

**LÍMITES AL PODER DISPOSITIVO Y CONTROL
JUDICIAL A LOS PREACUERDOS EN APLICACIÓN DEL
ESTANDAR DE PRUEBA PARA CONDENAR**

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en
Derecho Procesal Contemporáneo.**

Directora: Dra. MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA

**Universidad de Medellín
Facultad de Derecho
Medellín, Colombia
2016**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1.	Planteamiento del Problema.	7
	1.1. Formulación del problema.	11
2.	Marco Teórico	12
	2.1. Definición y Características de los Preacuerdos y Negociaciones	14
	2.1.2 ¿Son diferentes los términos “Acuerdos”, “Preacuerdos” y “Negociaciones”?.	14
	2.1.3. Naturaleza Jurídica de la terminación consensual anticipada	16
	2.2. ORIGEN DE LOS PREACUERDO	25
	2.2.1. Antecedentes	25
	2.2.2. El Plea bargaining.	28
	2.2.2.1. Definición	29
	2.2.2.2 El Plea Bargaining en el contexto del Common Law	32
	que se desarrolló en Estados Unidos.	
	2.2.3. Principios del sistema procesal penal norteamericano.	36
	2.2.4. Conclusiones sobre la Justicia Penal Negociada en el modelo	41
	original.	
	2.3. Los Mecanismos Premiales en el Derecho Comparado.	48
	2.3.1. El caso alemán.	49
	2.3.2. El caso peruano	55
	2.3.2.1. La Terminación anticipada en el modelo de justicia	55
	negociada en Perú	
	2.3.2.2. Concepto	56
	2.3.2.3. Características y naturaleza jurídica del proceso de	56
	terminación anticipada peruano.	
	2.3.3. Principios que son inherentes al proceso especial de	57
	terminación anticipada.	
	2.3.3.1. Principio de oportunidad	57
	2.3.3.2. Principio de legalidad	58
	2.3.3.3. Presunción de Inocencia	58
	2.3.3.4. Principio de Defensa	58

2.3.4.	El contenido de la sentencia en proceso de terminación anticipada	58
2.3.5.	Semejanzas y diferencias entre los modelos colombiano y peruano	60
2.3.6.	El caso chileno	61
2.4.	Antecedentes en Colombia de los mecanismos consensuales.	64
2.5.	Consagración de los preacuerdos en la Ley 906 de 2004.	67
2.5.1.	Memorias de las actas de la comisión redactora	67
2.5.2.	La exposición de motivos en la presentación del Proyecto de Ley	70
2.5.3.	El conjunto de normas actualmente vigentes	70
2.5.4.	Las directrices de la Fiscalía General de la Nación	72
2.5.5.	Límites según pautas jurisprudenciales trazadas en control de constitucionalidad a las normas sobre preacuerdos.	74
2.5.5.1.	La Corte Constitucional.	74
2.5.5.2.	La Corte Suprema de Justicia	76
2.5.4.3.	Los Tribunales	111
2.5.4.3.1.	El Tribunal Superior de Bogotá.	111
2.5.4.3.2.	Tribunal Superior de Medellín.	112
2.5.4.3.3.	Tribunal de Pereira	115
2.6.	Inserción De Los Mecanismos De Negociación En Materia Penal Del Contexto Colombiano.	116
2.6.1	Las modificaciones propuestas en proyecto de ley actualmente en trámite.	119
2.6.1.1.	La exposición de motivos	119
2.6.1.2.	Principales modificaciones	120
2.6.1.3.	Las normas intervenidas en el proyecto.	123
2.6.1.4.	Hacia la articulación de una propuesta para imponer límites claros al poder dispositivo sin afectar la eficacia de las negociaciones	125
2.6.1.5.	El estado del arte frente a las aporías en el tratamiento de la figura de los preacuerdos.	131

