relación, bien sea directa o mediada por un tercero que, en todo caso, actúa por él, sea como mandatario o no, pero no independientemente de él¹⁰.

[...] Así sin dificultad ninguna surge nítido que la pretensión del recurrente se funda una interpretación equivocada de la disposición sustancial cuya aplicación inopinadamente invoca, lo cual determina que la censura no tenga vocación de prosperar, como tampoco le asistiría razón si se llegase a aducir que el reintegro fue parcial, como lo manifestó la Fiscalía en su intervención en el acto de sustentación oral del recurso extraordinario con ocasión de la cesión de los contratos para la culminación de las obras contratadas, puesto que, de una

¹⁰ En este sentido debe entenderse la contundente afirmación que hizo la Sala en la sentencia del 13 de octubre del 2004, radicado 22.778: «No obstante, como de tiempo atrás lo tiene establecido el precedente de la Sala y surge del obvio entendimiento de la naturaleza del reintegro como comportamiento que depende de la exclusiva voluntad del procesado, se repite, las reducciones de pena que esa actuación genera no afectan los extremos punitivos fijados por el legislador y, por tanto, tampoco inciden en el término prescriptivo».

parte, una tal hipótesis no fue planteada en la demanda precisamente por no haber sido sometida a consideración del juzgador, y de otra, tampoco se acredita que dicha eventualidad hubiere acontecido antes de dictarse el fallo de segunda instancia.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

2.2.- Del apoderado de la Contraloría General de la República.

2.2.1.- Violación directa de la ley. Interpretación errónea del artículo 351 de La Ley 906 de 2004 C.P.P. al haberse reconocido una rebaja del 50% de la pena cuando ha debido ser menor. [...] En orden a determinar si le asiste o no razón al recurrente en la postulación del disenso, la Corte traerá a colación el contenido de la disposición que aduce erradamente interpretada, las consideraciones que sobre la misma hicieron los juzgadores, y el entendimiento que últimamente la jurisprudencia le ha otorgado, todo ello con el propósito de determinar si la aplicación de la norma en el fallo acoge no sólo a su tenor literal sino también la intelección que a ella, para el momento de los pronunciamientos de instancia, se le venía dando por parte del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria.

La norma en comento es del siguiente tenor:

ART. 351. MODALIDADES. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación (subrayas fuera de texto).

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

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

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-516 de 2007, «en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo».

La Corte Constitucional consideró al efecto, entre otras cosas, lo siguiente:

[...] *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 (se destaca). [...]... La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado. (se destaca).

En cuanto hace al porcentaje en que la pena correspondiente a la conducta realizada habría de ser rebajada en la sentencia con ocasión del allanamiento a cargos de los imputados, el Juzgador A quo dijo lo siguiente:

Ahora y como los procesados se allanaron a los cargos en la audiencia de imputación, tal comportamiento acarrea una disminución punitiva de hasta la mitad, según las previsiones del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y esa reducción se les aplicará, pues no concurren circunstancias que aconsejen una menor, amén de que para tales efectos y de acuerdo con la última jurisprudencia de la Sala de Casación Penal del 5 de septiembre de este año, no es aplicable para los casos de allanamiento el artículo 349 ibidem, que exige para los preacuerdos, el reintegro de lo apropiado o la garantía respectiva de tal pago.

A esta consideración se opuso el Apoderado de la Contraloría General de la República, reconocida como víctima en la actuación, quien interpuso recurso de apelación que sustentó entre otros, con los siguientes argumentos:

En ese orden de ideas no es posible que se le concedan la rebaja de penas a consecuencia del allanamiento, por cuanto para este caso único y emblemático, no han hecho las devoluciones de las sumas malversadas por los acusados, pues debe ser preponderante en la sentencia la recuperación de los dineros públicos dilapidados y señalados por la Fiscalía en el escrito de acusación, sin que con ello se pueda predicar que se están irrespetando los términos de la aceptación de cargos (se destaca).

El Tribunal, por su parte, confirmó dicha determinación, en los siguientes términos:

Ninguna de las partes ni intervinientes protestó la rebaja de pena por el allanamiento a cargos otorgada por el a quo, por lo que el Tribunal en virtud de la prohibición que le impone el principio de la no reforma en peor en aspectos no impugnados debe en este caso mantener el descuento del 50% de la pena impuesta a los inculcados, la

que opera únicamente sobre la prisión y la multa no así respecto de la inhabilitación de funciones públicas porque dada su naturaleza y los términos en los que se consagró constitucionalmente se torna imposible jurídicamente deducción alguna (se destaca).

(...) Finalmente, con relación a la rebaja de pena por el allanamiento a cargos no se exige la devolución de lo apropiado en los términos del artículo 349 del C.P.P.

Sostiene el apoderado de la Contraloría que no puede otorgarse rebaja de pena por el allanamiento a cargos porque no se han hecho las devoluciones de las sumas apropiadas y para este asunto el daño patrimonial causado asciende a \$166.934.999.940.91, suma que estableció en investigación que la víctima realizó y de la cual puso en conocimiento a la Fiscalía General de la Nación.

El problema jurídico planteado por la Contraloría se resuelve sobre la base de las diferencias que existen entre el allanamiento como expresión de la justicia premial y manifestación unilateral del procesado y los preacuerdos que corresponden al ámbito de la justicia consensuada, en cuanto emerge de una decisión del fiscal y el inculpatado, éste debidamente asesorado por su defensor.

La situación examinada fue resuelta por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (...) y ese mismo sentido lo acoge la Sala del Tribunal para decidir el planteamiento de la Contraloría (...).

La respuesta a la cuestión planteada debe empezar por considerar que la prohibición de que trata el artículo en comento referida al acuerdo, y no al allanamiento, no es fortuita; dígase que aun cuando el acuerdo entre el Fiscal y el imputado o acusado sobre los cargos formulados y el allanamiento a los mismos por parte del último e incluso —de alguna forma— encuentran regulación en el mismo Título, Capítulo y Libro del Código de Procedimiento Penal de 2004 (artículos 348 a 354, en concordancia con el 288), lo cierto es que mantienen importantes diferencias que son relevantes a la hora de fijar sus efectos.

De lo dicho se desprende que por razón de las diferencias que entre uno y otro instituto sus efectos no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo, mas no del allanamiento.

Para la Corte, el error del Tribunal para abstenerse de corregir el monto de rebaja concedido por el a quo, pese a considerarlo exorbitante atendiendo el hecho que la Fiscalía contaba con suficientes evidencias físicas, elementos materiales probatorios e informaciones legalmente obtenidas que permitirían llevar a juicio a los imputados con una altísima probabilidad de éxito, consistió en suponer que el mismo no había sido materia de impugnación por la Contraloría y que cualquier pronunciamiento en disfavor de los acusados implicaría transgredir la prohibición de la reforma peyorativa del fallo cuando el condenado es apelante único.

No tuvo en cuenta que la víctima reclamaba, no la desaprobación del allanamiento a cargos, sino la exclusión de toda rebaja punitiva hasta tanto se produjera una reparación

integral de los perjuicios ocasionados con la criminalidad, lo cual por supuesto incluía el 50% de reducción punitiva concedido por el A quo, y ello, unido a la facultad de impugnar la decisión anticipada reconocida por la vía de la jurisprudencia constitucional, le confería no sólo legitimidad, sino interés para oponerse a la pena impuesta en la sentencia proferida por la vía del allanamiento a cargos.

[...] Debido a este errado entendimiento sobre el alcance de la impugnación, el Juzgador de alzada se dedicó a reiterar la jurisprudencia de la Corte que sirvió de apoyo al juzgador de primer grado, en el sentido que la condicionante prevista por el artículo 349 de la ley 906 de 2004 opera solo en los casos de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado y no en los eventos de la simple y llana aceptación de responsabilidad penal en la audiencia de formulación de imputación, citando al efecto la sentencia del 27 de abril de 2011 dentro del radicado 34829, anterior incluso a la mencionada por el A quo en la decisión materia de impugnación CSJ SP 5 Sep. de 2011. Rad. 36502.

Pero independientemente de que en los citados pronunciamientos la Corte hubiere reiterado que la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal no opera en tratándose del allanamiento a cargos, conforme lo reafirmó posteriormente en la sentencia SP4514-2014 Abr. 9 de 2014. Rad. 40174, lo cierto del caso es que ninguno de los juzgadores, ni el A quo ni el Tribunal, se percataron que en dichos pronunciamientos la Corte también expresó, que

«De allí que resulte lógico que, a la hora de aprobar el preacuerdo, al imputado o acusado que tiene la facultad de tomar parte en la determinación de los cargos que habrá de aceptar se le someta a condicionamientos más rigurosos que a quien simplemente se allana: uno de ellos es, precisamente, la exigencia de reintegrar al menos la mitad de lo percibido en los casos de delitos que involucren un incremento patrimonial, o bien asegurar el recaudo del remanente, exigencia que no pesa sobre quien unilateralmente se acoge a los cargos tal como la Fiscalía se los formula.

Lo anterior no significa que el reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido por el agente carezca de relevancia en los eventos en que aquél se ha allanado a los cargos, pues naturalmente podrá tenerse en cuenta a la hora de fijar el porcentaje de rebaja por razón de la aceptación de los formulados en la audiencia imputación, en el entendido que la rebaja consagrada en la ley es hasta en la mitad (artículo 351 de la Ley 906 de 2004); así mismo, podrá constituir un criterio para individualizar la sanción dentro del cuarto punitivo correspondiente, o bien al disponer sobre el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de la prisión domiciliaria, por cuanto en este último caso la reparación del daño es presupuesto para su concesión, según lo dispone el artículo 38.3 del Código Penal».

