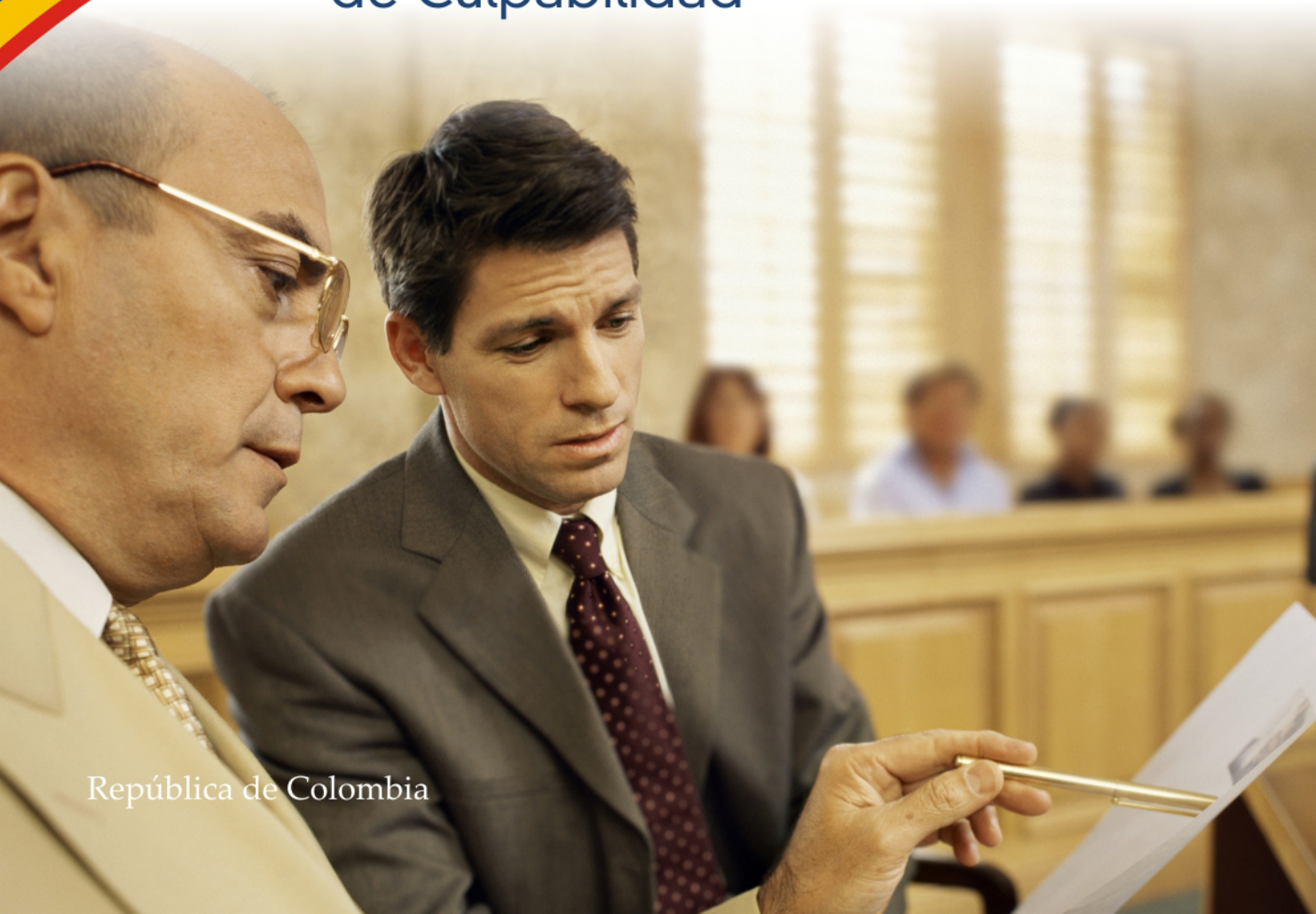




Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

Preacuerdos y Negociaciones de Culpabilidad



República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Preacuerdos y Negociaciones de Culpabilidad

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Unión Europea y el Gobierno Colombiano, suscribieron el Convenio ALA/2004/016-83, proyecto "Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia", con el fin de lograr conjuntamente, la creación de políticas de reducción de la impunidad y la consolidación del Estado de Derecho, desde la perspectiva de justicia y género.

En desarrollo del mencionado convenio con recursos de la Unión Europea y de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", se actualizó el Programa de Formación Judicial Especializada para las y los Magistrados, Jueces y Empleados de las corporaciones y despachos judiciales con competencia en el Sistema Acusatorio Penal, con la participación de la Universidad Militar Nueva Granada en su condición de adjudicataria de la licitación realizada por el Equipo de Gestión del proyecto, adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del autor y del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Preacuerdos y Negociaciones de Culpabilidad

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9ª -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN:

Primera edición: 30 de septiembre de 2010

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Contrato 063 de 2007

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL

PRESENTACIÓN

El Curso de Profundización sobre Sistema Acusatorio Penal forma parte del Programa de Formación Especializada del Área Penal construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas de la Rama Judicial, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo de la Escuela bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría de **Carlos Arturo Gómez Pavajeau**, quien con su conocimiento y experiencia y el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una Administración de Justicia cada vez más justa y oportuna para las y los colombianos.

El módulo **Preacuerdos y Negociaciones de Culpabilidad** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del Juez y la Jueza, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con funcionarios y funcionarias judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos.

De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor fue validado con los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de los Comités Académicos quienes hicieron observaciones para su mejoramiento las cuales enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano y sus Derechos Fundamentales, eliminando toda forma de discriminación, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio de los usuarios y usuarias de la administración de Justicia.

El modelo pedagógico, es *participativo*, en cuanto que más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales educativos utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, significa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los *derechos fundamentales* individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias

judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje "learning societies"*, *organizaciones que aprenden "learning organizations"*, y *redes de aprendizaje "learning networks"*¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en conocimiento corporativo útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de "lo público" a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.*

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de las Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado, con el apoyo pedagógico de la Escuela, los autores y autoras con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa 1. Reunión inicial. Etapa preparatoria para el inicio del programa, presenta los objetivos, metodología y estructura del plan de estudios; asesora el manejo del Campus y Aula Virtual, ofrece diferentes técnicas de estudio, y, en general, esta etapa busca motivar y comprometer al y la discente para abordar los módulos y emprender su proceso formativo con la metodología de aprendizaje autodirigido.

Etapa 2. Análisis individual y comunidad judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos.

La Etapa 2, esta conformada a su vez por 3 fases claramente identificables:

(1) El “Análisis Individual”, que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta

de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. (2) El “Foro Virtual” constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es el de propiciar la socialización y el intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial, y, (3) La “Mesa de Trabajo o Conversatorio Local”, que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Finalmente, esta etapa permite la identificación de los momentos e instrumentos necesarios para la aplicación a la práctica judicial para que a partir de éstos, se generen compromisos concretos para desarrollar las siguientes etapas.

Etapa 3. *Aplicación a la Práctica Judicial:* La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los funcionarios y funcionarias que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, pueda traducirse en un mejoramiento permanente de la misma y por ende una respuesta con calidad a los usuarios y usuarias.

Esta etapa se desarrolla también durante 3 fases: (1) La “Aplicación in situ”, que incorpora a la práctica judicial los conocimientos, técnicas y nuevas actitudes desarrolladas en las etapas anteriores; pretende impactar otros operadores de la justicia (empleados, abogados, usuarios, auxiliares, etc.), mejorar el acceso efectivo a la administración de justicia y aumentar la credibilidad en la misma. (2) El “Conversatorio o Videoconferencia” que posibilita a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial, y (3) El “Informe Individual”, en que él y la participante dan cuenta en forma escrita de la aplicación a la práctica de los contenidos objeto del programa y los invita a remitir sus aportes, sugerir nuevas posibilidades de aplicación y presentar casos exitosos y ejemplificantes de su labor.

Etapa 4. Seguimiento y evaluación: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo. La etapa de Seguimiento y Evaluación busca obtener información sobre las debilidades y fortalezas del proceso, de manera que pueda aplicar los correctivos necesarios y a tiempo, que lleven al perfeccionamiento del mismo.

Para ello, el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” presenta 3 fases que posibilitan evidenciar la consecución de los objetivos del programa: (1) El “Monitoreo” promueve la motivación recíproca para el mejoramiento continuo en la práctica judicial; (2) El “Observatorio” con acciones concretas para analizar las providencias y actuaciones judiciales, difundir las mejores prácticas para promover el cambio en los demás despachos judiciales y por ende, cualificar la prestación del servicio, y (3) El “Informe Final”, que posibilita evaluar el impacto del programa sobre la gestión judicial y sus resultados frente a los usuarios y usuarias, para así, adoptar medidas de mejoramiento en cada uno de los aspectos evaluados.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Especializada para el Sistema Acusatorio Penal**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado: (1) Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan; (2) Tenga en cuenta las guías del y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva del plan educativo; (3) Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Especializada del Área Penal – Curso de Profundización sobre el Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9ª -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico *escuelajudicial@ejrlb.net* los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación del Área Penal – Curso de Profundización del Sistema Acusatorio Penal**.

CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| PRESENTACIÓN | 9 |
| CONVENCIONES | 26 |
| JUSTIFICACIÓN | 27 |
| RESUMEN DEL MÓDULO | 29 |
| SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR | 30 |
| OBJETIVOS | 31 |
| Objetivo general del Módulo | 31 |
| Objetivos Específicos del Módulo | 31 |
| 1. FUNDAMENTOS DE LAS INSTITUCIONES PROCESALES DISPOSITIVAS | 33 |
| Objetivo general de la unidad | 33 |
| Objetivos específicos de la unidad | 33 |
| 1.1. EL CONTEXTO HISTÓRICO Y POLÍTICO DE LOS SISTEMAS PROCESALES | 38 |
| 1.2. FORMA, CONTENIDO Y REALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MODERNO | 47 |
| 1.3. LA PRAGMATICIDAD EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO | 59 |
| 1.4. DEL ENCUENTRO ENTRE EL DERECHO ANGLOAMERICANO Y EL CONTINENTAL EUROPEO | 67 |
| 1.4.1. La apuesta por otros valores constitucionales ha permitido un resurgimiento de la política social y, por supuesto de su especie, la política criminal | 68 |
| 1.4.2. La flexibilización del derecho, discrecionalidad y una apuesta por los mecanismos alternativos de solución de conflictos | 71 |
| 1.4.3. De las sanciones negativas a las sanciones positivas como cambio de paradigma de un derecho exclusivamente represivo, a uno con características promocionales | 73 |

| | | |
|------|---|-----|
| 1.5. | SINCRONÍA DIFERENCIAL ENTRE LAS FÓRMULAS PROCESALES DE UNO Y OTRO CONTEXTO NORMATIVO | 75 |
| | Actividades pedagógicas | 78 |
| | Autoevaluación | 78 |
| 2. | ANTECEDENTES Y PRESUPUESTOS MATERIALES QUE INSPIRAN LAS REFORMAS EN EL ÁMBITO DEL CIVIL LAW | 81 |
| | Objetivo general de la unidad | 81 |
| | Objetivos específicos de la unidad | 81 |
| 2.1. | LA ACCIÓN PRIVADA | 83 |
| 2.2. | LOS PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS | 86 |
| 2.3. | LA CONFESIÓN TRANSACCIONAL | 88 |
| 2.4. | EL TÍMIDO PASO HACIA LA CONFORMIDAD | 91 |
| 2.5. | EL CASO COLOMBIANO | 94 |
| | 2.5.1. En vigencia del sistema mixto con clara tendencia inquisitiva | 94 |
| | 2.5.2. En vigencia del sistema mixto con tendencia inquisitiva moderada | 95 |
| | 2.5.3. En vigencia del sistema mixto con introducción del principio acusatorio | 97 |
| | Actividades pedagógicas | 105 |
| | Autoevaluación | 105 |
| 3. | FINALIDADES DE LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES | 107 |
| | Objetivo general de la unidad | 107 |
| | Objetivos específicos de la unidad | 107 |
| 3.1. | HUMANIZACIÓN DE LA ACTUACIÓN PROCESAL Y DE LA PENA | 110 |
| 3.2. | ACTIVAR LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SOCIALES QUE GENERA EL DELITO | 114 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 3.3. | PROPICIAR LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS CON EL INJUSTO | 115 |
| 3.4. | LOGRAR LA PARTICIPACIÓN DEL IMPUTADO EN LA DEFINICIÓN DE SU CASO | 121 |
| 3.5. | APRESTIGIAR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA | 127 |
| 3.6. | EVITAR CUESTIONAMIENTOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA | 129 |
| | Actividades pedagógicas | 131 |
| | Autoevaluación | 131 |
| 4. | ELEMENTOS DE VALIDEZ Y LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA CRIMINAL CONSENSUADA | 133 |
| | Objetivo general de la unidad | 133 |
| | Objetivos específicos de la unidad | 133 |
| 4.1. | ELEMENTOS DE LEGITIMACIÓN MATERIAL | 136 |
| 4.1.1. | Los preacuerdos y las negociaciones representan un componente esencial de la administración de justicia | 137 |
| 4.1.2. | Los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado responden a criterios político-criminales | 138 |
| 4.1.3. | Los preacuerdos y las negociaciones de culpabilidad tienen relación directa con el principio de economía procesal | 140 |
| 4.1.4. | Los preacuerdos y las negociaciones deben responder a criterios de justicia material y no deben ser ajenos al establecimiento de la verdad real | 141 |
| 4.2. | 4.2 ELEMENTOS PROCESALES | 142 |
| 4.2.1. | Responden a un acto procesal de postulación | 143 |
| 4.2.2. | Es un trámite opcional para el implicado y para la Fiscalía | 144 |
| 4.2.3. | Implica responsabilidades legales para sus intervinientes | 146 |
| 4.2.4. | El imputado o acusado en el trámite del preacuerdo y la negociación, debe estar asistido por su defensor | 147 |
| 4.2.5. | En el trámite de las alegaciones precordadas de culpabilidad, intervienen el Ministerio Público y la víctima | 149 |

| | |
|--|-----|
| 4.2.6. La alegación acordada de culpabilidad debe ser producto de un acto informado, libre, espontáneo y voluntario del imputado o acusado | 151 |
| 4.2.7. La alegación de culpabilidad preacordada asume la forma de una confesión transaccional | 154 |
| 4.2.8. Una vez el juez de conocimiento aprueba el acuerdo, resulta improcedente la retractación de alguno de los intervinientes | 155 |
| 4.3. ELEMENTOS SUSTANCIALES | 157 |
| 4.3.1. Los acuerdos y negociaciones no proceden en relación con delitos bagatela | 157 |
| 4.3.2. Están regidos por el principio de legalidad modulado | 159 |
| 4.3.3. La reducción de cargos que se presenta en una alegación de culpabilidad puede ser cualitativa y cuantitativa | 165 |
| 4.3.4. El sistema de los cuartos no procede en el ámbito de dosificación de la pena | 177 |
| Actividades pedagógicas | 178 |
| Autoevaluación | 178 |

| | |
|---|-----|
| 5. OPORTUNIDADES PROCESALES Y ALEGACIONES DE CULPABILIDAD | 181 |
| Objetivo general de la unidad | 181 |
| Objetivos específicos de la unidad | 181 |
| 5.1. DESDE LA IMPUTACIÓN Y HASTA LA PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN | 184 |
| 5.2. ENTRE LA ACUSACIÓN Y EL INTERROGATORIO INICIAL DEL JUICIO ORAL | 195 |
| 5.3. EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA | 198 |
| 5.4. AL INICIO DEL JUICIO ORAL | 199 |
| Actividades pedagógicas | 201 |
| Autoevaluación | 201 |
| Bibliografía | 202 |

CONVENCIONES

A_e

Autoevaluación

A_p

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

B_s

Bibliografía seleccionada

J

Jurisprudencia

O_e

Objetivos específicos

O_g

Objetivo general

JUSTIFICACIÓN

Dice Roxin que “*el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado*”¹, frase que retoma Schone al declarar que el “*procedimiento penal se considera como el sismógrafo de la Constitución*”².

Tales afirmaciones dan cuenta de un movimiento, y hoy conclusión a la cual se ha llegado, como consecuencia de algunas nociones impuestas por el Constitucionalismo Moderno, de acuerdo con el cual la norma constitucional es norma de normas y los Derechos Fundamentales, por virtud de sus efectos irradiantes, condicionan la validez y legitimidad de todas las normas jurídicas.

Surge nítida aquella fascinante y apodíctica afirmación que indica que dicho movimiento implicó un cambio de paradigma, producto del paso de constituciones formales a constituciones materiales, en las cuales se invierte el paradigma de la importancia de sus partes orgánicas sobre las partes dogmáticas o filosóficas, resultando éstas cruciales para la correcta y adecuada interpretación jurídica, de tal manera que si antes se decía que los Derechos Fundamentales valían en el ámbito de la ley, hoy se ha impuesto la idea de que es la ley la que vale en el ámbito de los Derechos Fundamentales³.

Otros fenómenos han influido notoriamente en los órdenes jurídicos nacionales, tal cual lo que ocurre con el efecto condicionante de los Tratados sobre Derechos Fundamentales respecto de aquéllos y el motor dinamizador de la Globalización del Derecho y el Derecho Comparado, en las reformas emprendidas para la modernización de los procesos penales nacionales⁴.

1 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2000., p. 10.

2 SCHONE, Wolfgang. *Acerca del Orden Jurídico Penal*. Juricentro, San José de Costa Rica, 1992., p. 162.

3 Cfr. BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Civitas, Madrid, 1987.

4 Tales ideas campean a lo largo y ancho de las discusiones que se dieron en la Comisión Constitucional que preparó el Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 2004, tal como se puede ver en OSORIO ISAZA, Luis Camilo y MORALES MARÍN, Gustavo. *Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y actas*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.

Pero también al lado de los Derechos Fundamentales aparecen valores constitucionales dignos de tener en cuenta, bajo los cuales se presenta la tensión entre garantías individuales y eficacia estatal, asunto que debe manejarse sin desechar uno u otro, en lo cual cumple un papel crucial el principio de proporcionalidad, rasgos bajo los cuales aparece la institución objeto de este trabajo.

El Derecho Comparado se ha ocupado de señalar que en las últimas reformas procesales, los países europeos han tenido en cuenta las demandas de celeridad y eficacia de la justicia penal, destacándose los procedimientos abreviados y los sistemas de *transacción penal*, los cuales han sido bien visto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a condición de que se respeten los derechos fundamentales⁵.

También ello fue objeto específico de pronunciamiento en la génesis del actual Código de Procedimiento Penal, podría decirse que se constituye en parte de su ideario, debido a que muy claramente se dejó constancia por el presidente de la Comisión Redactora Constitucional, doctor Luis Camilo Osorio Isaza, Fiscal General de la Nación de la época, que resultaba necesario encomendar a institutos procesales como los de colaboración con la justicia, preacuerdos y negociaciones de culpabilidad y principio de oportunidad la función de descongestionar en un 90% los casos que deberían ser judicializados, perteneciendo todos a modernos mecanismos político criminales, fundados en la eficacia y eficiencia que se demanda a las tareas públicas⁶.

5 Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996., p. 30. Se cita como antecedente de autoridad el caso Deweer del 27 de febrero de 1980; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2005., p. 502. Un excelente expositor colombiano, experto en Derecho Comparado, afirma que “la tendencia internacional es la de aceptar las modalidades de terminación anticipada del proceso por la vía negociada”. GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007., pp. 280 y 281.

6 OSORIO ISAZA y MORALES MARÍN. *Ob. Cit. Acta 25 del 30 de junio de 2003*. Sin duda, tales ideas provienen de la constatación estadística del sistema norteamericano, como lo describe, MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Legis, Bogotá, 2006., p. 210.

Si la tarea asignada político criminalmente por la Comisión Constitucional redactora fue tan importante, es necesario que fluya su aplicación de manera muy dinámica, debiendo los operadores judiciales facilitarla en grado sumo, lo cual demanda un cambio de mentalidad que nos ponga en línea con sus fundamentos, razón primordial que motiva en un ámbito pedagógico y académico de sensibilización jurídica, el cometido de este trabajo⁷.

Debo agradecer la colaboración en la investigación, estudio y redacción del doctor Esiquio Manuel Sánchez Herrera, tan significativa que valorativamente trascendió a coautoría.

RESUMEN DEL MÓDULO

La primera unidad dará cuenta de los presupuestos políticos, económicos, sociales y filosoficojurídicos que informan la institución de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, su identificación en los sistemas procesales y su proyección en el constitucionalismo moderno.

La segunda unidad trata, desde la óptica del derecho continental europeo, los antecedentes de la figura, pero muy especialmente la llamada confesión transaccional, de la cual obtiene sentido pleno el instituto.

La tercera unidad planteará los principios que gobiernan la puesta en práctica del instituto, la aptitud y actitud del fiscal y el juez o jueza en los trámites de la justicia consensuada.

La cuarta unidad analiza el tema de los presupuestos de validez y legitimación de los preacuerdos y negociaciones, divididos en aquellos de naturaleza material, sustancial y procesal.

Por último, la quinta unidad está referida al esquema procesal concreto en el cual se desarrolla el instituto, lo cual se constituye en el mapa de navegación procesal de las partes y el Juez o la Jueza.

⁷ *Muy ilustrativo para esta tarea, el trabajo de DIEGO DíEZ, Luis Alfredo. Justicia Criminal Consensuada. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.*

SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

Carlos Arturo Gómez Pavajeau es Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Penal y Criminología de la misma Institución.

Se ha desempeñado como Juez Penal Municipal, Juez Especializado, Juez Penal del Circuito, Juez Superior, Abogado Asistente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Veedor de la Procuraduría General de la Nación, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia y Viceprocurador General de la Nación.

Es profesor de Derecho Penal y Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia en Pregrado, Especialización y Maestría.

Autor de varias obras de Derecho Penal y Derecho Disciplinario.

Actualmente se desempeña como Abogado Consultor y Consejero Académico del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario.

OBJETIVOS

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

A partir del estudio de este módulo, los y las discentes se percatarán de la necesidad de un cambio de mentalidad, por consiguiente de aptitud y actitud en la práctica judicial, para el adecuado funcionamiento de la jurisdicción penal en el ámbito de la justicia transaccional, modelo que por novedoso que parezca tiene antecedentes históricos en nuestra tradición jurídica y, sobre todo, clara justificación y fundamentación en el actual modelo constitucional.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

- Se percatarán los y las discentes de los fundamentos históricos, filosóficos y político-constitucionales de las instituciones procesales dispositivas.
- Comprenderán los antecedentes que las justifican a la luz de algunas particulares instituciones del civil law.
- Dilucidarán cuáles son las finalidades político criminales del instituto de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad.
- Se entrenarán en el reconocimiento de los presupuestos de validez y legitimidad que le dan valor a la aplicación de la justicia transaccional.
- Asociarán toda la anterior conceptualización con el “esquema formal” que gobierna su utilización en la praxis judicial.

Unidad 1

FUNDAMENTOS DE LAS INSTITUCIONES PROCESALES DISPOSITIVAS

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Teniendo como base lo tratado en la unidad, los y las discentes:

- Comprenderán puntualmente, mediante un rastreo en el derecho continental e insular europeo, los fundamentos de los preacuerdos y negociaciones.
- Entenderán que los mencionados mecanismos procesales hacen parte del género “principio dispositivo”, que ha penetrado profundamente en las reformas que se han llevado a cabo en los ámbitos nacionales de países europeos y latinoamericanos.
- Centrarán la discusión que estos temas generan, en el ámbito del constitucionalismo moderno.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Teniendo en cuenta los temas aquí tratados, los y las discentes confirmarán las siguientes cuestiones:

- Que el principio dispositivo tiene origen en el derecho anglosajón.
- Que el Estado Social de Derecho introduce importantes modulaciones al principio de legalidad.

Oe

- Que en ello tiene influencia definitiva los principios de eficacia, eficiencia y efectividad.
- Que los desarrollos del moderno derecho constitucional permite un acercamiento del derecho continental europeo con la tradición angloamericana, lo cual funda la adopción de instituciones de esta órbita.
- Que ello tiene claro reconocimiento en la Carta Política de 1991 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Solemnemente se proclamaba en la Constitución Política de 1886 que nadie podrá ser juzgado sino *“observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”*.

La expresión “formas” denotaba, en el contexto del constitucionalismo antiguo, lo reglamentado, esto es, los requisitos externos o aspectos de expresión de las cuestiones procesales, por el contrario de lo substancial o de fondo. La forma se constituía en un rito o fórmula y modo de proceder, vinculado con lo externo¹; de allí que se dijera por los constitucionalistas que vivieron el ambiente jurídico de la creación de la Constitución de 1886, que cuando se prohíbe el juicio sin formalidad, ello tiene como contrapartida la idea de que “*cada forma de juicio tiene su propio y especial procedimiento*”².

Puede decirse que en el fondo, la expresión en el entendimiento del lego y del jurista tiene clara coincidencia, debido a que estos entendían que “forma” significaba el “modo de proceder en la instrucción de una causa, instancia o proceso”. Es decir, que actuar en debida forma implicaba una actuación conforme con “*las reglas del derecho y prácticas establecidas*”; por sobre todo las “*formas establecidas por la ley*” estaban dadas por las “*condiciones, términos y expresiones que se requieren para la validez*” de un acto jurídico³.

Era claro que las garantías constitucionales “podían ser ensanchadas o no, a medida que lo aconsejasen o permitiesen la ilustración, los progresos y el estado de tranquilidad de los pueblos”, por medio de las leyes⁴, empero, las formas propias del juicio pareciese que vinieran prefiguradas constitucionalmente de la mano del juicio tradicional, esto es, aquel donde existe una investigación, la presentación de unos cargos, el ejercicio del contradictorio en un juicio oral y público y el pronunciamiento de una sentencia (aún a la manera del procedimiento mixto francés), toda vez que se hablaba de “*plenitud de las formas*”, excluyéndose así cualquier forma de abreviación del procedimiento.

Es más, los constitucionalistas más importantes entendían que la garantía constitucional demandaba la “*observancia de las ritualidades procedimentales en todo su alcance*”, lo cual implicaba para el acusado “*hacer valer sus*

1 REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, 1970., p. 17.

2 SAMPER, José María. *Derecho Público Interno de Colombia. Comentario Científico de la Constitución de 1886*. T. II. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1951., pp. 56 y 57.

3 ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Librería de Rosa Bouret. París. 1852., p. 710.

4 SAMPER. *Ob. Cit.* T. I., p. 167.

derechos en amplio debate judicial”: esto es, decía Francisco de Paula Pérez, “lo que en el lenguaje ordinario de las legislaciones se comprende bajo el axioma de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio”⁵.

Así también, se entendía en el Derecho Comparado, toda vez que, en el específico campo del proceso penal, por juicio se entiende *debate*⁶.

De antemano ello ponía de presente la imposibilidad, por razones constitucionales, de institucionalizar en Colombia los procedimientos penales abreviados fundados en preacuerdos y negociaciones de culpabilidad que prescindieran de ciertos ritos procesales.

También la Carta Política de 1991 utiliza la expresión “*plenitud de las formas propias de cada juicio*” como mandato instrumental del juzgamiento que debe necesariamente ser observado, empero, introduce un principio que denomina “*debido proceso*”, el cual preside la redacción del artículo en el cual se encuentra la anterior fórmula jurídica y que hace relación a los procedimientos judiciales (artículo 29).

Pero lo novedoso es que la expresión “*debido proceso*” no es sinónimo de “*formas propias del juicio*”, pues ésta tiene una connotación formal y aquélla material. El debido proceso es un principio constitucional y la “*forma propia del juicio*”, una regla de procedimiento.

La forma es la manifestación externa del proceso, pero éste debe contener una serie de elementos materiales que le den substancia, pues ésta es el contenido y aquélla el continente.

Si así son las cosas, muy claramente puede entenderse cómo los instrumentos internacionales, con plena vigencia en el orden jurídico interno por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Política, disponen una serie imprescindible de garantías judiciales que tienen que ser aprehendidas por las “*formas propias del juicio*” (artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –Ley 74 de 1968- y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Ley 16 de 1972-), constitutivas del “*debido proceso*”.

5 PÉREZ, Francisco de Paula. *Derecho Constitucional Colombiano*. Lerner, Bogotá, 1962., p. 178.

6 CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. EJEA, Buenos Aires, 1971., p. 59.

Es el giro de lo formal a lo material propio del constitucionalismo moderno. Las formas por las formas, expresión del ritualismo procedimental, es una idea jurídica que ha sufrido profunda reformulación.

Por ello, en el contexto constitucional actual, donde lo material se impone sobre lo formal, puede afirmarse que resulta admisible la idea de procedimientos abreviados como los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad⁷ siempre y cuando cumplan con las demandas materiales del debido proceso constitucional⁸.

Tales transformaciones son supremamente complejas y sólo pueden ser cabalmente entendidas en el contexto del Derecho Procesal de la segunda mitad del siglo pasado hacia acá, sin desdeñar obviamente de aspectos históricos, filosóficos y políticos que lo nutren.

Todo ello constituye fundamentos apreciables de las “*instituciones procesales dispositivas*”, pero muy particularmente de las formas especiales de disponer del objeto del proceso penal, esto es, de lo que tiene como sustento el debate jurídico presidido por el juez o jueza, entre el Estado representado por la Fiscalía, por un lado, y el procesado y su defensor por el otro⁹, como extremos de la relación dialéctica principal que funda el proceso adversarial¹⁰, sin que ello implique perder de vista a otros sujetos como las víctimas y el Ministerio Público¹¹.

7 Se afirma que los procedimientos penales por consenso, son típicos procedimientos abreviados. LANGER, Máximo. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. En: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. HENDLER, Edmundo (comp.). Del Puerto, Buenos Aires, 2001., p. 253.

8 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-1260 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández*. Señaló en tal contexto socio-político, que “entre la Fiscalía y el imputado o el acusado pueden celebrarse acuerdos orientados a que se dicte anticipadamente sentencia condenatoria, lo que implica la renuncia a la etapa del juicio, es decir, a ser vencido en juicio (...) es la posibilidad del imputado o procesado de renunciar a una de las etapas del proceso, la del juicio (...) de renunciar a ser vencido en juicio”.

9 *Ibid.* Loc. Cit. Fue enfática al precisar que “aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o participe, y existiendo en el proceso además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo cual procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento”.

10 *Ibid.* *Sentencia T-521 de 1992, MP. Alejandro Martínez Caballero*. Ha dicho que “todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen”.

11 *Ibid.* De manera particularmente vehemente, las sentencias C-1260 de 2005 y C-516 de 2007.

De todos modos, la Carta Política prefigura una fórmula jurídica del debido proceso penal que debe ser respetada por todo procedimiento y que ha sido denominada las “*funciones básicas de acusación y juzgamiento*” (artículo 252 CP). Así lo devela de manera explícita, la Ley 906 de 2004 en su principio rector sobre la legalidad procesal, al señalar que los procedimientos regulan la “*investigación y el juzgamiento de los delitos*” (artículo 6 inciso 3 *Ibíd.*).

Explicitar dichos fundamentos es tarea para desarrollar a continuación.

1.1 EL CONTEXTO HISTÓRICO Y POLÍTICO DE LOS SISTEMAS PROCESALES¹²

El sistema inquisitivo se generó, evolucionó y consolidó en el ámbito de la Monarquía Absoluta, concretamente en el tránsito del ocaso de la Alta Edad Media y el advenimiento del renacimiento, esto es, en el período comprendido entre los siglos XII y XVII.

Políticamente puede decirse, pertenece a un modelo de Estado en donde el poder es sacralizado, personalizado, absoluto y concentrado.

Al caer el Imperio Romano de Occidente en el siglo V, con él se derrumbó toda la institucionalidad. Lo único que quedó en pie fue la estructura de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, cuya fuerza expansiva se dio a partir de la unión política que logró hacia el año 313 de nuestra era, con el poder político romano, época del emperador Constantino, desde la cual por algunos se sostiene, comenzó a gestarse la edad media.

El Imperio Romano, salvo algunas excepciones, se fue paulatina y progresivamente acercando a la Iglesia, tomando uno y otro de sus propias características, por lo cual ya lo político incubaba el teocentrismo y lo religioso el cesaropapismo.

12 *Este aparte se construyó con base en lo escrito por el autor en el Módulo Tercero del Plan de capacitación en Derecho Disciplinario, cuyo título es Derecho Procesal Disciplinario Judicial. Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2009.*

Disuelto el Imperio, la única autoridad global que quedó en pie fue la estructura eclesial, modelo de todo lo institucional de allí en adelante, por lo cual resultaría inspiración para el poder político cuando buscó insertarse nuevamente en la vida social.

La época que va del siglo V al siglo XII, se caracteriza por un poder incipiente, totalmente descuartizado, representado por mosaicos encarnados en los feudos liderados por el señor y su familia, protector de los siervos de la gleba que explotaban la tierra y en reciprocidad, tributaban en especie con parte de las cosechas, a cambio de la protección.

El poder político es inestable, cambia al ritmo de las guerras entre los señores feudales y los matrimonios entre miembros de sus familias, mudando continuamente las fronteras, que por demás eran obstáculos al desarrollo económico necesitado del movimiento físico de un lugar a otro para efectos del intercambio comercial.

Van surgiendo, paulatinamente, los imperios y las lealtades personales que ligaban al pueblo con el gobernante se relajan debido a la cada vez mayor extensión territorial de los reinos, siendo necesario reemplazar tal mecanismo psicológico por otro más eficaz y poderoso, que no estuviese vinculado con la relación inmediata territorial y el conocimiento personal.

Los problemas de orden público son acuciantes, los caminos están plagados de asaltantes y el mar Mediterráneo controlado por los invasores otomanos, todo lo cual reclama una mano fuerte que intimide y engendre obediencia, reemplazando el vínculo más amable del amor paternal al señor feudal, por el del miedo y el terror.

La única maquinaria capaz de producirlo es el Derecho Penal, el gobernante toma conciencia de su importancia, por lo cual los conflictos entre los miembros de la sociedad ya son acaparados por el Estado, y el problema personal reclama un cariz político. Es el fenómeno que en palabras de Foucault, se denomina la expropiación del conflicto, por lo cual se institucionaliza el mismo y se le otorga carácter de oficial, monopolizando su solución en las manos estatales.

Todo lo delictivo adquiere importancia pública y sólo el Estado puede procesar el conflicto. El conflicto es la excusa para llevar a cabo, por la vía de la intimidación y el terror, la prevención general negativa más cruda y aberrante.

El único modelo que se tiene para inspirarse en cuanto al paradigma del reclamado sistema procesal, es el inquisitivo, utilizado por siglos dentro de la organización eclesial, especialmente en el ámbito de los monasterios.

Allí pesa la tradición que es lo único que la institucionalidad enseña para el siglo XII, pero también aporta su importante cuota con no menos furor, el carácter teocentrista del Estado.

Lo oficial se trasunta de lo sacrosanto y por allí, el sistema procesal adopta las prácticas eclesiales. El sistema procesal penal adopta el modelo inquisitivo que la Iglesia Católica, Apostólica y Romana utilizaba para perseguir, sancionar y expiar los pecados de sus miembros.

La verticalidad y la concentración del poder son sus características. El silencio de los sujetos que lo operan, la intimidación de las celdas monacales, imponen su impronta como total reserva de las actuaciones procesales y las pruebas, siendo el procesado un objeto procesal y no un sujeto del proceso, por lo cual se instituye en un instrumento de averiguación de la verdad, punto de apoyo y fundamento de la tortura, con lo cual se negó la dignidad, la libertad y la igualdad, muestra irrefutable de que así como el poder político era incontestable también lo era su especie el *ius puniendi*, teniendo el gobernante como único límite, su poder material de vencer los obstáculos; también así lo era la resistencia humana cuando se trataba de averiguar en lo más íntimo y recóndito del ser, al tratar de escudriñar por sus creencias, pensamientos y conciencia.

La inquisición y la tortura, por no mencionar también la ejecución de la pena que no pertenece al sistema procesal, eran los medios para conseguir los fines de la intimidación y el terror.

Allí el alma del sistema, puesto que el proceso penal era tendencioso, buscaba a toda costa producir un efecto, el cual se traduciría en la condena del individuo, pues toda absolución era una forma anormal de terminación

del proceso, un fracaso del sistema. Sus instituciones, en consecuencia, tenían que estar orientadas al éxito del mismo.

Si el Estado era personalizado, sacralizado y teocéntrico, absoluto y concentrado también, a su imagen y semejanza, tenía que serlo el sistema procesal penal. Poder político y poder penal se suceden en una suerte de género a especie.

El poder político es personal, también lo era el penal, instaurándose el sistema de venalidad, mediante el cual se vendían por el Rey los cargos judiciales, por lo cual el cliente tenía que sacar de ellos el mayor provecho económico, constituyéndose el desarrollo del proceso en la ruina de todo procesado, pues no sólo su cuerpo sino también su patrimonio eran objetos de una absoluta disponibilidad por parte del poder, bien mediante la incautación general de sus bienes como por la imposición de multas facultativas de alcances confiscatorios.

El poder, cuyo único límite conocido era el material, podía ir hasta donde lo indicaran las necesidades del descubrimiento de la verdad, pues no puede conformarse el sistema con la verdad formal, sino que a toda costa era necesario obtener la verdad material. Ello era pauta de conducta aplicable al procesado, pero también a cualquiera que tuviera conocimiento de los hechos.

El nombre de Dios, especialmente en las épocas más aciagas de la inquisición, justificaba cualquier proceder para descubrir al culpable y demostrar la culpabilidad del pecador. Lo oficioso también estaba informado por la confesión moral, dado el paralelismo entre delito y pecado, siendo objeto de auscultación el alma del procesado y único instrumento de penetración en ella, la tortura.

Quien investigaba acusaba ante sí mismo. Buscaba, practicaba pruebas y las valoraba, con base en ellas enjuiciaba y dictaba la sentencia, encargándose además de ejecutarla.

El reflejo del poder político concentrado, donde el Rey dictaba la ley, la hacía cumplir y ejecutaba, como también juzgaba, era evidente en la indiferenciación de roles, pues el juez también cumplía exclusiva y excluyentemente todas las funciones procesales.

Como características históricas, sociales y políticas del proceso inquisitivo tenemos las siguientes:

- a) El proceso inquisitivo nació y evolucionó, consolidándose en la época más álgida de la inquisición, en el seno del derecho procesal penal continental europeo.
- b) Su nacimiento tiene ocasión a finales de la alta edad media en Europa continental, en plena vigencia de la Monarquía Absoluta.
- c) La fuerza material que lo impulsó estuvo vinculada con problemas de orden público, reclamándose, en consecuencia, un sistema más limitante de las libertades y garantías procesales, cuya misión *per se* estaba dada por la necesidad de engendrar temor y miedo para consolidar la obediencia al soberano como mecanismo psicológico.
- d) La protección de la fe y la misión de intermediación salvífica del gobernante fortalecieron la idea de un poder omnímodo.
- e) El gobernante usurpó total y absolutamente todos los elementos del conflicto: pretensión, acción y decisión.
- f) Se creó una concepción de *conflicto social artificial*, pues todo lo que tuviera naturaleza penal, que en últimas era casi todo, era de interés público, por demás de interés eclesial, puesto que se manejó la idea de delito-pecado.

Desde el punto de vista técnico-procesal las instituciones inquisitivas estaban dadas por:

- a) Un poder penal concentrado al igual que el poder político. Poderes absolutos con los cuales una vez conocida la *notitia criminis*, el juez o jueza procedía oficiosamente a la averiguación de la verdad material, para

lo cual podía utilizar cualquier medio sin restricción alguna, desconociéndose cualquier forma de límite jurídico, y concentrando en su haber todas las facultades de investigación, acusación, juzgamiento, dictación de sentencia y ejecución de la pena regidos por la forma escrituraria.