2.7. Análisis Sobre El Estándar Probatorio Fijado Para La Sentencia	138
Por Preacuerdo	
2.7.1. Estándar De Prueba Y Verdad	139
2.7.1.1. La verdad como fin del proceso	139
2.7.1.2. ¿Hay diferentes modelos de verdad según sea el modelo de proceso penal?	143
2.7.1.3. ¿Cuál es la verdad declarada en la sentencia por negociación?	143
2.7.1.4. Estándares probatorios en el proceso penal colombiano	144
2.8. El Concepto de Debido Proceso en el Contexto en el que se inserta la justicia penal negocial.	146
2.8.1 ¿Qué es, en términos generales el axioma del Debido Proceso?	146
2.8.2. Límites a la restricción de derechos en el proceso especial por terminación anticipada por consenso	155
2.8.2.1. La presunción de inocencia	156
2.8.2.2. El principio de publicidad.	157
2.8.2.2.1. En adelantamiento de conversaciones con fines de preacuerdo.	157
2.8.2.2.2. En la audiencia de control de legalidad del consenso y en el fallo subsecuente.	158
2.8.2.3. El principio de motivación de las decisiones.	159
2.8.2.4. Los derechos de contradicción e impugnación	159
2.8.3. Las normas rectoras en el procedimiento penal colombiano	161
2.8.4. ¿Las formas de terminación anticipada por consenso- los preacuerdos- son inconstitucionales?	161
2.8.5. El Debido Proceso aplicado a los preacuerdos	169
2.8.6. ¿Cabe construir un sistema consensual de justicia penal con límites que permitan rotularlo como “Debido Proceso”?	173
2.9 Límites al poder dispositivo y control judicial a los preacuerdos en aplicación del estándar de prueba para condenar	177
2.9.1. Para el Fiscal	177

2.9.2 Para el Juez	178
3. OBJETIVOS	179
3.1. Objetivo general	179
3.2. Objetivos específicos	179
4. PROPÓSITO	179
5. HIPÓTESIS	180
6. METODOLOGÍA	182
6.1. Población y Muestra	182
7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	185
7.1. Explicación previa	185
7.2. Conclusiones de las encuestas	185
7.3. Conclusiones de las entrevistas.	190
8. RESULTADOS	192
8.1. ¿Es posible concretar un estándar probatorio para las sentencias por preacuerdo en Colombia?	192
8.2. La indeterminación sobre el requisito de prueba mínima abona la confusión sobre el alcance de los preacuerdos en Colombia.	198
9. Conclusiones y Recomendaciones	207
9.1. Conclusiones	207
9.2. Recomendaciones	215
10. Referencias Bibliográficas	218
11. Referencias Jurisprudenciales	221
12. Lista de Anexos	224

Nota de aceptación

Jurado

Jurado

CONTENIDO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Dos modelos antagónicos rigen el derecho procesal penal en las sociedades industrializadas del mundo occidental: El angloamericano y el continental europeo. Este último ha sido el modelo en el que se ha reflejado la tradición jurídica de los países latinoamericanos, y en particular de Colombia, a través de dos centurias de vida republicana, caracterizado por una fuerte presencia del principio de legalidad y por la figura de “*un juez que históricamente tuvo encomendada la tarea de buscar la llamada verdad material*”¹, para lo cual se le dotaba de facultades oficiosas.

Con la implantación en Colombia, a través de la Ley 906 de 2004, del Sistema Penal Acusatorio, se calcó un modelo adversarial, en el cual dos partes “*con igualdad de armas*”- acusador y acusado- se trenzan en una contienda que es arbitrada por un tercero neutral e imparcial: El Juez.

El nuevo modelo exige aclimatar en Colombia figuras propias de la tradición jurídica angloamericana, aplicadas al procedimiento penal, que representa una versión del sistema del *Common Law*, inspirada en concepciones iusfilosóficas pragmáticas y utilitaristas, forzando una difícil cohabitación con un sistema altamente formal, en el que la veracidad no puede ser sacrificada en aras de la celeridad y eficacia; pues como el mismo código procesal penal lo pregona al establecer el “*Principio de Imparcialidad*” en el artículo 5º, “*En el ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia*”.

Las tensiones resultantes de este eclecticismo, se tornan más dramáticas en lo que respecta a la recepción de mecanismos de abreviación del proceso, llamados también

1 SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio., Traducción publicada en Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992, pp. 49-58.

instrumentos de justicia “*pretrial*”, como filtro de contención para que sean mínimos los procesos ordinarios tramitados hasta su culminación en juicios públicos y orales, pues de entrada genera pugnas entre fines utilitarios de celeridad y economía procesal con finalidades de verdad y de justicia, y por derecha, con garantías propias de un debido proceso.

