

Confianza legítima y derecho de defensa en la celebración de preacuerdos con la Fiscalía

*Prof. Ricardo Molina López**
Sofía Carbonell Muñoz
Maria Kamila Jiménez Alturo
Valentina Lozada Valderrama
Juliana Manrique Posada
María Fernanda Pinzón Álvarez

“Utrumque vitium est et omnibus credere et nulli”

[Ambos casos son defectos: tanto confiar en todos como no confiar en nadie]

Séneca, Ep. 3, 4

Cuando el Fiscal General de la Nación en una actuación seguida contra un aforado constitucional no acepta las negociaciones entre un delegado suyo y un imputado que cumple con todas las exigencias impuestas por aquel, no es viable decretar la nulidad de lo actuado bien sea a partir del momento en el cual la Fiscalía declina el compromiso que había adquirido o bien desde la audiencia de formulación de la imputación; en su lugar, se debe habilitar un escenario previo al curso de la formulación de la acusación para que el procesado pueda aceptar los cargos con base en los criterios señalados en el literal I del artículo 8.º de la Ley 906 de 2004, a condición de que se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada por la defensa, con la posibilidad de conceder la rebaja del inciso 1.º del artículo 351 del mismo ordenamiento.

* Los autores son integrantes del curso Argumentación en el Proceso Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, con la dirección del Prof. Dr. Molina López. Correo de contacto: r.molina1@uniandes.edu.co

I. AUTO

Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia
Blanca Nélide Barreto Ardila
Magistrada ponente¹
AEP 00037-2021
Radicación N.º 00352
Aprobado Acta N.º 18

Bogotá D. C., trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Resuelve la Sala la solicitud de nulidad invocada por el defensor del imputado J. A. S. R., Mayor General Retirado del Ejército Nacional, acusado por la Fiscalía como probable coautor del delito de interés indebido en la celebración de contratos, en concurso homogéneo, concurriendo con el de peculado por apropiación, agravado por razón de la cuantía, pero atenuado ante el reintegro total de lo apropiado.

1. SITUACIÓN FÁCTICA

La Fiscalía General de la Nación investiga la posible incursión en defraudaciones en la contratación adelantada en la Cuarta Brigada del Batallón de Servicios Número 4 Yariguíes, que se aduce, coordinó el ex Mayor General J. A. S. R., quien desde el 29 de diciembre de 2015 se desempeñó como Comandante de la Séptima División del Ejército Nacional, con sede en Medellín.

Según el escrito de acusación, en tal calidad J. A. S. R. se interesó e intervino para que el Teniente Coronel H. F. P. R., Comandante del Batallón de Servicios Numero 4 Yariguíes le adjudicara los contratos de cafetería a S. F. G. B., representante de *Distrilógica*²,

¹ La Sala estuvo conformada por la magistrada ponente y los magistrados Ariel Augusto Torres Rojas y Jorge Emilio Caldas Vera; este último, aclaró y salvó de forma parcial su voto.

² Contrato 006 del 22 de abril de 2016.
Contrato 028 del 19 de agosto de 2016
Contrato 030 del 24 de agosto de 2016.
Contrato 080 del 5 de abril de 20 17.
Contrato 141 del 20 de septiembre de 2017.
Contrato C01.PCCN TR.253270 del 11 de diciembre de 2017.

y los de ingeniería y construcción a Ingecodi S.A.S.³ –de la familia de la ingeniera V. G.–, quienes fueron documentados previamente de los parámetros de la contratación con la única finalidad de que ajustaran sus propuestas para ser beneficiados, al propio tiempo, se acomodaron los parámetros de los términos a la experiencia y particularidades de las dos firmas en comento.

Se indica que en contraprestación por la asignación de los contratos, el imputado recibió retribuciones valorables económicamente, tales como tiquetes aéreos para él y su familia, pago de cuentas en restaurantes y clubes sociales, patrocinio y boletos para eventos culturales, pago del alquiler de inmuebles, de combustible para los vehículos usados por su familia, de facturas de servicios públicos, entre otros, beneficios calculados en la suma de ciento cincuenta y un millones trescientos noventa y siete mil seiscientos sesenta pesos (\$151.397.660,00).

Además, se aduce que emitió órdenes de compra con la empresa *Subatours S.A.S.*, para la adquisición de tiquetes aéreos para el personal del Ejército, obteniendo de dicha sociedad, treinta y seis tiquetes privados para él y su familia, por valor de dieciocho millones seiscientos veintiún mil cuatrocientos sesenta y nueve pesos (\$18.621.469).

2. ANTECEDENTES PROCESALES

El 18 de agosto de 2020, ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se cumplió la audiencia en la cual la Fiscalía le imputó a J. A. S. R. la probable coautoría en los delitos de interés indebido en la celebración de contratos en concurso homogéneo, concurriendo el de peculado por apropiación agravado por la cuantía y atenuado ante el reintegro de lo apropiado. A solicitud del ente investigador, desde el 27 de agosto de 2020 el imputado fue afectado con medida de aseguramiento privativa de la libertad, a ejecutar en su domicilio.

El 15 de diciembre de 2020 fue presentado escrito de acusación por los citados ilícitos, de conformidad con los artículos 397 y 409 del Código Penal, las circunstancias de menor

³ Contrato 364 BASPC 04-2016 del 28 de septiembre de 2016.
Contrato 368 BASPC 04-20 16 del 30 de septiembre de 2016.
Contrato 367 BASPC 04-20 16 del 30 de septiembre de 2016.
Contrato 045 del 21 de noviembre de 2010.
Contrato 053 del 2 de diciembre de 2016.
Contrato 060 del 22 de diciembre de 2016.
Contrato 162 del 1 de noviembre de 2017.
Contrato 168 BASPC 04-20 16 del 10 de noviembre de 2017.

punibilidad de los numerales 1.º, 5.º y 6.º del artículo 55 del Código Penal, así como las de mayor punibilidad de los numerales 1.º, 9.º y 10 del artículo 58 del mismo estatuto.

Al dar inicio a la audiencia de formulación de acusación, el pasado 8 de marzo, el defensor deprecó la nulidad de la actuación.

3. DE LA PETICIÓN DE ANULACIÓN PROCESAL

Cuestionó la validez del diligenciamiento, ubicando el dislate procesal el 25 de noviembre de 2020 cuando la Fiscalía declinó el compromiso que había adquirido para presentar un preacuerdo ya suscrito con la defensa, para lo cual señaló los siguientes referentes fácticos:

3.1. En junio de 2018 el Ejército Nacional denunció ante la Fiscalía la posible incursión en actividades ilícitas en los procesos de contratación del Batallón de Servicios Número 4 *Yarigués* adscrito a la Séptima División del Ejército, comandada por el General J. A. S. R.

3.2. Para diciembre de 2019, ejerciendo como agregado militar en Chile, J. A. S. R. se contactó con la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte para manifestar su interés en asumir la responsabilidad penal con las consecuencias jurídicas y pecuniarias que se derivaran, de ahí que, tras adelantar un proceso de diálogo con miras a lograr un preacuerdo, el 26 de diciembre la Fiscalía dio apertura a este radicado.

3.3. En el marco de la negociación adelantada con el Tercero, J. A. S. R. contrajo varios compromisos, como el de retirarse de la institución castrense, previo a lo cual debió abandonar intempestivamente el cargo que ostentaba en Chile, retornó a Colombia en un vuelo humanitario y tramitó su baja voluntaria al servicio del Ejército.

3.4. Así, se fijaron los términos de cómo sería presentada la imputación para atribuirle los cargos por las conductas respecto de las cuales finalmente se tramitaría un preacuerdo, por ello, el inculcado no rindió interrogatorio y se comprometió a devolver \$170'019.129, suma que efectivamente consignó el 6 de julio de 2020 mediante depósito judicial a favor del Ministerio de Defensa Nacional.

3.5. El 18 de agosto de 2020 al cumplirse la audiencia de formulación de imputación se puso de presente que la negativa a aceptar los cargos obedecía a la negociación que se hacía con la Fiscalía, por eso una vez que el 27 de agosto siguiente le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad, la defensa no presentó oposición alguna, respaldando así los mismos compromisos del preacuerdo en curso.