Indica esto, que al contrario del entendimiento dado por el A quo a las previsiones del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, el porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos no está condicionado tan solo al momento procesal en que la aceptación

de responsabilidad penal se produce, ni a la magnitud del ahorro para el Estado en la labor pesquisadora en orden a lograr el descubrimiento de las circunstancias que rodearon la realización de la conducta reprochable y punible materia de imputación o la individualización e identificación de todos aquellos que hubieren determinado, participado o contribuido a su ejecución, sino también en la voluntad de los allanados de reparar los daños causados a las víctimas con el crimen libremente admitido, plasmada en la acreditación de reales y efectivos actos de resarcimiento, todo lo cual no solo debe ser sometido oportunamente a consideración del juzgador en la ocasión procesalmente establecida para la individualización judicial de la pena, sino verificado por éste, en orden a posibilitarle expresar fundadamente las razones por las cuales decide aplicar un específico monto de rebaja y no otro distinto, de suerte que la referida determinación, si bien obedece a su discrecionalidad, por ser ésta reglada, no quede librada al mero capricho, contrario a la delicada misión constitucional de prodigar pronta y cumplida justicia.

A dicho propósito cabe resaltar, que en la determinación del porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos el ordenamiento no exige que el juzgador realice consideraciones relativas a las funciones que la pena está llamada a cumplir en nuestro medio, pues las mismas previamente debieron ser objeto de ponderación al momento de la individualización judicial conforme los límites punitivos establecidos en el tipo penal concretamente realizado, incluyendo por supuesto todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, fáctica y jurídicamente relevantes acompañantes del injusto que fueron incluidas en la acusación y determinadas por el juzgador en el fallo correspondiente.

Lo que aquí interesa destacar es la apreciación de aquellos comportamientos post delictuales que a pesar de no incidir en la determinación del ámbito punitivo de movilidad atendiendo los límites mínimos y máximos en los que el juzgador ha de moverse, ni en la identificación del cuarto o cuartos en los que habrá de individualizarse la pena atendiendo la concurrencia de circunstancias genéricas de atenuación o de agravación punitiva, y en los cuales tampoco cabe considerar la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena, y la función que ha de cumplir en el caso concreto, sí resultan relevantes a la hora de establecer la pena definitiva con ocasión del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación.

En este sentido, lo que importa considerar para efectos de establecer el porcentaje de rebaja por concepto del allanamiento a cargos, es que el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 no le impone al juzgador la obligación de reducir la pena ya individualizada «en la mitad», sino «hasta de la mitad», en cuya determinación del porcentaje correspondiente cuenta con criterios de razonabilidad para medir el monto del merecimiento, según las circunstancias

particulares del proceso y de cada uno de los acusados, de suerte que bien puede aplicar la rebaja en un 50% o en una proporción inferior a la mitad.

En el presente evento, para la Corte es claro que la legitimación de la Contraloría General de la República para intervenir en el proceso penal en orden a garantizar los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación del daño causado con la ilicitud, se ofrece ajena a toda discusión atendiendo las previsiones de los artículos 11 y 132 y siguientes de la Ley 906 de 2004, así como lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007, y ello precisamente es lo que la autoriza para discutir el monto de la rebaja de la pena fijada por el juzgador, pues si bien la individualización de la conducta llevada a cabo se mantuvo dentro del ámbito de discrecionalidad otorgado por el legislador sin que respecto de ella se manifieste transgresión alguna al principio de legalidad, al observarse que los acusados no evidenciaron ninguna intención de reparar los perjuicios ocasionados a los erarios Distrital y Nacional con el crimen cometido, sino que se escudaron en el pago de la póliza de seguros adquirida para garantizar el adecuado uso de los dineros oficiales recibidos como anticipo de la contratación, automáticamente la facultaba para acudir a los instrumentos ordinarios y extraordinarios de impugnación previstos por el ordenamiento en orden a reclamar la imposición de una pena acorde con la actitud procesal asumida por los acusados frente al daño causado a las víctimas con el crimen cometido, como en tal sentido ha sido declarado por la Corte (cfr. CSJ SP abr. 27 de 2011, rad. 35947, en postura reiterada en la SP 16558-2015, Rad. 44840). [...] Si bien, no desconoce la Corte que acorde con el entendimiento dado por la jurisprudencia para la época de los fallos de instancia la aprobación del allanamiento a cargos de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 no se entendía condicionada a que previamente se acreditara el reintegro de por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se asegurara el recaudo del remanente, en aquellos delitos en los cuales el sujeto activo hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo —conforme a las previsiones del artículo 349 *ejusdem*—, ni que en el presente asunto los implicados decidieron aceptar su responsabilidad penal en el concurso de delitos de peculado por apropiación agravados por la cuantía que les fuera atribuido en la audiencia de formulación de imputación, puesto que no solo hicieron presencia personal ante la justicia, regresando incluso del exterior con dicho propósito, sino que admitieron su responsabilidad en la primera oportunidad que tuvieron para ello, como de esto dio cuenta el Fiscal al indicar que uno de los elementos materiales probatorios que sustentaba la imputación, era precisamente la ampliación de los interrogatorios de los indiciados quienes admitieron haber desviado los recursos de contenido económico provenientes de los anticipos contractuales, a fines comerciales distintos de la inversión en las obras públicas contratadas y que también han contribuido en la investigación de la conducta realizada por otros implicados, no puede perderse de vista que el tema de la reparación de los perjuicios ocasionados a la víctima con la ilicitud llevada a cabo, acorde con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de

que gozan las víctimas en el proceso penal, necesariamente debe ser asunto a considerar en la determinación del porcentaje de rebaja de pena en los casos de la sentencia anticipada por allanamiento a cargos.

De esta suerte, como la determinación del porcentaje de rebaja no aparece de manera fija señalada en la ley, necesariamente el juez debe acudir a criterios de plausible verificación que le permitan adoptar una determinación no solo razonable sino justa y respetuosa de los intereses de las víctimas al momento de establecer la reducción punitiva por concepto del allanamiento a cargos.

Así, salvo el caso de las situaciones de flagrancia o de aquellos eventos en los cuales el ordenamiento limita la rebaja de pena por allanamiento a cargos, para efectos de decidirse aplicar lo previsto en el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 independientemente de la clase de delito de que se trate, o del bien jurídico comprometido con el reato, en la determinación del porcentaje de pena que habrá de rebajarle al acusado por la aceptación de responsabilidad penal en el crimen que le ha sido imputado, el juez debe tomar en consideración no solo la oportunidad procesal en que el allanamiento a cargos se presenta —*la formulación de imputación*—, sino también la colaboración que el imputado hubiere brindado a la Fiscalía en la determinación del cúmulo de circunstancias que rodearon la ejecución del crimen, la contribución otorgada para la individualización, investigación y juzgamiento de otros posibles responsables y la actitud asumida en el proceso con respecto a la manera como ofrece reparar los daños y perjuicios causados a las víctimas del injusto típico cuya responsabilidad penal libre y voluntariamente admite a cambio de obtener una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle si el juicio se lleva a cabo y finaliza con decisión de condena.

De manera tal que si el allanamiento a cargos se presenta en la primera oportunidad que el ordenamiento procesal otorga, si además de ello se pone en evidencia el ineludible interés de contribuir al esclarecimiento de los hechos y la determinación de aquellos otros sujetos que de una u otra manera pudieron participar o contribuir a la realización de la conducta criminal o el aseguramiento de los rendimientos que el crimen admitido produce, así como la reparación integral de los perjuicios causados a la víctima, pues indudablemente el juez de conocimiento tiene la carga de ponderar estos aspectos para decidir si aplica o no el máximo de rebaja pena que la ley autoriza, en porcentaje que habrá de ir decreciendo hasta donde el ordenamiento procesal lo permita, en la medida en que encuentre que alguno o varios de los aludidos criterios, que la Corte menciona a título meramente ilustrativo, no se observan en la conducta posdelictual de todos o de alguno de los acusados.

En este caso, para reconocer el máximo porcentaje de rebaja autorizado por la ley procesal penal los juzgadores solo tomaron en consideración que los acusados voluntariamente regresaron al país a presentarse ante la justicia que los requería para que respondieran por el cúmulo de delitos por los que estaban siendo investigados, y que hicieron la manifestación

de allanarse en la primera oportunidad procesal brindada por el ordenamiento para el efecto, pero omitieron tener en cuenta los derechos a la justicia y a la reparación que constitucionalmente se reconoce a las víctimas de la ilicitud, los cuales no quedaban cubiertos con la pura y simple admisión de responsabilidad penal, y tampoco se percataron que prácticamente ningún ahorro a la actividad pesquisidora de la fiscalía contribuyeron a realizar, toda vez que con los elementos de juicio con que contaba para formular imputación, le habría servido a la Fiscalía para sustentar una acusación y lograr sentencia de condena, o como lo dijo el Tribunal:

«El a quo otorgó a los procesados una rebaja de pena del 50% por el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, no obstante que la Fiscalía había anunciado, relacionado y exhibido en la formulación de imputación, abundantes elementos materiales de prueba que soportaban la materialidad y la responsabilidad penal de los procesados en los delitos atribuidos».

Entonces ante la errada intelección que los juzgadores hicieron de las previsiones del Artículo 351 del CPP que determinó la aplicación del máximo de rebaja previsto en la ley, sin tomar en cuenta que la Fiscalía llevó a cabo una ardua tarea investigativa previa a la imputación que le habría permitido lograr una decisión de condena aún sin la asunción de responsabilidad de los acusados, y sin considerar los derechos a la justicia y a la reparación que les asiste a las víctimas, dado que los acusados no evidenciaron interés alguno en resarcir el daño causado, para la Corte es claro que el cargo debe prosperar.

2.2.2.- Consecuencias de la prosperidad del cargo.