La reedición que en Colombia ha tenido la figura del *Plea Bargaining* del derecho norteamericano, rotulada aquí como “*preacuerdos*” o “*negociaciones preacordadas*”, se inscribe en una tendencia generalizada (diríamos que planetaria) que ha permeado hasta la más rancia tradición del sistema continental europeo, generando en los procedimientos penales lo que SCHÜNEMANN califica como “*una profunda crisis existencial*”², y que no por tremendismo tendríamos que decir, dadas las particularidades del caso colombiano, por lo lejos que se ha llegado en cuanto a los alcances del principio dispositivo, que tal crisis se da en estertores dramáticos y con mucha más virulencia.

El modelo original de estas formas de justicia consensuada ofrece un amplio margen de discrecionalidad al Fiscal, quien no se encuentra limitado por el principio de legalidad en la persecución penal; y por ende tiene amplias facultades de disposición de la pretensión punitiva del Estado a la hora de negociar la pena con el procesado, situación que necesariamente está matizada en el modelo colombiano por la cohabitación con el principio de legalidad.

En nuestro país, como tributario de los modelos continentales europeos, tal recepción se ofrece de entrada conflictiva, y las tendencias que la práctica judicial han ido labrando en una década que ha corrido desde su vigencia, ofrecen un panorama que en lugar de pulir aristas ha complicado las cosas, pues sin mayores reflexiones respecto a un trámite de abreviación, que con todo tienen que reclamarse como “debido proceso”, poco se ha indagado por los principios que deben regirlo, obteniendo como resultado de ese ejercicio irreflexivo una jurisprudencia que erige como el *súmmum* de todo principio el de celeridad, dejando a un lado fines que son tan caros al axioma del “debido proceso” como son los de verdad y de justicia.

En un contexto republicano ceñido al imperio de la legalidad, la cohabitación sincrética con fines utilitaristas y pragmáticos de lograr con celeridad una solución al

2 IDEM, pg. 290.

menor costo, genera dificultades en la práctica judicial, signada ahora por inconsistencias desde el mismo diseño legislativo de la figura de los preacuerdos en la Ley 906 de 2004, sobre todo en relación con las exigencias de orden probatorio para sustentar un fallo de condena por esta vía abreviada.

Estas tensiones se reflejan en las potestades del Juez que controla el preacuerdo y está obligado a fallar sobre lo convenido, salvo que advierta violación a garantías fundamentales, por lo que el autor de este informe final de proyecto de investigación para optar al título de *Magister en Derecho Procesal*, se empeñará en auscultar en las potestades del juez de conocimiento, es decir, cuáles son sus potestades y los límites en el control de legalidad que le corresponde al homologar los preacuerdos y a la hora de emitir la correspondiente sentencia.

La percepción que desde la práctica judicial tiene el autor de este trabajo es que el esnobismo frente a una figura extrapolada desde Norteamérica ha llevado a una pérdida sin precedentes de la representatividad y la confianza de la que debe ser depositario el Juez. Y un análisis comparado nos precisa a verificar si la incorporación del mecanismo a nuestro sistema procesal, ha llevado a malos entendidos respecto a la dimensión que se tiene de la figura, de cara a las potestades de los jueces y los Fiscales, incluso en la fuente primigenia del modelo angloamericano, donde los jueces tienen un amplio poder incluso en el marco de la justicia negocial.

Indagó el autor de este trabajo sobre el estándar probatorio fijado para sentenciar en sede de un proceso abreviado por vía de preacuerdo, comparando el alto nivel exigido como fruto de un debido proceso ordinario, para reflexionar sobre la exigencia de “*un mínimo de prueba*”, que fija nuestra ley procesal penal, en el artículo 327 – Ley 906 de 2004- para inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, y si se trata de un estándar probatorio “débil”, en pugna con la exigencia genérica e indiscriminada para todo rito que se precie de catalogarse “debido proceso”, de obtener el juez un convencimiento más allá de toda duda e efectos de proferir válidamente sentencia condenatoria (artículo 7° C.P.P.).