3.6. El 10 de septiembre de 2020 la defensa recibió el texto del preacuerdo firmado por el Fiscal Tercero Delegado para que fuera suscrito por el imputado y su apoderado diera el aval, documento que efectivamente diligenciaron y retornaron el 13 de octubre siguiente, advirtiendo que para entonces, solo faltaba la rúbrica del representante del Ministerio de Defensa, lo que se perfeccionó el 20 del mismo mes.

3.7. A pesar de lo anterior, el 25 de noviembre de 2020 en reunión celebrada en el Despacho del Fiscal Tercero el defensor fue informado que, por razones de política criminal, ese organismo se abstendría de presentar el preacuerdo, y en su lugar, radicaría escrito de acusación. De ello se levantó acta dejado (sic) constancia del cumplimiento de los compromisos por parte del imputado.

Para el defensor, de ese contexto fáctico se advierte la infracción al debido proceso por un defecto sustancial de su estructura, ya que la Fiscalía desatendió la función emanada del artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, de presentar el preacuerdo ante el funcionario de conocimiento, luego de su suscripción, a fin de que se adelantara el trámite inherente a esta figura de terminación anticipada del proceso.

Estimó que la retractación del órgano persecutor, no solo cristaliza un desconocimiento a la ley, sino que se muestra la consumación de un engaño, el cual no puede ser admisible.

Luego de cita jurisprudencial relacionada con la retractación al preacuerdo en casos en los cuales se asintió tal posibilidad para el ente instructor, señaló que los mismos resultan ajenos a la realidad de este asunto, ya que fueron eventos en los que no medió la suscripción del acuerdo, en tanto que acá, existiendo un convenio firmado, se declinó en la negociación bajo un supuesto criterio de política criminal que jamás fue explicado, y que, en todo caso, debió ser observado con antelación a tal firma.

Estimó que, precisamente dada la firma del acuerdo lo único que podía legalmente hacer la Fiscalía era radicarlo ante esta Corporación con miras a la emisión de la respectiva sentencia, pues tal suscripción se identifica con la de un contrato civil, en el cual es exigible a los extremos el cumplimiento de los compromisos contraídos, y en ese orden, el ente investigador estaba llamado a refrendar sus deberes ante la judicatura, propiciando el trámite de la aprobación del convenio.

Bajo tal arista, tras criticar el comportamiento asumido por el organismo acusador al desconocer la confianza que el pueblo deposita en las instituciones, denunció la vulneración de las garantías fundamentales de J. A. S. R. porque:

- Resultó afectada la estabilidad familiar al cambiar intempestivamente el sitio de su domicilio, el de su esposa e hijas, de Chile a Colombia.

- Renunció al Ejército Nacional donde mantuvo una carrera brillante, que de haberse mantenido, lo habría podido conducir a ser designado comandante de las Fuerzas Militares.

- Sufrió una disminución en su patrimonio en cuantía de \$170'019.129, que consignó mediante depósito judicial con destino al Ministerio de Defensa.

- Afrontó el curso procesal pasivamente, al punto que renunció a la posibilidad de allanarse a cargos desde la audiencia de formulación de imputación, y no se opuso a la imposición de medida de aseguramiento que afectó su garantía primigenia a la libertad.

– Se le negó la posibilidad de participar en la terminación de su proceso, habiendo adquirido y cumplido los compromisos inherentes a un preacuerdo que caprichosamente desestimó la Fiscalía.

Finalmente, reseñó que se cumplen los principios que rigen las nulidades:

– Protección, como quiera que el contenido de los compromisos contraídos por los extremos se fracturó injusta y unilateralmente por la Fiscalía, ya que el acta de preacuerdo suscrito viabilizaba la terminación por allanamiento consensuado.

Y que frente a la nítida intención de J. A. S. R. de aceptar su responsabilidad y dar terminación anticipada al proceso, se le impidió acceder a la rebaja propia de la imputación, estando ahora en desventaja al contemplarse una menor reducción punitiva en caso de allanarse a los cargos en este estadio del diligenciamiento.

– *Convalidación*: contrario a asentir el acto violatorio de sus garantías, desde el momento en que se informó la negativa institucional en presentar el preacuerdo, se ha puesto de presente tal situación con el único propósito de reflejar su vulneración.

– *Instrumentalidad de las formas*: El fin de anular el trámite es restablecer las garantías procesales mínimas, al no mediar otra alternativa, en aras de que se cristalice el evidente ánimo de culminar este proceso prontamente y obtener un mayor beneficio.

– *Trascendencia*: El vicio denunciado afectó el debido proceso y el derecho de defensa, cuya magnitud tiene directa incidencia en el sentido de justicia, específicamente, en los derechos que J. A. S. R. podía ejercer en el marco de la audiencia de imputación de cargos.

En ese orden, insistió en su petición de declarar la nulidad de lo actuado desde el momento de la retractación de la Fiscalía en el trámite del preacuerdo, para que, en su lugar, se propicie la presentación del mismo y se prosiga en la forma que se proyectó y gestionó amigablemente entre los dos extremos procesales.

Subsidiariamente, solicitó declarar la nulidad de la audiencia de formulación de imputación, escenario en el cual se indagó a J. A. S. R. la posibilidad de aceptar los cargos, para que pueda manifestar si desea hacerlo, con la opción de obtener la rebaja de ese estadio procesal.

4. MANIFESTACIONES DE PARTES E INTERVINIENTES

El Delegado de la Fiscalía General de la Nación, la representante del Ministerio Público y el apoderado del Ministerio de Defensa como víctima, partieron de la premisa que es potestativo del órgano de persecución penal presentar un preacuerdo, sin que el escenario de la negociación pueda ser entendido como un acto procesal susceptible de anulación.

Aceptando los supuestos fácticos presentados por la defensa, indicaron que la decisión de la Fiscalía de retractarse en la suscripción del preacuerdo no es óbice para que en este momento exista un allanamiento a cargos y, sin anular la actuación, se pueda otorgar la rebaja punitiva propia de la imputación, para dar luego curso al trámite del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

Como solución alternativa a la nulidad, plantearon habilitar el escenario para que, si a bien lo tiene la defensa, el imputado pueda allanarse a los cargos materia de imputación, con la prerrogativa punitiva tratada en el inciso primero del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 De las causales de nulidad y los principios que rigen su petición y declaratoria

La anulación es un remedio procesal extremo al que se acude judicialmente con el fin de subsanar irregularidades o vicios de trascendencia que afecten la estructura del proceso o las garantías fundamentales de las partes, yerro que no puede corregirse a través de un mecanismo menos drástico.

En relación con las causales de nulidad, descritas en los artículos 455 a 458 de la Ley 906 de 2004 relacionadas con la incompetencia del funcionario, la violación al debido proceso en aspectos sustanciales y el desconocimiento del derecho de defensa, ha sido criterio hermenéutico de esta Corporación que si bien no hay un artículo en ese estatuto adjetivo que consagre los principios que informan la solicitud y declaratoria de las mismas, tales baremos son de inexcusable observancia, por ende, se debe determinar si el dislate procesal denunciado existió (*acreditación*), si es sustancial y afecta las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales del debido proceso desconoce las bases fundamentales del debido proceso (*trascendencia*), si el acto irregular cumplió con su finalidad (*instrumentalidad*), si fue de alguna manera coadyuvado (*protección*) o consentido expresa o tácitamente por quien lo alega (*convalidación*) y si el mismo solo es saneable a través del remedio extremo de la nulidad (*residualidad*)⁴.

Así, no basta invocar una nulidad y poner de presente un yerro procesal para que la misma prospere. Se requiere demostrar que no hay otro medio distinto para subsanarlo, en caso de que este existiere, y concretar la específica vulneración a garantías fundamentales, a fin de denotar como única y última alternativa tal anulación.

⁴ CSJ AP 27 may. 2020 rad. 52985; CSJ, SP3 feb. 2016, rad. 43356; CSJ, SP 8 jun 2011, rad. 34022; CSJ, SP 25 may. 2000, rad. 12781, entre otras.

5.2. Razón de ser de la justicia consensuada

El principio de lealtad procesal ha de ser observado y acatado por las partes e intervinientes en el proceso penal. Bajo el criterio constitucional de buena fe, se espera que los interlocutores de la actuación provean por un debate ecuánime y en un escenario de igualdad. Esta premisa se erige como fundamento de la que ha sido denominada, una justicia consensuada, en la que, con la participación del procesado, se busca dar solución al conflicto social que propició la investigación penal.

