El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PREACUERDO / DEGRADACIÓN DE AUTOR A CÓMPLICE EN DELITO UNIPERSONAL / NO ES PROCEDENTE MODIFICAR EL NÚCLEO FÁCTICO DE LA CONDUCTA TÍPICA / JUEZ DEBE EJERCER CONTROL MATERIAL / SENTENCIA SU479-19.**

Se debe decidir el grado de acierto de la decisión de primera instancia, en la cual, en lo esencial, el juez de primer grado consideró que en aplicación del precedente SU – 479 de 2019 de la Corte Constitucional, que decidió algunos asuntos de relevancia en materia de preacuerdos, no era posible que en ese tipo de convenciones se desconociera el contexto fáctico del caso, para degradar el grado de participación de autor a cómplice cuando se trataba de un delito unipersonal, por lo cual improbó la convención celebrada entre la FGN y el acusado. (…)

Según… la sentencia SU–479 de 2019, el presupuesto de todo preacuerdo consiste en “no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, lo que incluye obviamente todas las circunstancias específicas de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica”.

Precisamente esa insistencia en el respeto al marco fáctico del caso se convierte en un condicionante que impediría celebrar preacuerdos donde la convención desconozca el marco óntico, como podría suceder: i) cuando una persona es capturada con 20.000 gramos de marihuana (inciso 1º del artículo 376 del CP) y por vía de un pacto entre la FGN y la defensa se dice que la cantidad de estupefaciente decomisado fue inferior a 10.000 gramos de ese material; ii) cuando en un delito similar se captura al procesado llevando consigo cocaína y se hace constar en el preacuerdo que para efectos de la negociación la sustancia será tenida como el alucinógeno marihuana…

En opinión de la Sala ese es el sentido que se le debe dar a ese segmento de la sentencia C-479 de 2019, ya de manera específica, en el apartado 44 de esa providencia se manifiesta que los fines de los preacuerdos solo se ven materializados “… cuando existen criterios objetivos para su delimitación...”, lo que impide modificar el marco fáctico de la imputación o la acusación, en aquello que es objetivo…

… en este evento el factum de la acusación no corresponde en modo alguno a una situación de concurso de personas en la conducta punible, ya que conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 337 del CPP, se entiende que el escrito de acusación se dirigió exclusivamente contra el señor José AMM, quien fue acusado como único autor de la violación del artículo 376 del CP, lo cual tiene notoria injerencia frente a la decisión a adoptar en este caso, donde por vía de preacuerdo se degradó la participación del acusado de autor a partícipe de ese delito en la modalidad de complicidad…

Por eso se considera que al no presentarse un evento de concurso de personas en el delito que se investiga, la degradación de la conducta del señor AMM, de autor a partícipe del injusto investigado, significó una modificación del contexto fáctico de la acusación, que fue enmarcada dentro del ámbito de un delito unipersonal, por lo cual no resultaba posible que se redefiniera la intervención del incriminado bajo la forma de complicidad, ya que se alteró la imputatio factii, a efectos de modificar la imputati iuris, con el propósito de retribuir su avenimiento a los cargos presentados en su contra.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020)

Acta Nro. 099

Hora: 2:18 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN, el agente del Ministerio Público y la defensora del señor José AMM, en audiencia del 14 de enero de 2020 en la cual el juez 7º penal del circuito de esta ciudad, no aprobó un preacuerdo suscrito entre el ente investigador y el procesado.

2. HECHOS

2.1 De conformidad con el escrito de acusación los hechos materia de investigación son los siguientes:

*“El día 25 de septiembre de 2015, a las 16.40 horas, aproximadamente, servidores de Policía Nacional - adscritos a la Estación Pereira se encontraban realizando labores de patrullaje por el sector de la Avenida del Ferrocarril y observaron a un joven de sexo masculino, quien al notar la presencia de los policiales saca voluntariamente de la pretina de la pantaloneta una (01) bolsa transparente que en su interior contenía 180 papeletas de papel color café con figuras naranjas que en su interior contenía una sustancia pulverulenta color habano, con olor y características similares a estupefaciente, por tal motivo procedieron a identificarlo, manifestando llamarse AMM, C.C. 9.924.006 de Risaralda (Caldas), no exhibió el documento de identidad, posteriormente le dieron a conocer sus derechos como persona capturada y lo trasladaron a las instalaciones de la URI para su respectiva judicialización.*

*Refiere el Informe de Investigador de Campo FPJ -11-, calendado el día 15-09-2015, suscrito por el PT. SEBASTIÁN GIRALDO GUERRERO, adscrito a SIJIN - URI Pereira - Perito PIPH; que sometida la sustancia a análisis de PIPH arrojó como resultado POSITIVO PARA COCAÍNA Y SUS DERIVADOS, con un PESO NETO DE DIECISIETE PUNTO DOS (17.2) GRAMOS.*

*El Juzgado Promiscuo Municipal con función de Control de Garantías de Balboa (Risaralda) Turno de Permanencia en Pereira, el día 26/09/15, impartió legalidad a la captura del señor AMM, por encontrar reunidos y debidamente acreditados los requisitos de los Art. 301, 302 y 303 del C.P.P. La Fiscalía le comunicó y formuló imputación por la conducta punible de TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, conducta prevista como punible en el Art. 376 del Código Penal, actualizada en el verbo rector “llevar consigo", ubicable dado el tipo y peso de sustancia en el INCISO 2 de la misma norma; artículo modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, imputación que NO fue ACEPTADA por el encartado.*

*De los EMP, EF e información legalmente obtenida, considera la Fiscalía que se puede AFIRMAR. CON PROBABILIDAD DE VERDAD que el señor(a) AMM, identificado con C.C. 9.924.006 de Risaralda (Caldas), fue capturado cuando SIN PERMISO DE AUTORIDAD COMPETENTE “llevaba consigo” (17.2) GRAMOS DE COCAÍNA, lesionando SIN JUSTA CAUSA el bien jurídico de LA SALUBRIDAD PUBLICA, toda vez que el literal “j” del Art. 2 de la Ley 30 del 1986, establece la dosis de uso personal; que el(la) señor(a) AMM es persona mayor de edad y estaba en capacidad de entender la ilicitud de su conducta y de actuar de manera distinta; por tal motivo la Fiscalía General de la Nación ACUSA a AMM como AUTOR(a), a título de DOLO del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, conducta prevista como punible en el Art. 376 del Código Penal, modificado por el Art. 11 de la Ley 1453 de 2011, ubicable dado el tipo y peso de sustancia en el INCISO 2 de la misma norma; actualizada en el verbo rector “LLEVAR CONSIGO”.*

2.2 Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 26 de septiembre de 2015 (fls. 5-6). En esas diligencias se le formuló imputación al señor AMM por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el cual no aceptó.

2.3 El proceso fue asignado al Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Función de Conocimiento (fl. 7). La audiencia de formulación de acusación se celebró el 30 de marzo de 2016 (fl. 13). La audiencia preparatoria inició el 13 de julio de 2016 (fl. 17).

2.3 El 14 de enero del año en curso, al FGN puso en consideración del juez de conocimiento un preacuerdo suscrito con el procesado, el cual fue improbado por dicho funcionario, motivo por el cual la delegada del ente investigador, el agente del Ministerio Público y la defensora del señor José AMM apelaron dicha decisión.

3. SOBRE EL PREACUERDO PUESTO EN CONSIDERACIÓN DEL A QUO

3.1 INTERVENCIÓN DELEGADA FGN.

Al inicio del juicio oral, la delegada de la FGN puso en consideración del juez de conocimiento un preacuerdo que había suscrito con el procesado, sobre el cual argumentó lo siguiente:

* La defensora del señor José AMM manifestó que su representado quería someterse a un preacuerdo, y le hizo al procesado las advertencias sobre las consecuencias que tendría su aceptación de cargos, a cambio de lo cual recibiría como contraprestación que se degradara su responsabilidad de “autor”, a “cómplice” respecto a la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por la cual viene siendo investigado, con base en lo dispuesto en el artículo 30 inciso 2º del CP, lo que le significaba una pena menor .
* También se le explicó al procesado que si dicha negociación no era aprobada, las conversaciones adelantadas no se tendrían en cuenta.
* La fiscal le puso de presente al acusado los hechos por los que fue aprehendido en situación de flagrancia y los EMP con que contaba la FGN para su judicialización.
* El procesado dijo que de manera libre, consciente y voluntaria aceptaba los cargos por la violación del artículo 376, inciso 2º del CP, por lo cual se procedió a presentar el preacuerdo, el cual tiene como único aspecto de negociación la degradación de su grado de participación en la conducta punible investigada. En tal virtud, de ser aprobado el preacuerdo, la pena que le sería impuesta al señor José AMM sería de 32 meses de prisión y multa de 1 SMLMV, para el año 2015.
* Solicitó que se realizara la verificación del preacuerdo presentado, mencionando para tal fin los EMP respectivos con que contaba la FGN.