Auscultó este trabajo acerca de los fines de verdad del proceso judicial en materia penal, y si esa verdad puede ser más o menos consensuada por las partes, de tal

suerte que el Juez tenga que estar atado a ella, y el fallo esté cimentado en lo acordado mas no necesariamente en lo probado, o siquiera en lo que razonablemente se ofrezca como probable.

La excesiva libertad que se ha dado al Fiscal, bajo la consideración de que ahora prevalece más el principio dispositivo y que los Jueces han perdido sus poderes tradicionales para trasladárselos a los Fiscales como “*dueños de la pretensión*”, a más de que entraña una paradoja, cual es la de que la Fiscalía ha sido desprovista de facultades jurisdiccionales, que indirectamente se le restituyen por vía de una amplia disponibilidad a la hora de negociar la forma de tipificación de una conducta y sus consecuencias, constituye también una amenaza a la seguridad jurídica y se convierte en fuente de abusos por el mal uso que se viene dando a estas instituciones.

Para cumplir tal objeto, en el primer capítulo se abordó los antecedentes de los preacuerdos y negociaciones desde una perspectiva global y local, para determinar cómo fue el manejo de esta institución hasta la expedición del Código de Procedimiento Penal en 2004 que dio inicio a la implementación de la oralidad en Colombia. Un segundo capítulo se encargó de definir la institución de los preacuerdos y negociaciones, haciendo una descripción general de la institución, teniendo en cuenta, por un lado, sus características principales, clases de preacuerdos, naturaleza jurídica y los requisitos para el control judicial. Un tercer capítulo abordó el concepto de víctima, los derechos que le conciernen en razón a la importancia que el preacuerdo debe otorgarle a su observación.

El cuarto capítulo analizó el manejo de los preacuerdos y negociaciones en Colombia desde la Oralidad. Se dio inicio con una breve introducción sobre los principios y características del sistema oral; paso seguido se abordó el Código de Procedimiento Penal, desarrollando así una exposición de la institución de los preacuerdos y negociaciones desde ésta ley como fundamento principal de la oralidad en Colombia.

1.1. Formulación del problema.

¿Cuáles son los límites al poder dispositivo y control judicial a los preacuerdos en aplicación del estándar de prueba para condenar?

Para la ejecución de este proyecto de investigación se partió de conceptos recogidos en los módulos que destacados procesalistas foráneos y locales impartieron en los programas de Especialización y **Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín**, sobre estándares probatorios, es decir, indagar primero qué es un estándar probatorio y cuál debe ser un estándar de prueba aceptable, fiable y objetivo para condenar; y de ahí, pasar a discernir sobre los límites que dicho estándar impone a jueces y fiscales a efecto de llevar, unos, a cabo preacuerdos, y otros, a ejercer el correspondiente control de legalidad y proceder a emitir sentencia.

Se inició con ensayar una sencilla definición sobre lo que es un *estándar probatorio para condenar*, entendiéndolo como *el umbral a partir del cual se acepta una afirmación de hecho como verdadera o más cercana a la verdad*.

El problema jurídico que se me plantea a partir de esta definición, es si cabe hallar alguna coherencia entre la exigencia genérica en la enunciación como principio esencial de la presunción de inocencia e in dubio pro reo, que *“Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”* (artículo 7° C.P.P.), con la exigencia específica que para condenar por vía de preacuerdos prevé el mismo estatuto, consistente en *“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”* (artículo 327 inciso tercero C.P.P.)

Tal abordaje me llevará a indagar sobre cuáles son los límites al poder dispositivo que se les defiere a los fiscales en un esquema procesal de partes para celebrar preacuerdos; y cuáles los límites y alcances del control judicial que les concierne a los jueces a la hora de aprobarlos o improbarlos.

2. MARCO TEÓRICO

La separación de las funciones de acusar y juzgar, atribuida la primera a la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal, y la segunda a los jueces bajo un férreo principio de imparcialidad, que rige el modelo acusatorio implantado en Colombia a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, ha significado un cambio de paradigmas en el modo de administrar justicia en Colombia y plantea una redefinición de roles que la jurisprudencia está precisada a aclarar.

