

LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO DE LA LEY 906 DE 2004

THE FIGURE OF PRE-AGREEMENTS IN THE COLOMBIAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM OF LAW 906 OF 2004

A FIGURA DOS PRÉ-ACORDOS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL COLOMBIANO DA LEI 906 DE 2004

RESUMEN

Los preacuerdos en Colombia constituyen una forma de terminación anticipada del proceso penal, los cuales tiene origen en el sistema penal anglosajón y especialmente en el de los Estados Unidos con la figura de los *Plea Bargaining*. Debe aclararse que el objetivo del presente documento no es hacer un recuento histórico de esta institución procesal, así como tampoco se busca hacer un análisis de contraste del derecho comparado; en realidad se busca hacer un somero estudio acerca de la figura de los preacuerdos dentro del proceso penal colombiano, partiendo desde su naturaleza misma, es decir, como forma anticipada de terminación del proceso y por supuesto, la justicia que le da razón de ser, es decir, la justicia premial. De esta manera se desarrollarán los objetivos específicos, en temas tales como las modalidades del preacuerdo, la intervención de la víctima dentro del mismo, quienes pueden intervenir en el preacuerdo, las posturas a favor y en contra de la aplicación de esta figura jurídica y finalmente las tesis que explican la intervención del juez de conocimiento en esta institución. Lo anterior, permitirá arribar a una serie de conclusiones. Todo lo anterior, a partir de la implementación de una investigación de tipo cualitativo, a través de un estudio descriptivo documental.

Palabras Clave: Preacuerdo; justicia premial; Sistema Penal Acusatorio; juez de conocimiento; formas anticipadas de terminación del proceso.

Juan Sebastián Bastidas Zárate¹

<https://orcid.org/0000-0002-1824-4041>

¹ Abogado, Magíster en derecho penal y procesal penal de la Universidad Santo Tomás – Tunja. Actualmente, Juez Promiscuo Municipal de Tenza. Investigador independiente. Correo electrónico jusebaza2438@hotmail.com. ORCID. 0000-0002-1824-4041

Artículo de investigación

Fecha recibido: 15/08/2023

Fecha aceptado: 16/10/2023

Cómo citar:

Bastidas, J. (2024). La figura de los preacuerdos en el Sistema Procesal Penal Colombiano de la Ley 906 de 2004. *Justicia, sociedad y derecho*, 2(4), 68-90. doi: <https://doi.org/10.24267/25009389.1067>

**ABSTRACT**

Pre-agreements in Colombia constitute a form of early termination of the criminal process, which has its origin in the Anglo-Saxon criminal system and especially in that of the United States, with the figure of the Plea Bargaining. It should be clarified that the objective of this document is not to make a historical account of this procedural institution, nor does it seek to make a comparative analysis of comparative law, in reality it seeks to make a brief study about the figure of pre-agreements within the process. Colombian penal system, starting from its very nature, that is, as an early form of termination of the process and of course, the justice that gives it its reason for being, that is, reward justice. In this way, the specific objectives will be developed, on topics such as the modalities of the pre-agreement, the intervention of the victim within it, who can intervene in the pre-agreement, the positions for and against the application of this legal figure and finally the theses that explain the intervention of the judge of knowledge in this institution. The above will allow us to reach a series of conclusions. All of the above, based on the implementation of qualitative research, through a descriptive documentary study.

Keywords: Pre-agreement; reward justice; Accusatory Penal System; knowledge judge; early forms of termination of the process; criminal action.

RESUMO

Os pré-acordos na Colômbia constituem uma forma de extinção antecipada do processo penal, que tem sua origem no sistema penal anglo-saxão e especialmente no dos Estados Unidos, com a figura do Plea Bargaining. Cabe esclarecer que o objetivo deste documento não é fazer um relato histórico deste instituto processual, nem tampouco busca fazer uma análise comparativa do direito comparado, na realidade busca fazer um breve estudo sobre a figura do pré-acordos dentro do processo. O sistema penal colombiano, a partir de sua própria natureza, ou seja, como forma antecipada de encerramento do processo e, claro, a justiça que lhe dá razão de ser, ou seja, recompensar a justiça. Desta forma, serão desenvolvidos os objectivos específicos, sobre temas como as modalidades do pré-acordo, a intervenção da vítima no seu interior, quem pode intervir no pré-acordo, as posições a favor e contra a aplicação deste direito figura e por fim as teses que explicam a intervenção do juiz do conhecimento nesta instituição. O que foi dito acima nos permitirá chegar a uma série de conclusões. Tudo isso baseado na implementação de uma pesquisa qualitativa, por meio de um estudo documental descritivo.

Palavras-chave: Pré-acordo; recompensar a justiça; Sistema Penal Acusatório; juiz de conhecimento; formas antecipadas de encerramento do processo; ação criminosa.

INTRODUCCIÓN

El derecho penal es la rama del derecho que reviste mayor complejidad, teniendo en cuenta que los asuntos sometidos a su escrutinio abarcan conflictos que incluso se encuentran muy arraigados en la misma sociedad. La complejidad del mismo, no está dada por el estudio del delito en sí, lo cual no significa que este aspecto no sea de vital importancia, sino en las consecuencias que del delito se derivan, las cuales repercuten en la sociedad, la víctima y por supuesto el autor del hecho mismo.

De acuerdo con lo anterior, se comprende que el derecho penal al constituir la última ratio y, por ende, la máxima expresión de la represión y agresividad del Estado, tiene en sus manos la libertad e incluso, “la vida misma” del que podría llamarse criminal. Es por esta razón, que el sistema penal de cualquier Estado debe estar encaminado a la humanización y por supuesto a la dignificación de la persona, no solo de la víctima, sino también del victimario y precisamente, estos ideales, inspiraron la inclusión en el sistema jurídico, de figuras que aún hoy, representan no solo una innovación sino, para algunos, una extrañeza.

Con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio estructurado en el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado en la Ley 906 de 2004, se pensó en eficacia, celeridad y claro, en un proceso penal que no solamente diera resultados, sino que reflejara los ideales y garantías constitucionales, para que el juicio se diera en la medida en que existiera mayor controversia y mayor relevancia; es decir, se buscaba

que no todos los asuntos sometidos a investigación terminaran en un juicio oral, sino que mediante la inclusión de figuras como los preacuerdos, los procesos terminaran más eficazmente, incluso con la colaboración del mismo procesado, quien participaría en la decisión, que en últimas terminaría por afectarlo, tal y como prescribe el Artículo 2 superior¹ que consagra este precepto como uno de los fines esenciales del Estado colombiano.