- b) El buzón de acusaciones secretas como un poderoso instrumento de excitación de la acción penal, sin que se descartara la denuncia particular u oficial, todos aptos para incitar a la aprehensión material sin límites en el tiempo del objeto procesal: el investigado.
- c) La reacción penal como una necesidad vital del sistema político, por lo tanto se debía actuar espontánea, inmediata e inexorablemente. La acción penal, en cuanto a su ejercicio, se constituye en un *poder-deber funcional*.
- d) Dadas las condiciones legales que excitan el ejercicio de la acción penal se debe intervenir hasta agotar el proceso judicial, cuya única posibilidad de terminación normal es el proferimiento de la sentencia, por demás prácticamente la única forma de desatar el conflicto.
- e) Todas las fases de desarrollo procesal eran secretas, alejadas del conocimiento público, incluso de los restantes servidores estatales, secreto que cobijaba además, la revelación de las pruebas que obraban en contra del procesado. Lo único público era la ejecución de la sentencia, por lo demás, lo único que conocía en realidad y en toda su dimensión, el sujeto de investigación.
- f) La figura del defensor era limitada, cuando no proscrita, pues se decía que el mejor defensor era el juez dadas sus amplias facultades de pesquisa en busca de la verdad material. Era evidente la desconfianza hacia la institución de la defensa, y se trataba a los defensores como corruptos e incluso, los obligaban a llevar vestimentas especiales que los identificaran socialmente.
- g) La prueba estaba tarifada en la asignación de su valor, mecanismo de control del juez por parte del Rey. Se cuadrículaba así su decisión.

- h) La solución del conflicto no es posible por fuera del proceso. No juegan para nada criterios de conveniencia y oportunidad, rige la inexorabilidad de la oficiosidad.
- i) No se conoce el concepto de sujeto procesal y la segunda instancia es un instrumento más de persecución penal que de corrección de los abusos del *a quo*. Cuando procedía el recurso se concedía en el efecto devolutivo, incluso en caso de sentencia condenatoria, con lo que los daños resultaban irreparables en tanto las penas eran esencialmente corporales, pues la privación de la libertad sólo operaba como medida preventiva.
- j) El juez es director y *dueño* del proceso, con todas las facultades conocidas y por conocer para la búsqueda de la verdad material.

Respecto del Sistema Procesal Penal Acusatorio se tiene que para el siglo XII, en Inglaterra, muy a pesar que la situación era similar a la de la Europa Continental, aunque no con su dramatismo, señala Strayer¹³ que *“ninguna zona había sido monopolizada por dinastía provincial alguna, el rey conservaba tierras y derechos de justicia en todos los territorios de su reino”*, lo cual obligó a que se tuviera que *“seguir la pista de los ingresos procedentes de cientos de fuentes diversas”* y ello hacía *“imprescindible un departamento financiero central”*, lo que originó la figura del *exchequer* (tesorería del reino en Inglaterra), encargada de *“revisar las cuentas presentadas por los funcionarios reales de todos los rincones”* del reino. A la par, si bien la justicia en principio era un medio de ingresos, instrumento de *“recolección de beneficios”*, pronto los mejores gobernantes se dieron cuenta que era algo más, se perfilaba como un eficaz medio *“para afirmar la autoridad e incrementar el poder del rey”*, asumiéndose la idea de que *“era obligación de un rey el velar porque se hiciese justicia en todo su reino”*, por lo cual el sistema de justicia mejoraba enormemente la posición de poder de los reyes, toda vez que *“se trataba de un signo de autoridad y de un arma merced a la cual se podía alcanzar la supremacía en sus reinos”*.

Así las cosas, siendo el problema de la justicia un problema privado a resolverse entre los interesados o la comunidad, eran ellos en un principio los únicos concernidos en la solución. Sólo hechos delictivos de

13 STRAYER, Joseph. *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*. Ariel, Barcelona, 1986., pp. 11 a 56.

“especial gravedad”, esto es, los llamados atentados contra la *“paz del rey”*, se consideraban violatorios del orden público.

Cuando el rey asume la administración de justicia se involucra en la solución del conflicto. La fuente que empujó su nacimiento en la Europa insular fueron los problemas de tierra que concernían al rey a partir del siglo XII, como se vio, pues era él quien otorgaba los títulos. Inicialmente, fue un problema que se resolvía sin la intervención del Estado, ante los argumentos de los interesados, *“respondía un grupo de vecinos, escogidos entre las personas respetuosas de la ley, del distrito donde la propiedad se hallase”*; posteriormente, ante los complejos problemas que debían resolverse, se encargaba de tal labor, por medio del veredicto, al jurado. Cuando el rey asume la administración de justicia como *“institución perdurable y unificadora”*, ante las múltiples e incesantes peticiones de los súbditos se ocupaba una Corte centralizada, pero como a ello se sumó como problema adicional la extensión de los territorios, se tomó como modelo de expansión lo sucedido con la figura del *exchequer*, y apareció la justicia descentralizada como *“justicia real”*.

Para poder actuar la justicia real, requería la iniciativa de los interesados en el conflicto. En materia criminal, los vecinos *“informaban de todos los casos delictivos mediante su jurado de acusación (grand jury)”*, y los *“implicados eran procesados y arrestados por los jueces de distrito”*, resolviéndose el asunto con el veredicto de un jurado. Es así como en la mentalidad de la sociedad de la época, se concibió el *“litigio como una mera prolongación del combate, por otros medios”*, con lo cual se logró vincular a la población libre en la resolución de los asuntos a cargo de los tribunales.

Como características tecnicojurídicas del proceso acusatorio, tenemos las siguientes:

- a) El principio de *elección dispositiva* implicó un dominio absoluto de la autonomía privada, la cual finalmente fija el objeto del litigio. No existe proceso penal sin requerimiento por parte de un sujeto diferente al juez, en quien se concentra, luego de realizadas las pesquisas por parte de aquél, el análisis de la acusación por requisición, la inmediatez de la práctica de la prueba y la administración de la discusión

entre los interesados, cuyo desenvolvimiento toma la forma oral incluida la sentencia.

- b) Existe un respeto sagrado a la voluntad de los particulares, al surgir el concepto de partes con disposición sobre el ejercicio de la acción, la continuación del proceso y la recolección del material probatorio.
- c) La personal conveniencia del interesado y la ponderación de circunstancias fijan el *objeto litigioso*. El poder del juez queda limitado a su servicio.
- d) El titular de la pretensión persigue su interés en juicio y la actividad procesal está subordinada al control predominante de las partes. La pretensión y acción, en principio, hacen parte de una misma titularidad.
- e) El proceso judicial sólo es una de las tantas vías aptas para la solución del conflicto. La alternatividad en la solución de los conflictos, es el camino más apto, eficiente y económico.
- f) La prueba no se encuentra tarifada y por su práctica, el interés de las partes condiciona los poderes del juez que conceptualmente no se puede contaminar con ella.
- g) La defensa se explica por sí misma, pues alguien tiene que llevar la vocería de dicha parte. El procesado es un sujeto y se respeta su silencio, cuya presencia es necesaria en el juicio.
- h) En una época posterior, no muy lejana a la actualidad, nace el sujeto de la persecución y acusación penal, encarnado en la Fiscalía estatal.
- i) La segunda instancia surge como un instituto que garantice la regularidad del proceso y los derechos del procesado.
- j) La actividad judicial está determinada, negativamente, en orden a controlar las medidas irrelevantes de las partes y por lo tanto sólo se ocupa del *progreso exterior del juicio*. Por lo tanto el juez es un *árbitro* y le corresponde sólo una actividad tutelar, esto es, asegurar un orden dentro del cual las partes desarrollen su actividad.

Como puede verse, pues, sólo el Sistema Procesal Penal Acusatorio visio-
naría la tolerancia del instituto de los preacuerdos y negociaciones de
culpabilidad entre la Fiscalía y la Defensa, lo cual se encuentra ligado a
las facultades dispositivas del objeto del proceso; precisamente, por ello
la doctrina afirma enfáticamente que “los mecanismos de negociación
entre acusación y defensa sí son típicos o naturales al *acusatorio*”, de tal
manera que “*conforme con este modelo cultural –angloamericano- es natural
que las partes, que son dueñas de la disputa, puedan negociar sobre ella*”¹⁴.

1.2 FORMA, CONTENIDO Y REALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL MODERNO

Albert Calsamiglia, quien por muchos años cultivó la dogmática como *Ciencia
Jurídica*¹⁵, hoy sentencia que “*El Derecho y el Estado Intervencionista no pueden
estudiarse con la red conceptual construida para comprender el Estado Liberal*”¹⁶.

En el ámbito del Estado Liberal, espacio y estadio natural del positivismo
jurídico, todo conocimiento científico implica una *tipología* o, en términos
más genéricos, una *categorización*”; se demanda en él, todo un desarrollo
de “*esquemas ideales o de modelos*” representativos de la realidad, los cuales
forman estructuras y clasificaciones, donde se prefigura normativamente
la conducta lícita o ilícita¹⁷.

Lo anterior implica que la utilización de la lógica formal “*se ocupa de la
relación de consecuencia entre enunciados; de los principios respecto de los cuales
un enunciado se sigue válidamente otro u otros llamados premisas; en tal sentido,
una regla lógica de inferencia constituye ‘una prescripción que autoriza al que
razona a derivar nuevas proposiciones a partir de otras ya admitidas*”, señala

14 LANGER, Ob. Cit., pp. 243, 251 y 259.

15 *Ibíd.* Especialmente su obra *Introducción a la Ciencia Jurídica*, publicada por Ariel en 1986.

16 CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Fontamara, México, 2003., p. 33.

17 REALE, Miguel. *Filosofía del Derecho. Introducción filosófica general*. Pirámide, Madrid, 1979., pp. 63 y 64.

Peña Ayazo¹⁸. Incluso, así se entiende desde perspectivas orientadas a la aplicación del Derecho a partir de una justificación práctica¹⁹.

Es la fórmula básica mediante la cual se desenvuelve la materia jurídica en el ámbito del positivismo jurídico de antaño, la ley como pivote central del material jurídico, época en la cual la premisa básica de su desarrollo se hacía mediante el establecimiento de las instituciones, teniendo como punto de partida, la coherencia lógico-formal entre las proposiciones.

Garantizado lo anterior, el juez administraba justicia a partir de la subsunción de hechos en dichos moldes jurídicos.

La labor del juez era meramente subsuncionista y como tal, era la boca de la ley; empero, gradualmente se ha venido reconociendo un mayor poder del juez en el ámbito de la administración de justicia, lo cual viene caracterizado principalmente por el reconocimiento de una nueva forma de ver el Derecho, cuya esencia no coincide con la ley, sino que está dada por la puesta en contacto de los principios, valores y derechos constitucionales con la norma y la realidad social subyacente al juzgamiento.

Lo anterior implica dejar atrás aquellas épocas donde el juez era considerado como una mera *“máquina de silogismos”*, para abrirse campo, a partir del reconocimiento de que el juez debe atender la ley pero antes que ello a los valores constitucionales, la idea de un juez con mayores poder y atribuciones en su tarea de hacer justicia, lo cual tiene significativa incidencia en su *“formación y actuación”*²⁰.

El juez del positivismo jurídico legal cifraba el éxito de su misión en la realización de la certeza jurídica, acompasada con la neutralidad política, lo que se garantizaba con la idea de que *“si acontece un determinado hecho se producirá irremisiblemente una consecuencia jurídica”*, lo cual se lograba a partir de poner en contacto la premisa mayor con la premisa menor

18 PEÑA AYAZO, Jairo Iván. *Lógica y razonamiento jurídico En: Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio. Universidad Externado de Colombia-Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 1996., p. 91.*

19 Cfr. COMANDUCCI, Paolo. *Constitución y Teoría del Derecho. Fontamara, México, 2007., pp. 94 y 96.*

20 ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004., pp. 42, 48 y 49.*

y obtener así una síntesis, cuya consecución aspiraba a estar dotada de precisión matemática, y por supuesto implicaba un sometimiento riguroso a la ley. El juez de la actualidad se encuentra, sin duda alguna, sometido a la ley pero no exclusivamente, toda vez que se mantiene vinculado a la Constitución y es en esencia un juez argumentativo²¹, potenciado políticamente²².

Wróblewski ha precisado que la ideología de la certeza, propia del Estado liberal de Derecho, impone reglas legales con significado inmutable, por lo tanto preñadas de “valores estáticos”, generando una “ideología estática de interpretación legal”; por el contrario, en el Estado Social se impone una “ideología dinámica de la interpretación legal”, la cual se mueve en un contexto funcional, donde se constituye en “fuente de las valoraciones interpretativas, y determina la preferencia por las directivas funcionales y el fin básico de la interpretación, esto es, la mejor adaptación del derecho a las necesidades de la vida social”²³.

La tarea del juez o jueza varía cuando el material jurídico con el cual opera, sufre profundas transformaciones. La norma como regla, expresión propia del positivismo legalista, se aplica por subsunción. Por el contrario, en el constitucionalismo moderno, la norma también adquiere el carácter de principio²⁴, con clara diferencia respecto de las normas-regla²⁵, donde la subsunción se queda a gatas, por lo cual dada la indeterminación de aquéllos, es necesaria la ponderación, toda vez que los “principios no son normas que establezcan exactamente lo que debe hacerse, sino normas que exigen que ‘algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes’”; pero sin desconocer que el “grado de importancia de los principios relevantes depende de premisas fácticas y normativas”²⁶.

21 *Ibíd.* Ob. Cit., pp. 79, 91 y 102.

22 Cfr. COMANDUCCI. Ob. Cit., p. 70. También destaca los rasgos de dicha forma de administrar justicia, CALVO GARCÍA, Manuel. *Transformaciones del Estado y del Derecho.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005., pp. 52 y 62.

23 WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.* Civitas, Madrid. 2001., pp. 72 a 77.

24 Así, COMANDUCCI. Ob. Cit., p. 76.

25 FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea. Los temas y desafíos.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007., p. 28.

26 BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho.* Universidad

Pero también debe decirse que la labor del legislador se ve modificada, debido a que si bien goza de una gran capacidad y libertad de configuración legislativa, no es menos cierto que también está sometido a los principios, valores y derechos constitucionales. También aquí, dice Wróblewski, opera el contexto funcional del Derecho²⁷; o como señala Comanducci, en el ámbito de un *“modelo de constitución como norma”*, lo cual coincide con el artículo 4 de la Carta Política, *“toda legislación es entendida como actuación de la constitución y se interpreta a la luz de la constitución”*²⁸.

La Carta política es norma de normas, por lo tanto condicionante de la validez formal y material de la ley, aspectos que tiene que tener en cuenta el legislador cuando cumple su función constitucional. La ley debe ser expresión de los principios, valores y derechos constitucionales.

Algunas veces, las decisiones legislativas vendrán prefiguradas, otras gozarán de una mayor libertad, de todos modos sujetas a los derroteros constitucionales²⁹.

De allí que la expresión *“formas propias del juicio”* de lo cual daba cuenta la Constitución de 1886 en su artículo 26, que se repite en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, aparentemente tienen los mismos alcances, pero en realidad otra cosa sucede, si se tiene en cuenta que las formas propias del juicio deben configurarse bajo ópticas materiales, toda vez que la noción de *“debido proceso”* preside el texto de esta norma.

Así, la noción de debido proceso también es material, no responde, sin más ni más, al de ritualidad procesal.

Por lo tanto, si el debido proceso ha sido entendido como *“una limitación al poder punitivo del Estado”* y como tal comprende *“el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los*

Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 21, 28, 29 37 y 110. Aunque críticamente, se reconoce que algún sector de la doctrina –ZAGREBELSKI– entiende que *“la práctica derecho es una combinación de juicios de hecho y de valores”*. COMANDUCCI. Ob. Cit., p. 84.

27 WRÓBLEWSKI. Ob. Cit., p. 39.

28 COMANDUCCI. Ob. Cit., pp. 38 y 52.

29 BERNAL PULIDO. Ob. Cit., p. 118.

*hechos*³⁰, queda puesto de presente que no puede confundirse su concepto con el de “ritualidad procesal”, debido a que va más allá de la legalidad.

Así, de una manera clara y contundente, lo ha establecido la jurisprudencia:

La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo, por consiguiente, en la Constitución de 1991 el debido proceso es algo más profundo que tipificar conductas, fijar competencias, establecer reglas de sustanciación y ritualismos, indicar formalidades y diligencias, como se deducía de los términos empleados por la ley 153 de 1887 (...) El debido proceso no es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Ihering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo mas importante: el derecho mismo (...) en el artículo 29 se desarrolla el debido proceso. Respecto a esta última norma, la enumeración allí contenida no puede ser una camisa de fuerza, sino que se trata de las llamadas NORMAS ABIERTAS. Entonces, la discrecionalidad del juez (característica de la escuela antiformalista del realismo jurídico norteamericano) permite que la cláusula abierta sea un instrumento fundamental para lograr la finalidad constitucional del debido proceso. Sobre este tópico de las normas abiertas, Ernest Fuchs, a principios del siglo, dijo: “en los estudios, la ciencia y la praxis las reglamentaciones procesales no tienen por qué jugar un papel mayor que el que en la medicina tiene la reglamentación hospitalaria.

Pero esta posición lleva a un planteamiento más de fondo: el debido proceso que se ampara con la tutela está ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos y este sería el objeto de la jurisdicción constitucional en tratándose de la tutela.

30 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-039 de 1996 y C-948 de 2002.

Como no es razonable que el formalismo supere a los valores principios y derechos, la única explicación lógica para justificar la aplicación de la tutela como defensa del debido proceso es cuándo determinados institutos jurídicos que le dan a la persona un DERECHO A ALGO, son desconocidos por el juez. Ello permite exigirle al Estado la vigencia de normas que le den efectos jurídicos a las competencias asignadas a los jueces, luego el Estado debe contribuir a ese derecho objetivo que desarrolla las competencias que el legislador ha fijado y cuya inaplicación violaría derechos fundamentales. Se podría concluir que estas normas de procedimiento son status positivo, para la búsqueda del orden justo y no simples reglas de carácter formalista. En otras palabras, el titular del derecho fundamental tiene competencia para imponer judicialmente, un procedimiento indispensable para los fines de la justicia. Se sale entonces del status negativo y se pasa a los derechos a algo, status positivo.

Pero, se repite, lo que se protege mediante la tutela, no es el riguroso seguimiento de reglas de orden simplemente legal, sino el manejo de reglas procesales para tomar decisiones que puedan justificarse jurídicamente, es decir, hay que ver el debido proceso desde el ámbito constitucional y no desde el simplemente legal³¹.

Tales razones materiales, trascendentes al ritualismo procesal, han permitido afirmar con solidez que

las formas procesales no se justifican en sí mismas sino debido a del cometido sustancial al que propende la administración de justicia (...) Todos estos elementos integran la plenitud de las formas propias de cada juicio, contemplada como factor esencial del debido proceso y por lo tanto no constituyen simplemente reglas formales vacías de contenido sino instrumentos necesarios para que el Derecho material se realice objetivamente³².

Por lo tanto, la noción de “debido proceso” no se identifica con la de “formas propias del juicio”. Ésta está integrada a aquél, pero no tienen coincidencia material.

31 *Ibíd. Sentencia T-280 de 1998.*

32 *Ibíd. Sentencia T-323 de 1999.*

De allí que el valor certeza jurídica, representado en las formas jurídicas, debe ser penetrado por otros valores que le den nuevos alcances y actualicen las instituciones poniéndolas a tono con las realidades materiales y necesidades sociales actuales, tal cual lo que sucede con otros importantes cometidos constitucionales³³.

La Administración de Justicia Penal es una “*función pública*” y como tal, también a ella se le aplican los principios de eficacia y economía consagrados y demandados en el artículo 209 de la Carta Política.

En efecto, la “*función pública*” es una materia transversal a los poderes ejecutivo, judicial y legislativo, incluso a los órganos de control, autónomos e independientes (artículo 113 de la CP).

Lo anterior muy a pesar de que el artículo 209 de la Carta Política trata sobre la “*función administrativa*” incluso, ella es la temática de conformidad con el *nomen iuris* del Capítulo 5 del Título VII, DE LA RAMA EJECUTIVA, al cual pertenece.

Como se evidencia en los artículos comprendidos entre el 122 y el 131, pertenecientes al Capítulo 2, **De la función pública**, correspondiente al Título V **DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO**, los principios de la “*función administrativa*” son, *mutatis mutandi*, aplicables a toda la función pública, incluida la que ejercen los particulares.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha dicho que los principios consignados en el artículo 209 de la Carta Política “*son vinculantes para todos los operadores jurídicos estatales*”³⁴.

Los rasgos actuales de la función pública tienen su especial fundamento en el artículo 209 de la Carta Política, norma que también, en el concierto politicojurídico del Estado Social, se aplica a la función judicial y a los funcionarios judiciales. Estos también se encuentran sujetos

33 Así, por ejemplo: se dice que en “*el campo del Derecho Público existe la conciencia de que el estado de bienestar exige unas técnicas de intervención no justificables desde perspectivas estrictamente liberales*”. CALSAMIGLIA. *Ob. Cit.*, p. 27.

34 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-071 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.

al cumplimiento de los criterios que informan la administración, consignados en el artículo 209 de la Carta Política, tal como ha quedado expuesto en la Sentencia C-037 de 1996, mediante la cual se ejerció el control constitucional previo a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996).

Así lo ha ratificado la misma jurisprudencia cuando de manera diáfana, precisó que los principios de los cuales da cuenta el artículo 209 constitucional *“son igualmente aplicables a la administración de justicia”*³⁵.

Por ello, aplica para la Rama Judicial el que fuera propósito revelado explícitamente, que se imponía por todos los sectores involucrados en la reforma constitucional, de la *“necesidad de hacer más eficiente el funcionamiento del Estado”*, para lo cual, como ejes del cambio, se requería *“un exigente régimen para los servidores públicos”*: *“El país demanda ahora como su prioridad la mayor eficiencia y eficacia en la gestión pública, como condición básica para desarrollar la legitimidad institucional”*³⁶.

El Estado *“se encuentra al servicio de la comunidad y debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*³⁷.

Toda institución y norma de la Carta Política debe interpretarse bajo la idea de *“los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”*, razón por la cual, las demandas sociales *“sirvieron para transformar el reducido estado liberal en un complejo aparato políticoadministrativo jalonador de toda la dinámica social”*³⁸.

Por esta razón, en *“el Estado social de derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución”*³⁹.

35 *Ibíd.* Sentencia C-012 de 2002, MP. Jaime Araújo Rentería.

36 *Gaceta Constitucional* 68. Bogotá, 6 de mayo 1991., pp. 17 y 18.

37 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

38 *Ibíd.* Sentencia T-406 de 1995, MP. Ciro Angarita Barón.

39 *Ibíd.* Sentencia T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Se ha producido un cambio en la concepción de la “función pública”, producto de la incidencia y rectoría del artículo 1 constitucional, cambio de paradigma que implica según la jurisprudencia constitucional:

El moderno concepto de Estado Social de Derecho aparece un insoslayable aumento del intervencionismo estatal, como mecanismo necesario para la realización efectiva de los derechos. Esta circunstancia supone que el concepto clásico de la función administrativa se vea reemplazado por otro más acorde con la nueva realidad jurídica y que, así mismo, la organización del Estado moderno responda a nuevos criterios. Las formas de organización actuales no son en manera alguna aquellas propias del llamado Estado gendarme, sino que corresponden más bien al concepto de Estado social servidor⁴⁰.

Muy bien ha precisado la jurisprudencia constitucional cuando dice que el artículo 209 de la Carta Política consagra unos “principios que gobiernan la función administrativa”, los cuales pueden clasificarse en principios finalísticos –al servicio de los intereses generales-, funcionales y organizacionales⁴¹, que a su vez se presentan como “instrumentales”, al servicio de la labor que presta quien ejerce una función pública⁴².

Esos principios son “parámetros específicos de la función administrativa y que, en general, constituyen el núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado Social de Derecho”⁴³.

En el marco de lo aquí tratado, significa lo anterior, sin más ni más, que se constituyen en el derrotero del comportamiento de todo servidor público y muy especialmente de los legisladores y funcionarios judiciales.

Por ello los servidores públicos, incluido los legisladores, deben estar “comprometidos” con los cometidos que a la función pública se le atribuyen⁴⁴ y, por virtud del principio de eficacia, tienen que observar

40 *Ibíd.* Sentencia C-722 de 1999, MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

41 *Ibíd.* Sentencia C-036 de 2005, MP. Humberto Sierra Porto, Fundamento jurídico 3.

42 *Ibíd.* Sentencia C-071 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.

43 *Ibíd.* Sentencia C-088 de 2000, MP. Fabio Morón Díaz.

44 *Ibíd.* Sentencia C-1163 de 2000, MP. Fabio Morón Díaz.

cabalmente los deberes que le competen, adecuando su *“conducta para lograr el cumplimiento de los fines del Estado”*⁴⁵.

Por su lado el principio de eficiencia le impone al servidor actuar garantizando *“niveles óptimos de rendimiento”*⁴⁶, esto es, cumpliendo con el deber de eficiencia que aplica al *“logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto”* de la función pública⁴⁷.

En materia procesal penal y concretamente en el instituto objeto de estudio, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que su sustento constitucional, entre otros valores, se encuentra anclado en el mandato constitucional de un juicio sin dilaciones injustificadas y en la eficiencia estatal, toda vez que *“no tiene sentido observar una serie de ritos procesales para demostrar lo que ya está demostrado”, todo lo cual “responde a una política criminal cuya finalidad es la de lograr mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de justicia”*⁴⁸.

La eficacia y la eficiencia, conceptos de la moderna Gerencia Pública, hacen parte del actuar solícito, toda vez que van orientados a la consecución de los fines del Estado, de allí que se diga que con el primero se indica que la actuación debe estar dirigida a *“lograr o alcanzar los objetivos propuestos”*, esto es, *“la exigencia de la consecución de los efectos, resultados tangibles y reales”*, lo cual debe ocupar *“un primer plano por la prevalencia de lo que se denomina eficacia, efectividad o productividad. La eficiencia es un criterio que relaciona la productividad de las operaciones o actividades con una medida, criterio o estándar de desempeño”*⁴⁹.

Aquí la eficacia contribuye, como dice Guastini, no suministrando validez⁵⁰, sino legitimidad constitucional. Antes, en el Estado Liberal, se confundían legalidad y legitimidad, ahora éste concepto se permea de

45 *Ibíd.* Sentencia T-206 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo.

46 *Ibíd.* Sentencia C-563 de 2000, MP. Fabio Morón Díaz.

47 *Ibíd.* Sentencia T-206 de 1994. Ob. Cit.

48 *Ibíd.* Sentencia C-1260 de 2005.

49 IVANEGA, Miriam Mabel. *Principios de la Administración Pública. Ábaco*, Buenos Aires, 2005, pp. 86 y 87. En el mismo sentido, resaltando su importancia para el Estado moderno en tanto la eficacia y la eficiencia son criterios que permiten *“formular propuestas normativas de resolución de conflictos”*, CALSAMIGLIA. Ob. Cit., pp. 28 y ss.

50 GUASTINI, Ricardo. *La ilegitimidad constitucional en el ordenamiento jurídico italiano*. En: *Análisis*

nuevo contenido, promoviéndose por el Derecho nuevos valores sociales entre los cuales destacan la eficacia, eficiencia y efectividad en el cumplimiento de las funciones estatales, lo cual dota a las instituciones jurídicas de contenido material⁵¹; toda vez que “a la legitimación por la legalidad se añade la legitimación por la eficacia”⁵², la legalidad está vinculada con la validez de la norma y la legitimidad con su justicia⁵³.

Si bien es claro, que desde el punto de vista del Estado de Derecho es importante y necesario implementar en la ley los desarrollos del debido proceso, no es menos cierto, si el legislador lo decide, también puede implementar procedimientos ágiles y simplificados en aras de materializar en la administración de justicia penal la operatividad de los principios de economía, eficacia y eficiencia tal como sucede con la figura objeto de estudio en este módulo, como expresión de la noción de Estado Social (artículo 1 de la Carta Política); claro está, siempre y cuando se respete el principio acusatorio de que da cuenta el artículo 252 *Ibíd.*⁵⁴.

No contempla expresa y directamente la Carta Política, el mecanismo procesal de negociación de la responsabilidad y del monto de la pena, empero, ello hace parte del principio conocido como disposición del objeto procesal, sí contemplado implícitamente en la norma superior cuando consagra el llamado principio de oportunidad (artículo 250); entonces por lo tanto, si en éste se puede disponer totalmente de la acción penal, con mayor razón cabe una disposición parcial, tal cual ocurre con los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad⁵⁵.

y derecho (comp.) COMANDUCCI, Paolo. *Fontamara, México, 2004.*, pp. 212 y 213.

51 CALVO GARCÍA. *Ob. Cit.*, pp. 28, 48 y 65.

52 Así CALSAMIGLIA. *Ob. Cit.*, p. 31.

53 BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho. Debate, Madrid, 1990.*, pp. 300 y 301.

54 Así se expresa Bazzani, empero, pareciera introducir una formalidad adicional al “principio acusatorio” entendido materialmente como división de roles, cuando señala que “el procedimiento de abreviación por consenso sólo es válido, desde el punto de vista de las garantías, si mantiene la posibilidad de realización de audiencia (...) el consenso no elimina el contradictorio, pues se acuerda sobre la base del disenso, pudiéndose formar la prueba exclusivamente en dicha audiencia y en presencia del juez, a quien no se puede limitar su función”; BAZZANI MONTOYA, Darío. *La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad. En: Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”-Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2006.*, pp. 230 y 231.

55 Similar posición adopta reconocido doctrinante español, quien enfatiza el parentesco cercano entre principio de oportunidad y el instituto de la conformidad, precisando su íntima fundamentación.

En dicho procedimiento abreviado entra en juego otro importante valor constitucional digno de producir efectos legitimadores, tal como sucede con el Derecho Constitucional de “participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (artículo 40 de la CP), toda vez que no se puede desconocer que allí, dicha expresión cobija toda la actividad pública⁵⁶.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha utilizado criterio similar para fundamentar constitucionalmente los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, toda vez que, amparándose en el contenido de lo dispuesto en el artículo 2 *Ibíd.*, ha señalado que es la “*más palmaria expresión*” del principio constitucional que tienen los ciudadanos de participar en las decisiones que los afectan⁵⁷.

También aquí debe reconocerse el contexto funcional, por lo tanto entonces, tal norma debe mirarse enlazada con la “*axiología política*”; razón por la cual no puede desconocerse cuando se trata de los “*problemas políticos de funcionamiento de las estructuras sociopolíticas*” y los “*valores políticos*”⁵⁸, como pregona la doctrina.

Al participar el ciudadano acusado por una infracción penal en la configuración de la decisión que deba tomar la justicia penal, con todo el respeto por las garantías constitucionales, se le está tratando como persona y por lo tanto asegurando su dignidad, lo cual impone, como mínimo, la garantía del autocontrol y la restricción lateral, esto es, el respeto en uno mismo y en los demás⁵⁹.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Ob. Cit.*, pp. 494 y 1287. Si ello es así, como quiera que el Consejo de Europa recomendó la implementación del principio de oportunidad como instrumento de simplificación de los procesos penales –septiembre 17 de 1987 R (87)18, de contera, también tiene cabida la transacción sobre la responsabilidad y la pena.

56 En el Derecho, y especialmente en la interpretación normativa, “puede hacer falta recurrir a los principios generales del sistema, a sus criterios de coherencia normativa, en fin a la teoría política de donde el ordenamiento saca su justificación, y su legitimidad”. LA TORRE, Massimo. *Sobre la relevancia de la Teoría del derecho para la práctica jurídica*. En: *Análisis y derecho (comp.)*. COMANDUCCI, Paolo. Fontamara, México. 2004., p. 258.

57 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 14 de diciembre de 2005, rad. 21.347, MP. Yesid Ramírez Bastidas y SENTENCIA del 1° de junio de 2006, rad. 24.764, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

58 WRÓBLEWSKI. *Ob. Cit.*, pp. 109 y 113.

59 BULYGIN, Eugenio. *El positivismo jurídico*. Fontamara, México, 2006., pp. 23 y 48.

Tal forma de ver las cosas, se compagina con modernos criterios de moralidad según los cuales, una sociedad es justa *“si permite que cada persona persiga su mayor bien posible en términos que sean aceptables para todos”*⁶⁰, pensamiento encarnado, sin duda alguna, en el instituto de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad.

Por lo tanto, es aquí donde encontramos entonces, el sustento jurídico del instituto en estudio, y no en un presunto ejercicio del negocio jurídico privado o disposición de intereses privados como lo sugiere algún sector de la doctrina, debido a que existe una libertad limitada en el objeto de la negociación, y dada su naturaleza pública, el juez o jueza decide y no sólo refrenda el acuerdo y los intervinientes, pues luego de dicho acto, no puede disolverlo sin más ni más, asunto del cual nos ocuparemos más adelante.

1.3 LA PRAGMATICIDAD EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO

El Derecho Comparado ha dado cuenta de una idea rectora que gobierna las instituciones procesales penales angloamericanas, un principio rector que nutre de pragmaticidad el entendimiento del instituto de la acción penal y su ejercicio, despojándolo de ritualidades insulsas y acercándolo a las demandas y necesidades de una sociedad cambiante, que cada día reclama más la realización del principio de materialización del derecho sustancial o material mediante el ejercicio del derecho procesal.

Si bien, la institución sobre los *“acuerdos de culpabilidad”* como mecanismo de simplificación y agilización de los procesos es de reciente reconocimiento por el más alto tribunal de justicia de los Estados Unidos de América, su espíritu se manifestó con mucha anticipación en la práctica y encuentra anclaje en la historia filosófica misma de dicha familia jurídica.

Podría decirse que su visión es poco favorable al *“dogmatismo”*, esto es, aquello que los filósofos del Derecho peyorativamente llaman la *“falacia abstractiva”*, lo cual *“supone reducir la fundamentación a la deducción de proposiciones”*. Más bien, existe una tendencia a la *“dimensión pragmática”*, que por cierto presupone *“que queda fuera del proceso deductivo de*

60 Cfr. CALSAMIGLIA. *Ob. Cit.*, p. 20.

fundamentación” en el dogmatismo cerrado⁶¹. El gran juez americano Holmes decía, captando en toda su dimensión dichas premisas, que *“la vida del Derecho no ha obedecido a la lógica”*, su motor es la experiencia, de allí que su filosofía estriba en las *“consideraciones acerca de lo que es conveniente para la sociedad concreta de que se trate”*⁶².

El inglés Francisco Bacon (1561-1626), desdeñaba de la filosofía, estimaba que sólo originaba *“disputas y controversias”*, y se reducía a un puro parloteo y litigio, pero resultaba totalmente *“estéril de obras provechosas a la vida del hombre”*, toda vez que el silogismo *“construye a nuestro asentimiento, pero no a la realidad”*. Pregonaba también *“un ideal de saber público, controlado, que procede con cautela a partir de la experiencia y que es un saber construido mediante la colaboración mutua en vista de la transformación del mundo en beneficio de todos los hombres”*⁶³.

Locke (1632-1704), por su parte, insigne filósofo de dicho entorno, daba cuenta que *“los axiomas constituían el fundamento de todo conocimiento, y que las ciencias estaban edificadas sobre ciertas praecognita, de las que el entendimiento toma su origen”*, empero, cuestionaba su falta de contacto con la realidad, por lo cual se tiene la obligación de *“considerar las cosas mismas tal como existen”*, debido a que sólo la experiencia ofrece la certeza. De allí que el silogismo no es, como se piensa, el instrumento más apropiado y elevado para ejercitar la razón humana, sino que *“razonamos mejor y con más claridad cuando observamos la conexión de las pruebas sin reducir nuestros pensamientos a ninguna regla o forma silogística”*⁶⁴.

Con David Hume (1711-1776), Reale y Antiseri dicen que a partir de su histórica frase *“sé filósofo, pero más allá de la filosofía, sé siempre un hombre”*, el empirismo se constituyó en una renuncia a la filosofía. Las sensaciones son percepciones e impresiones vivaces, mientras que las ideas sólo lo son de manera débil, de allí que la *“impresión es originaria, mientras que la idea es dependiente”*; por ello, su pensamiento hizo énfasis en la costumbre

61 GARCÍA MARZÁ, Domingo. *Ética de la Justicia*. Tecnós, Madrid, 1992., pp. 78 y 79.

62 Citado por SCHWARTZ, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Civitas, Madrid, 1990., p. 61.

63 REALE, Giovanni y ANTISERI, Darío. *Historia del pensamiento filosófico y científico*. T. II. Herder, Barcelona, 2001., pp. 284 y ss.

64 LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Orbis, Madrid, 1985., pp. 157 y ss.

en tanto “nos permite ir más allá de lo inmediatamente presente ante la experiencia” y ello engendra las creencias. Anuda a lo anterior la dimensión utilitarista, lo único que provoca nuestro asentimiento, destacando lo útil público, que no es otra cosa que lo “útil para la felicidad de todos”⁶⁵.

En palabras de Hume, como lo hemos destacado en otro lugar, encontrábamos suficiente sustento para otra institución procesal dispositiva muy cara a la configuración del proceso acusatorio, concretamente nos referimos al principio de oportunidad, diciendo:

El derecho anglosajón tiene como uno de sus presupuestos la noción de utilidad. DAVID HUME, un precursor de dicha orientación, en su libro ‘Tratado de la naturaleza humana’, escrito en 1739-1740, estimaba, según RAWLS, que lo ‘justo es el plan o esquema en su conjunto’, por lo tanto, seguirá habiendo ‘actos aislados de justicia con desgraciadas consecuencias’⁶⁶.

Tal noción resulta de vertebral y cardinal importancia para el entendimiento del principio de oportunidad, pues HUME decía: ‘Un único acto de justicia es con frecuencia contrario al interés público; y, si hubiera de quedarse solo, sin que otros actos lo siguieran, podría ser, en sí mismo, muy perjudicial para la sociedad’⁶⁷.

El utilitarismo destaca el interés general y no se detiene en el detalle y la perfección de lo individual. Su análisis de la sociedad es global y mira los resultados en el conjunto.

Jeremías Bentham le dio forma jurídica al pensamiento empirista, señaló que en lo moral, las fuerzas que la mueven son el placer y el dolor como experiencias sensibles, lo cual debe permear las instituciones jurídicas, especialmente la pena vista como prevención; de allí que haya de conciliarse en tal materia, los intereses privados con los públicos, de tal manera que la ley debe perseguir “la máxima felicidad para la mayor cantidad posible

65 REALE y ANTISERI. Ob. Cit., pp. 468 y ss.

66 REALE y ANTISERI. Ob. Cit. T. III., pp. 286 y ss.

67 CALSAMIGLIA. Ob. Cit., p. 45.

de personas”, lo que se constituyó en credo del empirismo⁶⁸; tanto que autores modernos atribuyen a Bentham, la introducción de los conceptos de utilidad y eficiencia como motores para forzar “modificaciones legales”⁶⁹. Por ello, la ciencia debe apoyarse en hechos y cosas reales⁷⁰.

Bentham se proclamaba antiformalista, entendía que los procedimientos judiciales debían propender por fines marcados por la “celeridad”, “economía” y “eliminación de obstáculos superfluos”, sin que ello implicara, obviamente, dejarlos a la voluntad de los jueces, pues resulta necesario no “abolir todas las formas”⁷¹.

Nace el empirismo como teoría que explica el conocimiento, el cual depende de la experiencia, aun el intelectual, cuyo punto de partida son las sensaciones, razón por la cual, resalta Reale sobre a la filosofía de Locke, “todas las ideas son producto de elementos que los sentidos reciben del contacto con la realidad”⁷². De allí que los significados, ideas y conceptos “hacen referencia a contenidos experimentales, exclusiva o primariamente”⁷³.

