

**EL PREACUERDO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO Y
SU APLICACIÓN POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES DEL ESTADO**

**PAOLA LORENA ÁLVAREZ PABÓN
DAVID FERNANDO JOJOA CULTID**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2015**

**EL PREACUERDO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO Y
SU APLICACIÓN POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES DEL ESTADO**

**PAOLA LORENA ÁLVAREZ PABÓN
DAVID FERNANDO JOJOA CULTID**

Tesis de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado

**Asesor:
Dr. Cesar Enríquez Delgado**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2015**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo de grado son responsabilidad exclusiva del autor”

Artículo 1º del Acuerdo Número 324 de Octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de Aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Pasto, Mayo de 2015

AGRADECIMIENTOS

Es de suma importancia resaltar el enorme sentimiento de gratitud que le debemos:

A Dios por la vida y las oportunidades que nos brinda cada día, por su capacidad de amarnos sin medida y hacer posible que esta meta sea cumplida.

A la Universidad de Nariño, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la que nos sentimos orgullosos de pertenecer y quien a lo largo de estos años fue la encargada de nuestra formación tanto académica como personal.

A nuestro asesor de tesis, el Doctor Cesar Enríquez Delgado, quien con su esfuerzo y dedicación se convirtió en un pilar fundamental de este trabajo investigativo, compartiendo sus conocimientos, experiencias y su tiempo con nosotros.

Al Doctor Juan Carlos Lagos por ser promotor del proyecto que hizo realidad esta investigación.

A Gilma Lucia Belalcázar, Secretaria de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, quien nos brindó su apoyo y estuvo presente en el desarrollo de esta tesis.

Finalmente, a todos los familiares, docentes y amigos que nos motivaron y creyeron en nosotros.

DEDICATORIA

A mis padres José Javier Álvarez y Aida Carmenza Pabón y a mi hermana Karol Melissa Álvarez Pabón, por ser el motor de mi vida y la razón de mi existencia. Gracias por todo el amor, apoyo y comprensión que me brindan día a día y me dan la fortaleza para seguir luchando.

Paola Lorena Álvarez Pabón

Con todo el cariño del mundo para mis padres Isidro Jojoa y Julia Cultid, quienes han estado a mi lado sin importar la dificultad del momento, gracias infinitas por su cariño, dedicación y sacrificio, hoy retribuyo parte de ese esfuerzo con este logro que no es mío sino de ustedes.

A mis hermanos por brindarme su compañía y ser mi motivación para luchar y ser mejor cada día.

David Fernando Jojoa Cultid

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	19
1. MARCO CONCEPTUAL	20
1.1 FINALIDAD DEL PROCESO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO	20
1.2 CELERIDAD JUDICIAL.....	23
1.3 EFICACIA JUDICIAL	24
1.4 JUSTICIA RESTAURATIVA.....	25
1.5 JUSTICIA RETRIBUTIVA	27
1.6 DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS	29
1.7 TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.....	32
1.8 FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO	34
1.8.1 Principio de oportunidad	34
1.8.2 El allanamiento	38
1.8.3 El preacuerdo:.....	40
1.8.3.1 Origen	40
1.8.3.2 El preacuerdo en el sistema acusatorio colombiano	41
2. MARCO LEGAL	43
2.1 ANÁLISIS NORMATIVO	43
2.1.1 Decreto 2700 de 1991.....	43
2.1.2 Ley 81 de 1993.	45

2.1.3 Ley 365 de 1997	48
2.1.4 Ley 600 de 2000.	48
2.1.5 Ley 906 de 2004	49
2.2 FAVORABILIDAD	55
3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	56
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	69
4.1 GENERALIDADES DEL PREACUERDO	69
4.1.1 Proceso 25389 del 10 de mayo de 2006	69
4.1.2 Proceso 24764 del 1 de junio de 2006.....	70
4.1.3 Proceso 25196 del 10 de agosto de 2006.....	71
4.1.4 Proceso 28381 del 3 octubre de 2007.	71
4.1.5 Proceso 25349 del 10 de junio de 2008.....	72
4.1.6 Proceso 34727 del 6 de agosto de 2010	72
4.1.7 Proceso 35739 del 28 de enero de 2011:	72
4.1.8 Proceso 43523 del 7 de mayo de 2014	72
4.2 PRINCIPIO DE FAVORABIILDAD	73
4.2.1 Proceso 21954 del 23 de agosto de 2005	73
4.2.2 Proceso 21347 del 14 de diciembre de 2005.....	74
4.2.3 Proceso 23486 del 3 de mayo de 2007.	74
4.2.4 Proceso 29617 del 9 de junio de 2008.....	76
4.3 DIFERENCIAS ENTRE EL ALLANAMIENTO Y EL PREACUERDO	76
4.3.1 Proceso 34493 del 13 de septiembre de 2010.....	76

4.3.2 Proceso 35509 del 6 de julio de 2011	76
4.4 PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	78
4.4.1 Proceso 26087 del 28 de febrero de 2007	78
4.4.2 Proceso 27337 del 23 de agosto de 2007.....	78
4.4.3 Proceso 27518 del 28 de noviembre de 2007	79
4.4.4 Proceso 28998 del 3 de abril de 2008.	79
4.4.5 Proceso 31280 del 8 de julio de 2009	79
4.4.6 Proceso 32422 del 10 de marzo de 2010	80
4.4.7 Proceso 34787 del 15 de septiembre de 2010.....	81
4.5 RETRACTACIÓN.....	81
4.5.1 Proceso 28290 del 23 de enero de 2008	81
4.6 CARÁCTER VINCULANTE DEL PREACUERDO Y PRINCIPIO DE IRRETRACTABILIDAD	82
4.6.1 Proceso 27218 del 16 de mayo de 2007	82
4.6.2 Proceso 29002 del 31 de marzo de 2008	82
4.6.3 Proceso 29459 del 22 de mayo de 2008	83
4.6.4 Proceso 29476 del 22 de mayo de 2008.	83
4.6.5 Proceso 30006 del 15 de septiembre de 2008.....	83
4.6.6 Proceso 30275 del 8 de octubre de 2008	84
4.6.7 Proceso 30226 del 29 de octubre de 2008	84
4.6.8 Procesado 30873 del 16 de diciembre de 2008.....	84
4.6.9 Proceso 31326 del 11 de mayo de 2009.	84
4.6.10 Proceso 32032 del 14 de septiembre de 2009.....	85

4.6.11 Proceso 34067 del 22 de julio de 2010.....	85
4.6.12 Proceso 33763 del 9 de marzo de 2011.	85
4.7 APROBACIÓN O ANULACIÓN PARCIAL DE LOS PREACUERDOS	86
4.7.1 Proceso 27759 del 12 de septiembre de 2007.....	86
4.8 RECURSOS Y RESTRICCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS ANTICIPADAS	88
4.8.1 Proceso 27978 del 23 de agosto de 2007	88
4.8.2 Proceso 29530 del 30 de abril de 2008	88
4.8.3 Proceso 31531 del 8 de julio de 2009.....	88
4.8.4 Proceso 31803 del 8 de julio de 2009	89
4.8.5 Proceso 33581 del 21 de abril de 2010	89
4.8.6 Proceso 33817 del 22 de julio de 2010	90
4.9 INTERÉS PARA RECURRIR.....	90
4.9.1 Proceso 30968 del 17 de junio de 2009.....	90
4.9.2 Proceso 32391 del 10 de septiembre de 2010.....	90
4.10 REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS	91
4.10.1 Proceso 28161 del 9 de abril de 2008	91
4.10.2 Proceso 33060 del 12 de mayo de 2010.....	91
4.11 PROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN DE DESCUENTOS PUNITIVOS POR REPARACIÓN CONTENIDOS EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY 906 DE 2004	92
4.11.1 Proceso 24817 22 de junio de 2006	92
4.11.2 Proceso 29473 del 14 de mayo 2009	93
4.12 EL PREACUERDO EN DELITOS DE SECUESTRO	94

4.12.1 Sentencia C-073 del 10 de febrero de 2010.	94
4.12.2 Proceso 33254 del 27 de febrero de 2013	94
4.12.3 Proceso 41157 del 30 de abril de 2014.	95
4.13 SUBROGADOS PENALES: LEY 1709 DE 2014	96
4.13.1 Proceso 41480 del 12 de marzo de 2014.	98
4.13.2 Proceso 41232 del 5 de marzo de 2014	99
4.14 EL PAPEL DEL JUEZ EN EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL PREACUERDO.....	100
4.14.1 Control formal:	100
4.14.1.1 Proceso 25724 del 19 de octubre de 2006	100
4.14.1.2 Proceso 29979 del 27 de octubre de 2008	100
4.14.1.3 Proceso 39.892 del 6 de febrero de 2013	101
4.14.2 Control material.....	102
4.14.2.1 Proceso 41778 del 05 de marzo de 2014.	102
4.14.2.2 Proceso N° 73555 del 20 de mayo de 2014.	103
4.14.2.3 Proceso N° SP9853-2014 Rad. (40871) del 16 de julio de 2014	104
5. APLICACIÓN DEL PREACUERDO EN LA CIUDAD DE PASTO	105
5.1 ESTADÍSTICAS	105
5.1.1 Procesos estudiados por cada juzgado de ejecución de penas en el primer semestre de 2014:	106
5.1.2 Formas de terminación de procesos primer semestre de 2014:	106
5.1.3 Delitos:	107
5.1.4 Delitos en juicios ordinarios:	109

5.1.5 Delitos en allanamientos:	111
5.1.6 Delitos en preacuerdos:	112
5.1.7 Beneficios preacordados:.....	114
5.1.8 Marginalidad:	117
5.1.9 Legalidad del preacuerdo:.....	117
5.1.10 Control de legalidad:	118
5.1.11 Cumplimiento de condena:	119
 6. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL PREACUERDO EN LA CIUDAD DE PASTO RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL	 121
6.1 MARGINALIDAD.....	121
6.2 DOBLE BENEFICIO	124
6.3 ACUMULACIÓN DE PROCESOS	126
6.4 REPARACIÓN INTEGRAL	126
6.5 SUBROGADOS	128
6.6 ARTÍCULO 68 A	131
6.7 APLICACIÓN POR FAVORABILIDAD DE LA LEY 1709 DE 2014 Y LOS ARTÍCULOS 38 Y 63 ORIGINALES DE LA LEY 599 DE 2000	 134
6.8 VARIACIÓN UNILATERAL DE LA CONDUCTA PUNIBLE	136
6.9 EXPRESAS PROHIBICIONES	137
6.9.1 Extorsión, secuestro extorsivo y conexos:	137
6.9.2 Delitos contra integridad física y sexual cuando la víctima es un menor de edad	 139
6.9.3 Secuestro y homicidio doloso contra menores de edad.....	142
6.10 FLAGRANCIA	143

6.11 CONTROL FORMAL Y MATERIAL	147
6.11.1 Control formal.	147
6.11.2 Control material.....	150
7. CONCLUSIONES	155
8. RECOMENDACIONES	161
BIBLIOGRAFÍA	163
NETGRAFÍA	166

LISTA DE CUADROS

pág.

Cuadro 1. Comparativo entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa.	28
Cuadro 2. Desarrollo normativo del preacuerdo	53
Cuadro 3. Preacuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado	105

LISTA DE GRÁFICAS

	pág.
Grafica 1. Procesos estudiados por cada juzgado de ejecución de penas en el primer semestre de 2014	106
Grafica 2. Formas de terminación de procesos primer semestre de 2014.....	107
Grafica 3. Delitos	108
Grafica 4. Delitos en juicios ordinarios.....	110
Grafica 5. Delitos en allanamientos	112
Grafica 6. Delitos en los preacuerdos	114
Grafica 7. Beneficios preacordados	116
Grafica 8. Marginalidad	117
Grafica 9. Legalidad del preacuerdo	118
Grafica 10. Control de legalidad.....	119
Grafica 11. Cumplimiento de la condena	120

GLOSARIO

Gratuidad: La actuación procesal no genera un costo en dinero que el usuario deba pagar para acceder a la administración de justicia. (Ver Ley 906/04, art. 13).

Igualdad de oportunidades: Los intervinientes en el proceso deben tener las mismas oportunidades y ser tratados con igualdad. Los servidores judiciales son responsables de que esto sea efectivo. (Ver Ley 906/04 art. 4).

Legalidad: Los delitos, los jueces que declararán si una persona es responsable y los procedimientos y ritualidades del proceso deben estar señalados previamente en la ley, es decir, a una persona no se le puede atribuir un delito que no se señale como tal en la ley previamente, ni lo juzgará una categoría de juez que no exista en la misma, ni se le aplicarán procedimientos diferentes de los establecidos con anterioridad en la ley. (Ver Ley 906/04, art. 6).

Principio de oportunidad: La Fiscalía puede interrumpir o renunciar a la acción penal en los casos estrictamente señalados en la ley, por ejemplo, cuando la pena establecida para el delito sea muy baja y se repare a la víctima, cuando se entregue en extradición, si el procesado colabora eficazmente con la justicia, cuando la afectación ocasionada por algunos delitos no sea significativa, entre otras causas. (Ver Ley 906/04 arts. 321 a 324).

RESUMEN

El presente trabajo fue creado con el fin de hacer un análisis de la figura del preacuerdo y las negociaciones entre fiscalía e imputado o acusado instaurado en la ley 906 de 2004 como un mecanismo de terminación anticipada del proceso y su aplicación por los órganos judiciales del Estado.

Para una mejor comprensión, inicialmente se desarrolló un marco conceptual en el cual se estudian conceptos generales que sirvan de guía y permitan al lector contextualizarse en la materia, así por ejemplo se tocan temas como las finalidades del proceso, celeridad y eficacia, justicia retributiva y restaurativa, derecho de las víctimas, mecanismos de terminación anticipada del proceso, entre otros. Posteriormente se introdujo un marco legal en donde se encuentra toda la normatividad que regula esta figura propia del sistema penal acusatorio Colombiano realizando un estudio desde sus inicios, así se abarcó legislaciones anteriores y los modelos internacionales que sirvieron de guía para su implementación en nuestro país y seguidamente el estudio de las normas que la rigen en la actualidad. Se continuó con un análisis del desarrollo jurisprudencial de los preacuerdos empezando por los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia hasta finalizar con un análisis local de las sentencias proferidas en nuestra ciudad.

Este desarrollo conceptual, legal, jurisprudencial y el trabajo práctico realizado nos permiten una amplia comprensión de la estructura del preacuerdo y la forma en que se está aplicando por parte de las Altas Cortes y de los jueces penales en la ciudad de Pasto.

Palabras clave: Proceso penal, justicia negociada, preacuerdo, eficacia, celeridad.

ABSTRACT

This investigation was created in order to analyze the figure of the preliminary agreement and negotiations between prosecutors and accused established in Law 906 of 2004 as a mechanism of early termination of the process and its application by the courts of the State.

For a better understanding, initially was developed a conceptual framework in which was studied general concepts to guide that allow the reader to contextualize in the matter. So for example topics as the finality of the process, swiftness and efficiency, retributive and restorative justice, victims rights, mechanisms of early termination of the process, among others. Subsequently was introduced a legal framework where it is all the regulations of the preliminary agreements in the Colombian justice system doing a study since it was introduced with previous legislation and international models that served as a guide for implementation in our country and then the study of the rules that govern today. was continued with a discussion of the jurisprudential development of the preliminary agreements, beginning with the relevant rulings of the Constitutional Court, the Supreme Court to finish with a local analysis of the statements handed down in our city.

This development conceptual, legal, jurisprudential and the practical work allows us a broad understanding of the structure of the agreement and the way it is being implemented by the High Courts and the Criminal Court in the city of Pasto.

Keywords: Criminal proceedings, negotiated justice, preliminary agreement, effectiveness, swiftness.

INTRODUCCIÓN

El nuevo estatuto procesal penal consagra dos formas de terminación anticipada del proceso: el allanamiento o aceptación unilateral de cargos y los preacuerdos o negociaciones.

La figura de los preacuerdos y negociaciones se introduce con la ley 906 de 2004 que modificó la estructura básica del derecho penal en nuestro país, cambiando de un modelo mixto de tendencia inquisitiva a un sistema de tendencia acusatoria que se preocupa por los derechos fundamentales del procesado y de las víctimas para lograr verdad y justicia material más rápidamente que llevando a cabo un proceso ordinario.

El presente trabajo centra su desarrollo precisamente en el estudio y análisis de esta figura, pues es de suma importancia ya que en la actualidad la mayoría de los procesos penales culmina a través de este instrumento que se ha implementado con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, lograr una solución alternativa de los conflictos derivados de la comisión conductas punibles e impulsar la justicia restaurativa, a través de principios como la celeridad y eficacia para descongestionar los despachos judiciales sin que ello signifique el desprestigio de la administración de justicia.

Esta investigación busca aportar información relevante que ayude a comprender, analizar y mejorar el desarrollo del preacuerdo partiendo desde un campo de acción nacional hasta llegar a un estudio local que otorgué una apreciación integral de esta figura, con el fin de que se constituya en una herramienta que nos permita pensar en una administración de justicia que haga efectivos los derechos a la verdad, la justicia material, la reparación y las garantías tanto del procesado como de la víctima, dentro de un estado social de derecho como el nuestro.

Lo anterior se logró mediante un trabajo teórico práctico de recopilación masiva de información tanto normativa como doctrinal pero especialmente el texto está enriquecido con jurisprudencia de la Corte Constitucional y la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, así como también sentencias promulgadas por los juzgados penales de la ciudad de Pasto, información muy valiosa que otorgó importantes resultados, los cuales serán presentados a medida que se desarrolle el contenido del trabajo. El análisis de dicha información, nos permitirá conocer a fondo como viene siendo aplicado el preacuerdo por los órganos judiciales del estado y así poder realizar aportes que puedan ser de gran utilidad para posteriores investigaciones.

1. MARCO CONCEPTUAL

1.1 FINALIDAD DEL PROCESO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

El proceso penal actúa como un medio para conectar a las personas con el Estado, con el fin de que éste les garantice un orden social y justo, en el cual se puedan sentir seguras, al tiempo que ejerce un control sobre los ciudadanos limitando aquellas acciones que puedan atentar contra el bienestar y los derechos de los demás. De esta forma se crea un sistema equilibrado mediante el cual se puede garantizar la sana convivencia.

El proceso penal busca alcanzar la verdad material de los hechos constitutivos de la conducta punible a través de un proceso de investigación y análisis, la reparación de las víctimas a fin de garantizar verdad, justicia y reparación integral, el bien común y la seguridad jurídica.

Dicho proceso se desarrolla con plena observancia de las garantías establecidas para generar una sentencia acorde a la normatividad existente, sin olvidar que el acusado nunca deja de ser sujeto de derechos y debe respetarse en cada una de las instancias procesales. Dentro del proceso penal se busca garantizar que éste únicamente sea desarrollado por los órganos y funcionarios que estén facultados y capacitados conforme lo dispone la ley en todas las etapas procesales ya sea al momento de iniciar el proceso, en la etapa de investigación, acusatoria, preparatoria o de juzgamiento.

En ningún momento se debe pasar por alto los derechos del procesado ya que sin importar lo que haya hecho nunca va a perder su calidad de persona. Hay que recordar que a la persona se la juzga por lo que hace y no por lo que es, limitando de esta manera el poder punitivo del Estado y evitando cualquier tipo de represión política o étnica, la arbitrariedad y el exceso.

Ferrajoli¹ inspira y promueve la tutela de las libertades del individuo, frente a las varias formas del ejercicio arbitrario del poder; el garantismo se opone al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho; en el primer caso defiende la democracia sustancial, en el segundo el principio de legalidad.

Por su parte, Kant² en su obra “crítica de la razón pura” afirma que: “el hombre en sí mismo es un ser dotado de razón, conciencia, voluntad y autodeterminación, así todo lo que dentro del proceso desconozca una de estas características atenta contra la dignidad humana”.

¹ FERRAJOLI. Derecho y razón o teoría del garantismo penal. Madrid-España: Trotta, 1995. p. 60.

² KANT, E. Crítica de la razón pura. Madrid: s.n., s.f. p. 55.

Otro aspecto importante es que el proceso debe respetar la libertad de las personas, como está destinado a esclarecer la verdad e impartir justicia y con esto imponer sanciones y reparar a las víctimas, se aclara que este derecho no es absoluto ya que en algunas ocasiones la privación de la libertad ayuda a:

- Garantizar la comparecencia al proceso
- Salvaguardar las pruebas
- Proteger a la comunidad, víctimas y testigos
- Garantizar el cumplimiento de la pena

De igual manera, uno de los fines del proceso es integrar las normas internacionales ratificadas por Colombia en materia de derechos humanos para garantizar todos los derechos que la humanidad ha establecido y de la misma forma ayudarse de los procesos internacionales para que a través de un estudio comparativo se logre implementar un sistema más eficiente y justo.

El proceso debe gozar de igualdad, así lo dispone el artículo 4 de la ley 906/04, estableciendo que es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación³.

La igualdad se traduce en la oportunidad que tienen los sujetos procesales para realizar los actos con las mismas oportunidades, presentar argumentos y solicitar pruebas.

El proceso también debe buscar ser justo y transparente logrando un equilibrio de acción que sea igual para todas las partes tanto en el tiempo como en las oportunidades para actuar. Los órganos judiciales deben desarrollar el proceso lo más objetivamente posible, dejando de lado puntos de vista y opiniones personales y basándose únicamente en los hechos que hayan sido debidamente probados, pues de ello depende la seguridad jurídica en todos los procesos penales. Así, el artículo 5, se consagra el principio de imparcialidad, estableciendo que en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia⁴.

³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Diario Oficial No. 45.657, de 31 de agosto de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Principios rectores y garantías procesales. Bogotá: El ministerio. 2004.

⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. Cit., Art. 5.

La legalidad es otro de los principales propósitos del proceso, ya que no se puede condenar a alguien por delitos que no estén tipificados en la ley penal colombiana. Sin embargo por favorabilidad se puede aplicar una norma de manera ultra activa.

No debemos olvidar que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, además no solo presumir su inocencia sino ser tratado como tal, y toda duda debe absolverse a favor del procesado.

La doctrina especializada define “los principios legalistas que rigen el derecho penal” de la siguiente manera:

...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.⁵

El principio de legalidad está destinado a proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal, ya que permite a los ciudadanos conocer previamente los motivos por los cuales pueden ser objeto de penas.

Este principio se divide en sentido lato o reserva legal y en sentido estricto o de tipicidad o taxatividad. El primero hace referencia a que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador y no a los jueces ni a la administración; por lo tanto la ley debe definir previamente los hechos que son punibles. Por su parte el principio de legalidad en sentido estricto establece que las conductas punibles deben ser taxativamente definidas por la ley, y el actuar del juez se limita a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley, todo ello en aplicación al principio de separación de las ramas del poder público.⁶

De igual manera el proceso penal debe regirse por el artículo 29 de la Constitución que consagra un conjunto de garantías que buscan una recta y cumplida administración de justicia en todas las etapas del proceso. El debido proceso abarca el derecho a ser juzgado tan sólo de conformidad con las

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-200 de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-173 de 2001. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio⁷.

Cabe resaltar que el derecho de defensa se garantiza durante todo el proceso, aún antes de la formulación de la imputación, desde el mismo momento en que el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos delictivos. Esta garantía resulta sumamente importante en los procesos abreviados.

1.2 CELERIDAD JUDICIAL

La finalidad de todo proceso es resolver un conflicto inter partes o solucionar una incertidumbre jurídica y de esta forma lograr armonía social entre todos los individuos de una comunidad, y este fin será efectivo siempre que el proceso termine con una pronta y cumplida respuesta. La celeridad se debe presentar en todas las etapas y actuaciones del proceso.

El principio de celeridad supone que el proceso debe ser continuo y resuelto sin ningún tipo de dilatación o traba, procurando evitar y eliminar las causas que le demoran; simplificando los trámites y suprimiendo aquellos que no son necesarios como ciertas formalidades que solo alargan el proceso; estableciendo límites para la realización de los actos procesales y exigiendo su cumplimiento dentro de los tiempos previstos por parte de los litigantes, del juez y de los auxiliares.

En cuanto a los litigantes debe haber un compromiso personal el cual implique dejar de lado malas costumbres como la manipulación de las normas aprovechando ciertos vacíos o situaciones que la ley ha omitido con el fin de obstaculizar una movilidad normal del proceso para obtener ciertos beneficios para sí mismos y sus representados. De igual manera el juez debe procurar un rápido y eficaz cumplimiento de sus funciones ya que es una de las partes más importantes de impulsión del proceso además de velar porque todas las tareas de sus auxiliares se ejecuten dentro del tiempo establecido.

Actualmente en el Código de Procedimiento Penal se ha tomado nuevas medidas para agilizar el sistema como el artículo 9º en el cual se ha instaurado la oralidad estableciendo que “la actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación”. Además de formas más rápidas de solucionar los conflictos como es el caso de

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

preacuerdos en las cuales se disminuye tiempo de solución de un problema jurídico presentado a la jurisdicción penal generando sentencias anticipadas⁸.

En conclusión, la eficacia consiste en el descarte de ciertos ritos procesales que resultan innecesarios cuando ya se encuentra demostrada la responsabilidad por parte del implicado en los hechos materia de investigación, con el fin de evitar la dilatación de la justicia, siempre y cuando no se desconozcan las garantías fundamentales del procesado.

1.3 EFICACIA JUDICIAL

Como se mencionó anteriormente el proceso penal tiene como fin dar una solución pronta a los conflictos que se presenten a su conocimiento, pero su tarea no solo se centra en esto debido a que la solución además de ser pronta, también debe ser eficaz en el sentido en que se espera que de manera correcta se cumpla el resultado del proceso. Carnelutti⁹ nos dice que “el proceso, como método para la aplicación del derecho, debe tener una cualidad interior (justicia) y otra exterior (certeza). Y sigue exponiendo que si el derecho no es cierto, los interesados no saben, y si no es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer”.¹⁰ Por lo tanto se deduce que para que una solución sea eficaz debe estar sustentada en la búsqueda de la verdad la cual se logra bajo el análisis objetivo que realiza a las pruebas y los hechos aportados por ambas partes para la solución del conflicto y de la tarea investigativa correspondiente a las entidades del proceso.

Además de esto, la solución debe estar revestida de justicia en el sentido de otorgar a cada quien lo que le corresponde por derecho, tanto para el sujeto activo como pasivo. Si la solución del conflicto se hace de este modo no solo genera satisfacción para la parte pasiva sino que también genera bienestar en la sociedad la cual espera una solución eficaz por parte del derecho a todas las disputas en que se haya quebrantando el orden natural.

Cabe resaltar que el sistema judicial no solo tiene el deber de eficacia si no la obligación de cumplirla debido a que cada persona renunció a la justicia privada y se la otorgó al derecho con el fin de obtener resultados de verdad y justicia.

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. Cit., Art. 9.

⁹ CARNELUTTI, F. [en línea] [citado 2015-03-16] Disponible en internet: it.wikipedia.org/wiki/Francesco_Carnelutti

¹⁰ VALORACIÓN CONFIRMATORIA Y EFICACIA PROCESAL. [en línea] [citado 2015-03-16] Disponible en internet: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/RJC/article/viewFile/1349/1537>

Es por esto que el nuevo Código de Procedimiento Penal en el artículo 10, estipula que “La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”¹¹.

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

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.

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”.

1.4 JUSTICIA RESTAURATIVA

En Colombia el sistema penal acusatorio se enfoca principalmente en la reparación de las víctimas más que en castigar a los delincuentes, es por ello que este modelo tiene mayor aceptación social a diferencia del anterior que se basaba en impartir justicia a través de la represión sin tener en cuenta la reparación a las víctimas.

Es por esto que se decide implementar un sistema que no solo imparta castigo sino también justicia, lo que genera más credibilidad y confianza en este sistema.

La justicia restaurativa es entendida como un proceso donde las partes involucradas en un conflicto por la comisión de un delito resuelven colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del delito hacia el futuro, buscando una forma de indemnizar a las personas por el daño presente y las consecuencias originadas a causa de dicho daño. El proceso restaurativo es aquel donde la víctima actúa como sujeto activo participando y buscando el reconocimiento de sus derechos; este tipo de justicia mide en forma diferente el éxito, no se centra en verificar cuanta pena se impone si no cuantos daños fueron reparados y prevenidos. Con esto se busca superar el sentido de venganza donde lo principal

¹¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. Cit., Art. 11.

es generar en el victimario el mismo sufrimiento que causó haciendo del sistema una forma primitiva de ver el derecho "ojo por ojo, diente por diente". En este punto es necesario saber que para la víctima no solo es importante el castigo a su victimario puesto que también se debe tener en cuenta la situación en la que ha quedado después del ilícito y las implicaciones que esto va tener para su futuro, su entorno y su calidad de vida.

Ante la evidencia que la pena privativa de la libertad como única respuesta al delito ha fracasado, por ser una teoría que estigmatiza a la persona que cometió el acto dándole la calidad de delincuente y no de persona, y a su vez juzgando a la misma por lo que es y no por lo que hace sin garantizar ningún beneficio para la víctima a parte de la venganza, hoy en día la restauración no solo se debe aplicar a ésta sino también a la sociedad y al delincuente. En cuanto a la sociedad debe tratar de sustraer al individuo que cometió un ilícito y mediante un proceso de reinserción social la meta es regresarlo como un sujeto que aprendió cuáles son sus obligaciones y las limitaciones de su comportamiento con la comunidad; y en lo que se refiere a la persona que cometió el ilícito si bien perpetró un error, al pagar con su pena y aportar a la restauración de la víctima, debe darse por cumplida la deuda que tiene con la sociedad por lo cual debe ser incluido sin ningún tipo de discriminación y con igualdad de oportunidades en todos los campos de la vida cotidiana.

Al implantar la justicia restaurativa se supera en gran medida algunos problemas actuales como el hacinamiento en las cárceles, al trato digno a los presos, y los derechos de las víctimas que con el anterior sistema fueron relegadas a un segundo plano, entre otras.

Las sanciones en la justicia restaurativa son:

REPARACIÓN. Consiste en la compensación de la víctima con el pago de una suma de dinero por parte del responsable de la conducta punible.

EL SERVICIO A LA COMUNIDAD. Hace referencia a la reconciliación entre el infractor y la sociedad reparando el daño causado con trabajo en beneficio de la comunidad.

La reparación puede ser:

- **INDIVIDUAL.** Cuando el juez ordena al responsable del delito indemnizar a la víctima.
- **COLECTIVA.** Reconstrucción psicosocial de las comunidades azotadas por la violencia en delitos sistemáticos.

- **SIMBÓLICA.** Tiende a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizaste, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.
- **MATERIAL.** Tiene que ver con aquella reparación que tenga una valoración económica.
- **INTEGRAL.** En cuanto a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición de la conducta punible.

En conclusión, la justicia restaurativa no se trata simplemente de imponer una pena sino de reparar proporcionadamente los daños causados con el delito que se ha cometido.

1.5 JUSTICIA RETRIBUTIVA

A pesar de lo mencionado anteriormente tampoco se puede olvidar que la pena es parte fundamental para el sistema penal acusatorio ya que se trata de retribuir un mal por otro mal para la persona infractora y de esta manera generar un reproche y un castigo siguiendo los preceptos constitucionales y respetando su dignidad humana, debido a que una persona que haya cometido un delito debe pagar por ello, pero es el legislador el encargado de medir la razonabilidad y proporcionalidad de la pena dependiendo del daño cometido y otros factores como las modalidades de la culpa y el objetivo del acto ilícito.

El proceso de la justicia retributiva es un acto donde solo se involucran estado y victimario ya que dichas penas se hayan tipificadas en la ley y ninguna otra persona o la sociedad puede intervenir en estos castigos porque esto generaría inseguridad jurídica. La justicia retributiva está altamente ligada con el principio de proporcionalidad el cual responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos. La pena encuentra su justificación en distintos preceptos de la Constitución colombiana y debe servir de ejemplo para los demás sujetos, demostrando que toda conducta que atente contra los bienes jurídicos o los derechos de las personas va ser reprochado y castigado por el estado, creando de esta manera una conciencia social y unos parámetros de convivencia.

A continuación se presenta un cuadro comparativo entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa.

Cuadro 1. Comparativo entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa.

JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
Se toma al delito como un acto en contra del Estado.	El delito es un acto en contra de otras personas y de la sociedad.
Se enfoca en la pena, en impartir un castigo proporcional y razonado con respecto al daño causado con la conducta punible.	Se centra más en la reparación de las víctimas con respecto al daño presente o futuro cometido con la conducta punible.
Proviene de un modelo penal primario, que solamente se concentra en el pasado más no en las consecuencias del delito.	Se implementa un modelo actual y garantista que coloca a la víctima como centro del proceso penal, intentando repararla en todos los ámbitos de su vida y no solo se enfoca en la pena imponible al culpable.
Se infringe la pena con el fin de castigar al culpable y así prevenir la delincuencia en la sociedad.	Utiliza la reparación para compensar a las víctimas y reconciliar al individuo con la sociedad.
Se condena a la persona por lo que es.	Se condena a la persona por el acto punible.
Las necesidades de las víctimas son atendidas en un segundo plano.	Las necesidades de la víctima son fundamentales en este sistema.
Las partes intervinientes son el estado y el imputado.	Las partes involucradas son procesado, estado y la víctima.

Fuente. Este estudio

Por último cabe aclarar que debe buscarse un equilibrio entre los dos sistemas de lo contrario por el lado de la justicia retributiva estamos frente a un sistema que deshumaniza el derecho y por el otro con un derecho demasiado garantista.

1.6 DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

A partir de la introducción de nuevos conceptos constitucionales en la época de 1991, el derecho como tal obtuvo nuevos fundamentos al igual que objetivos que trataron de humanizar el sistema judicial.

El derecho procesal penal no fue ajeno a esta nueva tendencia por lo cual reestructuro su forma cambiando de un modelo inquisitivo a un modelo garantista, apuntando sus directrices hacia la participación y protección de las víctimas, en donde no solo basta con la reparación económica para subsanar el daño si no que el proceso se debe centrar en la búsqueda de la verdad para garantizar justicia como pilares de un estado social de derecho como lo es hoy Colombia.

Es claro que en el país el concepto de reparación es nuevo ya que Colombia ha cometido muchos errores en cuanto éste tema por lo que el tratamiento del mismo está en desarrollo.

“La Constitución política estipula en su artículo 132, que son víctimas todas aquellas personas naturales o jurídicas, que, individual o colectivamente, hubiesen sufrido un **daño** como consecuencia del delito”¹².

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que son titulares de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación, las víctimas y los perjudicados con el delito que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste ya sea físicas, psicológicas o económicas o el concurso de ellas, pues el único presupuesto procesal indispensable para intervenir en el proceso, es acreditar el daño concreto, sin que se le pueda exigir una demanda tendiente a obtener la reparación patrimonial.

“No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que son víctimas o perjudicados, entre otros, las víctimas directas y sus familiares, sin distinguir, al menos para reconocer su condición de víctimas del delito, el grado de relación o parentesco siempre que *puedan demostrar el daño*”¹³.

Los derechos de las víctimas se encuentran en el título preliminar del Código de Procedimiento Penal por cuanto deben ser tomados como principios rectores. Dicha calidad le otorga un carácter prevalente sobre cualquier otra norma del mismo. En el Art. 11, podemos encontrar los derechos de las víctimas en el siguiente tenor¹⁴:

¹² COLOMBIA. Constitución Política. Bogotá: El ministerio, 1991. Art. 132.

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 516 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. Cit., Art. 11.

“Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

- a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;
- b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;
- c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;
- e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;
- f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;
- g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;
- h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado que podrá ser designado de oficio.
- i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;
- j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.”

Estos derechos no solo generan una órbita de cuidado para ellas sino que también debe cubrir a su familia, sus intereses patrimoniales y garantías personales a fin de salvaguardar por encima de todo la integridad total de la persona, por lo que es una obligación que dentro del proceso se dé a conocer a la víctima todos los derechos que posee al igual que los mecanismos que tiene para hacerlos efectivos.

En pro de garantizar estos derechos el legislador ha instaurado unas reglas que se establecen el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal¹⁵ y que a continuación transcribimos:

“Artículo 137. Intervención de las víctimas en la actuación penal. Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

- Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
- El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.
- Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.
- En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo. Numeral declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-516 de 2007
- Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.
- El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.
- Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.”

La víctima tiene como derecho a presentarse a cada etapa del proceso y podrá oponerse si cree que no se lo ha tenido en cuenta en el desarrollo de la negociación y se le ha vulnerado alguno de sus derechos.

¹⁵ Ibíd., Art. 137.

Cabe resaltar que el testimonio de la víctima es tan solo un referente de información porque decretar la verdad solo le corresponde a la fiscalía y al juez y su actuar se limita a lo que el fiscal considere pertinente. El papel de las víctimas es pasivo porque su derecho se concreta a estar presentes en el proceso pero no participan de manera activa en el desarrollo del mismo.

Finalmente la víctima hace efectivo su derecho a la reparación a través del incidente de reparación integral que podrá realizarse una vez esté ejecutoriada la sentencia.

Para que la opinión de la víctima sea materializada al derecho es necesario de un intermediario que pueda representar sus intereses.

Adicional a ello, con el Acto Legislativo 03 de 2002 que instauró el sistema penal con tendencia acusatoria, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en las etapas previas al juicio han sido protegidos a través del reconocimiento de los derechos y facultades entre las cuales se destacan: el derecho a intervenir en los preacuerdos y negociaciones con poder de afectar su derecho a un recurso judicial efectivo para obtener la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral¹⁶ el derecho de representación técnica durante el proceso; la posibilidad de una intervención plural de las víctimas a través de sus representantes durante la investigación, el derecho a probar¹⁷ y a intervenir en los diferentes momentos procesales; derechos en relación con la aplicación del principio de oportunidad en el entendido de que su aplicación por parte del Fiscal supone la valoración de los derechos de las víctimas y no excluye la posibilidad de acudir a la acción civil para buscar la reparación de los daños y el derecho a participar en la formulación de la acusación con el fin de elevar observaciones al escrito de acusación¹⁸.

En la etapa del juicio la intervención de la víctima está mediada por el fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima, y el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva¹⁹ y en el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho a impugnarla²⁰.

1.7 TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

El proceso penal en Colombia se inicia por querrella, denuncia, petición especial o de manera oficiosa, como se cita en el artículo 2 del acto legislativo 03 de 2002

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-516 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁷ Ibíd., Sentencia C-454 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁸ Ibíd., Sentencia C-209 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹ Ibíd.

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 176.

que modifica el artículo 250 de la Constitución: "La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del 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 que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio²¹."

Si bien es cierto que una de las funciones de la fiscalía es salvaguardar los intereses jurídicos de la sociedad y de las personas utilizando todos los medios que le sean posibles y agotando hasta el último recurso como en la investigación, la recolección de pruebas y el impulso del proceso ya que el objeto de éste es verificar objetivamente los hechos sea para obtener una sentencia condenatoria o absolutoria con el fin de lograr verdad, justicia y reparación; el sistema penal acusatorio Colombiano ha dado la posibilidad de que ciertos procesos terminen anticipadamente buscando un equilibrio entre eficacia y justicia. Dicha terminación debe tener un alto control de legalidad ya que están en juego derechos fundamentales de las personas y la eficacia del sistema jurídico, además esta terminación en ningún momento implica desconocer los derechos de las víctimas o de la sociedad puesto que se debe hacer de una forma proporcionada y coherente para que no se convierta en un camino hacia la impunidad.

Así las cosas, la sentencia anticipada es una de las formas de terminación abreviada del proceso penal, a través de la cual el juez emite el fallo que finiquita el proceso antes de agotarse todas las etapas procesales, previa aceptación del procesado de su responsabilidad como autor o partícipe de los hechos que se investigan, otorgándole una rebaja de pena cuyo monto depende del momento procesal en que se realice. Esta figura ha sido instaurada con el fin de lograr mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de justicia.

En el trámite de sentencia anticipada, el reconocimiento que hace el imputado de ser autor o partícipe de los hechos que se investigan, debe ser voluntario, cierto y estar plenamente respaldado en el material probatorio recaudado²².

²¹ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Op. cit., Art. 250.

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 425 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Las formas de terminación anticipada están tipificadas en la ley para generar seguridad jurídica, así el artículo 77 del Código de Procedimiento penal²³ consagra las siguientes: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querella, desistimiento, y las contempladas en el título II que abarcaremos y profundizaremos en el desarrollo del presente trabajo, las cuales son los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado.

1.8 FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

1.8.1 Principio de oportunidad. La fiscalía tiene la obligación de adelantar tanto el proceso como la investigación de cualquier persona por un hecho que atente contra el orden social o la integridad de la comunidad. Sin embargo existen algunas excepciones en las cuales la fiscalía puede desistir de esta obligación siempre y cuando dichas conductas no alteren gravemente el orden social o sean delitos de mínima culpabilidad con conveniencias político-criminales. No obstante, esto debe ser sometido a un control de legalidad por parte del juez de garantías.

Todo esto se realiza con el fin de disminuir la responsabilidad en la rama penal y regular el problema de congestión penitenciaria pero observando que se cumpla en todo momento con la realización de justicia. De esta forma se logra garantizar un sistema penal en el cual los pilares principales sean la justicia y la dignidad humana.

Otra función del principio de oportunidad es actuar como un filtro en el cual se retienen dichas conductas que son nocivas para la sociedad pero no alteran gravemente la paz y el orden de la misma. Se pretende de esta manera suprimir ciertas conductas que pueden significar un gran desgaste con muy pocos resultados por tratarse de penas irrisorias que dejarían en espera la decisión de procesos que en realidad necesitan de una mayor atención por parte de las autoridades judiciales por su impacto social. De este modo se lograría una mayor eficiencia y eficacia del sistema.

“El principio de oportunidad que se desarrolla en el sistema anglosajón es tipificado en los Estados que poseen este modelo con el objeto de establecer la viabilidad o no de ejercer la acción penal en algunas actividades delictivas en la búsqueda del buen desarrollo y eficacia de la política criminal que cada Estado ha determinado”.²⁴

²³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 77.

²⁴ DEFINICION DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. [en línea] [citado 2015-03-16] Disponible en internet: <http://cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD-ROM63592011/11.Capitulo7.pdf>

Su aplicación se debe dar antes de la audiencia de juzgamiento, en donde la fiscalía podrá suspender la persecución penal del implicado. Vale aclarar que este poder relativo que se le otorga viene limitado por el control y estudio de legalidad que debe hacer la rama judicial.

Además de esto, no es la fiscalía quien hace el juicio de gravedad de un asunto sino que le corresponde al legislador hacer el estudio de la gravedad del hecho y positivizar esta decisión en la ley y junto con el juez se revisará su concordancia con la carta magna, en normas nacionales o con normas internacionales acogidas por el artículo 93 de la Constitución, en el cual se estipula que "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno"²⁵.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

Así mismo, en el artículo 94, que consagra que "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"²⁶.

Este excesivo control no es un formalismo, sino una obligación del derecho penal para garantizar un juicio justo en donde no se tenga alguna ventaja que provenga de una de las partes, en este caso de la fiscalía ya que se le otorga la función de parte acusadora y juez, entregándole un excesivo poder debido a que esta figura es más propia de países en los que hay una clara separación entre una Fiscalía que tiene la facultad de impulsar los procesos penales y los jueces que tienen a su cargo el juzgamiento de las personas acusadas. A partir de esta división de funciones, le corresponde a la Fiscalía decidir cuáles son los casos en los que conviene renunciar a iniciar o continuar una acción penal, de acuerdo con causales previamente señaladas en la ley. Sobre esta misma separación de atribuciones, los jueces no tienen ninguna injerencia en la decisión de cuándo iniciar o continuar una acción penal y cuándo no, pues su labor se limita de manera estricta al juzgamiento de las personas contra las que la Fiscalía haya iniciado una acción penal. En un sistema edificado a partir de esa clara distinción entre las funciones de acusar y juzgar, sólo la Fiscalía puede aplicar el principio de oportunidad, porque sólo ella tiene el monopolio de la acusación y decide cuándo iniciarla y cuándo interrumpirla. Si no se ejerce el control anteriormente mencionado, conllevaría a retomar los errores del antiguo sistema penal en el cual

²⁵ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Op. cit., Art. 250.

²⁶ *Ibíd.*, Art. 94.

fiscalía era juez y parte, lo cual implicaría un detrimento al principio de parcialidad que debe regir en todo proceso y de los cuales se supone se ha apartado el sistema penal acusatorio.

En Colombia el principio de oportunidad se encuentra regulado en el título V del Código de Procedimiento Penal, y para su aplicación el legislador ha contemplado una serie de causales que se transcriben a continuación:

- Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
- Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
- Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
- Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
- Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
- Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.
- Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.
- Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

- Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
- Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
- Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
- Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
- Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
- Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
- Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
- **INEXEQUIBLE.** Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas. **Corte Constitucional Sentencia C-673 de 2005**
- Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

Parágrafo 1°. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que exceda de seis (6) años será

proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

Parágrafo 3°. INEXEQUIBLE. Modificado por el art. 25, Ley 1121 de 2006. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo. **Corte Constitucional Sentencia C-095 de 2007**²⁷

1.8.2 El allanamiento. El allanamiento es una figura procesal penal mediante la cual el acusado de manera individual acepta por voluntad y en plena facultad de sus capacidades legales y mentales, la responsabilidad de los hechos que se le imputan por parte del ente reclamador del estado el cual es la fiscalía. De esta manera se busca por parte del acusado obtener ciertos beneficios que se encuentran taxativos en la ley.

En primer lugar se encuentra el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal: "La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación"²⁸. Dicho beneficio se otorga porque en esta etapa solo se tiene una mera información o vinculación y todavía no existe certeza alguna de los hechos que integraron al acusado al proceso de juzgamiento lo que le otorga la calidad de inocente hasta que se demuestre lo contrario. Es aquí donde la fiscalía y el sistema penal deben poner en movimiento todas las herramientas necesarias para encontrar la verdad y absolver o condenar al acusado por lo que con la aceptación de cargos se llega a un rápido y efectivo resultado que es sumamente benéfico para la administración de justicia; es por eso que entre más se demore el allanamiento más se desgasta el proceso y se otorga menos rebaja.

Posteriormente se especifica otro porcentaje en el artículo 352²⁹, que señala que "Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 324.

²⁸ Ibíd., Art. 351.

²⁹ Ibíd., Art. 352.

se reducirá en una tercera parte".

También es aplicable el artículo 367, el cual dicta :“Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros”³⁰.

De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados"

Además esta figura no solo implica un beneficio para el acusado sino que a su vez representa un apoyo para el sostenimiento del sistema penal ya que evita el desgaste de la investigación y de todos los recursos que se utilizan para llevar a cabo el esclarecimiento de los hechos.

El allanamiento no se debe confundir con la figura de los preacuerdos y he aquí la necesidad de tocarla en este trabajo investigativo ya que es muy común que suceda esto en la práctica distorsionando su naturaleza. En primer lugar el allanamiento no es una figura bilateral en donde intervienen la parte acusadora y la parte acusada como ocurre en el preacuerdo, el allanamiento es una opción unilateral y facultativa que tiene el acusado para dosificar su pena de acuerdo a parámetros como la etapa del proceso y la discrecionalidad del juez.

“La aceptación por el imputado debe ser un reconocimiento libre, consciente y espontaneo como se consagra en el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal; pasar por alto estos requisitos o la alteración de alguno de ellos significaría la violación de derechos fundamentales, por lo que debe existir un riguroso control para evitar ciertos vicios o condiciones que nublen o alteren los factores que llevan al acusado a entregarse”³¹. Es aquí donde surge la necesidad de una verificación formal y material del acto de aceptación que no puede ser desconocido por el acusado porque se atentaría contra los principios rectores del sistema penal.

“En el artículo 353 se estipula que el imputado o acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado. Y en el 293 que si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”³².

³⁰ Ibíd., Art. 367.

³¹ Ibíd., Art. 283.

³² Ibíd., Art. 353, 293.

Una vez el allanamiento es examinado por el juez de conocimiento para determinar si es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

“Con respecto a la retractación en sentencia 39707 del 13 de febrero de 2013 dijo que el imputado tiene la posibilidad de retractarse pero sustentando que la aceptación no obedeció a un acto voluntario, libre o espontáneo o que fue producto de la violación de garantías fundamentales”³³.

1.8.3 El preacuerdo:

1.8.3.1 Origen. En el sistema de derecho procesal de los Estados Unidos de Norteamérica, las manifestaciones de culpabilidad por parte del acusado conocidas como *plea of guilty*, eran acogidas por los funcionarios judiciales ya que la pena en estos casos podía ser sustancialmente más beneficiosa en comparación a la que se le aplicaba a quien era vencido en juicio y declarado culpable por un jurado. Sin embargo, el juez contaba con un amplio margen de discrecionalidad puesto que podía disponer en cada caso si otorgaba o negaba el beneficio de disminución de la pena por aceptación de cargos, incluso si esta aceptación era fruto de una negociación previa, así el acusado no tenía la plena seguridad de que el juez le reconozca el beneficio prometido a la hora de emitir el fallo respectivo. Dichas negociaciones no eran solemnes sino que se manejaban extraoficialmente, incluso se mantenían en secreto porque el inducir al acusado a declararse culpable generaba la nulidad del procedimiento.

Así lo reconocía la Corte Suprema del Estado de Wisconsin en 1966:

“Es de notoriedad pública que existe una práctica ampliamente difundida en las jurisdicciones americanas de aceptar las *pleas of guilty* y de imponer penas más leves que las generalmente señaladas para la misma infracción después del juicio”³⁴.

No obstante, en 1971 la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos reconoce la figura de las manifestaciones de culpabilidad realizadas entre acusación y defensa, a través del caso *Santobello vs. Nueva York*, estableciendo que la *negociación correctamente realizada representa un componente esencial de la administración de justicia porque conduce a una rápida y definitiva resolución de la mayoría de los*

³³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 39707 del 13 de febrero de 2013. Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz.

³⁴ DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo. Justicia criminal consensuada. Tirant Lo Blanch. Valencia: Corte Suprema de Wisconsin, *Jung vs. State*, 32 Wis. 541; 145 N. W. 2d 684. 1966. p. 34.

*procesos penales entre otros beneficios.*³⁵

Actualmente, los preacuerdos tienen fuerza vinculante para los jueces estadounidenses a quienes les compete realizar el control de legalidad respectivo verificando que la aceptación de los términos de negociación sea libre, consciente y voluntaria por parte del procesado. Se ha criticado por la doctrina el hecho de que el papel del juez en este caso sea más administrativo que judicial³⁶ pues le está prohibido intervenir en la celebración del preacuerdo en la mayoría de estados, excepto en Carolina del Norte, en donde se permite una participación activa del juez pero de ninguna manera puede incidir en la voluntad del acusado o en el juicio oral que a la postre se lleve a cabo³⁷.

“Vemos entonces que el preacuerdo al ser una innovación del sistema penal acusatorio que se introdujo del sistema penal norteamericano, debe regirse por muchos mecanismos de control para garantizar los fines para los cuales fue implementado”.³⁸

1.8.3.2 El preacuerdo en el sistema acusatorio colombiano. Es una estrategia de transacción y negociación a través de la cual la fiscalía y el imputado o acusado acuerdan las imputaciones fácticas y jurídicas de una conducta punible suprimiendo parcial o totalmente el debate probatorio y argumentativo como producto del consenso entre las partes, en pro de la celeridad y pronta administración de la justicia sin desconocer los valores superiores de justicia, equidad y efectividad del derecho material. De este modo se constituye en un instrumento que prevenga y combata de manera eficaz la criminalidad en todos sus órdenes.

Está fundamentado en el título II capítulo único la ley 906 de 2004 y regido bajo los principios generales del debido proceso y la legalidad para evitar que pueda ser usado como un instrumento de impunidad, es por ello que la legislación delega al juez la revisión del escrito de negociación pero no puede intervenir en su creación.

Con la figura de los preacuerdos tanto la fiscalía y el imputado o acusado podrán utilizar como una manera de terminar anormalmente el proceso pero en ningún

³⁵ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. Santobello vs. Nueva York, 404 U. S. 257, 260. 1971.

³⁶ DE DIEGO DÍEZ, Op. cit., p. 73.

³⁷ Ibíd., p. 67.

³⁸ ACUERDOS Y PREACUERDOS. [en línea] [citado 2015-03-16] Disponible en internet: <http://richardgorky.com/ensayos/acuerdosypreacuerdos.pdf>

momento el Estado renuncia a su poder punitivo ni el procesado a sus derechos, incluso en este mecanismo de terminación abreviada el control de legalidad que debe ser efectuado por el juez de conocimiento debe ser mayor puesto que tiene la obligación de verificar si el acuerdo celebrado desconoce o quebranta garantías fundamentales antes de su aprobación y solo será vinculante para el juez y las partes intervinientes cuando supere este juicio. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso³⁹. Una vez aprobado el acuerdo se convocará a audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

Los preacuerdos se encaminan a resolver de manera más expedita el conflicto penal mediante la aceptación, por parte del imputado o acusado de hechos que tengan relevancia frente a la ley penal y su renuncia libre, voluntaria e informada, al juicio oral y público, a cambio de un tratamiento jurídico y punitivo menos severo por parte del órgano jurisdiccional.

Se puede preacordar los hechos imputados o alguno relacionado, la adecuación típica incluyendo causales de agravación y atenuación punitiva y las consecuencias del delito de orden penal y civil, teniendo en cuenta que estas negociaciones pueden realizarse desde la audiencia de formulación de la imputación pero el fiscal y el imputado pueden iniciar las conversaciones tendientes a preacordar antes de la formulación de la imputación.

En el evento en que la fiscalía haya incurrido en un error en el preacuerdo realizado, el juez puede aprobarlo salvo que se haya violado garantías fundamentales tanto del imputado como de la víctima.

Este mecanismo de terminación anticipada del proceso da paso a cosa juzgada descongestionando el sistema judicial y el acusado no puede ser sometido a un nuevo juzgamiento por el mismo hecho, materializando las decisiones judiciales de manera que el ciudadano no tenga que acudir a otra especialidad de la justicia ordinaria con un doble desgaste del órgano jurisdiccional.

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 de 2005, citando a la sentencia C-425 de 1996. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

2. MARCO LEGAL

Antes de comenzar con este tema, es necesario tener en cuenta que el preacuerdo es un mecanismo de descongestión judicial necesario para el sistema de administración de justicia dentro de un derecho procesal con tendencia acusatoria, encaminado a agilizar la solución de los conflictos en los despachos judiciales, garantizando el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas⁴⁰. Para lograrlo, es necesaria la inclusión de figuras como los preacuerdos con el fin de obtener un equilibrio entre agilidad y eficacia. Es por esto que Colombia encuentra en el preacuerdo una posible solución para resolver la gran cantidad de casos que llegan día a día al sistema procesal penal de una manera rápida y justa.

2.1 ANÁLISIS NORMATIVO

“Los mecanismos de terminación anticipada del proceso tienen su origen en el régimen jurídico colombiano aun antes de crearse la Fiscalía General de la Nación en el año 1991, así en el Decreto 050 de 1987 en los artículos 474 a 485, se contemplan procedimientos abreviados en casos de confesión simple del procesado o la flagrancia”⁴¹.

2.1.1 Decreto 2700 de 1991. Con el auge de la Constitución de 1991 y bajo el contexto de un estado social de derecho, nace el decreto 2700, en el cual se empiezan a evidenciar los grandes cambios del derecho penal haciéndose más garantista, y se ve la necesidad de una mayor cobertura a nivel nacional, lo que implica que el derecho penal trate de abarcar todos los conflictos que puedan llegar a su conocimiento y resolverlos de una manera ágil y efectiva, por lo que la efectividad se transforma en un pilar del proceso penal como se puede apreciar en el artículo 9 del decreto en mención:

“Artículo 9o. Finalidad del procedimiento. En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferencialmente su efectividad”.

De igual forma, se hace notar los primeros pasos hacia la protección de las víctimas para garantizar que el ejercicio de la justicia se haga de una forma segura y así todas las personas puedan acceder al aparato judicial sin ningún tipo de represión o temor. Así lo establece el artículo 11 en los siguientes términos:

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 de 2010. Magistrado Ponente: Nilson Elías Pinilla Pinilla.

⁴¹ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Op. cit., Art. 9.

“Artículo 11. “Protección de víctimas y testigos. La Fiscalía General de la Nación dentro de la actuación penal proveerá la protección y asistencia a las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso que lo requieran, para garantizar el restablecimiento del derecho y la cooperación judicial plena y libre”⁴².

Para ese entonces la gran cantidad de procesos que se presentaban hace que el derecho tenga que afrontar un gran problema de celeridad y eficacia que además de causarse por problemas de escases tanto de personal como de recursos hacía casi imposible el sostenimiento del mismo. Esto hace que el sistema se vea en la necesidad de crear mecanismos que faciliten la solución anticipada de los procesos en ciertos eventos en que no sea necesario el agotamiento de todos los recursos que se deben llevar a cabo en un juicio ordinario, todo con el fin de garantizar una justicia eficiente, porque como mencionaba en sus clases el maestro Estupiñan⁴³ “la justicia tardía raya en la injusticia”.

A continuación se mencionará cómo dicho decreto aplicó esos mecanismos de descongestión:

En principio, el código ofrecía ciertas recompensas a las personas que acepten los cargos imputados por la fiscalía. En aquel entonces se desarrollaba de acuerdo al artículo 37 de la siguiente manera: Se llevaba a cabo en una audiencia especial que se podía presentar por una sola vez en un término preclusivo estipulado por la ley consistente en solicitar al juez dicha audiencia desde que se haya proferido la resolución de apertura de la investigación hasta antes de haberse fijado fecha para la celebración de la audiencia pública. Dicha solicitud solo podía realizarla la fiscalía o el sindicado, pero en esta audiencia especial era necesaria la participación del ministerio público. En el desarrollo de este trámite, el fiscal presentaba los cargos contra el sindicado y este tenía la posibilidad de aceptarlos total o parcialmente o bien de rechazarlos.

La fiscalía y el sindicado se encontraban facultados para acordar los aspectos fácticos y la pena a imponer de acuerdo al hecho punible imputado, dicho acuerdo debía consignarse por escrito y presentarse ante el juez. Una vez evaluado y considerando que la calificación jurídica del delito y la pena imponible eran correctas, el juez dictaba sentencia en base a este aplicando la pena citada y la indemnización de perjuicios. Esta sentencia solo podía ser recurrida por el ministerio público.

El acuerdo que se suscita entre la fiscalía y el sindicado no era oponible a la parte civil y el auto que lo negaba solo era apelable por el sindicado, el fiscal y el ministerio público.

⁴² Ibíd., Art. 11.

⁴³ ESTUPIÑAN, Rodrigo Nelson. la justicia tardía raya en la injusticia. Pasto: s.n. s.f.

Cuando el sindicato aceptaba cargos durante la etapa de investigación la ley le otorgaba una rebaja de una sexta parte de la pena, sin embargo, este beneficio se acumulaba al que recibía por confesión.

Con este decreto se crean entonces la institución de la sentencia anticipada en donde el procesado acepta los cargos formulados por la fiscalía a cambio de un descuento punitivo dependiendo del momento en que se realice y la audiencia especial en la cual se propiciaba un acuerdo entre la Fiscalía y el procesado acerca de la adecuación típica, la culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional.

De lo anterior se puede deducir que había una clara carencia de participación de las víctimas las cuales no podían intervenir en la creación de los acuerdos ni oponerse a su aceptación ni siquiera en la parte civil.

2.1.2 Ley 81 de 1993. Colombia se acerca a la justicia pre acordada dándole una mayor importancia a esta figura y haciendo que el legislador se centre cada vez más en la regulación de la misma.

Es importante destacar que esta ley en su artículo dos introduce una modificación al artículo 37 del decreto 2700 de 1991, el cual fue estudiado anteriormente, en los siguientes términos:

“Artículo 37. Sentencia anticipada. Ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada”⁴⁴.

Hecha la solicitud, el fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días.

Los cargos formulados por el Fiscal y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido.

Las diligencias se remitirán al Juez competente quien, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales.

El Juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de 1/3 parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

⁴⁴ COLOMBIA. Presidencia de la Republica. Nuevo Código de procedimiento penal. Decreto Número 2700 de 1991. [en línea] [citado 2015-03-16] Disponible en internet: www.icbf.gov.co/cargues/.../codigo_procedimiento_penal_1991.htm

También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una sexta (1/6) parte de la pena”.

Como se puede apreciar, la nueva norma amplía las opciones en cuanto a los tiempos y a las rebajas otorgándole al imputado dos oportunidades para acogerse a la sentencia anticipada, una de ellas se otorgaba en el término entre la ejecutoria de la resolución que definía la situación jurídica y hasta el cierre de la investigación y la otra una vez proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública. La rebaja de pena variaba dependiendo de la oportunidad en la que el procesado se acogía a esta figura, en la primera se otorgaba una rebaja de la tercera parte de la pena y en la segunda de una sexta parte.

Además incluye la regulación de la audiencia especial que es la que consagra taxativamente la manera en la que debe realizarse los acuerdos además de los tiempos y las entidades que deben intervenir en estos, es así como el artículo 4 introduce en el Código de Procedimiento Penal el artículo 37 A, , el cual se citará a continuación:

Artículo 4o. El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo con el número 37-A, del siguiente tenor:

Artículo 37 A. Audiencia especial. “A partir de la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica del procesado y hasta antes de que se cierre la investigación, el fiscal, de oficio o a iniciativa del procesado, directamente o por conducto de su apoderado, podrá disponer por una sola vez la celebración de una audiencia especial en la que el fiscal presentará los cargos contra el procesado. La audiencia versará sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia”⁴⁵.

Terminada la audiencia se suscribirá un acta que contenga el acuerdo a que se haya llegado sobre los aspectos a que hace referencia el inciso anterior. El proceso se remitirá al Juez del conocimiento dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia.

Recibido el expediente por el Juez, dictará sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de conformidad con lo acordado si encuentra el acuerdo ajustado a la Ley y siempre que no se hayan violado derechos fundamentales del procesado.

⁴⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 37A.

El Juez podrá formular observaciones acerca de la legalidad del acuerdo, si lo considera necesario, mediante auto que no admite ningún recurso en el que ordenará devolver el expediente al fiscal y citará a una audiencia que se realizará dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de las observaciones. En la audiencia el fiscal y el sindicato discutirán las observaciones con el Juez y manifestarán si las aceptan, lo que consignarán en un acta. En caso de aceptar las observaciones el Juez dictará sentencia en el término de cinco (5) días.

Vencido el término establecido en el inciso tercero de este artículo o finalizada la audiencia a que hace referencia el párrafo anterior, el Juez, en caso de no aceptar el acuerdo lo improbará mediante auto susceptible del recurso de apelación.

Al sindicato que se acoja a la audiencia especial se le reconocerá un beneficio de rebaja de pena de una sexta a una tercera parte.

PARÁGRAFO 1o. SUSPENSIÓN DE LA ACTUACION PROCESAL. Desde el momento en que se solicite la audiencia hasta cuando quede en firme la providencia que decida sobre el acuerdo, se suspenderá la actuación procesal, por un término que no podrá exceder de treinta (30) días hábiles. Sin embargo, podrán practicarse diligencias urgentes de instrucción orientadas a evitar la desaparición, alteración de las pruebas o vestigios del hecho. No se suspenderá en lo referente a la libertad o detención del procesado o en relación a la vinculación de otras personas que se haya ordenado antes de dicha solicitud.

Así mismo se suspenderán los términos para efectos de la libertad provisional y el término de prescripción de la acción penal.

PARÁGRAFO 2o. El trámite previsto en este artículo se hará en cuaderno separado, que solo hará parte del expediente si se concreta el acuerdo. En caso contrario se archivará.

El fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo.”

En el artículo 37 B también se introducen nuevos conceptos que ayudan a regular el tema de la sentencia anticipada generando de esta forma un nuevo camino para lo que va a ser la justicia negociada en Colombia. En primer lugar, se regula la acumulación de beneficios en la cual la rebaja de pena obtenida en sentencia anticipada o en el acuerdo logrado en la audiencia especial será adicional y se acumulará a cualquier otra rebaja a que tenga derecho el procesado, pero nunca entre sí. También se consagra la ruptura de la unidad procesal cuando se realizan aceptaciones o acuerdos parciales en el caso de que se trate de varios procesados o delitos.

Por su parte, el numeral 4 del mismo artículo establece que la sentencia es apelable por el Fiscal, el Ministerio Público, por el procesado y por su defensor,

aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes.

La sentencia no será oponible a la parte civil, sin embargo, si tal sujeto procesal quiere acogerse a la condena que se haya hecho en perjuicios, está legitimado para apelar en relación con su pretensión. Podrá, igualmente, impugnar los acuerdos que decreten alguna preclusión.

También se estipula que en la sentencia anticipada no se regulan la responsabilidad civil de terceros.

Con la expedición de esta normatividad se empieza a hablar de sentencia anticipada y no de terminación anticipada del proceso.

2.1.3 Ley 365 de 1997. Posteriormente la ley 365 de 1997 hace una modificación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal en cuanto al beneficio que se da cuando el procesado acepta la responsabilidad penal de todos los cargos imputados entre la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública, disminuyendo la rebaja de pena en una octava parte.

En cuanto al artículo 37 B el numeral 5 que hacía referencia a la responsabilidad civil de terceros fue declarado inexecutable.

2.1.4 Ley 600 de 2000. Con esta ley se expide un nuevo Código de Procedimiento Penal en el cual se instaure en el artículo 40 lo referente a sentencia anticipada como medio de colaboración para el mantenimiento del sistema penal. Esta disposición faculta al procesado para solicitar sentencia anticipada por una sola vez a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación.

Las partes intervinientes deberán suscribir un acta en la que se consignen los cargos imputados por la fiscalía y su aceptación por parte del procesado, dicha acta será remitida al juez competente quien dentro de los diez días siguientes deberá dictar sentencia en base a los hechos aceptados siempre que no se hayan vulnerado garantías fundamentales, en donde habrá lugar a una disminución de una tercera parte de la pena imponible.

El procesado también podrá aceptar cargos una vez proferida la resolución de acusación y hasta antes de fijar fecha para la audiencia pública, pero teniendo en cuenta que la aceptación debe versar sobre todos los cargos formulados, evento

en el cual se deberá dictar sentencia anticipada otorgando una rebaja de la octava parte de la pena.

Contra la sentencia procederán los recursos de ley, que podrán interponer el Fiscal General de la Nación o su delegado, el Ministerio Público; el procesado y su defensor respecto de la dosificación de la pena, de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes. La parte civil podrá interponer recursos cuando le asista interés jurídico para ello como lo estipula el Código.

En la sentencia anticipada se resolverá lo referente a la responsabilidad civil cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados.

De acuerdo a lo anterior, en la ley 600 de 2000 se mantuvo el mecanismo de sentencia anticipada así como también el descuento acumulable por confesión. Sin embargo, se suprimió la denominada audiencia especial y este estatuto no contempló una figura similar a ella. A pesar de que se consagran unos beneficios por colaboración eficaz a la justicia, acordados entre la fiscalía y el imputado, acusado o condenado, los criterios de política criminal en que se fundan son muy diversos a aquellos de los mecanismos de terminación anticipada del proceso.

2.1.5 Ley 906 de 2004. Con este nuevo código se otorga una gran importancia a los derechos de las víctimas y su participación en el proceso siendo hoy uno de los fines primordiales del derecho penal la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación integral de las personas que han sido afectadas con la realización de una conducta punible. Con esta ley se otorga la calidad de víctima ya que anteriormente solo eran reconocidos como perjudicados y no se les prestaba mayor importancia.

Con el paso del tiempo se incrementa la dificultad para ejercer justicia ágil y efectiva a pesar de los mecanismos ya mencionados, es por eso que se ve la necesidad de implementar nuevas figuras que ayuden a descongestionar el sistema, y además de adecuarse a un modelo más eficiente como es el caso de la oralidad para que los procesos que sean susceptibles de una solución más pronta salgan sin agotar el procedimiento ordinario. Es por ello que el sistema acusatorio previsto en la ley 906 de 2004, desarrolla dos modalidades de terminación anticipada del proceso: el allanamiento o la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado en donde no existe transacción ni consenso, y los preacuerdos y negociaciones que se celebran entre estos y la fiscalía respecto de los cargos y sus consecuencias, figura que se encuentra regulada en el Título II capítulo único denominado preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado.

La finalidad de esta figura como lo estipula el Art 348 “es humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. La Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso; para la realización de estos preacuerdos se debe tener en cuenta las pautas de política criminal establecidas para ello con el fin de que el preacuerdo sea una causa de descongestión y no de impunidad”⁴⁶.

Debido a que es una figura capaz de acordar los hechos imputados y sus consecuencias debe tener un especial cuidado y alto índice de control, es por ello que el preacuerdo no es procedente en todo los delitos como es el caso del artículo 349 en el cual se establece que en aquellos delitos en que el imputado haya percibido un incremento patrimonial a causa del delito antes de efectuar el preacuerdo tiene que reintegrar por lo menos el 50% del incremento percibido y asegurarse el recaudo del remanente⁴⁷.

La oportunidad para celebrar preacuerdos se da desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación. El preacuerdo radica en que si el sujeto activo se declara culpable del delito imputado o de uno relacionado de pena menor el fiscal a cambio podrá eliminar alguna causal de agravación punitiva o un cargo en específico así como también tipificar la conducta enfocada a disminuir la pena. Esta facultad se encuentra regulada en el Art 350⁴⁸.

En el evento de existir un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Si aparecen nuevos elementos que permitan a la fiscalía formular cargos más gravosos a los establecidos en la formulación de imputación, los preacuerdos deberán versar a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales. Una vez aprobados el juez convocará a audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

⁴⁶ Ibíd., Art. 348.

⁴⁷ Ibíd., Art. 349.

⁴⁸ Ibíd., Art. 350.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

Si la aceptación de cargos se da en la audiencia de formulación de la imputación se otorga una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación. No obstante si el preacuerdo se realiza después de presentarse el escrito de acusación pero antes de que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral, la pena se reducirá en una tercera parte, pues así lo establecen los artículos 351 y 352⁴⁹.

En los casos en que la aceptación de los cargos sea parcial los beneficios solo se extenderán a lo aceptado por el imputado tal y como lo estipula el artículo 353. Todo acuerdo que no tenga la asistencia del defensor será inexistente y en caso de que existan diferencias entre el imputado o acusado y su defensor prevalece lo que decida el primero, lo cual debe constar por escrito⁵⁰.

De las anteriores referencias normativas se infiere claramente que la nueva ley procesal contempla las oportunidades que tiene el procesado para aceptar cargos, ya sea en la audiencia de formulación de imputación, audiencia preparatoria y juicio oral, teniendo en cuenta que la consecuencia punitiva depende del momento en que la aceptación se realice: Se reconoce una rebaja de hasta la mitad de la pena cuando la aceptación se produce en la diligencia de imputación, de hasta una tercera parte cuando ocurre en la audiencia preparatoria y de una sexta cuando se presenta en la alegación inicial del juicio oral.

“Según el artículo 354 en la audiencia de lectura de sentencia en base a un escrito de preacuerdo, la fiscalía y el imputado podrán hacer las manifestaciones que crean convenientes”⁵¹.

Además de los anteriores artículos que hacen parte del Título II Capítulo Único de la ley 906, encontramos las siguientes disposiciones:

El artículo 131 que consagra el deber del juez de control de garantías o el juez de conocimiento de verificar que la renuncia que haga el imputado o procesado de guardar silencio y al juicio oral, sea una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado⁵².

⁴⁹ Ibid., Art. 351 -352.

⁵⁰ Ibid., Art. 353.

⁵¹ Ibid., Art. 354.

⁵² Ibid., Art. 131.

“El artículo 293 que establece que si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación sin que sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia”⁵³.

“El artículo 327 que condiciona la celebración de preacuerdos al principio de presunción de inocencia, puesto que sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”⁵⁴.

“El artículo 368 inciso 1º que faculta al juez para rechazar la alegación de culpabilidad en caso de desconocimiento o quebranto de garantías fundamentales y adelantará el procedimiento como si hubiese existido una alegación de no culpabilidad”⁵⁵.

“El artículo 356 que dispone que en el desarrollo de la audiencia el acusado podrá manifestar si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario”⁵⁶.

“El artículo 363 que regula lo referente a la sentencia anticipada señalando que la aceptación de la imputación es suficiente como acusación para que el juez de conocimiento convoque a audiencia para individualización de la pena sin que sea posible la retractación”⁵⁷.

“El artículo 367 que estipula que una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse para que éste manifieste si se declara inocente o culpable. Esta declaración podrá ser de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para otros. Si se declara culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados”⁵⁸.

⁵³ Ibíd., Art. 293.

⁵⁴ Ibíd., Art. 327.

⁵⁵ Ibíd., Art. 368.

⁵⁶ Ibíd., Art. 356.

⁵⁷ Ibíd., Art. 353.

⁵⁸ Ibíd., Art. 367.

“El artículo 381 al señalar que para condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”⁵⁹.

Cuadro 2. Desarrollo normativo del preacuerdo

LEY	DECRETO 2700 DE 1991	LEY 81 DE 1993	LEY 365 DE 1997	LEY 600 DE 2000	LEY 906 DE 2004
ART.	Artículo 37 C.P.P.	Reforma el artículo 37 del C.P.P. e introduce el artículo 37 A	Modifica el artículo 37 del C.P.P.	Artículo 40	Título II Capítulo Único C.P.P.
FIGURA	Se habla de terminación anticipada del proceso a través de una audiencia especial.	Se daba la terminación anticipada del proceso ya sea por sentencia anticipada o audiencia especial.		Se habla únicamente de sentencia anticipada.	Se introduce la figura del preacuerdo: Es una negociación en donde el sujeto activo y el fiscal acuerdan los aspectos fácticos y jurídicos
OPORTUNIDAD	Desde la resolución de apertura de la investigación hasta antes de haberse fijado fecha para la celebración de audiencia pública.	SENTENCIA ANTICIPADA: 1. Ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación. 2. Cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública. AUDIENCIA ESPECIAL: A partir de la ejecutoria de	Cuando el procesado acepta la responsabilidad de todos los cargos imputados entre la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública.	1. Por una sola vez a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación. 2. El procesado también podrá aceptar cargos una vez proferida la resolución de acusación y hasta antes de fijar fecha para la audiencia pública.	1. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación. 2. Después de presentarse el escrito de acusación pero antes de que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral. 3. Una vez

⁵⁹ Ibíd., Art. 381.

Cuadro 2. (Continuación).

		la resolución que defina la situación jurídica del procesado y hasta antes de que se cierre la investigación.			instalado el juicio oral. (Al inicio del juicio oral).
REBAJA PUNITIVA	Una sexta parte de la pena.	SENTENCIA ANTICIPADA: 1. Una tercera parte de la pena. 2. Una sexta parte de la pena. AUDIENCIA ESPECIAL: De una sexta a una tercera parte de la pena a imponer. (Estos beneficios no se acumulan entre sí)	Una octava parte de la pena.	1. Una tercera parte de la pena a imponer. 2. Un octavo de la pena.	1. Hasta la mitad de la pena. 2. Una tercera parte de la pena. 3. Una sexta parte de la pena.
REPARACIÓN		La sentencia no será oponible a la parte civil. En la sentencia anticipada no se regula la responsabilidad civil de terceros.	Se declaró inexecutable la no oponibilidad a la parte civil.	La parte civil podrá interponer recursos cuando le asista interés jurídico para ello. En la sentencia anticipada se resolverá la responsabilidad civil cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados.	Se introduce la calidad de víctima y su participación en el proceso. La víctima puede aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos. De lo contrario podrá acudir a vías judiciales que se ha dispuesto para ello.

Fuente. Este estudio

2.2 FAVORABILIDAD

Cabe resaltar que dentro de los diferentes marcos legales que se han estudiado, existen asuntos anteriores a la ley 906 de 2004, de manera que la jurisprudencia ha destacado el principio de la favorabilidad como un elemento fundamental del debido proceso que debe ser aplicado tanto para normas sustanciales como procesales con efectos sustanciales. Así se ha establecido que la aceptación unilateral de los cargos en el nuevo sistema, es decir el allanamiento y la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 son instituciones análogas con tratamientos punitivos distintos; sin embargo su aplicación requiere un estudio particularizado de cada caso para determinar el impacto de las normas en conflicto sobre la situación de cada procesado.