3.2 DELEGADO DEL MINISTERIO PÚBLICO

* Coadyuvó la petición de la delegada de la FGN, por considerar que la misma se adecuaba a los requisitos del artículo 348 del CPP, ya que con el preacuerdo se estaba dando solución a un conflicto, máxime si se le debía dar pronta solución al caso ya que los hechos ocurrieron en el año 2015.
* Al señor AMM se le incautaron 180 papeletas con sustancia estupefaciente. Si bien el informe técnico fue positivo para cocaína, lo real es que según la descripción realizada de esa sustancia en el informe técnico, lleva a inferir que se trataba de “bazuco”, cuyo uso y comercio tiene efectos bastante negativos en nuestra sociedad.
* La forma en la que estaba distribuida la sustancia y el lugar donde se realizó el procedimiento de captura del encartado, permiten inferir que esa sustancia estaba destinada a ser suministrada a terceras personas.
* La cantidad de droga incautada desborda los límites establecidos por el legislador y por lo tanto la conducta del acusado merece un reproche penal.
* Finalmente se mostró de acuerdo con la pena pactada entre las partes para el grado de complicidad en la conducta que se pactó con el procesado.

3.3 DEFENSORA:

* Los términos del preacuerdo correspondían a lo expuesto por la delegada de la FGN.
* Aseguró que había asesorado a su representado frente a la aceptación de cargos que estaba dispuesto a realizar, quien fue enterado debidamente sobre los beneficios y consecuencias de ese acto.

4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DE RECURSO

El juez de primer grado no aceptó el preacuerdo que fue sometido a su estudio, con fundamento en lo siguiente:

4.1 En primer lugar procedió a verificar con el procesado su capacidad para comprender los términos de la negociación y sus efectos, frente a lo cual el señor AMM adujo que había consumido marihuana pero que el momento de la audiencia no se encontraba afectada su capacidad de razonar y comprender lo expuesto por la delegada de la FGN. Además dijo que su abogada lo había asesorado debidamente, que sabía que de ser aprobado el preacuerdo sería condenado a la pena de 32 meses de prisión, y que de manera libre aceptaba los cargos señalados en esa convención.

3.2 En lo que atañe al preacuerdo propuesto, el juez de primer grado consideró lo siguiente:

* El delito objeto de imputación no impide que se le otorgue al acusado una rebaja de la pena, máxime si en este pacto se le está otorgando solamente un beneficio y se está fijando la pena dentro de los parámetros legales establecidos.
* Con los EMP allegados por la FGN se avizora que efectivamente la responsabilidad del acusado se encuentra acreditada a través del formato de captura en situación de flagrancia y los resultados de la prueba de PIPH que fue realizada a la sustancia estupefaciente que le fue incautada al señor José AMM, la cual superaba de manera ostensible la cantidad autorizada por la ley, fuera de que la misma venía distribuida en un monto considerable de papeletas. Por lo tanto se contaba con el material probatorio pertinente para establecer la responsabilidad del acusado, aunada a su voluntad de aceptar el cargo formulado.
* El problema jurídico se limita a establecer si de conformidad con la línea jurisprudencial vigente de la Corte Constitucional, es posible o no realizar un preacuerdo respecto a la ficción consistente en la degradación de la participación en la conducta de autor a cómplice, por tratarse de un caso donde solamente hay un acusado.
* Con base en la sentencia SU-479 de 2019, se debe decidir si ese pronunciamiento es aplicable dentro de la presente causa, ya que ese precedente data del mes de octubre del 2019, mientras que los hechos investigados acaecieron el 25 de septiembre de 2015.
* Frente a dicho aspecto se debe tener en cuenta que en la sentencia CSJ SP ST-6808 de 2016, radicado 43837 se cambió la línea de jurisprudencia de esa corporación, que inicialmente consideraba que cuando la FGN solicitaba una sentencia absolutoria, el juez tenía que acoger dicho pedimento. En esa providencia la SP de la CSJ modificó su postura, dejando al arbitrio del fallador la facultad de absolver o condenar, aplicando de manera inmediata ese nuevo precedente, anulando la absolución que se había proferido para que se dictara un nuevo fallo. Sin embargo, dentro del proceso conocido como el caso de “Los Nule”, el órgano de cierre en materia penal dijo que se debían aplicar los principios de legalidad y favorabilidad y por lo tanto ese precedente solo era aplicable a casos posteriores a ese pronunciamiento.
* Se debe aplicar el precedente mencionado, porque dentro del citado caso de “Los Nule”, la SP de la CSJ advirtió que la jurisprudencia a tener en consideración es aquella que se encuentra vigente en el momento del acto procesal como tal, y no la que imperaba para la fecha de la comisión de los hechos, y en la actualidad rige la sentencia SU-479 de 2019, y por eso la legalidad del presente preacuerdo se debe examinar de acuerdo a esa decisión de la Corte Constitucional que es la que se encuentra vigente para la fecha del preacuerdo celebrado con el señor AMM.
* En la sentencia SU 479 de 2019, se manifiesta que el principio de favorabilidad no es taxativo, máxime cuando dicha providencia establece lo siguiente: i) el juez de conocimiento tiene la facultad para realizar un control formal y material del preacuerdo, lo que no sucedía con anterioridad a ese precedente ;ii) es obligación para los fiscales acatar las directrices que sobre la materia anuncia la FGN y iii) por vía de un preacuerdo no es posible desconocer el contexto fáctico , para reconocer situaciones inexistentes, sobre lo cual citó apartes relevantes de ese fallo.
* En ese precedente, que debe aplicarse por tratarse de una sentencia de unificación en sede de tutela, la Corte Constitucional considera que se necesitan elementos probatorios mínimos para respaldar los hechos jurídicamente relevantes.
* En el caso objeto de estudio no se cumplen los parámetros exigidos esa Corporación, ya que al ejercer un control material a la acusación no resulta lógico ofrecer la máxima rebaja establecida, cuando se está *ad portas* de iniciar el juicio oral, lo que indica que existió un desgaste de la judicatura, situación que debió ser evaluada a la hora de otorgarle al procesado una rebaja tan extrema en virtud de la degradación del cargo de autor, a cómplice de la violación del artículo 376-2 del CP..
* Pese a que la sentencia SU- 479 de 2019 examinó el tema del reconocimiento de situaciones de marginalidad, igualmente indicó que en materia de preacuerdos, no se pueden desconocer las circunstancias fácticas del caso sometido a investigación penal, y en el asunto de la referencia existe un informe de captura en flagrancia en el que se plasmó que unos miembros de la policía vieron en actitud nerviosa al señor AMM, haciendo referencia de manera exclusiva a esa persona, quien al hacerle el requerimiento respectivo, hizo entrega de la sustancia ilícita que portaba, la cual resultó ser cocaína, con un peso de 17.2 gramos, que venía distribuida en 180 papeletas.
* De lo anterior se deduce que la complicidad no puede predicarse en aquellos delitos en los que existe un solo autor, pues aquella figura jurídica exige la pluralidad de personas (autor y cómplice), lo que no ocurre en el presente caso donde al acusado actuó solo.
* Algunos fiscales sostienen que las sustancias ilícitas pueden provenir de una organización criminal y que por lo tanto se entiende que hay una pluralidad de personas involucradas, y que entonces se podría hablar de la figura de la complicidad. Sin embargo de atenderse a esa regla de experiencia, ello conllevaría a que en esos casos la FGN siempre debería imputar el delito de concierto para delinquir, o la circunstancia de mayor punibilidad por la intervención de un sujeto activo plural en el delito, así este sea unipersonal, lo cual no se cumple en la práctica ya que los delegados del ente investigador no pueden acreditar tal supuesto, pues no es una máxima de la experiencia, y además se debe recordar que el delito previsto en el artículo 376 del CP es un tipo de conducta alternativa y por ello una persona puede vender y/o suministrarle estupefacientes a otra, quien de manera independiente la va a portar, sin que entre ambas exista relación alguna, pues ambas están actuando ilícitamente, pero de manera autónoma.
* Por lo tanto en el presente asunto, y pese a advertir que no comparte los términos de la sentencia SU – 479 de 2019, por sus deplorables consecuencias frente a la justicia premial, consideró que no le era posible aceptar el preacuerdo en lo relativo a la complicidad que se pactó entre la FGN y el acusado AMM, por la violación del artículo 376 del CP, al tratarse de un delito unipersonal, por lo cual improbó el preacuerdo puesto a su consideración.

5. SOBRE LOS RECURSOS INTERPUESTOS

5.1 Delegada FGN (Recurrente)

* Con el preacuerdo celebrado no se está vulnerando o generando una mala práctica o una interpretación errada, en cuanto a las máximas de la experiencia frente a la violación del artículo 376 del CP.

* En casos como el presente se tiene conocimiento de que quien porta sustancia estupefaciente necesariamente tuvo que haberla recibido de otra persona y que simplemente su papel es trasladar la sustancia ilícita a otro sitio para efectos de su distribución, y por eso se ubicó la conducta del acusado AMM, dentro de la inflexión verbal “llevar consigo” del artículo 376 del CP.
* La interpretación jurisprudencial que se le ha dado a los preacuerdos ha permitido degradar el grado de responsabilidad de autor a cómplice para efectos de esas convenciones.
* Se debe continuar aplicando esa línea jurisprudencial porque la gran cantidad de investigaciones que se adelantan por el delito de tráfico de estupefacientes, generan un obstáculo para la administración de justicia, y por ello no resulta viable adoptar una decisión que termine por desestimular ese tipo de acuerdos, pues lo que se pretende es que con la aceptación de cargos el acusado reciba el beneficio de una rebaja de pena, lo cual no vulnera derechos fundamentales ni afecta a la administración de justicia.
* En consecuencia pidió que se revocara la decisión que improbó el preacuerdo, a efectos de que se pueda proferir la sentencia condenatoria respectiva, ante el allanamiento a cargos por parte de señor AMM, en aplicación de los mecanismos de justicia premial introducidos por la Ley 906 de 2004.