Como quiera que los juzgadores interpretaron erradamente el alcance de lo dispuesto por el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, en cuanto al decidirse aplicar el máximo de rebaja de pena allí prevista para los casos de la sentencia anticipada por allanamiento a cargos, dejaron de considerar el tema del resarcimiento de los perjuicios causados a las víctimas y el verdadero ahorro en la labor investigativa de la Fiscalía, estima la Corte que atendiendo la magnitud en la afectación al bien jurídico tutelado por el legislador y la actitud asumida en el proceso con respecto a la necesidad de reparar integralmente el daño inferido, en justicia dicho guarismo no debe ser superior al 35% habida cuenta que con anterioridad al proferimiento del fallo de primera instancia los acusados no evidenciaron ninguna intención reparadora de los perjuicios ocasionados con el crimen cometido, sino que, por el contrario, pretendieron que se tuviera por tal, incluso con incidencia en el monto de la pena, el pago del siniestro efectuado por una Compañía Aseguradora que también administra recursos públicos, lo cual se ofrece a todas luces censurable.

[...] 3.- Precisiones Finales. Cambio de jurisprudencia. El allanamiento a cargos como una de las modalidades de preacuerdo entre imputado y fiscalía.

3.1.- Al margen de aquello que la Corte viene de reseñar en el caso concreto, sobre el alcance e intelección que ha de corresponder a las previsiones del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 en torno a los fundamentos a considerar por el Juez de Conocimiento para efectos de establecer el porcentaje de la rebaja punitiva por razón del allanamiento a cargos por parte del imputado, en esta ocasión se considera imperioso recordar, que a raíz de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002 que dio origen constitucional al sistema acusatorio en materia penal y la Ley 906 de 2004 con la cual se pretendió darle desarrollo, la Sala (CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954), en lo atinente a la controversia surgida sobre la posible equiparación de la sentencia anticipada, de que trata la Ley 600 de 2000, con la figura del allanamiento a cargos prevista por la Ley 906 de 2004, pese a reconocer que tienen origen en el derecho penal premial, sostuvo que:

«...en el novedoso sistema procesal la aceptación de cargos prevista en las citadas normas constituye, por regla general, un acuerdo bilateral, no unilateral como sucedía en el pasado régimen de sentencia anticipada, entre el fiscal y el imputado, evento en el cual se puede negociar el monto de rebaja punitiva, correspondiéndole al juez de conocimiento dictar la sentencia teniendo como soporte dicho acuerdo, salvo que advierta la transgresión de garantías fundamentales.

En otras palabras, dentro del actual sistema acusatorio, el fiscal y el imputado están en libertad de llegar a acuerdos, los cuales “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, evento que no ocurría con la antigua sentencia anticipada, habida cuenta que no se permitía ningún tipo de negociación y al juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado».

Esta precisión, necesariamente tenía que llevar a que, meses más tarde, la Sala (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347) concluyera que la exigencia establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 como presupuesto de validez en orden a la aprobación por el órgano jurisdicente de los preacuerdos, acuerdos o negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado, también resultaba aplicable al allanamiento a cargos por ser éste una modalidad de aquellos. Señaló al efecto que

«...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación. Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibidem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de im-

pedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible».

3.2.- Esta tesis jurisprudencial, según la cual el allanamiento a cargos es una de las modalidades de acuerdo, se mantuvo en lo esencial, hasta cuando la Corte (CSJ SP 8 Abr 2008, Rad. 25306) decidió reexaminar el tema y después de considerar que en el allanamiento a cargos no se presenta ningún acuerdo entre la Fiscalía y el imputado, y que su aprobación no se halla condicionada a que previamente se acredite la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el delito, o el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito, mayoritariamente consideró

«...razonable interpretar que si bien los acuerdos y negociaciones son notas singulares del nuevo sistema procesal pero el allanamiento a cargos tiene unos matices respecto de los cuales no es totalmente asertivo decir que se corresponda con la misma filosofía de los primeros, la Sala no casará el fallo impugnado, porque una nueva observación indica que esta institución no es específica del nuevo procedimiento, a la misma no subyace una relación consensuada entre fiscal e imputado y por tanto puede ser observada como homologable con la sentencia anticipada».

3.2.1.- Esta posición, ha venido siendo reiterada por la Sala (CSJ SP 8 Jul 2008, Rad. 31063), al punto de sostener que

«...el instituto de allanamiento a los cargos y preacuerdos son diferentes en cuanto a su estructura. El primero se erige en una manifestación unilateral y oral que hace el imputado o acusado de aceptar su responsabilidad, en los precisos momentos procesales señalados en la ley, acto en el cual éste debe ser cabalmente asistido por la defensa y debidamente enterado de las consecuencias jurídicas que trae consigo la aceptación de los mismos.

Mientras que los preacuerdos, además de constituir un acto consensuado entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, éste puede recaer sobre la eliminación de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin de disminuir la pena, según lo reglado en el artículo 350, incisos 1° y 2°, de la Ley 906 de 2004, y acordar también lo referente a los hechos y sus consecuencias y el quantum a imponer en la determinación de la pena (artículo 351, inciso 2°, de la citada Ley)».

3.2.2.- Asimismo, la Corte (CSJ SP 27 Abr 2011, Rad. 34829) sostuvo que por razón de las diferencias entre el preacuerdo celebrado por la Fiscalía con el imputado o acusado y el allanamiento a cargos *«sus efectos no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo mas no del allanamiento».*

3.2.3.- Esta postura fue días más tarde reiterada por la Sala (CSJ SP 5 Sep 2011, Rad. 36502) al señalar que *«como el allanamiento o la aceptación de la imputación prevista en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, no corresponde a una modalidad de acuerdo o negociación con la Fiscalía, la condición exigida en el artículo 349 de la misma ley no constituye requisito para su legalización y*

aprobación». En este mismo sentido se indicó posteriormente por la Corte (CSJ SP 9 Abr 2014, Rad. 40174) al sostener que *«no hay duda que, como en forma reiterada lo ha reconocido esta Sala, la exigencia del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal no opera tratándose de allanamiento a cargos, el cual se evidenció en esta ocasión»*.

4.- No obstante lo anterior, como resultado de reestudiar el tema, la Sala concluye que indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de *«Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado»*, sino porque es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el *«acuerdo»* de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

En este sentido la Corte recoge la tesis contraria hasta ahora sostenida y reiterada a partir del pronunciamiento proferido por decisión de mayoría CSJ SP 8 Abr 2008, Rad. 25306, y *ratifica la sentada primigeniamente* (cfr. CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954 y CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347) con todas las consecuencias que de ella se derivan (CSJ SP 4 May 2006, Rad. 24531 y CSJ SP 23 May 2006, Rad. 25300). En tal medida, a partir de ahora, de nuevo, conforme se precisó por la Corte (CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347), ha de entenderse que

«...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.

Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena,

riñe con los fines declarados en el artículo 348 Ibidem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible».

5.- Ahora bien, esta postura, fundada en reconocer que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo y no una simple manifestación unilateral de sometimiento a la justicia por parte del imputado o acusado sin contraprestación ninguna, le implica necesariamente a la Corte el tener que precisar que, a más del deber de acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el artículo 349 del CPP, el escrito de acusación, para que pueda servir de fundamento del fallo anticipado que del juez de conocimiento fiscalía y defensa demandan, debe incluir el acuerdo a que estas partes llegaron en relación con las consecuencias jurídicas de la conducta objeto de imputación.

Estas consecuencias, como resulta de obviedad entenderlo, abarcan no sólo la determinación del porcentaje de rebaja punitiva dentro de los márgenes autorizados por el ordenamiento y el monto preciso de las penas que habrán de imponerse por el juzgador, sino lo concerniente a la procedencia o improcedencia de conceder, en el caso concreto, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

La idea que esta Corporación resalta, es que todas las consecuencias de la conducta punible realizada por el imputado, deban quedar debidamente convenidas con la Fiscalía para que ésta las incluya en el escrito de acusación, de tal modo que una vez la autoridad judicial haya verificado que la admisión de responsabilidad es libre, voluntaria y debidamente informada, así como la existencia de consenso sobre la pena y su forma de ejecución, la única actuación subsiguiente en el trámite sea la adopción del fallo respectivo, y que el mismo pueda tornarse de inmediato en definitivo e inapelable por quienes suscribieron el acuerdo, ante la carencia de interés que tendrían para discutir sus términos, precisamente por tratarse de una sentencia dictada de conformidad con el acusado.

De esta suerte, si el fiscal advierte que por razón de haber adelantado una juiciosa investigación penal en contra del indiciado, cuenta con suficientes elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones legalmente obtenidas que posibilitarían llevarlo a juicio con gran probabilidad de éxito, bien puede oponerse a que el simple allanamiento a cargos de lugar a que en la sentencia anticipada se le reconozca el máximo porcentaje de rebaja punitiva que la ley permite, cuando a su criterio el monto de la sanción por la conducta realizada debería ser ostensiblemente mayor.

6.- La Corte debe precisar, finalmente, que como en este evento los Juzgadores de instancia, acorde con la jurisprudencia por entonces vigente, decidieron no aplicar las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 que conforme al entendimiento que ahora se

reproduce, permite declarar la improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado si éste hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del crimen cometido, hasta tanto se reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente, resulta claro que en respeto por el debido proceso, dado el carácter restrictivo de esta intelección, la misma no será aplicada al caso presente.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- NO CASAR el fallo impugnado con ocasión de la demanda presentada por el defensor de los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A., por las razones expresadas en el cuerpo de la presente sentencia.

2.- CASAR PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia proferida el 1º de junio de 2012 por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ocasión del único cargo formulado en la demanda por el apoderado de la Contraloría General de la República en condición de víctima reconocida dentro del presente proceso, por lo anotado en la motivación de la presente providencia.

3.- FIJAR en diecinueve (19) años, cinco (5) meses y once (11) días la pena de prisión y en trece mil cincuenta y cinco millones trescientos cincuenta mil pesos (\$13.055.350.000.00) la pena de multa, que como intervinientes penalmente responsables del concurso de delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía deben purgar cada uno de los acusados M. E. N. V., M. F. N. V., G. A. N. M. y M. A. G. A.