Pese a los ideales antes mencionados en torno a esta figura, existe gran controversia y la jurisprudencia, las decisiones de tribunales y jueces, así como la doctrina, no han sido pacíficas, lo cual permite pensar que el preacuerdo es uno de los aciertos y a la vez equívocos del sistema penal acusatorio, debido a que para muchos es una figura de humanización, de eficacia y de vital importancia para el ejercicio profesional de jueces, fiscales y defensores, y para muchos otros, una institución que rompe con el debido proceso y por supuesto el principio de legalidad, situación que en última instancia deriva en concesiones que constituyen impunidad, situación que se desarrollará en el transcurso del documento.

1 La norma superior prescribe lo siguiente: “Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Precisamente la controversia, muy debatida en estos escenarios, fue lo que llevó a elegir el tema que se pretende desarrollar en este artículo. No obstante, antes de hablar de la figura como tal, y de las controversias que en torno a esta institución jurídica se han venido presentando en los estrados judiciales, especialmente en la intervención del juez de conocimiento, es menester tocar otros temas que permitirán comprender de una mejor manera el tema principal. Así, el presente escrito abordará en primer lugar las formas de terminación anticipada del proceso penal, continuando en segundo lugar con la justicia premial, para finalizar en tercer lugar con el tema principal de esta reflexión, es decir, los preacuerdos. Corolario de todo lo anterior, se precisarán algunas conclusiones que redondearan la temática aquí tratada y que reflejaran las reflexiones finales del estudio propuesto.

Todo lo expuesto y desarrollado en este documento, se basó en la idea de realizar una aproximación al objeto de estudio a través de una investigación de tipo cualitativo, toda vez que se pretende estudiar y describir las relaciones normativas y doctrinales en torno a la figura de los preacuerdos en el sistema procesal penal colombiano, sin que se pretenda realizar un análisis comparativo en derecho comparado, o relatar la historia de la institución, lo cual no implica que no deba realizarse un somero análisis contextual en punto del origen de la figura jurídica. Lo anterior, a través de un estudio descriptivo documental, toda vez que se pretenden interpretar los textos legales y doctrinales frente al objeto de estudio para precisar su verdadero sentido.

FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

Las formas de terminación anticipada del proceso, según el Manual para operadores jurídicos, de la USAID (2012) se definen como:

“institutos procesales modernos con claras funciones de economía procesal, que permiten flexibilizar y descongestionar la justicia penal, evitando el desarrollo progresivo y completo del proceso penal ordinario a través de formas simplificadas o abreviadas tendientes a obtener en menor tiempo la extinción de la acción penal en cualquiera de sus formas” (p. 12).

Como se observa, estas instituciones buscan en gran medida obtener una pronta y cumplida justicia y entre otras cosas, humanizar de la misma manera la actuación penal, evitando la incursión en un sistema de audiencias que a la larga revictimiza a la víctima y victimiza al victimario y a sus familiares. Así, USAID (2012) argumentó:

“estos institutos procesales permiten al imputado no verse sometido a un juicio público que a la postre le depare mayor reproche social, con el consiguiente daño moral para él y su familia, favoreciéndose además su proceso de reinserción en la comunidad” (p. 12)

Adicionalmente, estas instituciones, aplican uno de los ideales del Sistema Penal Acusatorio, así como del derecho penal mismo, y es el sometimiento a juicio de la menor cantidad de casos, atendiendo obviamente

a la complejidad y relevancia que revistan². El proceso penal como se ha dicho, es la máxima representación de la represión del Estado y por ende última ratio, y a razón de ello, estas figuras jurídicas, que, si bien es cierto, se encuentran en el marco del sistema penal, materializan ese principio de mínima intervención, ya que constituyen alternativas diferentes a la solución del conflicto suscitado con el delito y evitan el juicio, culmen del *ius puniendi* o facultad punitiva y sancionadora del Estado.

En ese orden de ideas, se encuentran dos clases de mecanismos o formas anticipadas de terminación del proceso. En primer lugar, aquellas salidas no consensuadas, es decir, que dependen de una decisión unilateral, y que por ende no involucran negociación alguna y en segundo lugar, aquellas salidas consensuadas, es decir, que involucran algún tipo de negociación y por ende la participación de los actores partes del proceso. Los mecanismos que conforman el primer grupo de alternativas son las siguientes:

Desistimiento de la víctima: Esta figura opera únicamente en materia de delitos querellables, o

sea lo consagrados en el Artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, y puede hacerla quien se encuentra legitimado para querellar, es decir, la víctima. Consiste en renunciar a la querrela en forma voluntaria, libre e informada, terminando así la actuación penal.

- **Oblación:** Es definida por USAID (2012) de la siguiente manera: “Como mecanismo alternativo al juicio oral, la oblación es una forma de evitarlo o disponer el fin del proceso a instancia del procesado, cuando esté siendo investigado o juzgado por un delito que solo tenga pena de unidad de multa, caso en el cual puede ofrecer el pago de la suma que el juez le señale “dentro de los límites fijados por el artículo 39”, junto con el valor de la indemnización para la víctima, cuando ello proceda”. (p. 39).
- **Amnistía propia:** Depende del órgano legislativo, quien, mediante la expedición de una ley, permite la terminación anormal del proceso, reconociendo una situación general, pero de carácter político, haciendo acreedores de la extinción de la acción penal, a aquellas personas perseguidas por delitos políticos.
- **Principio de oportunidad:** Es la renuncia, suspensión o interrupción por parte del Estado al ejercicio de la acción penal, en obediencia a una política criminal de Estado.
- **Aceptación o allanamiento a cargos:** Corresponde a la facultad que asiste al procesado para renun-

² Al respecto, vale la pena señalar lo expresado en el Manual para Operadores Jurídicos, de la USAID (2012) de la siguiente manera: “Como lo ha demostrado la larga experiencia aplicada al rito acusatorio en los países denominados del common law, la administración de la justicia penal no podría cumplir sus fines si la mayor parte de sus casos no fuera definida a través de itinerarios procesales diversos al ordinario de indagación, investigación, fase intermedia y juicio oral. Las salidas alternas procuran dar vías de solución opcionales al juicio, bajo precisas condiciones constitucionales y legales aplicadas con criterios político - criminales en interés de una pronta y cumplida justicia, y sobre la necesidad de hacer partícipes de la solución del conflicto generado por el delito a las mismas partes e intervinientes” (p. 37).

ciar al derecho que tiene de guardar silencio y no auto incriminarse.