5.2 Delegado del Ministerio Público (Recurrente)

* Solicitó inicialmente que se resolviera el presente asunto lo más rápidamente posible, con el fin de que la causa eventualmente no prescriba debido a que la formulación de la imputación se realizó el 26 de septiembre de 2015.
* Frente a la decisión adoptada por el *A quo,* señaló que si bien era cierto el funcionario de primer grado había ofrecido todas las explicaciones tanto jurisprudenciales como dogmáticas frente al asunto debatido, se debía tener en cuenta que las sentencias de unificación tienen efectos similares a las sentencias de constitucionalidad, las cuales son *erga omnes*, mientras que las primeras a las que se hizo alusión tienen efectos generalizados.
* Es preciso establecer que las sentencias SU son aplicables frente a situaciones análogas, y por ello, en la sentencias SU-479 de 2019 se hizo referencia a dos casos específicos: i) el primero acontecido en el municipio de Dosquebradas, en el que una persona de unas condiciones socioeconómicos altas se le reconoció la condición de marginalidad en un asunto relacionado con un porte ilegal de armas; y ii) el segundo tenía que ver con un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, donde se estaba reconociendo esa misma condición al procesado.
* Dentro de las presentes diligencias, mal haría la FGN reconocer la circunstancia prevista en el artículo 56 del CP a la cual se ha hecho mención, con base en los postulados de la SU 479 de 2019, ya que lo que aquí se debate tiene que ver con el reconocimiento de un aspecto que afecta la tipicidad, porque la coparticipación criminal es un dispositivo amplificador del tipo penal, circunstancia que efectivamente puede ser modificada a través de la realización de un preacuerdo, así se vulnere el principio de accesoriedad.
* El juez de conocimiento considera que no es viable mutar el grado de participación del acusado, acudiendo a la ficción de considerarlo partícipe y no autor de la conducta de violación del artículo 376 del CP, ya que en el presente evento no se encuentra acreditado que exista un cómplice, pues necesariamente debía existir un autor, pero como precisamente se trata de una ficción, no resulta válido dar aplicación a “rajatabla” a la sentencia SU-479 de 2019 como lo hizo el *A quo* , máxime cuando en la decisión se indicó que la FGN no ha establecido las reglas específicas frente a casos como el estudiado, ya que se debe tener en cuenta que esa entidad expidió la directiva 01 del 2019, que se relaciona es con el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, si no cuentan con elementos para ello. Sin embargo hay que recordar que el ente investigador es el dueño de la acusación, y frente al caso específico no ha fijado las pautas respectivas en delitos unipersonales dentro del marco del artículo 250 de la CP y del principio de legalidad, en aras de realizar las modificaciones pertinentes a los preacuerdos.
* El preacuerdo puesto en consideración del juez de conocimiento no vulnera el principio de legalidad, porque precisamente no se opone a las reglas que rigen esos pactos, y lo que hizo el juez de primer grado fue una interpretación *in extenso* y con unos alcances que no los contiene la norma, para negar la mutación de la imputación a un dispositivo amplificador del tipo, que permitiría dar solución al caso del señor AMM.
* La coparticipación puede presentarse en los delitos de verbos alternativos, porque de lo contrario, dicha situación solo se configuraría en aquellos punibles cometidos “de propia mano”, y de llegar a prosperar la perspectiva del juez de primer grado, se generaría un retroceso en el sistema penal de carácter premial.
* Solicitó que se revocara la decisión de primer nivel y se diera aval a la negociación puesta en consideración, ya que en el caso concreto no es aplicable el alcance de la sentencia SU-479/2019 porque no se trata de una situación análoga a los hechos examinados en ese precedente.

5.3 Defensora del procesado (Recurrente)

* El juez de conocimiento realizó un análisis de la sentencia SU- 479 de 2019, sobre una acción de tutela que se refiere a los dos casos específicos a los que hizo alusión el representante del Ministerio Público.
* La interpretación del juez de primer grado sobre el contenido de esa sentencia atenta contra el sistema premial previsto en la Ley 906 de 2004, el cual ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la SP de la CSJ.
* De la lectura al fallo en comento se puede inferir que se le está poniendo un límite al poder punitivo del Estado, y a su modo de ver lo que buscó ese precedente de la Corte Constitucional era limitar excesos y abusos en la negociaciones y los acuerdos celebrados entre la FGN y el sentenciado.
* El tema de la marginalidad que se examinó en ese fallo no puede ser comparado con el asunto objeto de estudio. La Corte Constitucional fue específica y utilizó los términos que le dan facultades discrecionales a la FGN, para hacer negociaciones y su teleología es prevenir que se incurra en excesos y arbitrariedades como ocurre en el caso de los delitos sexuales donde están involucrados menores de edad, en los que debe existir un mayor control formal y material sobre ese tipo de acuerdos.
* La sentencia SU 479 de 2019 no habla de discrecionalidad, sino de una arbitrariedad que fue lo que se cometió en los dos eventos que estudió, en los cuales se reconoció indebidamente la condición de marginalidad frente a actos sumamente reprochables.
* El presente asunto es sustancialmente diverso a los dos casos concretos que fueron estudiados en la sentencia SU-479 de 2019, por lo que considera que en el caso *sub examen,* la FGN conserva la facultad de pactar la degradación de la responsabilidad del acusado de autor a cómplice, máxime cuando en este caso se está respetando el principio de legalidad, no existe un abuso ni arbitrariedad, no hay un exceso en los beneficios que podía ofrecer el ente investigador, y no se están lesionando los derechos fundamentales, ni el bien jurídico protegido que es de la salud pública.
* Si bien es cierto al procesado se le ofreció la máxima rebaja establecida, esto no quiere decir que esa situación sea un exceso o que la presente investigación se equipare a las argumentaciones realizadas en la sentencia SU 479 de 2019.
* Resulta absurdo pretender que para que se dé una negociación y un preacuerdo debe estar probada la complicidad, pues de ser así y estar probada dicha circunstancia, debería hacer parte de la imputación o la acusación.
* No existe al interior de la FGN alguna directriz relacionada con los preacuerdos en los que se degrada la participación de un autor a cómplice, y por lo tanto resulta procedente aprobar la negociación efectuada con representado, quien al asumir su responsabilidad por el delito investigado favorece el desarrollo del proceso, independientemente del momento procesal que haya tomado esa la decisión.
* El artículo 351 del CPP hace referencia a las rebajas de la pena establecidas frente a aquellos casos en los que existe un allanamiento pleno a los cargos, pero en el presente caso se dio una negociación mediante el cual se degrada la forma de participación de autor a cómplice, lo que indica que se trata de un contexto fáctico distinto al de los casos examinados en la sentencia SU-479 de 2019, que fue interpretada de manera errónea por parte del juez de primera instancia.
* Por lo tanto pide que se revoque la decisión protestada y que en consecuencia se avale el preacuerdo celebrado con el señor AMM, a efectos de que el *A quo* profiera la sentencia respectiva.

6. CONSIDERACIONES LEGALES

6.1 Esta Sala es competente para conocer del presente recurso, en atención a lo dispuesto en el artículo 34-1 del CPP.

6.2 Problema jurídico a resolver:

6.2.1 Se debe decidir el grado de acierto de la decisión de primera instancia, en la cual, en lo esencial, el juez de primer grado consideró que en aplicación del precedente SU – 479 de 2019 de la Corte Constitucional, que decidió algunos asuntos de relevancia en materia de preacuerdos, no era posible que en ese tipo de convenciones se desconociera el contexto fáctico del caso, para degradar el grado de participación de autor a cómplice cuando se trataba de un delito unipersonal, por lo cual improbó la convención celebrada entre la FGN y el acusado.

6.2.2 Al examinar el *factum* de la acusación, queda claro que el señor AMM fue capturado el 25 de septiembre de 2015 porque en su poder fue hallada una bolsa que contenía 180 papeletas de una sustancia que posteriormente fue identificada como positiva para cocaína y que tuvo un peso de 17.2 gramos. Por tal causa la FGN lo acusó como: *“AUTOR a título de DOLO del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, conducta prevista como punible en el artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, ubicable dado el tipo y peso de la sustancia en el INCISO 2 de la misma norma; actualizada en el verbo rector “LLEVAR CONSIGO””[[1]](#footnote-1)* (Subraya ex texto)

6.2.3 Como el artículo 337, inciso 2º del CPP establece que el escrito de acusación debe contener: *“2. Una relación sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”* se entiende que en esta caso tanto la *imputatio factii,* como la *imputatio iuris,* de la conducta atribuida al señor AMM, se enmarcaron en un supuesto de autoría de la conducta descrita en el artículo 376 del CP., bajo la inflexión verbal “llevar consigo” sustancias estupefacientes sin permiso de autoridad competente, que en razón al peso y la identificación de la sustancia decomisada al procesado AMM, comporta la consecuencia jurídica prevista en el inciso 2º de esa norma.