A continuación mencionamos algunas semejanzas entre el allanamiento a cargos de la ley 906 de 2004 y la sentencia anticipada de la ley 600 de 2000:

- Son formas de terminación abreviada del proceso que comportan un descuento punitivo que depende del momento procesal en que se realice.
- La finalidad de ambas es lograr mayor eficiencia y eficacia en la administración de justicia.
- Las dos figuras procesales permiten renunciar a un juicio ordinario sin que esto implique la renuncia al derecho de defensa.
- En ambas legislaciones el juez debe ejercer un control de legalidad verificando la no violación de las garantías fundamentales del procesado.
- Se fundan en el principio de presunción de inocencia, por lo tanto para que el procesado renuncie a un juicio debe existir al menos una prueba que permita inferir razonablemente que es autor o participe del delito que se le imputa.
- Las manifestaciones de responsabilidad se tramitan en audiencia pública.
- Se basan en el principio de buena fe y lealtad procesal.
- La aceptación de cargos es un reconocimiento de responsabilidad cierto y voluntario.
- Requieren la asistencia de defensor.
- La aceptación de cargos constituye el fundamento de la acusación o de la sentencia.
- No es admisible la retractación.
- Para la dosificación de la pena el juez debe acudir al sistema de cuartos.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En **sentencia C- 1260 de 2005** el ciudadano Gonzalo Rodríguez demandó la constitucionalidad de los artículos 8, literal I), parcial; 142, numeral 1, parcial; 221, inciso 2, parcial; 242, incisos 1 y 2, parciales; 288, numeral 2, parcial; 348, inciso 2, parcial; 350, numeral 2; y 449, inciso 2, de la Ley 906 de 2004⁶⁰.

Siguiendo con el lineamiento del tema, el primer punto a resaltar en esta sentencia fue la demanda de una expresión contenida en el artículo 8 que le permite al imputado o acusado renunciar a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

El actor considera que el aparte señalado al permitir la renuncia a un juicio público, oral, contradictorio y concentrado, con inmediación de pruebas y sin dilaciones injustificadas, vulnera el debido proceso, sin importar que esta renuncia sea producto de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, al tratarse de un derecho de carácter irrenunciable dado que el artículo 10 de la misma ley consagra la irrenunciabilidad de los derechos constitucionales⁶¹.

La Corte realiza una aclaración al cargo propuesto considerando que a pesar de que en la demanda solo se toma en cuenta la expresión subrayada, es necesario revisar la totalidad del literal I extendiéndola también a la expresión “*siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada*” para realizar el respectivo control de constitucionalidad ya que la norma debe revisarse en su integridad.

Dicha facultad del imputado o procesado de renunciar a ser vencido en juicio que debe ser libre, consciente, voluntaria y debidamente informada de las consecuencias de su decisión y asesorado por el defensor antes de dictar sentencia condenatoria, permite que el proceso termine de manera anticipada, es decir, sin haberse surtido todas las etapas correspondientes, tal y como sucede en los casos en que se celebra acuerdo entre la fiscalía y el imputado o procesado y este sea debidamente aprobado por el juez salvo que ellos desconozcan garantías fundamentales.

⁶⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 8.

⁶¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 10.

Advertida así la situación, el derecho a renunciar a un juicio en las condiciones de la norma acusada, no viola las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 29 de la Constitución⁶², ni implican la renuncia al derecho de defensa siempre y cuando se respeten los presupuestos que garantizan los derechos fundamentales del imputado o acusado consagrados en la ley. Es al juez a quien le corresponde realizar este control de legalidad para decidir si acepta las manifestaciones preacordadas o la alegación de culpabilidad y posteriormente convoca la audiencia para dictar la sentencia condenatoria anticipada correspondiente o las rechaza.

Es posible realizar preacuerdos entre la fiscalía y el imputado desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación siempre que de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito. Igual procederá cuando los acuerdos se celebren después de presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral o cuando el acusado acepte su responsabilidad al inicio del juicio oral. Esta verificación le corresponde al juez a fin de que los preacuerdos o la aceptación de responsabilidad no estén orientados a encubrir al verdadero responsable.

Por todo lo anterior la Corte considera que la renuncia a un juicio público y oral a través de la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no se configura en violación de las garantías constitucionales propias del debido proceso, debido a que el juez correspondiente realiza un control de legalidad sobre el mismo antes de su aprobación, verificando la no violación de derechos fundamentales y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor.

Esta facultad en cuestión propende por la posibilidad de dictar el fallo sin agotar todas las etapas del proceso penal, puesto que se hace innecesario si el procesado acepta los hechos y su responsabilidad como autor o participe del delito y adicional a ello existen suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria. Sin embargo, una vez se haya dado inicio al juicio y el acusado no haya aceptado su responsabilidad, no es posible que este renuncie a ninguno de los principios propios de esta etapa del juicio.

En conclusión, la Corte profundizó en los requisitos que se deben cumplir para que sea válida la renuncia a un juicio mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado, teniendo en cuenta que las condiciones

⁶² COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Op. cit., Art. 29.

consagradas en el literal k del artículo 8 de la ley 906 de 2004 deben interpretarse con las demás disposiciones de esta ley. Estos son los siguientes:

- “El imputado debe estar asesorado por su defensor. Art. 368.
- Los actos estarán sujetos al control del juez de garantías o de conocimiento, según el caso. Arts. 131 y 368.
- Será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado a fin de que se verifique que actúa de manera libre, voluntaria, y debidamente informado de las consecuencias de su decisión. Art. 131.
- Debe contarse con la presencia del Ministerio Público.
- Los preacuerdos obligan en la medida que no desconozcan o quebranten garantías fundamentales del procesado, Art. 351-4.
- De advertir el juez algún desconocimiento rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad. Art. 368, entre otros señalamientos”⁶³.

En la misma sentencia se cuestiona la exequibilidad del artículo 288, numeral 2, parcial de la ley 906 de 2004. A continuación se transcribe la norma acusada:

“Artículo 288. Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

“Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento”⁶⁴.

El actor considera que la norma acusada debe analizarse en contexto ligándola a los requisitos para que procedan los preacuerdos (art. 350 de la ley 906), al considerar que no es posible llegar a un acuerdo y declararse culpable si no se conoce cuáles son las pruebas que lo incriminan y que delito resulta de dichas pruebas para el caso de la celebración de acuerdos desde la formulación de la imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación. Además, piensa que el hecho de ocultar las pruebas y las evidencias sobre las cuales se sustenta la imputación, se configura en una artimaña para que el imputado se declare culpable en la medida que se podrá formular cargos por delitos más graves o inexistentes e incluso simular poseer pruebas violando los derechos a un juicio público y de defensa.

⁶³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Arts. 368,131,351-4.

⁶⁴ Ibid., Art. 288.

La formulación de la imputación por parte del fiscal tiene por objeto comunicarle a una persona su calidad de imputado haciendo una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes que le permitirán diseñar su defensa con la asesoría de su defensor, que puede incluir allanarse a la imputación o celebrar preacuerdo con la fiscalía para obtener rebaja de pena.

En relación con las pruebas el nuevo sistema penal impone su práctica en una audiencia pública, momento en el cual podrán controvertirse, por lo tanto no existen pruebas secretas ni ocultas. Así las cosas, sólo cuando el fiscal decide acusar surge el deber de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información en poder de la fiscalía y no en la formulación de la imputación.

Por lo anterior, se declara la exequibilidad de las expresiones *“lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía”*.

Así mismo en esta sentencia se demanda la constitucionalidad del artículo 350, numeral 2, parcial de la ley 906 de 2004:

Artículo 350. “Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación: Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”⁶⁵.

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

[1]. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.

[2]. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”

El actor considera que la frase acusada *“Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”* vulnera el principio de taxatividad porque le permite al fiscal tipificar la conducta con miras a disminuir la pena, siendo esta una labor exclusiva del legislador y no de los jueces ni la administración. Los funcionarios judiciales se encargan de adecuar las conductas a los tipos penales preestablecidos. Además

⁶⁵ Ibid., Art. 350.

con esta disposición normativa se está otorgando un aumento de poderes a la fiscalía.

En lo que se refiere al principio de taxatividad, en la sentencia C-420 de 2002⁶⁶, se resalta la potestad titular del legislador para la tipificación de conductas punibles. De igual manera, en la Sentencia C-205 de 2003⁶⁷, la Corte aludió a la reserva de ley en la creación de tipos penales en materia del principio de legalidad. En tal sentido la Corte, en sentencia C-599 de 1999⁶⁸ consideró que en la elaboración de las leyes penales se hace imprescindible el respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, así como también un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal.

Respecto al problema jurídico que se plantea, la Corte considera que al realizar una interpretación sistemática de la norma en su conjunto se concluye que en ningún momento se le está otorgando al fiscal la facultad de crear tipos penales por fuera de los establecidos en el Código, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado sino que consagra la posibilidad que la ley le confiere de actuar según un margen de apreciación en cuanto a la adecuación típica que se impute, con miras a lograr un acuerdo con el imputado, lo cual le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa. No obstante, el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso, además de la descripción típica que se encuentre establecida por el legislador en el Código penal.

En conclusión, la Corte declara la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que *“Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”*, pues el fiscal se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica que previamente ha establecido el legislador o en una relacionada de pena menor y no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales.

Continuando con el estudio jurisprudencial, en la **Sentencia T-091/06** la Corte al hacer una distinción entre las modalidades de sentencia anticipada resalta que en los preacuerdos a diferencia del allanamiento a los cargos no se aplicará el sistema de cuartos. Al respecto dijo lo siguiente:

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-420 de 2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

⁶⁷ Ibid., C-205 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁸ Ibid., C-599 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

...el allanamiento a los cargos, conduce a un ejercicio de ponderación por parte del juez, quien, si acepta el allanamiento, procederá a dosificar la pena conforme a los parámetros previstos en el artículo 61 del C.P. y sobre esa base efectúa el descuento punitivo previsto en la ley. En cambio, los preacuerdos y negociaciones celebrados entre Fiscalía y acusado *“obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.”*⁶⁹

Además establece que la aceptación unilateral de los cargos por parte del procesado no requiere negociación ni autoriza al fiscal para hacer solicitudes sobre punibilidad, por lo tanto el juez se ve en la obligación de regirse por los parámetros de dosificación ordinarios.

En **Sentencia C-516/07**⁷⁰ la Corte aborda el tema del derecho de las víctimas enfocándolo en la figura de los preacuerdos.

En esta oportunidad la Corte reafirmó que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse a pretensiones de carácter pecuniario porque los derechos de las víctimas incluyen los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, así se ha establecido en anteriores oportunidades desde la sentencia C-228 de 2002⁷¹. Las víctimas tienen derecho a participar en las decisiones que las afecten y a que sean escuchadas cuando se negocie la condena o la concesión de algún subrogado penal.

La víctima a partir de la Constitución tiene un margen de participación activo en todas las etapas del proceso, así se le ha otorgado facultades en materia probatoria, para solicitar medidas de aseguramiento y protección, en la aplicación del principio de oportunidad, frente a la solicitud de preclusión, en la definición de la teoría del caso y en la formulación de la acusación en la etapa del juicio y las de impugnación de decisiones fundamentales.

“En el sistema penal con tendencia acusatoria introducido por la ley 906 de 2004 cataloga a las víctimas como intervinientes especiales no supeditadas al fiscal, sino a los términos que fije el legislador dentro del proceso penal, así lo establece su artículo 250”⁷².

En cuanto a la intervención de la víctima, en la ley 906 de 2004 el derecho a probar forma parte esencial del derecho de las víctimas a la verdad, a la justicia y

⁶⁹ Ibid., Sentencia T-091/06. (Art.351, inciso 4). Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

⁷⁰ Ibid., Sentencia C-516/07. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁷¹ Ibid., Sentencia C-228 de 2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

⁷² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 250.

a la reparación y su intervención se garantiza en las diferentes etapas procesales. La víctima podrá ejercer sus derechos a través de su abogado quien será oído por la fiscalía pues no es posible que ejerza sus derechos en la etapa del juicio como parte que pueda presentar y defender su propio caso. La intervención de las víctimas en el juicio se lleva a cabo a través de la intervención de la fiscalía en materia probatoria y de argumentación.

La Corte reitera que en algunas oportunidades cabe la posibilidad de que los intereses de la víctima no coincidan con los del fiscal, de manera que es muy importante que la víctima esté debidamente representada e informada. La inasistencia jurídica puede configurar una significativa obstrucción a su derecho a un recurso judicial efectivo.

Si bien es cierto que la calidad de víctima y el reconocimiento de su representación legal se dan en la audiencia de formulación de acusación, su participación directa o mediante apoderado se encuentra garantizada desde la fase de investigación. En la audiencia de formulación de acusación se formaliza la intervención de la víctima y se define la condición de acusado para dar inicio al contradictorio entre acusación y defensa. El hecho de que sea en esta etapa en la que se determina la calidad de víctima a fin de legitimar su intervención en el juicio y se reconozca su representación legal, si la tuviere, de ninguna manera significa su exclusión de etapas anteriores, como lo prevé el artículo 136, y lo ha reafirmado y precisado la jurisprudencia de esta Corte⁷³.

En cuanto al tema de los preacuerdos los demandantes estiman que las expresiones “*la Fiscalía y el imputado o acusado*” del artículo 348; “*la Fiscalía y el imputado*” del inciso primero del artículo 350, y “*el fiscal y el imputado*” del inciso segundo del artículo 350 son inconstitucionales porque excluyen a la víctima en la celebración de preacuerdos sin que pueda pronunciarse negativa o positivamente al respecto.

Para analizar este cargo la Corte realiza un análisis sistemático de las normas que regulan la figura de los preacuerdos y las negociaciones estableciendo que los preacuerdos están fundados en el consenso y en la disposición sobre algunos aspectos de la imputación, y sus consecuencias, y su aplicación conlleva a

Haciendo un estudio del título II capítulo único “Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o Acusado” es evidente que no se prevé un mecanismo de participación de las víctimas en su celebración, ni siquiera a través del fiscal quien

⁷³ Ibid., Art. 136.

no se encuentra en la obligación de consultar previamente a la víctima sobre la proposición de un preacuerdo, ni su existencia si se logra.

Así mismo el control de legalidad al que debe someterse por parte del juez de conocimiento para la preservación de las garantías fundamentales, no se extiende a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Dicha exclusión de la víctima en la celebración de los preacuerdos no encuentra una razón objetiva y suficiente porque dado que estas actuaciones se surten antes del juicio oral la intervención de la víctima no altera el sistema adversarial ni modifica su calidad de víctima como interviniente especial, por lo tanto el acuerdo debe darse tomando en cuenta el punto de vista de la víctima quien puede tener información valiosa para determinar si la propuesta es o no aceptable. En ningún momento esta intervención afecta la autonomía del fiscal sino que por el contrario, resulta muy útil para obtener verdad, justicia y reparación integral que puede evitar una sentencia injusta.

La exclusión de la participación de la víctima en la celebración de preacuerdos genera una desigualdad entre los actores del proceso desprotegiendo los derechos de las víctimas quienes no tienen la posibilidad de fijar su posición sobre el preacuerdo que se surta entre el fiscal y el imputado o acusado. Esto se hace más visible en los casos en que los intereses de la víctima no coincidan con los de la fiscalía poniendo en riesgo sus derechos.

Además los criterios de celeridad no pueden prevalecer sobre los derechos de la víctima desconociendo el punto de vista del perjudicado con el injusto penal.

Por todo lo anterior la Corte declara la exequibilidad condicionada de los artículos demandados, en el entendido de que la víctima debe ser oída por el fiscal y por el juez que ejerce el control de legalidad sobre el preacuerdo celebrado con el fin de lograr un acuerdo más aproximado a los hechos y más justo. De igual manera una vez celebrado se debe informar a la víctima para que pueda intervenir ante el juez antes de su aprobación verificando que no desconozca garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima.

En caso de que la víctima no acepte las reparaciones efectivas que resulten de los preacuerdos puede acudir a otras vías judiciales pertinentes como impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (artículos 20 y 176) y promover el incidente de reparación integral oportunamente (artículo 102).

En sentencia T-794/07 el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales aprobó un preacuerdo celebrado entre la fiscalía y los acusados de abusar sexualmente de dos menores de edad una de las cuales tenía retardo mental. Los

acusados se comprometieron a entregar a la madre de las menores la suma de cuatro millones de pesos por los daños morales y materiales ocasionados a sus hijas. La madre de las niñas apeló la sentencia proferida y argumenta que al momento de la audiencia de lectura del fallo no contaba con un abogado de oficio y además no se le había brindado a las menores el apoyo psicológico y moral que requieren para superar los daños fruto de la violación.

El juzgado que conoció del caso manifiesta que como dice la actora si se celebró un preacuerdo por actos sexuales abusivos con menor de 14 años en el cual se llegó a un acuerdo económico con relación a la indemnización de perjuicios, escrito que se encuentra firmado por la accionante. Y que contrario a lo que alega la madre de las víctimas, el despacho le prestó toda la asesoría y ayuda establecida por la ley y fue informada de todos sus derechos.

La Corte en este caso entra a estudiar la viabilidad de los preacuerdos y negociaciones en los delitos contra menores de edad.

En primer lugar, es necesario recordar que los menores de edad se caracterizan jurídicamente como sujetos de especial protección por lo cual la ley debe darles un trato preferente por su condición de vulnerabilidad, así se establece constitucionalmente en el artículo 44 y en la ley de Infancia en su artículo 18. Todos los derechos que se derivan de esta condición deben ser contrastados con las circunstancias específicas del menor.

De acuerdo a ello, a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución les reconoce a los funcionarios judiciales, la normatividad de los derechos del menor les obliga a actuar en cada una de las etapas del proceso penal siempre basado en el principio de interés superior del menor, ya sea si se encuentra en condición de sujeto activo o pasivo del delito.

En esta ocasión la Corte estudia la figura del preacuerdo desde la perspectiva de la nueva Ley de Infancia para demostrar la intención del Legislador de no permitir este tipo de negociaciones en delitos que involucran a menores de edad.

La ley de Infancia y Adolescentes consagra un tratamiento diferente en caso del juzgamiento de delitos cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, limitando los beneficios y subrogados penales a favor del victimario si se trata de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual o secuestro en contra de menores de edad. En estos eventos no se otorgará el beneficio de la casa por cárcel, no procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad, ni la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la libertad condicional, el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, ni procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los

artículos 348 a 351 de la ley 906 de 2004, pues así lo estipula el artículo 199 de la mencionada ley⁷⁴.

Lo anterior significa que no debe permitirse la celebración de preacuerdos entre el fiscal y los acusados por delitos que atentan contra los derechos humanos fundamentales de los niños por su situación de vulnerabilidad puesto que de permitirse se estaría propiciando espacios de desprotección y revictimización de los niños. Cabe resaltar las palabras dichas por la Corte que a continuación se transcriben:

Era evidente que en delitos tan execrables como el acceso carnal abusivo con menores de 14 años, gracias a los acuerdos entre fiscalía y defensa, y particularmente con base en beneficios de confesión, se producían condenas irrisorias que fácilmente alcanzaban a poner en entre dicho los beneficios de la justicia reparativa y generaban desconfianza respecto del sistema de justicia. Según cifras de la Fiscalía en el primer año de implementación del sistema acusatorio, en Bogotá y el Eje Cafetero se adelantaron 13.000 investigaciones por estos delitos, de las cuales llama la atención fueron conciliadas 7000, precluidas 2000, vinculados 48 casos y sólo 4 sentencias fueron condenatorias.

Por todo lo expuesto anteriormente la Corte considera que la Fiscalía 23 de Manizales al realizar un preacuerdo con los hombres que confesaron el delito de abuso sexual en dos menores de edad, actuó en contraposición de la normatividad ya que no dio aplicación al artículo 199 de la ley 1098 que prohíbe expresamente la celebración de los preacuerdos y negociaciones en caso de delitos cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes, presentándose un defecto sustantivo en el preacuerdo realizado.

Es así como a la Corte le sorprende que se haya permitido este preacuerdo y más aun con el consenso de una suma tan irrisoria y ridícula frente al daño físico y moral ocasionado a las menores, ignorando las condiciones de garantía, respaldo y apoyo que el caso exigía por parte de las autoridades judiciales. Vemos como en este caso, no se tuvieron en cuenta los intereses prevalentes de las menores, sino la celeridad del proceso y la descongestión de la justicia.

Cabe resaltar que el acuerdo económico celebrado entre la madre de las menores y los victimarios está viciado de nulidad absoluta por objeto ilícito y carece de todo valor y eficacia jurídica, debido a que la grave situación económica, el impacto sufrido por la agresión y la falta de asesoramiento y respaldo, llevaron a la madre de las menores a aceptar esa indemnización tan absurda.

De acuerdo a lo anterior la Corte decide revocar la sentencia proferida y declarar la nulidad del preacuerdo y ordena que se inicie un nuevo juicio con la adopción

⁷⁴ Ibid., Art. 199.

de todas las medidas necesarias para hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas.

En **Sentencia C-025/10** la Corte entra a estudiar el principio de congruencia contenido en el artículo 448 del código de procedimiento penal, el cual consagra que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

Este principio es una garantía judicial para el procesado que se debe exigir de los elementos fácticos debidamente probados y jurídicos que indiquen los delitos cometidos y las circunstancias que inciden en la punibilidad. La congruencia se debe predicar entre la imputación y la acusación así como entre la acusación y el fallo.

Una vez iniciada la etapa del juicio oral, la Corte ha dicho que se rechaza cualquier visión de los hechos que realice la fiscalía tendiente a agravar la situación del acusado puesto que ello implicaría una vulneración del derecho de defensa y por lo tanto solo se tomarán en cuenta los hechos de la acusación a menos que el cargo que quiera formular la fiscalía sea menor.

Así mismo, en cuanto a la congruencia, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que debe mediar relación entre la formulación de imputación y la acusación teniendo en cuenta que los hechos no se podrán modificar y la acusación no podrá contener hechos nuevos. Si surge otro hecho debe motivarse una nueva formulación de imputación. Dicha armonía se funda en el derecho que tiene el inculcado de conocer desde un principio los hechos por los cuales se le va a procesar. Sin embargo, debido al carácter progresivo del proceso penal, es posible que al momento de formular la acusación se modifique los hechos dentro de unos parámetros racionales fruto de la labor investigativa desarrollada por la fiscalía.

Al respecto esta sala reconoce que el principio de congruencia varía dependiendo si el proceso cumple con todas las etapas en el procedimiento ordinario o mediante la terminación anticipada del proceso en este caso el preacuerdo ya que en el proceso ordinario la imputación debe coincidir con la acusación en cambio en el preacuerdo con el acuerdo al que se llegue.

La formulación de imputación debe tener la adecuación típica de la conducta, es decir que los hechos que se investigan correspondan a la descripción típica que hace el legislador. En el caso de celebrar preacuerdos el fiscal se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso y su adecuación típica depende de la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código Penal.

En conclusión, en caso de allanamientos y preacuerdos los componentes fácticos y jurídicos que se formulan en la imputación, resultan inmodificables siempre y cuando permanezcan ilesas las garantías fundamentales del imputado. Por su parte, en el trámite ordinario no es posible modificar el aspecto fáctico de la formulación de acusación a menos que de las pruebas practicadas en el debate oral den lugar a una tipicidad que conserve equivalencia con el núcleo básico de la imputación y que, además, no implique deterioro de los derechos de las partes e intervinientes.

Posteriormente en **Sentencia C-059/10** se demanda la constitucionalidad del artículo 349 de la ley 906 de 2004 que hace referencia a la improcedencia de acuerdos y negociaciones con el imputado o acusado. A continuación transcribimos la norma acusada:

ARTÍCULO 349. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

El demandante considera que el 50% que la norma exige reintegrar para que sea posible la celebración de preacuerdos en delitos en los cuales se obtiene un incremento patrimonial es una indemnización que recibe la víctima con el pago de al menos la mitad de lo apropiado y la garantía del pago de la suma faltante, lo que no sucede en otra clase de delitos o cuando la víctima es el colectivo social ya que solo podrá acudir al incidente de reparación o a la vía civil para obtener una indemnización, generando una desigualdad injustificada. Por lo tanto, en delitos que no sean contra el patrimonio económico, el imputado o acusado podrá celebrar preacuerdos con la fiscalía sin que previamente haya pagado al menos el cincuenta por ciento de la indemnización, ni garantizado o asegurado el recaudo del remanente, lo cual es un trato desigual que repercute negativamente para los intereses de la víctima.

La Corte establece que la finalidad de la norma acusada es evitar que mediante preacuerdo quienes hayan obtenido incrementos patrimoniales logren beneficios sin que hayan reintegrado al menos la mitad de lo apropiado y asegurado el recaudo del remanente, cerciorándose de que no disfruten de un provecho ilícito. Por lo tanto, a diferencia de lo que piensa la demandante, la norma no contempla una indemnización a favor de las víctimas de los delitos económicos.

Por otra parte, la norma no hace referencia únicamente a delitos contra el patrimonio económico de un particular como sostiene la demandante sino a todo delito en el cual el imputado o acusado hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo por ejemplo en conductas que atentan contra la

administración pública, la salud o seguridad públicas en donde no existen víctimas directas del delito.

Cabe aclarar que la indemnización de las víctimas se garantiza con el incidente de reparación integral y no con el artículo 349 de la ley 906 del 2004 cuya finalidad es distinta como ya se explicó anteriormente.

Si como piensa la demandante para la celebración de preacuerdos se exigiere al menos el 50% de la indemnización y se asegurase el recaudo del remanente, solo los imputados o acusados con recursos económicos podrían celebrar preacuerdos y esto se constituiría en una discriminación entre procesados.

Por todo lo anterior, la Corte declarará exequible el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

En **Sentencia C-651/11** se reitera lo dicho por esta Corporación en anteriores oportunidades respecto del derecho que tienen las víctimas a intervenir en los preacuerdos y negociaciones con poder de afectar su derecho a un recurso judicial efectivo para obtener la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Además, reafirma que en el modelo de tendencia acusatoria, las víctimas ejercen sus derechos en la etapa de juicio a través del fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima y el juez está en la obligación de garantizar dicho espacio. Se reitera que a la víctima aún le queda la posibilidad de controvertir las decisiones que considera adversas a sus derechos. Así, en el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla, de conformidad con el artículo 177.⁷⁵

“Igualmente, en la sentencia C-979 de 2005, se garantizó su derecho a solicitar la revisión extraordinaria de las sentencias condenatorias en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria”⁷⁶.

⁷⁵ Ibid., Art. 177.

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-979 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

4. ANÁLISIS JURIPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A continuación se presenta una serie de pronunciamientos realizados por la Corte Suprema de Justicia, en los cuales se ha venido desarrollando el Título II Capítulo único del Código de Procedimiento Penal, denominado “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALIA Y EL IMPUTADO O ACUSADO”:

4.1 GENERALIDADES DEL PREACUERDO

4.1.1 Proceso 25389 del 10 de mayo de 2006. Con el fin de humanizar el tratamiento criminal y obtener eficiencia y eficacia en la solución de los conflictos derivados de comportamientos delictivos, se introdujeron en la ley 906 de 2004 beneficios para la terminación de los procesos por acuerdo entre el fiscal y el imputado, cuando aquél admite en ciertas condiciones responsabilidad por los hechos y las sanciones que se le deban imponer.

En la celebración de preacuerdos teniendo en cuenta el material probatorio recaudado, deben ser objeto de convenio, 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, las causales de ausencia de responsabilidad, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, la ira o intenso dolor, la comunicabilidad de circunstancias, 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 fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.

“Una vez aprobado el preacuerdo, resulta inmodificable, si se respetaron las garantías constitucionales y los derechos fundamentales. Posteriormente se realiza audiencia para individualización de la pena en la cual los intervinientes solamente pueden referirse a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable y a la probable determinación de la pena y la concesión de los sustitutos de la sanción, aspectos únicos sobre los cuales el legislador admitió alguna actividad probatoria según lo dispone el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal”⁷⁷.

⁷⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 447.

Todas estas circunstancias le permiten al juez graduar la pena en los términos del artículo 61 del Código Penal⁷⁸ y no a aquellas que modifican los extremos punitivos del tipo penal o que circunstancian el hecho tornándolo en uno diferente, en perjuicio del mismo acuerdo.

El preacuerdo implica la aceptación de responsabilidad penal en forma anticipada, disponer de parte del proceso y renunciar al debate fáctico y probatorio. Esta figura se rige por los principios de irretractabilidad, eventualidad, preclusión y seguridad jurídica.

4.1.2 Proceso 24764 del 1 de junio de 2006. La Corte estima que la figura de los preacuerdos constituye un instrumento indispensable para estimular la pronta reparación de las víctimas mediante la expedita obtención de una declaratoria de responsabilidad; y contribuye al desmantelamiento de la delincuencia organizada. Este mecanismo facilita la participación de todos en el proceso, de ahí que el procesado como creador del conflicto, deba intervenir como parte decisiva en su solución, coadyuvando con una pronta, cabal y eficaz administración de justicia.

Si bien es cierto que el imputado tiene la facultad de renunciar a la etapa del juicio, no a los principios que la rigen, siempre y cuando tal renuncia se exprese de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada.

Los preacuerdos nunca deben alejarse de los principios de lealtad y buena fe y deben incorporar todos los acuerdos de manera integral, clara, completa y precisa en el acta, refiriéndose no solamente a la pena imponible sino también a los hechos imputados y sus consecuencias toda vez que respete los derechos fundamentales del imputado. De no tener en cuenta lo anterior se podrían generar falsas expectativas que pueden servir para sorprender al imputado o acusado, y colocarlo en situación de inferioridad.

Es de suma importancia verificar que se respete el principio de congruencia en la terminación abreviada de procesos, realizando una confrontación entre la acusación constituida por el acta de acuerdo y el contenido de la sentencia que se encuentra limitada por la voluntad de las partes. Cuando no exista claridad en el acta de preacuerdo y el juez lo apruebe basándose en su propia interpretación sin tener en cuenta la verdadera intención de las partes intervinientes, constituye un quebranto al debido proceso.

En cuanto a los efectos que tienen los preacuerdos, al tener la facultad de extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, deben abarcar temas como la modalidad delictiva, punibilidad, la ejecución de la pena ya sea en establecimiento carcelario, a través de prisión domiciliaria o suspensión

⁷⁸ Ibid., Art. 61.

condicional y lo que se refiere a reparaciones a las víctimas recordando que en caso de desacuerdo estas pueden acudir a las vías judiciales pertinentes.

En cuanto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria existe la posibilidad de ser acordadas a través de negociaciones entre la fiscalía y el imputado a menos que la ley exprese alguna exclusión por la naturaleza del delito.

4.1.3 Proceso 25196 del 10 de agosto de 2006. Se reitera que los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado deben regirse por los principios de lealtad y buena fe, con total respeto de las garantías fundamentales y deben ser incorporados de manera integral, clara y precisa al acta pertinente, expresando la pretensión punitiva que tuviere.

El juzgador debe proferir sentencia de acuerdo a los parámetros de la acusación so pena de configurarse en causal de nulidad por desconocimiento del debido proceso, por afectación de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Por lo tanto se hace necesario realizar una comparación de los contenidos de la acusación o el acta de acuerdo y la sentencia puesto que la primera constituye el marco de referencia y límite de la decisión en consonancia con la voluntad de las partes.

Así las cosas, proferir sentencia desconociendo lo pactado por el Fiscal con el imputado y su defensor, equivale a emitir un fallo desbordando el marco de la acusación, que en casos de preacuerdo lo constituye el acta respectiva. Si esto sucede, se debe ajustar el fallo a los términos del acuerdo, es decir, a las consecuencias jurídicas que se derivan del escrito de acusación.

4.1.4 Proceso 28381 del 3 octubre de 2007. Los preacuerdos no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible, sino a los hechos imputados y sus consecuencias, es decir que también se podrá preacordar la ejecución de la pena (suspensión condicional o prisión domiciliaria) y sobre las reparaciones a las víctimas, caso en el cual éstas podrán rehusar los preacuerdos y acudir a las vías judiciales pertinentes, según lo prevé el inciso final del artículo 351 de la ley 906 de 2004.

Estos acuerdos se rigen por los principios de lealtad y buena fe y obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

Dichas negociaciones deben ser incorporadas de manera integral al acta correspondiente, lo más completa, clara y precisa posible, para no generar falsas expectativas, que sorprendan o engañen al imputado o acusado, colocándolo en situación de inferioridad. Es por ello que la propuesta del fiscal debe ser seria, concreta e inteligible para que sea aceptada por el juez.

4.1.5 Proceso 25349 del 10 de junio de 2008. En el sistema procesal acusatorio los mecanismos de colaboración con la justicia como acuerdos y negociaciones deben permitir un margen de negociación en aras de la proporcionalidad de la sanción.

4.1.6 Proceso 34727 del 6 de agosto de 2010. “La celebración de un preacuerdo en aras de llegar a la terminación anormal del proceso con base en la negociación de la responsabilidad, suspende los términos del numeral 5 del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, los cuales se restablecen en los casos en que sea improbadado el convenio”⁷⁹.

4.1.7 Proceso 35739 del 28 de enero de 2011:

El numeral 5 del artículo 317 de la ley 906 de 2004 señala que la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral, no obstante, cuando exista un preacuerdo no habrá lugar a la libertad conforme a lo estipulado, pues los términos se suspenden, y solo se restablecerán en los casos en que sea improbadado el convenio⁸⁰.

4.1.8 Proceso 43523 del 7 de mayo de 2014. En esta ocasión se resalta que los acuerdos al suponer una ayuda para la justicia con la terminación pronta del proceso, traen consigo una serie de beneficios al imputado o acusado como la posibilidad de mutar algunas circunstancias de los delitos o favorecerlo con determinados subrogados.

La negociación implica la evaluación de los elementos de juicio con los que cuenta cada parte, que les permita determinar cuál puede ser el resultado del juicio. Acudir a la figura de los preacuerdos significa la renuncia de las partes a un proceso ordinario que le permita demostrar su propia teoría del caso y que finalice con la absolución o condena del procesado.

⁷⁹ Ibid., Art. 317.

⁸⁰ Ibid.

Al ser la Fiscalía quien cuenta con elementos de juicio suficientes para determinar cuál puede ser el futuro de su teoría del caso, le es permitido determinar cuánto, conforme el riesgo anticipado, es factible otorgar al procesado a cambio de su aceptación de responsabilidad penal. Por lo tanto, se le debe otorgar un margen de maniobra al Fiscal en donde el juez intervenga únicamente para vigilar que no se superen mínimos de legalidad y protección de garantías fundamentales.

“Ahora bien, la suspensión condicional de la ejecución de la pena puede ser preacordada por las partes teniendo en cuenta que el límite para acordar subrogados es la vulneración de garantías fundamentales”⁸¹. Así las cosas, el Fiscal tiene la facultad de conceder al procesado un subrogado siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos por la Ley.

En cuanto a la suspensión condicional de la pena el presupuesto de legalidad se cumple si el tope de pena consagrado en la norma citada es respetado, pues, respecto del requisito subjetivo establecido en el numeral segundo de la misma, perfectamente caben consideraciones particulares, referidas a las circunstancias individuales del delito y la persona a quien se atribuye, que refieran a la modalidad del delito o la necesidad concreta de pena, factores pasibles de negociación por el Fiscal, conforme las necesidades que el caso concreto comporte.

4.2 PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

4.2.1 Proceso 21954 del 23 de agosto de 2005. El imputado puede aceptar cargos ya sea a través de la figura del allanamiento sin previo acuerdo, que surge de un acto unilateral, libre y voluntario o mediante un preacuerdo, que consiste en una negociación sobre la disminución de la pena por razón de la aceptación de cargos, misma que debe consignarse en el escrito de acusación. El juez de conocimiento dictará la sentencia conforme a los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado siempre y cuando no desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

La Corte hace énfasis en lo preceptuado por el artículo 3 de la ley 890 de 2004, en el hecho de que cuando la pena es acordada por la fiscalía y el imputado o acusado, no se aplicará el sistema de cuartos.

En la ley 600 de 2000 y en la ley 906 de 2004 se contempló la terminación anticipada del proceso, no obstante, estos institutos no coinciden en sus estructuras, pues obedecen a una mecánica jurídica distinta que contempla

⁸¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. CSJ SP, 1 de junio de 2006, rad. 24764. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández .

desarrollos y alternativas procesales diferentes, razón por la cual es inoperable el principio de favorabilidad en estos casos.

4.2.2 Proceso No 21347 del 14 de diciembre de 2005. La aceptación de cargos prevista en el Código de Procedimiento Penal, por regla general constituye un acuerdo bilateral entre el fiscal y el imputado, a diferencia del régimen de sentencia anticipada que se trataba de un acto unilateral que no permitía ningún tipo de negociación y al Juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado.

La Corte estima que el allanamiento a los cargos, conlleva a un acuerdo sobre el monto de la rebaja de pena, que surge de una negociación entre las partes, siendo del resorte del Juez de conocimiento aprobarla en el momento procesal correspondiente, a menos que se desconozcan garantías fundamentales.

Por lo tanto la sentencia anticipada del sistema procesal anterior y la aceptación de cargos o de imputación actualmente reglada en la ley 906 de 2004 no son iguales, y esto conlleva a excluir la aplicación del principio de favorabilidad, puesto que los institutos no parten de los mismos supuestos de hecho.

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

En aclaración de voto se señala que tanto los allanamientos como los acuerdos, son bilaterales porque en los allanamientos existe, al menos, un inicio de acuerdo tácito, en el sentido de que quien se allana ya sabe que a su manifestación le subsigue, por mandato legal, una reducción punitiva. De igual manera afirma que el allanamiento puede ir acompañado, desde el comienzo, de negociaciones sobre penas, reducciones y hasta subrogados.

4.2.3 Proceso 23486 del 3 de mayo de 2007. La sentencia anticipada propicia la celeridad, la economía procesal y la eficacia a cambio de una rebaja de pena que puede ser solicitada por el defensor pero cuya aceptación solo se encuentra en cabeza del procesado.

Tanto la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 y la terminación anticipada regulada por la Ley 906 de 2004 provienen del derecho penal premial, según el cual, el procesado renuncia al proceso ordinario a cambio de un beneficio punitivo.

No obstante, tienen características que las hacen diferentes entre sí y por lo tanto no es viable aplicar por favorabilidad ninguna rebaja.

Dentro del nuevo sistema procesal penal con tendencia acusatoria, el instrumento de los preacuerdos y negociaciones se constituye en un mecanismo para activar la solución de los conflictos sociales, propiciar la reparación integral y lograr la participación del imputado o acusado en la resolución de su caso.