El segundo grupo de salidas alternativas o formas de terminación anticipada del proceso penal, se compone de los siguientes mecanismos:

- Preacuerdos. Este tema, siendo el ítem central de esta intervención, será tratada con mayor profundidad más adelante.
- Modalidades de justicia restaurativa: Según Restrepo (2005), “es todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan de forma conjunta y activa para la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador” (P. 205). Dicho resultado, según Restrepo, se entiende como: “el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad” (p. 205). Los mecanismos de justicia restaurativa de que trata la ley procesal, son la conciliación y la mediación.

Vale la pena resaltar, que el segundo grupo de formas de terminación anticipada del proceso, y por ende alternas a la forma tradicional de terminarlo, es decir, el juicio oral, y especialmente los preacuerdos, encuentran su base fundamental en la justicia restaurativa, tema que será tratado a continuación.

JUSTICIA PREMIAL

Esta clase de justicia permite plantear una negociación en la que se encuentran de por medio una serie de premios, recompensas o mejor, una serie de beneficios, para quienes colaboren con la labor investigativa, mediante la confesión y la delación. Entonces, lo que se busca es retribuir la colaboración, entendiendo que una de las consecuencias de la justicia premial es el estímulo de la terminación anticipada del proceso, en aras de obtener una pronta y cumplida justicia. Sin embargo, vale la pena diferenciar la recompensa del premio, ya que, a pesar de ser aparentemente la misma circunstancia, difieren en la práctica. Al respecto el Juzgado 2 Penal del Circuito de Tunja, en providencia de 19 de febrero de 2015, anota lo siguiente:

“Una de las modalidades más vistas en la práctica para combatir el delito son las recompensas, que permiten la iniciación del proceso. Otras figuras se ven al interior del mismo y pretenden definir de manera previa al juicio la responsabilidad del imputado, de modo que este renuncie a tal garantía y obtenga rebajas para su pena por la colaboración o confesión de la culpabilidad, estos son los premios; las recompensas se dan a terceros, los premios se le dan al procesado” (Juzgado 2 Penal Cco. Tunja. Sentencia No. 002-15 de 19-01/2015, S. Martínez).

Precisamente de la idea de los premios, deriva el nombre de justicia premial y es un factor que incorporó la Ley 906 de 2004, atendiendo a la imposibilidad del sistema para conocer en juicio el 100% de los asuntos sometidos a su consideración. Como se había



mencionado antes, la idea de mínima intervención y el sometimiento a juicio de la menor cantidad de casos, de acuerdo a su complejidad y relevancia, se ve retratada en la justicia premial, que lleva inmersos, como resulta claro, principios y garantías constitucionales que encuentran su aplicabilidad práctica en las figuras previamente explicadas.

Frente al particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expuso:

“Huelga anotar, porque ya es un tópico suficientemente conocido, que por su naturaleza, el sistema acusatorio o de partes, delimitado dentro del principio de inmediación de pruebas, reclama del camino excepcional de la justicia premial, no solo porque ello, como reseña la normatividad inserta en la Ley 906 de 2004, facilita la intervención de las partes en la solución del conflicto, sino, particularmente, en atención a que resulta imposible, en términos logísticos, adelantar juicios por todos y cada uno de los delitos objeto de denuncia o de conocimiento oficioso por las autoridades” (CSJ. Sentencia 42184 de 15-10/2014, G. Malo).

Habiendo hecho estas presiones, es procedente entonces, abordar la materia central de este documento, que en suma representa una de las modalidades más destacadas de la justicia premial, es decir, los Preacuerdos y Negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado.

LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO

LOS PLEA BARGAINING DEL MODELO NORTEAMERICANO

Antes de cualquier consideración, es importante recordar el origen de la institución de los preacuerdos, que como es bien sabido no es propia de la legislación nacional, ni tampoco lo es del sistema continental europeo del que deriva gran parte de la tradición jurídica colombiana, sino que surge en el sistema anglosajón y específicamente en el sistema norteamericano, cuya cultura jurídica difiere de la cultura patria y cuyo contexto político, económico y social también lo hacen. Se habla entonces de lo que, en el derecho anglosajón, se conoce como el plea bargaining. Esta figura, señalan Bernal y Montealegre (2010):

Es realmente una institución centrada en una negociación autónoma y discrecional entre las partes que favorece el sistema, porque inicia como una conversación acerca de las formas de alegar ante el Tribunal o alegaciones preacordadas y cuando ya se está ante el Tribunal, constituirá, una alegación de culpabilidad (p. 79).

Básicamente esta institución consiste en la facultad discrecional que se le otorga a la fiscalía para que entre a conversar con el imputado, asistido por su defensa, en aras de obtener una alegación o confesión de culpabilidad llamada “guilty plea”, a cambio de una serie de beneficios, es decir, una culpabilidad preacordada. No obstante, en el modelo anglosajón, es menester hacer la distinción entre las diferentes

modalidades de plea bargaining. En sentencia de 19 de enero de 2015, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja se refirió al tema en los siguientes términos

“En la práctica, esta confesión de culpabilidad toma tres formas básicas: una confesión voluntaria o no influida - voluntary or uninfluenced plea -, es lo que en nuestro medio asimilamos a los allanamientos que se dan en momentos procesales definidos en la Ley (sobre los cuales ya se ha hecho referencia); una confesión estructuralmente inducida - structurally induced plea - cuando la ley prevé una pena más grave para quien insiste en el juicio, ello es completamente ajeno a nuestro sistema; y una confesión negociada - negotiated plea - en la cual el acusado o su abogado acuerdan con la fiscalía sobre el delito, la pena a aplicar o ambos, esta corresponde al plea bargaining en cuanto implica un acuerdo transaccional entre fiscalía e imputado en el cual se decide sobre la condena (sentence bargainig) sin alterar los cargos originales o sobre los cargos (charge bargaining), permitiendo al fiscal alterar la acusación luego de confesar la culpabilidad” (Juzgado 2 Penal Cco. Tunja. Sentencia No. 002-15 de 19-01/2015, S. Martínez).

Debe decirse, que, al ser el sistema norteamericano más flexible, – por decirlo de alguna manera –, es admitida la presión por parte de la fiscalía, quien ostenta la titularidad de la acción penal, en la medida en que cuente con todos los elementos de convicción para establecer tanto la ocurrencia del hecho, como la participación del procesado y obviamente los elementos que respalden la presión a la que pretende proceder. En otras palabras, se debe contar en lo que se conoce dentro de la legislación procesal penal

colombiana, como una inferencia rozable de autoría o participación, lo cual evidentemente conlleva el concurso de una carga importante de prueba.