6.3 Sin embargo, en el preacuerdo celebrado entre la FGN y el acusado, se pactó que este aceptaba cargos por la violación de esa norma de prohibición, a cambio de que se degradara su grado de intervención, de autor a “cómplice” de esa conducta delictiva, lo que indica que desde la perspectiva del *factum* de la acusación el señor AMM realizó la conducta descrita en la norma, pero que en virtud del preacuerdo celebrado su calidad jurídica vendría a ser la de “cómplice” que según el inciso 3º del artículo 30 del CP, se atribuye a quien: *“contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma”,* lo que no guarda ninguna consonancia con la narrativa del escrito de acusación.

6.4 Como el soporte de la decisión del juez de primera instancia viene a ser lo decido en el precedente SU – 479 del 15 de octubre de 2019 de la Corte Constitucional, hay que hacer las siguientes consideraciones iniciales:

6.4.1 La sentencia en mención no constituye un fallo de control abstracto sobre una norma específica, sino que se originó en la revisión de las acciones de tutela con radicados T. 6. 931.099 y T. 7. 256.420.

6.4.2 En consecuencia y en atención a la argumentación del juez de primer grado, se hace referencia a lo manifestado en la misma sentencia SU – 479 de 2019 sobre el carácter vinculante de los precedentes así:

“(...) *36. El precedente se ha definido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo[[2]](#footnote-2). Dicha obligatoriedad responde a motivos de diversa índole que se complementan. (...)*

*El precedente que emana de los altos tribunales de justicia en el país (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza legítima y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del sistema jurídico[[3]](#footnote-3).*

*En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el Derecho es dado a los operadores jurídicos a través del lenguaje, herramienta que no tiene contenidos semánticos únicos. Por lo tanto, es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados. Esa posibilidad genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de este en cada caso concreto y, en segundo lugar, existan órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad.*

*El carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de los órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico cuando involucra su interpretación constitucional, está ampliamente reconocido. La Sentencia C-816 de 2011[[4]](#footnote-4) explicó que*

*“la fuerza vinculante de las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones. El mandato de unificación jurisprudencial, únicamente dirigido a las cortes jurisdiccionales de cierre, se erige en una orden específica del Constituyente para brindar cierta uniformidad a la interpretación y aplicación judicial del derecho en desarrollo del deber de igualdad de trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de sus decisiones judiciales superiores”.*

*Como consecuencia de la obligatoriedad del precedente, la jurisprudencia constitucional estableció parámetros que permiten determinar si en un caso resulta aplicable. La Sentencia T-292 de 2006[[5]](#footnote-5) fijó los siguientes criterios: (i) que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; (ii) que esta regla resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y (iii) que los hechos sean equiparables a los resueltos anteriormente.*

*La falta de acreditación de estos tres elementos impide establecer que un conjunto de sentencias anteriores constituya precedente vinculante para el caso concreto y, por ende, al juez no le es exigible dar aplicación al mismo.*

*Ahora bien, cuando los funcionarios judiciales encuentren cumplidos los tres criterios mencionados, tienen la posibilidad de apartarse del precedente, siempre y cuando (i) lo identifiquen de manera expresa y (ii) ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta de las razones por las qué se apartan de la regla jurisprudencial previa[[6]](#footnote-6). Así se protege el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces.*

*De manera que sólo cuando un juez desconoce una regla jurisprudencial vinculante y plenamente aplicable a determinada situación, sin cumplir con la carga de transparencia y argumentación descrita, incurre en la causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionada con el desconocimiento del precedente judicial y, en consecuencia, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de las personas que acudieron a la administración de justicia.”*

6.4.3 En la sentencia SU-357del 25 de mayo de 2017, de la Corte Constitucional se hizo referencia al carácter de las sentencias de unificación y se dijo lo siguiente:

*“(...) 4.2 Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reconocido el valor del precedente judicial de la ratio decidendi de sus decisiones, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela[[7]](#footnote-7).*

*En la sentencia C-104 de 1993 manifestó que las decisiones de la Corte Constitucional tienen naturaleza erga omnes y, además, no constituyen un criterio auxiliar de interpretación sino que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”.*

*En sede de tutela, esta Corporación también se refirió a este asunto en la sentencia T-260 de 1995, oportunidad en la que sostuvo lo siguiente:*

*“Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar”[[8]](#footnote-8).*

*Más adelante, la Corte señaló que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional[[9]](#footnote-9). De igual forma, preciso que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio decidendi constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, “ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma”[[10]](#footnote-10). (...)*

* 1. *Ahora bien, el desconocimiento del precedente constitucional tiene su origen en la aplicación directa de la regla superior contenida en el artículo 13 de la Carta Política (derecho a la igualdad). Al ser este Tribunal el encargado de salvaguardar la integridad y la supremacía de la Constitución, de fijar los efectos de los derechos fundamentales y determinar el sentido en el que debe interpretarse la Constitución, sus pronunciamientos constituyen un precedente excepcional de obligatorio cumplimiento para todos.*

*Sobre el desconocimiento del precedente constitucional como defecto constitutivo de una causal especifica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales esta Corporación ha señalado que se predica únicamente de los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional[[11]](#footnote-11) y se presenta cuando el funcionario, al resolver un caso concreto, se aparta de la interpretación dada por este Tribunal. Al respecto:*

*“La interpretación de la Constitución, que además permite materializar la voluntad del constituyente, tiene como propósito principal, oriental el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores. No reconocer entonces el alcance de los fallos constitucionales vinculantes, sea por desconocimiento, descuido, u omisión, genera en el ordenamiento jurídico colombiano una evidente falta de coherencia y de conexión concreta con la Constitución, que finalmente se traduce en contradicciones ilógicas entre la normatividad y la Carta, que dificultan la unidad intrínseca del sistema, y afectan la seguridad jurídica. Que perturba, además la eficiencia y la eficacia institucional, en la medida en que se multiplica innecesariamente la gestión de las autoridades judiciales, más aún cuando en definitiva, la Constitución tiene una fuerza constitucional preeminente que no puede ser negada en nuestra organización judicial”[[12]](#footnote-12).*

*Es preciso resaltar que los fallos emitidos por la Corte irradian dos tipos de efectos: en el caso de los fallos de control abstracto de constitucionalidad estos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, de ahí que se ha reconocido su carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho; por el contrario, los efectos de los fallos de tutela en principio son inter partes. No obstante, existe un punto de encuentro y es que ambos fallos se deben observar, no solo por reconocer que la Constitución es norma superior, sino para garantizar el derecho a la igualdad de los administrados[[13]](#footnote-13).*

* 1. *Los efectos inter partes de las acciones de tutela en ocasiones pueden hacerse extensivos en virtud del alcance de la revisión que realiza el Tribunal Constitucional. En este sentido, la vinculación de los jueces de tutela a los precedentes constitucionales, resulta relevante para la unidad y la armonía del ordenamiento jurídico como un conjunto estrechamente relacionado a la Constitución. Por tal razón, de no acogerse un precedente constitucional, la consecuencia devendría en restarle fuerza normativa a la Carta, ya que cada juez podría interpretar la norma constitucional como quisiera, desarticulando el sistema jurídico de las interpretaciones hechas a Constitución.*

*Se entiende, entonces, que aunque existe un valor vinculante del precedente y la obligación de los jueces de acogerse a este en sus decisiones, esto no implica que dicha obligación coarte la libertad de decisión del juez o la autonomía judicial consagrada en la Constitución, porque existe la posibilidad para los operadores judiciales de apartarse del precedente si cumple con los requisitos establecidos para ello, siempre que cumplan debidamente la carga argumentativa. (...)*

*La uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, entonces, que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales.*

*Para ello, la jurisprudencia ha fijado diferentes instrumentos: (i) la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, “lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley”; (ii) la ley establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias “la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico”; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, “tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad”; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102)[[14]](#footnote-14).*

* 1. *En definitiva, los operadores judiciales están obligados a mantener la misma línea jurisprudencial con el fin de garantizar el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados. Lo anterior, supone la materialización del derecho en cabeza de los ciudadanos de que la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico se realice bajo los parámetros constitucionales de igualdad y respeto del presente judicial. Con ello, se garantiza a su vez la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos.*

*Con todo, se establece una regla sobre el valor normativo del precedente de las Altas Cortes, consistente en que si bien son obligatorios para los jueces de instancia y aún para ellos mismos, los precedentes en materia de interpretación de derechos fundamentales emanados de la Corte Constitucional tienen un valor preponderante y deben ser seguidos por los demás tribunales y jueces del país[[15]](#footnote-15).* (Subrayas ex texto)

6.5 En lo que atañe a las sub reglas derivadas de esa jurisprudencia constitucional en materia de preacuerdos, en la citada sentencia SU– 479 de 2019 se dijo lo siguiente en sus apartes pertinentes:

“(...) *47. En efecto, las facultades del ente acusador para realizar este tipo de negociaciones no son omnímodas. En respeto de la autonomía del fiscal para adoptar criterios jurídicos en el análisis y direccionamiento del caso (art. 251.3 Constitución Nacional, en adelante C.N.), el legislador y la jurisprudencia han previsto algunos límites que determinan el alcance de su facultad de celebrar preacuerdos; los cuales a su vez constituyen criterios que deben ser valorados y analizados por los jueces de conocimiento al momento de realizar el control sobre los preacuerdos que celebra la FGN. Dentro de los límites que la ley y la jurisprudencia han desarrollado se encuentran:*

*El principio de legalidad y sometimiento al núcleo fáctico de la imputación*

*48. El presupuesto de todo preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, lo que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica. Por esta razón, el juez de conocimiento debe confrontar que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes alcanzan su acuerdo.*

*Lo anterior encuentra sustento en la jurisprudencia constitucional[[16]](#footnote-16) y en algunas sentencias de la Sala de Casación Penal[[17]](#footnote-17) y de la Sala Penal[[18]](#footnote-18) de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se ha sostenido que, al celebrar preacuerdos, el fiscal no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso.*

*Reglas jurisprudenciales sobre el alcance y límites de las facultades de la Fiscalía (…)*

*66. (...) El debate acerca de los límites a los que se someten los preacuerdos ha sido tan profuso que ha ido más allá del proceso penal mismo, y ha trascendido hasta la tutela de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados con estos mecanismos de justicia negociada. No obstante, la jurisprudencia de tutela de la CSJ tampoco ha sido uniforme. En algunas ocasiones ha protegido los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia en casos donde los jueces penales han improbado preacuerdos celebrados por la Fiscalía con los acusado, y han señalado que “el juez no tiene competencia para cuestionar la imputación efectuada por el fiscal, como que ese acto es propio del titular de la acción penal”[[19]](#footnote-19). No obstante, en muchos otros ha negado el amparo al reconocer que el control que el juez penal realiza de los preacuerdos que se le presentan no puede ser meramente formal. En suma, en sede de tutela esta postura tampoco ha sido pacífica en la CSJ pues las diferentes Salas de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal no han dado respuestas uniformes al estudiar casos similares[[20]](#footnote-20).*

*De este modo, la Sala advirtió que esta segunda postura también ha encontrado un fuerte respaldo en diversas decisiones de tutela que han evidenciado que celebración de algunos preacuerdos desconoce principios, garantías o derechos fundamentales. Por ejemplo, este supuesto se presentó en la Sentencia del 6 de junio de 2018[[21]](#footnote-21) de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual conoció de un caso en el que la Fiscalía, tras haber imputado el delito de homicidio agravado, preacordó el reconocimiento de las circunstancias de marginalidad del artículo 56 del Código Penal y la concesión de prisión domiciliaria.*

*También se dio en la Sentencia del 16 de julio de 2019[[22]](#footnote-22) de la misma Sala, en la cual en la cual la Fiscalía, tras haber imputado un delito de homicidio con dolo eventual de un menor de edad, preacordó un homicidio culposo agravado. En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha incluso condenado por el delito de prevaricato por acción a los fiscales que han promovido preacuerdos manifiestamente ilegales. Tal es el caso de la Sentencia del 25 de noviembre de 2015[[23]](#footnote-23) de la Sala Penal de la CSJ, la cual sostuvo que los fiscales no pueden disponer de la acción penal a su antojo y que los preacuerdos son una institución que opera en el contexto de un Estado Social de Derecho, lo que implica que están sometidos al principio de legalidad.*

*67. Esta segunda postura también ha encontrado un fuerte respaldo en la doctrina nacional que ha observado que todo preacuerdo debe basarse en el factum señalado en la imputación, de modo que lo que es objeto de preacuerdo no son los hechos, sino su valoración jurídica o tipificación.*

*En este sentido, la Universidad Externado de Colombia[[24]](#footnote-24) señaló en su intervención que algunos doctrinantes han establecido que la eliminación de cargos y la tipificacion concertada producto de un preacuerdo está limitada al mantenimiento del factum primigenio objeto de la imputación. Es decir, la calificación jurídica preacordada no puede desbordar el marco fáctico señalado en la imputación[[25]](#footnote-25). Por eso, condicionan la validez de un preacuerdo a que la tipificación concertada se muestre razonable a partir del relato de los hechos:*

*“Si se sostiene la tesis del mantenimiento del factum primigenio que fundamenta la negociación, debe entenderse que el fiscal puede conceder la supresión de agravantes teniendo en cuenta las circunstancias de comisión de la conducta y lo que hasta ese momento se ha probado”[[26]](#footnote-26).*

*“(…) el factum de la acusación primaria no es alterable por cuenta del fiscal, lo que si puede ser materia de acusación en este contexto es la calificación legal que pueda dársele y que resulte en un delito menos grave, tentado o en grado de participación diversa, siempre en favor del sometido”[[27]](#footnote-27).*

*Y es que el tenor del 4 del artículo 351 del C.P.P. claramente señala que los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado no obligan al juez de conocimiento cuando ellos desconozcan o quebranten las “garantías fundamentales”, lo cual indica que el juez no es un convidado de piedra cuando se le asigna la labor de ejercer el control de una negociación.*

(...)

*68. Lo anterior permite a la Sala inferir que la postura que más se ajusta a la Constitución es la segunda, según la cual los fiscales delegados son los primeros llamados a acatar los límites impuestos para la celebración de preacuerdos[[28]](#footnote-28) por lo que su discrecionalidad para negociar es reglada[[29]](#footnote-29) pues el empleo de este mecanismo judicial se encuentra sometido al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional y la Ley 906 de 2004.*

*Por ejemplo, observa que los fiscales delegados, en aplicación de la normativa de preacuerdos y las subreglas planteadas en la Sentencia C-1260 de 2005, deberán considerar que la calificación jurídica resultante de un preacuerdo debe atender, de forma estricta, los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la imputación. De modo que, si bien los fiscales tienen cierto margen de apreciación para hacer una imputación menos gravosa, dado que su labor es de adecuación típica, deberán obrar de acuerdo con los hechos del proceso.*

*Por esta razón, al verificar el cumplimiento y respeto de los límites sustantivos que existen en la ley, la jurisprudencia y la Constitución Política para la celebración de preacuerdos, el juez penal de conocimiento realiza un control de legalidad que no es meramente formal. El control del juez se extiende a la verificación de que no se transgredan principios constitucionales y derechos fundamentales, dado que la misma Ley 906 de 2004 dejó en claro que los preacuerdos debían respetar las garantías fundamentales, entendidas como el principio de legalidad y demás principios constitucionales; los derechos fundamentales de las partes intervinientes; y los fines del artículo 348 del estatuto procesal penal. Este deber del juez de verificar el cumplimiento de los requisitos legales por parte del fiscal encuentra respaldo, incluso, en la primera postura que, pese a rechazar cualquier posibilidad de control material, sostiene que “al juez si (sic) le corresponde, en desarrollo de los actos propios de dirección de la audiencia, constatar que las actuaciones de la Fiscalía cumplen los requisitos establecidos en la ley”[[30]](#footnote-30).*

*69. Todo lo anterior le permite a esta Sala concluir que, si bien no hay doctrina pacífica en la CSJ sobre el alcance de estas facultades, sí puede sostenerse que (i) la facultad discrecional de los fiscales delegados para preacordar es reglada y se encuentra limitada, y que (ii) los jueces de conocimiento no están obligados a aceptar el preacuerdo sin importar los términos en que fue pactado el mismo; por el contrario, están llamados a constatar que tales límites hayan sido respetados por el ente acusador al momento de negociar. No obstante, es preciso aclarar que el tipo de análisis que le compete realizar a los jueces penales de conocimiento es un control de límites constitucionales y legales de los preacuerdos, no un control pleno e ilimitado que, sin duda, desnaturalizaría esta institución de la justicia negociada y amenazaría la imparcialidad judicial propia del sistema penal acusatorio colombiano.*

*Por último, este control que realizan los jueces de conocimiento de los preacuerdos, a diferencia de lo dispuesto por algunas sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[31]](#footnote-31), no se advierte incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. La posibilidad de que el juez penal realice control material obedece, principalmente, a su calidad de juez constitucional. Además, lo anterior no impide que tanto la activación como el impulso de la pretensión punitiva estatal continúen, exclusivamente, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación en quien, según la Constitución y la ley, recae el deber de acusar o presentar preacuerdos ante los jueces de conocimiento (artículos 250.4 de la C.N. y 336 y 339 inciso 2º del C.P.P.).*” (Subrayas ex texto)

6.6 Según los apartes que se citan de la sentencia SU–479 de 2019, el presupuesto de todo preacuerdo consiste en *“no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, lo que incluye obviamente todas las circunstancias específicas de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica”.*

Precisamente esa insistencia en el respeto al marco fáctico del caso se convierte en un condicionante que impediría celebrar preacuerdos donde la convención desconozca el marco óntico, como podría suceder: i) cuando una persona es capturada con 20.000 gramos de marihuana (inciso 1º del artículo 376 del CP) y por vía de un pacto entre la FGN y la defensa se dice que la cantidad de estupefaciente decomisado fue inferior a 10.000 gramos de ese material; ii) cuando en un delito similar se captura al procesado llevando consigo cocaína y se hace constar en el preacuerdo que para efectos de la negociación la sustancia será tenida como el alucinógeno marihuana; iii) cuando se aprehende a un particular llevando consigo un arma de uso privativo de las FFAA y conforme al dictamen técnico se le imputa una violación del artículo 366 del CP y luego se manifiesta que para efectos de retribuir al procesado que acepta cargos, se tendrá como un arma de defensa personal y por ende se aplicará la pena prevista en el artículo 365 *ibídem*: iv) se pacta desconocer la calidad de servidor público del procesado para transmutar un peculado por apropiación en un hurto agravado, o un abuso de confianza o v) para colocar un ejemplo más extremo, se acuerda imputar un homicidio en grado de tentativa, cuando se trató de un delito consumado, ya que en todos estos casos se estarían desconociendo las estructuras lógico objetivas determinadas por la *imputatio factii,* para modificar la *imputatio iuris,* partiendo de la base de que por ser una ciencia normativa el derecho penal hace juicios de valor desde el mundo axiológico, sobre sucesos que ocurren en el mundo fenomenológico (lo que permite distinguir entre lo óntico y lo ontológico), a través de decisiones del legislador que desvaloran y sancionan ciertos comportamientos, estableciendo las normas de prohibición o de mandato contenidas en la legislación penal sustantiva.