De allí derivó el pragmatismo norteamericano que, a finales del siglo XIX, se impregnó de una perspectiva sociológica⁷⁴; la cual ha caracterizado su entendimiento jurídico, hasta el punto que se califica como su aportación más significativa a la filosofía occidental, toda vez que hace de la experiencia una regla de acción, constituyéndose en la apertura hacia el futuro⁷⁵.

El pragmatismo implica un método para interpretar las ideas en términos de sus consecuencias⁷⁶.

68 ABBAGNANO, Nicolás. *Historia de la Filosofía*. V. 3. Montaner y Simón, Barcelona, 1978., p. 258.

69 BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. V. I. EJEÁ, Buenos Aires, 1971., p. 13.

70 REALE. *Ob. Cit.*, p. 87.

71 RUNES, Dagobert. *Diccionario de Filosofía*. Grijalbo. Caracas, 1994., p. 110.

72 DEL ACEBO IBÁÑEZ, Enrique y BRIE, Roberto J. *Diccionario de Sociología*. Claridad, Buenos Aires, 2006., pp. 135 y 220.

73 REALE y ANTISERI. *Ob. Cit.*, pp. 433 y ss.

74 RUNES. *Ob. Cit.*, p. 300.

75 REALE y ANTISERI. *Ob. Cit.*, p. 436.

76 FLORIAN, Víctor. *Diccionario de Filosofía*. Panamericana, Bogotá. 2006., p. 185.

Charles Pierce (1839-1914), diría, entonces, que sólo *“considera verdaderas aquellas ideas cuyos efectos concebibles resultan fortalecidos por un éxito en la práctica, éxito que jamás es definitivo y absoluto”*⁷⁷. El pragmatismo surge como un método que deja de lado las abstracciones y los principios inmutables para considerar lo concreto y adecuado, los hechos, la acción y el poder⁷⁸.

Por su parte, William James (1842-1910), calificó al empirismo como un método que huye de la abstracción, de las malas razones a priori de los principios fijos, de las categorías y de los sistemas cerrados, en fin, privilegia el empirismo sobre el racionalismo como una actitud de búsqueda sin comprometerse con resultados, adquiriendo la verdad una concepción instrumental en cuanto nuestras ideas impliquen una capacidad de actuar y *“su utilidad para mejorar o volver menos precaria la condición vital de un individuo”*. Significativo resulta su entendimiento sobre los ideales contradictorios, toda vez que expresa que *“habrá que preferir aquellos ideales cuya realización comporte la destrucción de la menor cantidad posible de otros ideales, y un universo más rico en posibilidades”*⁷⁹.

John Dewey (1859-1952), sostiene que los pensamientos y las ideas deben estar vinculados con la práctica, toda vez que tienen que estar en función de problemas reales. La práctica siempre define el valor de una idea a partir de la función de adecuación a las situaciones problemáticas, radiando allí su valor en la lucha contra problemas reales, guiando positivamente la acción humana⁸⁰; pero esa aproximación a la realidad se interpreta como *“eficacia, verificación o conveniencia práctica”*⁸¹.

Roscoe Pound superpuso la idea de *“satisfacer las necesidades”* sobre la lógica formal, con un profundo efecto sobre la noción de *“el fin del Derecho”*, comprensivo, a partir de la influencia de la economía, de un *“Derecho Social”*⁸².

77 REALE y ANTISERI. Ob. Cit., pp. 433 y ss.

78 *Ibid.*, pp. 449 y ss.

79 RUNES, Ob. Cit., p. 301.

80 POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Comares, Granada, 2004., pp. 136 y 137.

81 Citado por FRANK, Jerome. *Derecho e Incertidumbre*. Fontamara, México, 1993., p. 30.

82 REALE y ANTISERI. Ob. Cit., pp. 439 y ss.

Félix S. Cohen entendía el derecho como “*cuerpo de normas*”, empero, el mismo estaba sujeto a “*valoración moral*”, y se debía someter a una crítica severa a partir de *estándares* jurídicos, siendo el principal aquel que indique que lo bueno es aquello que “*promueve la vida buena*”, en consecuencia, se imponían dos deberes al juez: a) “*la traducción de los textos jurídicos al lenguaje universal de los goces y sufrimientos humanos*”; y, b) llevar a la práctica jurídica “*la lucha por el logro de los ideales así descubiertos*”⁸³.

Reale resume la postura de los empiristas, incluidos los actuales, para quienes las verdades que dimanen de las relaciones lógicas se encuentran vacías de contenido, por ello su acceso sólo es posible por la vía de la experiencia sensible; de allí que el “*Derecho es un hecho que se liga a otros hechos mediante nexos de causalidad*”⁸⁴.

Precisamente García Villegas, criticando el ámbito de la *legal doctrine*, cuyo pensamiento está cercano a la dogmática jurídica, afirma que allí “*opera una visión de la realidad mediatizada por el lenguaje y, en tal sentido construida, artificial, política*”, destacando por el contrario, cómo la sociología jurídica norteamericana ha abogado por el uso de las ciencias sociales, debido a que ello permitiría, obrando como antídoto, librar a la interpretación jurídica del *sesgo político*⁸⁵ y por supuesto, anclarla en la realidad y necesidad sociales.

Ello ha permitido que “*el Derecho penal del Common Law sea un Derecho poco dado a la alta especulación teórica y sistemática y que dedica su atención fundamentalmente a la solución del caso concreto*”⁸⁶. Así, la legislación en sus disposiciones tanto generales como particulares, no debe ser tratada como algo aislado y abstracto, sino como la parte subordinada de un todo, unida a los otros rasgos que constituyen el carácter de una nación y de una época⁸⁷.

83 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001., pp. 3 y 11.

84 FLETCHER. *Ob. Cit.*, p. 12.

85 WILLIAMS, Jorge N. *Interpretación de las leyes en el derecho norte-americano*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959., p. 129.

86 MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Fundamentos. Del Puerto, Buenos Aires, 2002., p. 385.

87 CHIESA APONTE, Ernesto Luis. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. V. II. Forum, Bogotá, 1992., p. 583.

El profesor argentino Julio B. Maier, da cuenta de la dificultad, por no decir imposibilidad, de entender algunas novedosas instituciones desde la perspectiva abstracto-formal, por lo cual sólo argumentos que versen sobre “*finés prácticos*” respecto de la persecución penal, la racionalidad “*apreciada desde el punto de vista empírico*” y el “*sentido utilitario de las instituciones jurídicas*” fundan las mismas, entre las cuales cita el principio de oportunidad⁸⁸ y obviamente, se agregarían las conformidades y los acuerdos.

En la actualidad, destacados tratadistas como Chiesa Aponte, no dudan en afirmar, cuando tratan el estudio de la institución procesal de la “*declaración de culpabilidad y alegaciones preacordadas (plea bargaining)*”, en armonía total con lo antes expuesto: “*Se trata de un área donde la realidad se ha impuesto sin mucha dificultad sobre la teoría*”⁸⁹.

El mismo autor, expresa que dicha institución se constituye en la actualidad, en un componente esencial de la justicia criminal americana y aún, ante los embates críticos más importantes, como el que describe la posibilidad de manipulaciones de la voluntad del procesado ante eventuales presiones de la Fiscalía, para doblegar su voluntad y obligarlo a someterse al procedimiento, luego de exponer las prevenciones para superar dicho escollo, de todos modos pragmáticamente dice que “*es una especie de mal necesario*”, lo cual tiene asidero en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, para lo cual cita como antecedentes *Blackledge v. Allison* (1977), *Bordenkircher versus Hayes* (1978) y *Santobello v. New York* (1971). En su natal Puerto Rico, destaca cómo el Tribunal Supremo ha considerado dichos antecedentes, agregando que se trata de “*una práctica de gran utilidad*”: “*Sin las alegaciones preacordadas sería muy difícil, si no imposible, enjuiciar a todas las personas acusadas de cometer delitos dentro de los términos mandados por el ordenamiento procesal y por la Constitución*”⁹⁰.

En otro lugar de su magna obra, Chiesa Aponte enfatiza en las prevenciones normativas necesarias para admitir la figura del *plea bargaining*, pero destaca nuevamente su naturaleza pragmática y utilitaria, para lo

88 *Ibíd.*, p. 584.

89 *Ibíd.* V. III., p. 284.

90 *Ibíd.*, p. 292.

cual cita el precedente judicial *Díaz Díaz versus Alcaide* (1973), del Tribunal Supremo de Puerto Rico, en el cual se dice:

El acto de declararse culpable es de gran trascendencia en el procedimiento criminal. El acusado mediante su alegación de culpabilidad renuncia a una serie de derechos fundamentales que le garantizan la Constitución y las leyes. El Estado queda relevado de la celebración de proceso que puede ser largo y costoso. Es por eso que el acto debe estar rodeado de todas las garantías, especialmente si se tiene en cuenta que una gran parte de las personas acusadas de delitos graves se declaran culpables. De acuerdo con datos en poder de la Administración de Tribunales, para el año 1972-1973 de los 5.020 casos por delitos graves resueltos en ese año 3.045, o sea un 61%, lo fueron por alegación de culpabilidad⁹¹.

Más recientes aparecen, según Chiesa Aponte, otros precedentes que confirman la línea jurisprudencial pragmática y utilitaria, reafirmando que las alegaciones de culpabilidad son “una práctica de gran utilidad que debe estimularse. Sin las alegaciones preacordadas sería difícil enjuiciar a todas las personas acusadas de cometer delitos dentro de los términos requeridos por el ordenamiento procesal y por la Constitución. *Brandy versus United States* (1969) y *Pueblo versus Mojica Cruz* (1984)”⁹².

En principio, dicha práctica estuvo ajena a las regulaciones legales, se expresó en un puro derecho consuetudinario desde finales del siglo XIX, de lo cual se destaca la importancia de la costumbre como lo indican los filósofos mencionados, y recibió bendición jurisprudencial por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos a partir de los años 70 del siglo pasado, para lo cual se cita a *Brady versus United States* (1970) y *Santobello versus United States* (1971), época a partir de cuando fue incorporada la figura, a las reglas federales del procedimiento criminal⁹³.

91 Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Ob. Cit.*, p. 515; MUÑOZ NEIRA. *Ob. Cit.*, pp. 212 a 214 y BAZZANI MONTROYA. *Ob. Cit.*, p. 240., también, señalan su “utilización sistemática” por virtud del “relativo poder de discreción del fiscal para disponer de los hechos”. LANGER. *Ob. Cit.*, p. 259.

92 ORDÓÑEZ SOLÍS. *Ob. Cit.*, pp. 25 y 110. También CALSAMIGLIA. *Ob. Cit.*, pp. 27 y ss.

93 WILLIAMS. *Ob. Cit.*, p. 10.

1.4 DEL ENCUENTRO ENTRE EL DERECHO ANGLOAMERICANO Y EL CONTINENTAL EUROPEO

Después de la Segunda Guerra Mundial, esto es, a partir de 1945, el Derecho y el Estado comienzan a sufrir profundas transformaciones, lo cual irá a repercutir de manera evidente en las instituciones procesales penales.

Desde el constitucionalismo moderno, se da cuenta de un encuentro entre el derecho positivo y el *common law*⁹⁴, y dejan de ser *esotérico* uno y otro para cada uno, por lo cual “*los juristas de un sistema están en la categoría de no iniciados con respecto del otro*”, como decía Williams en 1952⁹⁵.

Los más importantes procesalistas penales de Alemania, confirman dicha incidencia en nuestra disciplina, aun cuando algunos se muestran reactivos ante tan complejo fenómeno sociológico y normativo⁹⁶.

Guerrero Peralta destaca que esto fue producto de la imposición de una justicia extraña a Alemania por parte de los vencedores en la Segunda Guerra Mundial, especialmente por Estados Unidos y Gran Bretaña, lo cual se materializó en la función cumplida por el Tribunal de Nuremberg⁹.

Pero también en otros países europeos de la tradición *civil law*, como Italia y España, lo mismo que los latinoamericanos, han visto pasar el fantasma de la justicia negociada⁹.

94 Así SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnós, Madrid, 2002., pp. 288 y ss.

95 GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. *El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*. En: *Estudios Penales 2*. Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2004., pp. 20 y 21.

96 LANGER. *Ob. Cit.*, p. 239.

En Colombia, destacados autores dan cuenta de tal fenómeno como puede apreciarse en Guerrero Peralta⁹⁷ y Aponte Cardona⁹⁸. En un importante voto disidente en la Corte Constitucional, también se dio cuenta de ello⁹⁹.

Pero también se destaca aquí, la incidencia cada vez más reconocida de los desarrollos de la fórmula Estado Social de Derecho, criterios a partir de los cuales surge la política constitucional¹⁰⁰ y por supuesto, la renovación de la Política Criminal.

Desde el ámbito de la Teoría del Estado y del Derecho, las importantes transformaciones que nos ha legado dicho movimiento, pueden resumirse en los siguientes postulados:

1.4.1 La apuesta por otros valores constitucionales ha permitido un resurgimiento de la política social y, por supuesto de su especie, la política criminal

La regulación social aparece como una nueva forma de estrategia en la intervención del Estado, lo cual demanda un cambio de paradigma en la concepción jurídica de las instituciones, debido a que la nueva evolución jurídica impondrá la idea de consecución de “*resultados prácticos*” y “*objetivos materiales*”, y se instaura la idea de un Derecho orientado por fines políticos en el cometido institucional¹⁰¹.

Bobbio destaca cómo en la *Teoría del Derecho* se produce un giro que va de las preocupaciones exclusivas y excluyentes por lo estructural, hacia una enfatización en lo funcional, lo cual implica que el acento se traslade del punto de vista jurídico al sociológico. Es la consecuencia del paso del

97 GUERRERO PERALTA. *El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*. Ob. Cit., pp. 11 y ss.

98 APONTE CARDONA, Alejandro David. *Principio de Oportunidad y Política Criminal. De la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2009.

99 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-836 de 200. Salvamento de voto de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra*.

100 SCHONE. Ob. Cit., pp. 232 y 233.

101 CALVO GARCÍA. Ob. Cit., pp. 28, 32 y 48.

Estado Liberal al Estado Social, toda vez que ya *“la función del Derecho no es solamente la de mantener el orden constituido, sino también la de cambiarlo adaptándolo a los cambios sociales”*¹⁰².

Las ideas estructuralistas de lo jurídico se permean de finalidad –funcionalidad– y, en consecuencia, como dice Faralli, *“el derecho no es un sistema cerrado e independiente: este es, respecto del sistema social considerado en su conjunto, un subsistema que se encuentra al lado, y en parte se superpone y en parte se contrapone, a otros subsistemas (económico, cultural, político)”*¹⁰³. La función social implica una lógica del medio-fin en la cual el Derecho es un instrumento de gobierno, pero el punto de vista social no puede anular el individual, de allí que su verdadera función *“es la de realizar la justicia como modo específico de superar la inseguridad colectiva”*¹⁰⁴.

La búsqueda de la eficacia aparece como un cometido prioritario en la tarea del Estado, lo cual ha sido un aporte de la sociología jurídica norteamericana, de allí que el *“derecho útil”* tenga su medida en el *“logro de objetivos o consecución de funciones”*, esto es, si se añade la eficiencia, los logros deben conseguirse con un uso eficiente y racional de los recursos estatales. Se impone así, la penetración de la lógica del sistema político en el sistema jurídico, lo cual implica orientar la tarea de la aplicación del Derecho más por la vía de la *“realización de funciones”*, lo cual es propio del Estado Social, que por la del *“seguimiento de reglas”*, ámbito natural del Estado Liberal¹⁰⁵.

El campo de lo criminal es también el campo de la intervención en las relaciones sociales primarias¹⁰⁶, cuya regulación en el Estado social, asume formas distintas como dice Bobbio¹⁰⁷, asunto que destaca con mucha fortaleza Aponte Cardona¹⁰⁸. Lo anterior es obvio, toda vez que *“establecer puentes con otras disciplinas sociales es importante para ampliar el nivel discursivo de la ciencia y la práctica jurídica”*¹⁰⁹.

102 BOBBIO. *Ob. Cit.*, pp. 256, 257 y 264.

103 FARALLI. *Ob. Cit.*, pp. 23 y 24.

104 BOBBIO. *Ob. Cit.*, pp. 272 y 273.

105 CALVO GARCÍA. *Ob. Cit.*, pp. 76, 77 y 103.

106 CALVO GARCÍA. *Ob. Cit.*, p. 106.

107 BOBBIO. *Ob. Cit.*, p. 268.

108 APONTE CARDONA. *Ob. Cit.*, véase especialmente la Unidad 2.

109 CALSAMIGLIA. *Ob. Cit.*, p. 34.

La Política Criminal de la actualidad debe, como dice Calsamiglia, subordinar el principio de la sujeción a la ley *“al de la resolución adecuada de los conflictos”*, con el fin de obtener un equilibrio entre seguridad, eficacia y justicia, en tanto el jurista es también un *“ingeniero social”*¹¹⁰.

Un gran procesalista alemán afirmaba a finales del siglo XIX, lo cual se extendió también a gran parte del XX, que el Derecho Procesal Penal cumplía igual función que *“los conceptos jurídicos formales de carácter general”*¹¹¹, criterio que refleja la visión del positivismo decimonónico, refractario a figuras jurídicas que no respondieran al método de subsunción de hechos en normas. Otro colega y coterráneo, imbuido de la idea de penetración de la Política Criminal en las instituciones dogmáticas y procesales, afirma a la vez, que *“observa la tarea central del proceso penal no en su viejo sentido liberal del ritual formal creado para la seguridad jurídica, sino en el sentido del proceso como solución de conflictos sociales”*¹¹².

La noción de *“Política Criminal”* ha sido definida por la Corte Constitucional, en la sentencia C-873 de 2003, siguiendo la sentencia C-646 de 2001, como *“el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”*. Así, la misma *“jurisprudencia constitucional ha reconocido que la política criminal puede ser articulada por el Legislador mediante la expedición de normas”*, articulación que, al integrar un plexo normativo, puede hacerse por la ley, conceptos del Consejo Nacional de Política Criminal en los términos de la Ley 888 de 2004 y el reglamento que para efectos de la aplicación del principio de oportunidad, expida el Fiscal General de la Nación.

La sentencia C-873 de 2003 mencionada, ha precisado con claridad, como medidas de política criminal *“las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia”*, lo cual, sin duda alguna, resulta predicable de los preacuerdos y negociaciones.

110 *Ibid.*, p. 60.

111 BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Labor, Madrid, 1943., pp. 15 y 16.

112 ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2004., p. 129.

La dogmática penal y el derecho procesal penal deben orientarse político-criminalmente¹¹³, asunto que se destaca en el Código Penal mediante la consideración de las funciones preventivas de la pena, aspecto que debe irradiar también al procedimiento penal, toda vez que hace parte del sistema penal (artículos 3, 4 y, especialmente, 13 de la Ley 599 de 2000).

En esta línea, sin duda alguna, aparecen los institutos de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad y el principio de oportunidad, enfatizándose en su función político criminal de llegar a *“terminaciones anticipadas del proceso”* (artículos 8 literal d y 348 inciso 2 de la Ley 906 de 2004). La eficacia en el ejercicio de la justicia aparece como principio rector del procedimiento y los *“acuerdos”* hacen parte de dicha estrategia, como específicamente lo afirma el artículo 10 inciso 4 *Ibíd.*¹¹⁴.

1.4.2 La flexibilización del derecho, discrecionalidad y una apuesta por los mecanismos alternativos de solución de conflictos

La regla que gobierna la subsunción de hechos en normas que caracteriza la forma tradicional de administrar justicia, pierde su valor como instrumento único y excluyente del Estado Liberal, abriéndose paso cada vez más, según Calvo García, al uso de alternativas construidas sobre la idea de la *“tolerancia”*, *“negociación”* y *“composición”* del conflicto, como nuevas estrategias de intervención que generan una institucionalidad *“susceptible de adaptarse rápidamente a coyunturas cambiantes y amoldarse a los imperativos pragmáticos de las nuevas estrategias preventivas de control”*.

113 En este ámbito, es paradigmática la obra dogmática y procesal de ROXIN. Claus. 1) *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Reus, Madrid, 1981. 2) *Problemas básicos del Derecho Penal*. Reus, Madrid, 1976. 3) *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1972. 4) *Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal*. PPU, Barcelona, 1992. 5) *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000.

114 CORTE CONSTITUCIONAL. Así, expresamente lo reconoce la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-1260 de 2005, cuando afirma que los criterios esbozados en la sentencia C-425 de 1996, para declarar la constitucionalidad del instituto de la sentencia anticipada consagrada en el artículo 3 de la Ley 81 de 1993, son aplicables al instituto de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, que *“responde a una política criminal cuya finalidad es la de lograr mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de la justicia”*, lo cual viene impuesto por demandas constitucionales de *“eficiencia estatal”*.

De contera, el Derecho orientado a fines “introduce en el sistema jurídico la flexibilidad característica de las formas modernas de organización, lo cual va a suponer el debilitamiento de la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas a favor de un incremento importante de la discrecionalidad”, generando una “estructura jurídica singular” y “dimensiones informales en las dinámicas jurídicas actuales”, que denotan una apertura del Derecho regido por criterios de oportunidad¹¹⁵.

La doctrina entiende que muchas de estas responsabilidades son trasladadas del legislativo al ejecutivo, pero no es menos cierto que también al poder judicial¹¹⁶.

Las soluciones consensuadas de los conflictos sociales, al introducir el factor eficacia representado en la celeridad y descongestión judicial, han influido profundamente en el derecho procesal penal alemán¹¹⁷.

Estas formas novedosas de administrar justicia no ofenden, como se ha visto, la dignidad humana; por el contrario, al respetarse al individuo y éste ser consciente del acto y su trascendencia, se cumple aquello que modernos doctrinantes -Gauthier- en el ámbito anglosajón denominan como una forma de compaginar egoísmo o individualismo, moralidad y autointerés en una síntesis de razón-utilidad: “el hombre no sólo tiene información sino que es capaz de contratar y llegar a un acuerdo siempre y cuando la estructura de la interacción sea suficientemente beneficiosa para el propio individuo”¹¹⁸.

Aparecen así, novedosas formas de llevar a cabo “acuerdos para la declaración de responsabilidad” entre Fiscalía y Defensa, que se traducen en “preacuerdos que implican la terminación anticipada del proceso”, toda vez que se le permite al procesado, participar en la definición de su propia situación jurídica

115 CALVO GARCÍA. Ob. Cit., pp. 26, 31, 48, 53, 74, 75 y 76. Desde nuestra realidad, en excelente obra, se califica al instituto de los preacuerdos y negociaciones como una forma “alternativa temprana” de resolver el conflicto social asociado al Derecho Penal. MEDINA LÓPEZ, Diego. El proceso penal entre la eficiencia y la justicia: la aplicación de técnicas de dirección judicial del proceso al Sistema Acusatorio Penal. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá. 2006., pp. 106 y 107.

116 CALSAMIGLIA. Ob. Cit., p. 34.

117 GUERRERO PERALTA. El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. Ob. Cit., pp. 31 y 326.

118 Cfr. CALSAMIGLIA. Ob. Cit., pp. 22 y 25.

(artículos 8 literal d y 348 inciso 1 de la Ley 906 de 2004). Esto demanda el reconocimiento de mayor flexibilidad en la función de aplicación de la ley, lo cual paradigmáticamente se reconoce en el artículo 3 de la Ley 890 de 2004, toda vez que el sistema de contención a la menor maniobrabilidad del juez o jueza del sistema de cuartos en la tasación de la pena, se suprime.

La terminación anticipada de los procesos se traduce en procedimientos abreviados que a su vez, permiten globalmente considerado, destinar energías funcionales a otras investigaciones y procesos, logrando eficacia y eficiencia en la administración de justicia, lo cual se traduce en respuestas oportunas al quebrantamiento de la norma, con lo cual psicológicamente el delincuente y los ciudadanos asocian la sanción con aquélla, cumpliéndose las funciones de la norma subjetiva de determinación como expresión de la prevención punitiva, lo cual sin duda alguna contribuye en “*aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento*” (artículo 348 inciso 2 de la Ley 906 de 2004)¹¹⁹.

1.4.3 De las sanciones negativas a las sanciones positivas como cambio de paradigma de un derecho exclusivamente represivo, a uno con características promocionales

*El Estado actual, ante los desafíos que las nuevas realidades ofrecen, reacciona con “un modelo de control de dimensiones extraordinariamente complejas”, afirma Calvo García. Las relaciones jurídicas no se entienden sobre la base de limitaciones a la actividad estatal, sino como “acción social positiva directa”, todo lo cual implica que “las normas prohibitivas reforzadas mediante sanciones negativas ya no son el único instrumento de este tipo de derecho; al contrario, surgen nuevos medios y formas de **control positivo** que promueven un cambio sustancial en la fisonomía del derecho”¹²⁰ (negrillas fuera de texto).*

119 La estabilización de la norma, como función de la pena, “será tanto más efectiva cuanto mayor sea la celeridad y publicidad con las cuales se lleve a cabo el acto sancionador”. ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. IDEMSA, Lima, 1998., p. 266.

120 CALVO GARCÍA. *Ob. Cit.*, pp. 28, 31 y 107.

Esa nueva fisonomía está dada por la necesidad de adoptar mecanismos de *“control positivo y negativo más amplios y sofisticados”*¹²¹. Bobbio precisa cómo en el Estado Social *“la función primaria de regular los comportamientos ha asumido formas distintas a la tradicional, que reposaba exclusivamente en la intimidación mediante la sanción negativa”*, de tal manera que ahora el Derecho desarrolla *“también una función de estímulo, de promoción, de provocación de la conducta de individuos y de grupos que es la antítesis clara de la función solamente protectora o solamente represiva”*¹²².

Aparece la función de alentamiento, al contrario de la desalentamiento del viejo Estado Liberal, cuando el Estado Social *“se vale cada vez más a menudo del procedimiento de incentivación o del premio, es decir, del procedimiento de la sanción positiva”*, que ofrece ventajas significativas para el destinatario de la norma, debido a que le puede proporcionar beneficios si la observa, pero su inobservancia *“no tiene alguna consecuencia jurídica”*, característica de una función promocional e innovadora¹²³.

El Estado Liberal, cuyo paradigma de lo normativo era la prohibición y por supuesto, la sanción negativa, cuya base material era el desalentamiento, se dejan atrás y cada vez más se suman a lo anterior, por virtud de las transformaciones que impone el Estado Social, los mandatos positivos y por supuesto, las sanciones positivas, cuya base material es el alentamiento o incentivo. En este nuevo modelo jurídico, el *“término sanción se usa en sentido amplio para incluir en él no sólo las consecuencias desagradables de la inobservancia de las normas, sino también las consecuencias agradables de la observancia”*¹²⁴.

La técnica del alentamiento que informa las nuevas instituciones *“tiende no sólo a tutelar, sino también a provocar el ejercicio de actos conforme”*, nueva forma de realización del control social que influye psíquicamente en el agente destinatario de la norma, de quien *“se quiere un determinado comportamiento”*. El bien del premio, así, *“puede consistir tanto en la atribución de una ventaja como en la privación de una desventaja”*¹²⁵.

121 *Ibid.*, pp. 104 y 105.

122 BOBBIO. *Ob. Cit.*, p. 268.

123 *Ibid.*, pp. 269 y 274.

124 *Ibid.*, pp. 372, 375 y 376.

125 *Ibid.*, pp. 380 y ss.

Pues bien, también dicha orientación moderna se plasma en el instituto estudiado, debido a que quien colabora en este evento con la justicia, terminando anticipadamente con el procedimiento, que en todo caso importa un ahorro de esfuerzos funcionales, se hace acreedor a importantes rebajas punitivas (artículos 351, 352 y 353 de la Ley 906 de 2004).

Mediante las técnicas de alentamiento promocionadas por el Estado, con la negociación del conflicto se logra obtener por parte del procesado, una privación de una desventaja, consistente en una rebaja de pena ante una eventual sanción mayor desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, de llevarse al cabo el procedimiento por los cauces ordinarios.

1.5 SINCRONÍA DIFERENCIAL ENTRE LAS FÓRMULAS PROCESALES DE UNO Y OTRO CONTEXTO NORMATIVO

La teoría política y constitucional enseña que resulta necesario pasar de una idea del uniprocedimiento que se desprendía de la Constitución de 1886 a desarrollos más adecuados y apropiados a las actuales realidades y necesidades sociales, captadas por la Política Criminal y que se reflejan en un procedimiento ordinario y básico, y otro alternativo como lo es el consignado en el instituto de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, como modélico de la abreviación procedimental. De allí, que en tal contexto, se haya dicho por la jurisprudencia constitucional, como novedad normativa que potenció los principios constitucionales anotados, que la reforma introducida por el constituyente en el artículo 250 constitucional en el año 2002, implicó *“una modificación considerable de los aspectos estructurales del procedimiento penal”*¹²⁶.

Así se destaca, en el específico campo penal, por vía de principio rector, cuando en el artículo 6 inciso 1 de la Ley 906 de 2004, se incardina la legalidad procedimental con la *“observancia de las formas propias de cada juicio”*.

Nótese cómo allí, no se incluye la expresión *“plenitud de formas”*, lo cual es un verdadero obstáculo para el diseño de plurales procedimientos y sobre todo para materializar aquellos marcados por la abreviación. Pero

126 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 de 2005.

la pluralidad de procedimientos es evidente, y surge necesaria cuando se utiliza la expresión “*cada juicio*” en el ámbito penal, lo cual excluye el uniprocedimentalismo, sólo justificable en un ambiente jurídico propicio a la mera igualdad formal.

Sin duda alguna que en el procedimiento ordinario o básico, también se demanda la aplicación de los principios de eficacia y eficiencia, que se revela por lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004. No obstante, donde con mayor vigor se expresan y sobre todo, se recalca la exigencia y demanda de aplicación de medidas político-criminales, es en el procedimiento abreviado de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad.

La muestra irrefutable de ello, se encuentra en el ámbito del sistema regulativo de la pena, pues en el procedimiento ordinario, se aplica en toda su extensión y rigor, el sistema dogmático de los cuartos para su tasación (artículo 61 de la Ley 599 de 2000), mientras que “*el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa*” (artículo 3 de la Ley 890 de 2004).

Lo anterior significa que si bien cada uno de los procedimientos adoptados es diferente, ambos muestra una sincronía respecto de las finalidades político constitucional y político criminales. Por tal razón, la tarea del legislador estriba en lograr, con la ley, una “*solución justa que disipe la tensión entre la libertad del individuo y los presupuestos del Estado Social*”¹²⁷.

Esto es, un equilibrio entre garantías individuales que fluyen del concepto de Estado de Derecho, por una parte, y eficacia y eficiencia como imposición del concepto de Estado Social por la otra. Como dice Schone, se está ante el desafío de “*ser eficaz y, al mismo tiempo, ser capaz de respetar los valores que son la razón de la existencia*” del Estado de Derecho¹²⁸.

127 BENDA, Ernesto. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*. En: *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 1996., p. 120.

128 Así SCHONE. *Ob. Cit.*, pp. 188 y ss. También desde la óptica latinoamericana se ha expresado la necesidad de acordar “*la dialéctica entre la eficiencia de la justicia y la preservación de las garantías ciudadanas dentro del proceso penal*”. BINDER, Alberto. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000., p. 94.

También así lo ha reconocido la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005, reiterando lo ya expuesto en sentencia C-873 de 2003, cuando afirmó que *“se diseñó –por el Acto Legislativo 03 de 2002- un sistema de tendencia acusatoria, pero sin que pueda afirmarse que el adoptado corresponda a un sistema acusatorio puro”*, en el cual se guarda el *“equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado”*. Sobre el equilibrio entre eficacia del sistema y garantías, ya se había pronunciado la justicia constitucional por sentencia C-412 de 1993; más recientemente ha dicho que un sistema con estructura de tendencia acusatoria implica *“garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima”*, según sentencia C-979 de 2005.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. Diferencia fundamental entre el concepto de “formas propias del juicio” y el principio del debido proceso.
2. Significado del esquema básico de acusación y juzgamiento como fundamento constitucional de un sistema procesal
3. La penetración al sistema de justicia del principio de eficacia y eficiencia
4. El concepto de legalidad en el moderno derecho constitucional y la función del juez o jueza.
5. Las exigencias de alternatividad en la justicia y los fundamentos del derecho premial.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

PEDRO, Juez de la República, conoce del acuerdo al cual llegaron Fiscal y procesado acerca del delito cometido, pactando una rebaja de pena de una tercera parte en tanto se aceptó que se incurrió en el ilícito de abuso de confianza, descartándose el elemento que lo haría calificado, empero, en la audiencia respectiva:

El representante del Ministerio Público solicita improbar el acuerdo por cuanto, amén de la documentación sobre la administración de unos dineros y los respectivos faltantes bancarios, no se ha llevado a cabo la controversia acerca de si existió o no detrimento económico, lo cual desquicia las “*formas propias del juicio*” (artículo 29 de la Carta Política), y, muy a pesar de que la sentencia C-1260 de 2005 declaró la constitucionalidad de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, de todos modos no ha sido confrontada con lo dispuesto por el artículo 252 *Ibíd.*, de tal manera que nos encontramos ante una nulidad por violación al debido proceso (artículo 457 del CPP).

Ae

El Fiscal esgrime lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de octubre de 2006, rad. 25.574, según la cual *cuando los cargos son aceptados en la audiencia de formulación de la imputación, evidentemente ningún medio de prueba se practica delante del juez, por la exclusión obvia del juicio oral. En esos eventos, en consecuencia, la sentencia puede fundamentarse en aquellos elementos recaudados por la Fiscalía siempre que hayan sido incorporados legalmente a la actuación;* por lo cual, solicita su aprobación.

El procesado y su defensor estiman que el acuerdo cumplió con todos los requisitos legales, fue voluntario, libre e informado.

¿Cuál sería su decisión como juez o jueza de la República?

Responda los siguientes interrogantes:

1. Por qué, a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991 la expresión "*formas propias del juicio*" debe entenderse en el contexto del principio del debido proceso.
2. Qué explica la justificación actual para que existan procesos abreviados donde se prescinda del debate público.
3. Por cuáles razones no resulta admisible la tesis de algún sector de la doctrina, que demanda que de todos modos debe existir una actividad probatoria antes de aprobar el acuerdo.
4. ¿Cómo puede explicarse el respeto por el principio acusatorio en el instituto de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad?

Unidad 2

ANTECEDENTES Y PRESUPUESTOS MATERIALES QUE INSPIRAN LAS REFORMAS EN EL ÁMBITO DEL CIVIL LAW

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

En esta unidad, se estudiarán los antecedentes que pueden fundamentar a los preacuerdos y negociaciones desde la óptica del derecho procesal penal europeo, de tal manera que los y las discentes:

- Comprenderán cómo no puede predicarse una ruptura o sisma cuando se constata que la permanente búsqueda por la eficacia y eficiencia de la justicia, ha sido postura que demandaba una preocupación por lo pragmático
- Verificarán que la clave para entender las formas consensuadas de administración de justicia, tiene su punto referencial en la llamada “*confesión transaccional*”.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Teniendo en cuenta los temas aquí tratados, los y las discentes confirmarán las siguientes cuestiones:

- Que la confesión, aún en el sistema mixto con tendencia inquisitiva, contenía el germen del cual florecería la justicia consensuada.
- Que ya la misma sugería una negociación entre acusador y acusado para obtener algunos beneficios punitivos.

Oe

- Que la doctrina ya había entendido el papel crucial que podía jugar, al lograr un acuerdo sobre el curso del proceso.
- Que es necesario validar material y formalmente la confesión transaccional, cuando ha sido vertida de manera libre, voluntaria y con conocimiento informado.

Por muy exótico que parezca el tema de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad para el ámbito de la tradición jurídica continental europea, lo cierto es que, en su propio seno, venían gestándose algunas tendencias que cualitativamente resultaban compatibles con el pensamiento de la tradición anglo-americana, aunque su rendimiento cuantitativo resultó poco apreciado.

Dichos antecedentes contienen en germen, los presupuestos materiales de los criterios que hoy se enarbolan para justificar y fundamentar la justicia transaccional y actuaban como alternativas paralelas al uso del procedimiento ordinario.

Dicha constatación permite afirmar, que bien podría entenderse que la evolución hacia los nuevos criterios fue cuestión de tiempo y progresión, por lo cual también por esta forma, la legitimidad de sus instituciones está garantizada.

2.1 LA ACCIÓN PRIVADA

Al lado del procedimiento ordinario, resulta verdad apodíctica que países continentales europeos como Alemania, España, Italia¹²⁹ y Portugal, entre otros, consagraban, aunque cuantitativamente con poca representación frente al primero, eventos que implicaban un claro ejercicio de la acción penal entendida en clave dispositiva, aunque sujetos a la taxatividad.

En el ámbito alemán, se precisa que por virtud de la *máxima dispositiva* en el procedimiento de acción privada, las partes pueden “*disponer sobre el objeto del proceso*”, incluso después de la apertura del proceso principal¹³⁰. Esto es, las partes pueden transar sobre el “*objeto litigioso*”¹³¹.

En contados delitos, como injuria y calumnia, los mismos eran considerados como “*privados*” y por esta razón, al no interesar en principio su persecución a la autoridad oficial, se relegaba el ejercicio de la acción

129 En 1833, era evidente como se puede apreciar en CARMIGNANI, Giovanni. *Elementos de derecho criminal*. Temis, Bogotá. 1979., p. 173.

130 ROXIN. *Derecho Procesal Penal*. Ob. Cit., p. 129.

131 BELING. Ob. Cit., p. 345.

penal al titular del bien jurídico ofendido, motivo por el cual *“el acusador privado se constituye en parte procesal”*; empero, para accionar resultaban necesarios algunos requisitos de procedibilidad, como agotar la posibilidad de una conciliación previa, la legitimidad radicaba exclusivamente en el ofendido y en todo caso, habría de obtenerse una licencia o autorización por parte del juez o tribunal¹³².

*De allí que “el acusador privado ha de instar el curso de las actuaciones para que no se tenga por abandonada la querrela, solicitando del órgano jurisdiccional la práctica de las diligencias que considere necesarias para fundar la acusación e interviniendo a lo largo de todo el procedimiento”*¹³³.

Muy a pesar de que la doctrina expresara que allí todo radicaba en la *“autonomía de la voluntad individual”*, esto es, de una *“expresión de voluntad persecutoria de una persona de Derecho privado”*¹³⁴, no es menos cierto que para la década de los años 40 del siglo pasado, el ambiente procesal destacaba cada vez más la necesidad de *“procurar acentuar los vínculos comunes entre la acción civil y la acción penal”*, muy especialmente en el campo del principio *nemo iudex sine actore*, afirmaba el gran procesalista latinoamericano Eduardo J. Couture¹³⁵.

No resulta extraño pues, que ya para la misma época, Carnelutti criticara ardua y agriamente el procedimiento penal inquisitivo, toda vez que no era lógico que el juez hablara consigo mismo, enarbolando también la calidad de parte. Por ello, resultaba necesario, en aras de la imparcialidad y para blindar el proceso de veleidades personales del juez, crear la figura artificial del Ministerio Público que como parte frente al procesado y defensa, debatía ante el juez como tercero, que habría de tomar equidistantemente su decisión¹³⁶. Surge aquí lo que se ha denominado *“necesidad de que alguien sostenga la acusación”*, aspecto sustancial que han utilizado los tribunales constitucionales europeos para demandar estructuras procesales acusatorias¹³⁷.

132 Así LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Ob. Cit.*, p. 788 y GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Ob. Cit.*, p. 176.

133 *Ibid.*, p. 177.

134 MAIER. *Ob. Cit. T. II. Parte General. Sujetos procesales. Del Puerto, Buenos Aires, 2003.*, pp. 669 y 670.

135 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil. De Palma, Buenos Aires, 1978.*, pp. 58 y 66.

136 CARNELUTTI. *Ob. Cit. T. I.*, pp. 117 y 231.

137 ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y Derecho Penal. Bosch, Barcelona, 1995.*, pp. 32, 89 y

Se comienza así, a producir un desplazamiento del eje gravitacional inquisitivo dentro del cual operaba el proceso penal, al dispositivo, producto del acercamiento de la teoría procesal civil y procesal penal, motivada por la idea del derecho procesal como ciencia y a partir de la noción de *“relaciones jurídicas procesales”*¹³⁸.