4.- FIJAR en trece (13) años, siete (7) meses y veinticuatro (24) días la pena de prisión y en diez mil seiscientos noventa y nueve millones noventa y seis mil ciento veintiocho pesos (\$10.699.096.128.00) la pena de multa, que como interviniente penalmente responsable del concurso de delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía debe purgar el acusado M. A. G. A.

4.- En lo demás, el fallo se mantiene inmodificable. (sic)

5.- Por el Juzgado de Primera Instancia, de ser el caso, se dará cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 102 y siguientes sobre el ejercicio del incidente de reparación integral.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

2. Comentario

Introducción

En la sentencia cuyos apartes principales acaban de ser transcritos, se abordan diversas problemáticas como las relativas a la posibilidad de manifestación e impugnación de la víctima en los acuerdos y las negociaciones y las conductas posdelictuales de los procesados, pero, sobre todo, lo relativo a los acuerdos y las negociaciones entre la fiscalía y el procesado, aspecto este último de especial importancia porque en esta decisión se observa un retorno a la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al inicio de la implantación del sistema penal de tendencia acusatoria. Este retorno supone, entre otras cosas, la obligación de considerar que la aceptación de cargos es una forma de acuerdo y que, por ende, implica cumplir con las obligaciones legales aplicables a todo tipo de acuerdo en relación con delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo.

Así las cosas, aquí se analiza si es posible establecer en el ordenamiento jurídico colombiano la existencia de diferentes instituciones de terminación anticipada del proceso con diversos beneficios. Para ello, se examina la forma como las altas cortes han entendido los contenidos de la Ley 906 de 2004 en materia de los acuerdos entre la fiscalía y el procesado. Una vez expuesto lo anterior se señalan las diferencias que consideraba la anterior línea jurisprudencial; también, si ello puede justificarse a nivel de derecho comparado y, para culminar, se hacen algunas reflexiones para el debate.

Los preacuerdos, los acuerdos y las negociaciones

A partir de la semántica de las palabras con base en las definiciones emitidas por el Diccionario compendiado por el órgano oficial (Real Academia Española, 2017), se pueden señalar cuáles son las diferencias entre esos conceptos. Así, se define la voz «preacuerdo» como un «*acuerdo previo entre varias partes que*

precisa ser ultimado o ratificado»; la locución «acuerdo» como el convenio entre dos o más partes; y, para culminar, la expresión «negociación» como los «*tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto*». De esta manera, con este punto de partida se puede afirmar —de forma general— que los preacuerdos son los resultados de las negociaciones entre la fiscalía y el procesado antes del juicio oral, que deben ser aceptados por el juez de conocimiento para convertirse en acuerdos y otorgarles fuerza vinculante.

No obstante, obsérvese la manera como las altas Cortes han empleado esos conceptos y las diferenciaciones que hacen entre los mismos: En efecto, en un primer pronunciamiento (CConst., 2005, Sent. C-1260) se señala que el nuevo sistema procesal penal estableció tanto la posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de preacuerdos entre la fiscalía y el imputado, como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado. Al respecto se analizó y reafirmaron las características que la propia Ley 906 de 2004 señala para los preacuerdos en relación con la aceptación de cargos por parte del imputado; la necesidad de que el juez de control de garantías o de conocimiento verifiquen que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible que proceda al interrogatorio personal del imputado o procesado; y, se hizo énfasis en el hecho de que el fiscal debe emitir el juicio de tipicidad de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal. Sin embargo, ese proveído no se detuvo a establecer las diversas terminaciones anticipadas y sus posibles diferenciaciones.

Otra cosa, sin embargo, sucede con otro precedente emanado del tribunal constitucional (CConst., 2006, Sent. T-091) en el cual se hizo un recuento sobre las formas de terminación anticipada del proceso y su evolución en el sistema colombiano a partir de 1987. Incluso, en relación con la normativa contenida en la Ley 906 de 2004 se afirmó que existen dos modalidades de terminación anticipada del proceso: En primer lugar, los llamados «preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal», que son verdaderas formas de trato entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y

sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso y comportan en su esencia la aceptación de responsabilidad por parte del imputado o acusado, es decir, la aceptación total o parcial de cargos como producto del acuerdo. Dicha modalidad, recuérdese, se regula en el Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 con las reglas específicas relativas a finalidades (348), improcedencia (349), oportunidad (350 y 352), modalidades (351) y aceptación total o parcial de cargos (353).

Así mismo, en segundo lugar, la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado, es decir, un evento en el cual no existe transacción y en consecuencia no se requiere consenso, que está regulada a partir de la imputación e implica para el procesado *«allanarse a la imputación y obtener una rebaja de pena»* tal como lo señala el artículo 288 numeral 3° de la ley 906 de 2004. Esta posibilidad se pueda dar en los diferentes estadios procesales (audiencia de formulación de imputación, audiencia preparatoria y juicio oral) y comporta, a su vez, una consecuencia punitiva gradual acorde con cada uno de esos momentos.

Junto a ello, como bien lo referencia la jurisprudencia penal (CSJ, 2005, sentencia radicado 21347), dejó sentado que la exigencia establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 también resultaba aplicable al *«allanamiento a cargos»* por ser éste una modalidad de los preacuerdos, acuerdos o negociaciones. Y ello lo reafirma, pues entiende que una interpretación distinta iría en contra de la finalidad de los institutos de lo preacuerdos y negociaciones establecida en el artículo 348.

Sin embargo, considerar a la aceptación unilateral (mal llamada allanamiento) como una modalidad de los preacuerdos, acuerdos o negociaciones, duró poco; en efecto, se estimó que la aceptación unilateral de cargos *«... tiene unos matices respecto de los cuales no es totalmente asertivo decir que se corresponda con la misma filosofía de los primeros...»* (CSJ, 2008, radicado 25306). Este cambio de jurisprudencia supuso principalmente, cuatro cosas distintas: primero, considerar que, por el hecho de tener una estructura distinta a los preacuerdos, la aceptación unilateral debería tener unos efectos

distintos; segundo, entender que la aceptación unilateral no corresponde a una modalidad de acuerdo o negociación con la Fiscalía. Tercero, y como consecuencia de lo anterior, señalar que la prohibición consagrada el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 no se aplicaba para casos de aceptación unilateral; y cuarto, estimar que a partir de la emisión de esa providencia judicial era viable la existencia de terminaciones anticipadas con consecuencias contrapuestas.

Es decir, que a partir del ocho de abril del año 2008 se estructuran dos posibilidades de terminación anticipada para hechos considerados como delictivos, que fueran puestos en conocimiento de las autoridades y en los cuales se presentara un incremento patrimonial fruto de esa conducta punible: La primera, era que la persona procesada junto con su abogado realizara negociaciones con la fiscalía sobre los términos de la imputación, para que se eliminara de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo o se tipificara la conducta dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras a disminuir la pena, según lo establecido en los artículos 350 y 351 de la Ley 906 de 2004; pero para que dichas negociaciones se materializaran en acuerdos, se debía reintegrar por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se debía asegurar el recaudo del remanente. A su turno, la segunda posibilidad era aceptar unilateralmente la responsabilidad por los hechos materia de investigación y, según el momento procesal en el cual el agente la aceptare, obtener un porcentaje determinado de rebaja de pena; en este caso no se estimaba como necesario que el agente reintegrara o asegurara dinero alguno.

Incluso, en relación con esa obligación en materia de los acuerdos del artículo 349, la jurisprudencia (CConst., 2010, Sent. C-059), consideró que dicha norma era un requisito de procedibilidad más que de prohibición de las negociaciones. Y añadió que la razón de ser de la misma era, antes que buscar la reparación de las víctimas de los delitos económicos, evitar que quienes hubieran obtenido provecho económico mediante la comisión de todo tipo de delitos, no solo los económicos, pudieran recurrir a los instrumentos procesales brindados por la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales. Por ende, ese instituto no

debía confundirse con el incidente de reparación integral. Es más, ese proveído finaliza apuntando la necesidad de que dicho artículo sea interpretado de manera integral como un instrumento procesal que comparte los fines y propósitos generales de la justicia negociada.

De igual forma, pero en relación con el hecho de que se establezca normativamente una rebaja en caso de aceptación unilateral y no suceda lo mismo en tratándose de acuerdos fruto de las negociaciones, mediante otra importante decisión se analizó esta situación y explicaron las consecuencias y las vías procesales de los dos fenómenos (CConst., 2013, Sent. C-302): En efecto, de una parte, en tratándose de la aceptación simple o unilateral de los cargos imputados por el ente acusador, la aceptación de la culpabilidad se formula ante el juez e implica un descuento punitivo automático en los términos de la legislación procesal. Esta decisión del procesado da lugar a la terminación anticipada del proceso penal, hace finalizar la controversia y culmina la actividad procesal de la fiscalía, al menos respecto de los cargos admitidos, razones por las cuales se concede el descuento punitivo. Adicionalmente, el descuento punitivo fue instituido también para enfrentar las hipótesis en las que el ente acusador tiene dificultades probatorias puntuales y específicas, de modo tal que el reconocimiento de la responsabilidad penal por el imputado o acusado permite subsanar y superar tales inconvenientes de orden probatorio, y en función de tal contribución se concede el beneficio en cuestión.

De otra parte, la aceptación condicionada se formula ante el ente acusador mediante el procedimiento de los preacuerdos, y su efecto en términos punitivos no están preestablecidos en la legislación. Por ello, al admitirse la responsabilidad, pero con modificaciones o variantes ya sea en relación con el tipo penal, el grado de participación o la modalidad delictiva, el procedimiento continúa y tanto la controversia entre las partes como la actividad de la fiscalía subsiste. De esta manera, ninguno de los efectos logrados con el reconocimiento simple de la responsabilidad, se obtiene cuando se produce el reconocimiento condicionado de la responsabilidad; en este tipo de reconocimiento el beneficio carece de justificación y razón de ser, porque la contribución al proceso es prácticamente nula.