6.7 En opinión de la Sala ese es el sentido que se le debe dar a ese segmento de la sentencia C-479 de 2019, ya de manera específica, en el apartado 44 de esa providencia se manifiesta que los fines de los preacuerdos solo se ven materializados “… *cuando existen criterios objetivos para su delimitación...*”, lo que impide modificar el marco fáctico de la imputación o la acusación, en aquello que es objetivo, como se expuso anteriormente, para lo cual se debe recordar que el artículo 10 de la ley 906 de 2004, que tiene el carácter de norma rectora dispone en su numeral 4º que: *“El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva*, *sin que implique renuncia de los derechos constitucionales”.*

Igualmente, en la misma sentencia, la Corte Constitucional dejó sentada su posición en el sentido de que una negociación no puede hacer caso omiso al núcleo fáctico de la imputación, pues mediante este es que se realiza una correcta adecuación de la conducta típica que se investiga, y por lo tanto en el *ítem 48* de ese fallo se dijo: *“... el juez de conocimiento debe confrontar que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes alcanzan su acuerdo…”.*

6.8 Se debe precisar que una cosa es que pacten circunstancias que por su propia naturaleza no tienen carácter objetivo, como podría ser el grado de indefensión de la víctima en un homicidio o que en un evento de concurso de personas en un delito se tenga a un autor como partícipe, porque serían temas sobre los que podría existir la “*controversia sustantiva”,* a que se refiere el artículo 10 del CP , lo que permitiría cambiar el contexto fáctico del caso por vía de un preacuerdo, situación que sin embargo quedaría limitada en casos como el presente, ya que en la sentencia SU–479 de 2019 , apartado 54 , se hace referencia a la directiva 01 del 28 de septiembre de 2006 de la FGN y se menciona que respecto a aquellos preacuerdos que básicamente modifican los términos de la imputación, “… *se puede acordar la tipificación en una forma que traiga como consecuencia la disminución de la pena, y que “la nueva adecuación típica deberá hacerse de tal forma que no modifique la esencia de la conducta, el objeto material ni los sujetos activo y pasivo”.* (Subrayas ex texto)

6.9. En atención a lo expuesto en precedencia, para esta Colegiatura resulta claro, tal como lo consideró el juez de primer grado, que en el caso *sub examen* no era posible modificar a través del mecanismo de un preacuerdo, el contexto fáctico de la acusación presentada contra el señor AMM, ya que se violaría el principio de accesoriedad que es connatural al concurso de personas en el delito, bajo las formas previstas en el artículo 29, inciso 1º del CP, según el cual: *“Es autor quien realiza la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”,* que es la definición legal que se adecua al caso del acusado, pues no hay duda de que este realizó directamente la conducta descrita en el artículo 376 del CP, bajo la inflexión verbal “llevar consigo”, conforme a la imputación y la acusación, sin que exista evidencia de la existencia de una situación de concurso de personas en este caso.

6.10 En razón del carácter vinculante que tiene la *ratio decidendi,* de la sentencia SU–479 de 2019, esta Sala considera que en esa decisión se precisaron las facultades que tiene el juez de conocimiento para realizar un control material a los preacuerdos que son puestos a su consideración, acogiendo lo que la Corte Constitucional denominó como “la segunda postura” de la SP de la CSJ sobre la materia, en la cual dijo que los fiscales no podían disponer de la acción penal a su antojo y que los preacuerdos estaban sometidos al principio de legalidad (ver apartado 6.5 *ítem 67).*

6.11 En ese sentido hay que tener en cuenta que del contexto fáctico del escrito de acusación presentado en el caso *sub examen,* se desprende lo siguiente:

i) El día 25 de septiembre de 2015, a las 16:40 horas, en la Avenida del Ferrocarril, miembros de la Policía Nacional estaban realizando labores de patrullaje en ese sector, cuando observaron a un sujeto joven, que posteriormente fue identificado como José AMM, quien al notar la presencia de los uniformados hizo entrega voluntaria de una bolsa transparente que en su interior contenía 180 papeletas de papel color café, con una sustancia pulverulenta, color habano, olor y características similares a estupefacientes, la cual portaba en la pretina de su pantaloneta, motivo por el cual procedieron a realizar su captura.

ii) La sustancia fue sometida a prueba de PIPH, la cual arrojó como resultado positiva para cocaína o sus derivados, con un peso neto de 17.2 gramos.

iii) En tal virtud se formuló acusación contra el señor AMM como autor de la conducta descrita en el artículo 376 del CP, bajo la inflexión verbal “llevar consigo”, con la consecuencia jurídica prevista en el inciso 2º del artículo 376 del CP[[32]](#footnote-32). La acusación resulta conforme con el cargo presentado en la audiencia de formulación de imputación[[33]](#footnote-33).

6.12 Según el preacuerdo al que se hizo referencia en la audiencia de juicio oral, el pacto entre el acusado y la FGN se basó en que aquel aceptaba los cargos por la violación de la norma de prohibición antes mencionada y que el único beneficio que se le otorgaría era pasar de autor de la conducta investigada a la modalidad de “cómplice” definida en el inciso 3º del artículo 30 del CP, con la mayor disminución de pena prevista en esa norma.

6.13 El preacuerdo en mención no fue aceptado por el juez de conocimiento, quien adujo como argumento central que de acuerdo al contexto fáctico de la acusación, la conducta investigada constituía un delito unipersonal frente al cual no era posible predicar la complicidad, porque se alteraría el *factum* de la acusación, lo que iría en contra de lo decidido en la sentencia SU-479 de 2019.

6.14 Con respecto a la decisión objeto del recurso, se debe decir en principio que en la doctrina penal y en la jurisprudencia pertinente siempre se ha entendido la figura de la complicidad, a partir del concepto de la accesoriedad entre autor y partícipe.

En ese sentido se cita la sentencia CSJ SP del 4 de abril de 2003 radicado 12742, donde se hicieron las siguientes consideraciones genéricas sobre esa forma de intervención en la conducta punible:

*“(…) a) Que exista un autor -o varios-.*

*b) Que los concurrentes -autor y cómplice- se identifiquen en cuanto al delito o delitos que quieren cometer. Uno o unos de ellos, como autor o autores; y otro u otros, como ayudantes, como colaboradores, con prestación de apoyo que debe tener trascendencia en el resultado final.*

*c) Que los dos intervinientes -autor y cómplice- se pongan de acuerdo en aquello que cada uno de ellos va a realizar, convenio que puede ser anterior a la comisión del hecho o concomitante a la iniciación y continuación del mismo, y tácito o expreso.*

*d) Que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice.*

*Como consecuencia de lo anterior, es claro que si no se cumple uno de los dos requisitos anteriores, o ninguno de ellos, la conducta imputada es atípica…”.*

A su vez en CSJ SP del 2 de septiembre de 2009, radicado, 29221 se expuso lo siguiente:

*“(vii).- Cómplice.-*

*De acuerdo con el artículo 30 de la ley 599 de 2000 “quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”.*

*Complicidad es la cooperación dolosa en un hecho punible cometido dolosamente por otro. Al igual que en la inducción, no existe complicidad culposa en un hecho ajeno, ni tampoco complicidad en un hecho culposo ajeno (…)*

*La complicidad puede darse tanto por la vía de un consejo como de un hecho. En el primer caso se habla de complicidad intelectual (psíquica), en el segundo de complicidad técnica (física) sin que sea necesario incluso, posible una delimitación exacta de ambas formas, puesto que una prestación de ayuda técnica puede al mismo tiempo, en la medida en que el autor principal tenga conciencia sobre ella, constituir un fortalecimiento moral de su voluntad y así nuevamente una complicidad intelectual (…)*

*Los medios de estas dos formas de complicidad no son, en sí, restringidos. En todo caso, ellos requieren de una delimitación en cuanto al límite superior. Si el apoyo es prestado en el marco de la participación que se tenga del dominio colectivo del hecho y respecto del acontecer delictivo global, existirá una coautoría. Hay asimismo inducción y no complicidad cuando la acción de colaboración (como dar un consejo) no tiene lugar en el marco del ejercicio del dominio del hecho, mas provoca en el autor principal la resolución a la comisión de la lesión típica al bien jurídico.”*

6.15 Con base en el contexto fáctico del presente caso se reitera que los miembros de la fuerza pública, capturaron al acusado AMM por la tenencia de estupefacientes en cantidad superior la dosis para uso personal, quien fue señalado como único autor de la conducta punible que se investiga, lo que se desprende de los documentos relativos a la aprehensión del procesado, donde no se menciona la intervención de personas diversas al acusado, en los actos de “llevar consigo” ese material sicoactivo, conducta que se subsumió en la norma de prohibición contenida en el artículo 376 del CP con la consecuencia jurídica prevista en el inciso 2º de esa norma según lo actuado en la audiencia de formulación de imputación (fl. 5), siendo este el mismo contexto fáctico que se incluyó en el escrito de acusación[[34]](#footnote-34).