El instituto de sentencia anticipada sólo se funda en la terminación anormal del proceso que no está supeditado a ningún tipo de negociación con la Fiscalía, ni condicionado a la reparación integral de los daños ocasionados, sin desconocer que en el instituto de preacuerdos es posible que la terminación anticipada del proceso sea producto de una decisión unilateral del imputado o acusado pero aquí Fiscal y procesado acuerdan la rebaja, resultando la misma dependiente de consideraciones como el ahorro de proceso, la contribución del procesado en la solución del caso, su disposición a reparar efectivamente a la víctima y otras similares que en momento, sin pasar por alto las directivas adoptadas por la Fiscalía y las pautas de política criminal eventualmente existentes, circunstancias todas respecto de las cuales quien cuenta con información para el discernimiento respectivo es el Fiscal y no el juez.

El instituto del allanamiento de cargos en la audiencia de formulación de imputación se sustenta en el concepto de preacuerdo o acuerdo, puesto que si bien el imputado la hace de manera libre y voluntaria, de todos modos siempre conlleva a un acuerdo sobre el monto de la rebaja de pena.

El artículo 367 de la ley 906, dispone que en la audiencia de juicio el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, si se declara inocente o culpable. Si se declara culpable el juzgador en aplicación del artículo 368, debe verificar si dicha aceptación es producto de un acto unilateral o de un preacuerdo. Si se trata de la primera, el juez procede a dictar sentencia condenatoria reconociendo una rebaja de una sexta parte de la pena. En cambio, si se trata de la segunda, la Fiscalía debe indicar al juez los términos del preacuerdo, expresando la pretensión punitiva, y el juez no podrá imponer una pena superior a la que se haya solicitado⁸².

La Corte recuerda que la figura del preacuerdo implica una intervención neurálgica y dinámica por parte de la Fiscalía, aspectos estructurales que son propios del nuevo sistema de procedimiento penal.

⁸² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Arts. 367, 368.

4.2.4 Proceso 29617 del 9 de junio de 2008. La Corte reconoce que la favorabilidad debe aplicarse ante la vigencia simultánea de los dos sistemas de enjuiciamiento penal, la ley 600 y la ley 906.

En este sentido, el procedimiento de los preacuerdos no tiene aplicación en los trámites adelantados bajo el imperio de la Ley 600/00, porque no existe en ésta un procedimiento similar y ni siquiera medianamente parecido, como sí sucede entre la sentencia anticipada del anterior sistema y el allanamiento a los cargos del actual que son mecanismos equivalentes en términos de esencia y circunstancias, con la diferencia que en ley 906 el acusado puede allanarse a cargos en el juicio oral y hacerse acreedor a una rebaja de la sexta parte de la pena, y en la Ley 600/00 no es posible que en la audiencia de juzgamiento se acoja a sentencia anticipada.

4.3 DIFERENCIAS ENTRE EL ALLANAMIENTO Y EL PREACUERDO

4.3.1 Proceso 34493 del 13 de septiembre de 2010. La Corte considera que a diferencia del allanamiento que es un acto unilateral, el preacuerdo es un acto bilateral que siempre debe contar con la participación del ente acusador y la parte acusada, por lo tanto, cabe la posibilidad de que la Fiscalía decida negarse a pactar con la defensa y el procesado, y dicha negación no vislumbra una violación del debido proceso u otro principio básico.

4.3.2 Proceso 35509 del 6 de julio de 2011. La Corte realiza una diferenciación entre el allanamiento y el preacuerdo.

En primer lugar, los allanamientos se tratan de una aceptación incondicional de los cargos, tal cual los formula el ente acusador, tanto en su marco fáctico como jurídico y por lo tanto, las consecuencias que de ella se derivan, es decir, la sanción a imponer queda sometida a los criterios del juez de conocimiento de acuerdo con los parámetros que para el efecto fija la Ley Penal. Y en cuanto a las proporciones de rebaja por razón de dicho allanamiento, estas son las que señala el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, hasta la mitad cuando ello sucede en la formulación de imputación, artículo 355 numeral 5º, la tercera parte si se produce en la audiencia preparatoria y el artículo 367 en donde se fija una rebaja de la sexta parte si el procesado se allana a la iniciación de la audiencia de juicio oral.

Por su parte los preacuerdos, aunque también constituyen aceptaciones de responsabilidad, no son incondicionales, sino son el producto del consenso entre el ente acusador y la defensa, pudiéndose pactar el monto de la pena, o la imputación fáctica y jurídica que fundará la sentencia, desde luego respetando las garantías fundamentales de las partes e intervinientes y los fines que persigue el

proceso penal, destacándose el de la justicia.

Por obvias razones los preacuerdos adquieren un trámite distinto al del allanamiento a cargos, pues ante todo requieren que la defensa, ya conozca cuáles son los hechos endilgados y a qué clase de adecuación típica corresponden, conocimiento al que sólo puede llegar, una vez se ha surtido la audiencia de formulación de imputación. Luego, de considerar viable un arreglo, el acuerdo a que hayan llegado las partes ha de ser sometido al control de legalidad del juez de conocimiento, quien de avalarlo, correrá el traslado del artículo 447⁸³ de la Ley 906 de 2004 y dictará la sentencia de condena.

Como se señaló, es en estas figuras que puede realizarse una negociación sobre el monto de la pena a imponer que siempre que respete los límites de legalidad de la sanción, obliga al juez a irrogarla de conformidad con el acuerdo, cuestión que no ocurre en los allanamientos, pues se reitera, por ser una aceptación incondicional de responsabilidad, el procesado que se allana, queda sometido a la sanción que le imponga el juez de conocimiento, es decir, ante la ausencia de acuerdo frente al monto de la pena a imponer, corresponde a este funcionario fijarla de acuerdo con el sistema de cuartos.

Es claro que la ley penal, dota al juez de cierto margen de discrecionalidad al no fijar una rebaja fija si el allanamiento se da en la audiencia de formulación de imputación, como contrariamente sí ocurre en las audiencias preparatoria y de juicio oral, razón por la cual, la jurisprudencia se ha encargado de reglar esta facultad, señalando que el juez se debe guiar por criterios de oportunidad, rapidez, magnitud del ahorro de esfuerzos y recursos investigativos.

La aceptación de los cargos por parte del acusado, no representa la simple manifestación de renunciar a la presunción de inocencia, cuando la misma encuentra soporte en elementos materiales probatorios y evidencia física que lo determinen a declararse culpable sin condicionamiento alguno, frente a los delitos endilgados con las circunstancias de agravación punitiva.

En sede de casación no se da cabida al debate probatorio en situaciones de terminación abreviada del proceso ya sea por vía de preacuerdos o allanamientos, pues se reitera, la aceptación incondicional de los cargos, sumada a los medios de convicción recaudados por la fiscalía y que en virtud del allanamiento fueron aportados al proceso, son suficientes para dar por acreditada la materialidad de los delitos atribuidos y la responsabilidad del procesado en los mismos, junto con las circunstancias de agravación, cuya imputación se hizo tanto de forma fáctica como jurídica.

⁸³ Ibíd., Art. 447.

4.4 PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

4.4.1 Proceso No 26087 del 28 de febrero de 2007. Cuando se acude a la figura de los preacuerdos, se requiere que el imputado o acusado tenga pleno conocimiento de las imputaciones fácticas y jurídicas, en cuyo caso el acusado no acepta la comisión de unos hechos jurídicamente relevantes sino la responsabilidad penal, es decir, la realización de una conducta típica antijurídica y culpable.

En cuanto al principio de congruencia tiene una dimensión o alcance diferente cuando se trata de los mecanismos de terminación anticipada del proceso ya sea por allanamiento a cargos o por la vía del preacuerdo o si se tramita por vía ordinaria. Así, cuando se está frente a las formas de terminación anticipada del proceso, el principio de congruencia opera de manera absoluta y rígida, es decir, el juez debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva. Si la sentencia se aparta total o parcialmente de los cargos por los cuales el procesado se allanó o acordó con la fiscalía, la ley impone el deber de ajustarla a tales parámetros, por el contrario, si el acta desconoce garantías fundamentales que incidan en la actuación procesal, es necesario decretar su invalidez a partir de ese momento.

Por su parte, cuando se trata de procesos que se tramitan de manera ordinaria, la congruencia entre acusación y sentencia no es tan estricta porque la calificación jurídica propuesta en la acusación puede variar y complementarse como consecuencia del debate probatorio inherente al juicio oral.

4.4.2 Proceso 27337 del 23 de agosto de 2007. Se recuerda que en casos de preacuerdos para emitir un fallo de condena se requiere un mínimo probatorio que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, así lo exige el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal con el fin de no comprometer el principio de presunción de inocencia⁸⁴.

Respecto al tema de la congruencia entre la formulación de imputación y el acuerdo la Corte se ha pronunciado en repetidas ocasiones precisando que la acusación conforme la ley 906 de 2004 delimita un componente fáctico y otro jurídico que incluyen todas las circunstancias que modifiquen la sanción, inclusive las causales de mayor y menor punibilidad establecidas en los artículos 55 y 58 del C.P⁸⁵.

⁸⁴ Ibíd., Art. 327.

⁸⁵ Ibíd., Art. 55 y 58.

Además, se destaca que la formulación de cargos en cuanto a allanamientos o preacuerdos, debe permanecer invariable, sin posibilidad de modificación o introducción de circunstancias de agravación o mayor punibilidad, so pena de quebrantar los derechos de quien asumió la responsabilidad penal de una conducta específica. De igual manera, debe permanecer invariable el aspecto fáctico de la acusación.

4.4.3 Proceso 27518 del 28 de noviembre de 2007. La Sala ha señalado de igual manera que el condicionante fáctico de la acusación está constituido por la formulación de imputación, de ahí que la acusación no podrá abarcar hechos nuevos, no obstante puede suceder que la valoración jurídica de ese hecho tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones.

4.4.4 Proceso 28998 del 3 de abril de 2008. Se reitera que en casos de terminación anticipada del proceso, la respectiva sentencia se dicta con fundamento en la evidencia recogida hasta ese momento verificando que los cargos imputados correspondan con el recaudo probatorio, ello en observancia al respeto de las garantías fundamentales para que no se vea comprometido el principio de presunción de inocencia; por lo tanto los preacuerdos solo procederán cuando exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

4.4.5 Proceso 31280 del 8 de julio de 2009. Se tratan dos temas de suma importancia: la actividad de la Fiscalía en la formulación de imputación y el principio de coherencia y el papel del juez en el control de legalidad del preacuerdo.

En el acto de imputación la fiscalía le comunica a una persona que está siendo investigada por su presunta participación en una conducta punible, para ello debe expresar la relación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes. La imputación es el condicionante fáctico de la acusación o del preacuerdo en caso de realizarse, sin que los hechos puedan ser modificados puesto que existe la obligación de respetar el núcleo de los mismos. Esto se realiza para garantizar el derecho de defensa y que el imputado tenga pleno conocimiento de los hechos que se investigan y sus consecuencias jurídicas, para que decida voluntariamente si se somete a todo el proceso ordinario o prefiere acogerse a los mecanismos de sentencia anticipada. Además no basta con la imputación fáctica sino que debe quedar claro cuál es jurídicamente la conducta por la que se procede.

Además del principio de congruencia también se debe respetar el principio de coherencia a fin de que los preacuerdos o el allanamiento, así como todas las

etapas que se surtan en el proceso ordinario, preserven el núcleo básico fáctico de la imputación.

En la celebración de preacuerdos, el imputado o acusado además debe contar con la debida asistencia del defensor, de lo contrario serán declarados inexistentes para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado o del juzgamiento ordinario.

La justicia negociada debe tener un equilibrio entre celeridad y eficacia porque de nada sirve una sentencia pronta si no está revestida de verdad y justicia. Es por ello que se insiste en que la formulación de imputación debe ser lo más cercana posible a la realidad porque en ella tiene fundamento el preacuerdo y la posterior sentencia.

Para desvirtuar la presunción de inocencia no es suficiente con la aceptación de los hechos por parte del imputado sino que el juez debe verificar que esta aceptación se encuentre fundamentada en prueba suficiente e idónea.

Respecto al papel del juez, el control judicial que debe realizarse para la aprobación de un preacuerdo no se trata de una simple revisión formal a través del interrogatorio al procesado sino que debe verificar minuciosamente la no vulneración de garantías fundamentales como la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.

Sobre este punto se ha dicho que si en el control judicial dentro del trámite de los preacuerdos, el juez de conocimiento encuentra una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica, y esto influye en los límites punitivos, se está quebrantando la garantía fundamental del debido proceso.

Una vez verificado el respeto de todas las garantías del imputado, no es posible la retractación de ninguna de las partes que suscribieron el acuerdo y con fundamento en él se convoca a audiencia de individualización de la pena y sentencia condenatoria.

4.4.6 Proceso 32422 del 10 de marzo de 2010. La ley no prevé posibilidad de retractación alguna frente a la aceptación de cargos, porque ello resultaría contrario al principio de seguridad jurídica por ello es de suma importancia que el fiscal formule la imputación con mucha precisión tanto en sus faceta fáctica como jurídica para que el investigado como la defensa sepan cual es el marco de la imputación y las consecuencias punitivas de aceptar los cargos de forma incondicional o a través de preacuerdos.

Además, la Corte se pronunció a cerca del quebranto del principio de congruencia, al respecto dijo que se configura cuando se condena:

“i) por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación; ii) por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación y iii) por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, pero incluyendo alguna circunstancia, genérica o específica que intensifica la sanción, o suprimiendo una circunstancia, genérica o específica de menor punibilidad reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o en la de acusación”

4.4.7 Proceso 34787 del 15 de septiembre de 2010. La Corte establece que tanto la investigación como la imputación deben contener los hechos completos, claros y jurídicamente relevantes. Cabe anotar que la imputación debe ser tanto fáctica como jurídica y es un asunto de interés de todos los actores del proceso.

En el evento de que se deja de investigar un delito y no se incluye en la imputación y en el escrito de acusación según el caso, no serán objeto de preacuerdo y la fiscalía tiene la posibilidad de investigarlo por separado.

Al respecto, se transcribe un aparte de la sentencia:

“En el proceso penal es incuestionable que dentro de las estrategias defensivas está la de fructificar, capitalizar los errores en los que pueda incurrir la contraparte (la fiscalía) cuando falla en la adecuación típica, y esas falencias eventualmente pueden favorecer al procesado; no obstante, tales posibilidades se ven limitadas cuando existan hechos (jurídicamente relevantes) que no fueron objeto de la investigación; el preacuerdo no es, ni puede ser fuente de impunidad.”

Así, cuando quedan delitos por fuera de la imputación o acusación se rompe la unidad procesal y deben juzgarse en un proceso diverso.

Por otra parte, en caso de aceptaciones parciales de responsabilidad los beneficios correlativos se extienden exclusivamente a las conductas objeto de preacuerdo.

4.5 RETRACTACIÓN

4.5.1 Proceso 28290 del 23 de enero de 2008. “La Corte analiza el inciso 2º del artículo 293 de la Ley 906 de 2004⁸⁶, estableciendo que es posible que tanto el ente acusador como la defensa desistan o se retracten del preacuerdo celebrado,

⁸⁶ Ibíd., Art. 293.

siempre y cuando éste no haya sido aprobado por el operador judicial de conocimiento”.

4.6 CARÁCTER VINCULANTE DEL PREACUERDO Y PRINCIPIO DE IRRETRACTABILIDAD

4.6.1 Proceso 27218 del 16 de mayo de 2007. El nuevo sistema penal acusatorio ofrece una nueva serie de garantías para los procesados como es el caso del preacuerdo, pero dichas garantías deben regirse bajo los principios de lealtad, buena fe, e irretractabilidad para que puedan ser operables generando seguridad jurídica.

El principio de irretractabilidad implica la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya sea en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.

4.6.2 Proceso 29002 del 31 de marzo de 2008. El preacuerdo es un mecanismo de aceleración de las actuaciones procesales penales y tiene poder vinculante para el juez en la medida en que no sean desconocedores de las garantías fundamentales, y para las partes que no tienen permitido retractarse una vez sea aprobado.

Si el fallo se emite con sujeción a los términos del acta de preacuerdo, no es válido ningún argumento para discutir el principio de congruencia. Adicional a ello, en impugnación no cabe la reclamación de beneficios que no hayan sido expresamente negociados con la Fiscalía por desbordar el marco de referencia contenido en el acta preacordada.

Así mismo, una vez suscrita la respectiva acta de preacuerdo está prohibido añadir o ampliar el acuerdo a través de un escrito complementario o del escrito de acusación ya que una vez firmado el acuerdo por las partes, este se convierte en acusación. Por lo tanto, una vez aceptados los cargos por un imputado, ni el juez puede exigir ni el fiscal está obligado a elaborar escrito de acusación.

Es por ello que el escrito de preacuerdo debe contener la individualización de los acusados, la relación de los hechos jurídicamente relevantes, la relación de bienes y recursos afectados con fines de comiso, todas las circunstancias de agravación que modifiquen límites punitivos, así como las de mayor punibilidad, unas y otras tanto fáctica como jurídicamente expresadas, pues de lo contrario, resultan de imposible aplicación por parte del juez en la sentencia.

4.6.3 Proceso 29459 del 22 de mayo de 2008. La impugnación que pretende la retractación de los cargos aceptados por vía de allanamientos o preacuerdos es violatoria del principio de lealtad. Una vez haya sido aprobado es vinculante tanto para el juez como para los intervinientes.

En cuanto a los preacuerdos no son relevantes ciertas conversaciones o diálogos para llegar a un acuerdo sino la aceptación de responsabilidad que cumpla con todos los requisitos legales y que sea adelantada por el funcionario competente.

4.6.4 Proceso 29476 del 22 de mayo de 2008. La ley 906 de 2004 respecto a la apelación de sentencias anticipadas sostiene que no cabe la posibilidad de retractación por parte de los intervinientes una vez haya sido aceptado el acuerdo por el juez de conocimiento, lo que se constituye en una limitante para impugnar los aspectos sustanciales que hubiesen sido objeto del consenso, tales como la atribución típica, grados de participación, circunstancias modales, adecuación antijurídica, expresiones de culpabilidad, agravantes genéricas o específicas.

Esta limitación está constituida porque tanto la segunda instancia como la sede extraordinaria de casación penal no pueden constituirse en oportunidades de retractación de los cargos que de manera libre y espontánea se hubiesen aceptado. Sin embargo, puede discutirse aspectos relacionados con la dosificación de la pena en cuanto a sus límites de legalidad, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, efectos de incongruencia entre los contenidos de lo consensuado y las conductas derivadas, y desde luego respecto de la transgresión de garantías fundamentales.

Además, la ley le otorga a la Sala de casación penal la facultad de impugnar de manera oficiosa sentencias que contengan errores de estructura o garantía en virtud del principio de seguridad jurídica, para proteger y salvaguardar derechos y garantías fundamentales.

4.6.5 Proceso 30006 del 15 de septiembre de 2008. El derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la fiscalía se encuentra limitado en aplicación al deber de lealtad que debe regir en todas las actuaciones que realicen las partes que intervienen en el proceso penal, puesto que el objetivo de los mecanismos de terminación anticipada consistente en lograr una rápida y eficaz administración de justicia se tornaría irrealizable si el implicado a pesar de haber aceptado los cargos tuviese la facultad de discutir constantemente su responsabilidad.

Surge entonces el principio de irretractabilidad regulado por la ley a través de la doctrina y la jurisprudencia, el cual limita la posibilidad de discutir o controvertir los términos de la aceptación de responsabilidad o de los acuerdos (artículo 293 de la

ley 906) ya que solo se decretará la nulidad del acto procesal respectivo cuando se encuentre afectado por vicios del consentimiento o desconozca garantías fundamentales para que el proceso retome el cauce de la legalidad ya sea a través del proceso abreviado u ordinario, de lo contrario el acuerdo es vinculante para la fiscalía, el implicado y el juez quien dictara sentencia conforme a los parámetros establecidos en el acta.

Si se dicta sentencia con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal o que haya quebrantado garantías fundamentales, los intervinientes en el proceso se encuentran legitimados para acudir a los recursos de apelación o casación, sin embargo ello no implica deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, o cuestionar sus términos cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada.

4.6.6 Proceso 30275 del 8 de octubre de 2008. En esta oportunidad la Corte argumenta que quien decide la finalización del proceso por la vía abreviada, es consciente de su compromiso delictual y de las consecuencias jurídicas que ello implica, de modo que no puede alegar después de admitir el delito, que el mismo no existió.

4.6.7 Proceso 30226 del 29 de octubre de 2008. La ley no permite que a través de recursos una manifestación de responsabilidad libre, consciente, voluntaria y garante de los derechos fundamentales ya sea por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía sea objeto de retractación.

En caso de que el imputado acuda a uno de los mecanismos de terminación anticipada del proceso, lo actuado es suficiente como acusación.

Una vez realizado el control de legalidad y materializada el acta de acuerdo en la sentencia, no es posible la retractación de alguno de los intervinientes, en virtud de los principios de lealtad y buena fe, porque el acuerdo aprobado por el juez tiene carácter vinculante para éste y para los sujetos procesales.

4.6.8 Proceso 30873 del 16 de diciembre de 2008. Ninguna de las partes intervinientes en la celebración de preacuerdos o cualquiera de las formas de terminación anticipada del proceso, puede arrepentirse de lo aceptado o pactado una vez realizado el control de legalidad por parte del funcionario judicial.

4.6.9 Proceso 31326 del 11 de mayo de 2009. Cuando una persona admite su participación en la comisión de un delito de manera libre, consciente, espontánea e informada, se encuentra limitada a la hora de impugnar la sentencia proferida

para deshacer los efectos de la aceptación, al intentar debatir un asunto ya superado cuando el juez verificó que su aceptación fue libre y voluntaria, sin presiones de ninguna índole, y se hizo en presencia de su defensor. En estas condiciones no es posible retractarse para debatir su inocencia, intentar una forma de degradación o pregonar la existencia de una causal eximente de responsabilidad.

4.6.10 Proceso 32032 del 14 de septiembre de 2009. Resulta incompatible con el principio de lealtad toda impugnación que busque deshacer los efectos de la aceptación de la responsabilidad.

4.6.11 Proceso 34067 del 22 de julio de 2010. Una vez aprobado el preacuerdo celebrado el juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación.

4.6.12 Proceso 33763 del 9 de marzo de 2011. La Corte Suprema de Justicia hizo ciertas precisiones acerca de los preacuerdos en cuanto al principio de retractación.

La corte considera que cuando el fallo es de total correspondencia con los preacuerdos que se haya realizado, la sentencia no podrá ser impugnada por el condenado y por lo tanto carece de interés para recurrir en casación.

Las manifestaciones expresadas en los preacuerdos tienen un carácter vinculante y deben regirse por el principio de lealtad de todos los intervinientes; por lo tanto una vez celebrados la defensa no puede seguir discutiendo la adecuación típica, la responsabilidad penal o la estimación punitiva acordada. Dicha prohibición va en pro de la eficacia en la administración de justicia siempre que el condenado haya realizado el acuerdo de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada.

En otras palabras el principio de irrectractabilidad consagra la prohibición de desconocer el convenio realizado de manera directa o indirecta como cuando se discuten posteriormente sus términos.

La sentencia debe ser dictada por el juez de conformidad con los lineamientos establecidos en el preacuerdo, a menos que haya vicios de consentimiento o desconozca las garantías del procesado, de ser así el juez está en la obligación de anular el preacuerdo realizado.

Cuando la sentencia se dicta con fundamento en un preacuerdo violatorio de las garantías fundamentales, el condenado se encuentra legitimado para solicitar su

invalidación ya sea acudiendo a apelación o casación. Sin embargo, cuando la sentencia anticipada ha sido dictada en base a un preacuerdo que haya respetado todas las garantías fundamentales, no es posible recurrir a estos recursos para arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado o cuestionar sus términos, todo ello en aplicación al principio que se analiza.

Adicional a ello, la Corte trata el tema del incidente de reparación integral como el recurso que tienen las víctimas de los delitos a hacer efectivo su derecho a la reparación económica de los daños sufridos con el injusto. Al respecto dijo que una vez ejecutoriada la sentencia anticipada la víctima cuenta con el incidente de reparación integral el cual caduca 30 días después de haber quedado en firme el fallo.

4.7 APROBACIÓN O ANULACIÓN PARCIAL DE LOS PREACUERDOS

4.7.1 Proceso 27759 del 12 de septiembre de 2007. No existe en la normatividad vigente la facultad del juez de aprobar o no los preacuerdos en su totalidad, pues lo que la norma dicta es que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales. De manera que cuando el juez advierta que todo o una parte del preacuerdo desconoce la Constitución o la Ley, debe declarar qué parte obedece a la ley, porque ningún sentido tiene invalidar lo que se ajusta al derecho.

Con esto la Corte ha planteado que la aprobación parcial de los preacuerdos es legítima, así como su anulación parcial en todo aquello que no se ajuste a la ley. Lo pertinente en tales eventos es la ruptura de la unidad procesal y la tasación de la pena por las conductas válidamente consensuadas.

“Así mismo, es posible que el acusado acepte parcialmente los cargos o realice declaraciones de culpabilidad mixtas, es decir que admita culpabilidad en algunos cargos y se declare inocente en otros, al tenor de los artículos 353, 367 de la ley 906 de 2004, casos en los cuales, los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos en lo aceptado”⁸⁷.

“Ahora bien, cuando el juez de conocimiento declara la nulidad total o parcial del preacuerdo, la decisión es susceptible del recurso de apelación, así lo dispone el artículo 176 inciso tercero de la Ley 906 de 2004, teniendo en cuenta que no procede en casos de retractación”⁸⁸.

⁸⁷ Ibíd., Arts. 353,367.

⁸⁸ Ibíd., Art. 176.

Pero, si quien imprueba total o parcialmente el preacuerdo es el fallador de segunda instancia, contra esa decisión no procede recurso alguno porque aquí la nulidad no pone fin al objeto del proceso ya que no tiene carácter de sentencia sino de auto (antes interlocutorio). De manera que en estos eventos lo susceptible del recurso de casación es la decisión que “puso fin al proceso en segunda instancia”, lo demás no es objeto de impugnación extraordinaria.

Una vez declarada la nulidad total o parcial del preacuerdo, se debe rehacer el proceso desde la fase en que se indique, lo cual no impide a la parte defensiva ejercer el derecho de contradicción en el proceso reconstruido porque en todo caso lo que persigue la declaración de nulidad es garantizar a plenitud el derecho al debido proceso para que se tramite por el sistema ordinario o preacordado. Además, el funcionario (fiscal, juez, tribunal) que adelantó la investigación y sentenció no queda impedido porque la nulidad sólo genera el castigo al proceso.

Adicional a ello, en esta sentencia la Corte en cuanto a los parámetros del preacuerdo, establece que al Fiscal le es permitido tipificar la conducta dentro de su alegación conclusiva de forma específica con miras a disminuir la pena así como también eliminar alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda conforme a la ley penal preexistente. Sin embargo, no existe acumulación de descuentos punitivos por prohibición expresa del inciso segundo del artículo 351 de la ley 906⁸⁹.

No obstante, a la hora de celebrar un preacuerdo se debe respetar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, y que incluye todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica ya que tanto el fiscal como la defensa deben conocer plenamente qué es lo que se negocia y cuáles son las consecuencias punitivas que se derivan antes de entrar a preacordar las exclusiones en la imputación. Todo ello se realiza con observancia de los presupuestos de legalidad y de constitucionalidad.

Es importante resaltar que el fiscal está facultado para realizar una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la Administración de justicia, evitando que la figura se convierta en un festín de regalías que fuera de cumplir con sus objetivos, desacredite la Administración de justicia y genere impunidad, vulnerando los derechos de las víctimas.

⁸⁹ Ibíd., Art. 351.

4.8 RECURSOS Y RESTRICCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE SENTENCIAS ANTICIPADAS

4.8.1 Proceso 27978 del 23 de agosto de 2007. Las figuras propias de justicia negociada por principio no deberían generar disputas puesto que a ella se ha acudido de manera libre y voluntaria para ponerle fin al conflicto penal.

Sin embargo, en muchos casos la aprobación del preacuerdo y la consecuente sentencia tienen vacíos o inconsistencias que deben corregirse a través de los recursos formulados por los interesados.

4.8.2 Proceso 29530 del 30 de abril de 2008. La Corte reiteró que en materia de preacuerdos la competencia del superior jerárquico es bastante limitada, pues no atañe directamente a discusiones probatorias sobre la participación y responsabilidad de los acusados, sino en general a la legalidad de los términos del acuerdo, a la dosificación de la pena imponible y a los mecanismos sustitutivos de su ejecución. Igualmente se tiene que los funcionarios, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, también están llamados a controlar la legalidad de los delitos y de las penas, así como la tipicidad de los delitos perpetrados.

4.8.3 Proceso 31531 del 8 de julio de 2009. La Corte trata el tema de la restricción de impugnación de sentencias anticipadas. Frente a ello se dijo que una vez se aprueba el preacuerdo, no cabe la posibilidad de la retractación por parte de los intervinientes por lo que la segunda instancia como la sede extraordinaria de casación penal en lo pertinente a la impugnación de sentencias proferidas por vía de preacuerdos, no permite la retractación de los aspectos sustanciales, es decir de todo aquello que de manera libre y espontánea se hubiese aceptado. Sin embargo, pueden discutirse aspectos relacionados con la dosificación de la pena en cuanto a sus límites de legalidad, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, efectos de incongruencia entre lo pactado y las conductas derivadas, y desde luego, respecto de la vulneración de garantías fundamentales y el debido proceso.

En cuanto a la impugnación de sentencias anticipadas por vía extraordinaria para efectos de control de legalidad y protección de garantías fundamentales, la Corte ha establecido que podrá efectuar de manera rogada u oficiosa los correctivos del caso cuando la sentencia se hubiese dictado en un juicio viciado de nulidad, en los eventos en que el fallo se hubiera proferido con fundamento en pruebas ilícitas, por falta de competencia del funcionario judicial, o con irregularidades sustanciales afectantes del debido proceso, o violaciones al derecho de defensa.

Igualmente, la Corte ha establecido que la casación es procedente en aquellos casos “.... en que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena, o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía in malam partem, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del non bis in ídem, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio de antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva, o por desconocimiento del principio de in dubio pro reo”.

Cabe anotar que las formas de terminación anticipada del proceso suponen la renuncia por parte del imputado o acusado a la práctica de pruebas y contradicción probatoria, sin embargo, no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba).

4.8.4 Proceso 31803 del 8 de julio de 2009. La Corte en esta sentencia recuerda que no es inmutable el escrito de preacuerdo mediante el recurso de casación, por este medio tan solo serán discutibles las violaciones a las garantías del procesado o el caso en que no exista congruencia entre el escrito de preacuerdo y la sentencia. De igual manera debe existir consonancia entre la imputación fáctica y jurídica en el escrito presentado por la fiscalía y el imputado o acusado. Un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente que también repercuta sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, supone el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación.

4.8.5 Proceso 33581 del 21 de abril de 2010. Si el procesado conocía amplia y suficientemente los cargos por los cuales se le acusaba antes de preacordar de manera libre, voluntaria, debidamente informada, tenía pleno conocimiento de las consecuencias punitivas concretas y el monto de la rebaja al que podía acceder, contando siempre con la asistencia de un defensor, y todo esto es verificado por el funcionario judicial certificando que no se vulneraban derechos fundamentales del procesado, es improcedente acudir al recurso de apelación o casación para retractarse porque los mecanismos de terminación anticipada del proceso no pueden estar sujetos al capricho de las partes.

En los mecanismos de terminación anticipada, la sentencia se construye cuando existan elementos mínimos que delimitan la existencia del hecho y la participación del procesado, con observancia del principio de legalidad.

4.8.6 Proceso 33817 del 22 de julio de 2010. Las figuras de terminación anticipada del proceso deben realizarse conforme con la lealtad procesal de las partes intervinientes y con plena observancia de los fines establecidos en la ley, tales como humanizar la actuación procesal y la pena, obtener una pronta y cumplida justicia, dar solución a los conflictos, propiciar la reparación integral y elevar el prestigio de la administración de justicia.

Una vez realizado el preacuerdo la unidad defensiva renuncia de manera voluntaria y definitiva, a desplegar la labor defensiva que la ley le ha reservado, a cambio de una sustancial reducción de pena.

Es preciso recordar que cuando existan discrepancias entre el defensor y el imputado prevalece lo decidido por el último.

Como ya se ha dicho, cuando se trata de sentencias proferidas con base en preacuerdos, el campo de impugnación se encuentra limitado, porque el ámbito de discusión se reduce al monto de la pena y a la eventual concesión de subrogados, no siendo la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, tópicos que pudieran debatirse.

4.9 INTERÉS PARA RECURRIR

4.9.1 Proceso 30968 del 17 de junio de 2009. No existe interés para recurrir de la parte procesal cuando la sentencia impugnada satisface sus pretensiones ya sea porque acoge sus posturas o porque se dicta plenamente en base al escrito de preacuerdos. Igualmente no existe interés para recurrir cuando la decisión desfavorable es consentida por el afectado.

Solo son susceptibles de incoarse en sede de casación aquellas decisiones que comporten irregularidades en contra de las garantías del acusado o de la estructura del proceso y siempre que se cumpla con los requisitos de correcta proposición y debida argumentación del cargo.

4.9.2 Proceso 32391 del 10 de septiembre de 2010. Sobre el tema del interés para recurrir, la jurisprudencia ha dicho que solo tiene derecho a impugnar la decisión quien resulte afectado con ella, por ser en todo o en parte desfavorable a sus pretensiones, y por el contrario, que no lo tiene, quien no ha recibido agravio

con la decisión en cuanto coincide con sus expectativas. De igual manera, tampoco tiene interés para hacerlo cuando siendo la decisión desfavorable, es consentida por el afectado.

Se reitera que la posibilidad de controvertir los términos del preacuerdo se encuentra limitada por el principio de irrevocabilidad y que el hecho de acogerse a la figura del preacuerdo supone la renuncia a los derechos de no autoincriminación y a contar con un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial siempre que esa manifestación de voluntad sea libre e informada.

4.10 REPARACIÓN A LAS VÍCTIMAS

4.10.1 Proceso 28161 del 9 de abril de 2008. En cuanto a las modalidades de reparación, se debe diferenciar entre la actitud indemnizatoria del sujeto activo de la conducta punible; y la negociación o el acuerdo indemnizatorio, puesto que el primero incluye la negativa de la víctima a disminuir sus pretensiones exigiendo el pleno resarcimiento de los perjuicios, pero en el caso de preacuerdo los términos se fijan por la libre voluntad de las partes.

Respecto al artículo 349 de la ley 906 de 2004 debe diferenciarse entre aquellos delitos que afectan el patrimonio económico público y aquellos que lesionan el privado ya que en los primeros no es posible realizar actos de disposición y realizar la conciliación que consolide el detrimento del erario en la medida que el valor reintegrable debe ser total, así también cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes⁹⁰.

En cada caso debe examinarse las condiciones de validez del acuerdo indemnizatorio, como medio que permita la reducción de pena por reintegro prevista en el artículo 269 del Código Penal⁹¹, o la celebración de acuerdos entre el sujeto activo de la conducta y la Fiscalía.

4.10.2 Proceso 33060 del 12 de mayo de 2010. El incidente de reparación integral, se adelanta una vez se declara la legalidad del allanamiento o se imparte la aprobación por el juez del conocimiento a los preacuerdos entre la fiscalía y el acusado.

⁹⁰ Ibid., Art. 349.

⁹¹ Ibid., Art. 269.

4.11 PROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN DE DESCUENTOS PUNITIVOS POR REPARACIÓN CONTENIDOS EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY 906 DE 2004

4.11.1 Proceso 24817 22 de junio de 2006. El artículo 269 del Código Penal dispone que el juez disminuirá la pena de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituye el objeto material del delito o su valor, e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

Para la Corte, se exige que la reparación se haga antes de dictarse sentencia en el lapso existente entre la admisión de la imputación y la expedición de la sentencia. Mientras no se dicte ésta, la reparación que se haga una vez concluido el acto también surte las mismas consecuencias respecto de la rebaja de pena.

Al tener esta indemnización un carácter pecuniario, los titulares de la acción civil pueden disponer de su derecho ya sea para realizar una transacción o renunciar a él y ésta decisión debe ser respetada por el juez penal a pesar de que no se dé una reparación plena del daño al ser inferior al agravio inferido.

Esta reparación se efectúa con base en el avalúo que un perito haga de los perjuicios, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado.

Respecto al tema de los preacuerdos como ya se ha dicho, en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, antes de su celebración, debe reintegrar por lo menos el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y asegurar el recaudo del remanente.

Haciendo un análisis de la anterior disposición prevista en el artículo 349 de la ley 906 de 2004, se debe diferenciar entre aquellos delitos que afectan el patrimonio económico público de los que lesionan el privado, pues en los primeros el valor reintegrable debe ser total, así como también cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes. Lo mismo ocurre en aplicación del artículo 269 del Código Penal, limitada obviamente a los delitos contra el patrimonio económico.

La reparación no pierde el carácter de voluntaria por el hecho de haberse convenido en un incidente de reparación integral, que tiene por objeto primordial lograr el acuerdo del declarado penalmente responsable y de la víctima sobre los daños de todo orden causados con la conducta punible, sin que se privilegie alguna de las posiciones para obligar a la otra parte a aceptarla.

Se debate si existe la posibilidad de que una vez celebrado el acuerdo entre la fiscalía y el imputado o acusado o que éste simplemente se hubiese allanado a los cargos, fuera posible hacerse acreedor al beneficio punitivo previsto en el artículo 269 del Código Penal, para los delitos que afecten el patrimonio económico cuando se produce la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos con la infracción.

Frente a este punto de discusión, la Corte está de acuerdo con el reconocimiento de los dos descuentos punitivos en el entendido de que no existe identidad de las figuras, porque mientras la reparación del artículo 269 del Código Penal exige la restitución del objeto material del delito o su valor y la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal se limita al reintegro del valor equivalente al incremento percibido, lo que excluye el monto de los perjuicios causados a la víctima y en general todas aquellas sumas que no ingresaron al patrimonio del imputado o acusado⁹².

Además, mientras la rebaja de pena del Código Penal procede por la sola reparación, la consagrada en el estatuto procesal opera por la aceptación de la responsabilidad penal mediada por el requisito de procedibilidad del reintegro.