A su turno, bajo un concepto amplio del principio de participación democrática, el cual no se limita al ámbito de las elecciones, referendos, consultas populares, etc. *“sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisivos que incidirán significativamente en el rumbo de su vida”*⁵, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de vieja data ha señalado que:

“Las finalidades de las negociaciones y acuerdos entre Fiscalía e imputado o procesado declaradas por el legislador en la norma citada, son:

- . Humanizar la actuación procesal y la pena.*
- . Obtener pronta y cumplida justicia.*
- . Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito.*
- . Propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto.*

Y,

- . Lograr la participación del imputado en la definición de su caso.*

En particular esta última, originada en el principio democrático de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan contenido en el artículo 2 de la Constitución Política, se vincula con la idea de una justicia en la que sin desconocerse los derechos de la víctima y el interés de la Fiscalía por lograr cierta respuesta sancionatoria en un caso concreto, el procesado siempre cuenta con la opción de anticipar la sentencia a cambio de una rebaja en la pena, así la Fiscalía se niegue a conversar con él para negociar sobre hecho a imputar y consecuencias.

Lo puede hacer a través de la figura de la aceptación de cargos, presente a lo largo del trámite procesal con diferente impacto en la pena a imponer según el instante del allanamiento, debiéndose eso sí acordar con la Fiscalía la porción de la rebaja punitiva en todos aquellos casos en los que la misma sea flexible y no automática.

⁵ Corte Constitucional C-180 14 abr. 1994.

El establecimiento de disminuciones móviles en sistemas de justicia criminal consensuada o paccionada, como la denominan algunos, hacen de la admisión de cargos un derecho relativo al procesado, aunque es absoluto el de declararse culpable de ellos y renunciar al juicio, puede pasar que su aspiración de rebaja punitiva (al máximo posible, por ejemplo), no se vea satisfecha porque el Fiscal, en virtud de consideraciones vinculadas a fijarla, que no corresponden a los criterios para dosificar la pena, este (sic) en desacuerdo compactarla y ofrezca, en cambio, un descuento menor”⁶.

Con esa arista la Sala de Casación ha insistido en que:

“Acorde con uno de los fines sociales del Estado de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, el legislador estableció en el marco de la Ley 906 de 2004 varios mecanismos de terminación extraordinaria del proceso, como cuando el indiciado acepta la imputación, se allana a los cargos o llega a acuerdos y negociaciones con la Fiscalía, eventos en los cuales renuncia a los derechos de no autoincriminación y a la realización de un juicio oral, público, concentrado con inmediación y controversia probatorias, a cambio de obtener la mutación de cargos, rebajas punitivas o concesión de subrogados penales”⁷.

5.3. Del caso en estudio

La Sala advierte, en primer lugar, que los fundamentos fácticos que sustentan el pedimento de nulidad, no solo fueron avalados por las partes e intervinientes, sino que evidentemente se encuentran acreditados así:

5.3.1 Con ocasión a las presuntas irregularidades contractuales que la Fiscalía investiga –descritas en el acápite 1.º de esta providencia– J. A. S. R., cuando aún no se le adelantaba algún diligenciamiento en su contra, se presentó ante ese organismo manifestando su deseo de colaborar con la administración de justicia. A partir de entonces, se procuró un acuerdo para lograr la terminación del proceso a través de la figura descrita en los artículos 348 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

5.3.2 En el marco de los convenios suscitados entre la Fiscalía y J. A. S. R., se le instó a que renunciara a la institución castrense, y así lo hizo, en primer lugar, del cargo diplomático que desempeñaba en Chile, motivo por el que retornó con su familia a Colombia, y luego como miembro del Ejército Nacional.

⁶ CSJ SP 14 dic. 2005, rad. 21347.

⁷ CSJ AP 3 oct. 2007, rad. 28123, en idéntico sentido, CJS AP 5 dic. 2007 rad. 28771, CSJ AP 23 may. 2011 rad. 35771; CSJ AP 17 jun. 2015, rad. 45622, entre otras.

5.3.3. Tras cuantificar la posible afectación patrimonial, hizo a favor del Ministerio de Defensa un depósito judicial por valor de ciento setenta millones diecinueve mil ciento veintinueve pesos (\$170'019.129).

5.3.4 En la audiencia de formulación de imputación, cumplida el 18 de agosto de 2020 ante un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, J. A. S. R. manifestó no aceptar los cargos, y al final de dicha diligencia, su abogado dejó constancia que tal postura obedecía a que se estaba en el marco de una negociación para celebrar un preacuerdo con la Fiscalía.

A su turno, en la diligencia en la que se estudió la petición de imposición de medida de aseguramiento y se impuso la privación de la libertad del procesado, la defensa no ejerció alguna oposición.

5.3.5 El proyecto de preacuerdo, firmado por el Fiscal Tercero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, la representación de las posibles víctimas, la defensa y el imputado, fue sometido a la revisión del Fiscal General de la Nación, quien impartió la instrucción de declinar, y en su lugar presentar escrito de acusación en contra de J. A. S. R., decisión que basó en razones de política criminal. Tal determinación fue comunicada a la defensa y se prosiguió con la actuación como ya fue reseñada.

La defensa califica como un “*engaño*” la actuación de la Fiscalía, ya que J. A. S. R. con la expectativa de dar por terminado el proceso en su contra y acceder a unos beneficios judiciales, cumplió los compromisos adquiridos al renunciar a la Agregaduría Militar en Chile y al Ejército Nacional, cuyo retorno a Colombia le hizo cambiar el estatus del que gozaba con su familia, además, se despojó de una fuerte suma de dinero, y finalmente, asintió los actos que el ente persecutor propició ante la administración de justicia, pues no solamente fue vinculado procesalmente, sino que fue afectado en su garantía de locomoción.

No obstante, para la Sala la actividad del organismo acusador no puede ser catalogada en un contexto artificioso o tramposo ni en una afrenta al principio de lealtad procesal, porque de entender que la estructura de las negociaciones se proyecta a la consolidación de un acuerdo, es claro que al interior de la Fiscalía se deben cumplir una serie de pasos que obedecen a su organización funcional y jerárquica. Precisamente, fue en ese ámbito que el proyecto de preacuerdo que se pretendía presentar ante esta Corporación no pasó el examen de asentimiento, bajo razones de política criminal, una vez fue sometido a la aprobación del titular de dicha entidad.

Los esfuerzos desplegados por la defensa material y técnica en procura de cumplir los compromisos adquiridos con el Fiscal delegado apuntaban a cristalizar los términos del preacuerdo firmado, sin embargo, no se puede pasar por alto el determinante rol que,

tratándose de investigaciones seguidas contra aforados constitucionales, reside en forma exclusiva en el Fiscal General de la Nación.

En efecto, de conformidad con los artículos 250 y 251 de la Constitución Política, el ejercicio de la acción penal reside en la Fiscalía y es su director general quien tiene la función de “*Investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos servidores que gocen de fuero Constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución*”⁸, así deviene la competencia excluyente de dicho funcionario para promover las actuaciones judiciales que se tramita ante esta Sala Especial, por lo cual la delegación que se surte en los servidores bajo su mando puede ser sometida a la condicionante de aprobación que se describió atrás, la que entiende la Corte, es totalmente legítima.

Con esa perspectiva, no se trató de un “*engaño*” fraguado por la Fiscalía para que sin retribución judicial alguna, J. A. S. R. abandonara las filas del Ejército, renunciara al cargo que desempeñaba en Chile y se despojara de su dinero, sino de una negociación, cuya firma se precipitó con antelación al indispensable beneplácito que debía otorgar el Fiscal General de la Nación, quien finalmente impartió la instrucción de retroceder en el convenio.

A pesar de que resultaría deseable para la defensa conocer las razones de política criminal que se tuvieron en cuenta y que a la postre impidieron la cristalización del preacuerdo, las mismas no requieren tal publicidad, y su desconocimiento “*per se*”, no implica la afectación de garantías constitucionales del imputado.