Desde luego, el hecho de establecer una diferenciación como la anotada entre los preacuerdos y la aceptación unilateral de cargos con diversas consecuencias, durante un periodo amplio de tiempo que va desde el año 2008 hasta el año 2017, genera una serie de cuestionamientos adicionales en lo que tiene que ver con su justificación principalmente. Por ello, para entender el asunto es necesario hacer un análisis de lo que sucede en el sistema procesal estadounidense en atención a que él es una fuente importante para la estructuración en nuestra ley de los institutos de los preacuerdos y las negociaciones; otro tanto debe hacerse con los sistemas procesales de los países de nuestro entorno.

Los sistemas procesales de los países vecinos

El sistema de los Estados Unidos de América. Lo primero que debe aclararse es que en ese país la estructura del procedimiento penal federal se encuentra plasmada en las *Federal Rules of Criminal Procedure*, promulgadas por la Corte Suprema de Justicia (1946, diciembre 26) en virtud del *Rules Enabling Act of 1934* en materia procesal civil (1934, junio 19) y que fueron ratificadas por el Congreso (1946, marzo 21); esas reglas, adviértase, se aplican a todos los procedimientos penales en las Cortes del Distrito, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ahora bien, en relación con las terminaciones anticipadas por acuerdos y negociaciones (Gómez, 2013, pp. 53 y ss.; Israel *et al.*, 2012, p. 897 y ss.; Velásquez, 2018, pp. 28 y ss.), lo primero que se debe señalar es que en la regla 5 (d)(4) se ordena que las declaraciones del procesado respecto de la aceptación o no de los cargos y, por ende, de la culpabilidad (*pleas*) solo se deben realizar en una etapa del proceso denominada *arraignment* regulada en la Regla 10, luego de un tiempo razonable para que el acusado pueda consultar con su abogado.

Ello implica que se hayan agotado varias etapas procesales, es decir se debe haber dado previamente la *initial appearance* mediante la cual se garantiza la efectividad de los derechos del procesado y se define su libertad durante el proceso; y, según corresponda, la *preliminary hearing* ante el juez o la revisión

del asunto por el *grand jury* en caso de procesos por *indictment*, instancias en las cuales se revisa de manera cuidadosa la existencia de *probable cause* en la comisión del delito. Esto muestra como existen una serie de etapas que permiten que el proceso madure con la investigación e implica que pocos procesos pasen estos filtros y lleguen a juicio, por lo cual cuando se pasa por ellos el fiscal cuenta con los elementos suficientes para llevar el proceso a juicio con garantías de llegar a una condena. Y ello es claro, porque ya se ha demostrado que existe *probable cause* y se ha descubierto el acervo probatorio que va a llevar al juicio.

En estas circunstancias es, pues, posible acudir a la figura de la terminación anticipada del proceso que en Estados Unidos se denomina *plea bargaining system*, que se puede definir como una posibilidad de que la fiscalía y el procesado negocien una terminación rápida del proceso penal mediante la aceptación de la responsabilidad penal por parte del procesado a cambio de beneficios, ya sean relativos al monto de la pena a imponer o a los cargos por los cuales se hará efectiva la condena. Al respecto existen dos posibilidades: una aceptación de culpabilidad simple (*guilty plea*), es decir, un acto unilateral del procesado frente al cual la fiscalía no tiene posibilidad de veto pero tampoco ningún compromiso con respecto a buscar una solución favorable para la defensa y una aceptación de culpabilidad producto de una negociación (*plea agreement*), es decir, un acto bilateral mediante el cual las dos partes negocian la aceptación de la culpabilidad y la fiscalía asume un compromiso con el procesado de otorgarle un beneficio punitivo a cambio de tal aceptación y, añádase, apoyar que el pacto realizado sea efectivamente validado por el juez.

Es decir que, según la regla 11 (a), en la mencionada diligencia de *arraignment* el procesado al realizar su declaración con respecto a la responsabilidad frente a los delitos objeto de *indictment* o *information*, debe pronunciarse en los siguientes términos: declararse no culpable (*not guilty*), culpable (*guilty*) o *nolo contendere*; la declaración de *nolo contendere*, adviértase, implica que el procesado renuncia a su derecho de defenderse y a controvertir los cargos y, por ende, acepta la condena a imponer, pero no admite o niega directamente la culpabilidad de los delitos, incluso al no reconocer culpabilidad no puede ser

usada en un proceso civil como prueba en contra del procesado. Desde luego, se debe advertir que no se explica aquí la forma de aceptación de culpabilidad desarrollada jurisprudencialmente denominada como *The Alford plea* (por haber sido aceptada por la *US Supreme Court* en el caso *North Carolina v. Alford* (1970), por no ser relevante para este trabajo.

Por ello, para que esta aceptación de culpabilidad sea válida, la regla 11 (b) señala tres aspectos que debe revisar el juez: verificar que sea voluntaria, determinar que tenga bases fácticas y asegurarse de realizar al procesado, en audiencia pública y bajo juramento, todas las preguntas y advertencias determinadas en la regla 11 (b) (1) que son: informarle el derecho del gobierno, en una investigación por perjurio o falso testimonio, de usar contra él cualquier declaración que rinda bajo juramento; anunciarle que tiene derecho a no declararse culpable, o habiéndose declarado previamente culpable, de persistir en tal declaración; comunicarle que tiene derecho a un juicio por jurado; y, avisarle que tiene derecho a ser representado por un abogado, sea de confianza o sea nombrado por la corte, en el juicio o en cualquier otra etapa del procedimiento.

Así mismo, tiene otras obligaciones: informarle que en el juicio tiene derecho de confrontar y contrainterrogar a los testigos adversos, de ser protegido de una posible autoincriminación, de testificar y presentar evidencia, y de hacer comparecer a los testigos favorables a su causa; ponerle en conocimiento que renuncia a cada uno de estos derechos al aceptar la culpabilidad, en el caso en el que la corte acepte la misma. Además, explicarle la naturaleza de cada cargo con respecto a los que acepta su culpabilidad; indicarle cuál es la pena máxima posible a imponer, incluyendo prisión, multa, y término de liberación supervisada. También: señalarle, en caso de existir, el monto de la pena mínima obligatoria; enterarlo de cualquier posibilidad de expropiación aplicable; e indicarle sobre la autoridad de la Corte para ordenar restitución a la víctima en caso de ser necesario.

Así mismo, ponerle en su conocimiento la obligación que tiene la corte de imponerle una contribución especial (*US CODE Title 18 Section 3013*);

informarle de la obligación de la Corte de calcular el rango de pena aplicable de acuerdo con las *sentencing guidelines* y otros factores determinados en el (*US CODE Title 18 Section 3553(a)*); enterarlo de cualquier anotación en el documento de *plea agreement* (en caso de existir), en el que se renuncie al derecho de apelar o de atacar colateralmente la sentencia. Incluso, sobre este último documento, *plea agreement*, la regla 11 (c) regula el hecho de que la fiscalía y la defensa pueden discutir y alcanzar un *plea agreement*, mediante el cual —a cambio de la aceptación de culpabilidad por un cargo determinado— la fiscalía se compromete a no abrir un proceso por otros cargos o a retirar aquellos que ya fueren objeto de proceso (Regla 11(c)(1)(A)); recomendar, o comprometerse a no oponerse, a una solicitud de la defensa, de que se aplique al caso una determinada pena, rango de pena o disposición de las *Sentencing Guidelines*, solicitud no vinculante para el juez que revisa el asunto (Regla 11(c)(1)(B)). También, acordar una pena, un rango de pena específico o disposición de las *Sentencing Guidelines* que es aplicable para el caso. El acuerdo al que hace referencia este punto es vinculante para el juez una vez aprobado (Regla 11(c)(1)(C)).

En este punto se debe agregar que en el *US Attorneys Manual* se sostiene que en un *plea agreement*, más allá de lo dispuesto en las reglas federales, se pueden pactar otros asuntos tales como requerir que el procesado se comprometa a cooperar con la fiscalía en la investigación o juicio de un tercero; incluso, en el caso de funcionarios públicos del gobierno, el *US Attorneys Manual* dispone la posibilidad de que se pacte como requisito del *plea agreement* la renuncia al cargo (USAM Title 9. 9-16.001, Criminal Resource Manual 624-625). Así mismo, en el *US Attorneys Manual* (USAM title 9. 9-16.001, Criminal Resource Manual 626), también se hace énfasis en que de acuerdo con la jurisprudencia de la *US Supreme Court* en el texto del *plea agreement* es posible que el procesado renuncie a varios derechos consagrados constitucional y estatutariamente.

De hecho, existe la posibilidad de incluir en el texto del acuerdo una cláusula denominada *appeal waiver provision*, que consagra la renuncia del procesado a apelar la sentencia condenatoria. En cualquier caso, no todos los mo-

tivos de apelación son renunciables a partir de una *appeal waiver provision* pues razones como ataques por ausencia de defensa técnica, condenas sustentadas en la raza o ataque a penas impuestas más allá de los límites estatutarios, son susceptibles de apelación aun existiendo en el *plea agreement* una cláusula de renuncia al derecho a apelación. Adicionalmente, en el capítulo seis, sección 6B1.4., del *Guidelines Manual* (Guidelines Manual, Chapter six, Part B. Plea Agreements) se aclara que el texto del *plea agreement* puede ir acompañado de una estipulación escrita de los hechos relevantes para la sentencia. En ella se deben incluir los hechos y las circunstancias del delito realmente acaecido, las características de su perpetrador, las razones por las cuales el rango de pena propuesto es adecuado y los hechos en los cuales las partes no están de acuerdo que no quedan estipulados; en ese sentido las estipulaciones no deben incluir hechos erróneos o engañosos. Ellas no son vinculantes para el juez, pero de cualquier forma son una guía a ser valorada de acuerdo con el *presentence report*.