4.11.2 Proceso 29473 del 14 de mayo 2009. En esta ocasión la Corte recuerda la importancia del artículo 349 de la ley 906, en dicha disposición se consagra que para celebrar un preacuerdo en el evento en que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial derivado de la misma, debe reintegrar el 50 por ciento del valor equivalente al aumento percibido y asegurar el recaudo del remanente, teniendo en cuenta que cuando el afectado sea el patrimonio público el valor reintegrable debe ser total, cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio, así mismo cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes. Idéntica solución cabe admitir respecto de la aplicación del artículo 269 del Código Penal, limitada obviamente a los delitos contra el patrimonio económico.

En otras palabras, el reintegro que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se limita al valor equivalente al incremento percibido por el imputado o acusado, según el caso, derivado del comportamiento delincucional, esto es, que excluye el monto de los perjuicios causados a la víctima, en cambio el artículo 269 del Código Penal consagra la reparación integral de los perjuicios derivados de la conducta típica.

⁹² Ibíd., Arts. 269,349.

4.12 EL PREACUERDO EN DELITOS DE SECUESTRO

4.12.1 Sentencia C-073 del 10 de febrero de 2010. Se demanda la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006⁹³ por considerar que vulnera el derecho a la igualdad al negarle al procesado de los delitos contenidos en ella, cualquier posibilidad de hacer menos gravosa su pena, y recobrar en menor tiempo su libertad.

En la disposición demandada se establece que “Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz”.

La Corte señala que la ley 1121 de 2006 busca prevenir, investigar y sancionar la financiación del terrorismo, el secuestro y la extorsión, en sus diversas modalidades, es por ello que la norma acusada excluye la concesión de beneficios penales a quienes sean procesados por delitos como terrorismo, financiación de actividades terroristas, secuestro extorsivo, extorsión, y sus delitos conexos, salvo aquellos beneficios por colaboración eficaz con la justicia, previstos en el Código de Procedimiento Penal para impedir que las personas condenadas por dichas conductas punibles pudieran ser favorecidas con cualquier tipo de descuento, rebaja o subrogado penal, dada su gravedad puesto que generan un grave impacto social.

Por lo anterior, la Corte considera que la disposición acusada se ajusta a los fines perseguidos por el legislador, en la medida en que pretende evitar la comisión de tales crímenes.

4.12.2 Proceso N° 33254 del 27 de febrero de 2013. En esta ocasión la Corte realiza un análisis del principio de proporcionalidad en relación a la aplicación del artículo 14 de la ley 890 de 2004⁹⁴ referente al aumento de penas en los delitos

⁹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1121 de 2006. por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones.

⁹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.

contemplados en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006⁹⁵ para los cuales se prohíbe la concesión de rebajas punitivas y beneficios.

Frente a esto la Sala señala que el aumento genérico de penas incorporado al ordenamiento jurídico a través del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, únicamente encuentra justificación en la concesión de rebajas de pena por la vía de los allanamientos o preacuerdos, regulados en la Ley 906 de 2004, a fin de mantener la consonancia entre la gravedad de los delitos y las consecuentes penas. Sin embargo, el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 impide cualquier forma de rebaja, tanto por allanamiento como por preacuerdo, por lo tanto en relación con los delitos enlistados en esta normatividad, el incremento punitivo introducido en la ley 890 es injustificado.

De acuerdo a lo anterior, la Corte decide inaplicar el incremento genérico del artículo 14 de la ley 890 de 2004 a los delitos previstos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 porque su aplicación al carecer de fundamento resulta desproporcionada. No obstante, se mantiene la legitimidad de esta última en el entendido de que las rebajas de pena por allanamiento a cargos o preacuerdos no tienen cabida para los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

4.12.3 Proceso 41157 del 30 de abril de 2014. En esta Sentencia se recuerda que aumento en el monto de las sanciones contenido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 se introdujo en razón de la inserción de mecanismos como los preacuerdos y negociaciones para que permitan la celeridad en la administración de justicia y al mismo tiempo aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan.

No obstante, en ciertos casos el legislador ha dispuesto que pese a la aceptación de responsabilidad por parte del imputado o acusado, éste no pueda acceder a la rebaja de pena correspondiente, como es el caso del artículo 26 de la ley 1121 de 2006.

En el proceso 33254 del 27 de febrero de 2013 haciendo un estudio de estas dos normatividades, la Corte llegó a la conclusión de que el incremento punitivo de la ley 890 de 2004 perdía su razón de ser frente a los delitos enumerados en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, pues al no poder acceder al descuento punitivo previsto en los casos de terminación anticipada, la sanción resultaría excesiva y en consecuencia no se aplicaría dicho aumento de penas. Sin embargo, en aquellos asuntos en los que se agoten todas las etapas del proceso, la sanción a la que el infractor se hace merecedor conlleva al incremento punitivo previsto en la ley 890 y de igual manera cuando en virtud de un preacuerdo la fiscalía y el procesado

⁹⁵ Ibid., Ley 1121 de 2006. Op. cit.

pactan que la condena sea por un tipo penal más benéfico frente a aquel por el que realmente debería responder el procesado.

Ahora la Corte analiza esta situación en otro tipo de delitos distintos a los de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos en los que también se impone la prohibición de rebajas de pena por aceptaciones de responsabilidad por parte de los infractores a la ley penal, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 199 de la Ley de Infancia y Adolescencia.

En cuanto a delitos en los cuales la víctima resulta ser un menor de edad se han promulgado normas posteriores a la ley 890 de 2004 que imponen una sanción diferente a la establecida en la Ley 599 de 2000 para que aquellos que atenten contra los niños, niñas y adolescentes reciban un mayor castigo.

En tal medida, ante la prohibición para que los ejecutores de esta clase de comportamientos reciban rebajas de pena por preacuerdos, negociaciones o allanamientos, no se puede prescindir de los aumentos de penas que han sido posteriores a la Ley 890 de 2004 y que persiguen un propósito diferente al de su artículo 14, esto es, que además de que no podrán acceder al beneficio que se deriva de la aceptación de responsabilidad penal, la sanción debe ser superior cuando se afecten los derechos de menores de edad.

De manera que, el criterio que ha venido desarrollando la Corte desde la casación 33254 de 27 de febrero de 2013, es aplicable en asuntos en los que se trate de delitos de secuestro y homicidio doloso contra niños, niñas y adolescentes y el acusado preacuerda con la Fiscalía o se allana a los cargos sin que reciba ninguna compensación por ello, pero no es así en los casos de lesiones personales dolosas, y todos aquellos delitos que conforman el capítulo de las conductas contra la libertad, integridad y formación sexuales, toda vez que en los mismos la pena no se incrementa con motivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, sino por razones de política criminal que buscan una mejor protección de dicho bien jurídico cuando su titular es menor de edad.

4.13 SUBROGADOS PENALES: LEY 1709 DE 2014

La Ley 1709 del 20 de enero de 2014, mediante la cual se reforman algunas disposiciones de la Ley 599 de 2000 entre otras, genera ciertos cambios en el margen de la justicia negociada debido a que modifica los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, beneficio al cual se puede acceder a través de la figura de los preacuerdos y contempla algunas exclusiones de los beneficios y subrogados penales.

En cuanto a la prisión domiciliaria, el artículo 38 de la ley 599 de 2000⁹⁶ establecía como requisito para concederla que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, sin embargo el artículo 23 de la nueva ley adiciona el artículo 38B al Código Penal⁹⁷ incrementando la pena mínima en 8 años de prisión o menos.

A pesar de esta ampliación se excluyen de este beneficio los delitos incluidos en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000⁹⁸, puesto que no se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

⁹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. De las normas rectoras de la ley penal colombiana.

⁹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 23.

⁹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 599 de 2000, Op. cit. Art. 68A.

4.13.1 Proceso N° 41480 del 12 de marzo de 2014. El artículo 38 de la Ley 599 de 2000⁹⁹, autorizaba la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria, siempre que se cumplieran los siguientes requisitos:

- Que la sentencia se imponga por delito cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco años de prisión o menos, y
- cuando el desempeño personal, laboral, familiar o social permita al juez deducir fundadamente que el sentenciado no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Lo anterior obligaba a tener en cuenta el riesgo concreto que el procesado con su conducta generaba para la sociedad.

“Ahora, de acuerdo al artículo 38 B de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, que modificó el artículo 38 del Código Penal, la prisión domiciliaria procede con el cumplimiento de los siguientes requisitos”¹⁰⁰:

- Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
- Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
- Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En este punto se debe tener en cuenta que el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 33 de la Ley 1709 de 2014, excluye del beneficio de la sustitución de la prisión domiciliaria:

- Cuando la persona haya sido condenada por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los cinco años anteriores,
- Para los condenados por los delitos enumerados en el inciso segundo de esta disposición, entre los cuales se incluyen los delitos contra la administración pública en general, y no solamente cuando esas conductas recaían sobre bienes del Estado, como lo disponía el derogado artículo 68 A de la Ley 599 de 2000.

Como se puede observar, la actual legislación eliminó el criterio subjetivo relacionado con el desempeño personal, laboral, familiar o social y el peligro para la comunidad, y amplió el aspecto objetivo, incrementando el beneficio para condenados por delitos cuya pena mínima sea de ocho años o menos, sin embargo excluyó de éste beneficio a condenados por los delitos taxativamente

⁹⁹ Ibíd., Art. 38.

¹⁰⁰ Ibíd., Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

señalados en el inciso segundo del artículo 68 A de la ley 599 de 2000 , entre los cuales se encuentran los condenados por delitos contra la administración pública en general.

Ahora bien, en casos en los cuales según la fecha de los hechos, la sustitución de la prisión domiciliaria sea viable con la anterior legislación y no con la de ahora, se aplicará la normatividad anterior por el principio de favorabilidad.

4.13.2 Proceso N° 41232 del 5 de marzo de 2014. En esta oportunidad a la Sala le corresponde verificar la aplicación en virtud del principio de favorabilidad, de la Ley 1709 de 2014 que reformó entre otras disposiciones, lo referente a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.

En cuanto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 establece que

“la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

[1]. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

[2] Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

[3]. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena [...]”¹⁰¹.

Cabe resaltar que respecto a los principios básicos para la aplicación de la favorabilidad se requiere la sucesión o simultaneidad de dos o más leyes con efectos sustanciales en el tiempo; la regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva a consecuencias jurídicas distintas; y la permisibilidad de una disposición respecto de la otra.

Bajo esa perspectiva es evidente que esta modificación normativa resulta más favorable que la disposición consagrada en la redacción original del artículo 63 de

¹⁰¹ *Ibíd.*

la Ley 599 de 2000 puesto que la suspensión condicional de la ejecución de la pena era viable con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

“[1]. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años [...] [2]. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena...”.

4.14 EL PAPEL DEL JUEZ EN EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL PREACUERDO

4.14.1 Control formal:

4.14.1.1 Proceso 25724 del 19 de octubre de 2006. En esta ocasión, la Corte establece que la función del juez de conocimiento en casos de allanamientos o preacuerdos no se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, sino también a la estricta tipicidad y legalidad de los delitos y las penas, observando que se presente una correcta adecuación típica de los hechos.

4.14.1.2 Proceso 29979 del 27 de octubre de 2008. En esta ocasión, la Corte se propuso resolver la siguiente pregunta:

¿Puede el juez de conocimiento optar por promover entre las partes la modificación o el reajuste en audiencia de los términos de un preacuerdo, en lugar de proceder a la no aprobación o al rechazo del mismo (tal como se desprende de lo señalado en los artículos 351 inciso 4º y 368 inciso 2º de la ley 906 de 2004), si en todo caso está obrando en virtud del control formal y material que le asiste como supremo garante de la legalidad de la actuación y como defensor absoluto de las garantías judiciales, incluida la salvaguarda de la estricta jurisdiccionalidad del sistema?

Para responder este interrogante, se realiza un estudio del control que ejerce el juez de conocimiento en materia de preacuerdos y el principio de estricta jurisdiccionalidad:

El juez en su función de control de legalidad del preacuerdo debe verificar que exista la debida consonancia entre la situación fáctica atribuida por la Fiscalía y la calificación jurídica en aras de respetar la estricta legalidad y jurisdiccionalidad del sistema.

Por lo tanto, el juez de conocimiento deberá verificar que la situación fáctica presentada en el preacuerdo sea idéntica a los hechos imputados por la Fiscalía en la respectiva audiencia preliminar y que la adecuación típica sea correcta sin perjuicio de la

denominación jurídica que se haya hecho en la audiencia preliminar.

La Corte hace un análisis del principio acusatorio y de imparcialidad que regulan entre otros el control de la legalidad del preacuerdo:

El principio acusatorio que rige todo el sistema procesal penal, predica la estricta separación de las funciones de juicio y acusación, y que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación.

El principio de imparcialidad supone una rigurosa separación entre la labor del funcionario judicial y las actividades procesales de las partes porque el que juzga no puede ser parte, y el proceso supone la existencia de dos partes parciales enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial en busca de la verdad y el amparo de los derechos fundamentales.

El juez dentro del control judicial que debe ejercer a los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el acusado solo tiene dos opciones según el artículo 351 inciso 4 y 368 inciso 2 del Código de Procedimiento Penal: Aprobar el escrito o rechazarlo por vulneración de derechos fundamentales, decisión respecto de la cual las partes podrán interponer el recurso de apelación.

Por lo tanto, no es posible que el juez intervenga en audiencia antes de pronunciarse acerca de la legalidad del preacuerdo, para que las partes modifiquen las términos de la negociación, y se ajuste la adecuación típica de la conducta a los hechos materia de imputación porque se alteraría el equilibrio procesal entre la acusación y la defensa. De manera que, existe un error en la calificación jurídica de la conducta, el juez debe rechazar el preacuerdo, para así propiciar la realización de otro que respete la consonancia predicable entre la imputación fáctica y la imputación jurídica, o bien la continuación ordinaria del proceso.

La intervención informal del juez para modificar los límites punitivos ya sea para perjudicar o beneficiar al procesado vulnera el principio acusatorio y el de imparcialidad.

Sin embargo, el juez de conocimiento puede interrogar a las partes para aclarar aspectos relacionados con la adecuación típica de los hechos u otra circunstancia, siempre y cuando su actuación no determine la modificación de la negociación, ni influya en la manifestación de culpabilidad por parte del acusado.

4.14.1.3 Proceso 39.892 del 6 de febrero de 2013. La Sala señaló que por regla general la acusación del Fiscal en los procesos de Ley 906 de 2004 no puede ser cuestionada, salvo que la adecuación típica comprometa el principio de legalidad. En este caso el juez se encuentra habilitado para intervenir, puesto que la admisión de responsabilidad se torna en simplemente formal, frente a esa

trasgresión de derechos y garantías superiores. Además, la Sala admite que el Agente del Ministerio Público excepcionalmente tiene la potestad de oponerse a un preacuerdo siempre y cuando desconozca derechos fundamentales o contraríe el ordenamiento jurídico vigente.

4.14.2 Control material

4.14.2.1 Proceso 41778 del 05 de marzo de 2014. El artículo 448 de la Ley 906 de 2004 consagra el principio de congruencia según el cual el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Sin embargo, los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la Fiscalía, siempre y cuando la nueva atribución esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico, esté soportada en los medios de prueba y sea más favorable a los intereses del procesado¹⁰².

En esta ocasión, la Corte realiza una casación oficiosa puesto que las instancias partieron de los hechos formulados en la acusación pese a existir un error en la calificación jurídica que hizo la fiscalía de la conducta, vulnerando la estricta tipicidad de los delitos y de las penas.

No obstante, en aplicación al principio de reforma en perjuicio se tuvo en cuenta la calificación jurídica acertada sin alterar el monto de la sanción punitiva más favorable reconocida por las instancias.

El presente proceso, es un claro ejemplo del control material que realiza la autoridad judicial, en este caso la Corte Suprema de Justicia, modificando la adecuación típica propuesta por la fiscalía al no coincidir con los hechos investigados, puesto que el Tribunal condenó por tentativa de acceso carnal violento y la Corte casó el fallo para sentenciar por acto sexual abusivo. Así mismo, el juez debe ejercer control sobre la imputación jurídica que hace el fiscal en las alegaciones para aprobar solamente las que no agravan la situación jurídica del procesado.

Ahora bien, si se tiene en cuenta aquellos casos de sentencia anticipada en donde el escrito de acuerdo hace las veces de escrito acusación, este pronunciamiento dio pie al control material de los preacuerdos como se demostrará posteriormente.

¹⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.

4.14.2.2 Proceso N° 73555 del 20 de mayo de 2014. En esta ocasión la Corte analiza el control material que debe ejercer el juez a los actos del fiscal en la Ley 906 de 2004.

Se ha determinado que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos abreviados u ordinarios, ni a las consecuencias que de ello se derivan, solo podrán hacerlo excepcionalmente frente a actuaciones que de manera arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes para restablecerlas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo o en un juicio ordinario en el que un error en el nomen iuris conlleva a una solución absurda y por ende agravia en sus garantías a las partes.

El control constitucional que se encuentra a cargo del juez implica un control material para establecer con objetividad la verdad y la justicia, además de asegurar la previsión que señala que la fiscalía debe adecuar su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

Así, en sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005 la Corte Constitucional señaló que la facultad de la Fiscalía de tipificar la conducta para los allanamientos o preacuerdos no le permite desconocer garantías constitucionales como las de legalidad y estricta tipicidad. La labor del fiscal se encamina a un ejercicio de adecuación típica que le otorga cierto margen de apreciación para imputar una conducta o hacerla menos gravosa siempre atendiendo a las circunstancias fácticas y jurídicas del proceso pero nunca podrá crear nuevos tipos penales¹⁰³.

Esta es la primera sentencia que señala el control material que puede realizar el juez de manera excepcional para preservar las garantías de las partes e intervinientes en los procesos penales tanto abreviados como ordinarios.

“Igualmente, en sentencia C-059 de 2010 se sostiene el deber que tiene el juez de controlar en el proceso penal la labor de la fiscalía para que le dé a los hechos la calificación jurídica que les corresponde y de velar porque no se quebranten garantías fundamentales no solamente al imputado sino también a la víctima”¹⁰⁴.

“En sentencia C-516/07 se dijo que el juez de conocimiento debe ejercer el control de los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el imputado o acusado para

¹⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

¹⁰⁴ Ibíd., Sentencia C-059 de 2010. Magistrado Ponente: Nilson Elías Pinilla Pinilla.

verificar que no incurran en desconocimiento de garantías fundamentales antes de su aprobación después de la cual tienen fuerza vinculante”¹⁰⁵.

“También, en sentencia C-805 de 2002 la Corte afirma que dicho control judicial no solo debe velar por los derechos del procesado sino de todos los involucrados en la actuación, como las víctimas”¹⁰⁶.

Se observa cómo el simple control formal no es suficiente para lograr los fines esenciales del Estado en su tarea de administrar justicia, ni el interés general de la sociedad y menos el individual en el caso concreto de las partes e intervinientes. Además, el hecho de que el juez no pueda ejercer un control a la imputación jurídica que haga el fiscal, supone que las partes intervinientes no cuenten con interés jurídico para impugnar o interponer los recursos para corregir errores en la adecuación típica, situación injusta que generaría impunidad.

Esta facultad que se le ha otorgado al juez de ejercer control constitucional y material para salvaguardar garantías a las partes e intervinientes, no significa que pueda imponer su criterio sobre los hechos, o que usurpe la función del Fiscal, quien debe ejercer la facultad de acusar conforme a la estricta tipicidad y no de manera arbitraria.

4.14.2.3 Proceso N° SP9853-2014 Rad. (40871) del 16 de julio de 2014. La Corte llega a la conclusión de que el juez de conocimiento no puede hacer control alguno frente a la tipificación de la conducta al momento de evaluar un preacuerdo salvo violación flagrante a garantías fundamentales.

Los jueces al ejercer un control material de la acusación, negándose a aceptar un preacuerdo o aceptación de cargos, vulneran el debido proceso previsto para los procesos abreviados, debido a que en el sistema adversarial le está prohibido al juez imponer su propia teoría del caso sobre el planteamiento del fiscal a quien se le ha asignado el ejercicio de la acción penal a través de su trabajo probatorio y argumentativo.

De acuerdo al artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, solo el fiscal está autorizado para realizar la “tipificación circunstanciada” de los hechos, de manera que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

¹⁰⁵ Ibid., Sentencia C-516/07. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

¹⁰⁶ Ibid., Sentencia C-805 de 2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

5. APLICACIÓN DEL PREACUERDO EN LA CIUDAD DE PASTO

5.1 ESTADÍSTICAS

Para elaborar el análisis jurídico correspondiente al proyecto se empleó como técnica complementaria la ficha técnica que se presenta a continuación, la cual arrojó resultados numéricos sustanciosos que hicieron posible un análisis riguroso a partir de las sentencias emanadas por los jueces penales de esta ciudad, para realizar un contraste pertinente entre teoría e información recogida. Con base en lo anterior los datos serán presentados a continuación por medio de gráficas, cuya estadística utilizada es la descriptiva ya que abarca la totalidad de los procesos, es decir el universo y no una muestra, por lo que no es posible plantear un margen de error. Cabe resaltar que a pesar de haber utilizado una parte cuantitativa, ésta sólo sirvió como complemento de la información, puesto que esta investigación se basa y enfatiza en el paradigma cualitativo, aprovechando al máximo los datos recogidos para realizar su respectivo análisis.

Cuadro 3. Preacuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado

1. JUZGADO	
2. IDENTIFICACION DEL PROCESO	
3. IDENTIFICACION DE LA CONDUCTA PUNIBLE	
4. ¿EXISTIO O NO PREACUERDO?	
5. ¿EN QUE CONSISTIÓ?	
6. ¿QUÉ BENEFICIO SE OBTUVO?	
7. ¿FUE DECLARADO LEGAL O ILEGAL?	
8. ¿CUALES FUERON LAS RAZONES Y MOTIVACION DE LA DECISION?	
9. ¿SE EJERCIO UN CONTROL FORMAL O MATERIAL?	

Fuente. Este estudio

Dentro de la información recaudada en los Juzgados Primero, Segundo y Tercero de Ejecución de Penas de la ciudad de Pasto, se encontró que entre enero y junio del año 2014 se encontraban radicados 379 procesos con sentencia proferida por

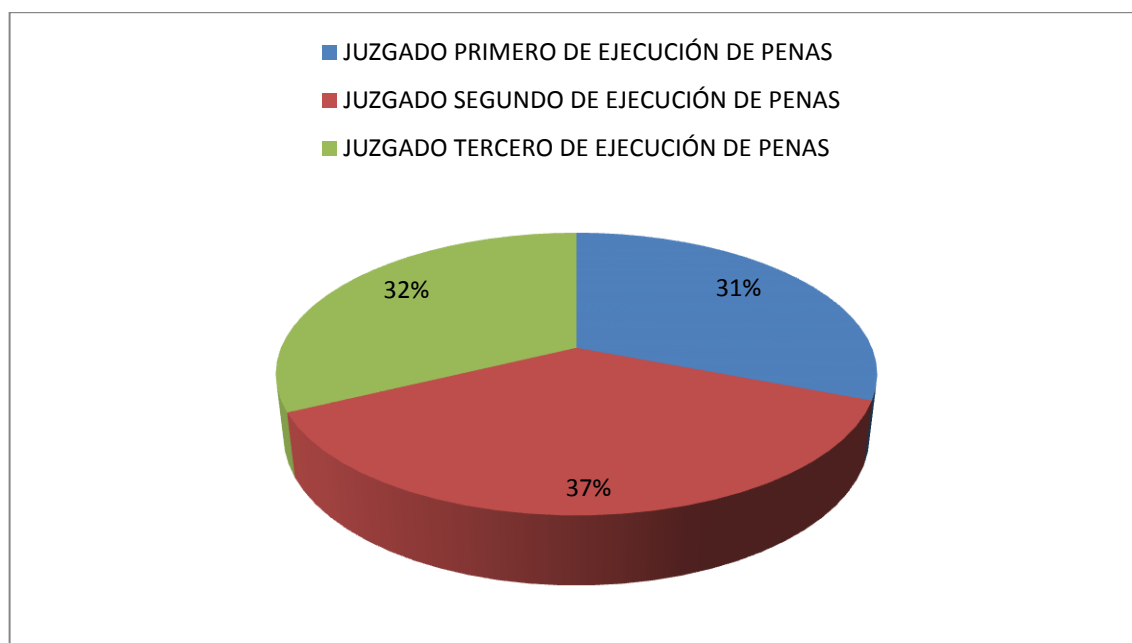
Juzgados Municipales, de Circuito y Especializados de esta ciudad, los cuales como ya se dijo fueron abarcados en su totalidad.

El estudio estadístico que se presenta a continuación fue revisado y avalado por el señor ARSENIO HIDALGO, Director del Centro de Estudios y Asesoría en Estadística de la Universidad de Nariño.

5.1.1 Procesos estudiados por cada juzgado de ejecución de penas en el primer semestre de 2014:

JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS:	117	30.87%
JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS:	140	36.93%
JUZGADO TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS:	122	32.18%

Grafica 1. Procesos estudiados por cada juzgado de ejecución de penas en el primer semestre de 2014

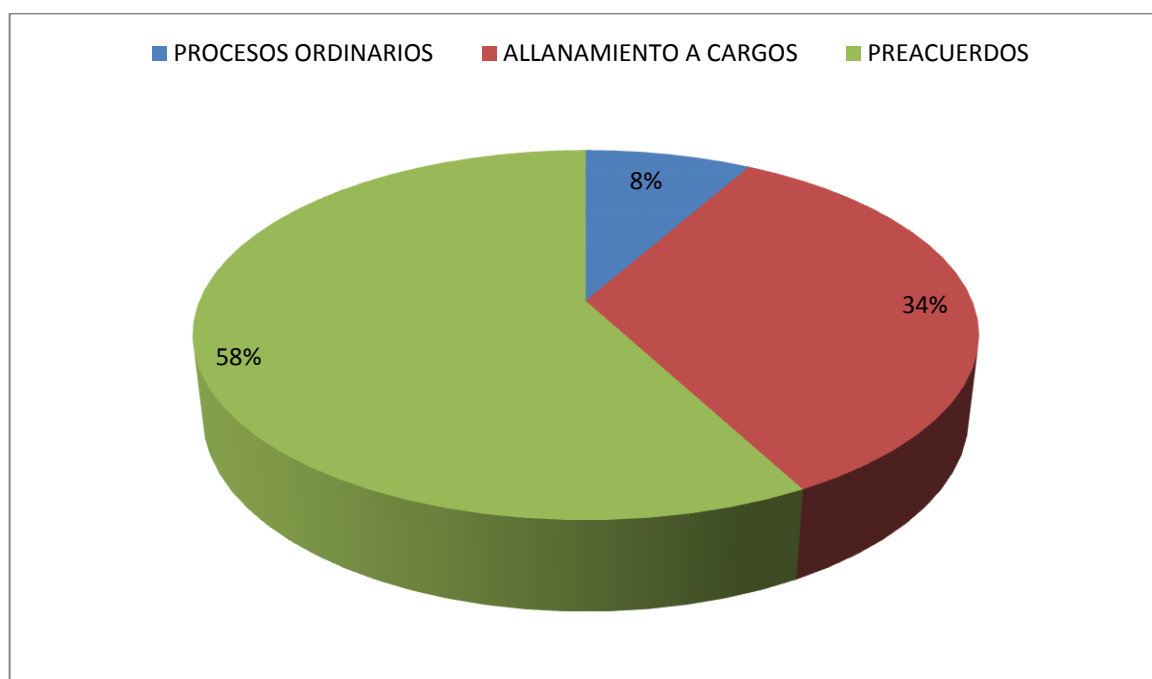


Fuente. Este estudio

5.1.2 Formas de terminación de procesos primer semestre de 2014:

PROCESOS ORDINARIOS:	31	8.17%
ALLANAMIENTO A CARGOS:	129	34.03%
PREACUERDOS:	219	57.78%

Grafica 2. Formas de terminación de procesos primer semestre de 2014



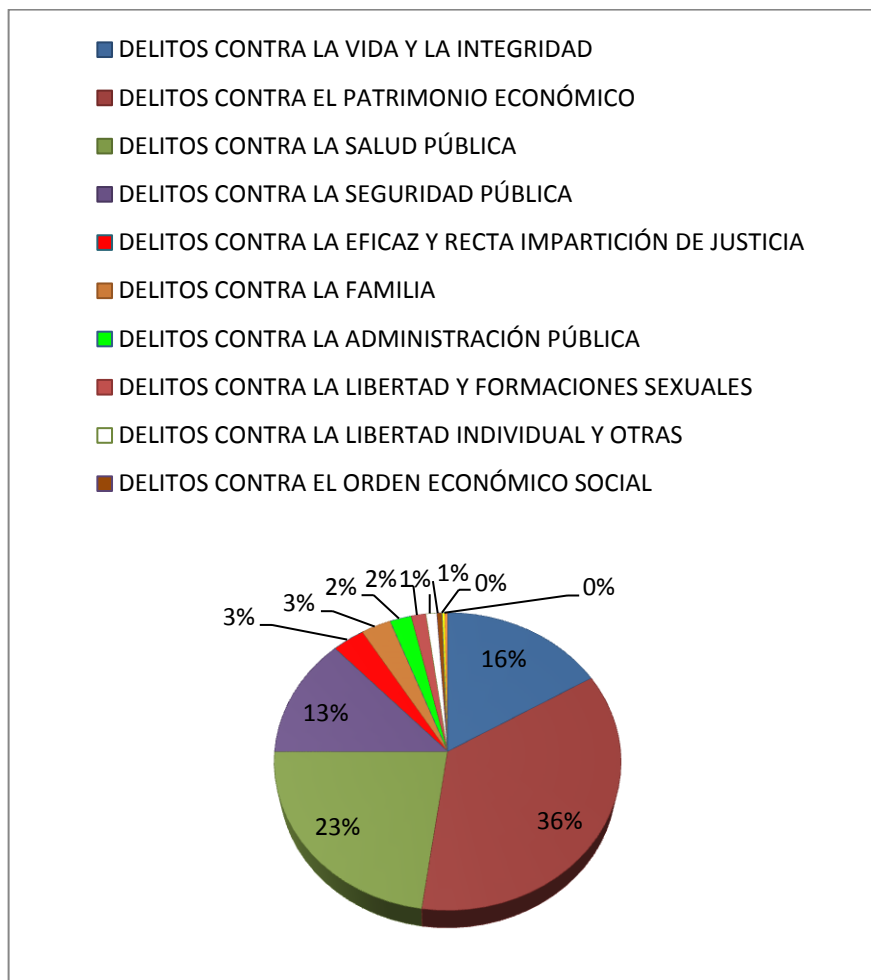
Fuente. Este estudio

5.1.3 Delitos:

- TITULO I C.P. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD:
63 (16.62%)
- TITULO III C.P. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y OTRAS:
4 (1.05%)
- TITULO IV C.P. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y FORMACIONES SEXUALES:
13 (3.43%)
- TITULO VI C.P. DELITOS CONTRA LA FAMILIA:
11 (2.90%)
- TITULO VII C.P. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO:
132 (34.82%)
- TITULO IX C.P. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA:
(0.26%)
- TITULO X C.P. DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO SOCIAL:
(0.52%)
- TITULO XII C.P. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA:
48 (12.66%)

- TITULO XIII C.P. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA:
84 (22.16%)
- TITULO XV C.P. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:
8 (2.1%)
- TITULO XVI C.P. DELITOS CONTRA LA EFICAZ Y RECTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA:
12 (3.16%)
- TITULO XVIII C.P. DELITOS CONTRA EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL:
(0.26%)

Grafica 3. Delitos

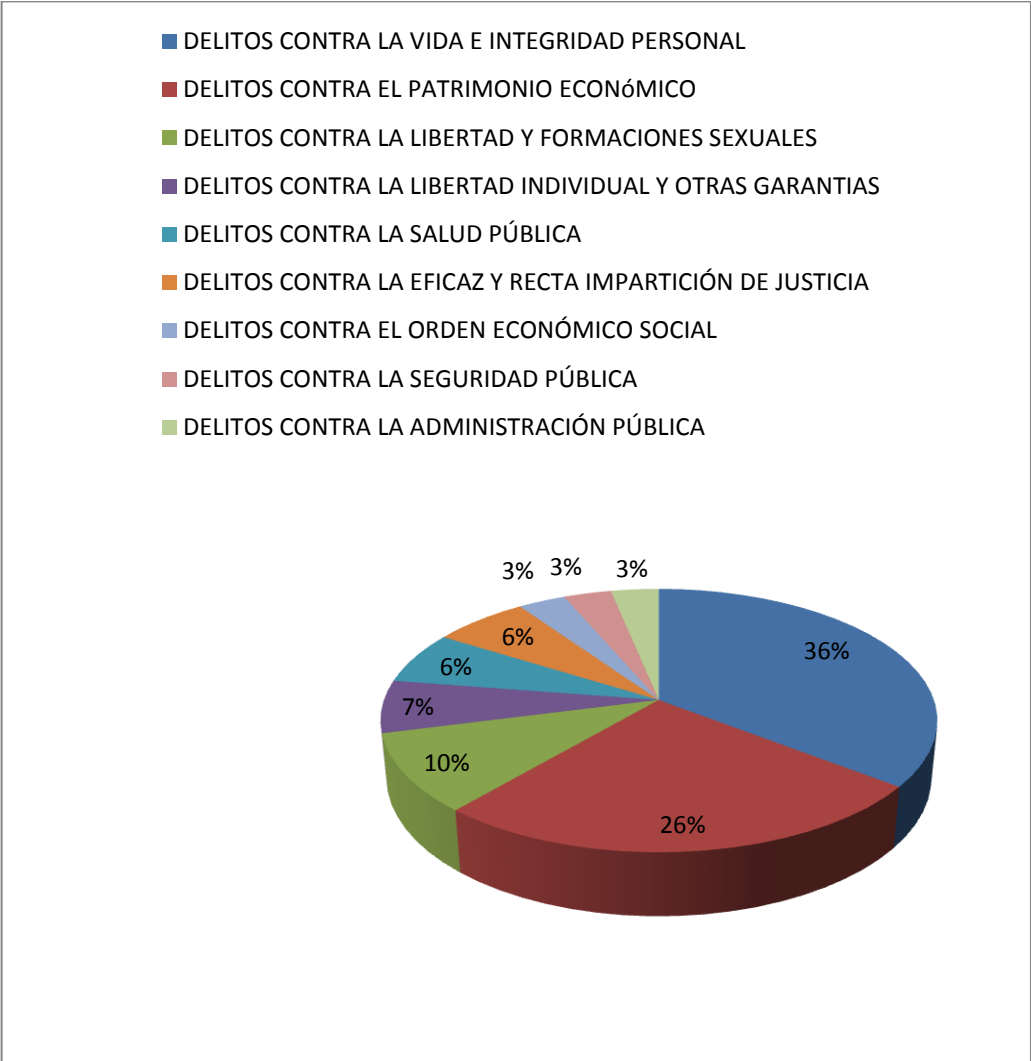


Fuente. Este estudio

5.1.4 Delitos en juicios ordinarios:

- TITULO I C.P. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL:
11 (35.48%)
- TITULO III C.P. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y OTRAS GARANTIAS :
2 (6.45%)
- TITULO IV C.P. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y FORMACIONES SEXUALES:
3 (9.67%)
- TITULO VII C.P. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO:
8 (25.80%)
- TITULO X C.P. DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO SOCIAL:
(3.22%)
- TITULO XII C.P. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA:
(3.22%)
- TITULO XIII C.P. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA:
(6.45%)
- TITULO XV C.P. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:
(3.22%)
- TITULO XVI C.P. DELITOS CONTRA LA EFICAZ Y RECTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA:
(6.45%)

Grafica 4. Delitos en juicios ordinarios

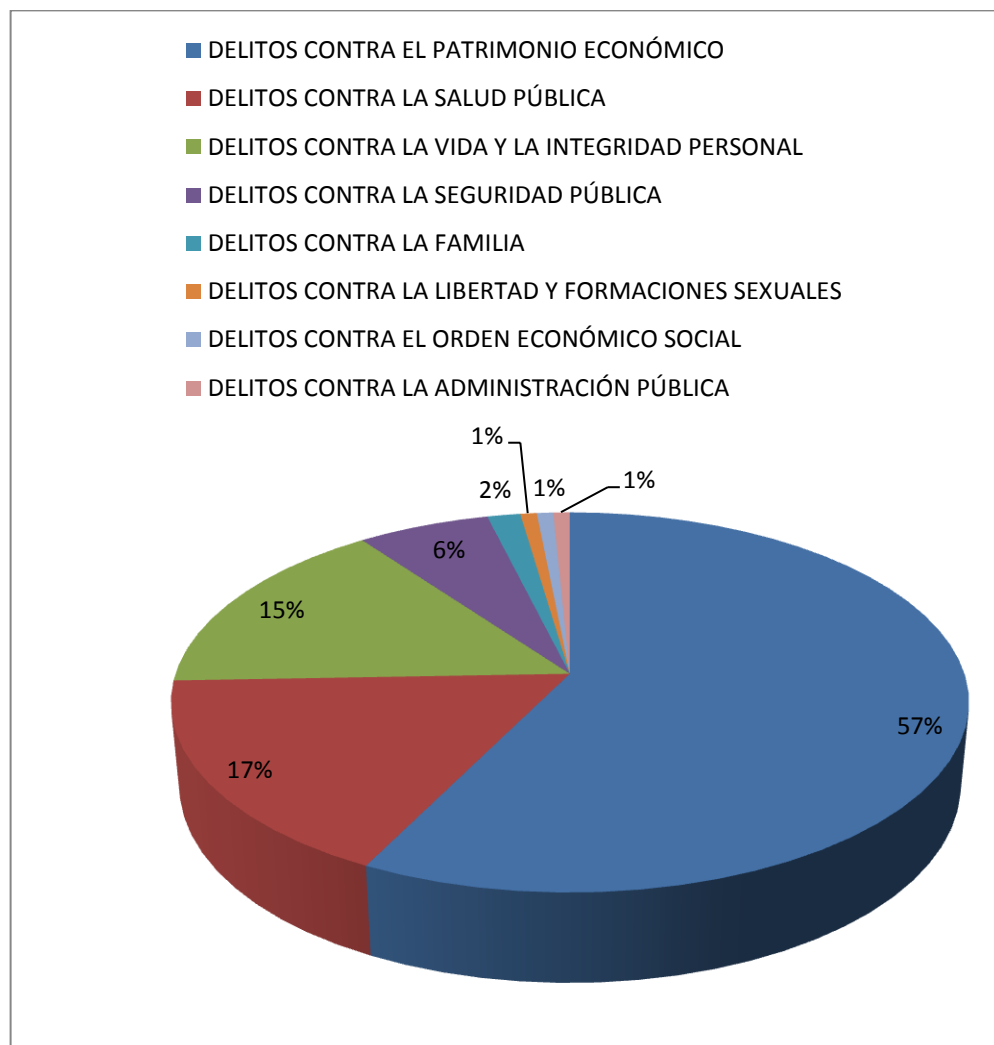


Fuente. Este estudio

5.1.5 Delitos en allanamientos:

- TITULO I C.P. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL:
20 (15.50%)
- TITULO IV C.P. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y FORMACIONES SEXUALES:
(0.77%)
- TITULO VI C.P. DELITOS CONTRA LA FAMILIA:
(1.55%)
- TITULO VII C.P. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO:
74 (57.36%)
- TITULO X C.P. DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO SOCIAL:
(0.77%)
- TITULO XII C.P. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA:
8 (6.20%)
- TITULO XIII C.P. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA:
22 (17.054%)
- TITULO XV C.P. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:
(0.77%)