Por ello, la doctrina califica sin ambages, que el enjuiciamiento criminal por delitos privados se constituye en *“un proceso penal dispositivo”*¹³⁹ o *“máxima dispositiva”*¹⁴⁰.

En dicho proceso por supuesto, la acción es un poder jurídico que tiene un sujeto *“de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”*; diferenciándose acción de pretensión, toda vez que la primera se concibe en forma autónoma respecto de la titularidad sustancial como un poder jurídico, mientras que la segunda implica un reclamo de que se haga efectiva la autoatribución de un derecho, en tanto queda *“librada a las partes la disponibilidad del proceso”*¹⁴¹, con lo cual queda discernida la idea de un proceso de partes.

La idea de parte, en consecuencia, se concibe como aquella situación en la cual *“los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares”*. En dicha concepción, la *disponibilidad del derecho material* abre las puertas al sistema transaccional¹⁴², debido a que *“la pretensión procesal determina su mantenimiento, esto es, su subsistencia hasta que el tratamiento que a la pretensión procesal deba darse haya alcanzado su finalidad instrumental”*; finalidad instrumental que está dada por *“algún acaecimiento que jurídicamente tenga asignada tal eficacia”*, lo cual no es otra cosa que los *“actos de disposición de la pretensión”*¹⁴³.

ss. Para España muy especialmente, ORTELLS RAMOS, Manuel y TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Thompson-Aranzadi, Valencia, 2005., p. 1247 y PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch, Barcelona, 1997., p. 137.

138 CARNELUTTI. *Ob. Cit.* T. II., pp. 3 y 4.

139 GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Ob. Cit.*, p. 831.

140 ROXIN. *Derecho Procesal Penal*. *Ob. Cit.*, p. 526.

141 COUTURE. *Ob. Cit.*, pp. 57 a 72 y, muy especialmente, 185. Así también, CARNELUTTI. *Ob. Cit.*, p. 37.

142 *Ibid.*, pp. 186 y 187.

143 GUASP DELGADO, Jaime. *La pretensión procesal*. Civitas, Madrid, 1985., pp. 85 y 87.

De contera entonces, también entran aquí consideraciones de oportunidad y conveniencia, como paladinamente lo reconoce la doctrina¹⁴⁴.

No en vano, presagiaba Binder en 1993, que este tipo de estructuración procesal avanzaría *“hacia una vigencia todavía mayor del principio dispositivo”*¹⁴⁵. También se observa dicha tendencia, aunque con fuertes críticas, para Alemania¹⁴⁶.

2.2 LOS PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS

Los países del concierto *civil law*, han tenido como preocupación constante, por virtud de los principios de economía y celeridad, la institucionalización de procedimientos abreviados. Ello se percibe *“en un conjunto de medidas importantes que aparecen a lo largo de los preceptos que regulan este procedimiento, incluso reduciendo o suprimiendo actuaciones”*¹⁴⁷.

Premonitoriamente, Carnelutti introducía en la *Teoría Procesal Penal*, en el año de 1958, lo que llamó el *“principio de elasticidad”*. El mismo pretendía reducir la rigidez de los procedimientos y dilucidar la posibilidad de contemplar *“estructuras elásticas”*, para lo cual era necesario acordar amplias atribuciones ordenadoras a los jueces.

A renglón seguido, advertía que resultaba necesario *“agregar que la orden del juez no es el único medio con el cual se puede dar al procedimiento, aquella estructura elástica que sirve para adecuar el procedimiento a la litis. A tal fin puede emplearse útilmente el acuerdo de las partes: ‘El hecho es que cuando las partes están de acuerdo para regular el procedimiento, de determinado modo, hay una razón muy seria para considerar que pueda ser el modo más oportuno’*¹⁴⁸”.

144 MAIER. *Ob. Cit.* T. II., p. 670. También así GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Constitución y proceso penal*. Tecnós, Madrid, 1996., p. 119.

145 BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999., p. 279.

146 ESER, Albin. *Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la reprivatización del proceso penal?* En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005., pp. 68 y ss. CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I. Temis, Bogotá, 2000., p. 302.

147 GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Ob. Cit.*, p. 768.

148 CARNELUTTI. *Ob. Cit.* T.I., pp. 180 y 181.

Pero lo más importante de ello, es que en otro lugar de la misma obra, el gran Maestro italiano vinculaba ese llamado “*principio de elasticidad*” con el “*principio de oportunidad*”, abogando para que “el poder correspondiente al ministerio público sea *discrecional* en lugar de *vinculado*”. De su posición de parte, ya aceptada por la Teoría Procesal, debían sacarse todas sus consecuencias, sustituyendo el juicio de derecho por un juicio de equidad, lo cual implicaba, para el particular caso, “*conferirle también a él el poder de gracia o de perdón*”, con todas las cautelas posibles¹⁴⁹.

Es muy fácil deducir que en el espíritu de dichas afirmaciones, tenía cabida las rebajas punitivas, toda vez que se hablaba de gracia, forma genérica que comprende un decaimiento del rigor penal. Pero además, si era factible el perdón, liberar de la pena impuesta al condenado, con un argumento fundado en lo *a fortiori*, también era obvio que podía pensarse en la rebaja punitiva.

Hoy es una realidad que la abreviación de los procedimientos tiene como fundamento, además de algunas situaciones particulares como la captura en flagrancia del procesado, su confesión o la evidencia probatoria¹⁵⁰, la negociación entre las partes¹⁵¹, como lo afirma Langer para Argentina.

En el ámbito español, se tiene la conformidad como “*acuerdo entre acusación y defensa*” antes de comenzar el juicio oral o al inicio del mismo, lo cual tiene repercusión en rebaja punitiva al momento de imponer la sanción¹⁵².

En Italia, se dice que el concepto de “*procedimientos negociados*”, propio del juicio abreviado, consiste “*en un acuerdo sobre el rito probatorio por seguir*”, diferenciándose del pacto, que recae sobre la pena por imponer¹⁵³. Ello, teniendo en cuenta que son varios los procedimientos “*alternativos*”, según afirma Cordero, que responden al llamado “*liberalismo acusatorio*” y se expresan en los “*negocios procesales*” y “*composición sobre la pena*”, que posibilitan las formas contractas procesales¹⁵⁴.

149 *Ibíd.* T. II., pp. 134 a 136.

150 *De manera amplia*, DIEGO DÍEZ. *Ob. Cit.*, pp. 124 y 125.

151 LANGER. *Ob. Cit.*, p. 253.

152 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Ob. Cit.*, pp. 1287 y ss.

153 SPATARO, Armando. *Informe Italia. En: Sistemas de Proceso Penal en Europa (coord.) MACIÁ GÓMEZ, Ramón. CEDECS, Barcelona, 1998.*, p. 262.

154 CORDERO, Franco. *Ob. Cit.* T. II., p. 298 y ss. También aparece una descripción de los múltiples

2.3 LA CONFESIÓN TRANSACCIONAL

Pero sin duda alguna, el camino más efectivo para lograr la simplificación de los procesos, se encuentra en la evolución sufrida por el instituto de la confesión. Por demás, es el alma de la institución de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad.

Mittermaier para 1834, desde la óptica de la tradición inglesa, describió muy bien lo que significaba la confesión tanto para el procedimiento acusatorio como para el inquisitivo. Respecto del primero, precisó que

si llega a presentarse la confesión, se la considera de una manera bastante análoga a la que tiene lugar en el proceso civil, en el que termina toda contestación y defensa de parte del acusado, y se hace completamente inútil examinar si éste es sincero; no siendo el proceso sino una lucha empeñada entre ambas partes, y el acusador no tiene prueba que hacer desde que su adversario reconoce por la confesión el fundamento de sus conclusiones;

por el contrario, en un proceso inquisitivo, la confesión no era más que otro insumo para continuar con la investigación y acopio de pruebas, toda vez que el juez instructor “no trata sino dudando, los hechos aislados”¹⁵⁵.

Tan importante autor, quien resalta los vínculos del proceso acusatorio con los regímenes políticos democráticos, por el contrario, da cuenta que el inquisitivo es propio de tradiciones con fuerte acento autoritario, muy a pesar del significativo aporte que le otorga a la confesión. De todos modos, dice que tiene que estar sometida a la valoración del juez que la apreciará según las condiciones de quien la vierta, la sinceridad con que relate los hechos y las concordancias con el material probatorio¹⁵⁶.

procedimientos abreviados en BOTERO C., Martín Eduardo. El Sistema Procesal Penal Acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008., pp. 491 y ss.

155 MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Reus, Madrid, 1979., pp. 220 y ss.

156 MITTERMAIER. *Ob. Cit.*, pp. 50 y 217. *Como autoritario y paternalista es calificado hoy el método de búsqueda de la verdad del Proceso Inquisitivo*. JUNG, Heike. *El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos fácticos*. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005., pp. 102 y 103.

Afirma además, que el valor especial que se otorga a la confesión, deviene como consecuencia de la asunción del proceso acusatorio y se impone por virtud de un *“principio constitutivo del proceso criminal”*.

También para el año de 1833, escribía un gran autor italiano, ilustre representante de la tradición continental europea, pero entusiasta defensor del proceso acusatorio, el cual ligaba con la existencia de un mayor grado de libertad política propia de los progresos de la civilización, que *“quien preside los juicios criminales no podría incoarlos sin la instancia de un acusador”*, con lo cual ya un año antes que Mittermaier, había formulado dicho principio *“constitutivo del proceso criminal”*¹⁵⁷.

Imbuido en un ambiente inquisitivo, le era muy difícil sacar todas las consecuencias del mencionado principio y no se atrevía a afirmar que como en el procedimiento civil, la *“confesión equivale a un fallo”*. Empero, sí demandaba que su valor debería hacerse dependiente de la *“eficacia que le pueden atribuir las reglas de la certeza histórica y de la libertad civil, conjungadas simultáneamente”*¹⁵⁸.

Como consecuencia de ello, decía que *“la cuestión criminal debe tratarse como un asunto entre el acusador y el reo”*, lo cual muy seguramente le permitía contestar la pregunta de dónde derivaba el crédito que debía otorgarse a la confesión del procesado:

*Ciertamente del hecho de que los juicios han sido mirados no tanto como criterios de verdad, sino como combates. Las armas de los acusadores son las pruebas; las del reo son las negaciones. La confesión del delito se parece a una entrega de las armas por parte del reo. De ahí las aclamaciones de los investigadores, que con tanta frecuencia en tono de triunfo hacen retumbar las bóvedas del foro criminal, gritando: tenemos la confesión del reo*¹⁵⁹.

157 CARMIGNANI. *Ob. Cit.*, p. 181.

158 *Ibid.*, pp. 222 y 223.

159 CARMIGNANI. *Ob. Cit.*, pp. 225 y 240.

Puede constatarse que si bien no concibió la supresión del procedimiento una vez se produjere la confesión, muy seguramente por las limitaciones legales de un proceso inquisitivo en cuyo marco escribía, si nos atenemos a lo transcrito y a la afirmación de su contemporáneo Mittermaier, quien afirmaba que aquél predicaba que *“si existe la confesión, hace prueba absoluta”*¹⁶⁰, la importancia de la misma estaba en hacer cesar el debate probatorio y por supuesto fáctico, para sólo ocuparse en el juicio de los asuntos jurídicos de la defensa, toda vez que la *litis* o causa una vez intimada, determinaba que quedaran *“fijados los puntos del debate”*:

*Puesto que la equidad natural no arrebató a los reos, aun confesos, la facultad de defenderse, incluso contra su propia confesión, la intimación de la causa procede tanto para los reos que niegan como para los confesos*¹⁶¹.

Puede concluirse, con gran probabilidad de acertar, que ya tanto en la tradición anglosajona como en la continental europea, se iba abriendo camino seguro la necesidad de reconocer que la confesión debe tener significativos efectos probatorios y debe incidir en el trámite procesal, con el fin de simplificarlo.

Pero también puede rastrearse en el pensamiento de ambos autores, sobre la necesidad de que producida una confesión, la misma debía comportar efectos beneficiosos para el procesado.

Por su parte, Mittermaier señalaba que, entre varias posibilidades, la confesión se hacía *“con la esperanza de alcanzar ciertos beneficios”*¹⁶².

Carmignani decía que *“nadie afirma nada contra sí mismo, sino inducido por el propósito de conseguir algún provecho. La confesión, pues, no es otra cosa que un testimonio contra sí mismo, pero en provecho propio”*; lo cual estimaba Ambrosoli, su comentarista, que estaba referido a *“una disminución de la pena o la esperanza de obtener perdón”*¹⁶³.

160 MITTERMAIER. Ob. Cit., p. 50. También parece deducirse claramente de su comentarista FILIPPO AMBROSOLI, a pie de página de su afirmación, quien por ello deduce que *“la confesión es prueba asaz merecedora de crédito”*. CARMIGNANI. Ob. Cit., p. 225.

161 *Ibíd.* Ob. Cit., p. 266.

162 MITTERMAIER. Ob. Cit., p. 217.

163 CARMIGNANI. Ob. Cit., pp. 225 y 240.

El paso lógico hacia la confesión transaccional era necesario, si se guarda la lógica política y procesal expuesta a partir de la idea del principio acusatorio y la imposición de sus consecuencias, especialmente cuando los países europeos entraron en el ámbito de la recuperación de la democracia luego de la Segunda Guerra Mundial.

Hoy sin dubitación alguna y sin falsos moralismos, se habla de una “*confesión transaccional*”¹⁶⁴ o “*tramitación procesal consensual*”¹⁶⁵. Se reconoce sin ambages, que se le da a la confesión del imputado “*valor de prueba legal*”, lo cual está incentivado por una política normativa de “*naturaleza premial*”¹⁶⁶.

2.4 EL TÍMIDO PASO HACIA LA CONFORMIDAD

La doctrina es enfática al manifestar que este instituto es apenas una muestra tímida del *plea bargaining*, en tanto las legislaciones no contemplan “*margen de negociación*”, por lo cual es un “*medio tremendamente rígido y escasamente válido para realizar transacciones*”, pero sí puede llegarse mediante el mismo, a acuerdos entre acusación y defensa que acorten términos y diligencias procesales¹⁶⁷.

La solicitud debe hacerse por el acusado y el Ministerio Público¹⁶⁸.

Diego Díez es más optimista, y señala que en Italia, la figura del *patteggiamento* permite “*una negociación sobre el fondo del asunto y sobre el tratamiento punitivo, con repercusiones sobre el cauce procesal*”¹⁶⁹.

Materialmente, dice Esparza Leibar, estas figuras se fundan en “*el derecho a pronunciarse sobre la acusación formulada*”¹⁷⁰.

164 Cfr. LANGER. *Ob. Cit.*, p. 239.

165 Cfr. KLUG, Oliver K. F. *Sobre el proceso penal como proceso de partes*. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005., p. 111.

166 DIEGO DÍEZ. *Ob. Cit.*, p. 129.

167 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Ob. Cit.*, p. 1287.

168 CORDERO. *Ob. Cit.*, p. 302.

169 DIEGO DÍEZ. *Ob. Cit.*, pp. 126 y 127.

170 ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El Principio del Proceso Debido*. Bosch, Barcelona, 1995., p. 106.

De todos modos, la conformidad comporta el ahorro del juicio oral, y por lo tanto, procede en términos generales antes de su inicio o hasta el inicio de su primera sesión.

Mientras el juez no haya decidido, pueden las partes desistir del acuerdo. Celebrado el acuerdo unilateralmente, no procede su rompimiento¹⁷¹.

La institución alemana importa, dice Schünemann, un acuerdo basado en la confianza, que *“formaliza una confesión que es valorada por el tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad”*¹⁷². Aunque no convencido del todo, afirma que *“el comportamiento acordado justamente pasa a ocupar el lugar del agotamiento de todos los medios de obtener conocimiento”*¹⁷³.

El mencionado autor que se ha mostrado muy crítico con las conformidades y acuerdos en Alemania, de todos modos concibe su aceptación sólo en la medida en que se eviten los abusos y se implemente una clara utilización de reglas. De allí que, sin más, el consenso no puede legitimar *“la mera sustitución de la verdad material”*, debiéndose atender lo *“que surge del expediente”*¹⁷⁴. Pero a veces pareciera que demandara más, pues entiende que la confesión *“presupone que el tribunal con todos los medios debe comprobar el contenido verdadero de la misma”*¹⁷⁵.

Lo anterior, de llevarse a cabo, implicaría la muerte del instituto, toda vez que darle curso al debate probatorio, así sea de manera limitada para comprobar los aspectos fácticos de la confesión, implicaría como mínimo acordar un espacio procesal para su práctica, lo que generaría actuaciones y diligencias procesales adicionales.

Por ello, la doctrina española afirma que la conformidad es un modo de poner fin al proceso penal, en tanto *“supone la aceptación por el acusado de los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil*

171 CORDERO. *Ob. Cit.*, p. 301.

172 SCHÜNEMANN, Bernard. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Tecnós, Madrid, 2002.*, p. 292.

173 *Ibid.* *La reforma del proceso penal. Dickinson, Madrid, 2005.*, p. 100. Así también, presentando cifras de la experiencia judicial norteamericana, LANGER. *Ob. Cit.*, p. 267.

174 SCHÜNEMANN. *La reforma del proceso penal. Ob. Cit.*, pp. 100, 106 y 107.

175 *Ibid.* *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio. Ob. Cit.*, p. 297.

*exigida*¹⁷⁶; lo que, para ESER, muestra que no puede excluirse la posibilidad de consenso entre acusador y acusado, toda vez que aquí se resalta la necesidad de tener en cuenta la libre voluntad del segundo, lo cual no se violenta porque resulte un mal con la imposición de la pena, si se tiene en cuenta que *“con ello al menos puede evitar un mal mayor o, al menos, puede esperar que esto suceda”*¹⁷⁷.

Parece que la doctrina retomara las ideas de Mittermaier y Carmignani, toda vez que se admite que *“el tribunal puede aceptar o rechazar los acuerdos, y, según la regulación de cada país, condenar o absolver al imputado aun si ha habido acuerdo entre acusador y acusado”*¹⁷⁸.

Muy a pesar de la conformidad, si el juez o jueza tiene dudas sobre la voluntad libre del procesado, procederá con el juicio¹⁷⁹. También procederá la absolución cuando no se encuentre acreditada la tipicidad o aparezca manifiesta cualquier circunstancia *“determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación”*¹⁸⁰, existiendo amplio consenso acerca de que en términos generales, puede proceder la absolución cuando así se amerite¹⁸¹.

Por lo anterior, la doctrina es enfática en señalar que la función del juez no es la de un mero notario que homologa un acuerdo entre partes. Se trata de una comprobación jurisdiccional¹⁸².

La doctrina española acepta que la pena puede ser reducida, de conformidad con la tasación legal, *“aunque suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo establecido”* en la ley¹⁸³. Lo anterior con base en la aceptación por parte del juez de lo acordado sobre los hechos e imputación.

176 GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Ob. Cit.*, p. 799.

177 ESER. *Ob. Cit.*, p. 77.

178 LANGER. *Ob. Cit.*, p. 239.

179 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Ob. Cit.*, p. 1289.

180 RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999., p. 158.

181 CORDERO. *Ob. Cit.*, pp. 301 y 307. LANGER. *Ob. Cit.*, p. 239.

182 CORDERO. *Ob. Cit.*, p. 307.

183 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Ob. Cit.*, p. 1291.

También se acepta que lo acordado se extiende a sanciones sustitutivas y aún a la suspensión de la pena¹⁸⁴.

Se reclama con ahínco que *“la calidad de la defensa de oficio debe ser mejorada considerablemente”*, pues algunas experiencias como la española, indican que por la calidad inferior de la defensa de oficio, se termina perjudicando a los inculcados socialmente más débiles¹⁸⁵ y, eventualmente, favoreciendo a *“los delincuentes de alto nivel económico”*¹⁸⁶.

En España, la fórmula no es abierta, parece reducida a determinados delitos, empero, la doctrina aboga por una interpretación más flexible¹⁸⁷.

2.5 EL CASO COLOMBIANO

2.5.1 En vigencia del sistema mixto con clara tendencia inquisitiva

El Código de Procedimiento Penal de 1938 (Decreto 409 de 1971), rigió prácticamente hasta finales del siglo pasado, concretamente hasta el año 1987, contemplando un solo tipo de procedimiento muy cercano a la tradición fundada por el Código de Procedimiento Penal de Francia, que originó el proceso mixto de tendencia inquisitiva. Existían dos tipos de procedimientos especiales, fundados no en circunstancias de aquellas que muestran la evolución de los procesos abreviados en la tradición europea continental, sino a partir de las necesidades impuestas por la calidad de los procesados, razón por la cual se tenía un procedimiento conocido como *“Juicios ante el Senado”* y otro referido como *“Juicios ante los jueces de menores”* (Capítulos I y II del Título V de su Libro Tercero).

En cuanto a la confesión, regían los más rigurosos criterios inquisitivos, toda vez que la misma no implicaba un cambio del trámite procesal, el cual seguía indemne, pues se requería para tomarla como verídica el que

184 CORDERO. *Ob. Cit.*, p. 301.

185 SCHÜNEMANN. *La reforma del proceso penal. Ob. Cit.*, p. 109.

186 ESER. *Ob. Cit.*, p. 65.

187 GÓMEZ COLOMER. *Ob. Cit.*, pp. 166 y ss.

“no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito” (artículo 264). Lo anterior es claro, si se tiene que su artículo 399, cuyo título jurídico hace referencia al *“procedimiento en caso de confesión”*, ordenaba que *“si el procesado reconociere francamente su participación en el hecho que se investiga, el funcionario continuará practicando las diligencias conducente para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho”*, realizando todo tipo de indagaciones para *“aclarar o confirmar la confesión”*; lo cual podía aún extenderse más en virtud de lo preceptuado por el artículo 396, toda vez que si el procesado se retractaba de la confesión, *“se le interrogará sobre el móvil de sus contradicciones o sobre la causa de su retractación”*, que a su vez podría originar actividades instructoras adicionales.

2.5.2 En vigencia del sistema mixto con tendencia inquisitiva moderada

Podría afirmarse que el cambio de mentalidad impuesto hoy, comenzó a gestarse a partir del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 1887), pues aquí, muy a pesar de que se mantienen instituciones de corte inquisitivo, los giros hacia el predominio de lo acusatorio son claros:

- a) a) La primera situación que genera el procedimiento abreviado es la captura en flagrancia, forma especial de evidencia probatoria, que justificaba prescindir de algunos trámites procesales.

Ante la confesión, no imperaba la duda convertida en desconfianza hacia el dicho del procesado, pues simple y llanamente se afirmaba que *“no podrá limitarse al procesado el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos y se verificarán con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones”* (artículo 384).

- b) Se instituyó el procedimiento abreviado sin consideración al sujeto pasivo de la acción penal, lo cual se activa con la captura en flagrancia o la confesión simple del procesado (artículo 474).

Como puede verse, sin desconocer que posteriormente en la audiencia, puede practicarse pruebas, aquí la confesión tiene efectos jurídicos y se puede apreciar que no impera un sistema de desconfianza.

El procedimiento abreviado quedaba fijado con el auto que resolvía la situación jurídica luego de practicada la indagatoria, pues allí el juez o jueza de instrucción debía determinar, si se encontraba el procesado bajo una captura en flagrancia o se había producido una confesión simple (artículo 476), convocando en el mismo acto procesal para la celebración de la audiencia pública de juzgamiento y teniendo oportunidad los sujetos procesales para pedir pruebas durante el término de su ejecutoria formal (artículo 477), excepcionándose su aplicación para puntuales punibles como el homicidio, rebelión, sedición y aduaneros o se tratase de inimputables (artículo 485). En la audiencia pública, se contestaba la acusación, constituida por los cargos derivados en la definición de situación jurídica, se practicaban las pruebas, se escuchaba a las partes y se profería la sentencia, empero los términos se reducían a la mitad (artículos 478 y 479).

Sin duda alguna, aquí nos encontramos ante una fórmula jurídica “*contracta*”, pues un interregno de la etapa de la instrucción, comprendido entre la definición de la situación jurídica y la ejecutoria de la resolución de acusación, era suprimido; lo cual también en cierta forma afectaba el juicio, pues directamente se pasaba a la audiencia pública y en ésta, los términos procesales se reducían a la mitad.

- c) Bien importante el hecho de que en los delitos de competencia de los jueces de circuito y superiores, quien llevaba a cabo la definición de la situación jurídica era un juez de instrucción, diferente al juez del conocimiento, pues ante éste se realizaba la audiencia pública y era a quien le competía dictar la sentencia (artículo 480).
- d) Si bien en la regla de la confesión, se incluyeron derroteros enmarcados en el sistema de desconfianza, toda vez que el artículo 299 afirmaba que *“si el procesado reconociere su participación en el hecho que se investiga, el juez competente continuará practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del*

hecho”, no es menos cierto que ello parecería sólo aplicable en toda su extensión en aquellos casos donde se exceptuaba su aplicación, debido a que los términos procesales se acortaban dramáticamente para el proceso abreviado e incluso operaba la libertad provisional del detenido si la audiencia pública no se iniciaba dentro de los sesenta días después de resuelta la situación jurídica (artículo 483).

- e) Finalmente, se comienza a perfilar en Colombia la idea de confesión transaccional, puesto que el artículo 301 estableció que *“a quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión confesare el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una tercera parte, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia”*.

Es cierto que allí no existen conversaciones previas entre el representante del poder judicial y el procesado, debido a que *“formalmente”* así no se instituyó y todavía regía en gran medida el sistema mixto con tendencia inquisitiva, amén de que además debía valorarse el aporte de la confesión al convencimiento judicial para ser reconocida, pero de todos modos en abstracto, el Estado mediante la norma y por vía genérica efectuaba una propuesta, no negociable, pero ante la cual podía darse el fenómeno de la adhesión del procesado, al estimularlo a confesar.

Podría decirse que allí, nos encontramos ante un instituto muy cercano a la conformidad de la Europa continental.

2.5.3 En vigencia del sistema mixto con introducción del principio acusatorio¹⁸⁸

Esta caracterización viene dada por las fórmulas originales dadas por la Carta Política de 1991 en sus artículos 250 y 251, desarrolladas en su momento, por los códigos de procedimiento penal de 1991 y 2000.

¹⁸⁸ Este aparte se construyó con base en lo escrito en nuestro trabajo *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.

El Código de Procedimiento Penal de 1991 sólo consagró un tipo de procedimiento y no incluyó mecanismos de abreviación de los procesos.

De los avances logrados en la legislación que le antecedió, sólo mantuvo los efectos reductores en lo punitivo de la confesión, no obstante no precisó de manera clara que ello sólo era posible ante su modalidad simple (artículo 299), empero, la práctica judicial y la jurisprudencia entendieron que no tenía cabida cuando la misma fuera confesión calificada.

Posteriormente, se implementaron mecanismos de descongestión y agilización de los procesos que se cifran en las llamadas sentencia anticipada por aceptación de cargos -sentencia anticipada- (artículo 37 del CPP de 1991, modificado por el artículo 11 de la Ley 365 de 1997), y sentencia anticipada por acuerdo en la imputación delictiva y la pena -audiencia especial- (artículo 37A *Ibíd.*, adicionado por el artículo 4 de la Ley 81 de 1993).

El principio dispositivo limitado –no debe olvidarse que nuestro orden jurídico se asienta sobre el principio de legalidad-, se reflejó en el acortamiento de los trámites procesales, toda vez que, en ambas modalidades de sentencia anticipada se prescindió de parte de la etapa de investigación, cierre de la misma, calificación del mérito probatorio del sumario y etapa del juicio. Empero, su trámite debía ajustarse a lo reglado por la Constitución y la ley, lo cual se desprendía de que la aceptación de que daba cuenta el artículo 37 del CPP de 1991, sólo se admitiría *“siempre que no hubiera habido violación de garantías fundamentales”* y el acuerdo del 37A cuando estuviere *“ajustado a la ley y siempre que no se hubiere violado derechos fundamentales del procesado”*.

En ambas modalidades de trámite abreviado, se renunciaba por parte del procesado, al ejercicio del derecho de contradicción.

Pero además, en la figura de la audiencia especial, existía en mayor o en menor medida una disposición de la imputación delictiva y de la pena, arreglada a los marcos legales.

Por virtud del ahorro de actividades procesal e investigativa del Estado, se le concedía, en uno y otro caso, importantes rebajas punitivas al procesado. Aquí se quebraba el principio retribucionista¹⁸⁹ y aparecía como relevante la Política Criminal; se buscaba así celeridad, economía y eficacia en la administración de justicia.

En ambos casos, el factor que sustentaba el ahorro de actividades procesales e investigativas, era la confesión simple de los hechos por parte del procesado. Pero también, como lo enseñaba la doctrina, *“un auténtico cumplimiento del deber judicial de esclarecimiento de los hechos sólo podría considerarse cumplido”* con la confesión.

Se materializaba en la sentencia anticipada, por la aceptación de los cargos; y en la audiencia especial, por el acuerdo sobre a la imputación delictiva, la pena y el subrogado de la condena de ejecución condicional (artículo 37B, num.1 CPP de 1991). En realidad, el ahorro de actividades procesales e investigativas, tenía que ver con no continuar con los pasos que para el caso de confesión, había señalado el artículo 291 *Ibíd.*

No obstante, en la sentencia anticipada debía existir certeza probatoria, mientras que en la audiencia especial, lo presente era la duda.

Recientemente, la Corte Constitucional ha dicho que las medidas semejantes a las aquí tratadas y que aparecen en la Ley 600 de 2000 y en la Ley 906 de 2004, implican que su base se encuentra en la confesión simple¹⁹⁰.

Sólo el procesado imputable podía acceder a los institutos mencionados. Ello se desprendía de la utilización de las expresiones *“dosificará la pena”* y *“rebaja de pena”* que aparecían, respectivamente, en los artículos 37, 37A y 37B del CPP, de 1991. Pero además, la voluntad era definitiva en la aceptación de los cargos y en el acuerdo sobre la imputación delictiva y la pena, lo cual implicaba conocimiento de la trascendencia del acto y de sus alcances, por lo tanto, tales figuras resultaban incompatibles con la calidad de inimputable.

189 *La retribución, como criterio absoluto de justicia metafísica, a la manera como la concibieron Kant y Hegel para el Derecho Penal Alemán, es el impedimento más fuerte que desde el punto de vista ideológico se le puede oponer a la transacción punitiva desde nuestra tradición jurídica positivista.*

190 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-091 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño.

En cuanto a la oportunidad procesal, debe decirse que ambas procedían a partir de la ejecutoria de la resolución que definía la situación jurídica, hasta antes de que se cerrara la investigación.

Pero además, la sentencia anticipada también procedía después de proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fijara fecha para la celebración de la audiencia pública. Ambas podían y debían ser solicitadas por el procesado; la audiencia especial podía ser convocada de oficio por el Fiscal o solicitada por el defensor.

Como la sentencia anticipada tenía como presupuesto la certeza probatoria, era requisito necesario que la situación jurídica hubiera sido definida con medida de aseguramiento.

Tal requisito de certeza explicaba que además, en tal figura se admitía un período probatorio de ocho días, término durante el cual se podía escuchar en ampliación de indagatoria al procesado y practicar pruebas; no obstante, si surgían nuevas imputaciones o se modificaban las existentes, debía procederse a pronunciarse sobre ellas, complementando la resolución de situación jurídica.

Como la audiencia especial tenía como presupuesto la duda probatoria, no se requería que se hubiese proferido medida de aseguramiento.

Si lo solicitado era la sentencia anticipada y existía duda probatoria o la audiencia especial y había certeza, el Fiscal debía rechazar la solicitud por resolución interlocutoria susceptible de recurrirse por el procesado, su defensor o el Ministerio Público.

Si existía certeza para la sentencia anticipada y duda probatoria en el caso de la audiencia especial, y se daban los demás requisitos mencionados o por intermedio de los recursos se daba cabida a su prosperidad, el Fiscal señalaba fecha para la celebración de la correspondiente audiencia de aceptación o de acuerdo.

En estos trámites abreviados, no tenía alguna injerencia la parte civil ni el tercero civilmente responsable.

El Fiscal era el director del proceso, debía informar de las consecuencias del acto para los derechos del procesado y prevenir cualquier intento de colusión o fraude (artículos 18 del CPP de 1991 y 37 num. 3 del CPC). Le competía la formulación de los cargos.

En la sentencia anticipada, el procesado se limitaba a aceptar los cargos que le formulaba la Fiscalía. En la audiencia especial se discutían y acordaban aspectos relacionados con la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena, la condena de ejecución condicional y la preclusión por comportamientos menores.

El papel que cumplían defensor y Ministerio Público, hacía referencia a garantizar que la aceptación de cargos o el acuerdo sobre la imputación y la pena fueran producto de la voluntad del procesado, excluidos cualquier posibilidad de fuerza, error y demás circunstancias que podrían afectarla.

Si no se presentaba aceptación o acuerdo en la audiencia, se proseguía el trámite ordinario.

La audiencia especial se podía intentar por una sola vez.

Las actas debían contener claramente los cargos formulados, especificados en circunstancias de tiempo, modo y lugar. Debían contener los agravantes y atenuantes específicos modificadores de los límites máximos y mínimos de la pena. Aquí se reflejaban las exigencias propias de la naturaleza jurídica del pliego de cargos.

En el acta de sentencia anticipada, debía quedar claramente reflejada la voluntad del procesado en la aceptación de los cargos.

En la de la audiencia especial, debía quedar claramente reflejada la voluntad del procesado en el acuerdo sobre los elementos estructurales del delito, la pena por imponer en concreto, la concesión de la condena de ejecución condicional cuando fuera procedente, y la solicitud de terminación del procedimiento respecto de delitos menores cuando existieran y así se hubiera acordado.

El Juez estaba facultado para ejercer un control formal y material sobre el acuerdo, el cual debía versar sobre lo atinente a la competencia, debido proceso, derecho de defensa y lo relacionado con el derecho sustancial.

En tratándose de sentencia anticipada, si existía duda probatoria, el camino era la declaratoria de nulidad por violación al debido proceso.

En el caso de la audiencia especial, el Juez podía, si lo consideraba necesario, dictar auto que no admitía recurso alguno, por medio del cual devolvía el expediente al Fiscal y citaba a audiencia dentro de los cinco días siguientes a su recepción por aquél, con el fin de discutir las observaciones con quienes obligatoriamente intervinieron en la diligencia, que de aceptarse, se dictaba sentencia dentro de los cinco días. En el caso de no estimarse necesario el procedimiento anterior o no aceptarse sus observaciones, lo improbaba mediante auto susceptible del recurso de apelación para el cual estaban legitimados el Fiscal, el procesado, el defensor y el Ministerio Público. La decisión de improbar el acuerdo debía basarse en la existencia de certeza sobre el objeto acordado o su ilegalidad, la pena tasada por fuera de los marcos legalmente establecidos o la improcedencia de la condena de ejecución condicional; también cuando la solicitud de terminación del procedimiento no tenía que ver con delitos *"sancionados con pena menor"*.

Resultando procedente la solicitud de terminación del procedimiento, respecto de delitos menores, el Juez decretaba la cesación de procedimiento.

De encontrar ajustada el acta a la ley y respetuosa de los derechos y garantías fundamentales, profería sentencia que sólo podía ser condenatoria, la cual contenía las mismas exigencias y requisitos de la sentencia que se dictaba en el proceso ordinario, con excepción de lo relacionado con la parte civil y el tercero civilmente responsable. Se pronunciaba sobre lo relacionado con la extinción del dominio de bienes afectados en el proceso. El juez o jueza podía reconocer atenuantes de punibilidad no involucrados en el acta de aceptación de cargos o acuerdo.

En la sentencia anticipada podía, incluso, variar la calificación jurídica provisional dentro del mismo capítulo del título correspondiente, cuando se mantenía el núcleo rector de la imputación y no comportaba agravación de la situación jurídica del procesado.

La rebaja por confesión era acumulable a las rebajas obtenidas por sentencia anticipada y audiencia especial, siempre y cuando se cumpliera con el requisito contemplado en el artículo 299 del CPP de 1991, esto es, que no se hubiese sorprendido en flagrancia al procesado y hubiera confesado en la primera versión rendida ante el funcionario judicial que conoció de la actuación o cuando la audiencia se hubiera constituido en la recepción de la primera versión del sindicado sobre los hechos, por encontrarse procesado en contumacia.

En la sentencia anticipada, la pena debía concretarse conforme con los parámetros legales y proceder a la rebaja establecida y concesión de los subrogados penales pertinentes cuando a ello hubiera lugar. En la audiencia especial, se debía limitar al reconocimiento de la pena acordada, pero podía efectuar disminuciones al reconocer atenuantes no contenidos en el acta.

La sentencia debía ser dictada dentro de los diez días siguientes al recibo del expediente por el juez o jueza a partir de la ejecutoria de la cesación de procedimiento, salvo que se diera curso en la audiencia especial a la audiencia de observaciones.

La sentencia -que necesariamente era condenatoria- resultaba apelable en su integridad por el Fiscal y el Ministerio Público, tanto por razones formales como materiales. El procesado y defensor sólo podían impugnar lo relacionado con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes; y obviamente, aun cuando la ley no lo decía, por vicios que afectaran el debido proceso y el derecho de defensa.

Para efectos del recurso extraordinario de casación, se seguían las mismas reglas y limitaciones sobre legitimidad e interés para recurrir¹⁹¹.

191 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de marzo de 1996.

En el contexto de la Ley 600 de 2000, la figura de la audiencia especial fue suprimida y se mantuvo sólo el instituto de la sentencia anticipada (artículo 40), la cual en términos generales, salvo algunos cambios en cuanto a oportunidad procesal de su ejercicio, precisión sobre las rebajas y facultades de las autoridades judiciales, guardan la esencia de la regulación dada por la normatividad anterior.

La reforma constitucional de 2002 potenció la construcción de un Sistema Procesal Acusatorio o al menos, con tendencia acusatoria, que permitió que la experiencia de los institutos de la audiencia especial y sentencia anticipada, sirviera para consolidar unos procedimientos abreviados que encarnan las enseñanzas expuestas en las unidades primera y segunda de este trabajo.

Hoy la confesión transaccional tiene dos claras manifestaciones en la Ley 906 de 2004:

El allanamiento de cargos, donde si bien, en principio, no se presenta una negociación entre Fiscal y procesado, sí resulta claro que la transacción le viene propuesta de manera general y abstracta por el legislador.

Los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, verdadero *lei motivo* de la confesión transaccional, en la cual se produce entre las partes un acuerdo acerca del objeto del debate procesal.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. Papel de los institutos de la acción privada y confesión transaccional en la moderna configuración de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad.
2. Tenían cabida en las reflexiones doctrinales, en el ámbito del sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva, aspectos relacionados con la voluntad de las partes para determinar el curso de los procesos.
3. Implicaba ello una ruptura con el principio de legalidad del procedimiento.
4. ¿Cuál es la importancia de Mittermaier, Carmignani y Carnelutti para la comprensión actual de la confesión transaccional?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

ALBERTO, Juez de la República, conoce del acuerdo a que llegaron Fiscal y procesado acerca del delito cometido, pactando una rebaja de pena de una tercera parte en tanto se aceptó que se incurrió en el ilícito de hurto simple, y descartó un elemento que lo haría calificado, empero, en la audiencia respectiva:

El representante del Ministerio Público solicita absolución por cuanto no existe prueba alguna que acredite el *factum* del litigio, sólo se puede dictar sentencia condenatoria cuando la prueba recepcionada en juicio, acredite el delito y la responsabilidad más allá de toda duda razonable, propósito que no cumple el inciso 3º del artículo 327 del CPP cuando demanda para estos trámites “*un mínimo de prueba*”. No existe en el catálogo de pruebas la confesión, como para generar efectos jurídicos la aceptación de los hechos y la responsabilidad.