De esta manera, se permite a la fiscalía, proceder con mayor severidad si es que el procesado se niega a acceder a una de las modalidades de plea bargainig, lo cual se puede evidenciar en casos fallados por la Suprema Corte de los Estados Unidos, como en el caso Bordenkircher vs, Hayes en 1978, en el que se acusó a Paul Lewis Hayes, por el delito de falsedad de un cheque, que acarreaba una pena de entre 2 a 10 años de prisión. La fiscalía ofreció la pena de 5 años de prisión si Hayes se declaraba culpable, sin embargo, este no accedió, y la fiscalía que goza de la legítima presión, presentó nueva acusación, esta vez como delincuente habitual de Kentucky, obviamente teniendo todos los elementos que respaldaban dicho hecho, considerando que el procesado había sido convicto por dos delitos graves. El acusado alegó violación del debido proceso y en primera instancia fue acogida su teoría. No obstante, la Suprema Corte revocó la decisión, al considerar que la forma en que procedió la fiscalía era legítima bajo las realidades del proceso de plea bargainig, condenando a Hayes a cadena perpetua por delincuencia habitual.

En el caso en mención la Suprema Corte de los Estados Unidos (1978) expresó:

The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment is not violated when a state prosecutor carries out a threat made during plea negotiations to have the accused reindicted on more serious charges on which

he is plainly subject to prosecution if he does not plead guilty to the offense with which he was originally charged (pp. 434 U. S. 360-365)³.

De acuerdo con lo anterior, la fiscalía en el estado norteamericano puede proceder bien sea, por un delito más grave o por la reincidencia si el acusado se rehúsa a aceptar un acuerdo y el ente investigador se encuentra legitimado para proceder de esta manera, siempre y cuando, cuente con los elementos de convicción, que respalden sus presiones, lo cual no puede darse en un modelo como el colombiano, en el que impera el principio de legalidad, encontrándose jueces y fiscales sometidos al imperio de la ley⁴.

Una de las principales críticas a este modelo, es la exclusión de la víctima dentro de las negociaciones, debido a que solamente es necesaria la comparecencia del acusado y la participación de la víctima se reduce a la mención de una restitución indemnizatoria que formaría parte de la sentencia final. El anterior supuesto fáctico y jurídico difiere del caso colombiano, en el que se debe llamar a la víctima de manera obligatoria para que se haga presente en las negociaciones, con el fin de conocer su opinión y

tratar de conciliar los intereses de la misma con su victimario. Esta obligación, que legitima la aplicación del preacuerdo, se deriva de lo dispuesto en la sentencia C-516 de 2007, proferida por la Corte Constitucional, en sede de control de constitucionalidad de los artículos 11, 136, 137, 340 y 350 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en la que el máximo órgano de la jurisdicción constitucional y guardiana de la constitución, indicó que el llamado a la víctima para que formara parte de la negociación, no implicaba el poder de veto frente al acuerdo, lo cual en todo caso, no le quita los recursos procesales, para poder controvertir el pacto celebrado entre el ente acusador y el procesado en calidad de imputado o acusado.

LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

Los preacuerdos y negociaciones son una figura jurídica encaminada a la discusión y concertación por parte de la fiscalía y el imputado o acusado y su defensor, sobre los términos de la acusación, bajo determinadas condiciones de validez. Frente al particular la USAID (2012), expresó:

“El preacuerdo entonces, son un consenso de voluntades, bajo determinadas condiciones de validez, que tiene como propósito humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto; y lograr la participación del imputado en la definición de su caso (Art. 348 Código de Procedimiento Penal)” (p. 44)

3 La traducción del texto citado es la siguiente: “La Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda no es violada cuando un fiscal del estado lleva a cabo una amenaza hecha durante negociaciones para que el acusado vuelva a ser acusado de cargos más graves sobre los cuales él es claramente procesado si no se declara culpable de la ofensa con que fue acusado originalmente” (pp. 434 U. S. 360 - 365).

4 La mencionada prescripción se desprende del artículo 230 de la Constitución Política de 1991 que dispone lo siguiente: “ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Se entiende entonces según USAID (2012) que,

“El objeto de los acuerdos está determinado por obligaciones reciprocas adquiridas por las partes: el imputado se declara culpable del delito que se le imputa o de uno relacionado con pena menor; y el fiscal se compromete, en una primera eventualidad, a *eliminar de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico* (Art. 350.1 Código de Procedimiento Penal). La segunda eventualidad respecto del objeto de los acuerdos es que el acusado se declare culpable del delito imputado, y el fiscal a *cambio tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena* (Art. 350.2 Código de Procedimiento Penal). Sobre la base de la negociación, los acuerdos pueden también referirse a la pena por imponer, caso en el cual las partes tienen la posibilidad de pactar determinado quantum punitivo. El fundamento legal de este pacto de penas se encuentra en los artículos 369 y 370 del Código de Procedimiento Penal, que regulan las manifestaciones de culpabilidad preacordadas como consecuencia de las cuales, *la fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere, y este no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la fiscalía*” (p. 44-45)

De acuerdo con lo anterior, surge la necesidad de explicar las modalidades de preacuerdos que imperan dentro del sistema procesal colombiano.

MODALIDADES DEL PREACUERDO

Para poder hablar de las modalidades de preacuerdos, es necesario mencionar antes, los momentos procesales en los que es procedente preacordar. Así,

el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal establece que se podrán celebrar acuerdos entre la fiscalía y el imputado desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de presentar el escrito de acusación. Sin embargo, el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, establece que tras la presentación del escrito de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado por el juez al inicio del juicio se podrán celebrar acuerdos.

Se entiende entonces, que son dos momentos procesales que el legislador consagrado para efectos de llegar a manifestaciones de culpabilidad preacordada, otorgándole un efecto diferente al acuerdo, dependiendo de la etapa procesal en la que este es celebrado. El primer momento, está dado entre la imputación y la presentación del escrito de acusación y el segundo entre la presentación de la acusación y el interrogatorio que el juez de conocimiento debe realzar al acusado al iniciar el juicio oral. Estos momentos procesales marcan las modalidades de los preacuerdos, que son dos: una que tiene que ver con los cargos y la otra que tiene que ver con la pretensión punitiva, es decir, con la pena. De acuerdo con lo antes expuesto, puede decirse que existen dos formas de preacuerdos: una sobre la rebaja punitiva, teniendo en cuenta los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal y la otra sobre la eliminación de un cargo específico, causal de agravación punitiva o la adecuación típica favorable al procesado, siendo esta la modalidad más compleja de negociación, la cual no admite rebaja adicional de pena (Mestre, 2012).

No obstante, es importante recordar que tras la modificación introducida por la Ley 1453 de 2011, los casos de captura en flagrancia, difieren en los descuentos punitivos. Así lo advirtió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“En lo atinente a los Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible de hasta la tercera parte, esta quedará únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia. Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad” (CSJ. Sentencia de 11-06/2012, F. Castro).