Deviene legítimo y válido que la actuación de la Fiscalía Tercera Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en el marco de las negociaciones fuera sometida a la revisión y aprobación del Fiscal General de la Nación, razón por la que no se puede exigir que con la suscripción del preacuerdo por su delegado, inexorablemente debía radicarse ante esta Sala, y de tal manera forzar tal decisión, desdeñando el ámbito de discrecionalidad que para estos efectos tiene el titular del ente investigador.

Resultaría reprochable forzar el cumplimiento anticipado de unas obligaciones con miras a la consolidación de un preacuerdo que debe someterse al referido examen, cuya aprobación se insiste, tiene un margen de discrecionalidad en cabeza del titular de la Fiscalía General de la Nación, y si bien las expectativas del sujeto pasivo de la acción judicial penal pueden resultar defraudadas, como sucedió en este caso, no podría imponerse a la Fiscalía la honra de este convenio, sobrepasando la disposición del funcionario constitucionalmente designado para su aprobación.

⁸ Artículo 251 Numeral 1.

A su turno, refulge nítido para esta Corporación que el planteamiento de la defensa desconoce el ámbito de aplicación del instituto de la nulidad, en la medida que la misma cobija actuaciones judiciales, no así las la (sic) actividad de las partes.

Evidentemente, pese a la trascendencia que entrañan las conversaciones, convenios y acuerdos adelantados entre Fiscalía y defensa, mientras no sean sometidos al estudio y decisión de los funcionarios judiciales, no dejan de ser actos entre las partes, por ello, como lo plantearon en el traslado del delegado de la Fiscalía, el representante del Ministerio Público, así como el apoderado de las posibles víctimas, no existe un acto por anular en la medida que, entre el 24 de noviembre de 2020 y esta fecha, no ha existido ningún procedimiento judicial en concreto, por lo tanto, para la Sala, lo rotulado como *petitum* de nulidad, sería forzar la presentación de un preacuerdo cuya suscripción no ha sido aprobada por el funcionario competente para ello.

Para redundar en argumentos sobre este tópico, recuérdese que el literal d. del artículo 8.º de la Ley 906 de 2004 fija la cláusula negativa de emplear el contenido de los diálogos sostenidos entre las partes para llegar a un preacuerdo, cuando este no se perfecciona, a lo que se suma la reserva judicial para su aprobación, lo que impide, por más que se trate, de ubicar esta actuación en el contexto procesal susceptible de anulación, por ende, resulta inocuo el pedimento elevado por el defensor y se negará la nulidad.

Lo anterior motiva a hacer un llamado a la Fiscalía General de la Nación para que en futuras oportunidades, previo a exigir el cumplimiento de compromisos relacionados con proyectos de preacuerdo, se advierta a los imputados y a sus defensores sobre el control institucional jerárquico que este demanda, de suerte que su eventual declinación no consolide efectos negativos que eventualmente puedan resultar insanables.

De cara a la petición alternativa elevada por el defensor de anular lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación a partir del momento en que se le indagó al procesado la posibilidad de allanarse a los cargos, a efecto de que pueda manifestar su aceptación y contar con la oportunidad de acceder a la rebaja prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe la Sala indicar que tal pedimento desconoce el principio de la solución menos traumática desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, en la medida que retrotraer el trámite a este escenario con tal propósito, lo único que haría sería rendir culto a las formas, cuando el remedio refulge evidente en este escenario.

En efecto, en varios pronunciamientos la Sala de Casación Penal⁹ en el marco de la *teoría de la decisión* y siguiendo la *interpretación orientada a las consecuencias*, ha señalado que el operador jurídico tras analizar previamente las secuelas o efectos que puede acarrear una

⁹ Cfr. CSJ SP, 8 ju1. 2009, rad 312809; CSJ SP, 5 may. 2010 rad 31319; CSJ SP 10 may. 2015, rad. 41053; CSJ SP 18 jun. 2017, rad. 45495, entre otras.

determinación, entre todas las variables, debe optar por la mejor, claro está respetando el marco legal. En tales ámbitos la Corporación ha desechado declarar la nulidad cuando advierte una decisión más provechosa para el inculcado a fin de evitarle mayores cargas procesales.

En tal sentido, para esta Sala de Primera Instancia refulge que J. A. S. R. ha tenido disposición de participar en el proceso y procurar su terminación anticipada mediante el allanamiento a los cargos, habiendo escogido la vía consensuada para tal efecto, y ha dejado claro que esa es su intención, precisamente en caso de frustrarse tal propósito primigenio¹⁰.

Por ello, resultaría viable la alternativa que los delegados de la Fiscalía (sic) del Ministerio Público y la representación de las posibles víctimas plantearon en sus intervenciones a fin de privilegiar la intención del imputado postulada desde el comienzo, evitar el desgaste de la administración de justicia, propender por la celeridad y, sin sacrificar la esencia del procedimiento, materializar el derecho que le asiste al procesado en participar en la decisión que lo va a afectar, para lo cual, previo al curso de la formulación de acusación, se habilitaría un escenario para que si a bien lo tiene, J. A. S. R. pueda aceptar los cargos, cumpliendo los criterios del literal I del artículo 8.º de la Ley 906 de 2004, siempre que se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada por la defensa, y, se estudiaría la posibilidad de conceder la rebaja del inciso primero del artículo 351 del mismo ordenamiento.

Esta solución, que es excepcional y solo ante estas aristas fácticas que denotan la intención del imputado en terminar anticipadamente el proceso, se constituiría en la enmienda a los efectos que produjo el escenario resaltado por la defensa, avalado por las partes y demostrado ante esta Corporación, únicamente con el propósito de mantener indemnes sus garantías procesales.

Contrario a lo planteado por el delegado del Ministerio Público, tal postura no se desprende de la interpretación a los precedentes de esta Corporación, pues afirmar que la ausencia de un espacio en la audiencia de formulación de acusación para indagar sobre la posibilidad de allanarse a los cargos, da lugar a que así se haga en los mismos términos y consecuencias de la audiencia de formulación de imputación, concedería una patente para que en todo caso que así se pretenda, se aguarde la presentación del escrito de acusación sin efecto alguno, desdiciendo del carácter premial y progresivo que se otorga a la aceptación de los cargos.

¹⁰ Audiencia de formulación de imputación del 18 de agosto de 2020. Récord 1:30:02 a 1:31:50

En todo caso, como quiera que hasta este momento J. A. S. R. no ha efectuado una manifestación de aceptación de responsabilidad, su presunción de inocencia se mantiene indemne, y la Sala propenderá porque la misma sea resguardada mientras no se demuestre lo contrario.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de justicia,

RESUELVE

Primero.– Negar las solicitudes de nulidad (principal y subsidiaria) invocadas por el defensor de J. A. S. R.

Segundo.– Advertir que en aras de brindar una protección superlativa a las garantías del imputado, se habilitará el escenario previo al curso de la audiencia de formulación de acusación, para que si a bien lo tiene, cumpliendo los criterios del literal I del artículo 8.º de la Ley 906 de 2004, siempre que se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada por la defensa, J. A. S. R. pueda aceptar los cargos, caso en el cual, se estudiaría la concesión de la rebaja que trata el inciso primero del artículo 351 del citado ordenamiento adjetivo.

Tercero.– Señalar que contra esta decisión proceden los recursos de ley, según lo dispuesto en el artículo 176 del aludido Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese y cúmplase.

II. ACLARACIÓN Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

En el presente asunto, con el acostumbrado respeto por las opiniones ajenas, en especial la de mis colegas, revisada la decisión procedo a aclarar y salvar parcialmente el voto con fundamento en las siguientes razones.

A folio 17 de la decisión, se refiere que el preacuerdo suscrito entre las partes –Fiscal delegado, defensa, procesado y, apoderado de víctima– fue objeto de revisión por parte del Fiscal General de la Nación, quien impartió instrucción de declinar la negociación elevada.

Situación que a juicio de la Sala mayoritaria, no puede ser catalogada en un contexto artificioso o tramposo ni en una afrenta al principio de lealtad, en la medida que conforme a la estructura del ente acusador, surge evidente

que al interior de aquella, en las negociaciones adelantadas se debe cumplir con una serie de pasos que “*obedecen a su organización funcional y jerárquica*”, y por ello, es que al ser presentado el preacuerdo a su aprobación no pasó el examen de asentimiento, bajo razones de política criminal que no fueron explicadas, por el titular de dicha entidad.