Una vez descubierto el acuerdo ante la corte en audiencia pública, es el juez quien entra a realizar la valoración en torno a si acepta o no el mismo. En este punto es necesario tener en cuenta que en los casos de los *plea agreements* contemplados en las reglas 11 (c)(1)(A) y 11 (c)(1)(C), el juez tiene la facultad de aceptar el acuerdo o de rechazarlo, si bien puede diferir la decisión hasta haber revisado el *presentence report* (FRCP Regla 32 (c) y (d); *Sentencing Guidelines - Capítulo 6 - Sección A1.2.*). Por el contrario, en el caso regulado en la Regla 11 (c)(1)(B), en la medida en que un *plea agreement* de este tipo no es vinculante para la Corte, esta, antes de aceptarlo, tiene el deber de informar al procesado que una vez ratificado el acuerdo no tendrá derecho a retirarlo aun cuando el juez no se adhiera a lo recomendado o solicitado y tome una decisión diferente y más gravosa.

Ahora bien, si el *plea agreement* es aceptado se le debe informar al procesado que lo dispuesto en el mismo será incluido en la sentencia; por el contrario, si el *plea agreement* es rechazado el juez en audiencia pública tiene la obligación de informar a las partes que la corte no lo acepta, informar personalmente al procesado que la corte no tiene la obligación de seguir los

términos del acuerdo y, agréguese, darle la oportunidad de que retire su *guilty plea*; también, informarle al procesado que si no retira su aceptación de culpabilidad la Corte tiene la facultad de imponer al caso una sanción más gravosa de la contemplada en el *plea agreement*. En ese sentido, pues, se debe indicar que el procesado puede retirar su aceptación de culpabilidad antes de que la misma sea admitida por el juez, en cualquier momento y por cualquier razón; sin embargo, con posterioridad a la revisión del juez solo la puede retirar si el mencionado funcionario rechaza el *plea agreement* o si el defendido logra demostrar una razón válida para que la declaración pueda ser retirada. De cualquier forma, una vez se impone la condena, el procesado no puede retirar su declaración de *guilty* o *nolo contendere*, y esta definición podrá ser atacada solamente en sede de apelación o a través de un ataque colateral.

Ahora bien, entendiendo cómo es la situación en los Estados Unidos se puede concluir que la institución de la terminación anticipada tiene una estructura clara, completa y precisa, no obstante lo cual hay una serie de etapas en el proceso que no fueron tenidas en cuenta en el ordenamiento jurídico colombiano por lo cual su ausencia genera fisuras importantes en el sistema penal, principalmente en términos de efectividad de garantías para el procesado.

Los países latinoamericanos. Si se analiza la situación en los países vecinos se ve como en casi todos ellos los legisladores, acorde con su tradición jurídica o en todo caso tratando de ser consecuentes con la misma, en vez de implantar figuras del sistema del *common law* optan por introducir procedimientos especiales de la mano de las conformidades del sistema continental (sobre ello, Velásquez, 2018): Así, en Argentina existen el acuerdo parcial del art. 291, el acuerdo de juicio directo del art. 292 y el procedimiento en casos de flagrancia del art. 292 bis y ss. (CPP Argentina); en Bolivia, se desarrollan esos institutos con el procedimiento inmediato de los arts. 393 bis y ss. (CPP Bolivia), también, en Brasil con su procedimiento sumario de los arts. 531 y ss. (CPP Brasil). En Costa Rica, con su procedimiento abreviado de los arts.

373 y ss. y el procedimiento expedito para los delitos de flagrancia de los arts. 422 y ss. (CPP Costa Rica).

Otro tanto sucede en Cuba con el procedimiento sumarísimo de los arts. 479 y ss. y el procedimiento abreviado de los arts. 481 y ss. (CPP Cuba). En Chile, con el proceso monitorio del art. 392, el simplificado de los arts. 393 y ss. y el abreviado de los arts. 406 y ss. (CPP Chile). En Ecuador el procedimiento abreviado de los arts. 369 (CPP Ecuador); en Guatemala, con su procedimiento abreviado de los arts. 464 y ss. y el procedimiento simplificado de los arts. 465 bis y ss. (CPP Guatemala). De igual manera, en el Salvador con el procedimiento abreviado de los arts. 417 y ss. y el procedimiento sumario de los arts. 445 y ss. (CPP El Salvador); en Honduras el procedimiento abreviado de los arts. 403 y ss. y el expedito para delitos en flagrancia del 440A. (CPP Honduras).

Agréguese en México el procedimiento abreviado de los arts. 201 y ss. (CPP México); en Nicaragua no hay procedimiento especial, pero se establece la admisión de los hechos en el art. 271 que debe ser verificada, de ser necesario, y finaliza con una audiencia de pruebas y alegatos de las partes relativa a la sentencia a imponer, pero no menciona nada relativo a beneficios (CPP Nicaragua). En Panamá, existen el procedimiento simplificado de los arts. 454 y ss. y el procedimiento directo de los arts. 461 y ss. (CPP Panamá); en el Paraguay el procedimiento abreviado de los arts. 420 y ss. (CPP Paraguay). En Perú concurren el procedimiento inmediato de los arts. 446 y ss. y el proceso de terminación anticipada de los arts. 468 y ss. (CPP Perú); en República Dominicana el procedimiento penal abreviado con acuerdo pleno y acuerdo parcial de los arts. 363 y ss. (CPP República Dominicana). Además, en Uruguay se prevé el procedimiento abreviado de los arts. 272 y ss. y el procedimiento simplificado de los arts. 465 bis y ss. (CPP Uruguay); y, en Venezuela se regula el procedimiento abreviado de los arts. 372 y ss. y el procedimiento por admisión de los hechos de los arts. 376 y ss. (CPP Venezuela).

Desde luego, lo llamativo de todo ello es que el único país en el cual se regulan las alegaciones preacordadas —aparte de Colombia— es el Estado Li-

bre y Asociado de Puerto Rico en su regla 72 de las reglas de Procedimiento Criminal; sin embargo, en ninguno de ellos, ni siquiera en las previsiones de los Estados Unidos, ya examinadas, se regula una obligación como la consignada en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 llamada a generar los mayores inconvenientes a la hora de establecer si la aceptación unilateral hace parte o no de los acuerdos.

La justicia negociada en Colombia

Por lo anterior se hace necesario analizar las actas de la Comisión Constitucional Redactora creada por el Acto Legislativo 003 de 2002 (Vargas, 2002); sin embargo, en ninguna de ellas se mencionaba nada al respecto. Por ende, fue necesario revisar las actas del Congreso y se pudo establecer que se discutió esa condición en la sesión del 16 de diciembre de 2003, cuando debatieron sobre el asunto los miembros de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso N.º 17, 2004). Al respecto y por considerarlo de gran importancia para entender cómo se estableció en la Ley 906 de 2004 se transcriben los apartes pertinentes a su introducción:

El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Javier Ramiro Devia: Gracias señor Presidente, es que en las reuniones que hicimos los ponentes, hay un tema que tiene que ver y propuesto por el doctor Reginaldo y con el mismo principio de oportunidad, que tiene que ver con los bienes producto del ilícito, considerábamos que por ejemplo cuando se trata de un peculado, debía establecerse una norma que para entrar a una negociación preacordada o hacer uso del principio de oportunidad, la persona tuviera que hacer referencia y el acuerdo a la devolución de los dineros producto del mismo ilícito; porque en el Código no se había propuesto, inicialmente pues eso tuvo alguna acogida, encargamos al doctor Jesús Ignacio García, de que revisara algo el tema y en legislación comparada y yo quisiera antes de que se aprobara esta parte que el doctor Jesús Ignacio García, nos hiciera una referencia a ello, además el doctor Germán Navas Talero, ha venido inquieto con el tema, creo que él también tiene algunas observaciones sobre ello y antes de proceder a la aprobación de este bloque de artículos, yo quisiera que se tratara un poquito el tema, gracias señor Presidente.

El señor Presidente da el uso de la palabra al honorable Representante Germán Navas Talero, para referirse al artículo 109, 110 y 111: Es que la inquietud que tiene el doctor Devia, a mí también me preocupa en cuanto a la posibilidad de que la Fiscalía negocie sin que sea devuelto el dinero que ha perdido el Estado, no quedó la limitante en estas situaciones, cuando el Estado fue afectado, cuando hay bienes del Estado de por medio, no habrá lugar a ninguna negociación con él hasta que no haya la devolución, eso es lo que me decía el doctor Devia y yo lo encuentro ajustado, gracias.

Y luego se añade:

Con la venia de la Presidencia, interviene el honorable Representante Jesús Ignacio García: Sí, gracias señor Presidente, no la verdad es que se ha discutido sobre el particular, que hay casos en los cuales perfectamente puede operar el comiso y en la medida que el comiso opere, los bienes por ejemplo en el caso que pone como ejemplo el doctor Devia, un peculado, si operó el comiso por ejemplo la plata que sacó a una cuenta y se pudo detectar la cuenta y se pudieron decomisar esos dineros, pues en ese caso no habría digamos ningún inconveniente con los bienes; pero hay otros casos donde los bienes se pueden haber dispuesto, que era tal vez lo que planteaban en la discusión que se adelantó dentro de la Comisión y se decía que en lugar de poner al Estado a adelantar toda una actuación, todo un proceso por ejemplo de recuperación de bienes, pues que sería también práctico que dentro de la negociación el Fiscal le dijera bueno, yo les voy a rebajar la pena o le voy a cambiar la calificación o le voy a hacer un cargo menor, pero restituya los bienes que han sido producto del delito. Bueno, pues obviamente que en esos temas también necesitamos escuchar cuál es el concepto que la propuesta les establece la Fiscalía.

[...] *El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Reginaldo Montes:* Doctor Devia, quiero que quede en el Acta de esta sesión, la constancia de la inquietud que usted ha expresado ya en tres oportunidades en la mesa de ponentes y con funcionarios de la Fiscalía General de la Nación. Estamos casi que en la obligación, el doctor Zamir Silva manifestó su solidaridad con este tema, tiene casos concretos, coherentes, decisivos de lo que significa un enorme detrimento patrimonial para el Estado colombiano, en el supuesto caso de que quede cualquier tipo de vacío por esto, entonces será nuestra preocupación doctor Javier Ramiro Devia, usted como coponente de que actuemos y dejemos una norma expresa con relación a esta materia.