Valga aclarar, que lo dicho por la Corte únicamente opera en la modalidad de preacuerdo que tiene que ver con la pretensión punitiva, es decir, con la pena. Se entiende que esta modalidad, recae únicamente en la pena a imponer por la aceptación de los cargos endilgados al procesado, sin que exista ningún otro beneficio, caso en el cual, el juez de conocimiento deberá prescindir del sistema de cuartos por mandato del artículo 3 de la Ley 890 de 2004 y no podrá imponer pena superior a la acordada por las partes, entendiendo que el acuerdo resulta ser vinculante para el juez, salvo que sea contrario a principios y garantías fundamentales.

Frente a la segunda modalidad o el acuerdo que tiene que ver con los cargos, podemos distinguir varios aspectos. En primer lugar, la eliminación de la

acusación de alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico. En este aspecto podemos dar dos ejemplos:

- En un caso de homicidio, tipificado en el artículo 103 del Código Penal, con la concurrencia de la causal de agravación punitiva establecida en el numeral 7 del artículo 104 del mismo estatuto, es decir, colocar a la víctima en estado de indefensión, entra la fiscalía a dialogar con el procesado y su abogado. El procesado decide aceptar los cargos, a cambio de que sea eliminada la causal de agravación, lo cual le comportará una modificación en la pena a imponer. En efecto, se presenta escrito de acusación con manifestación de culpabilidad preacordada por el delito de homicidio simple, es decir, que la pena ya no oscilará entre los 400 y 600 meses de prisión, sino que está comprendida entre los 208 y 450 meses de prisión.
- En un caso de homicidio en concurso con porte ilegal de armas, el procesado decide aceptar los cargos, a cambio de que sea eliminado de la acusación el porte de armas. Se tiene entonces, que al procesado se le dará inmunidad de acuerdo al derecho angloamericano por ese cargo específico y solo se le condenará por el homicidio, lo cual le reportará un beneficio punitivo, ya que no será tenido en cuenta el artículo 31 del Código Penal y solo se impondrá la pena del delito de homicidio.

- En segundo lugar, encontramos la tipificación de la conducta dentro de la alegación conclusiva de una forma específica con miras a disminuir la pena, lo que no es lo mismo que negociar la pena, como se verá en los siguientes ejemplos:
- En un caso de tentativa de homicidio, el procesado luego de negociar con la fiscalía, decide aceptar su responsabilidad. A cambio de ello, el fiscal en la acusación, expresa que se han aceptado los cargos por el delito de lesiones personales agravadas y así lo presenta ante el juez de conocimiento. Este preacuerdo, significa un beneficio punitivo para el procesado, ya que será condenado por delito de menor entidad.
- En un caso de porte ilegal de armas, en el que un celador, es sorprendido con un arma sin permiso para porte, y que tenía a razón de su trabajo; la fiscalía entra a proponerle un preacuerdo, en el que él deberá aceptar los cargos, a cambio de que se degrade la participación de autor a cómplice, lo que le reportará un descuento de una sexta parte a la mitad en la pena a imponer, a varios la posición del sujeto de autor a participe.
- En un caso de homicidio simple, en el que, tras una negociación, el imputado acepta cargos a cambio del reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva de ira e intenso dolor establecida el artículo 57 del Código Penal, lo cual en la práctica le reportará un descuento punitivo importante.

En estos eventos, como resulta claro, sí es procedente el sistema de cuartos, en la medida en que el preacuerdo no ha versado sobre la pena a imponer, sino sobre los cargos, y como resulta evidente, este será el único beneficio y no podrá concederse ningún otro. No obstante, en este caso el fiscal no tiene discrecionalidad absoluta, teniendo en cuenta que deberá someterse al núcleo fáctico de la imputación, es decir, no puede arbitrariamente inventarse cargos nuevos que faciliten el descuento de pena, sino que deberá atenerse al principio de congruencia y al de legalidad. En ese orden de ideas, el fiscal no podrá variar el comportamiento son pretexto de preacordar, haciendo que por ejemplo un homicidio se convierta en un hurto, ya que ello daría al traste con los hechos que fundamentan la imputación y posterior acusación. Frente a este aspecto, la Corte Constitucional se pronunció así:

“El fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y 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. Se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso” (C. Const, C-1260/2005, C. Vargas).

Valga decir en este punto, que lo que tiene que ver con la concesión de subrogados penales, o lo que es

lo mismo, las consecuencias de los hechos imputados, también forman parte del preacuerdo, y no constituyen un doble descuento como podría pensarse, lo que invalidaría la negociación, por el contrario, al permitirse negociar también sobre este punto, es dable otorgarlos, si es que se reúnen las condiciones para ello, sin que se reporte un beneficio extra al permitido. Así lo indicó la Corte Suprema de Justicia:

“En virtud de los acuerdos que lleguen a producirse, aun con ocasión del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de la imputación, es posible que se pacte tanto la disminución de pena por esa causa, como las consecuencias de los hechos imputados, esto es, el posible reconocimiento de prisión domiciliaria o de la suspensión de la ejecución de la pena” (CSJ. Sentencia de 14-05/2006, S. Espinosa).

REQUISITOS DE VALIDEZ DEL PREACUERDO

Como resulta claro, los acuerdos deben cumplir una serie de formalidades para que sean válidos, y no arbitrariamente puede entrarse a negociar, ya que no solamente se debe respetar el principio de legalidad, sino que también deben tenerse en cuenta las directivas que la Fiscalía General de la Nación emane al respecto. Para la validez del preacuerdo, se deben respetar todos los derechos y garantías fundamentales, así, el procesado deberá estar asistido de su defensor, so pena de hacer inexistente el acuerdo. Igualmente, deberá concederse un único beneficio o será inválido como ya quedó claro de lo dicho en el acápite previo. No podrá preacordarse en materia de delitos de secuestro, homicidio, lesiones personales, delitos sexuales en contra de niños, niñas y adoles-

centes por expreso mandato del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, ni tampoco en los eventos en que se haya producido un incremento patrimonial y no se haya entregado al menos el 50% de dicho incremento y la garantía de recaudo del sobrante.

Finalmente, debe hacerse hincapié, en lo que puede constituir el requisito de validez más importante del preacuerdo y es el acervo probatorio que permita inferir razonablemente la ocurrencia del hecho investigado y la participación del procesado en el mismo, en calidad de autor o participe. Por ejemplo, la concesión de la ira e intenso dolor, no requiere prueba, ya que este beneficio es resultado del acuerdo, pero debe estar acreditado el hecho y la intervención en el mismo del imputado o acusado, según el inciso tercero del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal así:

“La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad” (Ley 906, 2004).