Por supuesto, entonces se deduce –del cuerpo de la decisión–, que al residir el ejercicio de la acción penal en cabeza del Fiscal General de la Nación y tener la competencia conforme a lo previsto en los artículos 250 y 251, puede aquel perfectamente condicionar las negociaciones adelantadas para la terminación anticipada, a su aprobación.

Sin entrar a discutir tal afirmación, pues ello no es del resorte de esta decisión, ni tampoco de la competencia de la Sala, lo que interesa para la solución del caso, es precisamente que tal situación no fue puesta de presente por el Fiscal Delegado ante la Corte al momento de adelantar las negociaciones con el hoy acusado y su defensor, y las implicaciones que ello tuvo, en las determinaciones que como estrategia defensiva se adoptaron por estos.

Para simplificar, la postura que me acompaña y que marca mi disenso de la decisión adoptada, esta se asienta en el hecho que, al no contar el Fiscal Delegado con la autonomía para adelantar negociaciones conforme a los parámetros previstos en la ley –artículos 348 a 354 de la Ley 906 de 2004 y la Directiva 01 de septiembre 28 de 2006, Directiva 10 de julio 11 de 2016 y la Directiva 01 de julio 23 de DO 18, todas del Fiscal General de la Nación– era deber de este así referirlo a los interesados en el preacuerdo, pues no hacerlo rompe con los postulados de lealtad procesal y buena fe, descritos en el artículo 140 numeral 1.º de CPP y desborda los moduladores de la actividad procesal señalados en el artículo 27 *ejusdem*.

Solo la claridad de la situación anterior, le hubiese permitido en el caso que concita la atención de la Sala, al procesado y su defensor, un análisis claro de la situación y las consecuencias que se podrían derivar, cuando en la audiencia de formulación de imputación le fue planteado el interrogante de allanarse a los cargos. Ello, por cuanto se encontraban en el convencimiento

provocado que las negociaciones que habían adelantado con el Fiscal Delegado ante la Corte llegarían a feliz término, bajo la égida que aquél tenía la autoridad y competencia para hacerlo, al punto que el investigado se sujetó a cada una de las exigencias que le fueron elevadas, tales como: i) la renuncia al cargo que ostentaba, ii) a retirarse del órgano castrense al que pertenecía, iii) retornar junto con toda su familia al País y, iv) realizar el reintegro del incremento patrimonial¹¹, estuvieran estas o no señaladas en la ley, situación que incluso fue expresada en la audiencia preliminar como motivo para no allanarse, al momento de su intervención.

Entendimiento que, parece es acogido tímidamente en la decisión mayoritaria, cuando se aduce que *“en futuras oportunidades, previo a exigir el cumplimiento de compromisos relacionados con proyectos de preacuerdo, se advierta a los imputados y a sus defensores sobre el control institucional jerárquico que este demanda”*, pues no hacerlo podría eventualmente consolidar efectos “insanables” ante la eventual declinación de una negociación, sin que en la providencia se justifique por qué en este evento no se presentan esos efectos.

No es que, esté llamando a equívocos este Magistrado, en la medida que en realidad no surge viable la declaración de nulidad e imposición deprecada por la defensa, en cuanto a que se presente el preacuerdo que fue suscrito, debido a que no es posible imponer al ente acusador que acuda a la terminación consensuada del proceso penal, pues es dicho ente quien detenta el ejercicio de la acción penal; de otro lado, no es susceptible de tal remedio (sic) los actos de parte *—salvo que sea evidente la vulneración de garantías fundamentales, como cuando en la imputación no se indica cuál es el hecho jurídicamente relevante—*; pero además, porque el procesado cuenta con una posibilidad distinta para lograr la terminación anticipada del proceso de forma unilateral. Tal como, se reconoce en la decisión objeto de esta aclaración y salvamento parcial de voto, cuando se acude a la *“doctrina de la decisión”*, reparación que se abre paso cuando se acepta la existencia de una vulneración y existe una compensación

¹¹ Prevista en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

procesal que permite la adopción de un remedio más provechoso para el inculpatado.

Empero, la enmienda más provechosa para el imputado, no surge de permitirle expresar su deseo de aceptar los cargos que le fueron enrostrados de forma unilateral, en la audiencia de acusación, pues esta posibilidad siempre la tendrá latente cuando haga uso de la palabra, sin que para ello sea necesario, medie pregunta por el juez de conocimiento.

Si lo pretendido por la mayoría, era conceder una protección de amplio espectro, fundado en la vulneración de garantías al procesado y, de quien advierto, se encuentra amparado en el principio de confianza legítima que refiere a voces de la Corte Suprema que *“le asiste a las partes frente a las labores ejecutadas... impone ponderar los principios en juego y hacer prevalecer el que le resulta más benéfico a la parte, quien no tiene la obligación de soportar los yerros de los funcionarios que el Estado ha delegado”*¹², y de quien no es atribuible el yerro provocado, pues a voces de la Corte Constitucional se tiene que la figura de la delegación *“presume que subsiste hasta tanto el superior emita un acto que la revoque; en tercer lugar, se tiene que el delegado en el autor real de las actuaciones que ejecuta en uso de las competencias delegadas, y ante él se elevan las solicitudes y se surten los recursos a que haya lugar, como si él fuera el titular mismo de la función”*¹³.

¹² CSJ, SP radicado 36621 de noviembre 30 de 2011.

¹³ Sentencia T-936 de 2001 y T-388 de 2015, T-936 de 2001, allí se predica precisamente de cara al trámite de los aforados, que el Fiscal Delegado actúa como delegado y por ende funge como Fiscal General, por ello en el caso que allí fue materia de estudio se precisó que la decisión adoptada en un trámite de este tipo bajo la ritualidad de Ley 600 de 2000, no admite recurso de apelación pues este actúa como Delegado de las competencias a él conferidas por el titular de la entidad acusadora. Interpretación que además encuentra asidero en posición de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 39156 de noviembre 29 de 2012 que señala: “Cuando el Fiscal General delega en un Fiscal Delegado ante la Corte la función de investigar y acusar a un funcionario con fuero constitucional, lo único que ocurre es que aquél debe ejercer, en las mismas condiciones y con igual responsabilidad, las funciones de las que es detentador el Fiscal General, pero no por ello se convierte al interior del proceso su inferior funcional, ni el procedimiento pasa de ser

Intelección que entonces considero, impone en aras de restablecer los derechos y garantías del aquí procesado, el reconocimiento de la rebaja prevista en el artículo 351 inciso 1.º de la Ley 906 de 2004, ello ante el evento que manifieste su deseo de aceptar unilateralmente los cargos enrostrados, por cuanto le fueron creadas falsas expectativas de acceder a un preacuerdo con un funcionario que no tenía libertad para plantear dicho negocio, y jamás fue advertido de esa situación.

Bogotá, fecha *ut-supra*.

III. COMENTARIO

Introducción

El presente texto contiene un análisis realizado por un grupo de estudiantes a un auto emitido por la Sala Especial de Primera Instancia de la H. Corte Suprema de Justicia. En dicha providencia la corporación judicial resuelve acerca de una solicitud de nulidad invocada por la defensa. Esta alega que su representado cumplió lealmente con los compromisos establecidos con la Fiscalía en desarrollo de un preacuerdo; no obstante lo cual el delegado del órgano de investigación se retractó de lo acordado siguiendo una directiva particular dispuesta por el Fiscal General de la Nación. Propone la defensa que tal situación genera no solo un estado de indefensión para la persona investigada sino además una preclusión de las oportunidades procesales para ejecutar su estrategia defensiva adversarial.

única instancia –que por ese motivo no tiene recurso de apelación– a uno de primera instancia. Esta situación ni siquiera ocurre con los asuntos de los aforados legales, respecto de los cuales conocen los Fiscales Delegados ante la Corte, porque su procedimiento también es de única instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118-2 de la Ley 600 de 200 y 32-9 de la Ley 906 de 2000; luego no es cierto que por el hecho de que conoza un funcionario de inferior jerarquía a la del Fiscal General surja automáticamente el derecho al recurso de apelación”.