Ae

El Fiscal esgrime que la discusión no puede darse desde dicha óptica, toda vez que ello es propio del procedimiento ordinario, lo cual implica que en el marco de una justicia criminal de consenso, la aceptación de cargos suple la actividad probatoria, en tanto encarna una renuncia al juicio oral, espacio procesal donde se practican las pruebas. Simple y llanamente, el procesado se está fundando en su derecho a pronunciarse sobre los términos de la acusación.

El procesado y su defensor estiman que el acuerdo cumplió con todos los requisitos legales, fue voluntario, libre e informado.

¿Cuál sería su decisión como juez o jueza de la República?

Responda los siguientes interrogantes:

1. Puede proferirse sentencia condenatoria ¿con base en la prueba mínima de que habla el inciso 3º del artículo 327 del CPP?
2. Para proferir condena en el ámbito de los preacuerdos y negociaciones ¿también se demanda lo dispuesto en el artículo 381 del CPP?
3. ¿Cuál es el valor probatorio y procesal de la “*confesión transaccional*” en el ámbito de la justicia consensuada?

Unidad 3

FINALIDADES DE LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

De la lectura y estudio de esta unidad, los y las discentes:

- Comprenderán cada una de las finalidades que la ley procesal penal señala para los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado de una conducta punible.
- Identificarán hasta qué punto, las finalidades que se le señalan a los preacuerdos y negociaciones son compatibles con las finalidades que constitucionalmente se predicen del proceso penal.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Teniendo en cuenta los temas aquí tratados, los y las discentes:

- Verificarán, si cada una de esas finalidades logra su cumplimiento con la regulación legal que de las instituciones de los preacuerdos y negociaciones realiza nuestro estatuto procesal penal.
- Determinarán, si en la práctica judicial, cuando se acude a los preacuerdos y negociaciones entre Fiscalía y el imputado o acusado, se cumplen o acatan las finalidades que la ley le señala a esas instituciones.

Oe

- Identificarán los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que se han efectuado, respecto de las finalidades que la ley procesal penal le ha otorgado a los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.

La terminación del proceso penal de manera anticipada mediante el recurso de los preacuerdos y negociaciones, no ha sido un tema pacífico ni siquiera aún, en los denominados sistemas acusatorios puros como el de Norte América y el de Gran Bretaña. Ello, debido a la controversia que se suscita en su interior, dada la renuncia a unos derechos procesales con arraigo constitucional y la necesidad de hacer valer otros de esos derechos también con sustento de igual naturaleza.

En efecto, la aplicación de los preacuerdos y las negociaciones implica la renuncia a la celebración del juicio, y de contera, a los derechos y garantías que son inherentes, como el contradictorio, el debate probatorio y el interrogatorio a los testigos de cargo, entre otros.

Empero, entre esas garantías que son objeto de renuncia cuando se acude a las instituciones en estudio, sobresalen el privilegio de la no autoincriminación y la posibilidad de proponer objeciones a la acusación.

Por su parte, entre las garantías que reclaman su reconocimiento y eficacia, están el ejercicio de una cabal defensa, la libertad y espontaneidad para someterse al preacuerdo, la información y la claridad de las consecuencias derivadas de la alegación de culpabilidad, la sinceridad y el compromiso de la Fiscalía para hacer una imputación, y por supuesto, la facultad del juez para invalidar el procedimiento cuando determine la violación o desconocimiento de tales prerrogativas.

Precisamente, las finalidades que la ley procesal les señala a los preacuerdos y negociaciones entre Fiscalía y el imputado o acusado, tienen como misión esencial justificar y legitimar la renuncia a esos derechos procesales con entidad constitucional, como primera medida; pero también como segunda, ellas propician el acatamiento y el ejercicio de otras garantías, con el propósito de que la sociedad y el procesado muestren su satisfacción con la terminación anticipada del procedimiento.

De allí que los preacuerdos y las negociaciones se justifiquen en la medida en que respondan al cumplimiento de las finalidades que la ley procesal penal les señala y a los principios político-criminales y constitucionales que le son inherentes.

El artículo 348 de la Ley 906 de 2004, señala como finalidades de los preacuerdos y las negociaciones, las siguientes:

- Humanización de 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
- Lograr la participación del imputado en la definición de su caso

3.1 HUMANIZACIÓN DE LA ACTUACIÓN PROCESAL Y DE LA PENA

Por lo general, el Derecho Penal se entiende como ejercicio de violencia institucional y el proceso penal, como el escenario que hace realidad esa violencia al culminar con la fase de la ejecución de la sanción, a la cual se suele caracterizar como aplicación de un mal encarnado en la pena, por la realización de otro mal generado por el delito, esencia del criterio retributivo.

El proceso penal involucra al investigado en un verdadero padecimiento personal y familiar, pues al ser sometido a su trámite, se le impone una especie de tormento no declarado por la ley que se verifica con el reproche social, el escarnio público y el impacto psicológico que todo ello le genera en su persona, de allí que el proceso penal presuponga una injerencia en los derechos fundamentales del procesado.

Si se renuncia al juicio (literales b, k y l del artículo 8 del CPP), cuando la prueba aducida al trámite compromete seriamente la responsabilidad del imputado, éste se libera de esa carga que resulta consustancial al proceso penal. De ahí que en verdad, el preacuerdo o la negociación tornan en benigno para el procesado, el hecho de la terminación anticipada del proceso; de esa manera, el proceso se muestra para el imputado o acusado, como compasivo y generoso, reciprocidad que deviene de su colaboración con la justicia.

Ese ideal humanístico de los acuerdos sólo es posible lograrlo, en cuanto en la realización de los mismos se preserven aquellos derechos y prerrogativas que asisten al imputado o acusado, tales como la clara especificación tanto en lo fáctico como en lo jurídico de lo imputado (literal h del artículo 8 del CPP), la suficiente ilustración acerca de los efectos de la negociación como expresión del conocimiento informado (literal l del artículo 8 *Ibíd.*), un mínimo probatorio acerca de su responsabilidad (artículos 5 y 7 *Ibíd.*), y el ejercicio libre y espontáneo de su sometimiento a los preacuerdos (literales a, b y c del artículo 8).

En cuanto al tema de la humanización de la pena, hay quienes han sostenido que su tradición la muestra más deshumanizada que la predicada de los delitos:

La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas porque mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos¹⁹².

Llegar a un acuerdo o negociación, le permitirá al procesado lograr una considerable rebaja de la punición, de esa manera la sanción que le corresponderá será siempre inferior, menos rigurosa que aquella que se le impondría de no acudir a estos mecanismos de terminación anticipada del procedimiento. Esto es claro, si se tiene en cuenta los aumentos de pena que se produjeron a partir de los artículos 1, 2 y 14 de la Ley 890 de 2004.

Es de suma valía, resaltar que en Colombia, la legislación procesal penal señala por vía general que todos los tipos de delitos pueden ser objeto de preacuerdos y negociaciones, salvo lo contemplado en la Ley 1098 de

192 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid. 1995., pp. 385 y 386.

2006¹⁹³, por lo cual el instituto responde a una política criminal que opera sistemática y permanentemente¹⁹⁴.

Tal discrecionalidad permite atenuar el rigor punitivo que deviene sobre todo, de la aplicación de las penas privativas de la libertad¹⁹⁵, dada la contemplación de rebajas que propician los institutos en comento, dependiendo del momento procesal cuando se presenten.

La humanización del proceso y de la misma pena, tiene una relación directa con el respeto de los plazos y términos procesales en la actuación, en la medida en que someter al investigado a un trámite en el cual permanezca *subjudice* sin seguridad del momento cuando va a recibir un pronunciamiento de fondo, constituye un atentado a la misma dignidad del ser humano.

Es imperioso que la actuación penal se cumpla en un plazo razonable, para no imponer mayores cargas al investigado, toda vez que constituye un atentado a la dignidad del mismo, someterlo a un trámite con dilaciones indebidas.

193 El artículo 199 de esta Ley, determina que cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo la modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: 7) No 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. Tampoco se aplican las restricciones impuestas por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, según se ha definido en sentencias de noviembre 27 de 2007, rad. 631306000082200700213 y julio 8 de 2009, rad. 31.531, proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (parece que una posterior, con ponencia de Augusto Ibáñez Guzmán, sí establece restricciones).

194 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Su Sala de Casación Penal ha dicho: “el derecho penal consensual es en gran medida, parte estructural de la solución de los conflictos que conoce el derecho penal”. Sentencia del 23 de agosto de 2005, rad. 21.954, MP. Jorge Luis Quintero Milanés. Después, reconoció que el nuevo esquema procesal “apoya su efectividad precisamente en el sistema de negociaciones porque de lo contrario colapsaría”. Sentencia del 14 de marzo de 2006, rad. 24.052, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

195 ROXIN, Claus. *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p. 23. Imaginemos que alguien ha sido condenado ejecutoriamente por haber cometido una serie de delitos a una larga pena privativa de libertad. Desde este momento aparece a los ojos de la opinión pública como un delincuente; pierde su empleo y su sueldo; tiene que separarse de su mujer e hijos; durante todo el día tendrá que someterse a la disciplina reglamentaria de la cárcel, se le priva incluso de los esparcimientos más habituales (la tertulia con los amigos en el café, un programa de televisión, viajar, etc.). La imposición de una pena privativa de libertad es, por lo tanto la intervención más radical en la libertad del individuo que el ordenamiento jurídico permite al Estado. Muchas veces la pena privativa de la libertad se prolonga como una sombra para el condenado durante el resto de su vida.

La garantía de un proceso sin dilaciones indebidas fue incorporada en 1950, como norma jurídica de carácter imperativo, en el contexto cultural europeo por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En su artículo 6.1., ese convenio garantiza este derecho bajo los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

Además de su protección internacional, el deber prestacional del Estado en la función pública de la justicia y específicamente en el derecho a un proceso celebrado en el marco de unos plazos razonables o sin dilaciones indebidas, constituye en nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, una obligación jurídica de primer nivel y orden, que encuentra en el artículo 29 constitucional, su fundamento y esencia. Es la razón por la cual, el artículo 228 de la misma, señala que los términos se cumplirán de manera perentoria, cuyo desarrollo en el ámbito procesal penal se encomienda al principio de celeridad.

Los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, cumplidos bajo los parámetros de seriedad, rectitud y justicia, contribuyen de manera eficaz a evitar el adelantamiento de procesos penales con dilaciones indebidas. Con ello, puede cumplirse la finalidad de la humanización de la actuación procesal que le asigna la ley.

3.2 ACTIVAR LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SOCIALES QUE GENERA EL DELITO

Desde el punto de vista sociológico, el Derecho Penal se entiende como un mecanismo de control social formal, cuya finalidad es asegurar la pacífica convivencia de los asociados¹⁹⁶, previniendo y sancionando el delito. En ese contexto, el delito es una conducta disociadora que ataca la estructura misma de la sociedad. El crimen afecta esas expectativas que ofrecen la confianza y la seguridad necesarias para una vida pacífica en colectividad.

En aquel contexto, el delito propicia la creación de un conflicto social, en el cual el proceso penal es el mecanismo idóneo que utiliza el derecho penal para solucionarlo.

El delito desde el punto de vista criminológico, presupone una conducta desestabilizadora de la normal convivencia en sociedad y por lo tanto, genera un conflicto, por una parte, entre el Estado y el delincuente y por la otra, entre el sujeto activo de la conducta y el ofendido con ella. Para la solución de tal conflicto, es menester que el Derecho Penal mediante el proceso penal, pueda asegurar el restablecimiento del ordenamiento jurídico vulnerado con el delito, de tal forma que la sociedad pueda recobrar la confianza en el Derecho y en las instituciones encargadas de su aplicación.

Los mecanismos de justicia transaccional o consensual, permiten de manera eficaz, eficiente y efectiva, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, toda vez que aseguran la imposición de una pena como consecuencia de la condena al delincuente, cuando ello sea procedente, con lo cual la sociedad recobra la confianza en el Derecho, el Estado economiza costos humanos y patrimoniales, al ofendido se le colma su interés de justicia y reparación y, por su parte, el condenado asegura una rebaja en el monto de su pena.

196 *A este respecto, se alude categóricamente que “la misión del Derecho penal es la protección de la convivencia en sociedad de las personas. Con el tiempo nadie puede ser absolutamente independiente, sino que más bien todos los individuos están destinados, por la propia naturaleza de sus condiciones esenciales, al intercambio, a la colaboración y a la confianza recíproca. El derecho penal tiene, por ello, un significado fundamental como ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales”.* JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Comares, Granada, 2002., p. 2.

En criterios de derecho económico, tan en boga en los ámbitos de los sistemas acusatorios en la solución del conflicto social que genera el delito, con la figura de los preacuerdos y negociaciones todos los participantes obtienen resultados fructíferos, en el plano de costos-beneficios.

Ahora bien, lo que sí no puede permitir la administración de justicia, es que mediante los preacuerdos y las negociaciones, se logren penas irrisorias para los condenados y se burlen los derechos de las víctimas, pues con ello en nada se contribuirá a la solución del conflicto que genera el delito, sino que por el contrario, el proceso contribuiría a la creación de un nuevo conflicto social, tal vez de mayores repercusiones que el que pretendía solucionar.

De aceptarse, ello daría al traste con la idea del derecho procesal como actualizador del derecho material (artículo 10 del CPP).

3.3 PROPICIAR LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS CON EL INJUSTO

En el derecho procesal contemporáneo, empieza a jugar un papel preponderante la consideración de la víctima y su protección por parte del proceso; bajo esa premisa, se entiende que al proceso penal compete satisfacer los propósitos del perjudicado, al punto de devolverle, cuando sea factible, a la situación previa a la agresión, diseñándose para ello el instituto de la reparación integral (literal c del artículo 11 del CPP).

A la idea de la reparación, la acompañan unas especiales consideraciones de naturaleza político-criminal y otras de índole criminológicas. Desde las primeras, mediante la reparación, se pretende reducir al máximo la huída a las penas privativas de la libertad; pero además, paulatinamente se ha ido entendiendo que con la indemnización y reparación se cumple una función integradora entre los involucrados, y de contera, otra preventiva. Desde las segundas, se utiliza la reparación como el mecanismo que muestra la preocupación del proceso por la víctima y la necesidad de ser compensada por el daño sufrido con la conducta punible.

La ley procesal penal de nuestro País, condiciona la procedencia de acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado en aquellos eventos en los cuales el autor del delito hubiera obtenido incremento patrimonial producto del mismo, a que se reintegre por lo menos, el 50% del valor equivalente al incremento obtenido y se garantice el recaudo del remanente.

En efecto, el artículo 349 del CPP, establece tal condicionamiento. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, matizó tales exigencias bajo los siguientes argumentos:

Obviamente, para insistir en las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, no en todos los casos en los que se produce un incremento patrimonial producto de la conducta punible existe un correlativo detrimento para una persona determinada, y tampoco en todos los eventos en que esto ocurre es posible realizar actos de disposición.

Debe diferenciarse, entonces, en primer lugar, aquellos delitos que afectan el patrimonio económico público de los que lesionan el privado, pues en los primeros no es admisible la conciliación que consolidaría el detrimento del erario.

En segundo lugar, cabe distinguir las conductas que producen aumento patrimonial en quienes las ejecutan y un simultáneo empobrecimiento de quienes las padecen, como todas las que afectan el patrimonio económico público o privado, de aquellas que solo representan incremento para el autor, como, por regla general, las vinculadas al tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito de particulares.

Con estas precisiones, se concluye, frente al artículo 349 de la Ley 906 del 2004, que el valor reintegrable debe ser total cuando el afectado sea el patrimonio público, 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 partes¹⁹⁷.

197 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 22 de junio de 2006, rad. 24.817, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Desde estas aristas, en la práctica judicial se exige el reintegro total del incremento injustificado cuando se está frente a patrimonio público, cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y cuando no haya consenso con la víctima; empero, si se presenta un acuerdo con la víctima, lo reintegrado será aquel monto pactado.

Para que la reparación colme los intereses de la víctima, es imprescindible que ella intervenga en el trámite de los preacuerdos y las negociaciones, de forma que pueda hacer valer sus derechos y facultades. No hay disposición expresa y específica en la ley procesal al respecto, por lo tanto la Corte Constitucional, con el fin de darle cumplimiento a esa finalidad establecida por el artículo 348 del CPP, determinó que la víctima debe ser informada del acuerdo, con el objeto de que pueda estructurar una intervención activa ante el juez o jueza de conocimiento, cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación, lo cual viene impuesto por el principio rector del artículo 11 Ibíd., en sus literales a), d), e) y g), norma que funda y tiene prevalencia sobre la parte orgánica del código (artículo 26 Ibíd.).

Al respecto, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de las normas que regulan los preacuerdos y negociaciones para propiciar la actuación de la víctima y colmar sus intereses de justicia, verdad y reparación. Sobre el tema el máximo tribunal asintió:

Es evidente que las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, no contemplan un mecanismo de participación de las víctimas en estas instancias procesales, ni siquiera un papel pasivo o una intervención medida por el fiscal. Corresponde entonces establecer si tal omisión del legislador, como lo señalan los demandantes es inconstitucional.

(...) No se observa una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión de la víctima de la facultad de intervención en los preacuerdos y las negociaciones, como quiera que se trata de actuaciones que se desarrollan en una fase previa al juicio oral, justamente con el propósito de evitar esa etapa mediante una sentencia anticipada que debe ser, en lo posible, satisfactoria para todos los actores involucrados en el conflicto. La garantía de intervención de la víctima en la fase de negociación no tiene entonces la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del

sistema adversarial, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido. Con la intervención de la víctima en esta fase no se auspicia una acusación privada paralela a la del Fiscal, dado que el acuerdo se basa en el consenso, el cual debe ser construido tomando en cuenta el punto de vista de la víctima.

Si bien es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel de discrecionalidad, propiciar la fijación de una posición por parte de la víctima frente a los preacuerdos y las negociaciones no afecta la autonomía del Fiscal para investigar y acusar, ni lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Por el contrario, la intervención de la víctima provee a la justicia de información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no en el mejor interés de la sociedad y de la administración de justicia. La inclusión del punto de vista de la víctima resulta también valiosa para rectificar información aportada por la defensa y por la Fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad.

La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado.

Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art.11) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima (Art. 351, inc. 4)¹⁹⁸.

No obstante no existir en el código, un trámite específico para ello, resulta obvio que por virtud del principio del debido proceso material, debe facilitarse la posibilidad de que dicha intervención sea efectiva, se le informe a la víctima o a su representante de la emisión de los actos procesales y tenga capacidad de impugnar, como ya viene sugerido por los literales a), d), e), g) y h) del artículo 11 del CPP.

Ahora bien, la Corte Constitucional adoptó la decisión de hacer posible la participación de la víctima en el trámite de los preacuerdos y las negociaciones; sin embargo, como lo reconoce el mismo Tribunal, no le asiste a la víctima el poder de vetar el acuerdo cumplido entre la Fiscalía y el imputado o acusado (por ejemplo: inciso 2 del artículo 133 del CPP). Surge entonces el interrogante, ¿de qué forma se materializa ese interés de reparación que la acompaña?

Como respuesta se ofrece, por una parte, la posibilidad de plantearle al juez o jueza de conocimiento, de qué forma quedaría cubierto su derecho a la verdad, a la justicia y por supuesto a la reparación. En ese evento, el juez o jueza debe hacer uso de sus poderes para efectivizar esos derechos (inciso 1 del artículo 10 del CPP); por otra parte, le asiste el derecho de soportar probatoriamente sus intereses constitucionales (artículos 11 literal d y 15 *Ibíd.*).

198 *Ibíd.* Sentencia C-516 de 2007, MP. Jaime Córdoba Triviño.

Conforme con estas premisas, queda claro que el papel del juez o jueza de conocimiento, no puede ser el de simple notario o notaria de las voluntades de Fiscalía y acusado, pasando por alto los intereses de la víctima. Eso impone una tarea activa de este funcionario para la realización efectiva de los derechos que le asisten a las víctimas¹⁹⁹.

De todos modos, en dicho ejercicio, como se trata de poner en práctica el mandato de un principio rector (artículo 22 del CPP), al echarse de menos disposiciones sobre trámite, el fiscal y el juez o la jueza, deben modular dicha intervención con base en los criterios de necesidad y ponderación (artículo 27 *Ibíd.*)²⁰⁰.

El tema de la materialización de los derechos de reparación que asiste a las víctimas se complejiza aún más, cuando el legislador en el artículo 351 del CPP, inciso final, dispuso:

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, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

Disposición que a la postre, podría interpretarse como que lo que hace es obstaculizar dentro del proceso penal, esos derechos que la Corte les reconoció a las víctimas; empero, se debe activar al máximo la aplicación de las normas rectoras citadas, de tal manera que sólo excepcionalmente, no se logre dicho cometido en el proceso penal.

De ahí que los jueces y juezas deban tener especial atención para procurar al máximo, el respeto y realización de tales derechos, permitiendo en el proceso penal, la realización efectiva, material y real de los propósitos de reparación a favor de las víctimas.

199 *La expresión fue tomada de la doctrina española, que la acepta de manera generalizada.*

200 *De todos modos, bien podría la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, regular dicho trámite judicial con base en la facultad que le otorga el numeral 3 del artículo 257 de la Carta Política, lo cual parece, resulta compatible con lo dispuesto por el artículo 24 del CPP, que indica que la investigación y el juzgamiento se llevarán a cabo “mediante los procedimientos establecidos en este código y demás disposiciones complementarias”.*

3.4 LOGRAR LA PARTICIPACIÓN DEL IMPUTADO EN LA DEFINICIÓN DE SU CASO

En la jurisprudencia reseñada, la Corte Constitucional dejó en claro que en el procedimiento de los preacuerdos y las negociaciones, la titularidad del derecho de participación en las decisiones que lo afectan, no reposa exclusivamente en cabeza del imputado o acusado, sino también en la víctima o perjudicado. Ahora, nos ocuparemos de aquéllos.

Asiste razón a Guerrero Peralta cuando sostiene que *“en este punto la discusión se circunscribe fundamentalmente a tres fricciones con los principios que son básicos en el proceso penal y que se han forjado a favor del investigado, esto es, la presunción de inocencia, el indubio pro reo y el nemo tenetur se ipsum accusare”*²⁰¹.

En cuanto a la presunción de inocencia, para que el trámite de los preacuerdos y las negociaciones tenga eficacia, es imprescindible que esa presunción que acompaña al procesado hasta el proferimiento de decisión condenatoria ejecutoriada, sea desvirtuada (artículo 7 del CPP). Para ese menester, resulta de obligatorio acatamiento lo expresado en el inciso 3 del artículo 327 *Ibíd.*, cuando señala que la aplicación de los preacuerdos no podrá comprometer la presunción de inocencia del procesado y sólo procederá, si existe un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Así como ocurre con la aplicación del principio de oportunidad, en el cual se exige un mínimo de prueba acerca de la responsabilidad del investigado, también en los preacuerdos y negociaciones ocurre lo mismo, con la advertencia de que en éstos se complementa, para otorgar certeza, con la confesión transaccional²⁰².

Tal garantía es de suma valía, al punto de que cuando el juez o jueza de conocimiento entra a revisar el preacuerdo, podría dictar una sentencia absolutoria, si el mínimo de prueba aducido al proceso y la confesión

201 GUERRERO PERALTA. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Ob. Cit., p. 534.

202 *En el proceso penal norteamericano el imputado “obra en tal ocasión como un testigo contra sí mismo”*. MUÑOZ NEIRA. Ob. Cit., p. 213.

transaccional no colman los requisitos de grado de conocimiento procesal que se exige en el artículo 381 del CPP, para emitir una sentencia condenatoria.

En efecto, conforme con la norma en cita, procede el proferimiento de sentencia condenatoria, cuando la prueba aducida al proceso le ofrece al juez o jueza, el conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

Tal afirmación, encuentra sustento en lo manifestado por la Corte Constitucional, cuando expresó:

Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (arts. 9-12, Código Penal). En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantará el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.

Esta exigencia primordial para la garantía de la libertad de las personas y del debido proceso, en particular de la presunción de inocencia que forma parte integrante de este último, no resulta quebrantada por la expresión que se examina, ya que esta sólo contiene la orden de que el juez de conocimiento apruebe el acuerdo de aceptación de la imputación, si es voluntario, libre, informado y espontáneo, y no contiene la orden de proferir condena. Por el contrario, la misma norma demandada, en un aparte no impugnado, establece que aquel 'convocará a audiencia para la individualización de la pena y la sentencia'.

*Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, **lo cual en el campo probatorio configura***

una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe.

En todo caso, es oportuno señalar que según lo previsto en el art. 380 de la Ley 906 de 2004 el juez deberá valorar en conjunto los medios de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida, conforme con los criterios consagrados en la misma ley en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del artículo 381, Ibíd., para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio²⁰³ (negrillas fuera de texto).

De ahí que se pueda afirmar, sin hesitación alguna, que no obrando ese requerimiento probatorio, la decisión que se impone no es la nulidad del trámite de los preacuerdos y las negociaciones, sino la emisión de una sentencia absolutoria.

En efecto, el juez o jueza de conocimiento, no está obligado a proferir una sentencia de condena, cuando a pesar de existir una alegación de culpabilidad, determina que la prueba aducida al trámite es demostrativa de que el agente actuó, por ejemplo: en un claro error de prohibición invencible o en una insuperable coacción ajena.

Recientemente, la jurisprudencia penal ha avanzado en el reconocimiento de otras situaciones donde tiene cabida, muy a pesar de que se produjo un acuerdo, la exención de responsabilidad:

Puede darse los casos, por ejemplo, entre otros: 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 (necesaria, proporcional y razonable), 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,

203 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2005.

o por menoscabo del principio 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.

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección²⁰⁴.

Con el giro jurisprudencial anterior, quedó atrás la vieja interpretación según la cual, producido el allanamiento a los cargos o celebrado un acuerdo de culpabilidad, *“la única opción que tiene el juez es la de proceder a dictar una sentencia de condena con la rebaja que corresponda o la de anular la actuación”*; lo cual por demás, abre las puertas para una interpretación más amplia del interés para recurrir²⁰⁵, que por cierto se limitaba por virtud del acuerdo, lo cual también se reconoce de manera expresa en la nueva posición jurisprudencial.

De todos modos, el CPP, dispone de herramientas, resultando claro que el juez o la jueza, por virtud del principio de lealtad y buena fe que tiene rango de rector, debe controlar que no se encuentre ante una colusión procesal (artículo 12), en tanto tiene la *“dirección”* de la audiencia (artículo 17), debido a que le compete el deber de evitar la consolidación de vicios procesales (inciso final del artículo 10), muy especialmente el fraude y la violencia, lo cual enerva la autoridad de cosa juzgada (artículo 21).

204 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2009, rad. 31.531, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

205 *Ibid.* En este sentido, modifica la sentencia del 18 de julio de 2007, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

Respecto del *in dubio pro reo*, debe afirmarse que en el plano de la justicia criminal consensuada, esta garantía debe alcanzar su máxima eficacia, con miras a que el instituto en comento, no se convierta en instrumento de inequidad e injusticia.

Si el imputado o acusado realiza una alegación de culpabilidad negociada con la Fiscalía, el ente acusador debe manifestar su acuerdo respecto de ella, únicamente cuando no tenga duda acerca del compromiso penal del procesado en la comisión de los hechos que son objeto de transacción.

Realizar la Fiscalía preacuerdos y negociaciones con el investigado, debe suponer la inexistencia de dudas en la responsabilidad del imputado o acusado frente a la comisión del hecho investigado. Precisamente, la tarea de la investigación en cabeza del ente acusador es superar esas dudas, las cuales, de resultar insalvables, harían procedente la decisión preclusiva a favor del procesado.

Ante tal panorama, se impone un verdadero compromiso por parte de la Fiscalía y también de la defensa, de no someter al investigado a un trámite de negociación cuando existan dudas acerca de su responsabilidad en los hechos sometidos al acuerdo. Contrariar tales compromisos, no sólo implicaría responsabilidades penales y disciplinarias de los actores, sino que también harían prevalecer un falso eficientismo de la administración sobre el valor justicia.

Precisamente, como referente histórico de la imposibilidad de negociar respecto del objeto de un proceso en el cual existen dudas acerca de la responsabilidad del presunto autor del hecho, lo constituyó la desaparición de la figura contemplada en el Decreto 2700 de 1991 (Reforma Ley 81 de 1993), denominada audiencia especial. En efecto, en la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal, que se convirtió en la Ley 600 de 2000, se estableció como argumento para propiciarla, lo siguiente:

Se eliminó la audiencia especial, por ser una negociación fundamentada en la duda probatoria, que desconocía el principio del in dubio pro reo, pues frente a su existencia lo procedente sería la preclusión de la investigación²⁰⁶.

206 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Proyecto de Ley por la cual se expide el Código de

El *nemo tenetur se ipsum accusare*, como garantía procesal se encuentra consagrada en los artículos 33 de la Constitución Política y 8 literales a), b) y c) del CPP, disposiciones en las cuales se señala que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañera o compañero permanente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; como tampoco podrá deducirse, de su silencio, indicios en su contra.

En el contexto internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos, la regula en el artículo 8.2 en los siguientes términos:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Esta garantía está plena e íntimamente relacionada con la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, sobre todo cuando son utilizados, sutilmente, como mecanismos para forzar la confesión en un proceso penal.

En el ámbito de los preacuerdos y las negociaciones, la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare* presupone que de ninguna manera el imputado o acusado puede ser sometido a coacción para forzar una confesión, como tampoco podrá someterse a una alegación de culpabilidad “acordada” que sea producto de una promesa ilegítima de ventajas procesales o que tenga como sustento el engaño o la mentira, todo lo cual atenta contra el deber de absoluta lealtad, predicable de los funcionarios judiciales (artículo 12 del CPP). En la decisión *Brady versus United States*, se precisó lo siguiente:

Una declaración de culpabilidad prestada por alguien plenamente consciente de todas sus consecuencias, incluyendo el verdadero valor de los compromisos asumidos frente a él por el Tribunal, el Fiscal o por su propio abogado, debe mantenerse a menos que haya sido inducida por amenazas (o promesas de no continuar hostigamientos

Procedimiento Penal. Imprenta Nacional, Santafé de Bogotá, 1998., p. 10.

indebidos), por falsas manifestaciones (incluyendo promesas incumplidas o imposibles de cumplir) o quizás por promesas que son injustas por naturaleza como tener relaciones inapropiadas con asuntos del Fiscal (por ejemplo: sobornos)²⁰⁷.

En suma, la garantía en comento, resulta de gran valía en el contexto de la justicia consensuada como expresión de transparencia en el trámite del acuerdo, tanto de parte de la Fiscalía como de la defensa y los demás intervinientes.

De este modo, se han explicado las finalidades que en el artículo 348 del CPP, se le señalan al instituto de los preacuerdos y negociaciones; sin embargo, de esa disposición se extraen otras dos finalidades para la justicia consensuada que surgen de su inciso segundo, cuando se precisa:

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Conforme con esa disposición, son también finalidades de los acuerdos y las negociaciones, aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento. Analicémoslas.

3.5 APRESTIGIAR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Para que los mecanismos procesales transaccionales o paccionados cumplan el cometido de otorgarle prestigio a la administración de justicia, se requiere que en el trámite de los preacuerdos se cumplan las otras finalidades que señala el artículo 348 del CPP, pero sobre todo, que ellos respondan a la voluntad libre, consciente e informada del procesado acerca de los efectos de su determinación.

207 Cfr. DIEGO DÍEZ. *Ob. Cit.*, p. 120.

Además, se requiere una actitud seria y comprometida de la Fiscalía, encaminada a que el acuerdo se realice dentro de los parámetros de la verdad real y la justicia material, con especial acatamiento del principio de legalidad, que de todos modos se encuentra relativizado.

En la medida en que someterse a un proceso de preacuerdo y negociación implica por una parte, la renuncia a un juicio público con intermediación y concentración, por la otra debe conllevar a la efectiva garantía de unos derechos procesales, como son la existencia de prueba que demuestre la veracidad del hecho y de la responsabilidad del procesado por lo menos, en el grado que deprecia la ley. Es necesario además, el respeto por los términos de lo pactado, siempre que ellos respondan a esos fundamentos de prevención general y especial que le son consustanciales a la justicia consensuada.

Si lo pactado entre Fiscalía e imputado o acusado constituye una vergonzosa transacción que genera desconfianza de la sociedad en la administración de justicia, este mecanismo de justicia consensuada va a producir un efecto contrario al prestigio en su ejercicio, indicando que los intervinientes en el proceso penal no actuaron “*con absoluta lealtad y buena fe*” (artículo 12 del CPP), cuya naturaleza de principio rector impone su prevalencia y funda la actividad procesal (artículo 26 *Ibíd.*).

Si lo que rodea a un preacuerdo es la impunidad, la mentira, la coacción y el engaño, se genera en contra del instituto y de las instituciones que participan en su desarrollo, un desprestigio de tal magnitud que conduciría al sistema judicial a una total falta de credibilidad por parte de la comunidad, relajando las funciones preventivo general y preventivo especial de la pena; por lo tanto, contraria a lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Código Penal, cuya influencia sobre el proceso penal, por virtud de lo dispuesto en su artículo 13, resulta determinante para la orientación del sistema penal.

Para garantizar una correcta aplicación de los preacuerdos y las negociaciones, la Fiscalía General de la Nación expidió la Directiva 001 del 28 de septiembre de 2006, tendiente a la consecución de la finalidad de aprestigiar la administración de justicia que fundamentalmente racionaliza el

procedimiento en la búsqueda de que tales mecanismos no se conviertan en trámites indiscriminados que auspicien únicamente la descongestión de los despachos judiciales, sino que por el contrario, se acuda a ellos cuando medie la ponderación, la razonabilidad y se pueda garantizar los derechos del procesado, la víctima y el respeto de los intereses públicos que están en juego, toda vez que no puede desconocerse que se trata de un mecanismo de justicia alternativa (artículo 27 del CPP).

3.6 EVITAR CUESTIONAMIENTOS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Esta finalidad de la justicia transaccional está íntimamente vinculada a la finalidad de aprestigiar a la administración de justicia.

Para que se pueda evitar cuestionamientos a la administración de justicia cuando se acude a la figura de los preacuerdos y las negociaciones, es menester que lo acordado no implique la imposición de penas irrisorias o beneficios escandalosos frente a delitos graves, al punto de que genere un clima de incertidumbre en la comunidad, lo cual puede repercutir negativamente en la conciencia jurídica del ciudadano.

Las negociaciones deben estar encaminadas a la realización de la verdad real y la justicia material, de manera tal que la sociedad muestre respeto por tales mecanismos con su conformidad.

De ahí que se reclamen trámites de acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y los procesados, que respondan a las limitaciones éticas, jurídicas, político criminales y humanitarias que devienen de las finalidades que procesalmente corresponden a tales institutos. Su sustento no puede estar en ese deseo descontrolado de descongestión judicial que acompaña a muchos de sus defensores, como tampoco en la exaltación del mero procedimentalismo.

Desde el punto de vista teórico y legal, las finalidades que se le señalaron a los preacuerdos y las negociaciones, estuvieron bien concebidas; sin embargo, desde el punto de vista práctico, hay cierto abandono por los intereses de la

víctima, con lo cual, a la postre, una de sus finalidades, la referida a propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, podría terminar no cumpliéndose en el proceso penal colombiano.

De allí, la imperiosa necesidad de enfatizar en la teleología del instituto.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. ¿Cómo se enlazan las finalidades de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad con los principios rectores del CPP?
2. ¿Cómo se enlazan esas finalidades con la Política Criminal y el Código Penal?
3. Importancia de la víctima en la materialización de la justicia consensuada.
4. ¿Podría un inimputable acceder a estos mecanismos de justicia transaccional?
5. Relaciones entre los conceptos de aprestigiamiento de la administración de justicia y los fines preventivos de la pena.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

DIEGO, Juez de la República, conoce del acuerdo al cual llegaron Fiscal y procesado acerca del delito cometido, pactando una rebaja de pena de una tercera parte en tanto se aceptó que se incurrió en el ilícito de lesiones personales, no obstante, las evidencias y elementos probatorios conducen a pensar que el delito cometido es uno de tortura, por lo cual en la audiencia respectiva:

El representante del Ministerio Público solicita improbar el acuerdo por cuanto, amén de que contradice varias finalidades del instituto, especialmente conllevaría a un desprestigio de la administración de justicia y resultaría contrario a cualquier propósito político-criminal, relajándose los frenos inhibitorios ante la prevención general, toda vez que la justicia sería un instrumento ciego en manos de quienes sólo piensan en sus particulares intereses y en evacuar trabajo a cualquier costo (artículo 348 del CPP). Alega que su función procesal es la de velar porque se cumpla la verdad y la justicia y propender por evitar los fraudes y colusiones procesales (artículo 111 numerales 1, literal c y 2 literal e *Ibíd.*), razón por la cual, por virtud del principio rector de modulación de la actividad procesal, el juez debe

Ae

corregir el mal uso de los instrumentos procesales improbando el acuerdo y ordenando su “*corrección*” (artículos 26 y 27 *Ibíd.*), devolviendo el asunto al Fiscal para que se cumpla cabalmente con el principio de lealtad y buena fe (artículo 12 *Ibíd.*).

El Fiscal afirma que el acuerdo debe respetarse por cuanto no se viola algún derecho del procesado (inciso 4 del artículo 351 del CPP), por lo cual en la función de acusación que rompe los esquemas del sistema acusatorio, trocando indebidamente los roles procesales.

El procesado y su defensor estiman que el acuerdo cumplió con todos los requisitos legales, fue voluntario, libre e informado. ¿Cuál sería su decisión como juez o jueza de la República?

Responda los siguientes interrogantes:

1. Importancia del artículo 27 del CPP en el manejo procesal de los preacuerdos y negociaciones.
2. Está relacionado el fin de aprestigiamiento de la administración de justicia ¿con la función preventivo general de la pena?
3. La inconformidad de la víctima ¿puede constituirse en un obstáculo procesal para llevar a feliz término una negociación de culpabilidad?
4. Resulta necesario y suficiente ¿un acuerdo entre Fiscal y procesado para activar su aprobación?

Unidad 4

ELEMENTOS DE VALIDEZ Y LEGITIMACIÓN DE LA JUSTICIA CRIMINAL CONSENSUADA

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Con fundamento en esta unidad los y las discentes:

- Establecerán y comprenderán los elementos de validez y legitimación de la justicia consensuada.
- Verificarán el cumplimiento de esos elementos en la práctica judicial.
- Diferenciarán entre unos y otros elementos.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Teniendo en cuenta los temas aquí tratados, los y las discentes:

- Establecerán los efectos jurídicos de cada uno de los elementos de validez y legitimación de los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.
- Identificarán los roles de los intervinientes en el trámite de los preacuerdos y las negociaciones.
- Verificarán los beneficios y perjuicios de someterse al trámite de un preacuerdo o negociación con la Fiscalía.

Oe

- Identificarán de forma clara, el papel de los derechos y garantías procesales en el trámite de los preacuerdos y las negociaciones.
- Tendrán en cuenta los aspectos concernientes a la eliminación de agravantes.
- Conocerán todo lo relativo a la eliminación de cargos en sede de los preacuerdos.
- Comprenderán lo relativo a la posibilidad de negociar aspectos relacionados con los sustitutivos penales.

En la terminología que utiliza nuestro estatuto procesal penal, para identificar la justicia criminal consensuada, se habla de forma indistinta entre preacuerdo, acuerdo y negociación.

Ante tal situación, en la práctica judicial se viene entendiendo el concepto de negociación de forma genérica, esto es, como el instituto, en cambio con el concepto de preacuerdo se alude al trámite inicial, a los pasos con los cuales se inician las conversaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.