En ese orden de ideas la Corte Suprema se refirió a este aspecto en los siguientes términos:

“La norma, debe decirse para evitar equívocos, busca eliminar la posibilidad de acudir al principio de oportunidad u obtener preacuerdos respecto de conductas no tipificadas como delitos o personas que no intervinieron en los mismos. De ahí que se exija un mínimo probatorio para sustentar la existencia

de la conducta y posible participación del imputado o acusado en la misma” (CSJ. Sentencia 42184 de 15-10/2014, G. Malo).

Cumplidas estas condiciones, el acuerdo será válido y podrá ser presentado por el fiscal ante el juez de conocimiento y hará las veces de escrito de acusación con efecto vinculante para el juez, quien deberá avalarlo.

QUIENES PUEDEN PREACORDAR: PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL ACUERDO

Como se desprende del *nomen iuris* del título II, del libro III del Código de Procedimiento Penal, “Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado”, quienes tienen la facultad de celebrar acuerdos son el titular de la acción penal y el procesado, sea imputado o acusado, dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentre. Es claro que la negociación es una actividad bilateral que trae de suyo el principio de un sistema adversarial, o acusatorio, es decir, de partes, que se encuentran en igualdad de armas. El principio acusatorio puede resumirse de acuerdo con USAID (2012), de la siguiente manera:

En el sistema penal acusatorio la comprobación del ilícito es dejada a la libre iniciativa de las partes contrapuestas, con la presencia de un ente acusador que opera en paridad de posición y derechos respecto del acusado, sobre el supuesto de que tesis y antítesis deben concretarse en la síntesis de la decisión judicial en situación de absoluta igualdad respecto de la una y de la otra. Esencialmente, el proceso acusatorio es una disputa entre dos partes, con una neta contra-

posición entre acusación y defensa, regulada por un órgano superior a los dos contendientes (pp. 9-10)

Por su parte la Corte Constitucional reconoció la inclusión del principio acusatorio en el Acto Legislativo 03 de 2002, de la siguiente manera:

“En lo que atañe a las partes e intervinientes en el proceso, es preciso indicar que se siguió el principio acusatorio o *nemo iudex sine actore*, según el cual existe una clara separación de funciones entre el órgano que acusa y aquel que juzga” (CConst, C-591/2005, C. Vargas).

Sin embargo, resulta claro, que la fiscalía al ser la titular de la acción penal, goza de mayor relevancia dentro de la negociación, ya que, sin su interés, jamás se podría llegar a un acuerdo y aunque la propuesta puede venir de la defensa, si la fiscalía considera que no es necesario, simplemente no está obligada a llevarla a cabo. Frente a este punto la Corte Suprema se ha referido en los siguientes términos:

“De manera concreta, es factible significar que lo contenido en el capítulo único del título en cuestión, otorga a la fiscalía una muy amplia facultad dispositiva, no solo porque corre de su resorte exclusivo acceder a la negociación, esto es, que aun con el querer expreso del imputado o acusado y su defensor, no es posible adelantar el trámite si no se cuenta con la anuencia del fiscal del caso - en ausencia de esa aceptación al procesado a penas le cabe acudir al allanamiento a cargos en los momentos procesales específicos contemplados por la ley para ese efecto -, sino porque las posibilidades de injerencia de terceros o intervinientes son limitadas y lo contemplado en el acuerdo únicamente puede ser verificado por



el juez en aspectos puntuales y trascendentes. Es por ello que los artículos respectivos advierten de un pacto bilateral en el que intervienen apenas la fiscalía y el imputado o acusado y su defensor” (CSJ. Sentencia 42184 de 15-10/2014, G. Malo).

No obstante, esto lleva a reflexionar frente a otro aspecto y es el papel de la víctima dentro del preacuerdo, ya que puede pensarse que ni siquiera tiene derecho a expresar su opinión. Así pues, y como ya se había enunciado, en este tema se difiere del plea bargaining, en la medida en que la víctima sí puede intervenir en la negociación y de hecho se tiene la obligación por parte de la fiscalía de hacerla partícipe. Así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-516 de 2007 diciendo que excluir a las víctimas del injusto y el consentimiento de las mismas de la negociación, no cumple con los fines del preacuerdo, en la medida en que la eficacia del sistema no involucra únicamente los derechos del procesado y los intereses del Estado, sino que también implica los derechos de la víctima y la posibilidad que la misma tiene de acceder a la administración de justicia.

De esta manera, no incluir a la víctima dentro de la negociación impide dar solución a la problemática social presentada con el delito y vulnera el fin esencial del Estado, el cual es permitir que los asociados interfieran en la toma de las decisiones que los afectan. Debe entonces someterse a consideración de la víctima el acuerdo, para que asista ante el juez y exponga sus argumentos, teniendo el juez el deber de verificar que se respeten los derechos tanto del procesado como de la víctima (C. Const, C-516/2007, J. Córdoba).

En ese orden de ideas, la intervención de la víctima, como se observa, se encuentra restringida, lo cual no indica que no pueda participar, y de hecho debe hacerlo, para tratar de conciliar los intereses tanto de la misma, como los del imputado o acusado. Cabe resaltar, que al ser una obligación de la fiscalía citar a la víctima para ser oída en el trámite de las negociaciones, podría considerarse incluso, que no cumplir con este requisito, podría llegar, a constituir una causal de invalidez del preacuerdo.

POSTURAS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA FIGURA DE LOS PREACUERDOS

Como se había indicado al iniciar estas líneas, la institución jurídica de los preacuerdos y negociaciones puede considerarse como el acierto y/o el desacierto del sistema penal acusatorio y no solo en Colombia, sino en general en los países de tradición jurídica continental. Es así como al ser introducida en sistemas jurídicos como el colombiano y el de otros países latinoamericanos, han surgido posturas contrarias que han alimentado el profundo debate que en torno a la figura ha venido presentándose, incluso en los estrados judiciales.

De allí, la controversia entre algunos jueces frente a la intervención que deben tener a la hora de aprobarlos o no. Parte de la doctrina ha condenado severamente la aplicación de los preacuerdos, por considerarlos contrarios al principio de legalidad y constituir una medida de extrema prisionalización. Otro sector, entre el que se encuentra la misma postura de la Corte Suprema de Justicia, defiende la institución, por ser

un factor no solo de descongestión, sino de justicia pronta y efectiva, así como un factor de humanización del proceso.