Análisis del caso

Luego de transcribir la providencia, se procede a hacer un análisis crítico de la misma. Dicho estudio se enfoca, en primera medida, hacia la figura de la nulidad procesal y la decisión de la Sala en relación con el no decreto de esta. A continuación, se explora lo relacionado con las funciones y rol de la Fiscalía en materia de preacuerdos, así como su incidencia en las garantías del procesado. Finalmente, el análisis se centra en la institución de los preacuerdos y se aplica al caso el argumento asociado con el principio de confianza legítima.

La nulidad como garantía en el proceso penal.

La nulidad –principal pretensión de la defensa en el caso bajo análisis– es la institución prevista por el legislador, específicamente en los arts. 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004, para asegurar la vigencia y eficacia del debido proceso, así como las garantías fundamentales de las partes. En esta medida, la nulidad sanciona las irregularidades presentadas en el marco del proceso y –en respuesta a su gravedad– obliga, de manera excepcional, a que se invaliden las actuaciones afectadas (Corte Suprema de Justicia, AP2339). Su declaratoria opera, según lo ha reiterado en múltiples oportunidades la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como un control constitucional y legal que garantiza la validez de la actuación procesal y asegura a las partes sus garantías fundamentales (Corte Suprema de Justicia, 14728). Así, por su naturaleza y consecuencias en el proceso, es necesario que la persona quien la invoque tenga presente los principios que rigen su decreto, como son: el de taxatividad, acreditación, convalidación, protección, instrumentalidad, trascendencia y residualidad (Corte Suprema de Justicia, SP823-2021).

En algunas oportunidades la jurisprudencia ha definido la nulidad como “un acto procesal extremo”, en virtud de las consecuencias que genera, pues ocasiona la ineficacia de los actos procesales afectados y, por lo tanto,

extiende el proceso. Además, cabe mencionar que las graves consecuencias de la nulidad responden justamente al hecho que las irregularidades que lo generan –arts. 455, 456 y 457 de la Ley 906 de 2004– ocasionan un perjuicio y afectación real, extrema y muy grave sobre las garantías de los sujetos procesales. En otras palabras, en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades, la declaratoria de esta responde de forma consecuente y directa a aquellas irregularidades cuya trascendencia es de tal envergadura que genera un daño real a las garantías de los sujetos. Por ello se entiende que la nulidad en materia penal es el triunfo del garantismo dentro del Estado Social de Derecho (Flórez, 2017).

Ahora bien, la nulidad que se solicita como pretensión principal en el caso objeto de análisis es la correspondiente a lo actuado desde el momento en que la Fiscalía General de la Nación, bajo un criterio de política criminal – ¡que nunca se explicó!– se retractó del preacuerdo. La defensa sustenta esta solicitud en el hecho que tal retractación, que se dio con posterioridad al cumplimiento del preacuerdo por parte del procesado, afectó los derechos y garantías de este, pues, entre otros aspectos, lo condujo a afrontar el curso del proceso pasivamente y conllevó a que se le negara la posibilidad de participar en la terminación de su proceso. Así, y como se plasma a continuación, en este caso se presenta un supuesto muy particular en el que la actuación que genera la violación de las garantías del procesado es aquella que ejecutó la Fiscalía –como una parte muy *sui generis* pues cuenta con las armas del Estado– mas no es juez.

Con el fin de dar cuenta de lo anterior, se examina el contenido material de las garantías que se plantean como vulneradas en el caso. Para empezar, se debe recordar que el derecho de defensa, consagrado en el art. 8º de la Ley 906 de 2004, es aquel principio rector de la actuación procesal que vela porque el imputado tenga, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, una defensa real y material en todo el proceso. En esta medida, según afirma la jurisprudencia, la sola existencia y asistencia de un profesional del derecho no es suficiente para que este derecho se materialice y sea real. Por el contrario, es necesario que la defensa lleve a

cabo, realmente, actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía en el marco de un proceso adversarial, amparado por el principio de igualdad de armas (Corte Suprema de Justicia, SP154-2017). Por lo tanto, el derecho de defensa encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en este último principio, pues garantiza la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso (Sierra, Ortega & Bayona, 2018). En esa línea, tanto la Corte constitucional como la Corte Suprema de Justicia han recordado que el derecho de defensa es una garantía de rango constitucional cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial (Sent. C-127 de 2011, CConst.; Sent. SP154-2017, CSJ).

Asimismo, y en contraste con el caso, se identifica que el desistimiento del preacuerdo por parte de la Fiscalía efectivamente vulnera el derecho de defensa. Esto se debe a que, amparado en la confianza del preacuerdo celebrado con la Fiscalía y ejecutado por el imputado, el defensor de este no llevó a cabo actos tendientes a contrarrestar las teorías de la Fiscalía, ni a proporcionar una defensa real. La defensa fue, por el contrario, absolutamente pasiva. De forma concreta, y nuevamente en virtud de la confianza en el preacuerdo, se renunció a la posibilidad de allanarse a cargos desde la audiencia de formulación de imputación, y, de igual forma, no se hizo contradicción alguna a la imposición de la medida de aseguramiento. En consecuencia, el imputado se encontró ante un absoluto desequilibrio en el proceso, pues bajó sus armas en actitud de lealtad frente a la Fiscalía.

Por otra parte, es oportuno considerar que el debido proceso, pilar del Estado Social de Derecho, es el instrumento conceptual y normativo que permite proteger y hacer efectivos los derechos y garantías fundamentales en los procedimientos judiciales (Corte Suprema de Justicia, 14728). El debido proceso, que es derecho fundamental consagrado en el art. 29 de la Constitución Política, se define “como una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados” (Sent. C-496 de 2015,

CCConst.). En este sentido, el debido proceso constituye la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos. Esto implica, entonces, que las actuaciones de las autoridades se encuentran siempre sujetas a los procedimientos señalados en la ley, y no a su propio arbitrio (Sent. C-496 de 2015, CConst.). En materia penal, específicamente, el debido proceso tiene una incidencia superlativa, pues opera como una garantía para la limitación a las libertades de los individuos, así como un contrapeso al poder del Estado en particular al *ius puniendi* (Sent. T-416 de 1998, CConst.).

En el caso objeto de estudio, el desistimiento del preacuerdo por parte de la Fiscalía también ocasionó la violación del debido proceso del imputado. Al desconocer los términos del preacuerdo, se le negó al investigado la posibilidad de participar en la terminación de la actuación penal que lo involucra, y por esta vía se llevó a cabo un desconocimiento del contenido de los art. 248, 251 y 353 de la Ley 906 de 2004 y el plexo de garantías premiales que de allí emanan.

Con todo lo anterior, se puede afirmar que, en el caso estudiado, efectivamente el actuar de la Fiscalía vulneró las garantías del procesado de forma abrupta. Sin embargo, este supuesto de hecho configura, en relación con la nulidad, una hipótesis muy particular en la que existe un vacío legal. La propia providencia analizada resalta que “refulge nítido para esta Corporación que el planteamiento de la defensa desconoce el ámbito de aplicación del instituto de la nulidad, en la medida que la misma cobija actuaciones judiciales, no así la actividad de las partes”. Así, no se vislumbra en las normas qué pasa cuando el acto de una parte –en este caso con naturaleza jurisdiccional según la Constitución Política y con tanto poder en la estructura del proceso penal acusatorio como lo es la Fiscalía– es el que viola el derecho de defensa y el debido proceso del imputado.

En esta medida, la Sala que decide este caso llena el vacío legal en detrimento de las garantías del procesado; no se puede arribar a otra conclusión, si se aprecia que realmente en esta decisión se debió tener en

cuenta la identidad jurisdiccional otorgada a la Fiscalía por la Constitución Política. Así pues, por la naturaleza misma de la nulidad y la protección que le otorga a las actuaciones procesales –dado que, por esencia, es el instrumento que le permite al juez controlar la irregularidad de la actuación procesal para asegurar a las partes sus garantías fundamentales al derecho a la defensa y al debido proceso– la Corte debió haber hecho una aplicación extensiva de la misma. En este caso era tal la incidencia de la Fiscalía como parte en la actuación, que el juez debió decretar la nulidad como un control constitucional y legal tendiente a garantizar la validez de la actuación procesal y a asegurar a la parte afectada sus garantías fundamentales.