Como quiera que en ese reacomodo de los actores del proceso a un sistema signado por un principio dispositivo amplio, que como el término lo indica otorga disponibilidad a las partes, asimilando criterios *iuscivilistas* sobre desistimiento o la transacción, correspondiendo a esta última disyuntiva el mecanismo de los preacuerdos, su utilización exige tener muy delimitadas las potestades del Fiscal y del Juez, frente a las tensiones que se crean entre tal disponibilidad y el principio de legalidad.

Se hace imperioso reflexionar sobre el acierto o error que subyace a la idea de reducir categorías de derecho procesal penal a categorías *iusprivativas*, al punto de considerar que en tratándose de un negocio jurídico el Juez que controle la legalidad de un preacuerdo y falle conforme a él no puede inmiscuirse sino *in extremis*.

La abreviación de los procesos penales, mediante la utilización del mecanismo de los preacuerdos, tiene una importancia de primer orden para el Sistema Penal Acusatorio, porque amén de su substrato de pragmatismo, traducido en celeridad y eficacia (eficientísimo punitivo), exige revisar su relación con el mismo (si es propio del modelo acusatorio o del inquisitivo), frente al modelo adoptado en Colombia, escudriñando en sus orígenes, las finalidades y la filosofía que lo inspira.

Evidentemente los preacuerdos buscan atajar la avalancha de juicios que son un reto de la criminalidad en el mundo contemporáneo, la cual pone en jaque la eficacia y legitimidad de los sistema de justicia penal, su clara estirpe utilitaria y pragmática, los lleva a constituirse en panacea que imprime celeridad y eficacia, economiza recursos y descongestiona la Administración de Justicia, tanto a jueces como a Fiscales, sirviendo de

remedio a la incapacidad estatal para absorber las altas tasas de criminalidad en que se revierte la conflictividad social que arroja el capitalismo.

Tales propósitos conllevan una flexibilización de los principios de legalidad y de obligatoriedad en la persecución penal, tan propios de los modelos tradicionales de justicia y particularmente de los sistemas penales corte inquisitorial, que no permitían la adopción de instituciones propicias a la solución anticipada de los conflictos penales por la vía del ofrecimiento de beneficios a cambio de la aceptación de culpabilidad del reo.

La propensión que hoy muestra la práctica judicial a ofrecer los preacuerdos como un atajo por el cual debemos saltar (las expectativas de evacuar el 80% o el 90% de los procesos por esta vía) es una negación del flamante proceso penal acusatorio para que quede reservado a una utilización excepcional, exclusiva, exquisita y residual (una especie de *“huida al no proceso”*), lo cual plantea serios interrogantes respecto a las exigencias del Debido Proceso, a la discusión epistemológica sobre los fines de verdad y de justicia, y respecto a la redefinición de los roles del Juez y del Fiscal.

La presente informe final de proyecto de investigación pretende contribuir a la discusión, y acaso en medio de la perplejidad que nos agobia hoy, dar luces respecto a los problemas que plantea la utilización del llamado modelo de *“justicia premial”*, que tiene a los preacuerdos como su principal mecanismo.

La negociación entre el procesado y la Fiscalía sobre el delito y sus consecuencias significa renuncias y concesiones de parte y parte, como resulta de la esencia de toda negociación; pero es preciso parar mientes en los límites de tales concesiones y renuncias, porque, de un lado, la Fiscalía no puede declinar una adecuada persecución penal, que implica el respeto a los principios en los que ella se enmarca y el logro de las finalidades que le son inmanentes; de otro lado, porque el acusado, a cambio de ciertos beneficios en la forma de tipificación de la conducta y en la pena resultante no puede renunciar incondicionalmente a toda garantía, solo a las limitaciones que la naturaleza de dicho mecanismo impone; y finalmente, porque la figura del Juez no puede estar empeñada a finalidades pragmáticas a ultranza, ya que su sometimiento al imperio de la ley, y su compromiso con la verdad y la justicia, le exigen un rol que no puede ser de una pasiva complacencia y como mero estampillador de decisiones concertadas.

2.1. Definición y Características de los Preacuerdos y Negociaciones

Atendiendo a un estudio semántico, la Real Academia Española define preacuerdo como un *“acuerdo previo entre varias partes que precisa ser ultimado o ratificado”* y *negociación como aquellos “tratos dirigidos a la conclusión de un convenio o pacto”*. A partir de estos conceptos se puede decir que, de forma general, los preacuerdos y negociaciones son tratos entre las partes para configurar un acuerdo previo a un suceso el cual debe ser ratificado por la persona idónea para tal fin; aquí se encuentran los elementos fundamentales de los preacuerdos y negociaciones como son: los tratos o diálogos entre las partes, el acuerdo o convención previa, y su homologación.