6.16 De lo anterior se desprende que en este evento el *factum* de la acusación no corresponde en modo alguno a una situación de concurso de personas en la conducta punible, ya que conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 337 del CPP, se entiende que el escrito de acusación se dirigió exclusivamente contra el señor José AMM, quien fue acusado como único autor de la violación del artículo 376 del CP, lo cual tiene notoria injerencia frente a la decisión a adoptar en este caso, donde por vía de preacuerdo se degradó la participación del acusado de autor a partícipe de ese delito en la modalidad de complicidad, a través de un acuerdo que versó *“sobre los hechos imputados y sus consecuencias”,* en los términos del inciso 2º del artículo 351 del CPP.

6.17 Por eso se considera que al no presentarse un evento de concurso de personas en el delito que se investiga, la degradación de la conducta del señor AMM, de autor a partícipe del injusto investigado, significó una modificación del contexto fáctico de la acusación, que fue enmarcada dentro del ámbito de un delito unipersonal, por lo cual no resultaba posible que se redefiniera la intervención del incriminado bajo la forma de *complicidad,* ya que se alteró la *imputatio factii,* a efectos de modificar la *imputati iuris,* con el propósito de retribuir su avenimiento a los cargos presentados en su contra.

6.18 Como referente sobre el tema en estudio, cabe recordar que en decisión del 8 de julio de 2015, MP. Jorge Arturo Castaño Duque, tomada dentro del proceso adelantado contra Diego Alejandro Ospina Sánchez, que se tramitó en el Juzgado 5º Penal del Circuito de esta ciudad por la violación del artículo 365 del CP, esta Sala se había pronunciado sobre el tema de los preacuerdos con degradación de autor a cómplice cuando existía un sujeto activo singular. En ese proveído se hizo referencia una situación que se puede asemejar a la que nos ocupa, por lo siguiente:

* En las audiencias preliminares de legalización de captura y formulación de imputación (enero 26 de 2014), se le atribuyó al procesado Diego Alejandro Ospina Sánchez, en calidad de autor y a título de dolo, la conducta consagrada en el artículo 365 del C.P., bajo el verbo rector de “portar”
* En la audiencia preparatoria, el delegado de la FGN indicó que había llegado a un preacuerdo con el procesado, quien iba a aceptar los cargos formulados y como único beneficio se le degradaría su participación de autor a cómplice.
* El despacho de conocimiento no aprobó el referido preacuerdo, con el argumento central de que no podía existir complicidad en un delito unipersonal como el porte de armas por un solo ciudadano, ya que se vulneraba el precedente establecido en la sentencia C-1260 de 2005. Además consideró que los fiscales no estaban autorizados para crear tipos penales y si bien es cierto tenían un margen de interpretación de los hechos, este debía adecuarse a una selección plausible de la normatividad aplicable, por lo cual no se podía entender que existiera complicidad en un delito cometido por una sola persona.

6.18.1 Al resolver el recurso de apelación que formularon el representante de la FGN y el defensor contra esa decisión, esta Colegiatura confirmó la decisión de primer grado. En la parte pertinente de las consideraciones de esa decisión se expuso lo siguiente:

“(…) *Ahora, en relación con el tema específico en discusión y de conformidad con la narración esgrimida por el señor fiscal, se tiene que en las decisiones adoptadas por la H. Corte Suprema de Justicia y relativas a la concesión de beneficios similares al que acá es materia de discusión, se ha dicho:*

*“En lo atinente a cuáles aspectos consideró el legislador son susceptibles de ser preacordados, encontramos que en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004 se consagró de manera escueta que se trata de convenir lo que “implique la terminación del proceso”; mientras en los artículos 350, 351 y 352 del mismo compendio normativo se concreta el objeto que compromete esa finalización judicial, al establecerse que serán “los hechos imputados y sus consecuencias” sobre los que recaerán los preacuerdos y las negociaciones, lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado o acusado en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria de situaciones que cuenten con un mínimo de respaldo probatorio.*

*Respecto de este tópico la Corte pacíficamente ha considerado que deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas:*

*“el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P, los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57),  la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.”(Subrayas por fuera del texto original).*

*También, en punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ha dicho esta Sala que:*

*"Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que «obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales».*

*Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima…” (Subrayas fuera del texto original).*

*Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o sicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado.*

*La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva.*

*Ello es así, en razón a que uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2º de la Constitución Política.*

*Y es que el consenso es un componente esencial de la administración de justicia, tal como lo consideró la Corte en sentencia del 25 de agosto del 2005 dentro del radicado 21954, entre otras, al afirmar que el sistema contenido en la Ley 906 de 2004 está:*

*“Diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverá los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa.*

*Así las cosas, teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, la idea es que el mismo se finiquite de manera «anormal», es decir, a través de la «terminación anticipada», procurándose que ésta sea la vía que normalmente de fin a la actuación con sentencia condenatoria, ya que, se repite, la concepción filosófica que constitucional y legalmente sustentan el sistema, conduce a que así se culminen la mayoría de las actuaciones, pues no de otra manera se explicaría la razón por la cual se incluyeron los preacuerdos, las negociaciones e, incluso, el principio de oportunidad, institutos que, sin lugar a dudas, buscan, dentro del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las partes e intervinientes, la efectividad material de la administración de justicia dentro del marco propio de celeridad y economía”.” [[35]](#footnote-35)*

*Con posterioridad la misma Alta Corporación retomó el tema de los preacuerdos y al respecto expresó:*

*“Según el artículo 350 del C.P.P./2004, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los “términos de la imputación”. En tal virtud, es posible que el órgano acusador (i) elimine alguna causal de agravación punitiva o un cargo específico, y (ii) tipifique la conducta de una manera que genere disminución de la punibilidad[[36]](#footnote-36). Por su parte, el artículo 351 ibídem prevé que el acuerdo puede versar sobre “los hechos imputados y sus consecuencias”. Por último, esa misma norma, al igual que los artículos 352 y 370 procesales, destacan que se puede convenir la rebaja de un porcentaje de la pena imponible pudiendo, inclusive, llegar a individualizar esta última.*

*En ese contexto normativo, es claro que el objeto de los acuerdos –o preacuerdos[[37]](#footnote-37)- que pueden celebrar las partes con el propósito de terminar anticipadamente el proceso, es la disminución de la pena legal aplicable a cambio de la renuncia del procesado (imputado o acusado) a los derechos contemplados en los literales b) y k) del artículo 8 del C.P.P./2004, es decir, a no autoincriminarse y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado y con inmediación probatoria. Ahora bien, esas prestaciones mutuas deben respetar las siguientes condiciones básicas:*

*1. La concesión de la fiscalía[[38]](#footnote-38) debe limitarse a los porcentajes máximos de descuento de pena previstos en los artículos 351 y 352 del C.P.P./2004, si es que el acuerdo en ello consiste. O, en caso de acudir a una modalidad negocial diferente, ésta debe fundarse en el reconocimiento de una de las circunstancias reductoras de punibilidad expresamente consagradas en la ley (…)*

*2. La aceptación de culpabilidad del procesado debe ser voluntaria, libre e informada, tal y como lo disponen los artículos 8, literal l), y 293 del estatuto procesal. Además, debe existir un mínimo de prueba que respalde la declaratoria de responsabilidad penal, pues, según ordena el artículo 327, inc. 3º, ibídem, los preacuerdos no pueden “comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”.*

*3. En todo caso, los acuerdos deben propender por la humanización de la actuación procesal y la pena, por una justicia pronta y cumplida, por la activación de la solución de los conflictos sociales que genere el delito, por la reparación integral de los perjuicios y por la participación del procesado en la definición de su caso; pues son esos y no la descongestión de los despachos judiciales, los fines que legitiman el sacrificio de la legalidad de las consecuencias del delito, tal y como lo dispone el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, aunque es obvio que la resolución negociada del conflicto penal repercute en una mayor eficiencia de la administración de justicia.*