El ente acusador y el desequilibrio en el proceso.

Según dispone el art. 250 de la Constitución Política de Colombia, “[...] la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando lleguen a su conocimiento [...]”. Seguidamente, el artículo 251 de la Carta Magna establece las funciones especiales del Fiscal General de la Nación, entre las cuales está “[...] investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías antes la Corte Suprema de justicia, a los altos servidores que gocen de fuero Constitucional [...]”; también puede asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, y en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir.

Ahora bien, como ya se ha manifestado, la Fiscalía General de la Nación hace parte de la Rama Judicial del Poder Público; sin embargo, como lo afirma la Corte Constitucional en la Sentencia C-232 de 2016, este órgano cumple funciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Entender esto resulta primordial para comprender las facultades y el alcance de las funciones ejercidas

por la Fiscalía, dado que los principios de jerarquía y unidad de gestión solo resultan aplicables a las funciones no jurisdiccionales, introducidos por el artículo 19 del Decreto Ley 1699 de 1991, cuando establece que los fiscales delegados ejercen sus funciones bajo la dependencia de sus funcionarios jerárquicos y del Fiscal General.

A partir de las anteriores disposiciones, es posible afirmar que las facultades de la Fiscalía en muchas ocasiones pueden llegar a ser exorbitantes y romper el principio de igualdad de armas, debido a que “[...] en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales” (Sent. C-616 de 2014, CConst.). Lo anterior adquiere más fuerza si se tiene en cuenta lo dispuesto por el art. 4 de la Ley 906 de 2004 al señalar que “[...] es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación [...]”.

Sin embargo, con el panorama anterior, por más que un juez trate de que la Fiscalía y el procesado tengan una igualdad, esta es imposible de lograr. La Fiscalía no es una simple parte del proceso dado que tiene facultades que, como se pudo ver en las normas jurídicas citadas y en el caso discutido por la Sala, impactan de manera directa en el rumbo de la actuación procesal persecutoria en contra de una persona, y en muchos casos puede vulnerar e impedir el derecho al debido proceso y a la defensa de esta. En el caso concreto, el hecho de que el Fiscal tenga la potestad de asumir directamente la investigación, así como el proceso y cambiar el rumbo de este en cualquier momento, independiente de lo adelantando que vaya, generó que su contraparte se encontrara en un absoluto limbo jurídico, produciéndose un estado de indefensión que conllevó a la violación de sus garantías.

Naturaleza y práctica del preacuerdo en el proceso.

En relación con los preacuerdos la Ley 906 de 2004 en el art. 350 establece que desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Así, se podrán adelantar conversaciones entre el Fiscal y el procesado para llegar a un acuerdo, en el cual este último podrá declararse culpable del delito imputado o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el Fiscal: (i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; y (ii) tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Según el artículo 348 del mismo código, las anteriores actuaciones tienen como fin humanizar la actuación procesal y la pena, así como obtener una agilización del proceso donde se active la solución de conflictos sociales que genera el delito. Lo anterior quiere decir que, en el ámbito de los preacuerdos, es como si la Fiscalía y la defensa se sentaran en plano de igualdad a conversar y procurar una solución al conflicto penal, donde se busquen alternativas razonables para terminar el proceso de manera anticipada, beneficiando a todas las partes (Sánchez, 2020). En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia ha hecho el llamado tanto a la Fiscalía como a los jueces de conocimiento para que los términos de los preacuerdos sean lo suficientemente claros para que todas las partes tengan absoluta claridad respecto a lo que se está conviniendo (Corte Suprema de justicia, SP 2168-2016). De igual forma, la Corte Constitucional ha establecido expresamente que los fiscales delegados no tienen total discrecionalidad en la celebración de preacuerdos, su actividad es reglada y limitada por los hechos del caso. Al respecto, la Corte Constitucional afirma que: “Solo el acatamiento de los fiscales a la normativa vigente sobre preacuerdos permite evitar arbitrariedades en el ejercicio de la acción penal y una efectiva materialización de los principios de igualdad y seguridad jurídica en la administración de justicia [...]” (Sent. SU-479 de 2019, CConst.).

Aplicando lo anterior al análisis que se adelanta, es evidente que los términos del preacuerdo y sus consecuencias no fueron claros para la defensa, lo cual generó en esta el diseño de una estrategia de defensa que consistió en deponer las armas, en línea con la expectativa de lealtad generada inicialmente por la Fiscalía. Pero, adicionalmente, también es notable que la Fiscalía usa una discrecionalidad mayor de la permitida. En relación con esto, es importante traer a colación nuevamente la sentencia SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, en la cual se ven casos reiterados de extralimitación de la Fiscalía a la hora de celebrar preacuerdos en detrimento de las víctimas. Uno de ellos trata sobre dos vehículos que chocaron y, posteriormente, uno de los conductores decide perseguir y disparar con un arma de fuego al otro conductor pues –al parecer– este asumió una actitud que indicaba que no respondería por los daños causados en la colisión. La Fiscalía decide realizar un preacuerdo mediante el cual se establece, en primer lugar, la tipificación de un simple disparo con arma de fuego contra vehículo (CP art. 256) y no una tentativa de homicidio ni lesiones personales, a más de reconocer en favor del imputado la circunstancia atenuante de marginalidad profunda y extrema contemplada en el artículo 56 del Código Penal, rebajando considerablemente la pena a imponer por parte del juez de conocimiento. Lo que salta a la vista no fue solamente que la Fiscalía otorgara un doble beneficio al imputado, sino que además desconoció los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la formulación de la imputación.

Tanto los casos presentados en la Sentencia SU-479 de 2019, así como el caso objeto de análisis en este texto, ponen de manifiesto el amplio margen de discrecionalidad que tiene la Fiscalía en la práctica de celebración de los preacuerdos. Esta amplia discrecionalidad, casi que ilimitada, termina afectando la legalidad y, por ende, las garantías y expectativas no solo de las víctimas (Sent. SP 2073-2020, CSJ), sino también de los procesados.

En esta misma línea de análisis, es indudable que en el caso que involucra al J. A. S. R. no es posible que la defensa ejerza un rol en pie de igualdad ante la Fiscalía para buscar una resolución razonable del conflicto. Para la defensa no existió claridad sobre los términos y las limitaciones del preacuerdo

que se le presentó la Fiscalía y sus diferentes opciones de cumplimiento, lo que terminó en una retractación imprevisible para la defensa. Es también relevante preguntarse en el contexto del presente caso que, si bien por regla general los jueces de conocimiento no deben intervenir en el contenido de los preacuerdos, sí deben controlar y poner un límite cuando los derechos fundamentales de alguna de las partes se vean afectados. Así las cosas, cabe preguntarse ¿por qué la Sala no se pronunció sobre la posible vulneración del derecho al debido proceso que tiene el imputado?

El principio de confianza legítima y su incidencia en el actuar de la defensa.

El artículo 83 de la Constitución Política establece el fundamento legal del principio de confianza legítima, dado que este consagra que tanto las conductas de los particulares como las de las autoridades deberán ser acordes al principio de buena fe. Además, este principio es un criterio utilizado a nivel jurisprudencial en aquellos casos en que el ámbito legal no alcanza para garantizar los derechos de la persona afectada (Estupiñán, 2017). La Corte Constitucional en la sentencia C-478 de 1998 afirmó que el principio de confianza legítima trata situaciones “[...] *en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege (...)*” (subrayado fuera del texto). En concreto, el principio de confianza legítima se entiende como la confianza que tienen los destinatarios sobre los actos y normas que permanecerán en el tiempo, y, por tanto, están sujetas a su respectivo cumplimiento; como se ha dicho: “La confianza que tienen los destinatarios de estos actos o normas en que estas permanecerán en el tiempo de una manera razonable y duradera, pues así fue la voluntad de la administración y ellos se sujetan en su cumplimiento y obediencia” (Zambrano & Navarro, 2009, p. 34).