2.1.2 ¿Son diferentes los términos “Acuerdos”, “Preacuerdos” y “Negociaciones”?

La institución de los preacuerdos constituye un proceso especial que simplifica y abrevia el curso de la actuación procesal, y está signado por el consenso para concluir anticipadamente con una declaración de responsabilidad que determina unas consecuencias sancionadoras diferentes, en contraprestación por la renuncia a contender en juicio y por ende a las garantías de las cuales está adosado.

Desde el punto de vista gramatical, en el Código Procesal Penal Colombiano- Ley 906 de 2004, el título II, Libro III del Código Procesal Penal alude a *“Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”*, lo cual a primera vista da a entender que se trata de dos especies distintas, esto es, que hay *preacuerdos* y también hay *negociaciones*, tal como lo sugiere el empleo de la disyuntiva “y” para conectar ambos términos.

Los preacuerdos pueden definirse como *“actos que se producen como consecuencia de una negociación informal que se realiza entre el Fiscal y el imputado o acusado y su*

defensor”³, evidenciándose que habrá primero unos diálogos que surgen como negociación informal en los cuales habrá propuestas y contrapropuestas, y perfeccionados éstos se darán los acuerdos generados entre las partes que son en este caso el fiscal y el imputado o acusado con la asesoría de su defensor.

En tal sentido, parece lo más correcto no confundir como análogos los términos “*acuerdo*”, (artículo 10° C.P.P.: “*El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales*”), “*preacuerdo*” y “*negociación*” (epígrafe del Título II: “*Precuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado*”), pues semánticamente el empleo del prefijo “pre”, como igualmente puede sugerir los actos que preceden un acuerdo, también puede dar a entender lo que se da previa o anteladamente a otra actuación, como sería en el trámite ordinario un pronunciamiento como culmen de un juicio oral.

La Defensoría del Pueblo conceptuó que ningún error entraña el hecho de que el legislador optara por la locución “*preacuerdos*”, en vez de “*acuerdos*” (USAID, 2007), por cuanto hace referencia al momento en que se realiza, es decir, en forma previa al juicio oral; por tal razón, el que tenga que ser aceptado por el juez de conocimiento, para darle fuerza vinculante.

A nuestro modo de ver hubo un inadecuado manejo de la técnica legislativa, y tales imprecisiones no resultan inocuas o superfluas, sino que suman a la regulación inapropiada de la figura de terminación anticipada del proceso por negociación. Tanto es así, que en proyecto de reforma, presentado conjuntamente por el Fiscal General de la Nación y por el Ministro de Justicia, el cual hace tránsito en el Congreso de la República, busca ser más exacto en las definiciones, diferenciando tres momentos de la justicia negociada: 1.) Una *Negociación*, consistente en los acercamientos del investigado, de la mano de su defensor con la Fiscalía; 2.) Un *Preacuerdo*, contentivo del conjunto de condiciones pactadas; y, 3.) Un *Acuerdo*, como pacto ya homologado por el Juez. Estima el autor de este trabajo que esa precisión en el lenguaje, aunque oportuna, no resulta suficiente, puesto que las refacciones propuestas no atacan el problema de fondo que se ha

3 Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, auto de segunda instancia, radicado 2011-04110, del 31 de agosto de 2012, MP. Jairo José Agudelo Parra.

traducido en inseguridad jurídica por no fijar límites claros sobre lo que a la Fiscalía le es dable negociar⁴

2.1.3. Naturaleza Jurídica de la terminación consensual anticipada.

El proceso ordinario concebido en sus fases de investigación y juzgamiento hasta su culmen en la audiencia de juicio oral, el pronunciamiento de un sentido de fallo y la emisión de la correspondiente sentencia puede truncarse anticipadamente en aplicación de figuras como la preclusión, el principio de oportunidad o la terminación anticipada por allanamiento a cargos o negociación preacordada.