Grafica 5. Delitos en allanamientos



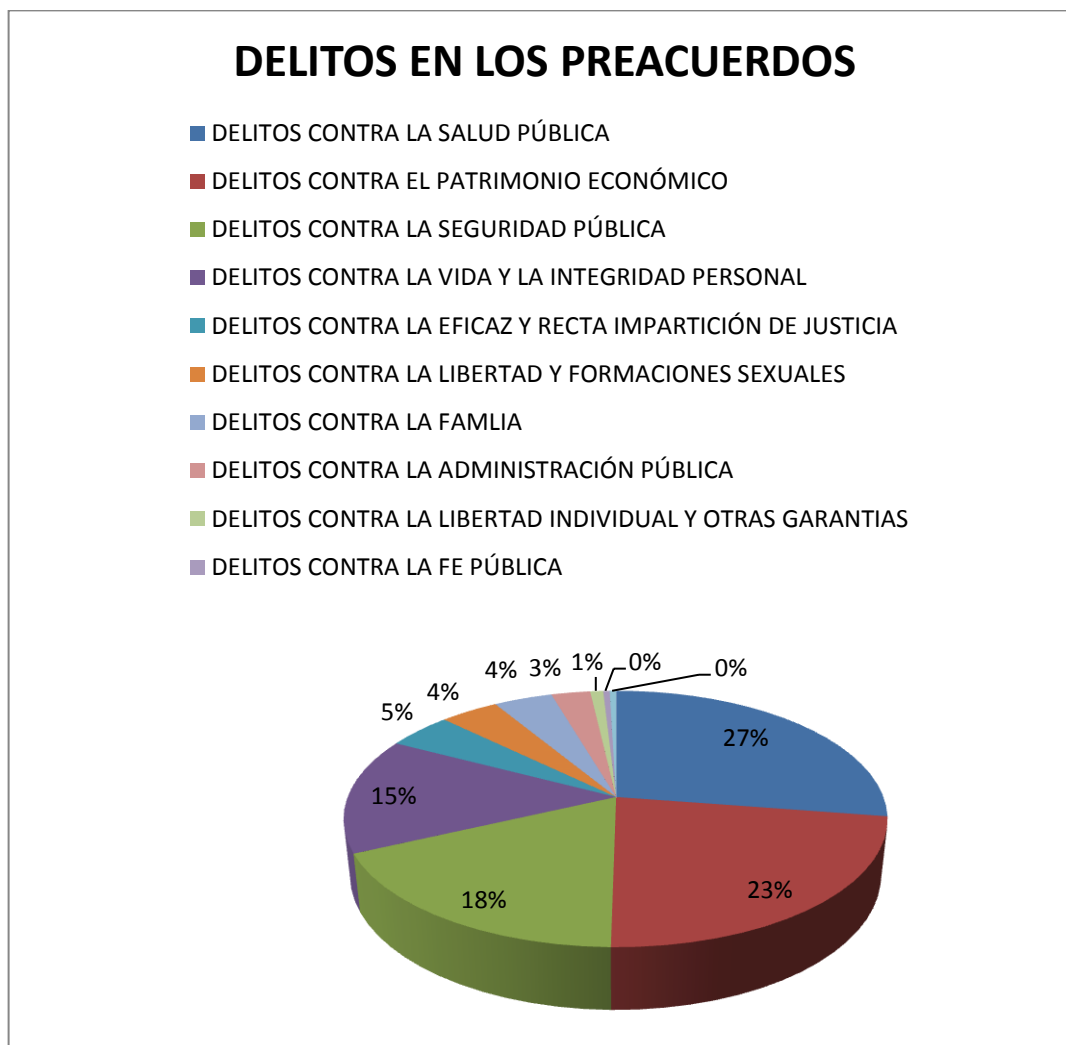
Fuente. Este estudio

5.1.6 Delitos en preacuerdos:

- TITULO I C.P. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL:
32 (14.61%)
- TITULO III C.P. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y OTRAS GARANTIAS:
2 (0.91%)
- TITULO IV C.P. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y FORMACIONES SEXUALES:
9 (4.10%)

- TITULO VI C.P. DELITOS CONTRA LA FAMILIA :
9 (4.10%)
- TITULO VII C.P. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO:
50 (22.83%)
- TITULO IX C.P. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA:
(0.45%)
- TITULO XII C.P. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA:
39 (17.80%)
- TITULO XIII C.P. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA:
60 (27.39%)
- TITULO XV C.P. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:
6 (2.73%)
- TITULO XVI C.P. DELITOS CONTRA LA EFICAZ Y RECTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA:
10 (4.56%)
- TITULO XVIII C.P. DELITOS CONTRA EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL:
(0.45%)

Grafica 6. Delitos en los preacuerdos



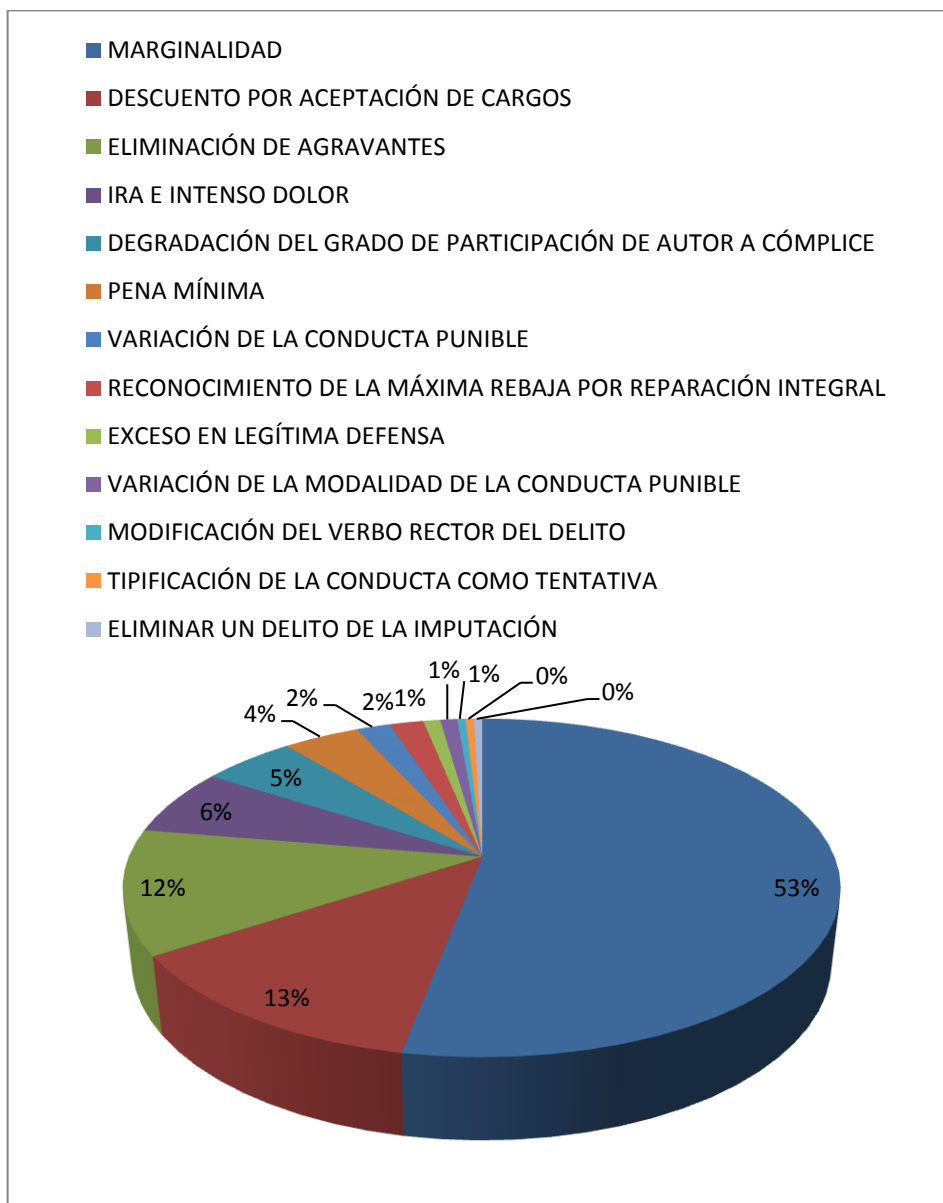
Fuente. Este estudio

5.1.7 Beneficios preacordados:

- RECONOCIMIENTO DE MARGINALIDAD (ART. 56 C.P.):
116 (52.96%)
- DESCUENTO POR ACEPTACIÓN DE CARGOS:
28 (12.78%)
- ELIMINACIÓN DE AGRAVANTES:
26 (11.87%)
- RECONOCIMIENTO DEL ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR (ART.57 C.P.):
14 (6.39%)

- DEGRADACION DEL GRADO DE PARTICIPACIÓN DE AUTOR A CÓMPLICE:
11 (5.02%)
- PENA MÍNIMA:
9 (4.10%)
- VARIACION DE LA CONDUCTA PUNIBLE:
4 (1.82%)
- RECONOCIMIENTO DE LA MÁXIMA REBAJA POR REPARACIÓN INTEGRAL:
4 (1.82%)
- RECONOCIMIENTO DE EXCESO EN LEGÍTIMA DEFENSA (ART. 32 C.P.):
2 (0.91%)
- VARIACIÓN DE LA MODALIDAD DE LA CONDUCTA PUNIBLE:
2 (0.91%)
- MODIFICACIÓN DEL VERBO RECTOR DEL DELITO (DE VENDER A CONSERVAR):
1 (0.45%)
- TITIFICACIÓN DE LA CONDUCTA COMO TENTATIVA:
1 (0.45%)
- ELIMINAR UN DELITO DE LA IMPUTACIÓN:
1 (0.45%)

Grafica 7. Beneficios preacordados

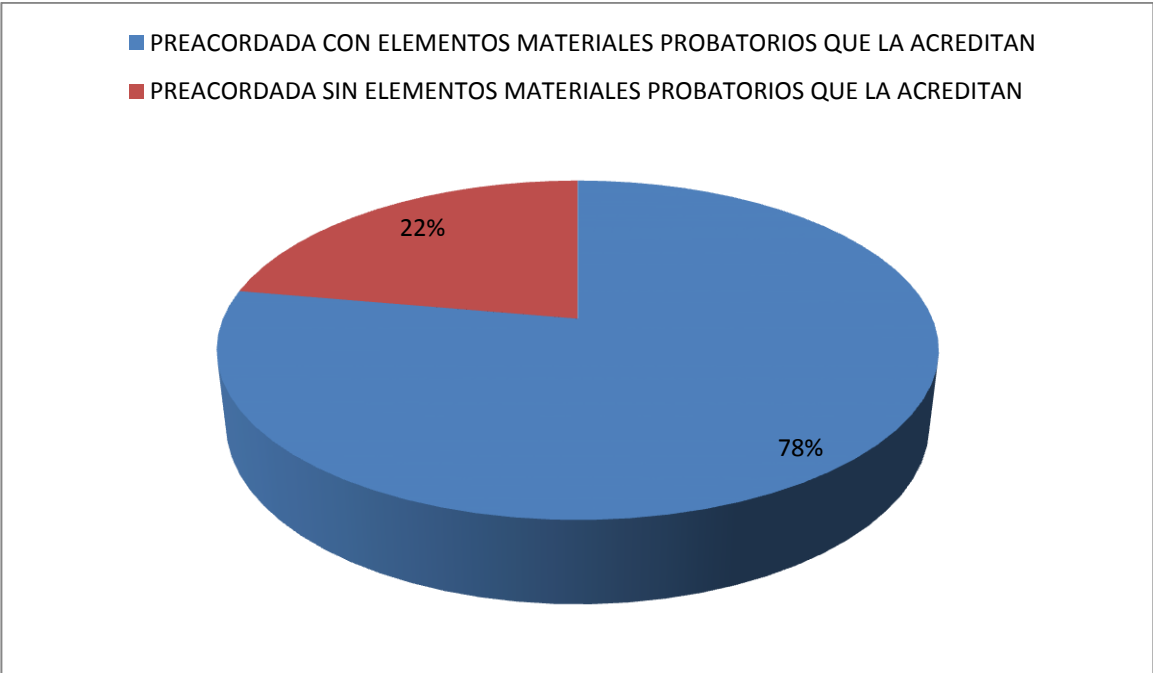


Fuente. Este estudio

5.1.8 Marginalidad:

PREACORDADA CON ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS QUE LA ACREDITAN:	91	(78.44%)
PREACORDADA SIN ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS QUE LA ACREDITAN:	26	(22.41%)

Grafica 8. Marginalidad

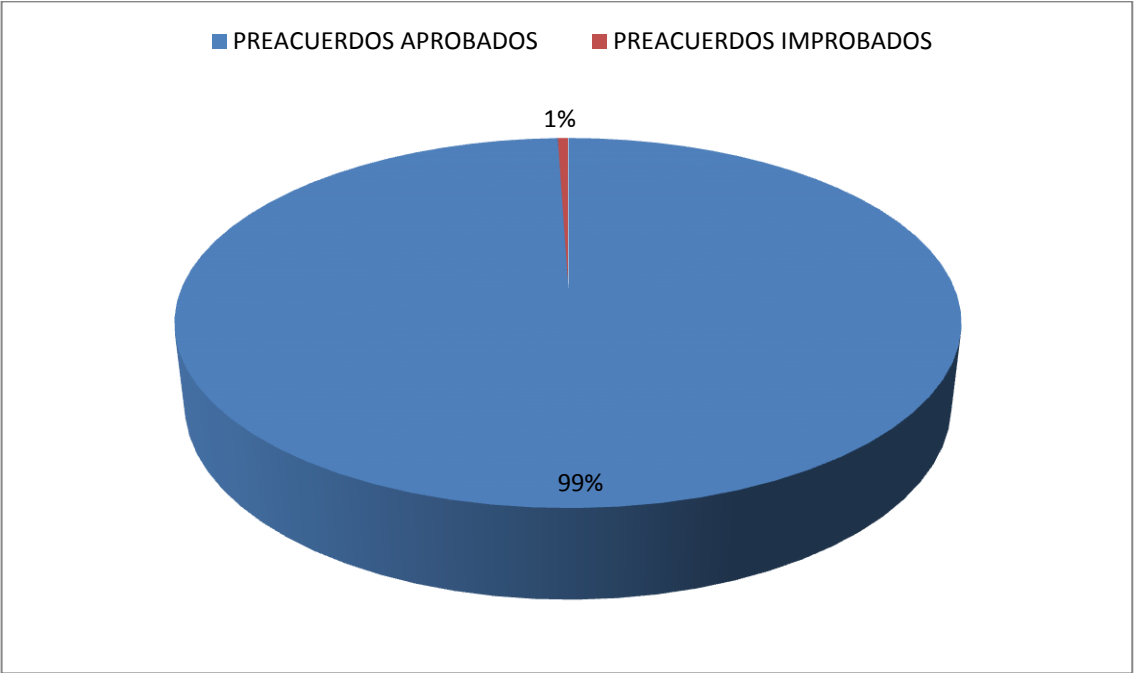


Fuente. Este estudio

5.1.9 Legalidad del preacuerdo:

PREACUERDOS APROBADOS:	217	99.08%
PREACUERDOS IMPROBADOS:	2	0.52%

Grafica 9. Legalidad del preacuerdo

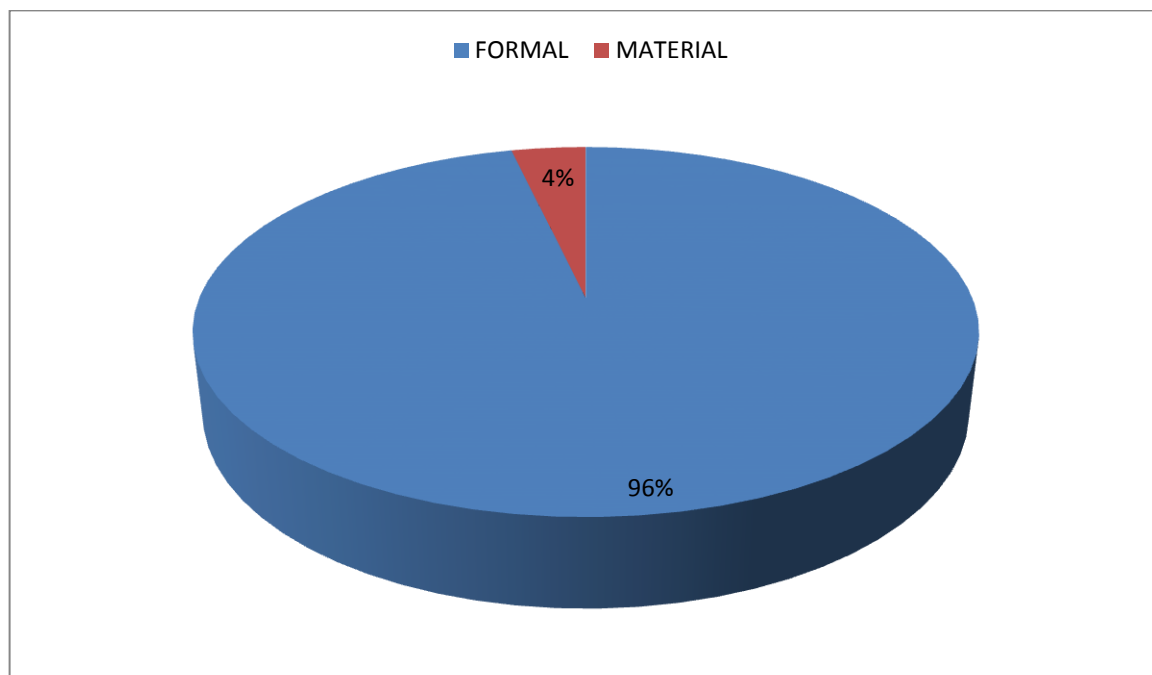


Fuente. Este estudio

5.1.10 Control de legalidad:

FORMAL:	211	(96.34%)
MATERIAL:	8	(3.65%)

Grafica 10. Control de legalidad



Fuente. Este estudio

5.1.11 Cumplimiento de condena:

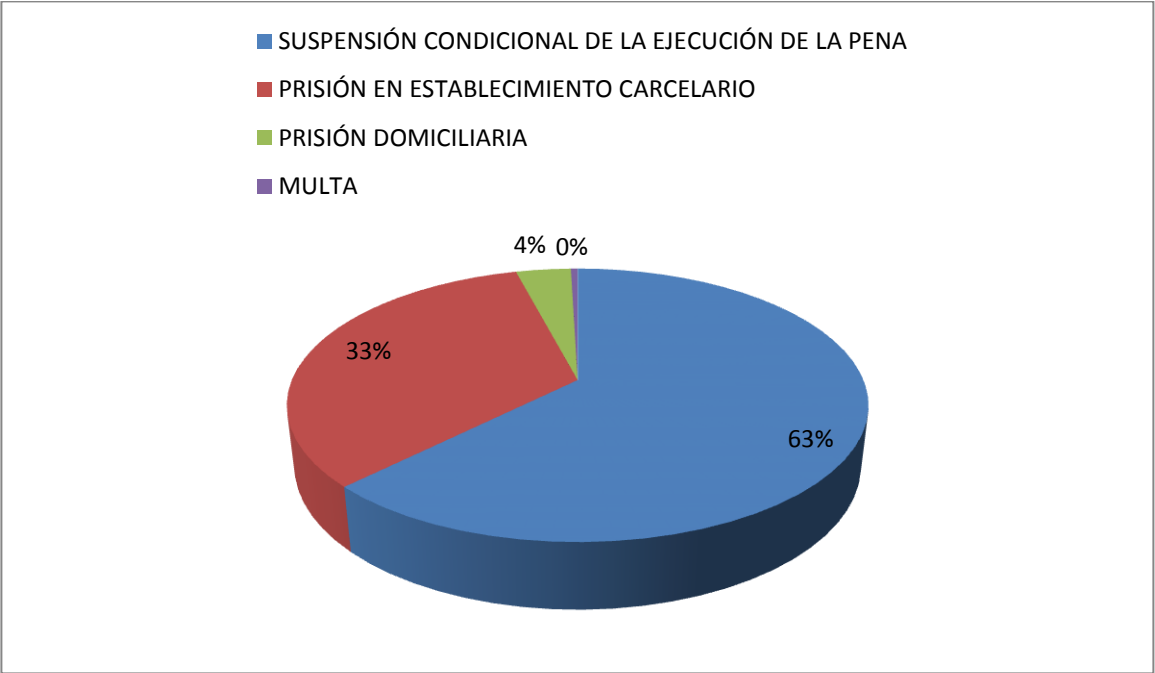
EN SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA:
137 (62.55%)

EN PRISIÓN:
73 (33.33%)

PRISIÓN DOMICILIARIA:
8 (3.65%)

SIN DETENIDO MULTA:
1 (0.45%)

Grafica 11. Cumplimiento de la condena



Fuente. Este estudio

6. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL PREACUERDO EN LA CIUDAD DE PASTO RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Al realizar un análisis de la información recaudada, se concluye que el 91.81% de los casos se tramitaron bajo las formas de terminación abreviada del proceso, y tan solo el 8.17% de los sentenciados se sometieron a un juicio ordinario.

Dentro de los procesos que culminaron abreviadamente, el 57.78% se realizó a través de la figura del preacuerdo, siendo ésta la forma más común de finiquitar los procesos, pues de los beneficios que se pueden negociar gracias a ella, se obtiene una considerable disminución de pena.

Cabe recordar que la Ley 906 de 2004, para promover la terminación anticipada de los procesos por acuerdo entre el fiscal y el imputado, permite otorgar beneficios siempre y cuando el imputado admita su responsabilidad de forma libre, consciente, espontánea y voluntaria, sin embargo, estas declaraciones de culpabilidad deben contar con un mínimo de respaldo probatorio, por lo que el acuerdo debe determinar sin duda alguna la imputación fáctica y jurídica por la que se ha de proferir condena.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia analizada con anterioridad¹⁰⁷, el estado de ira, de marginalidad o de exceso en la legítima defensa, son aspectos que inciden en la individualización de la pena ya que modifican los extremos punitivos a la hora de dictar sentencia y por lo tanto, pueden ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas. Esta posibilidad se encuentra respaldada en el artículo 351 del C.P.P. al establecer que el fiscal y el imputado pueden llegar a un acuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias y si ello supone un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.

6.1 MARGINALIDAD

En el trabajo práctico realizado, se encontró que el principal objeto de negociación entre el imputado o acusado y la fiscalía en la ciudad de Pasto, es el artículo 56 del Código Penal, que consagra lo siguiente:

El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso N° 25389 del 10 de mayo de 2006. Magistrado Ponente: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición¹⁰⁸.

Mencionado lo anterior, se concluye que existen dos formas de acceder a la rebaja que consagra el artículo 56 del Código Penal: Cuando se pruebe que el sujeto activo de la conducta punible se encuentra bajo profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas y que dichas situaciones fueron determinantes para la comisión del delito, se otorga como derecho. De no concurrir estos supuestos, se puede acceder a este beneficio a través de una negociación con la fiscalía a cambio de la declaración de culpabilidad, lo cual evidencia una renuncia mutua de las partes a continuar con el proceso.

Respecto a la aplicación que los jueces penales de la ciudad de pasto realizan sobre el anterior planteamiento, es necesario resaltar los siguientes aspectos:

Si bien, el instructor tiene la facultad de realizar acuerdos con el procesado en los que en contraprestación a la aceptación de los cargos se obtiene un beneficio de parte de la fiscalía, ello no extingue las facultades y deberes de la judicatura en la verificación de aspectos vertebrales como la existencia del punible y la responsabilidad del procesado. Sin embargo, la situación de marginalidad no requiere ser verificada de ninguna manera, pues forma parte de las permisiones que ostentan el papel del ente acusador en el sistema penal.

En el 77.77% de los casos estudiados, el juez al revisar la legalidad del preacuerdo, consideró que si bien no existe prueba que demuestre realmente el cumplimiento de alguna de las circunstancias de atenuación que haya influido en la comisión del delito como lo exige el artículo 56 del C.P., se tiene que a las luces de la justicia premial se permite preacordar los efectos punitivos como único beneficio, lo cual constituye una renuncia por parte de la fiscalía a continuar con la investigación siendo suficiente lo recogido hasta la fecha y una renuncia por parte del acusado a la presunción de inocencia aceptando su responsabilidad. Por lo tanto, el juez en estos casos no tuvo en cuenta circunstancias que lleven a considerar la presencia de evidencias mínimas para la configuración de las circunstancias del artículo 56, porque esa situación se pactó como único beneficio en el preacuerdo.

En algunos casos si bien se aportaron pruebas que demuestran que el sujeto activo de la conducta punible se encuentra bajo circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, esta situación no fue preponderante en la comisión del hecho delictivo, es decir, que no fue determinante para la comisión del delito y por esta razón no se otorgó por parte de la judicatura como derecho sino como beneficio por la aceptación y la colaboración con la justicia. En este

¹⁰⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 56.

sentido, su demostración con medios de prueba resulta inoficiosa y el juez se abstiene de realizar algún análisis sobre ellos.

En contados eventos, a pesar de existir un preacuerdo en el cual la fiscalía otorgó como único beneficio al procesado la situación de marginalidad, ignorancia y pobreza extremas, el juez tras realizar un análisis de los elementos materiales probatorios lo reconoció como derecho. Esta declaración conlleva al desconocimiento del poder liberal con que cuentan el ente acusador y el procesado para acordar los términos de aceptación de cargos y por ende los beneficios que de ellos se derivan, sin embargo por su naturaleza, el reconocimiento de cualquier circunstancia de menor punibilidad en tanto ésta se encuentre plenamente acreditada constituye un derecho indisponible, al cual no puede renunciar el procesado ni siquiera a la hora de suscribir un preacuerdo. Esto no es dable pasarlo por alto a riesgo de menoscabar garantías fundamentales del inculcado porque la misma es ventajosa y no contraría sus intereses. Así, una vez reconocida tal calidad como derecho y no como beneficio, la judicatura decreta la rebaja por aceptación de cargos según la etapa procesal en que se haya surtido.

Incluso se presentó un caso en el cual se originó un debate frente a este tema, puesto que en audiencia de verificación del preacuerdo, la fiscalía se mantuvo en que la marginalidad se constituye como un beneficio y no como un derecho en razón del convenio pactado que por su naturaleza no requiere acreditación probatoria mínima cuyas consecuencias punitivas se aplican de manera autónoma mientras el reconocimiento que se haga se ajuste a la ley; en tanto que la defensa y el ministerio público reclamaron al juez que ésta sea reconocida como un derecho, lo cual implicaría una rebaja adicional por aceptación de cargos ya que como se dijo anteriormente en caso de estar probadas es un deber del fallador reconocerlas así la situación no hubiera sido demandada por alguna de las partes o intervinientes. En este sentido, se trae a colación la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación al principio de congruencia, pues ha establecido que no toda imputación está llamada a terminar con una acusación que le sea fiel en su aspecto jurídico sino que por virtud de la recolección de nuevos elementos de juicio con los que no se contaba en la fase preliminar, está dado a reconocer situaciones que influyen directamente en el marco punitivo, circunstancias que deberán ser valoradas de forma exigente para determinar su legitimidad y correlación con el injusto.

No obstante, en ciertas ocasiones pese a existir elementos materiales probatorios que permitan verificar la concurrencia de circunstancias de marginalidad determinantes en la comisión del ilícito, como éstas fueron objeto de negociación; el juez se abstuvo de realizar un análisis de fondo sobre esos medios de prueba, respetando el contenido del preacuerdo debido a las facultades conferidas a los intervinientes por el artículo 351 del C.P.P. y dictando sentencia bajo sus parámetros.

Lo anterior se evidencia en el caso de una mujer que fue sentenciada por el mismo delito (tráfico, fabricación y porte de estupefacientes) por diferentes juzgados. En la primera sentencia emitida en septiembre de 2013 se acogió a la figura del allanamiento y le reconocieron marginalidad por derecho, mientras que en la sentencia proferida en octubre del mismo año a través de un preacuerdo celebrado con la fiscalía le reconocieron marginalidad como único beneficio, pese a encontrarse en las mismas circunstancias personales, sociales y familiares. (2014-312 J.2E.P.)

6.2 DOBLE BENEFICIO

El artículo 351 del C.P.P. es muy claro en prohibir el doble beneficio en materia de preacuerdos, pues expresa que de existir en base a una negociación un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.

El legislador consideró que son susceptibles de ser preacordados no solo la cantidad de pena imponible, sino también los hechos imputados y sus consecuencias (ejecución de la pena y reparaciones a la víctima) siempre y cuando se realice en forma libre, consciente, voluntaria y se cuente con un mínimo de respaldo probatorio. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en providencia del 20 de noviembre de 2013 dejó claro que el juez debe improbar los preacuerdos que otorguen más de un beneficio pues según la Corte se debe evitar que el proceso penal se convierta en un festín de regalías que desacreditan la administración de justicia.

Como bien se sabe, el ordenamiento legal vigente le ha otorgado a la Fiscalía la facultad de celebrar preacuerdos con el procesado y su defensor, y sobre ellos se deriva una obligación de respeto por parte de los jueces, quienes deben aprobarlos y dictar la sentencia respectiva. No obstante, si se avizora alguna irregularidad, ya porque conceden más beneficios que los autorizados por la ley, porque se omite imputar agravantes u otros delitos, se desconocen las prohibiciones legales para otorgar rebajas de pena (como en los casos de flagrancia), o, en fin, se incumple la obligación de establecer una línea clara de congruencia entre lo fáctico y lo jurídico, al juez no le queda más que rechazar esas negociaciones por ilegales¹⁰⁹.

Vemos entonces que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que cuando el preacuerdo tenga inmerso una acumulación indebida de beneficios debe declararse ilegal. Sin embargo, al revisar minuciosamente los procesos que reposan en el archivo de los Juzgados de Ejecución de Penas, se hace necesario resaltar algunos casos en los que al parecer se aprueban

¹⁰⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PENAL Magistrado Ponente: ALBERTO POVEDA PERDOMO Bogotá, 17 de febrero de 2014.

preacuerdos que contienen un doble beneficio, ya que además de reconocer estado de ira o marginalidad, eliminar un agravante o pactarse el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, quitándole al juez la facultad de estudiar sus requisitos, también se otorga el descuento por aceptación de cargos dependiendo de la etapa procesal en que se haya realizado, contrariando de esta manera la preceptiva del artículo 351¹¹⁰ de la Ley 906 de 2004.

Así por ejemplo, en caso con radicado N° 2014-047 Juzgado Tercero de Ejecución de Penas, con ocasión del preacuerdo se eliminó 2 causales de agravación punitiva contenidas en los numerales 1 y 5 del artículo 365 del Código Penal, pese a ello en la dosificación punitiva el juzgado realizó un descuento del 8.33% por aceptación de cargos en situación de flagrancia efectuada después de presentado el escrito de acusación¹¹¹.

Así mismo, en proceso N° 2014-093 Juzgado Primero de Ejecución de Penas, se eliminó de la imputación de hurto agravado y calificado, el calificante sin que se haya preacordado otra clase de beneficios, no obstante la judicatura le otorgó un descuento adicional de la octava parte de la pena por aceptación de cargos.

Igualmente, en sentencia N° 2014-007 Juzgado Primero de Ejecución de Penas, se preacordó el reconocimiento de la máxima rebaja contenida en el artículo 269 del C.P. por reparación integral, además del descuento en la disminución del 8.33% de la pena por allanamiento a cargos en flagrancia.

De igual manera, en proceso N° 2014-244 Juzgado Primero de Ejecución de Penas, por preacuerdo se concede la diminuyente de pena consignada en el artículo 57 del C.P. quedando el delito de homicidio agravado con una pena no menor de la sexta parte del mínimo, ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en el Estatuto de Penas y una rebaja de pena por aceptación de cargos en flagrancia.

También se presentan dos casos más con radicados N° 2014-204 y N° 2014-139 de los Juzgados Primero y Segundo de Ejecución de Penas respectivamente, en los cuales se pacta marginalidad como único beneficio y adicional a ello se reconoce el descuento por aceptación de cargos en situación de flagrancia.

¹¹⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 351. **También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.** Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior. (...). (Se destaca)

¹¹¹ *Ibíd.*, Art. 365.

6.3 ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Otro punto a resaltar es el tema de la eliminación de circunstancias de agravación punitiva como producto de un preacuerdo, cuando el imputado es investigado por 2 o más delitos y el beneficio se hace extensivo para todos los ilícitos. Dentro del trabajo práctico realizado, se presentaron 2 casos de este tipo (radicados N° 2014-044 Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y N°2014-278 Juzgado Primero de Ejecución de Penas) resaltando que la eliminación del agravante en todos los delitos imputados no implica una indebida acumulación de beneficios cuando se trata de conductas en concurso, pues se traduce en un solo beneficio concedido al procesado y así las cosas el preacuerdo se encuentra ajustado a la legalidad.

Del mismo modo, se presenta un caso de acumulación de procesos (N° 2014-266 Juzgado Segundo de Ejecución de Penas) en donde la fiscalía acuerda con el imputado el reconocimiento de la diminuyente del artículo 56 del C.P. para el delito de fraude procesal, sin embargo al estar frente a un concurso de delitos conexos con unidad de tiempo y acción, el juez en audiencia de verificación del preacuerdo también reconoció marginalidad para el delito de uso de documento público falso. Esta decisión se tomó en base a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que a fin de preservar el principio de coherencia, así medie preacuerdo o allanamiento aprobado se permite en la sentencia reconocer cualquier causal de atenuación que afecte los extremos punitivos legales, si de la realidad procesal surgen los elementos materiales probatorios que la sustenten tal y como ocurrió en el presente caso, siendo entonces su reconocimiento la solución menos traumática y más favorable a los intereses del procesado.

6.4 REPARACIÓN INTEGRAL

Entre las finalidades de las negociaciones y acuerdos entre Fiscalía e imputado o acusado se encuentra el propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto.

Así, estas negociaciones no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible, pues al tenor del inciso 2 del artículo 351 también a los hechos imputados y sus consecuencias, lo que significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena y las reparaciones a la víctima, sólo que en este caso ésta podrá rehusar los preacuerdos y acudir a las vías judiciales pertinentes según lo prevé el inciso final del artículo en mención.

En proceso N° 24531 del 4 de mayo de 2006¹¹², la Corte Suprema de Justicia consigna que entre el fiscal y el imputado se pueden llevar a cabo conversaciones

¹¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso N° 24531 del 4 de mayo de 2006.

para pactar no sólo el monto de la rebaja de pena sino también el posible reconocimiento de la prisión domiciliaria o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la reparación de las víctimas y la pretensión punitiva de la fiscalía¹¹³, para que lo preacordado se incorpore en el acta y sea aprobado por el juez, teniendo en cuenta que no se le puede imponer al fiscal acceder a una pretensión que desborde las directrices de la figura de las negociaciones o las pautas de la política criminal.

Sin embargo, quien repare integralmente, restituya el objeto material del delito o su valor e indemnicare los perjuicios ocasionados antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, se hará acreedor de una disminución punitiva de la mitad a las tres cuartas partes más los beneficios por preacuerdo o aceptación de cargos en cualquier etapa del proceso, lo que quiere decir que la rebaja no se modula de acuerdo con la etapa en que se acepta la responsabilidad penal, porque la norma no se consagró como premio para agilizar procesos sino como aliciente para hacer cesar los efectos nocivos del comportamiento delictivo¹¹⁴. Esto implica que el descuento punitivo por reparación integral efectuada es un derecho que le asiste al procesado, pero una vez realizada se puede preacordar el monto del descuento que varía del 50 al 75% de la pena. Este es un mecanismo de reducción de la pena y no de modificación de los límites punitivos.

Existen casos de reparación simbólica en donde la víctima se encuentra resarcida de los daños causados o cuando la víctima acepta una indemnización de menor valor a la que realmente tenía derecho como reparación integral, otorgándole al procesado la posibilidad de acceder a dicho descuento punitivo. En este punto cabe resaltar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 22 de junio de 2006 con radicado N° 24817 en donde se reconoce que la reparación de perjuicios además de constituir una causa post delictual de disminución de la pena para los delitos contra el patrimonio económico, sustenta la procedibilidad del acuerdo conforme a lo estipulado por el artículo 349 (pie de página) del C.P.P, pues las víctimas desisten libremente de la indemnización dineraria. Así, se encontró un caso (radicado N° 2014-044 Juzgado Segundo de Ejecución de Penas) en el cual el acusado se hace acreedor al descuento del artículo 269 C.P. al haber llegado a un pacto con cada una de las víctimas de no agresión posterior a manera de indemnización integral de perjuicios.

En otro de los casos (N° 2014-089 del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas) la víctima de la conducta punible pese a que fue informada por la fiscalía sobre la suscripción del preacuerdo, expresa por escrito que se niega a firmar el acta que

¹¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 369.

¹¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso N° 24817 del 22 de junio de 2005 C.S.J.

lo contiene, pues desea un monto mayor de indemnización. La víctima fue informada oportunamente sobre la celebración de la audiencia de verificación de legalidad del acuerdo, sin embargo no compareció a sabiendas de que éste era el escenario idóneo para escuchar sus objeciones pues está facultada para ello pero no tiene poder de veto sobre el mismo a menos que se le hubiesen vulnerado garantías fundamentales en el trámite¹¹⁵.

6.5 SUBROGADOS

La Corte Suprema de Justicia en sentencia 41570 del 20 de noviembre de 2013, estableció que:

Los preacuerdos pueden incidir 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 psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado¹¹⁶.