Los criterios en contra de la justicia negociada vienen desde Alemania, pasando por Italia, Argentina, Uruguay e incluso el mismo pionero de la figura, es decir, los Estados Unidos de Norte América. En la doctrina alemana se destaca el criterio de Schünemann, quien considera que la figura deviene lesiva, como quiera que los principios que irradian el sistema anglosajón, trasgreden los principios del Estado de Derecho en materia penal, es decir, contraviene el principio de legalidad (Schünemann, 2002). Por su parte el italiano Ferrajoli se opone a la justicia negociada, según lo expresa Montañez (2013), porque:

“Las negociaciones entre el detentador de la acción penal y el procesado son ajenas a un procedimiento de verdad acusatorio, pues se conculcan las garantías fundamentales del individuo, en el que el investigado pueda ejercer su derecho de defensa, amparado en su presunción de inocencia y que se le permita controvertir las acusaciones en su contra, allegando las pruebas pertinentes; las negociaciones serían, pues, la antinomia del justo proceso por cuanto se asemejan más a prácticas propias del sistema inquisitivo”(p. 72).

En la doctrina norteamericana puede citarse igualmente a John Langbein, ilustre profesor de derecho e historiador jurídico de las universidades de Cambridge, Harvard y Columbia, quien considera que los plea bargaining son lesivos, especialmente por el abuso que de ellos puede darse y no está de acuerdo con su aplicación, entendiendo que contra-

rían los postulados constitucionales que le asisten al procesado, para poder demostrar su inocencia en un juicio en igualdad de armas con el ente acusador (Damaska, 1986).

Mas en el entorno latinoamericano, encontramos la postura de Pablo Galain Palermo, doctrinante y profesor de derecho penal de la República Oriental del Uruguay; la del argentino Gabriel Ignacio Anitua y la del chileno Carlos Del Río Ferretti. El uruguayo considera, que, con la justicia negociada, solamente se consigue un desequilibrio en las cargas a la hora de negociar, ya que el procesado siempre tendrá como contraparte a la hora de acordar, a quien tiene en sus manos la acción penal. Por su parte, el argentino considera que solo se consigue renunciar al juicio con todas las garantías constitucionales que ello trae, y en la realidad lo único que se beneficia es la pretensión punitiva, bajo la presión al procesado para que acepte cargos a cambio de una rebaja de pena (Montañez, 2013). Finalmente, el chileno argumenta que, con la negociación, simplemente se da una presión desbordante, que a la larga pisotea la presunción de inocencia, al inducir al procesado a renunciar a las garantías constitucionales que le asisten, mediante mecanismos como la inflación exagerada de los cargos para obtener una autoincriminación.

A pesar de las posturas contrarias, la jurisprudencia norteamericana, y por supuesto, la nacional, han adoptado la institución de la justicia negociada como una bondad del sistema penal y ven en esta herramienta, una forma de agilizar los procedimientos, mediante la humanización del engranaje procesal,

que involucra al procesado en la solución del conflicto que lo afecta. Así, la Suprema Corte de los Estados Unidos en diversos pronunciamientos como el caso *Bordenkircher vs. Hayes*, citado con anterioridad, argumentó que no existe violación alguna al debido proceso o a la libertad, entendiendo que la decisión recae en el procesado, quien, en últimas, resuelve si acepta o no su responsabilidad, ya que en todo caso nadie puede conminarlo a aceptar aquello con lo que no se encuentra de acuerdo.

En esa misma línea, la Corte Constitucional en sentencias como la C-059 de 2010, consideró que la institución no vulnera derechos o garantías fundamentales y que en su trámite debe estar incluida la víctima, el fiscal no cuenta con discrecionalidad absoluta y debe atenerse a una serie de principios, y el juez de conocimiento es un garante de la legalidad para que no se vean vulnerados principios y garantías fundamentales.

De acuerdo a ello, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales regentes de lo debido sustancial y debido probatorio, postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección. Además, para emitir un fallo debe allegarse el mínimo probatorio requerido, en aras de inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (CSJ. Sentencia 27337 de 22-08/2007, S. Espinoza).

LA POLÉMICA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO EN LOS PREACUERDOS

Surgen dos tesis en el entorno nacional frente a la intervención o control que el juez de conocimiento debe adelantar a la hora de verificar el preacuerdo. Estas tesis se han venido encontrando en los estrados judiciales y podría decirse que los jueces y magistrados del país, se encuentran divididos. Por un lado, hay quienes propugnan por una intervención radical del juez en defensa del principio de legalidad que implicaría el control material frente a los hechos imputados y los hechos derivados del preacuerdo, en defensa igualmente de mínimos de justicia y claramente tomado como argumento la impunidad y granjeo de la justicia propiamente dicha. Por otro lado, se encuentra la postura que considera que el juez de conocimiento debe limitarse a verificar ciertos aspectos de tipo formal, sin interferir de ninguna otra manera.

Si bien es cierto, la tesis de intervención judicial ha venido ganando campo entre los jueces y magistrados, es importante decir, que choca con los principios que irradian el sistema penal acusatorio, teniendo en cuenta que, en primer lugar, la titularidad de la acción penal recae única y exclusivamente en la Fiscalía

General de la Nación y no en el juez⁵, quien no puede intervenir en actos que son netamente de parte, debido al carácter adversarial del sistema. Es tan así, que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se inclinan incluso a prohibir la intervención del juez en el acto de la imputación, salvo que se observen yerros que irrespeten flagrantemente las garantías fundamentales y la imputación jurídica no corresponda evidentemente con la imputación fáctica. De esta manera se observa que, al ser el preacuerdo un acto de parte, el juez de conocimiento no puede intervenir allí, argumentando el desconocimiento del principio de legalidad, ya que no es de su resorte dar un alcance a los hechos diferente del que le han dado las partes.

Un sector de la doctrina se inclina por decir que la intervención del juez debe estar modulada por el momento procesal en el que se presente el preacuerdo. En primer lugar, el juez debe intervenir más activamente en aquellos casos en que se presenta el preacuerdo antes de la presentación del escrito de acusación, en defensa de la legalidad y la presunción

de inocencia y en segundo lugar, la intervención se atenuaría si el preacuerdo se da tras la presentación de la acusación, en razón a que la acusación es un acto de parte en el que no puede intervenir el juez.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, para todos los efectos, el preacuerdo hace las veces de acusación, lo cual indica que sigue siendo un acto de parte y el juez no puede entrometerse, salvo que observe flagrantes desconocimientos de principios y garantías fundamentales. Es decir, que la tesis que en realidad se ajusta a lo que el legislador quiso con la introducción del sistema penal acusatorio y la figura del preacuerdo, es la de la verificación netamente formal del juez de conocimiento, tesis entre otras cosas, defendida por parte de la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, consolidándose un precedente frente a la materia. Uno de los más recientes pronunciamientos indica que el juez puede tener injerencia únicamente en aquellos casos en los que se advierta la violación de garantías fundamentales, que impidan aprobar el acuerdo.