Es más, se agrega lo siguiente:

El señor Presidente concede el uso de la palabra al señor Fiscal General de la Nación: Es que quería decir que coadyuvo la inquietud del Representante Devia, porque me

parece muy importante que quedara un mecanismo de recuperación de los dineros en cualquier forma, claro que aquí se me dice que intento de la discusión se dijo que había para eso la acción de extinción de dominio, pero si mucho más rápido se puede aquí obtener, me parece que debíamos estudiarla para marzo, que simplemente quede abierto dentro del análisis del artículo.

El señor Presidente da el uso de la palabra al honorable Representante Jesús Ignacio García: Gracias, señor Presidente, me parece a mí que el tema de las negociaciones está referido a la responsabilidad penal, el doctor Devia siempre ha planteado el tema como vinculado con la negociación, con las negociaciones preacordadas, entonces pienso que debería quedar al menos una proposición, así sea negada, tratando el tema para que haya la oportunidad de estudiarlo en el futuro, porque si las negociaciones preacordadas están simplemente enfocadas a hallar la responsabilidad penal, luego cuando se diga que la negociación también puede comprender la restitución de los bienes, van a decir no, pues es que esa proposición no fue votada en primer debate. Entonces necesariamente habría que someter algo, no sé si el doctor Andrés nos podría ayudar ahí con alguna redacción, bien sea para que se niegue o para que se apruebe si la Comisión considera que esta satisface la propuesta que ha hecho el doctor Devia, con el fin de que el tema no se nos vaya a quedar sin estudiarlo, con el fin de que el tema quede vivo hacia el futuro.

...El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Reginaldo Montes: Gracias, señor Presidente, había una preocupación expuesta por el doctor Javier Ramiro Devia, el artículo que tiene que ver con el principio de oportunidad y los acuerdos o negociaciones, el doctor Telésforo Pedraza también manifestó su solidaridad y el doctor Roberto Camacho, con este tema y el doctor Germán Navas Talero. Con la Fiscalía se concertó un texto y se decidió incorporarlo como artículo 386-A, es un artículo nuevo: Improcedencia del principio de oportunidad, acuerdos o negociación con el imputado o acusado. Se lo quiero entregar al señor secretario para que se sirva leerlo y quede incorporado al Acta.

Secretario: Proposición Aditiva: artículo 386-A, nuevo: Improcedencia del Principio de Oportunidad, Acuerdos o Negociación con el imputado o acusado: En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá aplicar el principio de oportunidad o adelantar cualquier tipo de negociación con la Fiscalía o acceder a beneficio, hasta tanto no se reintegre el valor equivalente al incremento percibido. Tratándose de bienes del Estado, la Contraloría General de la República deberá acreditar la restitución. Ha sido leído el artículo nuevo 386-A.

Presidente: Leído el artículo nuevo 386-A, se abre la discusión, ¿lo aprueba la Comisión?

Secretario: Ha sido aprobado, señor Presidente.

De esta forma, lo que se presenta en el ordenamiento jurídico no es otra cosa que una mezcla de aspectos disímiles que ha hecho difícil su entendimiento y aplicación durante estos quince años de vigencia del sistema penal de tendencia acusatoria. En efecto, en relación con la primera oportunidad que tiene el procesado para la aceptación de los cargos y a pesar de ser considerado como un mero acto de comunicación, se observa una mezcla de elementos de las audiencias estadounidenses que involucra el *initial appearance* (verdadero acto de comunicación del caso existente contra el procesado), *preliminary hearing* (oportunidad en la cual el juez analiza si la acusación de la fiscalía tiene mérito y existen elementos para demostrar que existe *probable cause*, a partir de un debate probatorio sumario entre defensa y fiscalía) y *arraignment* (que es el espacio donde es posible la aceptación de cargos, aunque en Colombia el sistema de rebajas se encuentra estrictamente establecido en la ley). Desde luego, esta necesaria compactación pone de presente que se produce una evidente merma en las garantías de los procesados quienes deben decidir, con muy poco margen de tiempo y sin los elementos necesarios, si aceptan o no los cargos, lo cual genera no solo el peligro de fomentar aceptaciones de culpabilidad sin una base fáctica y probatoria suficiente, sino que dificulta el derecho de defensa dado el escaso tiempo que se otorga.

Adicional a ello, la falta de un entendimiento claro por parte de los operadores judiciales sobre lo que significa un preacuerdo, un acuerdo, unas negociaciones y una aceptación unilateral, ha supuesto que al tratar de precisar los alcances de la Ley 906 de 2004 en esta materia se construyan instituciones que, al ser interpretadas de manera aislada y descontextualizada, generen salidas contradictorias con lo cual se alientan la inseguridad y la impunidad. Ahora bien, si se avanza un poco se ve como la propia regulación de los acuerdos es confusa porque no es suficientemente claro el texto legal al indicar cuáles serían los posibles beneficios del procesado derivados de la aceptación de su culpabilidad.

Así, de la lectura pacífica del art. 350 parece deducirse que los beneficios obtenidos son: a) la posibilidad de aceptar los cargos correspondientes al delito imputado, o a un delito relacionado con una pena menor; b) adicional a lo

anterior, la eliminación de una causal de agravación punitiva o un cargo específico, o la tipificación de la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena. Al respecto debe decirse que una alegación conclusiva de la fiscalía solo se puede dar en la parte final del juicio oral y en el ordenamiento jurídico nacional solo se permite celebrar acuerdos hasta el interrogatorio inicial del procesado en el juicio oral; por ende, en los casos en que se celebren acuerdos no habrá tipificación de la conducta en los alegatos finales, pues nunca se llega al momento procesal de estos alegatos. Es por ello, pues, que esta posibilidad se debe entender en relación con un compromiso de realizar un alegato favorable por parte del fiscal, pero en la audiencia de individualización de pena y sentencia.

A su vez, de la lectura del artículo 351 es viable considerar como posibles beneficios del acuerdo, los siguientes: a) la rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer (que se reduce dependiendo del momento procesal en que se realice); b) la posibilidad de llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias que, de ser favorable en relación con la pena, sería el único beneficio que se puede conceder. Se observan, pues, evidentes contradicciones en los beneficios de ambos artículos y vacíos y situaciones que no se dan en la práctica; es más, la falta de claridad y sistematicidad genera indeterminaciones frente a los beneficios que, efectivamente, pueden derivarse de un preacuerdo dando lugar a diversas posibles interpretaciones. Es por ello, adviértase, que la Fiscalía General de la Nación (Directiva 001, 2006) interpreta esta indeterminación normativa y plantea la política de beneficios de una manera más clara y armónica; al respecto se establece, entonces, que los acuerdos solo pueden versar sobre los términos de la imputación o la pena a imponer.

Obsérvese: a) En cuanto a los términos de la imputación, ellos pueden ser relativos a: 1) la modificación de la tipificación objetiva de la conducta para generar una rebaja en la pena, siempre y cuando no se modifiquen la esencia de la conducta, el objeto material y los sujetos activos y pasivos; 2) la eliminación de agravantes específicos o el reconocimiento de atenuantes generales y específicas. Así mismo, 3) acordar formas más benignas de intervención en la conducta punible que impliquen rebajas punitivas, siempre y cuando no se

varíe la calificación de la conducta punible; 4), excepcionalmente, sobre la indeterminación jurídica y probatoria, también podrá negociarse el contenido del aspecto subjetivo del tipo (dolo, preterintención y culpa) por una forma menos grave. Y, 5), sobre la base de la indeterminación jurídica y probatoria en torno al carácter vencible o invencible de un error, podrá pactarse el mismo como vencible (Directiva 001, 2006). b) En lo correspondiente a la pena a imponer la directiva de la fiscalía plantea que, además de las rebajas de penas contempladas legalmente, en los preacuerdos se puede pactar la concesión de mecanismos sustitutivos de la prisión (Directiva 001, 2006).

Así las cosas, el análisis normativo de las aceptaciones de culpabilidad y la audiencia de formulación de imputación, brindan un panorama general en torno a la forma como se adaptaron estas instituciones en nuestro ordenamiento jurídico y ello muestra como su estructura y contenido no son los propios de los sistemas como el estadounidense con una mayor tendencia acusatoria. Y, si a ello se le suma la condición establecida del artículo 349 que, como se pudo ver, nació fruto de las inquietudes de algunos congresistas quienes planteaban modificar al principio de oportunidad por entenderlo como un instituto abarcante de la justicia negociada, lo que se presenta es una transmutación disfuncional de elementos acusatorios y propios, que generan instituciones débiles en términos de garantías procesales y proclives a condenas carentes de todo sustento, esto para no mencionar las diversas problemáticas que deben enfrentar los funcionarios judiciales y hasta los ciudadanos en cuanto a su entendimiento y aplicación.

Conclusiones

En la exposición precedente se muestra el panorama existente al momento de expedirse la sentencia del 27 de septiembre de 2017, con radicado 39831, en relación con los acuerdos y negociaciones. Así mismo, como se ha podido poner de manifiesto, la decisión de la Corte se enmarca dentro de una serie de problemas y dificultades suscitadas por la forma como en el derecho positivo

se han introducido los preacuerdos y las negociaciones como elementos de la justicia negociada, a saber:

En primer lugar, el hecho de introducir figuras propias de sistemas no regidos por el principio de legalidad y sí por el de oportunidad genera fricciones en países legalistas como Colombia; en este caso, el hecho de adoptar parcialmente los institutos de la justicia negociada aparte de limitar las garantías del procesado también riñe con postulados legalistas y da lugar a arbitrariedades normativas.