De acuerdo a lo anterior, resulta legal que se pacte en un preacuerdo la modificación en las condiciones para la ejecución de la pena privativa de la libertad como la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena sin que se vulnere la limitante del inciso 2 del artículo 351 del C.P.P. que determina que de existir un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esta constituiría la única rebaja compensatoria por el acuerdo, ya que los subrogados no hacen parte del factor pena ni se constituyen en un elemento para su dosificación. Por lo tanto, esta sería una parte inescindible del preacuerdo en el cual se concerta la pena y la forma en que se va a cumplir sin que eso constituya un doble beneficio.

En proceso N° 2014-119 del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas, se pactó la aplicación de la figura sustituta de la prisión domiciliaria como único beneficio al no soslayarse las finalidades y principios de los preacuerdos, además de encontrarse ampliamente soportada; sin embargo, el juez luego de interpretar el inciso 2 el artículo 351 de la ley 906/04 reconoce además del beneficio preacordado una rebaja equivalente a la octava parte de la pena por virtud de la aceptación de cargos teniendo en cuenta que fue aprehendida en situación de flagrancia y aclarando que como el preacuerdo recae sobre una consecuencia de los hechos

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-516/07, Op. cit.

¹¹⁶ *Ibíd.*, Sentencia 41570 del 20 de noviembre de 2013. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero

imputados pero sin verse reflejado en un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, tal reducción no desconoce la prohibición de doble beneficio que la norma en cita establece.

En cuanto a la concesión del subrogado el juez encuentra satisfechos los presupuestos exigidos por el orden legal para la concesión de la sustitución de la prisión intramural por prisión domiciliaria, sin que exista cuestión alguna que prohíba el reconocimiento de la figura en comento en virtud del preacuerdo, además de acreditar la condición de madre cabeza de familia, destacando acertadamente que no se trata de un derecho derivado de un mandato legal sino de la concesión de un beneficio ajustado a la legalidad; razón por la cual la pena de prisión impuesta habrá de ser sustituida por prisión domiciliaria.

En otra oportunidad, caso N° 2014-058 Juzgado Segundo de Ejecución de Penas, se negoció la concesión de la prisión domiciliaria como único beneficio (pena de 42 meses y se concedió en la iglesia adventista de esta ciudad) y la rebaja del 12.5% por aceptación de cargos en situación de flagrancia, acuerdo que fue aprobado.

En sentencia C-425/08 del 30 de abril de 2008 la Corte Constitucional analiza si la reincidencia puede ser tenida en cuenta como criterio para excluir de subrogados y beneficios penales al sujeto activo del delito. Para ello la Sala señala que los subrogados tienen como fundamento la humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente, aclarando que es el legislador el encargado de establecer las pautas para su aplicación a través criterios subjetivos que surgen de la personalidad del sentenciado y criterios objetivos que se verifican con la constatación de la pena impuesta y de su cumplimiento efectivo. Una vez analizados dichos criterios por parte del juez, se puede concluir si existe o no la necesidad de imponer la ejecución de la pena o si no resulta necesaria la restricción de la libertad en los términos más gravosos porque existen elementos de juicio suficientes para determinar que el sentenciado ha cumplido su función de reinserción en la sociedad¹¹⁷.

En cuanto al criterio subjetivo, el juez debe verificar los antecedentes personales, sociales y familiares del procesado quien de encontrarlos favorables, podrá conceder los beneficios señalados en la ley. De lo contrario, si de la valoración de su personalidad, de la gravedad de los delitos o de la buena conducta del sentenciado concluye que la pena es necesaria, debe decretar la medida restrictiva de la libertad.

Así, uno de los criterios de exclusión de beneficios y subrogados penales sustitutivos de la pena privativa de la libertad es la reincidencia, como castigo a

¹¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425/08 del 30 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

quien no dio muestras de resocialización con la imposición de una pena anterior, pues así lo ha configurado normativamente el legislador como una medida razonable que no contradice las normas constitucionales.

Es por ello que se encontró casos en los cuales a pesar de que el procesado cumplía con el requisito objetivo para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional, dicho beneficios no se concedían por ser reincidente de conductas delictivas. (Proceso N° 2014-102 Juzgado Tercero de Ejecución de Penas)

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia en Proceso N° 25813 del 7 de junio de 2007, señala que

La viabilidad de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando la impuesta al procesado permite acceder a ese subrogado, no sólo puede tener como referente la gravedad del delito, o las circunstancias en las cuales éste se cometió, sino también y con mayor énfasis, la buena conducta anterior del procesado, las actitudes posteriores al hecho delictivo que tiendan a detener sus efectos perjudiciales, la indemnización y la presentación voluntarias, como elementos expresivos de una personalidad positiva del acusado¹¹⁸.

Como ya se dijo, la ley permite acordar no solo la cantidad de la sanción sino también su forma de ejecución, es decir la concesión de la prisión domiciliaria o la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siempre y cuando se cumplan con los requisitos legales y constitucionales para acceder a la misma. Respecto a éste tópico, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en acta N° 1353 del 19 de septiembre de 2011¹¹⁹ para el caso concreto, consideró ilegal el acuerdo en el cual la fiscalía concedía la prisión domiciliaria sin el cumplimiento del requisito objetivo, por cuanto este otorgamiento resultaba contrario al ordenamiento.

No obstante, existen casos en los cuales teniendo en cuenta que la pena a imponer no supera el requisito objetivo para acceder a los subrogados o beneficios penales, el requisito subjetivo es objeto de preacuerdo. En estos eventos, la judicatura aprobó estas negociaciones concediendo la prisión domiciliaria o suspensión condicional de la ejecución de la pena absteniéndose de hacer un análisis de los antecedentes personales, sociales, familiares y penales del procesado. (Proceso N° 2014-148 Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Proceso N° 2014-219 Juzgado Tercero de Ejecución de Penas). Sin embargo, en uno de los procesos (N° 2014-077 Juzgado Segundo de Ejecución de Penas) a pesar de haberse preacordado el aspecto subjetivo el juez analizó su procedencia

¹¹⁸. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencias del 10/08/2006, Rad. 22289, en conc. Con sentencia del 8/2/2000, rad. Núm. 11203.

¹¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Magistrado Ponente: Gustavo Enríquez Malo.

y concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena al encontrar que no existían antecedentes penales en su contra.

6.6 ARTÍCULO 68 A

Antes de la reforma introducida por la ley 1709 de 2014, para conceder la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el juez debía valorar un requisito objetivo que tiene que ver con la sanción a imponer, es decir, que la pena de prisión no supere los 5 años y 3 años respectivamente y un requisito subjetivo tendiente a evaluar el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado y la gravedad del punible que indiquen que no colocará en peligro a la comunidad y no evadirá el cumplimiento de la pena o que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

Con la nueva ley, a pesar de ampliarse el requisito objetivo en ambos casos, se adicionan una serie de restricciones que se estudian a continuación:

En sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 2 de marzo de 2014 con Radicado N° 110013104037201000440, se interpreta el artículo 63 del Código Penal que fue modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 que reza lo siguiente:

La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

[1]. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

[2]. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

[3]. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

(...)¹²⁰

Mientras que el numeral 2 permite la suspensión condicional de la ejecución de la pena a las personas que carecen de antecedentes penales y no son juzgadas por ninguno de los delitos comprendidos en el inciso 2 del artículo 68 A del Código Penal, el numeral 3 hace referencia a quien tiene antecedentes penales por delito

¹²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 2 de marzo de 2014 con Radicado N° 110013104037201000440 Magistrado Ponente: Max Alejandro Florez Rodriguez.

doloso dentro de los 5 años anteriores pero del análisis de los antecedentes personales, familiares y sociales se concluye que no existe necesidad de la ejecución de la pena.

No obstante, aquellos que registran antecedentes penales en un tiempo mayor a 5 años no se encuentra incluidos, por lo tanto debe armonizarse el contenido de los numerales 2 y 3 entendiendo entonces que la carencia de antecedentes penales a que se refiere el ordinal 2 se encuentra limitada a los 5 años anteriores y no a todo el tiempo.

Igualmente no se estableció en la norma que hacer frente a las personas que carecen de antecedentes penales pero son juzgadas por delitos contenidos en el inciso 2 del artículo 68 A, entonces como el numeral 2 consagra el evento en el que se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena con solo reunirse el factor objetivo, se concluye que cuando la persona es procesada por una de estas conductas punibles, no está prohibida la concesión del subrogado sino que debe estudiarse el aspecto subjetivo para decidir si se reconoce o no la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por otra parte, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 23 de noviembre de 2011, radicado N° 37209¹²¹, se resalta que la consideración de peligrosidad del acusado debe ser ponderada y justificada en cada caso concreto, y no deviene automáticamente por el señalamiento de la comisión de la conducta punible.

Dentro del trabajo de campo realizado, se encontró varios casos en los cuales el sentenciador concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena a pesar de que el delito por el cual se estaba juzgando se encontraba enlistado en el artículo 68 A del Código Penal. Por ejemplo hurto calificado (Proceso 2014-150 J.3E.P.; Proceso 2014-247 J.2E.P.), violencia intrafamiliar (Proceso 2014-265 J.3E.P), y cohecho por dar u ofrecer (Proceso 2014-265 J.3E.P.) entre otros, sustentando su decisión en los antecedentes penales, sociales, y la situación personal y familiar del procesado, así como también en el artículo 3, atendiendo los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la pena.

Uno de los jueces consideró equívoca la redacción de esta norma porque queda un vacío jurídico entratándose de las excepciones enlistadas en el inciso 2 del artículo 68 A del C.P., pues dicha norma no descarta que para esos delitos pueda llegar a ser procedente el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero tampoco dice que otro requisito además del elemento objetivo se debe analizar para la concesión del sustituto (Proceso 2014-166 Juzgado Tercero de Ejecución de Penas).

¹²¹ Ibíd., Radicado N° 37209.

De igual forma existen eventos en los cuales a pesar de que el procesado cuenta con antecedentes penales el juez consideró que no necesita tratamiento penitenciario por su arraigo familiar y social, en cumplimiento del numeral 3 del artículo 63 del mismo Código (363).

Ahora bien, a diferencia de lo establecido en el Código para acceder a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la ley 1709 de 2014 en su artículo 23 adiciona un artículo 38B a la Ley 599 de 2000 señalando como requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

- “Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
- Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
- Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado”.

Frente a esta redacción no hay ninguna duda en cuanto a la prohibición de conceder este subrogado a personas condenadas por los delitos a que hace referencia el inciso 2 del artículo 68 A.

No obstante en ciertos casos, como se observó en las sentencias proferidas en la ciudad de Pasto, es factible concederla aun teniendo antecedentes penales tras analizar las condiciones personales, sociales y familiares del sujeto activo del punible por ejemplo tener la calidad de madre o padre cabeza de familia (Proceso 2014-113 J.2E.P; Proceso 2014-131 J.3E.P.)

Haciendo alusión al mencionado artículo 68 A del Código Penal, la ley 1453 de 2011 prohíbe las alternativas de libertad para aquellas personas que sean reincidentes en la comisión de delitos dolosos o preterintencionales dentro de los últimos 5 años anteriores o cuando haya sido condenada por cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional.

Pese a lo anterior en el párrafo del mismo artículo se establece que el inciso anterior no se aplicará entre otros, en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.

“Por su parte, el artículo 68 A modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 estableció que no se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión cuando la persona haya sido condenada por delito doloso ya no preterintencional dentro de los 5 años anteriores”¹²².

El inciso 2 establece que tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Sin embargo, el párrafo 2° del mismo artículo señala que lo dispuesto en el primer inciso no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

6.7 APLICACIÓN POR FAVORABILIDAD DE LA LEY 1709 DE 2014 Y LOS ARTÍCULOS 38 Y 63 ORIGINALES DE LA LEY 599 DE 2000

La ley 1709 de 2014 eliminó el criterio subjetivo para acceder a la prisión domiciliaria o suspensión condicional de la ejecución de la pena, que hacía referencia al desempeño personal, laboral, familiar o social para concluir si el procesado se consideraba o no un peligro para la comunidad e incrementó el

¹²² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

aspecto objetivo, así como también prohibió la concesión de subrogados para los delitos enlistados en el artículo 68 A del Código Penal¹²³.

No obstante, cuando los hechos delictivos ocurrieron antes de la ley 1709 del 2014, y se va a dictar sentencia ya en vigencia de esta ley, el juzgador debe dar aplicación a la norma que resulte más favorable al procesado, es decir con la cual sea viable la concesión de dichos beneficios. La Corte Suprema de Justicia en sentencia 41232 (26472014) del 5 de marzo de 2014 consideró que es posible aplicar el principio de favorabilidad penal para gozar del beneficio de la suspensión provisional de la pena, si el sentenciado enfrenta penas no superiores a los cuatro años de prisión, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 1709 del 2014 y además carece de antecedentes y no se trata de uno de los delitos previstos en el artículo 68A, inciso 2º, de la Ley 599 del 2000¹²⁴.

Así, en el Proceso N° 2014-174 Juzgado Primero de Ejecución de penas, se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a pesar de que dicha conducta punible se encuentra en la prohibición del artículo 68 A, por cuanto los hechos fueron en el año 2013, por lo tanto se aplica la norma anterior con base en el principio de favorabilidad. Lo mismo sucede en Proceso N° 2014-201 y N° 2014-205 para el delito de hurto calificado y agravado pero teniendo en cuenta los antecedentes penales de los procesados, pues en uno de los casos eran 2 los acusados y a uno de ellos se le negó por ser reincidente de conductas delictivas.

De igual forma, es dable la aplicación del artículo 63 de la ley 1709/14 ante la ausencia de antecedentes penales y dado que el delito por el cual se procede no se encuentra incluido en el artículo 68 A, su procedencia es viable para casos en los cuales los hechos delictivos hayan tenido lugar antes de su vigencia sin que sea factible negarlo por el aspecto subjetivo¹²⁵.

Cabe anotar que en providencia N° AP782-2014 Rad. (34099), la Sala considera improcedente que por la vía de la favorabilidad se otorgue la detención preventiva domiciliaria con base en el artículo 23 de la Ley 1709/2014 que extendió el beneficio a las conductas punibles cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos y simultáneamente se aplique el modificado artículo 38 de la Ley 599 de 2000, que no restringe el subrogado, como lo hace el artículo 23 citado para ciertos delitos, porque esto supone la confección de una tercera norma al tomar lo

¹²³ Ibíd.

¹²⁴ Ibíd., Art. 63.

¹²⁵ Ibíd., Proceso N° 2014-212 del Juzgado Primero de Ejecución de Penas.

más favorable de una con lo más favorable de la otra, pues se estaría desarticulando y desintegrando la voluntad del legislador¹²⁶.

Frente a este punto, en proceso 2014-230 Juzgado Segundo de Ejecución de Penas, el juez con fundamento en la sentencia 42623 del 12 de marzo de 2014, afirma que la reforma que se introdujo al artículo 68 A respecto de la improcedencia de la condena de ejecución condicional para quienes hayan sido condenados por delitos como hurto calificado, no puede ser motivo para negar a estos sentenciados el beneficio de condena de ejecución condicional, puesto que dicha norma no es aplicable para el caso cuyos hechos sucedieron en el año 2013 gracias al principio de favorabilidad y sin que sea pertinente la aplicación de la figura de la ley tercia cuya procedencia fue descartada por la Corte Suprema de Justicia.

6.8 VARIACIÓN UNILATERAL DE LA CONDUCTA PUNIBLE

La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado. Así las cosas, el juez carece de competencia para cuestionar la imputación porque este es un acto propio de la Fiscalía, de manera que una vez allegado el escrito de acusación o el acta de allanamiento que se presenta como tal, el juez de conocimiento debe aceptarlo e individualizar la pena.

No obstante, en la celebración de un preacuerdo, la fiscalía está facultada para tipificar la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena, pero si la adecuación típica se realiza en contra del principio de legalidad, el juez debe intervenir, porque el fiscal no puede crear tipos penales y debe darle a los hechos invocados en su alegación conclusiva, la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente¹²⁷.

En el evento que la fiscalía por causa de nuevos elementos materiales probatorios proyecte formular cargos distintos o más gravosos a los consignados en la formulación de imputación, los preacuerdos deben referirse a estos nuevos términos¹²⁸ Pero no es posible variar la imputación una vez el imputado se ha acogido a los cargos y se pretende hacer más gravosa su situación porque el imputado no puede pagar por los errores del estado.

Existen casos en los cuales la fiscalía al no contar con suficientes elementos materiales probatorios varió la calificación jurídica plasmada en la imputación, así

¹²⁶ Ibíd., Art. 23..

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260/2005 y Sentencias del 15 de julio de 2008 y 8 de julio de 2009, radicados 28.872 y 31.280, en su orden.

¹²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Inciso 3 Artículo 351.

por ejemplo, se eliminó el agravante de coparticipación en el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes, al igual que se varió la imputación cambiando el verbo rector de vender a conservar frente a un caso que se adelantó por el mismo delito (366 y Proceso 2014-207 J.1E.P.). Así mismo, la fiscalía en otra oportunidad degradó unilateralmente la imputación en homicidio simple cuando en un inicio se imputó el cargo de homicidio agravado (Proceso 2014-116 J.3E.P.); excluyó el agravante en delitos como porte ilegal de armas de fuego, hurto y concusión (183, Proceso 2014-247 J.2E.P.), Proceso 2014-077 J.2E.P.); también varió la conducta inicialmente imputada de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes al punible de conservación o financiación de plantaciones (Proceso 2014-108 J.2E.P.)

Se encontraron eventos donde la fiscalía varía la imputación frente a delitos en los que la ley prohíbe expresamente la concesión de beneficios por preacuerdo debido a la gravedad de la conducta punible y de los cuales se hará referencia posteriormente por merecer un tratamiento más a fondo.

6.9 EXPRESAS PROHIBICIONES

En cuanto a la posibilidad de obtener beneficios y acordar a través de una negociación la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria, la Corte Suprema de Justicia en Proceso N° 24764 del 1 de junio de 2005 expresó que no se admiten exclusiones por la naturaleza del delito a menos que la ley exprese lo contrario.

6.9.1 Extorsión, secuestro extorsivo y conexos:

El artículo 14 de la Ley 890 de 2004 incrementó el monto de las sanciones debido a la inserción que la Ley 906 de 2004 hizo de los mecanismos de terminación anticipada del proceso entre ellos los preacuerdos y las negociaciones, con el fin de evitar que las disminuciones de pena a las que pueden acceder quienes se acogen a estas figuras otorguen sanciones muy bajas en comparación con la gravedad del delito¹²⁹.

No obstante, el legislador ha establecido que en ciertos casos el procesado a pesar de su aceptación de responsabilidad no pueda acceder a la rebaja de pena correspondiente, así por ejemplo, la Ley 1121 de 2006¹³⁰ excluye de beneficios,

¹²⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.

¹³⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1121 de 2006. por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones.

rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; subrogados penales, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y libertad condicional, a quienes son juzgados por delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

Frente a estos delitos no es aplicable el incremento punitivo introducido por la Ley 890 de 2004 siempre y cuando el proceso culmine anticipadamente a través de preacuerdos, negociaciones o allanamiento a cargos, en tanto no se obtiene ningún beneficio punitivo, sin embargo en aquellos asuntos en los que se agota el juicio ordinario o en que gracias a un acuerdo con la fiscalía se logra un beneficio que incide en la pena a imponer como en casos en los que se degrada la conducta modificando el tipo penal por otro que resulte más benéfico, la sanción a la que se hace acreedor el procesado incluye el aumento establecido en dicha norma¹³¹.

La Corte Suprema de justicia en sentencia SP-173 (41468) del 4 de febrero de 2015¹³², señaló que se concede la reducción prevista en el artículo 269 del Código Penal a quienes hayan sido procesados por extorsión, cuando hayan reparado los perjuicios en los términos establecidos, esto es, que se haya realizado antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, que el responsable restituya el objeto material del delito o su valor, e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido, sin que tal situación afecte los extremos punitivos, ya que la disminución se realiza una vez individualizada la pena, y sin efectos en el término prescriptivo de la acción penal.

La indemnización integral se tendrá por cumplida y será vinculante para el juez siempre y cuando exista acuerdo entre la víctima y el victimario, de lo contrario el monto de la indemnización debe establecerse a través de los diferentes medios probatorios de la actuación, incluyendo los perjuicios materiales y morales¹³³

Así, en proceso N° 2014-149 del Juzgado Primero de Ejecución de Penas, la fiscalía varió la imputación unilateralmente degradando la participación del imputado de coautor a cómplice del delito de extorsión en grado de tentativa, para posteriormente declararse culpable a cambio de que se le aplique la máxima rebaja por reparación integral contenida en el artículo 269 del C.P., de manera que el juez le otorga un descuento del 75% de la pena, aclarando que para ese delito el artículo 26 de la ley 1121 de 2006¹³⁴ prohíbe la concesión de beneficios.

¹³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 de 2004. CSJ AP 11 Nov 2013, Rad. 36400).

¹³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Artículo 269.

¹³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SP-16497 del 3 de diciembre de 2014..

¹³⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1121 de 2006. Op. cit.

También en proceso N° 2014-110 del Juzgado Primero de Ejecución de Penas, el acusado se declara culpable de autor material del delito de extorsión tentada a cambio de que la fiscalía le reconozca la circunstancia de marginalidad que fue plenamente demostrada y la disminución a discrecionalidad del juez por existir reparación simbólica de la víctima. De igual forma, en proceso N° 2014-059 J.3E.P., se reconoce marginalidad probatoriamente demostrada como diminuyente punitiva, pero no se acordó rebaja alguna acatando la prohibición en relación con este tipo de conductas, además de inaplicar el incremento de los extremos punitivos previstos en la ley 890 de 2004¹³⁵ acogiendo la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, nos encontramos frente a un caso (proceso N° 2014-274 J.2E.P.) en el cual se reconoció marginalidad la cual no fue probada ni fue determinante de la conducta, sino que se preacordó como único beneficio.

Igualmente, en proceso N° 20144-251 J.3 E.P., se acordó como único beneficio eliminar la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el artículo 58¹³⁶ numeral 10 del Código Penal que se refiere a obrar en coparticipación criminal, en virtud del artículo 351¹³⁷ del Código de Procedimiento Penal que autoriza renunciar a causales de agravación punitiva como ha sucedido en este caso y seguidamente el juez recuerda que no cabe rebaja por expresa prohibición de la ley 1121/06¹³⁸. Es importante decir que no se aplicó el incremento de pena de la Ley 890 de 2004¹³⁹.

6.9.2 Delitos contra integridad física y sexual cuando la víctima es un menor de edad. La Ley 1098 de 2006¹⁴⁰ (Código de Infancia y Adolescencia) fue creada con el fin de consagrar sanciones más severas cuando las víctimas de conductas punibles resulten ser niños, niñas o adolescentes y prohibir a los responsables el acceso a los beneficios punitivos establecidos en el Código de Procedimiento Penal.

Es así, como en su artículo 199 señala que cuando se trate de delitos como homicidio, lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad, integridad y

¹³⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 de 2004. Op. cit.

¹³⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 58.

¹³⁷ Ibíd., Art. 351.

¹³⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 121 de 2006. Op. cit.

¹³⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 de 2004. Op. cit.

¹⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. Op. cit.

formación sexuales, o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes no habrá lugar a la concesión de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad ni la detención en el lugar de residencia; no procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad, no procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena ni de Libertad Condicional, así como tampoco las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. Solo serán procedentes los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

Otra norma que cabe resaltar es la Ley 1098 de 2004 en cuyo artículo 200 inciso 2¹⁴¹ incrementa la pena de lesiones personales dolosas en el doble cuando la víctima sea un menor de 14 años. Posteriormente, la Ley 1236 de 2008¹⁴² modifica algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual y la Ley 1329 de 2009¹⁴³ modifica varias disposiciones en cuanto a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes; entre otras. A diferencia de la Ley 890 de 2004¹⁴⁴, el único fin de estas normas es establecer penas superiores a las anteriormente fijadas por el Código para punibles que se cometan contra menores de 14 años o valiéndose de la condición de inferioridad derivada de la edad de la víctima, para contrarrestar cualquier conducta dirigida a afectar su integridad física o su libertad y formación sexual. Y al ser normas posteriores a la mencionada disposición no se impone el incremento de la tercera parte en el extremo mínimo, ni de la mitad en el máximo que ella consagra, sino la pena que fijó la legislación posterior.

Es por ello que además de no poder acceder a los beneficios que se derivan de la aceptación de responsabilidad penal, se aplican los aumentos de pena para esta clase de delitos que se rigen por normas posteriores a la Ley 890 de 2004¹⁴⁵.

Es así como en sentencias N° 2014-122 J.1E.P., N° 2014-163 J.3 E.P. y N° 2014-060 J. 1 E.P., se preacuerda la pena mínima legal sin referencia alguna a la concesión de rebajas punitivas, beneficios o subrogados por la naturaleza del delito.

¹⁴¹ *ibíd.*

¹⁴² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1236 de 2008. Op. cit.

¹⁴³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1329 de 2009. Op. cit.

¹⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 de 2004. Op. cit.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

De igual manera en el Proceso N° 2014-101 J.2 E.P, la fiscalía modifica unilateralmente la imputación degradando la modalidad de participación de coautor a cómplice y se pacta el mínimo legal. No se concede suspensión condicional de la ejecución de la pena ni prisión domiciliaria. La víctima estuvo en desacuerdo con el preacuerdo realizado y se le informó de la posibilidad de acceder al incidente de reparación integral.

Sin embargo, en ciertos eventos como el Proceso N° 2014-213 J.2E.P., la fiscalía inicialmente imputó el delito de actos sexuales con menor de 14 años, pero basado en los elementos materiales probatorios varió de manera unilateral la imputación inicial, considerando que en este caso no se consumó el ilícito sino que se configuró el tipo penal de acoso sexual a pesar de que hubo tocamientos en la partes íntimas de la víctima, una niña de 8 años, con el fin de sostener una relación sexual con ella, valiéndose de su edad y experiencia. Posteriormente se celebró preacuerdo pactándose una pena para el delito de acoso sexual agravado de 3 años.

El juez al hacer un análisis del contenido del preacuerdo señaló que la pena para el delito de acoso sexual es de 1 a 3 años pero por ser una conducta agravada la pena se debe aumentar de una tercera parte a la mitad, sin embargo en el preacuerdo se negoció la pena a imponer y por lo tanto a ella se atuvo el juzgado.

Con lo anterior, se evidencia que con el preacuerdo se inaplicó la causal de agravación punitiva que se configura cuando la conducta se comete sobre persona menor de 12 años¹⁴⁶.

“En cuanto a la concesión de subrogados no procede ningún sustitutivo de la prisión intramural ni beneficio cuando la víctima ha sido un menor de edad, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 199 de la ley 1098 de 2006”¹⁴⁷

En otro de los casos Proceso N° 2014-070 J.3 E.P., la fiscalía modificó unilateralmente la imputación y eliminó los cargos de pornografía infantil en virtud de los elementos materiales probatorios, presentando el escrito de acusación por el delito en concurso homogéneo y sucesivo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado puesto que el procesado hacía parte de la policía nacional. El escrito de preacuerdo establece el monto de la sanción partiendo de los mínimos legales.

En Proceso N° 2014-061 J.1 E.P., la fiscalía varió la calificación jurídica de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado imputado en un principio, para

¹⁴⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 211.

¹⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. Por el cual se establece el código de la infancia y la adolescencia.

pasar al punible de actos sexuales abusivos con menor 14 años alegando elementos probatorios y decidió retirar los agravantes imputados al estimar que las mismas no se configuraban. Luego, en el preacuerdo suscrito por las partes se pacta la pena mínima. La aprobación de este escrito fue apelada por el representante de víctimas.

Igualmente, en Proceso N° 2014-071 J.2 E.P., la fiscalía previa variación de la calificación jurídica de la imputación suprimió los agravantes de la conducta por considerar que el punible endilgado al acusado dentro de su descripción típica la englobaba y en razón de la prueba sobrevenida que devino de su identificación probatoria; suscribiendo así con la defensa un preacuerdo en el cual se realizaba la aceptación de cargos de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y acto sexual con incapaz de resistir en concurso homogéneo y sucesivo a cambio del reconocimiento de la pena mínima legal. El juez acató los términos del preacuerdo y no concedió ningún subrogado en cumplimiento de la prohibición contenida en la Ley de Infancia y Adolescencia.

6.9.3 Secuestro y homicidio doloso contra menores de edad. Ahora bien, se encontró un caso de homicidio agravado de una mujer mayor de edad en concurso con el delito de tentativa de homicidio agravado en donde la víctima resultó ser un menor de 5 años de edad, hijo del victimario. La fiscalía en estos términos suscribió un preacuerdo con el acusado otorgándole un 50% de descuento de la pena a imponer a cambio de su aceptación de culpabilidad y el juez lo aprueba. En este punto analizaremos si es posible obtener beneficios y rebajas de pena en virtud de un preacuerdo cuando la víctima es un menor de edad.

En cuanto al delito de secuestro una de las circunstancias de agravación punitiva se configura cuando el comportamiento se realice contra un menor de 18 años. Para el delito de homicidio el numeral 7 del artículo 104¹⁴⁸ del Código Penal contempla el agravante de cometer el delito aprovechándose de la condición de inferioridad o indefensión del ofendido entendiéndose que también hace referencia a la minoría de edad de la víctima. Sin embargo, al no existir norma posterior que imponga una sanción diferente a la establecida en la Ley 599 de 2000, se aplica el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004¹⁴⁹, teniendo en cuenta que si el procesado opta por la celebración de un preacuerdo o decide allanarse a cargos, esta pierde su razón de ser.

De lo anterior se concluye que cuando se trata de delitos de secuestro y homicidio doloso contra niños, niñas y adolescentes y el procesado celebra un preacuerdo con la fiscalía sin que reciba ninguna compensación por ello, la

¹⁴⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 104.

¹⁴⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 de 2004. Op. cit.

Ley 890 resulta inaplicable. Cosa diferente sucede en casos de lesiones personales dolosas y delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales puesto que la pena no se incrementa en razón del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 sino por razones de política criminal que buscan una mejor protección a los derechos de los menores de edad¹⁵⁰.

6.10 FLAGRANCIA

El artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 modifica el artículo 301¹⁵¹ del Código de Procedimiento Penal e introduce un párrafo en el cual se consagra que la persona que sea aprehendida en situación de flagrancia sólo tendrá una cuarta parte del beneficio que consagra el artículo 351 de la Ley 906 de 2004¹⁵² respecto a la rebaja de pena por aceptación de cargos que en audiencia de formulación de imputación se traduce en un 50%.

“La Corte Constitucional en Sentencia C-645 de 2012 declara dicho párrafo condicionalmente exequible en el entendido de que la disminución de la cuarta parte del beneficio a que hace referencia debe extenderse a todas las oportunidades procesales para allanarse a cargos o celebrar preacuerdos con la fiscalía”¹⁵³.

Por esta razón, la limitación de los beneficios punitivos por aceptación de cargos cuando el imputado o acusado haya sido capturado en flagrancia, no solo se aplica para la terminación anticipada del proceso en audiencia de formulación de imputación que normalmente comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible y con esta modificación resulta un descuento de hasta el 12.5% de la pena a imponer; sino también en audiencia de formulación de acusación y hasta el inicio del juicio oral en donde se contempla un beneficio de hasta la tercera parte de la pena, así la cuarta parte de este beneficio se traduce en un descuento de hasta el 8.33% de la eventual sanción. Igualmente, cuando se produce la aceptación de cargos o negociación en el juicio oral se otorga tan solo la cuarta parte de la sexta que allí se consagra, es decir el 4.16% de disminución de la pena correspondiente.

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.

¹⁵² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 351.

¹⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-645 de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Es así, como varios casos entre ellos el Proceso N° 2014-139 J.2E.P. el sentenciador al conceder el descuento por aceptación de cargos aclara que conforme al principio de progresividad, como la cuarta parte del beneficio del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal para los casos de flagrancia, debe extenderse a todos los momentos procesales en los que se encuentra permitido allanarse a cargos para el presente caso, el procesado tendrá derecho a la rebaja del 8.33% de la pena, es decir la cuarta parte del beneficio consistente en la tercera parte de la pena imponible porque fue posterior a la presentación de la acusación.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 11 de julio de 2012, señala que el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 al modular el monto de la rebaja de pena por aceptación de cargos para aquellas personas que fueron capturadas en flagrancia, no desconoce el principio de igualdad frente a los demás capturados, puesto que el desgaste judicial a la hora de investigar la infracción cometida es mucho menor cuando media flagrancia al existir mayor nitidez del compromiso penal. Es por ello que no se otorga el mismo beneficio punitivo, acatando los presupuestos de razonabilidad y proporcionalidad¹⁵⁴.

Es pertinente hacer una distinción de las modalidades de acuerdos permitidos por la ley, pues existen dos clases: Uno consistente en el reconocimiento de la rebaja de pena dependiendo de la etapa en que se produzca la aceptación de responsabilidad y otra tendiente a realizar cualquier adecuación en la calificación jurídica que implique un cambio favorable para el procesado como única compensación. Existe cierto tipo de controversia respecto a una posible limitación en los casos de captura en flagrancia puesto que la ley estableció que por virtud de las negociaciones los vinculados en esta situación no podrían ser acreedores a un descuento punitivo superior al 12.5%, 8.33% o 4.16% de la pena dependiendo de la etapa procesal en que se produzca como ya se explicó con antelación.

En Proceso N° 2014-044 J.2E.P, se celebra un preacuerdo que se presenta como escrito de acusación consistente en eliminar la circunstancia de agravación punitiva del artículo 241¹⁵⁵ del Código Penal, referente a la realización de la conducta en coparticipación criminal, como único beneficio. De esta modificación resulta un descuento punitivo mayor al 12.5% de la pena, pese a ello el juez basado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de noviembre de 2013, considera que esta negociación se ajusta a la legalidad, pues este tipo de acuerdos están permitidos aun en los casos de flagrancia, entendiendo que la restricción impuesta por la Ley 1453/11¹⁵⁶ no afectó la segunda modalidad de

¹⁵⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 de 2011. Op. cit.

¹⁵⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 241.

¹⁵⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 de 2011. Op. cit.

negociación y no se puede hacer extensivos efectos desfavorables en aplicación de la ley penal con efectos sustanciales.

Del anterior pronunciamiento se entiende que la limitante impuesta por la Ley afecta tan solo la primera modalidad de negociación, es decir, aquella que permite como producto del acuerdo una rebaja de pena, continuando incólume la segunda posibilidad de modificación de la calificación jurídica con miras a una rebaja de pena en cualquier etapa de la actuación, así implique un descuento punitivo mayor.

Contrariamente a lo establecido con anterioridad, el Tribunal Superior de Bogotá en Sentencia del 10 de junio de 2014 (Rad. 110016000019201303684 01) consideró que el beneficio obtenido por quien es capturado en flagrancia debe respetar los límites establecidos por el parágrafo 57 de la Ley 1453 de 2011 para las dos modalidades de preacuerdo, por lo tanto, aunque sea admisible la degradación del grado de participación de autor a cómplice cuando el procesado haya sido capturado en flagrancia, el beneficio no puede exceder el límite señalado por dicha normatividad¹⁵⁷.

En el caso que se examinó, el preacuerdo degradó el grado de participación superando los topes consagrados en la Ley 1453 de 2011¹⁵⁸, y por ende su desconocimiento, lo que según el Tribunal se traduce en un doble beneficio y conlleva a la declaración de ilegalidad del mismo. De manera que esta Sala estima que la norma que regula la flagrancia debe aplicarse en toda su extensión a los preacuerdos y que al tratarse de una norma legal no es susceptible de negociación ni mucho menos de ser desconocida por las partes a la hora de suscribir un preacuerdo; por eso es tan importante informar con claridad al procesado y su defensor de los términos del preacuerdo como en este caso del límite establecido en la rebaja de pena en los casos de flagrancia, para que su aceptación se realice de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada so pena de presentarse afectación de las garantías fundamentales del encartado.

La Sala Penal del Tribunal llega a esta conclusión basada en la jurisprudencia constitucional (C.S.J. 11 de julio de 2012 Rad. 38285, cuando señala que en caso de aceptación de cargos y preacuerdos, los beneficios para quienes son capturados en flagrancia deben respetar los límites establecidos en la ley.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de febrero de 2014, señala que resulta evidentemente contrario a la ley que en casos de flagrancia se presenten preacuerdos en los que la rebaja de pena sea mayor a la

¹⁵⁷ ibíd.

¹⁵⁸ ibíd.

que se obtenga en los allanamientos, es decir cuando se modifique la conducta punible o se otorguen beneficios que comporten una rebaja de pena mayor a la prevista en el parágrafo del artículo 56 de la Ley 1453 de 2011¹⁵⁹.

Por lo tanto, la Corte aclara que cuando la captura no ocurre en situación de flagrancia, es posible preacordar la degradación de participación en la conducta punible como único beneficio. De lo contrario, no se admite debido a la limitación punitiva que se introdujo, pues la rebaja no podrá ser mayor que la cuarta parte.

Ahora, es importante señalar que en casos en los cuales los hechos delictivos ocurrieron antes de la vigencia de la norma en cuestión, a pesar de que el fallo se profiera con posterioridad, no se aplica la modificación que introdujo. Esto se evidencia en el Proceso N° 2014-285 J.3E.P., en donde el juez reconoce una rebaja del 50% porque la limitación por flagrancia no existía al momento de los hechos.

Llamó mucho la atención el Proceso N° 2014-131 J.2E.P. cuyos hechos ocurrieron en el año 2012, puesto que a pesar de preacordarse el reconocimiento de marginalidad como único beneficio, el funcionario acusador le comunicó al sentenciador que con base en la doctrina acogida en su momento por los Jueces de Circuito del Distrito Judicial de Pasto a cerca de la inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453, era posible que la rebaja de pena por el sometimiento a cargos en audiencia de formulación de imputación aunque se haya capturado en flagrancia fuera de hasta el 50%.

Cabe resaltar que en Sentencia C-240/14¹⁶⁰ se presenta demanda de inconstitucionalidad en contra del parágrafo del Artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 por vulnerar el principio de igualdad, al disponer que la persona que incurra en causales de flagrancia sólo tendrá derecho a 1/8 de rebaja de la pena imponible, mientras que los congresistas se les aplica el artículo 40 de la Ley 600 de 2000¹⁶¹, por lo que podrían tener derecho a 1/3 de rebaja de la pena imponible.