El acuerdo es el efecto, es decir, la conclusión de haber realizado el preacuerdo que queda consignado en un acta que es sometida: únicamente del juez o jueza de conocimiento, como ocurre cuando el preacuerdo se realiza en la fase de juzgamiento; en otras ocasiones, a la verificación tanto del juez o jueza de control de garantías como del juez o jueza de conocimiento, cuando la negociación tiene ocurrencia antes de la formulación de la acusación.

Los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, se circunscriben al contexto del principio dispositivo como concepto general, el cual se desarrolla en otro subprincipio que bien podría ser denominado de consenso.

Los preacuerdos y las negociaciones son ese conjunto de trámites que se materializan en conversaciones y contactos entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado o acusado, con la finalidad de culminar de manera anticipada un proceso penal, en el cual el procesado decide renunciar a la celebración de un juicio oral público, admitiendo su responsabilidad en los hechos investigados, a cambio de recibir de un juez o jueza una rebaja punitiva.

Las negociaciones no presuponen una renuncia al ejercicio de la acción penal, simplemente apuntan a evitar la realización de una fase del proceso, el juicio, y los consecuentes actos probatorios que en él se demandan, a cambio de que se le reconozcan unos beneficios punitivos al procesado que admite su culpabilidad en los hechos imputados.

De la regulación legal, de los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales y del tratamiento en el derecho comparado, se puede predicar de los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado o acusado, los siguientes elementos de validez y legitimación, que deben ser utilizados de manera integrativa y sistemática:

4.1 ELEMENTOS DE LEGITIMACIÓN MATERIAL

Como estos elementos no vienen definidos en formas o moldes procesales que se expresan en fórmulas a la usanza del positivismo jurídico, penetran en el juicio procesal por la vía del principio rector conocido como “*moduladores de la actividad procesal*”, en tanto son de aplicación obligatoria, prevalecen sobre las demás disposiciones y deben ser utilizados como fundamento de la interpretación (artículos 26 y 27 del CPP)²⁰⁸.

Sirven para llenar de sentido, en este campo concreto, el criterio de necesidad que de cualquier modo, debe entenderse en clave de las funciones preventivo general y preventivo especial de la pena.

La ponderación implica un juicio que busca equilibrar las funciones político-criminales del instituto y los cometidos del principio de legalidad, en orden a una relativización que no lo deje vacío de contenido sustancial.

Ello se complementa con el mandato de corrección entendido en clave objetiva, puesto que no se trata de imponer el criterio subjetivo del funcionario judicial, especialmente del juez cuando verifica el acuerdo, sino su realización en un marco garantizado por la Política Criminal, los derechos fundamentales y los valores jurídicos del sistema de justicia.

Sirven para enlazar las finalidades del instituto, referidas en la unidad anterior, con las funciones del derecho procesal elevadas a la categoría de principios.

208 Cfr. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal T. I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004., pp. 265 y ss.*

4.1.1 Los preacuerdos y las negociaciones representan un componente esencial de la administración de justicia

La práctica judicial ha mostrado que el sistema acusatorio no ha dado lugar a la descongestión judicial que como argumento sirvió de sustento para su entronización en el contexto nacional. Ello se explica en gran medida, por cuanto en muchas regiones del País, los mecanismos de justicia de oportunidad y de justicia consensuada que le son consustanciales al sistema, no han sido usados en la forma y cantidad como han debido hacerlo.

La justicia consensuada es de vital importancia para alcanzar los objetivos de eficacia que persigue la administración de justicia, toda vez que mediante tales procedimientos se evita el mal gasto de recursos económicos en causas que no tienen significativa trascendencia social.

Mediante los preacuerdos y las negociaciones, se posibilita concentrar la atención y los esfuerzos de la Fiscalía General en los casos que producen un mayor impacto en la sociedad.

Las negociaciones y acuerdos entre Fiscalía y acusado, evitan los gravosos costes que implica un juicio en el cual se sabe a ciencia cierta que el procesado va a ser condenado.

Mediante su sometimiento a este procedimiento de justicia consensuada, el procesado puede impedir los gastos e incertidumbres que el adelantamiento del juicio trae consigo.

El procesado que acude a estos mecanismos, asegura que recibirá una rebaja punitiva considerablemente inferior a aquella que le correspondería de no acudir al acuerdo con la Fiscalía.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Santobello versus New York*, explicó esta característica de la justicia consensuada, bajo los siguientes términos:

La definición de los procesos penales mediante un acuerdo entre el Fiscal y el acusado, procedimiento que a veces viene sintéticamente

indicado con la expresión plea bargaining, representa un componente esencial de la administración de justicia. Correctamente administrada, la negociación debe ser alentada. Si todas las acusaciones hubieran de ser llevadas al juicio oral, a fin de lograr una completa actividad procesal, los Estados y el propio Gobierno Federal necesitarían aumentar considerablemente el número de Jueces y los medios de los Tribunales.

La disposición sobre los cargos tras las plea discussions no es sólo una parte esencial del proceso, sino que representa, además, un mecanismo altamente deseable por múltiples razones. Conduce a una rápida y definitiva resolución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debidos a la forzosa ociosidad durante la prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio; protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante el petrial release; y, abreviando los plazos que discurren entre la acusación y la sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación del culpable una vez que, pronunciada la condena, éste venga sometido al tratamiento penitenciario²⁰⁹.

4.1.2 Los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado responden a criterios político-criminales

Hoy en día, aquella idea de total independencia y desunión entre el Derecho Penal y la Política Criminal que impuso el positivismo formalista ha sido superada, al punto de que en la situación actual, no se concibe una disciplina alejada de la otra, pues las dos hacen parte de la denominada Ciencia Penal.

La Política Criminal es aquella disciplina que postula y realiza los instrumentos formalizados que le brinda el Derecho Penal para la prevención y solución de los conflictos sociales originados por el delito. La Política

209 Citada por DIEGO DÍEZ. Ob. Cit., p. 55.

Criminal diseña la estrategia para la prevención y sanción del delito y determina las condiciones que hacen eficaz la aplicación del Derecho Penal y por supuesto, del proceso penal.

Dado que la Política Criminal y el sistema dogmático tienen el mismo objeto, entre Dogmática (interpretación lógica de las normas), y Política Criminal (medios aceptables y fines perseguidos por el Derecho Penal en el Estado Social de Derecho), no puede haber ruptura alguna sin riesgo de disfuncionalidad entre la ley y los fines del sistema. En un plano abstracto, la jerarquía sería la siguiente: la dogmática penal desarrolla lo que la política criminal prescribe, y el sistema jurídico- penal (nivel máximo), marca sus objetivos a la política criminal. Las tres zonas o materia se encuentran reunidas en una indeclinable *“unidad lógico-sistemática”*²¹⁰.

Los preacuerdos y las negociaciones tienen una fundamentación político criminal en la medida en que son instrumentos legales para poner fin a un conflicto social originado por el delito. Mediante ellos, se humaniza la pena.

Con los preacuerdos y las negociaciones, se cumplen las finalidades de prevención general y prevención especial de la sanción penal que la política criminal ha diseñado para la realización del Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.

La Política Criminal permite que el funcionario seleccione de forma adecuada, aquellos procesos cuyos objetos puede someter a negociación, ponderando el impacto social que generó el delito o el grado de afectación del bien jurídico tutelado y la necesidad de imposición de pena y el monto de la misma.

Conforme con la situación jurídica y constitucional actual, la Política Criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho. Los componentes limitadores de la reacción pertenecen, por lo tanto, a la Política Criminal y dogmáticamente tienen que resultar tan

210 Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Aranzadi, Navarra, 2000., p. 219.

provechosos como sus orientaciones preventivas²¹¹. En ese sentido, la justicia consensuada contribuye a la racionalización de la reacción penal, pues permite la solución de un conflicto social, ofreciendo confiabilidad en las instituciones que acuden a tal instituto.

La Carta Política y la ley encarnan decisiones político-criminales, empero, no contienen sino las líneas más generales, y le corresponde a la Comisión Nacional de Política Criminal y al Fiscal General de la Nación especialmente, los desarrollos que en concreto se demanda para el buen suceso de la aplicación del instituto (inciso 2 del artículo 348 del CPP)²¹².

4.1.3 Los preacuerdos y las negociaciones de culpabilidad tienen relación directa con el principio de economía procesal

La Política Criminal que sirve de fundamento a los trámites de justicia consensuada, persigue finalidades de eficacia y economía procesal²¹³.

Los preacuerdos y las negociaciones son consustanciales al sistema acusatorio, sistema al cual se suele caracterizar por propiciar una justicia más ágil con fórmulas de juicio más expeditas y rápidas, eliminando costos y asegurando una aplicación de justicia eficiente y eficaz.

La culpabilidad negociada, permite que la administración de justicia se ocupe de los asuntos de mayor importancia. Se evitan costos físicos, humanos y técnicos.

Mediante la justicia consensuada, se incrementan las perspectivas de rehabilitación del responsable, pues se afianza la prevención especial positiva que se desprende de condenas cortas.

Sin embargo, esa eficacia y economía procesal no puede ni debe imponerse a la justicia garantista que viene impuesta por nuestro modelo de Estado.

211 ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000., p. 70.

212 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-1260 de 2005*. Así lo ha reconocido, no obstante, aclarando que no puede inferirse en los casos concretos.

213 Así BAZZANI MONTROYA. *Ob. Cit.*, p. 229.

4.1.4 Los preacuerdos y las negociaciones deben responder a criterios de justicia material y no deben ser ajenos al establecimiento de la verdad real

La aplicación de mecanismos de justicia consensual no implica renuncia al ejercicio de la acción penal, simplemente conllevan la supresión de una fase del proceso, para que el acusado se haga merecedor de una rebaja punitiva. De ahí que acudir a tales mecanismos, no suponga impunidad e injusticia.

Como contraprestación por evitar el desgaste de la administración de justicia que supondría vencer en juicio al procesado, éste recibe una rebaja en la sanción que le correspondería, como consecuencia de haber negociado los cargos imputados.

Asiste razón a Kuri Breña, cuando sostiene que la

justicia es ese valor supremo que tiende a realizar el derecho, cumple una función estructurante, implica una jerarquía de valores, ordena la vida de relación entre los hombres, a fin de que a cada uno se le reconozca lo suyo, esto es, las atribuciones dadas por la naturaleza humana, que es común, y que, por ser así, nos agrupa en la humanidad, en las naciones y en las agrupaciones intermedias, haciendo que, mediante estas comunidades, cada hombre cumpla sus fines temporales y trascendentes²¹⁴.

La justicia material es un concepto que supera la simple formalidad y surge cuando la decisión del juez o jueza es congruente con la realidad de los hechos. Por lo tanto, cuando se consigue la verdad real de los hechos se hace justicia material.

Para que el trámite del preacuerdo o la negociación consulte la justicia material, no basta que el imputado haya admitido su culpabilidad en los hechos, es necesario además, que la sentencia se profiera, teniendo como soporte un mínimo probatorio complementado con la confesión transaccional que excluya toda duda razonable acerca de la responsabilidad del inculcado.

214 KURI BREÑA, Daniel. *Hombre y Política. Jus, México, 1942.*, p. 117.

El artículo 327 del CPP, establece que la aplicación de los preacuerdos sólo procede, si existe un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación del procesado en la conducta motivo del acuerdo.

Por su parte, la Corte Constitucional ha expresado que para la emisión de condena en un trámite de negociación, es imprescindible la prueba del delito. Así lo dijo el Tribunal al señalar que

el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley²¹⁵.

Si la negociación viene precedida del cumplimiento de esos presupuestos fijados anteriormente, ese interés en la persecución penal que compete a la Fiscalía, puede quedar satisfecho con la imposición de una pena atenuada como efecto de la admisión de culpabilidad del procesado.

4.2 ELEMENTOS PROCESALES

Como aspectos instrumentales para el tema en concreto, desarrollan el principio rector consagrado en el artículo 10 del CPP, en especial cuando dice en su inciso 1, 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.

215 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2005.

4.2.1. Responden a un acto procesal de postulación

Los diálogos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, se encaminan a culminar de forma abreviada el proceso penal, poniendo fin al conflicto social que genera la comisión del delito, mediante la supresión de la fase del juicio. De esta manera, las partes manifiestan claramente su voluntad de supresión del procedimiento, para que el asunto sea resuelto por un juez o jueza que de encontrarlo ajustado a derecho, avala mediante una sentencia, lo pactado por los intervinientes.

Es al juez o jueza a quien en últimas, compete legalmente aprobar o improbar el acuerdo.

De ahí, que si bien el preacuerdo y la negociación se enmarcan en la libertad de disposición de unos derechos o facultades, lo cierto es que quien define la eficacia de lo pactado es un juez o jueza que goza de atribuciones constitucionales y legales para aprobar o avalar el acuerdo o para improbarlo o desestimarlos.

Conforme con ello, puede hablarse de un principio dispositivo limitado, por cuanto tiene gran trascendencia la decisión de las partes, sin olvidar claro está el rol que juega el juez o jueza en la definición del caso, y no se debe comportarse como un simple notario que da fe de la voluntad de los intervinientes, puesto que como dice la jurisprudencia penal, *“el funcionario no está obligado en todos los casos a llevarlos a cabo y menos a cualquier precio”*²¹⁶, toda vez que el juez o jueza no es un *“simple observador”*²¹⁷.

Si se estuviera frente a un principio dispositivo total e integral, la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales fuera facultad exclusiva de las partes o en otras palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor mediante la pretensión y la determinación del objeto del debate al demandado por medio

216 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de diciembre de 2005, rad. 21.347, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

217 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia del 19 de octubre de 2006, rad. 25.724, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

de la resistencia²¹⁸. En estas negociaciones, quien resuelve el proceso es un juez o jueza que en virtud de decisión de la jurisprudencia constitucional, no está obligado en todos los casos, a dictar una sentencia condenatoria²¹⁹.

Ese sistema de justicia autocompositivo no produce los mismos efectos que le son consustanciales en otras latitudes, pues en Colombia en sede de los preacuerdos y las negociaciones, por el papel que juega el juez o la jueza, más bien debería hablarse de un sistema de justicia heterocompositiva. En efecto, la voluntad de las partes no obliga automáticamente al juez o jueza, de ahí que lo expresado por el artículo 351 del CPP cuando indica que “*los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*”, debe ser interpretado y aplicado en su verdadero sentido, atendiendo los parámetros fijados por la Corte Constitucional y a partir del papel que juega el juez o la jueza en el Estado Social y Democrático de Derecho²²⁰.

4.2.2 Es un trámite opcional para el implicado y para la Fiscalía

Las conversaciones para llegar a una negociación, pueden tener su iniciativa en la voluntad del procesado y su defensa o en la misma Fiscalía. Si surgen por parte de la Fiscalía, el procesado en acuerdo con su defensor,

218 Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil y penal y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006, p. 70.

219 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-1195 de 2005*.

220 TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES. *Sala Penal. Sentencia del 28 de febrero de 2005, rad. 20050000101, MP. José Fernando Reyes Cuartas. Ilustrativa sobre este tópico, resulta su decisión, cuando afirmó que: en tal sentido se impone concluir que la hermenéutica de la regla ‘Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales’ debe interpretarse en el sentido de que el juez no puede negarse a su trámite, pero su contexto de sentido no alcanza la dimensión de convertir al juez en un simple escritor de un acuerdo que le es ajeno de manera total y que en nada le compete, parodiando su oficio con el del presbítero que sólo imparte bendiciones. Y es que, en efecto, cuando la propia norma ha postulado que esos preacuerdos obligan siempre que ‘no desconozcan o quebranten las garantías fundamentales’, evidentemente lo que se ha querido es limitar el alcance de una arbitrariedad sin diques, que ni siquiera en los sistemas que acogen de manera plena el plea bargaining. Ese giro ‘garantías fundamentales’ al poseer textura abierta (esto es, estructura de norma-principio), obliga a que el intérprete muestre cómo ese acuerdo pone en duda la vigencia de un texto normativo superior o con carácter de norma rectora.*

podrá optar por no someterse al proceso de negociación, prefiriendo de esa manera, ir a juicio.

La Fiscalía por su parte, deberá evaluar las posibilidades de éxito en el evento de irse a juicio; para tal fin, deberá analizar la consistencia de su teoría del caso y contundencia de los elementos materiales de prueba que haya podido recoger en la tarea investigativa.

Esa exigencia legal de un mínimo de prueba de responsabilidad del imputado o acusado en la comisión del hecho para instar este trámite, es esencial para determinar la conveniencia de someterse a la negociación.

La defensa por su parte, en relación con el proceso y su sometimiento al juicio, debe hacer un pronóstico serio acerca de la posibilidad de una condena. En ese sentido, de existir una alta posibilidad de una condena, podría lograr una considerable rebaja punitiva para su cliente, optando por una negociación con la Fiscalía.

En fin, el mínimo probatorio como exigencia, la contundencia de la teoría del caso y las posibilidades de condena o absolución son criterios para tener en cuenta por parte de la Fiscalía y la defensa para someterse a un trámite de negociación.

Por ello, se ha dicho que *“se trata de una potestad discrecional, toda vez que no existe obligación alguna del Estado o del acusado a iniciar conversaciones a esos fines”*, esto es, el *“fiscal no tiene que negociar si prefiere llevar a cabo los procedimientos del juicio”*²²¹.

221 RESUMIL DE SANFILIPO, Olga Elena. *Derecho Procesal Penal*. T. 2. Equity Publishing Corporation, Oxford, 1993., p. 125.

4.2.3 Implica responsabilidades legales para sus intervinientes

Todos los intervinientes en el trámite del preacuerdo y la negociación, tienen el deber de actuar con objetividad, y deben acatar la legalidad y los precedentes judiciales para que se cumpla esa finalidad de aprestigar la administración de justicia.

La Fiscalía no podrá inducir al imputado a un acuerdo bajo coacciones, falsas promesas o ilegítimos beneficios. Verificar su ocurrencia, implicaría improbar el acuerdo y ordenar su correcto trámite.

El juez o jueza de conocimiento, tiene el deber de dosificar la sanción dentro de los parámetros de ley y verificar el respeto de las garantías fundamentales del procesado y de la propia víctima.

La defensa no puede contribuir con absurdas posturas, a generar impunidad y desconfianza en la administración de justicia. Tampoco puede someter a su cliente a una negociación o alegación de culpabilidad acordada con la Fiscalía, cuando las expectativas de absolución de acuerdo con la prueba son muy altas.

Faltar a los deberes profesionales, infringir la normatividad respectiva y actuar sin objetividad, puede dar lugar a responsabilidades de índole disciplinaria y hasta penal, para quienes así actúan en el trámite de los preacuerdos, sin dejar de mencionar el fracaso del procedimiento por contravenir los fines procesales.

La práctica de la justicia consensuada es una situación de absoluta responsabilidad y seriedad; en su manejo y trámite, se debe actuar con transparencia, consultando intereses superiores de justicia material y respetando los derechos que asisten a los demás intervinientes.

En este ámbito, no se puede propiciar la impunidad ni la injusticia, pues se estaría contrariando las finalidades que la ley le señala al instituto y por supuesto, comprometiéndose penal y disciplinariamente la responsabilidad de los intervinientes.

4.2.4 El imputado o acusado en el trámite del preacuerdo y la negociación, debe estar asistido por su defensor

El artículo 354 del CPP, que fija las reglas comunes para los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, determina de forma contundente que los acuerdos realizados sin la asistencia o presencia del defensor, son inexistentes.

Es de suma importancia, la presencia de la defensa en el trámite de los preacuerdos para velar por el respeto de los derechos que asisten al procesado, pero sobre todo, para ofrecer la suficiente información y asesoramiento sobre las implicaciones de someterse a tal procedimiento.

La defensa cumple un papel fundamental en el trámite de las negociaciones, por cuanto será la que haga el juicio pronóstico de la conveniencia para que el procesado asuma la responsabilidad o por el contrario, le aconseje ir a juicio, dadas las posibilidades de triunfo en el proceso.

El defensor o defensora, tanto de confianza como público, tiene el deber de ser proactivo en las conversaciones y en las propuestas que haga a la Fiscalía, encaminadas a eliminar cargos, suprimir agravantes y por supuesto, buscar una considerable reducción de pena para el acusado.

El papel de la defensa es importante en cada uno de los pasos previos al acuerdo, pues es la persona informada y técnicamente preparada para garantizar los derechos del procesado.

Su presencia también debe ser muy activa en la audiencia de individualización de la pena, para asumir posturas tendientes a lograr una fijación de la pena que sea compatible con la situación real del acusado.

Además, en las negociaciones debe ocuparse de lograr beneficios penitenciarios y sustitutos penales, tales como la detención domiciliaria, la prisión domiciliaria, la reclusión hospitalaria o la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, etc.

En el caso de ser defensor o defensora público/a, debe asumir su papel con absoluta objetividad y responsabilidad, sin inducir al procesado en un trámite de negociación, con el único propósito de evadir la preparación y participación en el juicio.

Debe recordarse que el artículo 368 del CPP, establece como condición de validez de la manifestación de culpabilidad del acusado, además de ser libre, voluntaria y espontánea, que sea lo suficientemente asesorada por el defensor, acerca de las consecuencias de tal determinación.

La Corte Constitucional ha precisado que el derecho a estar asesorado por la defensa, es un requisito imprescindible para proceder a la negociación entre la Fiscalía y el imputado o acusado:

Para la Corte es claro entonces, que la posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante 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 viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, 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.

Lo anterior, por cuanto aceptados por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo cual procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución.

Cabe recordar, que el derecho de defensa no puede ser renunciado, y debe garantizarse aún desde antes de la formulación de la imputación, según así quedó establecido en la Sentencia C-799 de 2005, al pronunciarse la Corte sobre las expresiones ‘una vez adquirida la condición de imputado’ contenida en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004. Al respecto, en esta decisión la Corte resaltó la importancia del derecho de defensa como garantía procesal y concluyó que se está ante una norma de principio y que por lo tanto el derecho de defensa debe garantizarse desde antes de la imputación²²² (negrillas fuera de texto).

En la medida en que los preacuerdos y las negociaciones suponen una renuncia de unos derechos cuya titularidad corresponde exclusivamente al justiciable, tales como la misma libertad, entre otros, en el caso de presentarse discrepancia con su defensor, prevalecerá lo que determine el imputado o acusado, conforme lo dispone el artículo 354 del CPP.

4.2.5 En el trámite de las alegaciones precordadas de culpabilidad, intervienen el Ministerio Público y la víctima

En el trámite de la justicia consensuada, el Ministerio Público tiene la condición de interviniente especial, toda vez que se está frente a un procedimiento complejo de renuncia de unos derechos por parte del procesado, y la necesidad de garantía de otros, por lo cual su presencia se torna trascendental como representante de la sociedad y garante de los derechos fundamentales del procesado.

En este trámite, el Ministerio Público deberá verificar la legalidad del procedimiento; el estado personal del procesado y su capacidad para comprender los efectos de la negociación; la libertad, la información y la espontaneidad de la decisión que adopte el procesado al someterse a tal instituto; la correcta determinación de la imputación y la acusación, tanto en lo fáctico como en lo jurídico; y, la adecuada dosificación de la pena como la concesión de beneficios, entre otros.

222 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 de 2005.

Para el ejercicio cabal de sus facultades constitucionales y legales, los fiscales, jueces y juezas deberán enterar oportunamente al representante del Ministerio Público, por el medio más expedito, de las diligencias y actuaciones de su competencia, como lo manda el parágrafo del artículo 109 del CPP.

Tarea esencial también del Ministerio Público, es velar porque se respeten los derechos de las víctimas.

Pareciera que por tan vinculante compromiso, la jurisprudencia exigiera la presencia del Ministerio Público con doble propósito, en la audiencia que aprueba los preacuerdos y negociaciones²²³.

En suma, al Ministerio Público le compete procurar el respeto del debido proceso y el derecho de defensa, y que se cumplan los cometidos de lograr la verdad y la justicia.

Por otra parte, la víctima también podrá intervenir en la celebración de los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.

Para ese efecto, en los términos de la sentencia de la Corte Constitucional, C-516 de 2007, deberá ser oída e informada de la celebración del acuerdo, por parte de la Fiscalía y el juez o jueza encargado/a de aprobarlo.

La víctima en este trámite, hará valer sus derechos de verdad, justicia y reparación mediante su derecho a probar como parte esencial del debido proceso y garantizándosele para ello, los respectivos espacios procesales, lo cual fortalece la actividad de la Fiscalía en el acopio de elementos probatorios y jurídicos para estructurar la imputación, todo lo cual se canaliza por el representante del órgano de persecución penal²²⁴.

La intervención del Ministerio Público y la víctima, resulta de significativa importancia debido a que, como lo dice importante doctrina, no existe una liberalidad en la elección de los términos fácticos y jurídicos de la acusación, dejando de lado *“la posición de la sociedad así como de las víctimas”*²²⁵.

223 *Ibid.* Sentencia C-1260 de 2005, fundamento jurídico 2.

224 *Ibid.* Sentencias C-454 de 2006, C-209 de 2007 y C-516 de 2007.

225 RESUMIL DE SANFILIPO. *Ob. Cit.*, pp. 126 y 127.

4.2.6 La alegación acordada de culpabilidad debe ser producto de un acto informado, libre, espontáneo y voluntario del imputado o acusado

El artículo 293 del CPP le otorga al juez o jueza de conocimiento, la competencia para revisar que el acuerdo al cual se llegó por parte del imputado o acusado con la Fiscalía, fue voluntario, libre y espontáneo. Tal verificación es un requisito imprescindible para que el acuerdo sea aprobado por parte de este funcionario.

De igual manera, si el acuerdo se presenta entre la formulación de la imputación y la presentación del escrito de acusación, el juez o la jueza de control de garantías tiene el deber de indagarle al imputado acerca del entendimiento de los efectos de la aceptación de culpabilidad. Para ese menester, establecerá su grado de formación, su capacidad intelectual y su libertad de decisión para haberse sometido a esa alegación de culpabilidad acordada.

Tanto la defensa como la Fiscalía, tienen el deber de informar de forma adecuada al imputado, los efectos de someterse a un trámite de negociación.

De allí que conforme con el artículo 131 del estatuto procesal, se tiene que

si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.

Es de suma valía para los efectos de validación del acuerdo, que el imputado sea informado de forma veraz acerca de las consecuencias de su proceder. En el famoso caso *Blackledge versus Allison*, se precisan las consecuencias de un indebido asesoramiento. Veamos:

Durante la lectura de la acusación, el acusado, que había sido procesado en Carolina del Norte por varios delitos estatales, formuló una

declaración de culpabilidad sobre un único cargo de tentativa de robo en una caja de caudales. A preguntas del Juez del juicio sobre su alegato, el acusado afirmó que comprendía que podría ser encarcelado desde un mínimo de 10 años hasta un máximo de cadena perpetua y que nadie le había hecho promesas o amenazado para inducirle a confesarse culpable. Sin más preguntas, el Juez aceptó el alegato en un impreso formalizado de sentencia, donde se hizo constar que el acusado se había confesado culpable de tentativa de robo en una caja de caudales, 'libremente, con entendimiento y voluntariamente', con plena conciencia de las consecuencias y sin coacción, compulsión o promesa de indulgencia. Tres días más tarde, en la audiencia para la imposición de la pena, el acusado fue condenado a una pena entre 17 y 21 años de prisión.

El acusado solicitó del Tribunal de Distrito Federal un mandato de hábeas corpus, alegando que su declaración de culpabilidad fue inducida por la promesa de su abogado, quien presumiblemente habría consultado con el Juez y el Fiscal, de que tan sólo sería condenado a 10 años. También afirmó que era consciente de que el juez le interrogó antes de dictar sentencia, pero creyó que le iba a imponer sólo 10 años y había recibido instrucciones para responder a las preguntas de forma que el Tribunal aceptase el alegato de culpabilidad. El Tribunal de Distrito acordó desestimar la petición porque la propia solicitud mostraba concluyentemente que el acusado había decidido confesarse culpable a sabiendas, voluntariamente y con plena conciencia de sus consecuencias. El Tribunal de Apelaciones la anuló, manteniendo que las respuestas del acusado a las preguntas formuladas (hechas por el juez del juicio) no impedían las posteriores alegaciones del acusado sobre una promesa rota, ampliadas con la explicación de que su abogado le instruyó para que negase la existencia de promesa alguna, y que tenía derecho a una audiencia probatoria, máxime a falta de contradecaraciones que probaran concluyentemente la falsedad de tales alegaciones²²⁶.

Sobre este aspecto, bueno es recordar que en los términos del artículo 369 del Código de Procedimiento Penal, si por algún motivo, el juez o jueza de conocimiento rechazare la alegación de culpabilidad, deberá adelantar

226 Citada por DIEGO DÍEZ. Ob. Cit., p. 110.

el juicio como si hubiese habido una manifestación inicial de inocencia por parte del procesado. Es obvio que ello debe entenderse cuando el instituto tiene aplicación después de la formulación de la acusación, toda vez que, si el trámite se encuentra en etapa procesal anterior, existiría una imposibilidad procesal de seguir adelante con el juicio oral.

Es claro que entre los motivos que tendría el juez o la jueza para rechazar la alegación de culpabilidad preacordada, está la falta de voluntad libre, espontánea e informada del imputado para someterse a tal trámite.

Así las cosas, nunca el sometimiento a un trámite de alegación de culpabilidad preacordada puede tener como sustento las falsas promesas efectuadas por la Fiscalía, la coacción o las amenazas, como tampoco la poca, nula o indebida asesoría brindada por la defensa al procesado²²⁷.

En ese sentido, los jueces deben ser lo suficientemente inquirientes para establecer la forma y circunstancias en las cuales se produjeron las conversaciones que dieron lugar al acuerdo entre la Fiscalía y el procesado.

Para el efecto bien importante, los criterios fijados por la jurisprudencia norteamericana, en este caso, el Tribunal de Puerto Rico en *Díaz Díaz versus Alcaide* (1973), debido a que tiene dicho que se “*requiere que el juez se satisfaga de que la alegación encuentra base en los hechos del caso*” y que la conducta admitida “*es constitutiva del delito imputado*”. Pero además, se ha estimado que “*lo que se requiere es que el juez se cerciore de que el acusado está consciente de cuál es el delito y los hechos que se le imputan*” y le “*informe de la pena que el delito por el cual está procesado conlleva, haciéndole saber el mínimo y el máximo*”²²⁸.

Sólo así, puede entenderse que la alegación constituye, respecto del procesado, un “*abandono intencional de los derechos conocidos*” y por lo tanto, “*comprendió las consecuencias de su decisión*”²²⁹.

227 Así, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 1° de agosto de 2007, rad. 27.283, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

228 Cfr. CHIESA APONTE. Ob. Cit., V. III., p. 285.

229 RESUMIL DE SANFILIPO, Ob. Cit., pp. 109 y 111.

De allí que, en la Reglas del Procedimiento Criminal de Puerto Rico, la Regla 70 disponga que el *“tribunal no aceptará la alegación de culpabilidad sin determinar primeramente que la misma se hace voluntariamente, con conocimiento de la naturaleza del delito imputado y de las consecuencias de su alegación”*, para cumplir con las exigencias del antecedente *Batalla v Tribunal de Distrito* del Tribunal Supremo, según la cual *“el acusado debe formular personalmente la alegación de culpabilidad en forma directa, explícita y expresa”*; para lo cual, según el numeral 7º de la Regla 72, *“podrá requerir del fiscal y del abogado del imputado aquella información, datos y documentos que tengan en su poder y que estime necesarios, y podrá examinar al imputado y a cualquier otra persona que a su juicio sea conveniente”*²³⁰.

4.2.7 La alegación de culpabilidad preacordada asume la forma de una confesión transaccional

Desde el punto de vista probatorio, la alegación de culpabilidad preacordada configura una confesión. Esa confesión, precisamente, se convierte en el sustento de la sentencia.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que el procesado renuncia a la práctica de pruebas y a la contradicción probatoria, empero mantiene indemnes sus derechos constitucionales de necesidad, licitud y legalidad de la prueba²³¹.

Al producirse una aceptación voluntaria por parte del procesado sobre los términos de la imputación o acusación tanto en lo fáctico como en lo jurídico, esa admisión de culpabilidad viene entendiéndose en la práctica judicial, con los mismos efectos normativos de una confesión simple.

Desde este punto de vista, la admisión de culpabilidad efectuada de manera voluntaria, libre, espontánea e informada ofrecería al juez o jueza, el conocimiento acerca de la existencia del hecho y del compromiso penal del procesado más allá de toda duda razonable.

230 PRÁCTICA FORENSE PUERTORRIQUEÑA. T. 2. *Equity Publishing Corporation, Oxford, 1986., pp. 83 a 87.*

231 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 2009, rad. 31.531, MP. Yesid Ramírez Bastidas.*

La Corte Constitucional, al revisar la exequibilidad del artículo 293 (parcial), de la Ley 906 de 2004, manifestó lo siguiente, acerca de la característica en comento:

*Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura **una confesión**, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe²³² (negritas fuera de texto).*

Más tarde, en decisión de tutela reiteró tal criterio, precisando: “En el nuevo sistema la aceptación unilateral de los cargos conduce a una sentencia condenatoria, por lo cual tiene como presupuesto la confesión simple del imputado o procesado”²³³. Resulta claro que tal manifestación, también se hace extensiva a la justicia consensuada.

4.2.8 Una vez el juez de conocimiento aprueba el acuerdo, resulta improcedente la retractación de alguno de los intervinientes

La justicia consensuada está asentada en una política criminal de eficacia y economía procesal que procura que en su trámite, opere la seriedad y el compromiso de los intervinientes.

Haciendo eco a esa línea político-criminal, el artículo 293 del CPP, preceptúa en uno de sus apartes, que una vez que el juez o jueza de conocimiento examina el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el acusado, y verifica que el mismo fue voluntario, libre y espontáneo, procederá a aprobarlo, sin que a partir de ese momento, alguno de los intervinientes pueda retractarse de lo pactado.

232 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2005, MP. Jaime Araújo Rentería.

233 *Ibíd.* Sentencia T-091 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño.

Tal imperativo tiene como finalidad, dotar de seriedad al procedimiento establecido, para asegurar de esta manera, credibilidad en el instituto.

La Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la disposición en comento, precisó lo siguiente:

Sobre la base del cumplimiento de las anteriores garantías, en relación con la norma demandada, una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante.

A este respecto debe destacarse que en la verificación del cumplimiento de los mencionados requisitos de la manifestación de voluntad, el juez debe poner en conocimiento del imputado en forma previa y clara las consecuencias jurídicas de la misma.

Así mismo, no puede perderse de vista que, en el caso de los acuerdos, la manifestación de voluntad del imputado concurre con la del Fiscal y por ello la introducción de la posibilidad de retractación del primero implicaría la disolución de aquellos, desconociendo la voluntad del Estado expresada mediante la Fiscalía. En este sentido, es significativo que la expresión impugnada prohíbe la retractación 'de alguno de los intervinientes', o sea, también la de esta última entidad, precisamente por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes.

En este orden de ideas, la garantía constitucional del derecho de defensa del imputado no puede traducirse en que la terminación anticipada del proceso en virtud de la aceptación de responsabilidad por parte de aquel, con o sin acuerdo con la Fiscalía, quede condicionada a nuevas manifestaciones de voluntad del mismo, de modo que la primera manifestación sería visiblemente precaria y a la postre

*el proceso no podría terminar anticipadamente, eliminando así la entidad y la utilidad de dicho mecanismo, que es esencial dentro del nuevo procedimiento, y contrariando también el principio de seguridad jurídica, de singular relevancia en un Estado de Derecho*²³⁴.

Tal determinación permitirá afirmar que antes de ese momento procesal, sí es factible la retractación por cualquiera de los intervinientes, bajo ciertos presupuestos que tendrían que ver con nuevos pronósticos de defensa y de actividad probatoria. Sin embargo, siempre bajo la posibilidad de comprometer su responsabilidad penal o disciplinaria quien así actúe, sobre todo cuando no medie motivo serio y justificable.

4.3 ELEMENTOS SUSTANCIALES

4.3.1 Los acuerdos y negociaciones no proceden en relación con delitos bagatela

Para que sean procedentes los preacuerdos y las negociaciones de culpabilidad, es imprescindible la existencia de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación del acusado en la comisión del hecho. Mínimo de prueba que debe estar referido a cada una de las categorías dogmáticas configuradoras del delito.

De ahí que sea necesario que en el trámite de la actuación que da lugar a la negociación de culpabilidad, se verifiquen las condiciones de existencia de la conducta, la imputación objetiva y subjetiva de la misma, el grado de participación, el injusto y la culpabilidad del agente.

Si se llega a la conclusión de que la conducta no es típica, que no hubo lesividad o que no hay lugar a la emisión de un juicio de reproche, se debe dar aplicación a la preclusión de la investigación, mas no someter al procesado a un trámite de negociación improcedente. Esta misma consideración opera en relación con las causales de ausencia de responsabilidad penal.

234 *Ibíd.* Sentencia C-1195 de 2005.

Para que una conducta sea constitutiva de delito, es necesario que se verifique la condición del injusto, tanto en lo que respecta del desvalor del acto como del desvalor del resultado, esto es, hay que demostrar la antijuridicidad tanto en sentido formal como en sentido material. Además, la lesividad debe ser en un grado de afectación relevante que comporte un compromiso importante del bien jurídico. No es cualquier lesión a los bienes jurídicos la que interesa al derecho penal; las lesiones más graves, aquellas que extinguen el bien jurídico o que comprometen su existencia de forma seria, son las que le interesan²³⁵.

Así las cosas, si la conducta resulta insignificante, dada la escasa afectación del interés tutelado, no puede hablarse en sentido estricto de antijuridicidad material o de un injusto complejo. Es esto precisamente lo que ocurre con los mal llamados “*delitos bagatela*”, pues tales tipos de conducta en realidad no configuran un reato, simplemente son conductas irrelevantes para el Derecho Penal, por el mínimo de afectación del injusto que ellas comportan.

Si no hay delito, no hay condena, por lo cual no se puede negociar la culpabilidad respecto de una conducta que no constituye un reato.

Pero también debe advertirse que aquellos eventos en los cuales exista injusto y culpabilidad pero los mismos sean degradados, cuyo tratamiento adecuado es el principio de oportunidad, si su aplicación falla o el procesado incumple sus compromisos y se reactiva el procedimiento suspendido, es factible aplicar entonces, los beneficios que comportan los preacuerdos y negociaciones.

Creemos que en casos especiales, el rigor de la legalidad debe ceder mucho más cuando nos encontramos ante situaciones de desigualdad material por indefensión y debilidad psíquica, económica o física (inciso final del artículo 13 de la Carta Política), y la misma no sea suficiente para excluir la responsabilidad o no haya finalizado la aplicación del principio

235 Cfr. SÁNCHEZ HERRERA, *Esiquio Manuel. La Constitucionalización del proceso Penal y la Justicia de Oportunidad. Instituto de Estudios del Ministerio Público- Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2007.*, p. 40. También en GÓMEZ PAVAJEAU, *Carlos Arturo. El principio de antijuridicidad material. Giro, Bogotá, 2007.*

de oportunidad en forma favorable para el procesado, si se da aplicación al instituto de los preacuerdos y negociaciones, puesto que el principio rector de la igualdad material ordena que “*el funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito*” (artículo 7 del Código Penal).

4.3.2 Están regidos por el principio de legalidad modulado

El principio de legalidad es columna vertebral y pilar fundamental del Derecho Penal en el Estado de Derecho. A él se le adscriben históricamente, dos funciones fundamentales: función limitadora de las fuentes formales del Derecho Penal (la ley es la principal fuente formal del Derecho Penal), y función de garantía que conlleva función de garantía jurídica-certeza jurídica y función de garantía política (seguridad y confianza). En la ciencia jurídica, los principios *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine poena legali* fueron manifestados por primera vez en el *lehrbuch* de Feuerbach, con un alcance científico, mas no filosófico²³⁶.