En segundo lugar, es claro que existen aceptaciones simples y condicionadas y que algunas pueden ser unilaterales o pueden ser fruto de negociaciones. Lo importante es aclararlo y establecer consecuencias que no sean contradictorias buscando la lógica del sistema. Además, en tercer lugar, al introducir el Título II, «Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado», y un Capítulo Único donde se introdujeron indistintamente figuras con características y consecuencias distintas, el legislador creyó uniformarlas. De ahí que, por ejemplo, en la aceptación unilateral al poner en el artículo 351 luego de la consecuencia (*una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible*) la palabra **acuerdo**, haya considerado que aclaraba y uniformaba las figuras de ese capítulo.

También, en cuarto lugar, esas diferenciaciones que fueron uniformadas y no suficientemente aclaradas, posibilitaron la modificación jurisprudencial contenida en la providencia en examen en virtud de la cual se entiende que la diferencia entre el «allanamiento» —como expresión de la justicia premial y manifestación unilateral del procesado— y los acuerdos —que corresponden al ámbito de la justicia consensuada—, permiten que la prohibición del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 opere solo respecto de los mecanismos de la justicia consensuada, es decir, no se aplica para los eventos de aceptación unilateral de cargos, entendida esta figura como una de las manifestaciones de la justicia premial.

Además, en quinto lugar, no se tuvo en cuenta que esta interpretación aislada en el contexto de un sistema integral creó un incentivo perverso. Es

más, no es posible que la misma ley establezca beneficios claramente contrapuestos llamados a generar una notoria desigualdad en la aplicación de la ley y a incentivar prácticas contrarias al espíritu de la misma. Es claro, entonces, que con ese punto de partida los involucrados en un proceso penal claramente van a actuar buscando maximizar sus posibilidades de salir bien librados y persiguiendo sus propios intereses, en el marco establecido por el código procesal penal (Lamadrid, 2018, pp. 256 y ss.). En estas circunstancias, como ya se indicó, la interpretación consignada en la jurisprudencia anterior a la emisión de la sentencia en comento daba la posibilidad de cometer un ilícito penal, obtener un beneficio patrimonial, aceptar la responsabilidad, obtener una pena disminuida y no devolver nada relativo a ese incremento, lo que desincentivaba la negociación y el esclarecimiento de los hechos ya que ello sí implicaba la devolución del incremento. Adicional a ello fomentaba una cultura de la criminalidad en un análisis pragmático de costos y beneficios.

Por lo anterior la modificación jurisprudencial, o si se quiere, el retorno a la jurisprudencia anterior que supone la sentencia en comento sin duda fue una decisión acertada dado que, así se entienda que las instituciones son distintas, el legislador consideró agruparlas y etiquetarlas de igual forma por lo cual para entender de una manera integral y armónica del ordenamiento jurídico era necesario que las consecuencias tuvieran que ser asimilables. Al respecto, téngase en cuenta que ya algunos tribunales han aplicado el retorno a la jurisprudencia anterior en la misma línea de proclamado en la decisión aquí comentada (TSD-Montería, 2018, abril nueve; TSD-Cali, 2018, abril 23).

Así mismo, esta sentencia muestra claramente el choque entre la lógica que guía a la justicia penal negociada en su sistema propio, el estadounidense, donde se parte de presupuestos de oportunidad y razonabilidad, junto con una amplia discrecionalidad del Ministerio Público y nuestro sistema, derivado de la tradición continental, legalista y formalista, que pretende restringir el marco de decisión de los funcionarios judiciales mediante normas que lo regulan estrictamente.

De igual forma, dada la existencia de esos elementos contradictorios y de los desarrollos de las instituciones de terminación anticipada en nuestro ordenamiento, es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional la herramienta idónea para lograr su modulación y entendimiento en el necesario proceso de transformación y consolidación. Es más, junto a ello, si se propende realmente por una preponderancia de esas herramientas para que se aumenten los procesos que terminen de manera anticipada, es fundamental que se amplíen las garantías que se deben tener en cuenta en esta etapa para evitar el ejercicio arbitrario del poder punitivo; ello implica un deber de descubrir y someter a contradicción los elementos de prueba necesarios para sustentar el caso, tal y como lo hace la fiscalía estadounidense con la *preliminary hearing* y con la presentación del caso ante el *grand jury*.

Todo ello, téngase en cuenta, para ser consecuentes con las finalidades establecidas en la propia ley procesal penal (Ley 906, 2004, art. 348) cuando reclama como meta de esos institutos la de «humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito»; y añade: «propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso».

En cualquier caso, no se debe olvidar que este cambio de rumbo jurisprudencial comporta para los condenados una situación mucho más desfavorable que afecta, de manera notable sus derechos, dado que ellos accionaron y se comportaron procesalmente dentro de un marco legal y jurisprudencial distinto al que surge de la providencia en comento; ese asunto que es vital, porque se habla de las garantías de las personas, ha debido ser tenido en cuenta por el pronunciamiento en examen, porque con la decisión en estudio las rebajas punitivas que finalmente se les concedieron fueron inferiores a las existentes al momento en el cual ellos decidieron acudir a la justicia negociada.

Referencias

- Acto legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. *Diario Oficial* No. 45.040, Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2002 [Colombia].
- Código de Procedimiento Penal Argentina. Recuperado de http://leyes-ar.com/codigo_procesal_penal.htm (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Bolivia, recuperado de <http://www.procedimientopenal.com.bo/> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Brasil, recuperado de http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Costa Rica, recuperado de <https://www.cgr.go.cr/03-documentos/normativa/ley-reg.html> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Cuba, recuperado de <http://www.wipo.int/edocs/lex-docs/laws/es/cu/cu057es.pdf> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Chile, recuperado de http://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal.htm (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Ecuador, recuperado de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Guatemala, recuperado de <https://www.congreso.gob.gt/consulta-legislativa/decreto-detalle/?id=1220> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Salvador, recuperado de <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/2F77458E-8847-4308-BE65-58A3D7A5D52A.pdf> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Honduras, recuperado de <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoProcesalPenal-Mayo2018.pdf> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal México, recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo22.pdf (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Nicaragua, recuperado de <https://nicaragua.justia.com/nacionales/codigos/codigo-procesal-penal-de-la-republica-de-nicaragua-dec-21-2001/gdoc/> (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Panamá, recuperado de <http://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/multimedia/2016/09/Codigo-Procesal-Comentado-versi%C3%B3n-2018.pdf> (Revisado última vez 20/10/2018).

- Código de Procedimiento Penal Paraguay, recuperado de [https://www.ministeriopublico.gov.py/userfiles/files/Paraguay_Codigo_Procesal_Penal \(1\).pdf](https://www.ministeriopublico.gov.py/userfiles/files/Paraguay_Codigo_Procesal_Penal (1).pdf) (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Perú, recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf (Revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal República Dominicana, recuperado de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_reptom_codpp.pdf (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Uruguay, recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014> (revisado última vez 20/10/2018).
- Código de Procedimiento Penal Venezuela, recuperado de http://www.asambleanacional.gob.ve/leyes/_codigo-organico-procesal-penal (Revisado última vez 20/10/2018).
- Cámara de Representantes, Comisión Primera Constitucional Permanente (2003, diciembre 16). Acta 29.
- Constitución Política (1991, julio 7) [C. N.]. El Pueblo de Colombia [Colombia].
- Directiva 001 (2006, septiembre 28). Fiscalía General de la Nación.
- Federal Rules of Criminal Procedure (1944, diciembre 26). Recuperado de <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp> (revisado última vez 20/10/2018).
- Gómez, J. L. *et al.* (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Israel, J. H.; Kamisar, Y.; Lafave, W. R. y King, N. J. (2012): *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*, trad. J. L. Gómez *et al.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lamadrid, M. (2018), *El principio de oportunidad. Herramienta de Política Criminal*, Bogotá D. C.: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Ley 906 (2004, agosto 31). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial* N.º 45658 de 31 de agosto de 2004. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Real Academia Española (2017). Diccionario de la lengua española. Recuperado de <http://www.rae.es/> (revisado última vez 20/10/2018).
- Reglas de Procedimiento Criminal del Estado Libre y Asociado de Puerto Rico, recuperado de <http://www.ramajudicial.pr/leyes/Reglas-de-Procedimiento-Criminal.pdf> (revisado última vez 20/10/2018).
- República de Colombia. Gaceta del Congreso N.º 17 (2004). Bogotá: Imprenta Nacional.

- Rules Enabling Act of 1934 (1934, junio 19). recuperado de <http://www.legisworks.org/congress/73/publaw-415.pdf>.
- Sentencia C-1260 (2005, diciembre 5). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Clara Inés Vargas Hernández, Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia T-091 (2006, febrero 10). Acción de tutela. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-059 (2010, febrero 3). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-302 (2013, mayo 22). Demanda de inconstitucionalidad. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia radicado 21347 (2005, diciembre 14), Recurso extraordinario de casación. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia radicado 25306 (2008, abril 8), M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia radicado 015201103996 (2018, abril 23). Recurso de apelación, M. P. Víctor Ramón Díaz Castro. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala de Decisión Penal [Colombia].
- Sentencia radicado 199-2014-00972 (2018, abril 9). Recurso de apelación. M. P. Víctor Manuel Chaparro Borda. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal [Colombia].
- United States Attorney's Manual. Department of Justice, USA, Recuperado de http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/index.html. (Revisado última vez 20/10/2018).
- United States Sentencing Commission. *Federal Sentencing Guidelines Manual*. Recuperado de http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/index.cfm (Revisado última vez 20/10/2018).
- US Attorneys Manual* (1988). Recuperado de <https://www.justice.gov/archive/usao/usam/1988/title1general.pdf>.
- US Code. Recuperado de <http://www.law.cornell.edu/uscode/text>, (Revisado última vez 20/10/2018).
- US Supreme Court en el caso North Carolina v. Alford (1970). Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>. (Revisado última vez 20/10/2018).
- Vargas, E. X. (2002). *La Reforma Constitucional de la Justicia Penal*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.
- Velásquez, F. (2018). *La Justicia Penal: legalidad y oportunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.