Frente a esto la Corte concluye que los supuestos de hecho del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, tienen diferencias cualitativas y cuantitativas relevantes y los sujetos a los cuales se aplican estas normas no son equiparables, por lo tanto el parágrafo en discusión no incurre en la discriminación señalada.

¹⁵⁹ ibíd.

¹⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-240/14. Op. cit.

¹⁶¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Por lo tanto, si la norma establece un procedimiento penal especial para los congresistas, que consagra diversas oportunidades para reconocer la responsabilidad penal con su consecuente rebaja de pena, no implica una discriminación injustificada y el hecho de que la modificación del proceso ordinario no se extienda al especial, no se configura en una omisión legislativa relativa. Por lo tanto se declara exequible el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

6.11 CONTROL FORMAL Y MATERIAL

Es cierto que los preacuerdos y las negociaciones entre fiscalía e imputado y acusado se introdujeron con el fin de obtener pronta y cumplida justicia, pero esto no se puede lograr sacrificando los derechos y garantías fundamentales, por lo tanto, toda negociación debe someterse a un control de legalidad en busca de la justicia material.

En cuanto a ese control de legalidad que debe realizar el juez a la hora de aprobar o rechazar un preacuerdo se han tomado dos posturas:

En la primera de ellas se limita de manera estricta la intervención del juez en los preacuerdos realizados entre procesado y fiscalía, verificando únicamente los requisitos de forma. En contraposición a esta, se desarrolla otro tipo de control que va mucho más allá, pues el juez está facultado para cuestionar los aspectos negociados por las partes. A continuación se presenta un análisis de estas formas de control judicial.

6.11.1 Control formal. Supone una intervención judicial dentro de un marco de movilidad limitado, pero no ausente, puesto que es deber del juez vigilar el respeto por los derechos y garantías del imputado o acusado. Es por ello que el juez al realizar el control de legalidad de un preacuerdo debe verificar la existencia de un mínimo probatorio que permita inferir razonablemente que el imputado o acusado es autor o partícipe de la conducta que se le endilga, examinando de fondo la aceptación de responsabilidad para que la decisión esté lo suficientemente sustentada tanto fáctica como jurídicamente.

En cuanto al tema del control judicial del preacuerdo, la Corte Suprema de Justicia el 17 de febrero de 2014 analiza si la improbación de un preacuerdo ilegal hace parte de las funciones que debe cumplir la judicatura. Así, la Sala en forma unánime es partidaria de considerar que lo preacordado por la fiscalía y el procesado no puede ser desconocido por el juez y, por ello, el único camino que tiene es el de aprobar el preacuerdo so pena de incurrir en una vía de hecho, siempre y cuando no exista vulneración de derechos y garantías fundamentales.

Ahora bien, para una mayor comprensión del tema se trae a consideración diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia:

En el radicado 39.892 del 6 de febrero de 2013 se precisó que la acusación que incluye allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella, es un acto que únicamente le compete a la Fiscalía, por lo tanto no puede ser objeto de cuestionamiento del juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339, procesal. De lo contrario, se anticiparía la discusión propia del juicio en una etapa procesal inoportuna. Así, cuando el juez muta la imputación de la fiscalía agravando la situación jurídica del accionante, asume el papel de co-acusador desconociendo el principio de imparcialidad.

Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el procesado son vinculantes para las partes y el juez, a menos que se observe lesión a garantías fundamentales. Permitir que el juez intervenga en la acusación va en contra del principio de imparcialidad, pues el juzgador no puede inmiscuirse en el debate sino construir la verdad a partir de los argumentos y las pruebas aportadas por las partes e intervinientes.

En Auto del 6 de mayo de 2009, radicado 31.538, se establece que en el proceso penal, a la Fiscalía le compete la persecución penal estatal, por su parte los jueces son responsables de custodiar el respeto a los derechos y garantías individuales y la correcta aplicación de la ley en cada caso, pero no tiene competencia para cuestionar la imputación, únicamente realizar sobre ella un examen formal. Por lo tanto allegado el escrito de acusación o el acta de allanamiento que, aceptada, equivale al mismo, el juez de conocimiento tratándose de un acto voluntario y libre de aceptación de la imputación, debe aprobarlo y convocar a la audiencia para individualizar la pena.

Posteriormente, en pronunciamiento del 14 de agosto de 2013 radicado 41.375, esta Corporación consagró que solo, al momento de adoptar la decisión la acusación estará sometida a control, pues el juez podrá acogerla o rechazarla.

La anterior reseña jurisprudencial fue ratificada en sede de tutela en los fallos 69.478 del 24 de septiembre y 70.392 del 13 de noviembre, ambos del 2013, concediendo la protección del derecho fundamental al debido proceso, al constatar la injerencia indebida del juez en las funciones propias del fiscal.

En el estudio realizado en los Juzgados de Ejecución de penas, el cual abarcó las sentencias proferidas en la ciudad de Pasto en el primer semestre del 2014, se encuentra que predomina el control formal, puesto que el sentenciador únicamente se limita a constatar los requisitos de forma, respetando la negociación hecha por las partes y adoptando su decisión en los términos del preacuerdo.

En la mayoría de los juzgados en la audiencia de verificación de la legalidad del preacuerdo se tienen en cuenta los siguientes criterios:

- El preacuerdo debe contar con suficiente material probatorio, evidencia física e información legalmente obtenida, que permita inferir la ocurrencia del hecho típico sin que se adelante la ritualidad del juicio así como también la autoría o participación del procesado en la conducta delictiva, puesto que de conformidad con el inciso 3 del artículo 324 del Estatuto Procesal Penal la negociación efectuada no puede comprometer la presunción de inocencia¹⁶².
- No desconoce derechos ni garantías fundamentales del procesado ni de la víctima (derecho a la información de la víctima).
- La aceptación debe ser libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. Además se requiere que el procesado esté debidamente asesorado y asistido por su defensor.
- El artículo 351¹⁶³ establece que los acuerdos celebrados entre la fiscalía y el imputado o acusado obligan al juez de conocimiento a la hora de dictar sentencia, así mismo si dentro de la negociación se pactó el monto de la sanción y ésta se encuentra dentro de los parámetros legales pues en estos casos el artículo 3 de la Ley 890 de 2004¹⁶⁴ consagra que el sistema de cuartos no será aplicable. Cabe recordar que una vez aceptados los términos del preacuerdo por parte del juez, el preacuerdo es requisito de congruencia para decidir y por lo tanto éste no podrá imponer una pena superior a la solicitada por la fiscalía, en aplicación al artículo 370 C.P.P.
- La negociación realizada es proporcional.
- Es un pacto desplegado con pleno apego a las normas sustanciales y procesales del caso y por ende no contraviene el principio de legalidad de la pena ni desconoce las prohibiciones estrictas para ciertos casos, debiendo ser aceptado sin reparos.
- Se corrobora que se celebró de conformidad con las normas que regulan el preacuerdo, además de contar con suficientes fundamentos jurídicos.
- Comporta un único beneficio que no soslaya las finalidades y principios del preacuerdo.

¹⁶² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. Op. cit., Art. 324.

¹⁶³ *Ibíd.*, 351.

¹⁶⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 de 2004. Op. cit.

- Se efectuó bajo la facultad negociadora de la fiscalía, dentro del ámbito y marco de movilidad permitidos, sin que se desborden las prerrogativas del titular de la acción penal que han sido atribuidas por la justicia premial.
- El monto del descuento punitivo por aceptación de cargos debe estar en consonancia con la situación de flagrancia en que se aprehendió según el caso y la etapa procesal en que se produce la aceptación.
- Las circunstancias objeto de convenio deben referirse a los hechos que determinan la imputación fáctica y jurídica. El preacuerdo contiene las exigencias de rigor al imputado, la narración fáctica y la formulación de la imputación para finalmente especificar los términos de la aceptación de culpabilidad por preacuerdo con la fiscalía, habiéndose verificado por el juzgador, que la expresión de voluntad del procesado fuera fruto del entendimiento de los alcances del mismo, la ilustración de los derechos que le asisten y su espontánea renuncia, libre de presión alguna.
- Ninguna de las partes se opuso a su aprobación.
- No se encuentra afectado de vicios del consentimiento. No concurren circunstancias que afectan lo actuado.
- El procesado es una persona imputable.

A pesar de la facultad de celebrar preacuerdos la judicatura debe verificar los aspectos vertebrales como la existencia del punible y la responsabilidad del procesado; sin embargo las situaciones que se preacuerdan como la marginalidad, no requieren ser verificadas de ninguna manera, pues forman parte de las facultades que tiene la fiscalía. Es evidente el control formal realizado por los jueces en casos en los cuales la fiscalía reconoce al imputado o acusado a través de un preacuerdo, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas contenidas en el artículo 56 del Código Penal y se aportan pruebas que acreditan dicha situación; pues a la hora de verificar la legalidad del mismo, el juzgado considera que su demostración con medios de prueba resulta innecesaria y no tiene en cuenta los elementos materiales probatorios aportados por las partes porque esa situación se pactó como único beneficio en el preacuerdo.

6.11.2 Control material. Esta postura sostiene que los jueces están facultados para ejercer un control más a fondo sobre lo que preacuerden las partes porque los preacuerdos no pueden implicar la renuncia a los derechos y garantías de los cuales no solamente son titulares los procesados sino también las víctimas.

La Fiscalía como titular de la acción penal tiene la facultad de celebrar preacuerdos con el procesado y su defensor y es deber del juez respetarlos y aprobarlos. Sin embargo si dichos preacuerdos son ilegales bien porque conceden más beneficios de los autorizados por la ley, se omite imputar agravantes u otros delitos, se desconocen prohibiciones legales o el principio de congruencia entre lo fáctico y lo jurídico, debe rechazarlos, porque la obligación de los jueces es estar vigilantes de la actuación procesal para corregir los actos irregulares más aún si a través del preacuerdo se pretende patrocinar la impunidad pasando por encima de la ley. Y no solo es obligación del juez hacer respetar la legalidad sino también de todos los servidores públicos.

En sentencia del 1 de junio de 2006 (Radicado N° 24.7644) la Corte Suprema de Justicia sostiene que de existir algún error en la tipicidad, es decir en la calificación jurídica de los hechos que se investigan, el fiscal puede unilateralmente modificarla pero siempre conforme a derecho, de no ser así el juez se encuentra facultado para ejercer control material en el ámbito legal y constitucional.

Como bien se sabe el fiscal no tiene la libertad absoluta para tipificar la conducta punible, puesto que en sentencia C -1260 de 2005¹⁶⁵ se consagró que a los hechos no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Se observa que en providencia C-591 de 2005 la Corte señaló que la única situación en la que no puede el juez desconocer la voluntad de las partes es la relacionada con la pena, otros supuestos jurídicos diferentes imponen el control material para no tolerar el desconocimiento de derechos y garantías constitucionales.

Sin embargo con posterioridad, en sentencias del 15 de julio de 2008 y 8 de julio de 2009, radicados 28872 y 31280, en su orden, se señala que el juez debe controlar no solo la legalidad del acto de aceptación, sino también la de los delitos y de las penas, en protección del debido proceso; por lo tanto si la adecuación típica realizada por la fiscalía es ilegal, el juez está facultado para intervenir más allá de lo simplemente formal frente a la trasgresión de derechos y garantías superiores.

Por su parte, en decisión 37.951 del 19 de junio de 2013, la misma judicatura señaló que cuando la fiscalía defina la formulación de los hechos jurídicamente relevantes y estos son aceptados por el imputado, pero el juez invalida la imputación para que sea complementada como según el corresponde, está realizando un CONTROL MATERIAL de la acusación.

¹⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -1260 de 2005. Op. cit.

De ello se concluye que el juez excepcionalmente puede hacer una revisión de los aspectos materiales de la acusación como la tipificación de la conducta, siempre que se evidencie vulneración de derechos fundamentales.

Es así como en sentencia 41570 del 20 de noviembre de 2013, se analiza un caso en el cual el juez de instancia realizó un control material del preacuerdo celebrado entre la fiscalía y el procesado, declarándolo ilegal, pues concedía la degradación de autoría a complicidad y se eliminó un agravante, ocasionando una rebaja que, a la luz de la normativa y la jurisprudencia no resulta admisible, pues se le quitó al juez la posibilidad de fijar los ámbitos de movilidad.

Frente a esto, recordó que la ley le otorga un adecuado margen de maniobra a la Fiscalía, de modo que las sanciones que finalmente se impongan guarden proporción con la gravedad de los hechos.

Igualmente en la sentencia del 17 de febrero de 2014 la Corte analizó un caso en el cual se celebró un preacuerdo que modificó la conducta típica de tentativa de homicidio a lesiones personales, considerando que dicha negociación constituye una clara trasgresión de los principios de legalidad, verdad y justicia y por lo tanto a la luz del ordenamiento jurídico se debe rechazar, en el entendido de que el juez no solo debe realizar una revisión formal del preacuerdo, sino que debe analizarlo para cerciorarse de que exista una debida imputación de las conductas y el respeto por las garantías fundamentales.

Llama la atención el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en fallo de tutela T-73555 del 20 de mayo de 2014¹⁶⁶, pues la Corte establece que el juez con el fin de salvaguardar las garantías de las partes e intervinientes debe ejercer un control constitucional y material, puesto que si bien a la fiscalía la ley le ha otorgado la facultad de acusar, debe hacerlo con apego a la estricta tipicidad y prestigio para la administración de justicia. Al ejercer dicho control no quiere decir que el juez deba imponer su criterio propio sobre el caso en particular. En esta oportunidad la Sala señala que el juez en ejercicio de sus funciones no puede aceptar allanamientos a cargos o acusaciones y preacuerdos que desconozcan la realidad ontológica de los hechos. Por lo tanto no es lícito que el autor de un delito pueda ser considerado como cómplice o un hecho consumado como tentado, que se otorguen rebajas mayores a las autorizadas por la ley en casos de flagrancia o que se otorgue un sustituto penal expresamente prohibido por la ley en el aspecto objetivo, entre otros.

A continuación se expondrán los casos analizados en la ciudad de Pasto, en los cuales en audiencia de verificación de la legalidad del preacuerdo el juez realizó un control material del mismo:

¹⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS. STP6342-2014. Radicación nº 73555 Magistrado Ponente. Eugenio Fernández Carlier.

Se encontró 3 casos con Radicados 2014-227 J.1E.P. , 2014-126 J.1E.P. y 2014-063 J.2E.P., en donde la fiscalía preacordó con el procesado el reconocimiento de las circunstancias de marginalidad como único beneficio; no obstante, al revisar los elementos materiales probatorios aportados por las partes el juez encontró que dicha situación se encontraba plenamente acreditada siendo pertinente otorgarla como un derecho indisponible y no como beneficio, puesto que no es dable su renuncia por parte del procesado ni siquiera a la hora de suscribir un preacuerdo. Una vez hecha esta declaración el juez confirió adicionalmente la rebaja establecida por aceptación de cargos de acuerdo a la etapa en que se presentó sin que ello conlleve al desconocimiento de las facultades con que cuentan el ente acusador y el investigado ni constituya un doble beneficio.

En otro de los procesos Radicado N° 2014-119 J.3E.P, se preacordó la aplicación de la figura sustituta de la prisión domiciliaria como único beneficio, sin embargo el juez concedió a parte del beneficio preacordado, el descuento por aceptación de cargos argumentando que el preacuerdo recae sobre una consecuencia de los hechos imputados que no refleja un cambio favorable para el imputado en cuanto a la pena a imponer y por esa razón no se incurre en la prohibición de doble beneficio.

En el asunto con Radicado N° 2014-266 J.2E.P., se presentó una acumulación de procesos y el preacuerdo consistió en reconocer marginalidad frente a un solo delito. En la revisión realizada por el juez concluye que al tratarse de un concurso de delitos conexos con unidad de tiempo y acción, se permite reconocer marginalidad para el otro delito alterando de esta manera el contenido del preacuerdo.

Por otra parte en el caso N° 2014-077 J.2E.P., las partes además de realizar una variación de la conducta de concusión a constreñimiento ilegal, preacordaron el aspecto subjetivo para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; pese a ello el sentenciador analizó su procedencia para determinar si la reconocía o no.

Ahora bien, en proceso N° 2014-287 J.2E.P., el juez improbo el preacuerdo celebrado por considerar que el mismo favorecía al acusado con un doble beneficio, decisión que fue apelada y posteriormente confirmada por el superior. Más adelante, la fiscalía presenta un nuevo escrito de preacuerdo en el cual se degrada la participación de coautor a cómplice como único beneficio, y en estos términos fue aprobado por la judicatura.

Finalmente, en el caso N° 2014-125 J.2E.P. (Hurto calificado y agravado-fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones), estando en turno para la audiencia preparatoria, la fiscalía y el acusado presentaron un primer escrito de preacuerdo que fue improbadado cuando al someterlo al control judicial, consideró que el mismo desbordaba el principio de legalidad en especial el

requisito de procedibilidad ante la carencia de reparación de los daños causados con la conducta. Posteriormente se allegó un segundo preacuerdo que también fue improbadado. Luego se presentó un tercer preacuerdo, mismo que fue replanteado mediante escrito reconociendo las circunstancias de marginalidad y en estos términos fue aprobado.

7. CONCLUSIONES

De los referentes normativos, los precedentes jurisprudenciales reseñados y el análisis de las sentencias proferidas en la ciudad de Pasto, se extraen las siguientes conclusiones:

Las formas de terminación anticipada del proceso presentan una amplia tradición en el ordenamiento jurídico colombiano, pues tienen su origen aun antes de la constitución de 1991, sin embargo con la expedición del Decreto 2700 de 1991 se instaura la denominada sentencia anticipada similar al allanamiento a cargos y la audiencia especial con una intervención activa por parte de la fiscalía ya que las partes podían acordar los aspectos facticos y la pena a imponer, siendo este el precedente de los preacuerdos. No obstante, esta última fue suprimida en la ley 600 y no se implementó un procedimiento similar.

No se debe confundir allanamiento con preacuerdo. La aceptación unilateral de cargos no requiere negociación con la fiscalía, es la decisión del procesado de aceptar los cargos formulados por el ente acusador y la sanción a imponer queda sometida al criterio del juez de acuerdo a los parámetros que le otorga la ley penal y acudiendo al sistema de cuartos.

Sin importar la forma en que se ponga fin a un proceso penal y se dicte sentencia ya sea de manera anticipada o mediante un juicio ordinario adelantando todas las etapas procesales, siempre y en todo momento debe prevalecer el respeto de las garantías fundamentales no solo del procesado sino también de la víctima. Si bien las formas de terminación anticipada del proceso se han instaurado con el fin de lograr eficiencia y eficacia en la resolución de los conflictos penales, esto no se puede lograr sobrepasando el ideal de justicia, puesto que al acudir a la figura del preacuerdo, la verdad resulta ser una construcción consensuada a diferencia del juicio cuya finalidad es llegar a la verdad material de los hechos a través de las pruebas aportadas por las partes. Es por ello que debe existir un equilibrio entre eficacia y justicia para lograr los objetivos propuestos al instaurar el preacuerdo como un mecanismo de terminación anticipada del proceso.

Las conversaciones entre fiscalía y procesado para llegar a una acuerdo no tienen ningún valor si la aceptación de responsabilidad no se consigna en el acta respectiva con el cumplimiento de los requisitos legales.

La negociación debe regirse bajo los principios de congruencia, presunción de inocencia, irretractabilidad, legalidad, estricta tipicidad, transparencia y lealtad con la administración de justicia para evitar que se concedan más beneficios de los autorizados desacreditando el sistema de judicial y generando impunidad.

El sistema penal acusatorio al introducir mecanismos de terminación anticipada del proceso ha promovido la aceptación de culpabilidad del imputado a cambio de la concesión de beneficios que conlleven rebajas de condena, puesto que quien decide llevar a cabo un juicio ordinario y finalmente al encontrarse culpable le será aplicada una sanción mucho más severa. Esta renuncia mutua de las partes a llevar a cabo un juicio público, concentrado y con inmediación de pruebas no contraría el principio constitucional del debido proceso ni el derecho de defensa siempre y cuando se cumpla en armonía con la ley. He aquí la importancia del control que realiza el juez verificando la no vulneración de garantías fundamentales y que la renuncia haya sido libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y asesorada ya que si bien es cierto que el imputado tiene la facultad de renunciar a la etapa del juicio, no a los principios que la rigen.

Se ha criticado el hecho de que al estar prohibida la intervención del juez en la celebración del preacuerdo, su papel sea más administrativo que judicial, pero resultaría improcedente que el juez pueda incidir en la voluntad del procesado pues de ser así se trastocaría el principio de imparcialidad, ya que el juez no puede imponer en el proceso su propia teoría del caso. La justicia negociada como el mecanismo más común para finiquitar los procesos, debe regirse por rigurosos mecanismos de control para garantizar los fines para los cuales fue implementado, si bien el juez no puede intervenir en la celebración del preacuerdo, si evidencia una trasgresión abierta de la normatividad o vulneración de las garantías fundamentales de las partes, se encuentra habilitado para ejercer un control material sobre el mismo.

A pesar de dicho control, en el estudio realizado en la ciudad de Pasto, se encontraron 6 sentencias basadas en negociaciones en las cuales la fiscalía otorgó más de un beneficio al procesado, lo que a las luces del ordenamiento jurídico debió declararse ilegal.

A pesar de que en un primer momento se puede deducir que la ley 906 al permitir que las partes puedan acordar los delitos y las penas y que a dicha negociación queda sometido el juez de conocimiento sin posibilidad de imponer una pena superior a la solicitada por la fiscalía, se le trasladó a ésta una función de carácter jurisdiccional; lo cierto es que estos mecanismos han logrado que el sistema judicial abarque un número considerable de procesos que antes de la ley 906 resultaba imposible por todo el desgaste que un juicio ordinario implica. De no existir tanto el allanamiento como el preacuerdo el sistema judicial habría colapsado es por ello que se puede concluir que la justicia negociada correctamente realizada representa un instrumento importantísimo de la administración de justicia, para obtener una pronta solución de la mayoría de los procesos penales.

La justicia negociada le otorga a la fiscalía un amplio margen de discrecionalidad como ente acusador y se podría pensar que en ciertos casos las rebajas de pena pueden quedar sujetas al arbitrio del fiscal o la habilidad negociadora del

procesado o su abogado generando inseguridad jurídica; sin embargo dicho poder es limitado, ya que es al juez a quien le compete aprobar el convenio realizado para dictar sentencia de acuerdo a los términos que se hayan establecido entre las partes solo si la negociación se llevó a cabo con el lleno de los requisitos legales. Además, la ley no le otorga la facultad de crear nuevos tipos penales pues en su función negociadora le concierne adecuar los hechos que se investigan a una conducta punible previamente establecida en la ley penal.

Es de anotar que la fiscalía como titular de la acción penal cuenta con plena libertad en la adecuación fáctica que realice en la formulación de imputación pero no se aplica lo mismo para las actuaciones procesales posteriores a ella. Con la figura de los preacuerdos se requiere que el procesado tenga pleno conocimiento de las imputaciones fácticas y jurídicas para aceptar no solo la comisión de unos hechos jurídicamente relevantes sino la responsabilidad penal de una conducta típica, antijurídica y culpable. En este sentido, en dicho acto procesal le corresponde realizar una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes lo más cercano posible a la realidad para que el imputado pueda optar por la celebración de preacuerdos desde esta etapa del proceso, recordando que el hecho de que los elementos materiales se descubran en la audiencia de formulación de acusación no vulnera los derechos del procesado. No obstante, no es obligación del fiscal celebrar un acuerdo con el procesado, puesto que puede rehusar a hacerlo sin que dicha negativa configure una violación del debido proceso en el sentido de que no se puede imponer al fiscal acceder a una pretensión de desborde los parámetros de la justicia negociada.

La víctima como interviniente especial en un sistema adversarial no cuenta con la facultad de acusar, de ello se encarga la fiscalía quien tiene el deber de escucharla en todo momento porque resulta muy útil en su labor investigativa. Sin embargo no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta al momento de celebrar un preacuerdo garantizando su derecho a ser oída e informada acerca de su celebración. La víctima no está facultada para intervenir como parte acusadora porque ello generaría un desequilibrio entre acusador y acusado creando desigualdad y una clara trasgresión a los derechos del procesado, quien tendría que defenderse frente a dos teorías de caso. En la audiencia de verificación del preacuerdo la víctima puede ser escuchada y está facultada para presentar objeciones pero no tiene poder de veto al menos que se le hubiesen vulnerado garantías fundamentales.

En el evento de estar en desacuerdo con la sentencia proferida cuenta con la posibilidad de promover el incidente de reparación integral, impugnar la decisión o solicitar su revisión extraordinaria si se trata de condenas en procesos por violaciones a derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional haya concluido que dicha condena es aparente o irrisoria.

Es de suma importancia la intervención del juez frente a la aprobación de acuerdos que aprueban condenas irrisorias puesto que ello crea desconfianza respecto del sistema de justicia que se promueve a través de sentencias anticipadas y dejan mucho que decir de los beneficios que otorga la justicia reparatoria. Por este motivo, el legislador ha prohibido la concesión de beneficios por preacuerdo para ciertos delitos por su gravedad e impacto social, entre los cuales se encuentran el terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, así como también aquellos delitos que atentan contra la integridad física y sexual de los niños, niñas y adolescentes.

Es de anotar que en aplicación a la libertad que tiene la fiscalía para formular la imputación, está habilitada para modificarla unilateralmente cuando no cuente con elementos materiales probatorios suficientes. En la parte práctica de esta investigación se encuentra que coincidentalmente la mayoría de casos en los cuales la fiscalía varía la imputación es frente a delitos en los que la ley ha prohibido expresamente la concesión de beneficios por motivo de preacuerdo.

Cabe recordar que en aquellos delitos en los cuales el procesado por expresa prohibición de la ley no pueda obtener beneficios por aceptación de cargos, no será aplicable la ley 890 de 2004 que incrementa el monto de las sanciones por razón de los descuentos otorgados a través de los mecanismos de terminación anticipada del proceso. No obstante, en casos de lesiones personales dolosas y delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los niños, niñas y adolescentes existen otras normas diferentes a la ley 890 que consagran sanciones más severas y contienen dicha prohibición. Es por ello que además de no poder acceder a los beneficios por aceptación de responsabilidad, se aplican los aumentos de pena para esta clase de delitos que se rigen por normas posteriores a la Ley 890 de 2004.

Pero en cuanto a los delitos de secuestro y homicidio doloso contra niños, niñas y adolescentes no existe norma posterior que imponga una sanción diferente a la ley 599 de 2000 y por lo tanto si el procesado celebra preacuerdos o se allana a cargos sin recibir ningún tipo de descuento, será inaplicable la ley 890.

Es preocupante el hecho de que en el estudio de las sentencias proferidas en la ciudad de Pasto, se encontró tres casos en los cuales se desconoció abiertamente la ley por parte de los funcionarios judiciales puesto que se otorgó beneficios por preacuerdo a pesar de la expresa prohibición por razón del delito. En estas condiciones el acta de preacuerdo fue aprobada por el juez y en base a ella dictó sentencia.

Como ya se dijo, la ley le otorga a la fiscalía la potestad de reconocer un beneficio al procesado a cambio de la aceptación que haga de los cargos imputados. En un primer momento se podría concluir que si bien es deber del juez verificar la existencia de la conducta punible así como también la responsabilidad del

procesado, no sucede lo mismo frente a las circunstancias que se preacuerdan puesto que no tendría sentido conceder a través de una negociación algo que ya se encuentra probado y debería decretarse como derecho, pues ello evitaría la posibilidad de acceder a otro tipo de contraprestación. Sin embargo, en la práctica judicial se observa que en ciertos casos a la hora de celebrar un preacuerdo se aportan pruebas que sustentan el beneficio que se ha reconocido por parte de la fiscalía.

En este punto se resaltan dos posturas que están tomando los jueces a la hora de verificar la legalidad de los preacuerdos: una dominante según la cual el juez se abstiene de realizar cualquier análisis probatorio de las circunstancias objeto de preacuerdo por considerarlo inoficioso pues el convenio por su naturaleza no requiere ser probado. Por su parte un grupo reducido en contraposición al anterior planteamiento, analiza los elementos materiales probatorios aportados, ya que de conocer que las circunstancias concedidas en el escrito de preacuerdo concurren y fueron determinantes en la comisión de la conducta delictiva, la declaran como derecho indisponible y consecuentemente hacen efectivo el descuento correspondiente por aceptación de cargos de acuerdo a la etapa procesal en que se haya surtido.

Respecto a esta divergencia, se tiene que jurisprudencialmente se ha permitido al juez alterar el contenido de un preacuerdo reconociendo cualquier causal de atenuación que afecte los extremos punitivos legales siempre y cuando se encuentre sustentado en elementos materiales probatorios que demuestren con certeza derechos a los cuales el procesado no puede renunciar.

De acuerdo a lo anterior, la aplicación de diversos criterios puede traducirse en desigualdad entre procesados pues el monto de la pena depende del criterio de valoración del juez. No obstante, también se debería analizar a las partes en su potestad de pactar aspectos que de encontrarse probados deberían solicitarse como derechos.

Cuando un imputado es investigado por dos o más delitos y celebra un preacuerdo con la fiscalía, el beneficio se extiende para todos los delitos sin que ello constituya un doble beneficio siempre y cuando se trate de delitos conexos con unidad de tiempo y acción.

Se resalta que el art 349 del Código de Procedimiento Penal es un requisito de procedibilidad para la celebración de preacuerdos en aquellos delitos en los cuales se haya percibido un incremento patrimonial fruto del mismo, asegurando el reintegro de lo obtenido con ocasión del ilícito, mas no se puede confundir con la reparación integral de la víctima pues de ser así se generaría una desigualdad frente a procesados ya que solo podrían acceder a esta figura aquellos que cuenten con recursos económicos suficientes. Resulta pertinente tener en cuenta si el delito afectó el patrimonio público o privado, pues en el primero de los casos

el reintegro debe ser total, a diferencia del segundo que por su naturaleza puede estar sujeto a la voluntad de las partes.

El descuento por reparación integral efectuada es un derecho del procesado cuyo monto no depende de la etapa procesal en la cual se haya aceptado cargos ya que no se constituye en un mecanismo de modificación de los límites punitivos, pues dicha rebaja se aplica una vez individualizada la pena como premio por hacer cesar los efectos nocivos del delito. Lo que si es factible preacordar es el monto del descuento que oscila entre el 50 y el 75%. Cabe resaltar que la víctima puede desistir libremente de la indemnización integral o aceptar una indemnización de menor valor a la que tenía derecho y posibilitar al procesado a acceder a dicho descuento punitivo.

Es posible preacordar el monto de la pena y la forma en que se va a cumplir ya sea en prisión domiciliaria o suspensión condicional de la ejecución de la pena cuando se cumpla con los requisitos legales, sin que se constituya en un doble beneficio porque el preacuerdo cuando recae sobre la consecuencia de los hechos imputados no refleja un cambio favorable con relación a la pena por imponer. No es factible reconocer prisión domiciliaria o suspensión condicional de la ejecución de la pena sin el cumplimiento del requisito objetivo, por el contrario el requisito subjetivo si es susceptible de preacuerdo.

En cuanto al tema de la limitante impuesta por la ley 1453 de 2011 en los casos de captura en flagrancia que consagra que en este evento el procesado solo tendrá derecho a la cuarta parte del beneficio por aceptación de cargos de acuerdo a la etapa procesal en que se haya efectuado, existe controversia, pues de una parte se entiende que la restricción impuesta solo afecta la primera modalidad de acuerdo consistente en el reconocimiento de la rebaja de pena dependiendo de la etapa procesal en que se acepte cargos; y por otra, se mantiene que la norma afecta tanto esa modalidad de acuerdos como aquella tendiente a reconocer un beneficio que refleje un cambio favorable al procesado puesto que esa concesión no puede implicar un descuento punitivo mayor del señalado por la ley.

8. RECOMENDACIONES

Es importante dar a conocer que en diciembre de 2013 se celebró un foro en la ciudad de Paipa, cuyo objetivo era conocer las propuestas de una comisión conformada por fiscales y magistrados de la Corte Suprema de Justicia y en el que intervinieron también miembros de la academia, para solucionar los problemas del sistema de justicia presentando un proyecto al Congreso de la República, sin embargo por la diversidad de criterios no hubo acuerdo.

Entre las propuestas, para disminuir las dificultades en la entrega de beneficios a través de un preacuerdo, una alternativa para que los procesados accedan a este instrumento fue eliminar las leyes posteriores a la ley 906 de 2004 que prohíben la concesión de beneficios derivados de un preacuerdo con ocasión del delito y las víctimas sobre las que recae por ejemplo los niños, niñas y adolescentes. Lo anterior se sustenta en que las restricciones evitan que la figura del preacuerdo funcione en los términos originales de la ley 906 de 2004.

Es por ello que también se plantea la eliminación del requisito de procedibilidad contenido en el artículo 349 del C.P.P. en cuanto no se exija al procesado a entregar el 50% de lo percibido con la conducta punible ni se garantice el recaudo del remanente.

Así mismo, se propuso conceder mayores rebajas de pena por aceptación de cargos de las que se encuentran estipuladas en la ley, que la fiscalía cuente con un mayor margen de discrecionalidad en su facultad negociadora. Además, se planteó que si la conducta fuese culposa, los procesados no pagarían un solo día de cárcel para evitar el desgaste judicial.

Esta preocupación nacional y los resultados del estudio realizado reflejan que el sistema penal a pesar de las reformas que han sido introducidas a lo largo del tiempo, aún tiene problemas que se deben solucionar, pues es claro que en ciertos temas no existe claridad a la hora de administrar justicia y la diferencia de criterios provoca que no se entiendan los alcances de la justicia negociada creando inseguridad jurídica y tratamiento desigual entre procesados

Se observa que en algunas ocasiones a pesar de que la fiscalía considera que un preacuerdo se celebró correctamente, a la hora de verificar su legalidad, algunos funcionarios judiciales consideran que no se ajusta a derecho. Esta situación requiere la unificación de criterios para llenar los vacíos que se prestan para diversas interpretaciones.

Dicha confusión de conceptos jurídicos y los vacíos en ciertos puntos, han impedido la correcta aplicación de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y los imputados o acusados.

Sin embargo, dicha unificación de criterios no puede desconocer los principios rectores del derecho penal, proporcionalidad, racionalidad y justicia material con el pretexto de obtener eficiencia y eficacia en la administración de justicia.

Mientras que por una lado la realidad social requiere que se tipifiquen un gran número de conductas y se incrementen penas en pro de la seguridad, por otro se propende por que la pena privativa de la libertad deje de ser el principal camino de reinserción y cohesión social, pues la experiencia ha demostrado que en dicha función el sistema carcelario ha fracasado y hoy por hoy se toman medidas para reducir la congestión carcelaria. Si por un lado se piensa que hacer las penas más rigurosas mejoraría la calidad de vida de los colombianos, no nos detenemos a pensar que esto agrava la labor del ente acusador puesto que se hacen más grandes las exigencias para demostrar la culpabilidad del procesado, lo que a la larga conllevaría a un incremento en los índices de impunidad.

Los mecanismos de terminación anticipada del proceso han generado muchas críticas pues en su afán de lograr economía y finiquitar los procesos rápidamente, en algunos casos han propiciado la concesión de penas que no llenan las expectativas de los ciudadanos; ello se debe a que aún no se ha dejado de lado el sentido de venganza ya que antes que la reparación de los daños causados se espera una sentencia de condena más severa, lo que requiere un cambio de mentalidad de todos teniendo en cuenta que nuestro sistema penal acusatorio ya no se fundamenta en una justicia retributiva sino restaurativa.

No obstante, es deber de todos los funcionarios del estado actuar en busca de la justicia material, es decir que más allá de las formas procesales y las estadísticas de en cuántos casos se ha proferido sentencia, es fundamental el respeto de todos los derechos y garantías de las partes e intervinientes con el fin de acercarse a la solución de los procesos que sea más acorde con la realidad pues de nada sirve una sentencia pronta si no está revestida de verdad y justicia.

BIBLIOGRAFÍA

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo. Justicia criminal consensuada. Tirant Lo Blanch. Valencia: Corte Suprema de Wisconsin, Jung vs. State, 32 Wis. 541; 145 N. W. 2d 684. 1966. p. 34.

FERRAJOLI. Derecho y razón o teoría del garantismo penal. Madrid-España: Trotta, 1995. p. 60.

KANT, E. Crítica de la razón pura. Madrid: s.n., s.f. p. 55.

Jurisprudencia:

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Bogotá: El ministerio, 1991. Art. 132.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-025 de 2010. Magistrado Ponente: Nilson Elías Pinilla Pinilla.

_____. _____. Sentencia C-173 de 2001. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

_____. _____. Sentencia C-200 de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

_____. _____. Sentencia C-420 de 2002. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

_____. _____. Sentencia C-425 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

_____. _____. Sentencia C-516 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

_____. _____. Sentencia C-645 de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____. _____. C-979 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. _____. Sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. De las normas rectoras de la ley penal colombiana.

_____. _____. Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

_____. _____. Ley 890 de 2004. Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal.

_____. _____. Ley 906 de 2004. Diario Oficial No. 45.657, de 31 de agosto de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Principios rectores y garantías procesales.

_____. _____. Ley 1098 de 2006. Por el cual se establece el código de la infancia y la adolescencia.

_____. _____. Ley 1121 de 2006. Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones.

_____. _____. Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

_____. _____. Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. CSJ SP, 1 de junio de 2006, rad. 24764. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández

_____. _____. Sentencias del 10/08/2006, Rad. 22289, en conc. Con sentencia del 8/2/2000, rad. Núm. 11203.

_____. _____. . Proceso N° COLOMBIA. 24531 del 4 de mayo de 2006.

_____. _____. Proceso N° 24817 del 22 de junio de 2005 C.S.J.

_____. _____. . Proceso N° COLOMBIA. 25389 del 10 de mayo de 2006. Magistrado Ponente: JAVIER ZAPATA ORTIZ.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. Santobello vs. Nueva York, 404 U. S. 257, 260. 1971.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA PENAL Magistrado Ponente: ALBERTO
POVEDA PERDOMO Bogotá, 17 de febrero de 2014.

NETGRAFÍA

COLOMBIA. Presidencia de la Republica. Nuevo Código de procedimiento penal. Decreto Número 2700 de 1991. [en línea] [citado 2015-03-16] Disponible en internet: www.icbf.gov.co/cargues/.../codigo_procedimiento_penal_1991.htm

DEFINICION DE PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. [en línea] [citado 2015-03-16] Disponible en internet: <http://cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD-ROM63592011/11.Capitulo7.pdf>