Los aportes de Rousseau, la Revolución Francesa y la misma codificación napoleónica han sido determinantes para la moderna concepción del principio de legalidad que afianza sobre todo la seguridad jurídica. Así lo ha puesto de manifiesto, un importante autor:

El soberbio mito rousseauiano de la libertad absoluta, que iniciaría una nueva época de la historia humana, se ha transformado ya en un conjunto de libertades civiles, técnicamente configuradas, que sirven sobre todo a la sociedad individualista y a la seguridad jurídica de su funcionamiento ordenado; una sociedad donde la predictibilidad de las conductas lícitas y de la posible acción concreta del Estado con incidencia en la actuación individual está asegurada, todo ello expresado en Leyes escritas, concisas y accesibles, que crean un espacio organizado y seguro de libertad, un espacio, por otra parte, amplio, en el que puede asentarse una vida social verdaderamente libre²³⁷.

236 Cfr. SÁNCHEZ HERRERA. *Ob. Cit.*, p. 55.

237 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid. 1999., p. 35.

Esa finalidad de seguridad jurídica y de limitación a la arbitraria discrecionalidad que propicia el principio de legalidad, es manifiesta en el trámite de los preacuerdos y las negociaciones.

En efecto, por una parte la ley procesal establece los momentos cuando proceden los preacuerdos y las negociaciones, los intervinientes en su trámite, las rebajas punitivas y las consecuencias de su sometimiento. Además, la Corte Constitucional precisó hasta dónde llegan las facultades de la Fiscalía cuando decide negociar con el imputado o acusado acerca de la adecuación típica o el cargo que se le atribuye, determinando que no existe una libertad para el ente acusador de forzar los términos de ley; así dijo la Corte:

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo cual, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.

La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por él mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.

En conclusión, la Corte declarará 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', en el entendido que el fiscal no puede

*en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme con la ley penal preexistente*²³⁸.

De esta manera, queda claro que la calificación jurídica que hace la Fiscalía, está condicionada por el respeto del principio de legalidad y a las circunstancias fácticas y jurídicas en las cuales acaecieron los hechos que son objeto de transacción.

Empero, no puede desconocerse cierta relativización, pues de lo contrario, la institución se haría impracticable si lo que se quiere es aplicar un método subsuncionista, puesto que debe utilizarse en forma modulada el principio de legalidad, moderado por los principios de necesidad, ponderación y corrección, como de manera expresa lo señala el artículo 27 del CPP, cuya categoría de rector es indiscutible.

En dicho marco, ha expresado la jurisprudencia constitucional²³⁹:

a) Se renuncia al derecho de ser vencido en juicio y los que le son inherentes, pero no a todos los demás que constituyen el debido proceso, lo cual es sin duda, una postura a favor del procesado.

La justicia consensuada es de por sí, un instrumento que cuestiona el principio de legalidad en su versión positivista legal; por lo tanto, ya en la misma, se encuentra encarnado el principio de modulación procesal, lo cual indica que allí radica cierta discrecionalidad orientada por el principio de necesidad, entendido en clave político-criminal, que demanda un juicio de ponderación en el cual no se niegue ni se deje vacío de contenido sustancial al principio de legalidad (artículos 26 y 27 del CPP).

De allí que los marcos en los cuales se deben mover los funcionarios judiciales, están dados por la legalidad, empero, en su forma más abstracta, pues si se pretende respetar los específicos y concretos detalles, resulta obvio que ningún juicio de ponderación tendría cabida.

238 CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-1260 de 2005.*

239 *Ibíd.*

b) *“Se otorga al Fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr el acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa”.*

La anterior conceptualización de la jurisprudencia penal es de cardinal importancia, pues nótese cómo, con miras al acuerdo, se permite variar la adecuación típica por imputar.

Pero ello no puede hacerlo, desconociendo el principio de legalidad que se expresa en la categoría dogmática de la tipicidad, debido a que debe considerar en su ponderación, que *“no puede seleccionar libremente el tipo penal”* y no puede crear *ex novo* figuras típicas por sí mismo.

Empero, la expresión *“modulación”* comprende variación, lo cual resultaría contradictorio con la rigidez del principio de legalidad decimonónico.

Por otra parte, *“ponderar”* implica compensación y equilibrio con tacto y prudencia, de manera que tal ejercicio de modulación implica ponderar entre la legalidad y la necesidad. La necesidad empuja la tendencia hacia esta forma alternativa de administración de justicia, no obstante, la misma no puede sobrepasar la legalidad entendida en clave moderna como se dejó expresado en la primera unidad.

Significa lo anterior que el principio de legalidad, como expresión del Estado Liberal de Derecho, sistema en el cual se exalta la importancia del individuo, fue un claro límite al poder punitivo del Estado. Es decir, que en clave primigenia, el principio de legalidad tiene sentido en tanto protege al individuo, de manera que si los preacuerdos y negociaciones lo favorecen desde el punto de vista punitivo, algún quebrantamiento del mismo podría predicarse.

No obstante, el Derecho Penal moderno ha avanzado en dicha conceptualización, afirmando que *“el ius puniendi corresponde al Estado en defensa de la sociedad”* y como fin protector de los bienes jurídicos de las personas²⁴⁰, lo cual ya involucra una tensión que llama a la modulación y a la ponderación. Pero nuevamente, se ha involucrado otra problemática que llama a

240 *Ibíd.* Sentencia C-157 de 1997.

lo anterior, debido a que *“el derecho penal no sólo debe defender a las personas contra los delitos sino que tiene también que garantizar los derechos individuales, que son entonces límites al poder punitivo”*²⁴¹.

La jurisprudencia constitucional, en un claro ejercicio de modulación y ponderación entre necesidades político-criminales y principio de legalidad, ha dicho que la pena tiene que ser *“necesariamente justa”*, por lo tanto, tiene que ser proporcionada, necesaria y útil. Debe servir *“para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados”* y para que su *“imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica”*²⁴².

En el Código Penal de 1980, la pena no cumplía algún papel en la determinación de la responsabilidad penal, toda vez que la estructura de la misma se construía sobre criterios lógico-formales, debido a que lo importante era el respeto por la coherencia interna entre las proposiciones jurídicas configuradoras de los institutos, de tal manera que lo relevante era el juicio de existencia de una premisa mayor –la norma- una menor –los hechos- y una síntesis dada por la adecuación típica, de lo cual inexorablemente surgía la imposición de la pena en clave retribucionista-metafísica, conforme con el modelo del idealismo alemán (Kant y Hegel).

El modelo dogmático así quedaba representado, donde lo importante y definitivo era la discusión sobre lo típico, antijurídico y culpable, perdiendo la pena toda relevancia en su construcción, pues era una mera consecuencia de su constatación.

En el actual Código Penal, modelado a partir de la Carta Política, la pena y por supuesto la Política Criminal, reclaman un protagonismo antes desconocido, hasta el punto de que en el orden de jerarquía posicional en donde se encuentran las normas rectoras, la pena ocupa un lugar primero (artículos 3 y 4), que las categorías dogmáticas, lo cual deja ver de manera clara e indiscutible, su penetración por criterios político-criminales.

241 *Ibid.* Sentencia C-144 de 1997.

242 *Ibid.* Sentencia C-647 de 2001.

Tal es lo que sucede, sin duda alguna, con la institución de los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad como se ha venido exponiendo durante este trabajo²⁴³.

c) Los acuerdos obligan al juez o jueza de conocimiento, “*salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*”, lo cual, precisa la jurisprudencia constitucional, “*con el fin de guardar las garantías del imputado*”.

El criterio material que justifica la modulación y ponderación a partir de la necesidad en clave político-criminal, estriba en no considerar una posición en perjuicio del procesado, pues a él es a quien protege el principio de legalidad en términos del Estado Liberal de Derecho. Otra cosa es que también el Derecho Penal, protege bienes jurídicos individuales –de las víctimas- y colectivos –de la sociedad-, los cuales deben servir para efectuar la modulación y ponderación debida en cada caso concreto.

Precisamente, todo lo anterior, es la visión que se desprende del artículo 13 de la Ley 599 de 2000, puesto que los principios rectores sustanciales se constituyen en la esencia del sistema penal, al cual pertenece, por supuesto, el CPP.

Su materialización se encuentra en el instrumento de la modulación procesal a cargo de los funcionarios judiciales, que lo son el Fiscal y el Juez (artículos 26 y 27 *Ibíd.*).

La rebaja de pena, concebida flexiblemente, dice la jurisprudencia penal, resulta

dependiente de consideraciones como el ahorro del proceso, la contribución del procesado en la solución del caso, su disposición a repartir efectivamente a la víctima y otras similares que en momento alguno se

243 *En el derecho norteamericano, la solución viene dada por una técnica legislativa flexible en cuanto a la construcción de las conductas prohibidas. MUÑOZ NEIRA. Ob. Cit., p. 219. En efecto, lo anterior se complementa con el principio, consignado en United States versus Goodwin (1982) y Marshall versus Jerrico Inc (1980), según el cual en dicho “sistema de justicia criminal, el gobierno tiene ‘amplia discreción’ en relación con a quién procesar”, de allí que, como se precisó en Bordenkircher versus Hayes (1978), “la decisión de procesar o no, y qué cargo imputar o traer ante un gran jurado, generalmente descansa enteramente en su discreción”, citados por CHIESA APONTE. Ob. Cit., V. II., p. 577.*

pueden confundir con los criterios legales para fijar la pena, sin pasar por alto obviamente las directivas adoptadas por la Fiscalía en materia de acuerdos o preacuerdos 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 juez²⁴⁴.

Allí resulta de singular importancia el cumplimiento, por parte del Fiscal, procesado y su defensor, del principio de lealtad y buena fe (artículo 12 *Ibíd.*), lo cual implica el reconocimiento de los hechos como lo indican las evidencias y elementos probatorios, no una suposición de los mismos²⁴⁵, debido a que con ello no mostraría el procesado su voluntad de conciliarse con la víctima y la sociedad²⁴⁶, como tampoco la de mostrarse una toma de posición por los cauces del Derecho.

4.3.3 La reducción de cargos que se presenta en una alegación de culpabilidad puede ser cualitativa y cuantitativa

El artículo 350 del CPP establece que *“el fiscal y el imputado, mediante 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:

- a) Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico.
- b) Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

244 Así, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de mayo de 2006, rad. 24.531, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

245 De allí que muy bien apuntaba CARNELUTTI: *“la confesión se ha concebido no sólo como el coronamiento de la prueba sino como el principio de la expiación”*. En: *Lecciones sobre el Proceso Penal*. V. I. El Foro, Buenos Aires, 1999., p. 331.

246 Así, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 1° de junio de 2006, rad. 24.764, MP. Sigifredo Pérez Espinosa.

Cuando la disposición en cita, expresa que el procesado se puede declarar culpable del delito imputado, simplemente pretenderá con ello una rebaja punitiva en relación con la calificación dada por la Fiscalía a su actuación, la cual comparte en este sentido, y la reducción será únicamente cuantitativa.

Si el procesado celebra el acuerdo para que la Fiscalía le impute un delito relacionado con el cual pareciera el correcto, su pretensión será tanto cualitativa como cuantitativa, toda vez que está en juego la calificación dada a la conducta y la consecuente rebaja de la pena que conlleva la imputación de una conducta menos grave.

Si se pretende la eliminación de un agravante y se consigue, la reducción será cuantitativa. Lo mismo ocurrirá con la eliminación de cargos.

Si con la negociación lo que se pretende es que el fiscal adecúe la conducta de forma tal que se logre la disminución de la pena, la reducción tendrá las características de cualitativa y cuantitativa.

La negociación puede versar exclusivamente sobre la no imposición de las penas privativas de otros derechos (artículo 43 del Código Penal). En este caso, se presenta una reducción cualitativa.

La forma de regulación que de este tema hace nuestro código procesal penal, coincide con la denominada *charge reduction* o *charge bargaining* del sistema procesal norteamericano, en el cual el procesado se declara culpable a cambio de que el fiscal modifique la acusación, atribuyéndole un delito menos grave al originariamente atribuido, retire de la acusación uno o varios cargos o realice esos dos procedimientos en el mismo proceso.

Estas situaciones, sin embargo, pueden acarrear algún tipo de problemas acerca del principio de legalidad que han sido identificados y planteados en las soluciones en el contexto del derecho comparado. Así por ejemplo: respecto del sistema de los Estados Unidos se ha dicho:

Pese a todo, en ocasiones, la obtención de un beneficio tangible por parte del acusado lleva a dar de lado este requisito y a permitir que

se declare culpable de un delito que poco o nada tiene que ver con el verdaderamente cometido; los cargos originales se sustituyen así por lo cual se ha dado en llamar ‘illogical lesser offense’ o, en expresión de NEWMAN, ‘inconsistent’. Por otra parte, pueden también darse situaciones en las que el delito admitido sea, en sí mismo, imposible... Para evitar, en alguna medida, situaciones tan contradictorias como las expuestas, el Departamento de Justicia elaboró los Principles of Federal Prosecution, donde se dan a los fiscales una serie de pautas para seleccionar el cargo o cargos sobre los que finalmente el acusado vaya a admitir su culpabilidad: a) que guarden una razonable relación con la naturaleza y el alcance de su conducta criminal; b) que tengan una adecuada base fáctica; c) que posibilite la imposición de una condena apropiada a las circunstancias del caso; y d) que no afecte negativamente la investigación y persecución de otros delitos²⁴⁷.

Sería de mucha ayuda para los fiscales colombianos, que atendieran esas premisas elaboradas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para evitar arbitrarias discrecionalidades.

Desde nuestra propia realidad normativa, entendemos que los preacuerdos y negociaciones de culpabilidad pueden comprender varios temas:

- a) Todos aquellos referidos en la expresión contenida en el artículo 351 del CPP, “*hechos imputados y sus consecuencias*”.
- b) El delito imputado o uno relacionado de pena menor (artículo 350).
- c) Un cargo específico o alguna causal de agravación (artículo 350).
- d) La tipificación de la conducta de forma específica con miras a disminuir la pena (artículo 350).

La jurisprudencia de las Cortes, Constitucional y Suprema, son apegadas de forma estricta y rigurosa al principio de legalidad, en cuanto a la adecuación típica de la conducta que se negocia como clara expresión del principio de legalidad invocado insularmente. Lo anterior estriba en que

247 Cfr. DIEGO DÍEZ. *Ob. Cit.*, pp. 43 y 44.

resulta claro que la imputación de la conducta por parte de la Fiscalía, debe tener un substrato objetivo y razonable.

Sin embargo, nos parece que debiera existir en la práctica, una mayor discrecionalidad, en tanto allí reside el espíritu del legislador y así se ha trasuntado en la jurisprudencia cuando ha reconocido que los preacuerdos y negociaciones son una institución básica y fundamental de la Administración de Justicia. De allí, las expresiones “o de **uno relacionado** de pena menor” y “elimine un cargo” o “una causal de agravación específica”.

Expresiones que posibilitan hasta la renuncia a la persecución de ciertos delitos, muestran que el legislador pretendió una mayor libertad para que la Fiscalía negociara con los procesados, negociación que está vinculada en forma inherente con esta forma alternativa de administración de justicia, tal cual lo revelan los numerales 5 y 6 del artículo 324 del CPP. No puede negarse el parentesco genético del principio de oportunidad y los preacuerdos y negociaciones, por lo cual, si es posible prescindir de la acción penal, alguna imposibilidad debería existir para el reconocimiento de una atenuación de la pena, cuando su realización plena se obtiene con el instituto objeto de estudio.

Para ofrecer seguridad en lo que se negocia, la Fiscalía profirió la Directiva 001 del 28 de septiembre de 2006, en la cual fijó algunos parámetros para tener en cuenta por los Fiscales delegados, claro ejercicio de aquella facultad constitucional reconocida, como que “en ejercicio de sus poderes generales de dirección y acusación penal que le competen, debe orientar y definir lineamientos, pautas y políticas generales para el funcionamiento de la Fiscalía” mediante Directivas que contengan “instrucciones de carácter general”²⁴⁸.

Así,

se puede convenir la eliminación de agravantes específicas conservando las figuras básicas o las especiales”, “se puede acordar el reconocimiento de circunstancias atenuantes específicas de cada tipo penal o las generales que modifique los límites punitivos, como la ira, intenso dolor, marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, etc.”, se “puede acordar formas más benignas de intervención en la conducta

248 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1260 de 2005.

punible que impliquen rebajas punitivas, siempre y cuando no se varíe la denominación del delito en el que se participa; lo que no obsta para que se acuerde una variación de complicidad subsiguiente en un delito a encubrimiento como conducta punible autónoma.

Se advierte que

la modalidad de la conducta típica (dolo, culpa o preterintención), no podrá ser objeto de preacuerdos cuando implique transformación de su naturaleza jurídica. Excepcionalmente, sobre la base de indefinición jurídica o probatoria, podrá negociarse el tipo subjetivo por una forma menos grave y, de esa manera, convenir solamente el cambio de dolo eventual a culpa con representación o de preterintención a culpa en los delitos que legalmente admitan la modalidad convenida.

Por otra parte, se establece importante modalidad de negociación con base en una establecida deficiencia probatoria “sobre el carácter de vencible o invencible de un error”, ante lo cual “podrá acordarse como vencible, siempre y cuando pueda imputarse un delito culposo o señalarse una pena disminuida en los términos de los numerales 10 y 11 del artículo 32 del Código Penal”. “Sobre la misma base de la indefinición jurídica y probatoria, podrá acordarse el error para imputar un tipo privilegiado o más favorable o una atenuante de la punibilidad”.

Bien interesante resulta el anterior tratamiento, revelándose como ponderado y fundado en el principio de necesidad, manteniendo un equilibrio con el principio de legalidad, lo cual no es otra cosa que aplicación en la práctica del principio de modulación de la actividad procesal, que por su carácter rector gobierna la actividad judicial (artículos 26 y 27 del CPP).

Lo definitivo para que se mantenga un equilibrio entre necesidad y legalidad es el concepto de “delito relacionado”, que puede aparecer de forma directa por contacto sustancial (eventos 3.3.1. y 3.3.2.), o de forma indirecta por conexidad procesal (3.3.3.)

De allí que, desde un punto de vista sistemático, podríamos ordenar las posibilidades jurídicas configuradoras del acuerdo, así:

a) Eliminación de una causal de agravación punitiva

Está referida a varias situaciones:

- Respecto de los tipos subordinados, esto es, aquellos que dependen para su entendimiento de un tipo básico, en el cual se comprenden sus elementos básico-estructurales (artículo 10 del Código Penal), concepto que coincide con la del “núcleo básico de la acusación”.
- Pues bien, como sucede con el homicidio, si se mantiene el núcleo básico de la imputación en el homicidio simple, podrá negociarse agravantes dadas por aquellas situaciones que aumentan el injusto o la reprochabilidad por culpabilidad contenidas en el homicidio agravado.
- Suprimir una agravante vinculada de manera estrecha con el bien jurídico protegido, tal como sucedería, si se decide por el Fiscal, en virtud de la negociación, no imputar al hurto –simple o calificado- la agravación por razón de la cuantía o de la titularidad del bien jurídico en cabeza del Estado, de lo cual da cuenta el artículo 267 del Código Penal, el 129 para el abandono de personas desvalidas o el 140 para los delitos contra Personas Protegidas y el Derecho Internacional Humanitario.
- Si se suprime una agravación punitiva de carácter genérico como las predicadas en el artículo 58 del Código Penal.
- También pensamos que, por virtud del principio de la analogía *in bonam partem* consagrada en el inciso final del artículo 6 del Código Penal, podría reconocerse atenuantes punitivos que mantuvieren incólume el tipo básico estructural en situaciones similares a las anteriores, por virtud de los efectos irradiantes que el estatuto sustancial produce sobre todo el sistema penal.

Así, podríamos acordar el reconocimiento de un estado de debilidad económica manifiesta (artículo 56), de ira o intenso dolor (artículo 57), un error de tipo con efectos punitivos y un error de prohibición (numerales 10 y 11 del artículo 32), un exceso en la exigente de responsabilidad

–excusa incompleta– (inciso 1 del numeral 7 del artículo 32), un error en el tipo privilegiado (numeral 12 del artículo 32), de las atenuantes específicas para determinados atentados a bienes jurídicos en concreto (por ejemplo: artículos 124 para el aborto y 171 para el secuestro), o atenuantes generales (artículo 55).

b) Tipificación específica que implique disminución de pena

Aquí también resulta necesario, respetar los elementos básicos estructurales y mantener la identidad del núcleo rector, por lo cual le queda prohibido al funcionario judicial desconocer un marco mínimo de la legalidad.

En el ámbito de la imputación objetiva

Podemos pensar en las siguientes situaciones:

- Atenuación del rigor penal en el marco del injusto

Tal lo que sucede cuando se acuerda no imputa una extorsión y sí en cambio, un constreñimiento ilegal. Aquí, como podemos ver, se respeta la demanda de “relación”, y no se quiebra el elemento estructural básico de la extorsión, que tiene como base el quebrantamiento de la libertad individual o autonomía personal, pero con óptica económica.

- Cuando nos encontremos frente a una progresión de conductas

Así sucede cuando se acuerda imputar tentativa en vez de consumación²⁴⁹. No puede afirmarse que aquí se quebrante el principio de legalidad, si se tiene en cuenta que en no pocas ocasiones, la jurisprudencia oscila entre considerar un comportamiento como tentado o como consumado, sin que ello distorsione el Estado de Derecho, especialmente cuando la jurisprudencia penal ha reconocido que la tentativa es “un título autónomo de delito que debe considerarse con caracteres propios”²⁵⁰.

249 Tan evidente es lo anterior, que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de julio de 2007, rad. 26.468, MP. Alfredo Gómez Quintero, ha entendido que “la dirección de la voluntad está en la acción que el agente exterioriza y ésta se encuentra antes de la descripción típica, en forma tal que bien se ha precisado que no existe un dolo específico”.

250 *Ibid.* Sala de Casación Penal, auto del 7 de junio de 1979, MP. Jesús Bernal Pinzón.

Aquí también podríamos pensar en negociar una no imputación por peculado y sí por abuso de confianza calificado, pues la estructura es progresiva, en tanto la víctima es considerada de mayor importancia en aquél.

Si el CPP permite, en el ámbito del principio de oportunidad, prescindir de la acción penal en eventos de delitos contra la Administración Pública (numeral 10 del artículo 324), el mensaje normativo no puede ser de inflexibilidad.

El mismo argumento sirve para acordar no imputar por hurto agravado por la confianza, a cambio de abuso de confianza.

También aquí tiene cabida cuando se acuerda tener en cuenta el menor grado de aproximación al momento consumativo en la tentativa y el menor grado de eficacia de la contribución o ayuda en la complicidad (artículo 61).

- Cuando reducimos la imputación de un tipo especial a uno básico, tal lo que sucede, si acordamos que la imputación lo sea por abuso de confianza y no por abuso de confianza agravado.
- Cuando reducimos la imputación de un tipo especial a uno subsidiario, tal como sucede, si en vez de imputar un prevaricato, lo hacemos por un abuso de autoridad.
- Cuando imputamos el delito que tiene una menor riqueza descriptiva que aquél de mayor capacidad de descripción, cuando de solucionar los concursos aparentes de tipo se trata, siempre y cuando tenga menor pena, como sucedería con respecto de la falsedad en documento privado respecto de la estafa.
- Cuando imputamos una conducta a un título de participación más benéfico como sería complicidad, en vez de autoría o determinación o el reconocimiento de la calidad de interviniente, sin la calidad especial que demanda un delito especial (artículo 30 del Código Penal).

En el ámbito de la imputación subjetiva

Esta modalidad debe tratarse como un fenómeno de tipificación específica, toda vez que, sin hesitación alguna, el Código Penal de 2000 adoptó la sistemática del tipo complejo, según la cual, para que exista tipicidad, debe darse la congruencia típica entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

Podemos pensar en las siguientes modalidades:

- Disminución de carácter cuantitativo

Tal lo que sucede cuando acordamos no imputar dolo directo, a cambio de imputar dolo eventual o cuando acordamos, imputar culpa inconsciente, en vez de culpa consciente.

Esto tiene importantes repercusiones punitivas, debido a que la *"intensidad"* de los títulos de la imputación subjetiva es un elemento que debe ser tenido en cuenta, como lo expresa el inciso 3 del artículo 61 del Código Penal.

- Disminución de carácter cualitativo

Es lo que sucede cuando se decide no imputar por dolo y sí, por preterintención; no por dolo y sí por culpa; sí por culpa y no por preterintención.

Lo anterior, muy a pesar de la cita que se hizo del instrumento de trabajo de la Fiscalía, debido a que las soluciones tienen que ser tomadas caso por caso y con aplicación integral de los principios.

Aquí también se mantiene el concepto de elemento estructural básico, pues se conserva la identidad del tipo objetivo, sólo que respecto del subjetivo se presenta una imputación en un nivel inferior de la progresión del juicio de reproche.

c) Respeto de las tipicidades colaterales en los eventos de conexidad

Se presenta esta modalidad, cuando nos encontramos ante la comisión de varios delitos conexos, empero, para mantener la exigencia de “*delito relacionado*”, la misma debe ser entendida sólo como conexidad sustancial, a saber: por vínculos teleológico, ocasional, consecuencial o cronológico. Estimamos improcedente los preacuerdos y negociaciones debido a de conexidad meramente procesal, esto es, aquella que procede por unidad de denuncia, unidad de sujeto activo, comunidad del medio probatorio, etc., toda vez que en ellas no se encuentra alguna relación sustantiva.

d) Respeto de los subrogados y sustitutos penales

También pueden ser objeto de negociaciones, las consecuencias de la conducta punible y por supuesto, la ejecución de la misma como se infiere del artículo 351 numeral 2 del CPP, específicamente cuando señala que el preacuerdo puede versar sobre las “*consecuencias*” del hecho imputado²⁵¹, de allí que podrá acordarse sobre la prisión domiciliaria y el arresto de fin de semana (artículo 36 del Código Penal), plazo y pago de la multa (artículo 39 numerales 6 y 7 *Ibíd.*), la suspensión condicional de la ejecución de la pena, lo cual puede incluir la exigencia de las penas no privativas de la libertad (artículo 63 *Ibíd.*), y la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, cuando “*en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya suspendida una pena por el mismo motivo (artículo 68 *Ibíd.*), e incluso sobre la reparación de la víctima*”.

Si bien los eventos de la *poena naturalis* reciben tratamiento adecuado a partir del principio de oportunidad (numeral 7 del artículo 324 del CPP), está claro que cuando el mismo no llega a feliz término y debe activarse el proceso, la facultad de “*prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resultare necesaria*” (inciso 2 del artículo 34 del Código Penal), podrá ser objeto de preacuerdo.

251 *Ibíd.* Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de abril de 2006, rad. 24.868, MP. Alfredo Gómez Quintero. En igual sentido, la sentencia del 1º de junio de 2006, rad. 24.764, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

Tales medidas son todas accesorias a la pena y como tal, si se permite la negociación sobre ésta, con un argumento *ad maior ad minus*, también cabe en aquéllas.

También creemos que mientras se tramita el proceso, los acuerdos pueden comprender otras situaciones procesales relacionadas con la libertad, puesto que como se vio, los preacuerdos y negociaciones pueden afectar el factor necesidad de pena, el cual incide de manera necesaria en el fin del *"cumplimiento de la pena"* del cual habla el artículo 296 del CPP. Esto se confirma, si se tiene en cuenta que cuando el artículo 295 *Ibíd.*, habla de que la restricción de la libertad tiene carácter excepcional, restrictivo y *"su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales"*, sin duda alguna, se hace referencia a temas sustanciales que definen la Política Criminal como los contenidos en los artículos 3 y 4 del Código Penal.

En los eventos de los artículos 307 y 314 del CPP, también podrá realizarse negociaciones y acuerdos con los funcionarios judiciales, toda vez que muy a pesar de ser normas procesales, tienen un innegable contenido sustancial, por demás declarado con respecto de los *"principios de las sanciones penales"* y las *"finalidades de la pena"* de lo cual dan cuenta los artículos 3 y 4 del Código Penal, que por virtud de lo dispuesto en su artículo 13, informan, irradian y se constituyen en la esencia del sistema penal.

Ya tal pensamiento se encuentra arraigado en nuestra conciencia jurídica, puesto que en los estatutos procesales anteriores existía, aunque puntualmente, causales de excarcelación estrechamente vinculadas con el derecho sustancial, como aquellas que daban cuenta de que, si en el hipotético caso de una sentencia condenatoria el procesado tendría derecho a la condena de ejecución condicional o hubiese cumplido los requisitos que le acreditarían el derecho a la libertad condicional, podría obtener la libertad provisional.

No sobra recordar que el Fiscal y el procesado no están obligados a realizar acuerdo alguno, aun cuando es lo deseable; se constituye en una norma estímulo, pero su aplicación no debe ser mecánica y con simples

objetivos de eficacia y eficiencia, pues el principio de modulación reclama orientación por la necesidad y corrección (artículos 26 y 27 del CPP).

En cuanto al monto de la rebajas, debe tenerse de presente que, si los acuerdos se presentan en el primer momento, esto es, entre la formulación de la imputación y hasta antes de la presentación de la acusación, la rebaja puede llegar hasta la mitad de la pena por imponer, sin que pueda ser inferior a la tercera parte de la misma, toda vez que en el segundo momento, la reducción es hasta esa tercera parte. En este evento, el acuerdo se consigna en el escrito de acusación.

Luego de presentada la acusación y hasta el interrogatorio del procesado al inicio del juicio oral, la rebaja puede ir hasta la tercera parte de la pena por imponer, sin que pueda ser inferior a la sexta parte.

En el juicio oral, al inicio, la rebaja que determina la ley es fija, de una sexta parte de la pena por imponer.

Debe tenerse en cuenta además, que la prohibición del artículo 3 de la Ley 890 de 2004, de acudir al tema de los cuartos en la dosificación de la sanción, sólo opera cuando ha mediado un preacuerdo que contiene el consenso de las partes sobre el monto de la pena; si no se pacta la rebaja, debe acudirse a este sistema de cuartos.

A esta conclusión ha llegado la Corte Suprema de Justicia:

Así mismo, si se ha acudido al mecanismo de la negociación y dentro de ella se pactó el monto de la sanción, a ésta quedará vinculado el juez (art. 370), salvo que en su concreción se haya violado alguna garantía fundamental, no pudiendo por aquella razón (y en ello se explica la prohibición del art. 3 de la Ley 890 de 2004) acudir al sistema de cuartos. Sin embargo, debe advertirse que si bien la limitante legal acabada de reseñar pareciera absoluta- en el sentido que la entendieron las instancias- vale decir, que en todo caso de preacuerdo el mencionado sistema de dosificación está prohibido, ello no resulta así, porque frente a un preacuerdo donde el monto de la pena a imponer no haya

sido pactado, el juez fallador- para individualizar la sanción- no le queda alternativa distinta que acudir al sistema de cuartos²⁵².

4.3.4. El sistema de los cuartos no procede en el ámbito de dosificación de la pena

El artículo 3 de la Ley 890 de 2004, de forma clara y expresa dispone que: *"el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se ha llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa"*.

La Corte Constitucional de forma acertada, ha dicho que en materia de terminación anticipada, existen dos modalidades en el CPP, a) Los preacuerdos y las negociaciones; por una parte; y b) El allanamiento o aceptación unilateral de cargos, por la otra.

De esta manera, habría un solo sistema de justicia consensuada en esta Ley, el concerniente a los preacuerdos y las negociaciones.

En efecto, sólo los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado, presupondrían un trámite de conversaciones entre las partes que culminaría en un acuerdo. En cambio, la aceptación unilateral de cargos por parte del procesado si bien termina anticipadamente el proceso, no implica algún tipo de conversaciones o negociaciones entre los intervinientes, y por lo tanto, no hace parte de la justicia consensuada.

252 *Ibíd.* Sentencia del 4 de abril de 2006, rad. Tutela 24.868, MP. Alfredo Gómez Quintero.

Así las cosas, el sistema de cuartos del cual trata el artículo 61 del Código Penal, sí aplica para el caso del allanamiento o aceptación unilateral de cargos, por cuanto no hay negociación.

Si hay un trámite de preacuerdos y negociación, la disposición que resulta procedente es el artículo 3 de la Ley 890 de 2004, porque al haber negociación, en el ámbito de la pena, prevalece lo acordado por las partes²⁵³.

253 *Sobre el tema, resulta ilustrativa la decisión del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sala Penal, rad. 23342005, septiembre de 2005, MP. Fernando Alberto Castro Caballero, cuando indicó: Esta Sala de decisión ha venido sosteniendo que la figura de los preacuerdos y negociaciones que se celebran entre el procesado y la Fiscalía no es equiparable con el allanamiento a cargos que se produce en la audiencia de formulación de imputación. Aquellos comportan un acuerdo bilateral en el que la imputación se realiza conforme con las condiciones previamente acordadas por ambas partes, las cuales son de cumplimiento obligatorio para el juez de conocimiento quien luego de examinar la legalidad de la actuación le corresponde determinar la sanción teniendo en cuenta la rebaja punitiva consignada en el preacuerdo. Por su parte, la aceptación de cargos en la misma diligencia de formulación de imputación, es un acto unilateral, libre y voluntario del procesado una vez ha sido informado que tiene derecho a allanarse a los cargos que le fórmula la Fiscalía a cambio de lo cual se hace merecedor a una reducción de la sanción hasta por la mitad de la pena a imponer (...) Así las cosas, la norma que establece que en tratándose de preacuerdos y negociaciones entre el procesado y la Fiscalía, la pena no debe calcularse siguiendo los parámetros cuantitativos fijados por los cuartos a que se refiere el artículo 61 del C.P., debe aplicarse únicamente para los casos en que la aceptación de los cargos ha estado mediada por un preacuerdo; simple y llanamente la sanción a imponer debe respetar el quantum de la reducción de la pena acordado por las partes.*

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. Importancia del artículo 27 del CPP, en la determinación acerca del respeto por el principio de legalidad.
2. Legalidad y modulación a partir de la corrección, ponderación y necesidad.
3. Eventos taxativos o abiertos en el tema *“objeto de la negociación”*.
4. ¿Es posible la aplicación de la analogía *in bonam partem* en dicha materia?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

NORBERTO, Juez de la República, conoce del acuerdo al cual arribaron Fiscal y procesado, ante el fracaso de aplicación del principio de oportunidad, acerca de la declaratoria de culpabilidad por un delito de homicidio culposo, cometido en las circunstancias de que da cuenta el inciso 2º del artículo 34 del Código Penal, pactando la rebaja de pena consecuente con el estadio procesal en el cual se encuentra el trámite judicial, pero especialmente dejando de manera clara que no se ejecutará la sentencia condenatoria, con base en que dicho artículo expresa que *“se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”*, empero, en la audiencia respectiva:

El representante del Ministerio Público solicita improbar el acuerdo por cuanto, revisados los artículos 350 y 351 del CPP, aquellos sólo proceden cuando se trata de eliminar una causal de agravación, algún cargo específico, se varíe la tipificación o, como lo ha entendido la jurisprudencia penal, sobre a los sustitutos penales, concepto que no comprende lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 34 del CPP.

El Fiscal esgrime lo dispuesto por el inciso final del artículo 6 del Código Penal que consagra la analogía *in bonam partem*, si no se llegare a entender que aquí nos encontramos ante una “consecuencia” del delito, como es la pena y su viabilidad de no ejecutarla, lo que por demás es un claro desarrollo de los principios de las sanciones penales y los fines de la pena (artículos 3 y 4 *Ibíd.*).

El procesado y su defensor estiman que con el acuerdo se cumple con la finalidad de humanizar la actuación procesal y la pena (artículo 348 del CPP), siendo la *poenas naturalis* un ejemplo paradigmático de dicha concepción, amén de que fue voluntario, libre e informado.

¿Cuál sería su decisión como juez o jueza de la República?

Responda los siguientes interrogantes:

1. Una aplicación estricta y rigurosa del principio de legalidad, ¿es consecuente con una decisión político-criminal como la que reclama el ejemplo?
2. 2. Juega algún papel en la solución del caso, ¿lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal?
3. 3. La modulación de la actividad judicial como principio rector ¿es incompatible con el principio de legalidad?
4. 4. El principio de legalidad ¿prima sobre el principio de necesidad?

Unidad 5

OPORTUNIDADES PROCESALES Y ALEGACIONES DE CULPABILIDAD

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

A partir de esta unidad los y las discentes:

- Identificarán los momentos procesales cuando operan los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado.
- Comprenderán las diferencias que existen entre allanamientos y alegaciones de culpabilidad preacordadas.
- Se percatarán de la existencia de una tercera modalidad de creación jurisprudencial.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

Teniendo en cuenta los temas aquí tratados, los y las discentes:

- Reflexionarán acerca de las rebajas en la punición y las modalidades que revisten las alegaciones de culpabilidad preacordadas.
- Comprenderán los efectos punitivos que se generan a partir de la celebración de los preacuerdos y las negociaciones, dependiendo de la oportunidad procesal cuando se realicen.
- Conocerán las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia acerca del tema.

De forma precisa y expresa, la ley procesal dispone los momentos cuando operan los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, lo cual no ocurre por ejemplo: con el principio de oportunidad. Tal circunstancia impide discusiones respecto de tales momentos, con lo cual el operador jurídico goza de respaldo legal para proceder a efectuar conversaciones con la otra parte acerca del ofrecimiento y obtención de los beneficios respectivos.

En efecto, el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, expresa que:

Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un acuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

El fiscal y el imputado, mediante 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.*

Conforme con esa disposición, el primer momento cuando proceden los preacuerdos y negociaciones entre Fiscalía y el imputado, es desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de que se presente el escrito de acusación. En este ámbito procesal, la procedencia del preacuerdo comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, tal como lo dispone el artículo 351 del mismo haz normativo.

Por su parte, el artículo 352 *Ibíd.*, autoriza los preacuerdos desde la presentación de la acusación y hasta el momento cuando el acusado es interrogado al inicio del juicio oral. De haberse dado el acuerdo

en este espacio procesal, la pena que resultara imponible se reducirá en una tercera parte.

En ese ámbito procesal existente entre la presentación de la acusación y hasta el momento cuando sea interrogado el acusado al inicio de juicio oral, la ley establece una fase concreta en la cual también se puede presentar la aceptación de cargos producto de una negociación con la Fiscalía: es la audiencia preparatoria. A tal respecto, el artículo 365 del CPP, autoriza una rebaja de una tercera parte de la pena por imponer.

El último momento procesal con el cual cuenta el acusado para aceptar su culpabilidad como producto de una negociación, es al inicio del juicio cuando es interrogado acerca de la admisión de responsabilidad en los hechos, objeto del debate público.

Así las cosas, en síntesis, puede decirse que son cuatro las oportunidades de procedencia de los acuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. Ellas son:

- a) Desde la audiencia de imputación y hasta antes de la presentación del escrito de acusación.
- b) Desde la presentación de la acusación y hasta el interrogatorio del acusado en el juicio oral.
- c) En la audiencia preparatoria.
- d) Al ser interrogado el acusado, en el juicio oral.

Resulta claro que las oportunidades 3 y 4 están dentro del ámbito procesal al cual alude la oportunidad número dos. Veamos, en específico, cada uno de estos momentos.

5.1 DESDE LA IMPUTACIÓN Y HASTA LA PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

Es importante en este apartado, precisar lo concerniente al allanamiento que puede hacer el imputado desde la audiencia de formulación de la imputación, al cual se refieren los artículos 288 numeral 3 y 293 del CPP, por cuanto la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia difieren respecto de la naturaleza de esos institutos. Para la Corte Constitucional, la aceptación de cargos del imputado por su propia iniciativa no es una forma de preacuerdo o negociación, sino que es una forma diferente de terminación anticipada del proceso; en cambio para la Corte Suprema, toda aceptación de cargos es producto de una negociación.