*Una vez delimitado el marco conceptual de los preacuerdos, especialmente en lo que hace a las concesiones que de manera legítima puede realizar la fiscalía; se observa que ninguna dificultad apareja reconocer al autor de una conducta punible, el descuento punitivo propio de la complicidad (art. 30, inc. 2º C.P.), es decir, de una sexta parte a la mitad de la sanción prevista para la respectiva infracción. Ello, de ninguna manera desconoce el principio de legalidad del hecho, por cuanto, la imputación –y la acusación inclusive- que se viene formulada a TARCISIO MANUEL BENAVIDES ACOSTA, es clara en establecer –en lo fáctico y en lo jurídico- su condición de autor de los delitos de Prevaricato por acción (en concurso homogéneo) y Peculado por apropiación. Lo que ocurre es que, en contraprestación al reconocimiento de culpabilidad que aquél hiciera previo al inicio del juicio oral, la fiscalía le reconoció la pena dispuesta para el cómplice que, obviamente, es menor a la que le correspondería en su condición de autor.”[[39]](#footnote-39)*

*De las decisiones aludidas se observa que en efecto la degradación de la forma de participación de autor a cómplice es viable dentro de una negociación preacordada, pero el denominador común que se detalla en relación con esos precisos casos analizados por parte de la Sala de Casación Penal y a los que hizo alusión la Fiscalía para sustentar su pretensión, es que en ellos no intervino una sola persona en la realización de la conducta delictiva sino varios individuos, a consecuencia de lo cual era perfectamente entendible y factible, como así lo determinó la Corte, que esa degradación presentada por medio de la negociación se viabilizara.*  ( Subrayas fueradel texto original )

*En sentir de esta Corporación, tales precedentes jurisprudenciales no pueden tener acogida en la solución del caso que nos ocupa, por las razones que pasan a explicarse:*

*De lo arrimado a la investigación se observa que la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación le endilgó al señor DIEGO ALEJANDRO el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, tipificado en el artículo 365 C.P., en calidad de “AUTOR” a título de dolo, y bajo la modalidad de “portar”, pues de conformidad con la situación fáctica allí esgrimida y que fue ratificada en el escrito de acusación, el señor DIEGO ALEJANDRO fue la persona que al notar la presencia de los uniformados emprendió la huida y en su recorrido procedió a arrojar un elemento que no era otro diferente a un arma de fuego y de la cual carecía del permiso respectivo para su porte o tenencia.*

*La anterior presentación hace surgir como extraño que se plantee en la negociación la figura de la “complicidad”, cuando se sabe que esta modalidad amplificadora del tipo resulta abiertamente desfasada del contexto fáctico de la imputación.*

*Es claro y en ello no cabe discusión alguna, que el delegado fiscal tiene razón cuando asegura que obviamente es factible la degradación del cargo en lo que atañe a la forma de participación en el delito, pero en criterio de la Sala y acorde con lo también expuesto por el juzgador de instancia, esa forma de proceder en este caso concreto contraviene las reglas de la lógica, porque para hablar de COMPLICIDAD necesariamente debe existir una persona que cumple el rol de autor y otra que le preste ayuda previo concierto, lo que indudablemente tuvo ocurrencia en los dos casos que fueron objeto de análisis por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pero aquí ninguna posibilidad de ello existe, dado que por parte alguna se avizora ni remotamente que en el hecho actuaran pluralidad de sujetos activos.*

*Es que, si el pensamiento fiscal hiciera carrera y no se tuviera de presente un mínimo respeto por la adecuación típica y la dogmática imperante en todo proceso penal, entonces tendría que tolerarse, por el simple afán de conceder lo que sea a cambio de la admisión temprana e incluso a veces tardía de los cargos (como es el caso que aquí nos convoca en donde solo a la altura de la audiencia preparatoria se quiso preacordar), que a un delito de homicidio se le llamen simples lesiones, o como ya lo anunció esta Corporación en una oportunidad anterior, que a la posesión de cocaína se le cambie por la posesión de marihuana, o que a un sicario, esto es, quien actúa por dinero, se le conceda absurdamente por vía de una negociación el estado de ira e intenso dolor.*

*En síntesis, la conclusión plausible a la que tiene que llegarse es, no puede ser otra, que no todo es susceptible de negociación, sino solo aquello que está dentro de las probabilidades del debate en el caso concreto; y, por supuesto, en este asunto, nunca estuvo ni lo está, el que se pudiera llegar a platear la opción de una complicidad en cuanto solo actuó, que se sepa, una sola persona en el devenir delictual atribuido…”* (Subrayas fuera del texto original).

6.19 Las consideraciones de la decisión antes referida, que es anterior al proferimiento de la sentencia SU – 479 de 2019, resultan plenamente aplicables al caso *sub lite,* por lo cual se concluye que no es posible llegar a un acuerdo con el procesado soslayando la narrativa fáctica del caso, como sucedió en este evento, ya que en sana dogmática, nadie puede terminar siendo “cómplice de sí mismo”.

5.20 En consecuencia la Sala encuentra que le asistió razón al funcionario de primer grado al improbar el preacuerdo celebrado entre el delegado de la FGN y el señor José AMM en los términos ya mencionados, con base en lo consignado en el precedente SU- 479 de 2019, por lo cual se confirmará la decisión recurrida.

Por lo expuesto la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto del presente recurso, en lo que fue materia de impugnación. En consecuencia, se ordena devolver el expediente al juzgado de conocimiento para lo de su cargo.

SEGUNDO: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folio 2 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sobre la definición de precedente, las sentencias T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, en ambas M. P. Alejandro Martínez Caballero. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: *“En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. M.P. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-4)
5. Reiterada en muchas oportunidades: Sentencias T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-1033 de 2012, M. P. Mauricio González Cuervo y T-285 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencias T-082 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-794 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-634 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta última, dicho en otras palabras se explica: *“La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros* ***(i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor*** *sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y* ***(ii)******demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales.*** *Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis”* (Negrita fuera del original). [↑](#footnote-ref-6)
7. Las consideraciones generales sobre el precedente judicial obligatorio que se referenciarán en este aparte se sustentan en la base argumentativa y jurisprudencial de la sentencia C-621 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. Reiterada en la sentencia T-715 de 1997. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia C-539 de 2011. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-439 de 2000. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver más en sentencia T-369 de 2015. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver más en sentencia SU-640 de 2008. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ver más en sentencia T-270 de 2013. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia C-284 de 2015. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia C-621 de 2015. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2005, M.P. Clara Inéz Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de febrero de 2016, SP931-2016, M.P. José Leonidas Bustos Martinez [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 27 de Octubre de 2008, Rad. 29979. [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte Suprema de Justicia, auto del 6 de mayo de 2009, radicación 31.538. Citado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, en sentencia del 19 de marzo de 2014, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. [↑](#footnote-ref-19)
20. Tribunal Superior de Bogotá, decisión del 17 de febrero de 2014, M.P. Alberto Poveda Perdomo. [↑](#footnote-ref-20)
21. Radicado 11001020400020180047801. Citada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal en la Sentencia del 15 de octubre de 2019, M.P. José Joaquín Urbano Martínez. [↑](#footnote-ref-21)
22. Radicado 11001020400020190053101. Citada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal en la Sentencia del 15 de octubre de 2019, M.P. José Joaquín Urbano Martínez. [↑](#footnote-ref-22)
23. Radicado 46.688. Citada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal en la Sentencia del 15 de octubre de 2019, M.P. José Joaquín Urbano Martínez. [↑](#footnote-ref-23)
24. Intervención de la Universidad Externado de Colombia, folio 460 del cuaderno 3 del expediente principal. [↑](#footnote-ref-24)
25. Ibid. [↑](#footnote-ref-25)
26. Citado en la Intervención de la Universidad Externado de Colombia en folio 459 del cuaderno 3, expediente T-6.931.099). [↑](#footnote-ref-26)
27. Citado en la Intervención de la Universidad Externado de Colombia en folio 460 del cuaderno 3, expediente T-6.931.099). [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de febrero de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuellar, SP594-2019. En idéntico sentido CSJSP, 8 jul. 2009, Rad. 31280. [↑](#footnote-ref-28)
29. *“(…) las diversas formas de terminación anticipada de la actuación penal están sujetas al concepto de “discrecionalidad reglada”, orientado a lograr un punto de equilibrio entre el margen de maniobrabilidad que debe tener la Fiscalía y la materialización, entre otros, de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal”.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de febrero de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuellar, SP594-2019. En idéntico sentido CSJSP, 8 jul. 2009, Rad. 31280. [↑](#footnote-ref-29)
30. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13 de febrero de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuellar, SP384-2019. [↑](#footnote-ref-30)
31. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de octubre de 2013, Radicado 39.886. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 1-4 [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 5-6 [↑](#footnote-ref-33)
34. Folios 1 a 5 C. Principal [↑](#footnote-ref-34)
35. CSJ SP, 20 nov. 2013, Rad. 41570. [↑](#footnote-ref-35)
36. En sentencia C-1260 del 5 de diciembre de 2005, se declaró exequible esta posibilidad en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esa facultad, no puede crear tipos penales y de que, en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente. [↑](#footnote-ref-36)
37. Son términos que el legislador utiliza indistintamente para referirse a la misma forma de negociación. [↑](#footnote-ref-37)
38. El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento (art. 348, inc. 2º, C.P.P./2004). [↑](#footnote-ref-38)
39. CSJ AP, 26 nov. 2014, Rad. 44906 [↑](#footnote-ref-39)