En ese orden de ideas la intervención del juez es excepcional y se encuentra delimitada por la certificación de la legalidad, en cuanto al respeto de las garantías y límites que la misma legislación les impone a las partes a la hora de negociar. La valoración del acuerdo, no puede obedecer a criterios subjetivos del valor de la justicia, ni tampoco a la satisfacción de los intereses de una de las partes o ambas, pues la negociación y el acuerdo, implican renunciaciones y ello representa sacrificios tolerables del valor justicia. Por otro lado, la tensión entre los derechos de la víctima

5 La titularidad de la acción penal se desprende del artículo 66 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos: "Artículo 66. Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías".

y el procesado y los postulados y finalidades esenciales del sistema, la solucionó el legislador dando prevalencia al criterio del fiscal y estableciendo unos límites específicos respecto de lo pactado, que de cumplirse, obligan avalar la negociación con el consecuente fallo de condena (CSJ. Sentencia 42184 de 15-10/2014. G. Malo).

Se hace hincapié en que la intervención del juez debe darse única y exclusivamente, en lo que tiene que ver con la verificación del mínimo probatorio que acredite la ocurrencia del hecho y la posible intervención del procesado y los demás requisitos de validez ya expuestos con anterioridad, cercenado así la discusión presentada.

CONCLUSIONES

La figura de los preacuerdos y negociaciones es una institución ajena a la tradición jurídica colombiana, empero, puede ofrecer grandes beneficios a la justicia penal, en la medida en que permite cumplir con uno de los fines esenciales del Estado, como es la intervención y contribución en la solución de los casos que afectan a los intervinientes. Sin embargo, pese a tener grandes beneficios, el preacuerdo es una institución que no se ha implementado de la manera en que debiere implementarse, como quiera que aún se acude a juicio por asuntos que en la realidad podrían solucionarse mediante esta vía, congestionando la justicia y generando un grado alto de impunidad. Pero esto depende en gran medida de la labor ejercida por el litigante penal, que debe romper con los paradigmas de una tradición jurídica

extremadamente legalista que se ha quedado en un viejo sistema, que no permite concretar, ni aplicar en la forma que debiere hacerse el actual sistema procesal penal.

De esta manera, la labor del defensor debe estar encaminada a la búsqueda de la solución pronta y efectiva de los asuntos que conoce y al logro de una pronta y cumplida justicia. Está en sus manos cumplir estos objetivos mediante la aplicación del preacuerdo y demás mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo cual brinda una efectiva respuesta a la necesidad de su cliente. La anuencia del fiscal y la gestión del defensor pueden propiciar el encuentro y un eventual acuerdo que materialice el fin último del derecho, es decir la justicia, en aras de la reconstrucción del tejido social y la resocialización efectiva del reo.

Con los preacuerdos se renuncia a controvertir las pruebas recaudadas en ejercicio de la acción penal, pero no se renuncia a las garantías constitucionales del debido proceso, ya que, para efectos de ser aprobado por el juez, éste debe valorar un mínimo probatorio que permita inferir razonablemente la ocurrencia del hecho y la participación del procesado en el mismo, so pena de declararse inadmisibles. Luego preacordar no implica debilidad en la investigación o la imposibilidad de llevar los hechos investigados a juicio, caso en el cual debería acudir a figuras distintas como la preclusión, todo lo contrario, el preacuerdo implica que de hecho se tienen suficientes elementos probatorios que acrediten la pretensión punitiva.

Ahora bien, la intervención del juez estriba únicamente en la verificación formal de la ocurrencia de ciertos aspectos que le dan validez al preacuerdo y no puede intervenir más allá, so pena de transgredir el carácter adversarial del sistema, es decir, un sistema de partes. Así, verificará que se presente el mínimo probatorio que acredite la ocurrencia del hecho y la participación del procesado en el mismo, la aceptación libre de vicios, consiente, libre y voluntaria, asesorada por abogado; que no se conceda más de un beneficio, que no se trate de aquellos delitos en los que expresamente no es dable acordar, y que se haya restituido el 50% del incremento patrimonial en los casos en que es procedente. Finalmente, debe

cultivarse el cambio de mentalidad, el cambio de cultura jurídica, trascender de la tradición victimizante que busca en muchos casos ridiculizar la figura del procesado, olvidando que a pesar de delincuente, también es persona, sometiéndolo a un proceso que no contribuye a su resocialización y que a cambio, genera una actitud incluso vengativa, por lo que se debe trascender a una cultura del perdón, en el que se pueda resolver alternativamente los conflictos, reconciliando los intereses, en aras de una verdadera convivencia pacífica, que busque la paz y la solidaridad y no la venganza, en otras palabras, humanizar el Derecho Penal.

REFERENCIAS

- Bernal, et al. (2010). *Proceso Penal y Justicia Restaurativa*. Ediciones Nueva Jurídica. 2010. Bogotá.
- Damaska, M. (1986). *The faces of Justice and State Authority*, New Haven and London. Yale University Press.
- Mestre, J. (2012). Los Mecanismos de Terminación Anticipada del Proceso Penal en la Práctica de la Fiscalía General de la Nación. *Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre.
- Montañez, J. (2013). Las Negociaciones en el Proceso Penal: Del Procedimiento Inquisitivo a la Prisionalización Masiva. *Revista*

Derecho Penal y Criminología, 34, 63-85. <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3869>

Restrepo, M. (2005). *El Nuevo Sistema Acusatorio*. Intermedio.

Schünemann, B. (2002). ¿Crisis del Procedimiento Penal? ¿Marcha Triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”. En, S. Bacigalupo, trad), *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*. Tecnos.

Serrano, Y. & Alfonso, I. (2013). Prohibición taxativa de preacuerdos y negociaciones en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10654/9328>

USAID. Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Manual para Operadores Jurídicos. Segunda Edición. 2012. Bogotá.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-591/2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 9 de junio de 2005,

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1260/2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández; 5 de diciembre de 2005.

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-516/2007. MP. Jaime Córdoba Triviño; 11 de julio de 2007.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia No. 24531. MP. Sigifredo Espinoza Pérez; 4 de mayo de 2006.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
Sentencia No. 27337. MP. Sigifredo Espinoza Pérez; 22 de agosto de 2007.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
Sentencia No. 38285. MP. Fernando Alberto Castro Caballero; 11 de julio de 2012.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.
Sentencia No. 42184. MP. Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández; 15 de octubre de 2014.

Colombia. Juzgado 2 Penal del Circuito de Tunja. Sentencia No. 002-15.
Juez. Simón Eduardo Martínez Escandón; 19 de enero de 2015.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