La jurisprudencia constitucional tiene dicho al respecto, lo siguiente:

Una lectura sistemática del nuevo estatuto procesal penal permite deslindar dos modalidades de terminación anticipada del proceso perfectamente diferenciadas en su estructura, consecuencias y objetivos político criminales: (i) Los preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal; y (ii) la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado.

En el primer caso se trata de verdaderas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso. En el segundo caso, el supuesto es la aceptación de los cargos por parte del procesado, es decir que no existe transacción y en consecuencia no requiere consenso.

En cuanto a la primera modalidad el Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 introduce una regulación sistemática e integral del nuevo instituto, de los 'Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado', con las reglas específicas relativas a finalidades (348), improcedencia (349), oportunidad (350 y 352), modalidades (351), aceptación total o parcial de cargos (353).

Los preacuerdos y negociaciones comportan en su esencia aceptación de responsabilidad por parte del imputado o acusado, es decir

aceptación total o parcial de cargos como producto del acuerdo. Así lo plasman de manera explícita los artículos 350, 351, 352 y 353 de la Ley 906 de 2004.

Es claro, sin embargo, que esta modalidad de terminación anticipada del proceso (aceptación preacordada de responsabilidad), no es la única que contempla el nuevo estatuto procedimental. Al margen del Título II del Libro III, relativo a los preacuerdos y negociaciones, existe una sistemática que estructura la segunda modalidad: la aceptación unilateral de los cargos por el procesado. Así el artículo 293 estipula: 'Procedimiento en caso de aceptación de la imputación (en la audiencia de formulación de la imputación): Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación'.

De esta norma es posible deducir la existencia de dos modalidades de aceptación de cargos en el momento de la formulación de imputación: una unilateral y otra preacordada. La primera implica para el investigado 'allanarse a la imputación y obtener una rebaja de pena' tal como lo señala el artículo 288 numeral 3° del estatuto en cuestión, que remite para efectos de su cuantificación al artículo 351 que contempla una rebaja de hasta de la mitad de la pena imponible.

(...) De los desarrollos hermenéuticos realizados se concluye que en efecto, la ley 906 de 2004 contempló dos formas diferenciadas de terminación anticipada del proceso: el allanamiento o aceptación unilateral de los cargos, y la aceptación de responsabilidad mediante los preacuerdos y negociaciones entre fiscal y procesado²⁵⁴.

Por su parte, la jurisprudencia penal apuntaló lo siguiente:

(...) Uno de los propósitos planteados desde la iniciativa de reforma constitucional que se convirtió en el Acto Legislativo 03 de 2002, fue la creación de un sistema procesal penal de partes y no hay duda que se logró si se tiene en cuenta que es la estructura a la cual de manera preponderante responde el finalmente modelado mediante la ley 906

254 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-091 de 2006.

de 2004, en el cual tienen operatividad los principios de consenso-propio del sistema acusatorio anglosajón –y de oportunidad.

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

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

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

Es una eventualidad que puede ocurrir y, en tales casos, con fundamento en que el allanamiento a cargos es un derecho del implicado, no se le puede imponer al Fiscal acceder a una pretensión que en el caso concreto desborda las directrices de la institución en materia de negociaciones y acuerdos, las pautas de política criminal, o simplemente el equilibrio entre el ahorro de esfuerzo jurisdiccional en el caso concreto y/o la contribución del imputado a resolverlo –inclu-

yendo en la noción de 'resolución del caso', la reparación efectiva a la víctima- y la cantidad de rebaja punitiva.

Si, por ejemplo, se esperó hasta el último momento para aceptar los cargos y siempre reticente a colaborar, su decisión de sometimiento podría leerse simplemente como la última oportunidad para obtener una rebaja significativa de pena sin haber suministrado nada a cambio distinto a disponer de su derecho de allanarse o no a unas imputaciones frente a las cuales sabe que no tiene gran posibilidad de éxito si va a juicio. En tal escenario es muy posible que el ofrecimiento del Fiscal sobre la rebaja sea el menor previsto en la ley o cercano a él y si al imputado no le interesa y el funcionario no está dispuesto a pactar uno mayor, pues simplemente no hay acuerdo y las dos partes correrán con el albur de seguir adelante con el trámite procesal.

La aceptación de cargos en el modelo procesal de la Ley 906 de 2004 implica, entonces, una negociación entre las partes para convenir la rebaja de pena y eso la convierte en uno de los tipos de acuerdos que se pueden lograr entre Fiscalía y procesado o imputado...²⁵⁵.

En esta decisión, la Corte Suprema de Justicia dejó claro que toda aceptación de cargos por parte del imputado, debe suponer como mínimo una negociación sobre los beneficios punitivos para obtener, por parte del procesado.

Tal manera de ver las cosas, propició que esa Corporación negara la equivalencia entre la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 y el allanamiento de la Ley 906 de 2004, motivo por el cual no accedió a reconocer beneficios punitivos a favor de un condenado que hubieran podido surgir como consecuencia del principio de favorabilidad.

La postura de la Corte Suprema de Justicia fue tan radical en cierto momento, que llegó a indicar que, si se produce una aceptación unilateral por parte del procesado de los cargos que la Fiscalía le atribuye, y no se otorga un plazo razonable u oportunidad para que se produzca algún tipo

255 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, sentencia del 4 de diciembre de 2005, rad. 21.347, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

de conversaciones o negociaciones entre las partes para llegar a un acuerdo de los beneficios punitivos, se desconocería la estructura misma del sistema acusatorio que descansa y se soporta en las alegaciones de culpabilidad preacordadas, lo cual generaría la invalidación del trámite procesal.

Más tarde, la Corte matizó tal posición, precisando lo siguiente:

(...) en virtud de los acuerdos que lleguen a producirse, aún con ocasión del allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, es posible que se pacte tanto la disminución de pena por esa causa, como las consecuencias de los hechos imputados, esto es, el posible reconocimiento de prisión domiciliaria o de la suspensión de la ejecución de la pena.

Además, que no es obligatorio que se abra un espacio de discusión para pactar el porcentaje de reducción punitiva después de que el imputado se allanó a cargos en la mentada audiencia de formulación de la imputación.

En esta misma decisión la Corte reafirma su postura acerca de que el allanamiento a la imputación por parte del imputado es una forma de preacuerdo o negociación, señalando al respecto lo siguiente:

*De tal manera, entonces, puede señalarse que el allanamiento a cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación es una modalidad de acuerdo o preacuerdo, porque así lo señala el inciso 1° del artículo 351 de la Ley 906, en la medida en que tal acto, aunque surge unilateralmente, es auspiciado o promovido por el fiscal al formular la imputación, como lo prevé el artículo 288-3 *Ibid.*, y debido a que al aceptarla el imputado conviene implícitamente a que por esa actitud recibirá una disminución de la pena en los términos de la norma mencionada en primer lugar.*

Que eso sea así no excluye que luego de la formulación de la imputación y del consiguiente allanamiento a ésta, entre fiscal e imputado se lleven a cabo conversaciones para pactar no sólo el monto de la rebaja de pena sino el posible reconocimiento de la prisión domiciliaria o

la suspensión condicional de su ejecución, la reparación integral a las víctimas e, incluso, la pretensión punitiva de la Fiscalía, como lo establece el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal de 2004, con el fin de que lo acordado se incorpore al escrito de acusación con el acta de aceptación.

La conveniencia de que se dé espacio a la negociación sobre estos aspectos, en particular al concreto porcentaje de reducción punitiva, es indiscutible. Como manifestación de un proceso penal de partes dentro de un sistema que propicia en toda la extensión de su estructura la participación de los interesados en las decisiones que los afecten en cumplimiento del artículo 2° de la Carta, el allanamiento unilateral a cargos previsto en los artículos 288-3, 293 y 351, no repele los acuerdos o preacuerdos; al contrario, los estimula, pues abre el telón al escenario de involucrar a las partes en la solución del caso, al tiempo que contribuye a obtener pronta y cumplida justicia.

(...) Ahora, si el acuerdo posterior al allanamiento unilateral a cargos no se produce porque las partes así no lo quisieron o porque lo omitieron deliberada o inadvertidamente, ha de entenderse, conforma se desprende de la citada sentencia del 14 de marzo de 2006, que defirieron al juez de conocimiento fijar las consecuencias de la aceptación de la imputación producida de esa manera²⁵⁶.

Ahora bien, a partir de allí, pero muy especialmente por lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia, se propicia la idea de una tercera postura que nos parece correcta:

- a) Existen en el proceso penal consagrado en la Ley 906 de 2004, dos formas de terminación anticipada del proceso penal: (i) la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado, sin negociación alguna, surgida como un acto voluntario del procesado sin ser propiciada por la Fiscalía; y, (ii) los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. Esta última puede estar sustentada en unas conversaciones entre las partes desde su inicio o en una aceptación unilateral de cargos del sindicado que luego

256 *Ibíd.* Sentencia del 4 de mayo de 2006, rad. 24.531, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

origina unas conversaciones con la Fiscalía en cuanto a beneficios punitivos y carcelarios.

Conforme con esta postura, la aceptación unilateral de cargos no es necesariamente una forma de preacuerdos o negociaciones o mejor dicho, no en toda aceptación unilateral de cargos debe darse negociación o acuerdos frente a beneficios punitivos.

- b) Si la aceptación unilateral de cargos o allanamiento a la imputación por parte del procesado, no genera algún tipo de negociaciones posteriores, es una forma autónoma de terminación anticipada del proceso y el juez o la jueza de conocimiento tiene la obligación de dosificar o fijar la sanción, haciendo uso del tema de los cuartos.
- c) Si la aceptación unilateral de cargos, propicia una negociación para la obtención de otros beneficios, este mecanismo no es una forma autónoma de terminación anticipada del proceso, sino una modalidad de preacuerdo y negociaciones. En este evento, no aplican los cuartos.

Esta razonada y novedosa postura, obliga a que el juez o la jueza de control de garantías o en su caso el, la de conocimiento, siempre pregunte en el evento de una aceptación unilateral de cargos, si las partes van a entrar en un proceso de negociación sobre algún tipo de beneficios. Si la respuesta es sí, otorgará la oportunidad para que se entablen las conversaciones al respecto como lo determina la Corte Suprema de Justicia; si la respuesta es no, se entenderá diferida al juez o a la jueza de conocimiento, la determinación de las consecuencias de tal forma de proceder.

Despejada esta situación, sí podemos hacer referencia a ese primer momento de procedencia de los preacuerdos, esto es, desde la formulación de la imputación y hasta antes de que se presente el escrito de acusación.

A este respecto, la Directiva 001 del 28 de septiembre de 2006, de la Fiscalía General de la Nación, que reglamenta el tema de los preacuerdos, expresa:

CUARTA. Límite a las negociaciones. Además de lo establecido en los artículos anteriores, los preacuerdos y negociaciones tendrán como límites las siguientes reglas:

a) El fiscal delegado no podrá realizar preacuerdos o negociaciones con el investigado o su defensa, antes de la audiencia de formulación de la imputación, en relación con los cargos que el primero presentará en ésta.

b) Cuando se trate de un concurso de conductas punibles no podrá preacordarse la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia, atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo.

c) Hecha la imputación, con la misma evidencia no podrá solicitarse ni hacerse una nueva formulación de imputación que entrañe revocatoria o modificación de la inicial, tendiente a hacerla menos gravosa.

d) La Fiscalía debe asegurarse que el imputado o acusado actúa libre de coacción o amenaza, consciente de la importancia de su declaración y de los derechos a los que renuncia; además, cuidará que esté asistido de una defensa efectiva y que ciertamente existe una base fáctica y probatoria para la negociación. Igualmente le advertirá que el preacuerdo logrado no admite retractación, una vez que se le hubiere hecho el respectivo control de legalidad.

Tanto el CPP, como la Directiva en cita, participan de la necesidad de la existencia de una imputación concreta y clara de la Fiscalía para con el imputado, para iniciar el procedimiento de preacuerdos; de esa forma, lo que se pretende es tener unas bases que probatoriamente soporten la incriminación tanto en la fáctico como en lo jurídico, y así se pueda demarcar los términos del posible consenso²⁵⁷.

En efecto, el artículo 288 numeral 2 del CPP, obliga a que en la audiencia de imputación, el Fiscal efectúe la “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes” y el artículo 287 *Ibíd.*, determine que la formulación de la imputación procede cuando de los elementos materiales de prueba, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir de forma razonada que el investigado es autor o participe de los hechos que son objeto del proceso.

257 *Ibíd.* Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio de 2007, rad. 26.468, MP. Alfredo Gómez Quintero.

Por su parte, el artículo 327 *Ibíd.*, establece que los preacuerdos sólo procederán, si en el trámite de la actuación existe un mínimo de prueba que permita inferir razonablemente la autoría o participación en la conducta y su tipicidad. Como se ha venido sosteniendo, ello tiene que complementarse, necesariamente, con la confesión transaccional.

El Fiscal tiene la obligación de respetar los principios de legalidad –aquí modulado como se vio en la anterior unidad- y de determinación, al formular la imputación.

Tal deber impide que el Fiscal impute delitos que no tengan respaldo en los hechos, en los elementos materiales y en la información legalmente obtenida que se tiene en ese momento, para propiciar una negociación en la cual la Fiscalía proponga la eliminación de varios de esos cargos sin dichos soportes.

Asiste razón a la Corte Suprema de Justicia, cuando asiente que los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado se soportan en los principios de lealtad y buena fe. Así se ha pronunciado:

Ahora bien, estima la Corte que los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado o acusado deben regirse por los principios de lealtad y buena fe, por lo cual todo aquello que constituya su objeto –desde que no violente garantías fundamentales o se encuentre al margen de la ley-, ha de ser incorporado de manera integral al acta pertinente, lo más completa, clara y precisa posibles, a efecto de no generar falsas expectativas, pues dichos acuerdos, como lo pregona un sector de la doctrina, mal pueden servir de instrumento para sorprender o engañar al imputado o acusado, y menos para colocarlo en situación de inferioridad. De ahí que la propuesta fiscal deba ser seria, concreta, inteligible y con vocación de aceptación como diáfanoamente lo prevé el artículo 369 en el caso de manifestaciones de culpabilidad preacordada, al disponer que en un tal evento la Fiscalía tenga que indicarle al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere²⁵⁸.

258 *Ibíd.* Sentencia del 1° de junio de 2006, rad. 24.764, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

Autorizada doctrina señala que en este sentido, es necesaria la adopción de medidas rigurosas, a fin de reducir abusos potenciales del Fiscal, tales como sobrecargar la acusación, deliberadamente y sin garantías de éxito, con el objeto de gozar de una posición más ventajosa a la hora de negociar una declaración de culpabilidad o conminar al acusado con la petición de penas muy altas, si insiste en la celebración de la vista oral o amenazarle con llevar a juicio a sus parientes y amigos, a menos que se declare culpable. Todas estas corruptelas pueden llegar a crear presiones anímicas demasiado fuertes, incluso para el inocente²⁵⁹.

Para preservar esa honradez y transparencia en la formulación de la imputación con miras a que el acuerdo quede regido por los principios de lealtad y buena fe, la ley procesal fija unos condicionamientos a la procedencia de la imputación. En primer lugar, ella procede, si los elementos de prueba permiten inferir razonadamente que el imputado es autor o partícipe del hecho investigado; y en segundo lugar, el Fiscal debe hacer una clara relación de los hechos jurídicamente relevantes que imputa al procesado.

Además, recuérdese que el artículo 351 del CPP, expresa que en aquel evento en el cual la Fiscalía obtenga nuevos elementos de prueba que posibiliten formular cargos distintos y más gravosos a los de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esa nueva o posible imputación. Con ello, lo que se busca es además de negociar sobre hechos verdaderos, no sorprender al procesado con cargos que no fueron objeto del acuerdo.

De ahí que la imputación deba ser lo más clara posible tanto en lo fáctico como en lo jurídico, al punto de que en ella deba expresarse las circunstancias específicas de agravación y las de mayor y menor punibilidad concurrentes. La Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre este rigorismo de la imputación lo siguiente:

(...) Si a la Fiscalía corresponde relacionar los hechos jurídicamente relevantes, desde la propia imputación, nada distinto significa que un imperativo categórico deber indicar con claridad y precisión el contenido jurídico –entiéndase típico– de los hechos que se atribuyen. Es

259 Cfr. DIEGO DÍEZ. Ob. Cit., p. 53.

que, de dicho entendimiento surge la única posibilidad de que una persona se allane a la imputación o con posterioridad eventualmente acepte los cargos en cualquier de las oportunidades en que la ley lo admite, esto es, que conozca el contenido jurídico de los hechos sobre los cuales se afirma su autoría o participación, pues en modo alguno podría aceptarlos frente a imputaciones abstractas, ambiguas o vacías.

Afirmar que la imputación debe ser fáctica y jurídica quiere decir, entre otras muchas cosas, que debe realizarse una circunstanciada presentación de los hechos, haciendo ver las implicaciones que en el campo de la punibilidad podrían llegar a tener mediante el marco fijado en la ley para ellos, única forma de que quede por fuera de toda duda su imputación que, por consiguiente, no puede tratarse de una simple relación de los hechos investigados.

En este sentido no resultan admisibles las imputaciones tácitas o implícitas. Deber del Fiscal, en todos y en cada caso, es establecer un parangón entre el asunto fáctico que es objeto de su valoración y la entidad típica que tiene el mismo, resaltando todos sus contornos y características, esto siempre le va a imponer no solo consultar en forma específica las causales de agravación para el delito concreto, sino además las de mayor punibilidad que podrían concurrir y que, por lo demás, deben quedar identificadas siempre.

En el mismo orden se hace imperioso llamar de nuevo la atención en el sentido de que los cargos no se pueden formular sobre bases inciertas de demostración, si los sistemas procesales que nos han regido siempre fueron exigentes sobre la precisión, exactitud y concreción que debía tenerse en la tipificación de los hechos y sus circunstancias concurrentes, parecería un contrasentido y una flexibilidad inconsecuente que en desarrollo de un sistema judicial acusatorio, dicho condicionamiento no fuera más riguroso y ajustado a los principios que lo fundamentan²⁶⁰.

260 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 27 de julio de 2007, rad. 26.468, MP. Alfredo Gómez Quintero.

Las exigencias de precisión en la imputación por parte de la Fiscalía, cobran mayor importancia por cuanto, si el acuerdo se produce en la audiencia de formulación de la imputación, el acta que se suscribe contentiva del acuerdo es suficiente como acusación. Y siendo ello así, el principio de congruencia se predicará en tal evento, entre el acta y la sentencia.

Esa acta al corresponder a la acusación, debe contener los requisitos sustanciales y formales a los cuales se refieren los artículos 336 y 337 del CPP; de esta manera, en lo que alude a los elementos de prueba de los cuales se pueda inferir con probabilidad de verdad que la conducta existió y que el imputado es su autor o partícipe, debe recordarse que la admisión de culpabilidad es tenida como una confesión transaccional, y en este sentido, tal grado de conocimiento procesal debe tenerse como cumplido.

Esa acta es remitida al juez o jueza de conocimiento que deberá examinar en audiencia que el acuerdo fue voluntario, libre, informado y espontáneo; una vez verificada tal situación, procederá a aceptarlo sin que a partir de ese momento, sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y la sentencia.

5.2 ENTRE LA ACUSACIÓN Y EL INTERROGATORIO INICIAL DEL JUICIO ORAL

La segunda oportunidad para que procedan los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el procesado, es desde la acusación y hasta su interrogatorio al inicio del juicio oral. Veamos las principales implicaciones de las negociaciones en este ámbito procesal.

El artículo 352 del CPP, determina que si los preacuerdos se realizan en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

La presentación del escrito de acusación demarca el inicio de la fase de juzgamiento en la óptica del sistema acusatorio y con ella, se da cumplimiento al principio acusatorio en este sistema procesal.

La imputación contenida en ese escrito, participa de una doble naturaleza, fáctica y jurídica, naturaleza mixta que se convierte en garantía para el ejercicio cabal de la defensa y el principio acusatorio.

La presentación del escrito de acusación y la formulación de la misma en la respectiva audiencia, además de ser un presupuesto procesal para arribar más tarde al juicio, es esencialmente el acto jurídico en virtud del cual se le comunica al procesado su condición de acusado, se le atribuyen unos cargos, expresados claramente en los aspectos fáctico y jurídico, para permitirle el ejercicio de su defensa a partir de su clara comprensión.

Por lo tanto, la acusación debe ser lo suficiente clara como para posibilitar la defensa. Tanto es así, que en la misma se debe especificar todos aquellos factores que incidan en el delito y en sus consecuencias punitivas, sobre todo lo que concierne a las circunstancias específicas y genéricas de agravación de la pena.

Si bien la calificación jurídica contenida en la acusación tiene carácter provisional, por cuanto luego de ella viene la etapa probatoria, en el tema de los preacuerdos y negociaciones esos cargos en lo fáctico son inmutables e inmodificables. Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia:

Por último, en la decisión del 25 de abril de 2007, tratando el examen de lo consignado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, con remisión a las actas del congreso que consignan la exposición de motivos del hasta ese momento proyecto de Código de Procedimiento Penal, se destaca cómo la formulación de los cargos en sede de allanamiento o acuerdos, debe permanecer invariable, sin posibilidad de modificación o introducción de circunstancias de agravación o mayor punibilidad, so pena de quebrantar caros derechos de quien asumió responsabilidad penal por una específica conducta, claramente delineada en todos sus contornos fácticos y de tipicidad.

También se determina invariable el apartado fáctico de la acusación, esto es, que los hechos planteados allí por la Fiscalía, incluso si las pruebas conducen a ello, no pueden ser modificados por el fiscal en el alegato de cierre de la audiencia de juicio oral. Y si así sucede, se torna imperiosa la absolución:

'La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como lo relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad'.

La síntesis elaborada en precedencia, permite significar como aspectos ya definidos, entre otros, los que corresponden a la inmutabilidad de los cargos cuando preceden a las formas anormales de terminación del proceso -allanamientos y acuerdos y preacuerdos-: la obligación de consignar en la formulación de acusación todos los factores que incidan en el delito y su penalidad, las circunstancias específicas y genéricas de agravación punitiva; y, la imposibilidad de modificar lo sucedido, en su concepción meramente fáctica, de la forma consignada en la formulación de acusación, al punto que si la prueba demuestra otros hechos se hace necesario absolver al procesado, así estos nuevos tengan connotación delictuosa²⁶¹.

Tanto cuando el acuerdo se hace desde la audiencia de imputación o en los otros momentos que se precisan en la ley procesal, es muy importante que en el acta contentiva del mismo, se especifique con claridad los parámetros del consenso, pues la congruencia se predicará entre esta acta y la sentencia.

261 *Ibíd.* Sentencia del 23 de agosto de 2007, rad. 27.337, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

De manera que para determinar si existe incongruencia, es menester realizar una confrontación entre los contenidos de la acusación –acta de acuerdo- y los de la sentencia, con el fin de establecer si la última desborda los parámetros de la primera, en tanto aquélla constituye su marco de referencia y límite de la decisión que, conforme con lo preacordado, propende por la culminación del proceso de manera abreviada²⁶².

5.3 EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Si bien este momento procesal, cuando proceden los preacuerdos y las negociaciones, se encuentra dentro del ámbito procesal anterior, lo cierto es que el Código de Procedimiento Penal hace una mención específica del mismo.

En efecto, el artículo 356 del CPP, que regula lo relativo al desarrollo de la audiencia preparatoria, señala que, si el procesado acepta los cargos, se procederá a dictar sentencia, reduciendo hasta en la tercera parte la pena por imponer. Es claro que la aceptación de tales cargos puede ser unilateral o producto de una negociación entre las partes.

Ya en la audiencia de formulación de la acusación, la Fiscalía ha efectuado el descubrimiento probatorio y ha precisado los términos fácticos y jurídicos que constituyen los cargos atribuidos al procesado. Esta situación le permite a la defensa, definir las verdaderas opciones que tendría de ganar al irse a juicio, allanarse o entrar a negociar esos cargos para obtener el beneficio punitivo, eliminándole costos a la justicia.

Es entendible que la norma en cita, establezca en el punto final del desarrollo de la audiencia preparatoria, la manifestación de aceptación de responsabilidad del procesado, por cuanto eso le permitirá a la defensa conocer la totalidad de las pruebas que la Fiscalía hará valer en el juicio oral, con lo cual podrá hacer un diagnóstico más objetivo acerca de las posibilidades de triunfo o derrota al irse a juicio.

Bajo ese entendido, la defensa puede esperarse hasta el final de la audiencia, para acogerse a los cargos o entrar en una negociación.

262 *Ibíd.* Sala de Casación Penal. Sentencia del 1º junio de 2006, rad. 24.764, MP. Sigifredo Espinosa Pérez.

Ahora bien, no es necesario que el juez o la jueza de conocimiento agote los cuatro puntos anteriores, a los cuales se refiere el artículo 356 *Ibíd.*, para proceder a determinar, si hubo un consenso acerca de la responsabilidad del procesado.

Puede suceder que una vez finalizada la audiencia de formulación de la acusación, las partes entren en conversaciones, y que para el momento del inicio de la audiencia preparatoria ya tengan claro el acuerdo; en ese momento, pueden comunicar al juez o jueza, los términos del consenso. Eso evitaría el cumplimiento de dichos puntos.

5.4 AL INICIO DEL JUICIO ORAL

El artículo 367 del CPP, expresa que:

Alegación inicial. 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 autoincriminarse, 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.

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

Hay una situación previa por aclarar. Esta norma autoriza una rebaja punitiva precisa por la aceptación de responsabilidad del procesado, de una sexta parte de la pena imponible de los cargos que se acepten.

Esta aceptación de responsabilidad se produce en el momento cuando el procesado es interrogado en la alegación inicial del juicio a que se refiere el artículo 367 *Ibíd.*

Por su parte, el artículo 352 del CPP, expresa 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”*, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

Es claro que en estas normas, existe una contradicción, porque el artículo 352 no dice antes de que sea interrogado, sino que dice hasta el momento cuando sea interrogado, y el 367 está regulando lo concerniente a ese momento pero autoriza una rebaja inferior a la del artículo anterior. Desde el punto de vista de la regulación gramatical, exegética y literal de esas normas, debería imponerse la que concede un mayor monto de rebaja.

Desde el punto de vista de un mayor grado de colaboración, de evitar mayores costos y desgastes a la administración de justicia, se impone la aplicación específica del monto de la rebaja, de acuerdo con el momento cuando se presenta la aceptación de responsabilidad, tesis que acoge la jurisprudencia penal.

La rebaja en la punición que se consagra en el artículo 367, es compatible con el momento procesal que atraviesa la actuación. Ese es el último momento procesal previo al inicio real del juicio oral público y concentrado. Y, precisamente la implicación de los preacuerdos y negociaciones es la renuncia al juicio, para obtener un beneficio en la sanción, evitándole mayores costos a la Administración de Justicia.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. La importancia procesal del momento cuando se presenta el acuerdo para los efectos de la tasación punitiva.
2. Significado de la reciprocidad en el acto transaccional.
3. ¿Cuáles son las diferentes oportunidades para llevar a cabo los actos procesales en la justicia consensuada?
4. ¿Existe un mecanismo de preacuerdo de creación jurisprudencial?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

FILIBERTO, Juez de la República, conoce del acuerdo al cual arribaron Fiscal y procesado acerca del delito cometido, acuerdo que se suscitó en el momento cuando se aprestaba su interrogatorio en el juicio oral, allanándose de manera incondicional a los cargos formulados, reclamando una rebaja fija de la tercera parte de la pena que merecería por el delito de hurto calificado agravado, empero, en la audiencia respectiva:

El Fiscal solicita que la reducción no se efectúe automáticamente respecto de la tercera parte de la pena como indica el inciso 2 del artículo 352 del CPP, toda vez que la decisión de acogerse a la figura es producto del desespero ante el comienzo de la audiencia pública de juzgamiento, toda vez que la contundencia de la prueba indica que existe gran probabilidad de que sea declarado responsable, fue capturado en flagrancia y además, se le encontró en su posesión el objeto material del delito. Explica que su postura se sustenta en los fines del instituto (artículo 348 *Ibíd.*), y sobre todo, por cuanto el artículo 356 en su numeral 5 establece que la rebaja es ponderada, debido a que indica que en tal estadio procesal *“se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte de la pena a imponer”*, ponderación

Ae

reclamada por el artículo 27 que rige la actividad procesal, que como norma rectora sirve para dotar de sentido las incompatibilidades normativas que se detecten.

La defensa indica que la rebaja tiene que ser automática, pues el mandato del inciso 2 del artículo 352 es imperativo –“*la pena imponible se reducirá en una tercera parte*”, de tal manera que si se sigue el criterio del Fiscal, se estaría realizando una interpretación peyorativa para los intereses del procesado, amén de que además, el artículo 356 no regula sino asuntos meramente procedimentales y no la esencia del instituto que se encuentra en el Capítulo Único del Título II.

¿Cuál sería su decisión como juez o jueza de la República?

Responda los siguientes interrogantes:

1. Los fines de los preacuerdos y negociaciones son un instrumento válido, por sí solo, ¿para solucionar la contradicción que se presenta entre las normas anteriormente referidas?
2. Debe dársele sentido a partir de los principios rectores, ¿especialmente de los artículos 26 y 27 del CPP?
3. El comportamiento procesal es un insumo que debe tenerse en cuenta ¿para el manejo del *cuántum* punitivo en estas materias?

B

BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, NICOLÁS. *Historia de la Filosofía*. V. 3. Montaner y Simón, Barcelona, 1978.

APONTE CARDONA, ALEJANDRO DAVID. *Principio de Oportunidad y Política Criminal. De la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2009.

B

- ARMENTA DEU, TERESA. *Principio acusatorio y Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1995.
- BAZZANI MONTOYA, DARÍO. *La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad*. En: *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"-Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá.
- BELING, ERNST. *Derecho Procesal Penal*. Labor, Madrid, 1943.
- BENDA, ERNESTO. *Dignidad humana y derechos de la personalidad*. En: *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME Y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El proceso penal* T. I. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- BENTHAM, JEREMÍAS. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. V. I. EJEA, Buenos Aires, 1971.
- BINDER, ALBERTO. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.
- . *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- BACHOF, OTTO. *Jueces y Constitución*. Civitas, Madrid, 1987.
- BOBBIO, NORBERTO. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Debate, Madrid, 1990.

B

- BOTERO C., Martín Eduardo. *El Sistema Procesal Penal Acusatorio*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008.
- BULYGIN, EUGENIO. *El positivismo jurídico*. Fontamara, México, 2006.
- CALVO GARCÍA, MANUEL. *Transformaciones del Estado y del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Derecho Procesal Civil y Penal*. EJE, Buenos Aires, 1971.
- . *Lecciones sobre el Proceso Penal*. El Foro, Buenos Aires, 1999.
- CALSAMIGLIA, ALBERT. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Fontamara, México, 2003.
- CARMIGNANI, GIOVANNI. *Elementos de derecho criminal*. Temis, Bogotá, 1979.
- COMANDUCCI, PAOLO. *Constitución y Teoría del Derecho*. Fontamara, México, 2007.
- CORDERO, FRANCO. *Procedimiento Penal*. T. I. Temis, Bogotá, 2000.
- COUTURE, EDUARDO J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. De Palma, Buenos Aires, 1978.
- CHIESA APONTE, ERNESTO LUIS. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. V. II. Forum, Bogotá, 1992.
- DEL ACEBO IBÁÑEZ, ENRIQUE Y BRIE, ROBERTO J. *Diccionario de Sociología*. Claridad, Buenos Aires, 2006.

B

- DIEGO DíEZ, LUIS ALFREDO. *Justicia Criminal Consensuada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ESCRICHE, JOAQUÍN. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Librería de Rosa Bouret, París. 1852.
- ESER, ALBIN. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. IDEMSA, Lima, 1998.
- . *Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia la reprivatización del proceso penal?* En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- ESPARZA LEIBAR, IÑAKI. *El Principio del Proceso Debido*. Bosch, Barcelona, 1995.
- FARALLI, CARLA. *La filosofía del derecho contemporánea. Los temas y desafíos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid. 1995.
- FLETCHER, GEORGE P. *Conceptos básicos de Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FLORIÁN, VÍCTOR. *Diccionario de Filosofía*. Panamericana, Bogotá, 2006.
- FRANK, JEROME. *Derecho e Incertidumbre*. Fontamara, México, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid. 1999.

B

- GARCÍA MARZÁ, DOMINGO. *Ética de la Justicia*. Tecnós, Madrid, 1992.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.
- GIMENO SENDRA, VICENTE, MORENO CATENA, VÍCTOR Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996.
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *Constitución y proceso penal*. Tecnós, Madrid, 1996.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.
- . *El principio de antijuridicidad material*. Giro, Bogotá, 2007.
- GUASP DELGADO, JAIME. *La pretensión procesal*. Civitas, Madrid, 1985.
- GUASTINI, RICARDO. *La ilegitimidad constitucional en el ordenamiento jurídico italiano*. En: *Análisis y derecho* (comp.) COMANDUCCI, Paolo. Fontamara México, 2004.
- GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN. *El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*. En: *Estudios Penales 2*. Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación. Bogotá, 2004.
- . *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.
- IVANEGA, MIRIAM MABEL. *Principios de la Administración Pública*. Ábaco, Buenos Aires. 2005.

B

- JESCHECK, HANS HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, 2002.
- JUNG, HEIKE. *El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos fácticos*. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- KLUG, OLIVER K. F. *Sobre el proceso penal como proceso de partes*. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- KURI BREÑA, DANIEL. *Hombre y Política*. Jus, México, 1942.
- LANGER, MÁXIMO. *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. En: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. HENDLER, Edmundo (comp.). Del Puerto, Buenos Aires, 2001., p. 253.
- LA TORRE, MASSIMO. *Sobre la relevancia de la Teoría del derecho para la práctica jurídica*. En: *Análisis y derecho* (comp.) COMANDUCCI, Paolo. Fontamara, México.
- LOCKE, JOHN. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Orbis, Madrid, 1985.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- MAIER, JULIO B. J. *Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos*. Del Puerto, Buenos Aires, 2002.

B

- MEDINA LÓPEZ, DIEGO. *El proceso penal entre la eficiencia y la justicia: la aplicación de técnicas de dirección judicial del proceso al Sistema Acusatorio Penal*. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2006.
- MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Reus, Madrid, 1979.
- MONTERO AROCA, JUAN. *Proceso civil y penal y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Legis, Bogotá, 2006.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, DAVID. *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática*. Thompson-Aranzadi, Navarra, 2004.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL Y TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL. *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Thompson-Aranzadi, Valencia, 2005.
- OSORIO ISAZA, LUIS CAMILO Y MORALES MARÍN, GUSTAVO. *Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y actas*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.
- PEÑA AYAZO, JAIRO IVÁN. *Lógica y razonamiento jurídico En: Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Universidad Externado de Colombia-Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 1996.
- PÉREZ, FRANCISCO DE PAULA. *Derecho Constitucional Colombiano*. Lerner, Bogotá, 1962. 178.
- PICÓ I JUNOY, JOAN. *Las garantías constitucionales del proceso*. Bosch, Barcelona, 1997.

B

- POUND, ROSCOE. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Comares, Granada, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Aranzadi, Navarra, 2000.
- RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO. *El proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.
- RAWLS, JOHN. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*. Paidós, Buenos Aires, 2001.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, 1970.
- REALE, GIOVANNI Y ANTISERI, DARÍO. *Historia del pensamiento filosófico y científico*. T. II. Herder, Barcelona, 2001.
- REALE, MIGUEL. *Filosofía del Derecho*. Introducción filosófica general. Pirámide, Madrid, 1979.
- RESUMIL DE SANFILIPO, OLGA ELENA. *Derecho Procesal Penal*. T. 2. Equity Publishing Corporation, Oxford, 1993.
- ROXIN, CLAUS. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1972.
- . *Problemas básicos del Derecho Penal*. Reus, Madrid, 1976.
- . *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Reus, Madrid, 1981.
- . *Política Criminal y Estructura del Delito*. Elementos del delito en base a la Política Criminal. PPU, Barcelona, 1992.
- . *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

B

- . *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- . *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*. Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2004.
- RUNES, DAGOBERT. *Diccionario de Filosofía*. Grijalbo, Caracas, 1994.
- SAMPER, JOSÉ MARÍA. *Derecho Público Interno de Colombia*. Comentario Científico de la Constitución de 1886. Tomo II. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1951.
- SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIVO MANUEL. *La Constitucionalización del proceso Penal y la Justicia de Oportunidad*. Instituto de Estudios del Ministerio Público- Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2007.
- SCHONE, WOLFGANG. *Acerca del Orden Jurídico Penal*. Juricentro, San José de Costa Rica, 1992.
- SCHÜNEMANN, BERNARD. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Tecnós, Madrid, 2002.
- . *La reforma del proceso penal*. Dickinson, Madrid, 2005.
- SCHWARTZ, BERNARD. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Civitas, Madrid, 1990.
- SPATARO, ARMANDO. *Informe Italia*. En: *Sistemas de Proceso Penal en Europa* (coord.) MACIÁ GÓMEZ, Ramón. CEDECS, Barcelona, 1998
- STRAYER, JOSEPH. *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*. Ariel, Barcelona, 1986.

B

WILLIAMS, JORGE N. *Interpretación de las leyes en el derecho norte-americano*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

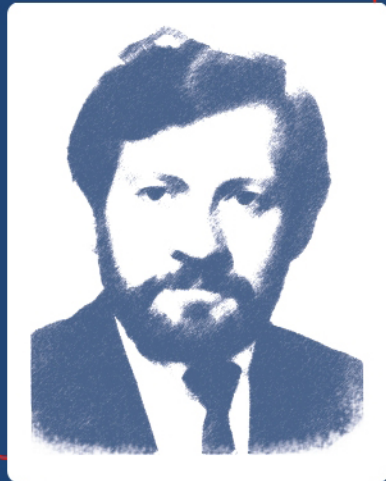
WRÓBLEWSKI, JERZY. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas, Madrid. 2001.

Septiembre de 2010

Homenaje a los Magistrados y Magistradas Inmolados en el Holocausto del Palacio de Justicia 1985 – 2010

Ricardo Medina Moyano

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985



Nació en Bogotá el 14 de marzo de 1930 en el hogar de don Jorge Medina López y doña Beatriz Moyano Rey. Casado con Gladys María Rodríguez, con quien tuvo cuatro hijos. Realizó su educación primaria en el Instituto de la Salle Villavicencio; su educación secundaria en el Colegio Salesiano Maldonado de Tunja, y los estudios profesionales en la Universidad del Cauca (Popayán), donde se graduó de abogado en 1953.

Se licenció en la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP (1962 – 1963). Se especializó en Derecho Internacional en la Academia de Derecho Internacional de la Haya (1969). Cursó estudios en la Universidad de los Andes. También realizó estudios de Derecho Constitucional en la Academia Colombiana de Jurisprudencia en Bogotá en el año de 1964. Se especializó en Derecho Canónico y en Derecho Penal, en la Pontificia Universidad Javeriana (1959 – 1961).

Cursó estudios en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Nacional (1955 -1956). Otra de las especializaciones fue en Casación Civil y Penal, cursadas en el Colegio Mayor del Rosario (1958 – 1959); igualmente adelantó estudios de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana, en 1957.

A partir de 1955 ocupó, entre otros, los siguientes cargos: juez cuarto penal municipal, juez quinto penal municipal, juez primero penal del circuito de Facatativá, juez tercero penal del circuito de Bogotá, juez cuarto superior de Bogotá, juez décimo superior de Bogotá, fiscal del juzgado quinto Superior de Bogotá (1960 – 1962), magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

Fue profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Penal General en las Universidades Nacional, Externado de Colombia, Gran Colombia y Andes. Fue coautor del código penal tipo para América Latina. Dirigió el Diario Jurídico (1953 – 1973). Fue condecorado con la orden Camilo Torres, en 1977, al cumplir 15 años como profesor de la Universidad Nacional. Al morir en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia, se desempeñaba como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Preacuerdos y Negociaciones de Culpabilidad