En referencia al caso analizado, es evidente que el procesado confiaba en la Fiscalía y, por tanto, suscribió y cumplió el preacuerdo con las condiciones que esta impuso durante las negociaciones y que presentó por medio del documento enviado a la defensa el 10 de septiembre de 2020. Es necesario recordar que incluso con anterioridad a ese momento, la persona investigada regresó a Colombia de forma intempestiva, lo que generó una afectación en su estabilidad familiar, renunció de manera voluntaria a su cargo en el Ejército Nacional y al cargo diplomático que ejercía en la embajada de Colombia en Chile; además, reintegró el valor de los beneficios que supuestamente había recibido como consecuencia de las conductas objeto de investigación. Pero, aún más grave, es que el acusado renunció a su derecho de defensa como consecuencia de cumplir cabalmente con las obligaciones asignadas.

De acuerdo con lo anterior, el análisis realizado por la Sala no tuvo presente la aplicación del principio de confianza legítima dado que, aunque el Fiscal está facultado para condicionar la suscripción de los preacuerdos, las obligaciones anunciadas durante las negociaciones son conductas que se presumen de buena fe y por lo tanto es necesario que sean ejecutadas a cabalidad. En otras palabras, el sujeto pasivo de la persecución penal actuó con buena fe pasiva, esto es, con la convicción de que la Fiscalía actuaría con buena fe activa, o sea de manera leal a lo establecido en el preacuerdo. A no dudarlo, esto generó claros perjuicios para el procesado, además, se insiste, una clara vulneración de lealtad procesal dado que, aunque el procesado mantuvo su presunción de inocencia, durante el transcurso de las negociaciones no se le puso de presente dicha información lo que llevó a que ejecutará cada una de las obligaciones que había contraído y que repercutieron en su derecho de defensa, pues no se opuso a la medida cautelar que le fuera impuesta; y en esa medida, tampoco entró a considerar una estrategia defensiva de acuerdo a las circunstancias dentro de una actuación que se supone de tipo adversarial (Ferrajoli, 2018).

Por otro lado, se debe enfatizar respecto a la inseguridad jurídica sobre la figura del preacuerdo pues, tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional, el principio de confianza legítima “[...] deriva de los

postulados constitucionales de seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe, y busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la Administración” (Sent. T-020 de 2000, CConst.). Dado que, si en el caso objeto de análisis, el procesado hubiera tenido claro conocimiento respecto de la facultad del Fiscal de condicionar la suscripción del preacuerdo –bien sea porque el Fiscal lo hubiera puesto de presente en el desarrollo de las negociaciones o su representante tuviera conocimiento de ello– el procesado no hubiera confiado de la misma manera, pues los puntos acordados estaban supeditados a la revisión de su director general, y por tanto, su defensa hubiera podido optar por otro mecanismo que se alineara, válidamente, pero de mejor forma, a sus intereses.

Conclusiones

Es evidente que la discusión alrededor del fallo analizado, en especial lo relacionado con los efectos de la retractación del preacuerdo que ya había sido suscrito y cumplido por la defensa, es amplia y, por lo tanto, deben contemplarse múltiples aspectos. En primer lugar, se debe resaltar que tal retractación conllevó a la violación de las garantías fundamentales, del derecho de defensa y del debido proceso de J. A. S. R., lo que ameritaba y requeriría, por su incidencia en el proceso, una declaratoria de nulidad, independientemente del vacío legal frente a este escenario. También se puede concluir, en segundo lugar, que las facultades de la Fiscalía en materia de preacuerdos resultan exorbitantes y excesivas, dado que el imputado puede, como muestra el caso, perder el control de su proceso y con ello, la facultad de tomar decisiones que a la larga determinan y afectan sus garantías constitucionales. Una tercera conclusión está orientada a señalar que la forma en que la Fiscalía puede presentar los términos de los preacuerdos no resulta clara y, por tanto, no constituye un verdadero límite legal, alterando la naturaleza y el fin último de aquellos; así pues, ese tipo de actuaciones configuran en sí mismas una violación flagrante al principio de confianza legítima.

Ahora, si bien en el caso concreto la Corte no decidió decretar la nulidad, los efectos que su decisión tuvo, en términos prácticos, equivale parcialmente a esto, pero técnicamente no es equiparable, debido a que el rol del juez en el proceso penal es garantizar la validez de la actuación procesal. De forma concreta, se debió decretar la nulidad de todo lo actuado desde la retractación del preacuerdo efectuada por la Fiscalía, de manera tal que se reconociera la incidencia que este acto de parte tuvo en la actuación. Sin embargo, es claro que esta propuesta podría llegar a ser problemática teniendo en cuenta que legalmente el concepto de nulidad es restrictivo. Lo anterior permite evidenciar que en el sistema procesal penal colombiano existe un vacío jurídico sobre lo que se debe hacer en los casos en los que las actuaciones extraprocesales de la Fiscalía vulneren los derechos y garantías procesales.

Referencias

- Auto AP2339 (2017, abril 18). Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Encinales, J. D. & Echeverry, C. A. (2016) *El debido proceso en el sistema penal acusatorio colombiano* [Tesis de pregrado de Derecho, Universidad de San Buenaventura de Cali] http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/bitstream/10819/4864/1/debido_proceso_penal_encinales_2016.pdf
- Estupiñán, A. B. (2017). Principio de confianza legítima y ordenamiento territorial en los asentamientos humanos en zonas de alto riesgo en Colombia. [Universidad Católica de Colombia]. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14744>
- Ferrajoli, L. (2018). Pactos penales y crisis de la jurisdicción, En: *Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, vol. 3 (pp. 270-288). Hammurabi.
- Flórez, L. D. (2017) *El principio constitucional del debido proceso como causal de nulidad en el proceso penal colombiano* [Tesis Facultad de Posgrado y Formación Continuada, Especialización en Derecho Penal y Criminología] <https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/4271>
- Gómez, E. A & González, J. C. & Torres, B. M. (2018) *Garantías constitucionales del derecho de defensa en las audiencias preliminares* [Tesis Especialista en Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre]. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/11851>
- Gómez, E. E. (2021) *La vulneración del Principio de Confianza Legítima en la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad en Colombia ante la variación del*

- precedente jurisprudencial* [Trabajo de Grado para Optar por el Título de Magister en Derecho]. Universidad Santo Tomás de Bucaramanga. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/31996?show=full>
- Ley 906 (2004, septiembre 1). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.658 del primero de septiembre de 2004*. Imprenta Nacional.
- Sánchez, A. F. (2020, diciembre 9). De preacuerdos, inquisición y otros demonios. *Ámbito jurídico Legis*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/penal/de-preacuerdos-inquisicion-y-otros-demonios>
- Sentencia T-416 (1998, agosto 12). [Expediente T-160646]. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-416-98.htm>
- Sentencia C-478 (1998, septiembre 9). [Expediente D-1945]. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-478-98.htm>
- Sentencia T-020 (2000, enero 24). [Expediente T-245137] Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-020-00.htm>
- Sentencia C-616 (2014, agosto 27). [Expediente D-10110]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-616-14.htm>
- Sentencia C-496 (2015, agosto 5). [Expediente D-10451]. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-496-15.htm>
- Sentencia C-232 (2016, mayo 11). [Expediente D-10901]. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-232-16.htm>
- Sentencia SU-479 (2019, octubre 15). [Expedientes (i) T-6.931.099 y (ii) T-7.256.420 acumulados]. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU479-19.htm>
- Sentencia (2001, marzo 12). Radicado 14728. Magistrado Ponente: Jorge Córdoba Poveda. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia]. https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_penal_e_no_14728_de_2001.aspx#/
- Sentencia SP2168-2016 (2016, febrero 24). Radicado 45736. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. [Colombia]. <https://>

www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2mar2016/SP2168-2016.pdf

Sentencia SP2073-2020 (2020, junio 24). Radicado 52227. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. [Colombia]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020\(52227\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2020/SP2073-2020(52227).pdf)

Sentencia SP823-2021 (2021, marzo 10). Radicado 57194. Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. [Colombia]. [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2021/SP823-2021\(57194\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1may2021/SP823-2021(57194).pdf)

Vázquez, J. (2006) *Preacuerdos y negociaciones entre fiscal y procesado implantados por la Ley 906 de 2004* [Tesis de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes] <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/22862/u271431.pdf?sequence=1>

Zambrano, L. I. & Navarro, A. (2009) *El principio de la confianza legítima para establecer una contratación pública eficiente*. [Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana] <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16915/ZambranoInfanteLauraIsabel2009.pdf?sequence=3>