El autor de este trabajo presta atención a la terminación anticipada por acuerdo (negociación) o conformidad (allanamiento a cargos), como expresión de lo que se ha dado en llamar “*Justicia premial*”, o “*justicia negocial*”, si bien entre uno y otro término hallamos una relación de género a especie, pues entendemos que la primera abarca ambas formas de culminación del proceso, trátase de la voluntad unilateral del procesado o de acuerdo de la Fiscalía con éste, en tanto que la segunda está referida a la convención o acuerdo como expresión de voluntad de dos partes.

El allanamiento a cargos es la conformidad del procesado frente a la pretensión del órgano de persecución penal (en Colombia a cargo de la Fiscalía General de la Nación a través de sus Fiscales Delegados) frente a los cargos arrostrados en la imputación, si se realiza en la fase investigativa, o en los que fueren deducidos al formular acusación, si se efectúa en desarrollo del juicio, en cada caso en las oportunidades precisas que la ley procesal consagra en los artículos 288 (una vez surtida la imputación), 356, numeral 5° (en la audiencia preparatoria), y 367, incisos 1° y 2° (al despuntar la audiencia de juicio oral), con efectos de rebajas diferentes según el momento, y según las circunstancias en que haya operado la captura (artículo 301, parágrafo, modificado por el artículo 14 de la Ley 1453 de 2011).

⁴ Proyecto de Ley 224 de 2015, Cámara, radicado en abril 16 de 2015, que actualmente hace tránsito en segundo debate.

La negociación o preacuerdo, está consagrada en el Capítulo único del Título II del mismo compendio procesal (Ley 906 de 2004), es un convenio que conlleva la supresión de una parte del proceso, para que a cambio de obtener una rebaja de la sanción, el procesado acepta los cargos que la Fiscalía le dedujo en la imputación (si éste se produce en la fase investigativa) o al formularle acusación (si se lleva a cabo en desarrollo del juicio), obviando la prosecución del proceso hasta el juicio, y autorizando la culminación anticipada mediante la emisión de sentencia condenatoria.

Se discute si la terminación anticipada por allanamiento a cargos o por preacuerdo es una forma anormal de culminación del proceso, y por lo tanto una disyuntiva que se ofrece dentro del mismo, o si se trata de un proceso especial que simplifica las formas, dándole un alcance diferente a los principios que se aglutinan en torno al axioma del “debido proceso”.

La terminación anticipada por consenso (allanamiento a cargos o negociación), si bien se gesta en desarrollo del proceso ordinario, se autonomiza del mismo, tornándose en un proceso especial alternativo que no funciona como apéndice o mero accidente del proceso ordinario; sin embargo tal alternatividad como voluntad expresada de parte, bien como acto unilateral (el allanamiento a cargos), ora como acto bilateral por la confluencia de las voluntades del acusador y el acusado (la negociación o preacuerdo), no es en su inspiración ni en la práctica una opción supletoria, sino que ha llegado a constituirse en eje gravitacional sobre el cual descansa la salud y fortaleza del proceso ordinario, en la medida en que sirve de filtro para que en primer lugar se ofrezca como opción, que en caso de fracasar o no utilizarse, ahí sí se brinden las opciones del proceso ordinario, con su acendrado formalismo y la amplia oferta de derechos y principios a garantizar.

En búsqueda del fundamento constitucional de estos mecanismos, cabe indagar si son procesos en sí mismos, y por lo tanto cuál es el alcance o la dimensión de éstos en punto a garantizar el axioma del “debido proceso”; pues pareciera a la luz de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Política, que la abreviación del proceso en principio no garantiza la “*observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”.

En efecto, *las formas propias del juicio* aparentemente parecen aludir a un proceso ordinario bajo un esquema formalista tradicional, en el que bajo el principio de obligatoriedad existe una investigación, la presentación de unos cargos, el ejercicio de

contradicción en un juicio oral y público y el pronunciamiento de una sentencia que tras ofrecer la posibilidad de impugnación o agotarla ha quedado en firme; noción que en principio parece ser incompatible con cualquier abreviación del proceso sin la realización de un juicio y la garantía del contradictorio.

Sin embargo, en el contexto constitucional actual de una Carta Política como la de 1991, que proclama un Estado Social de Derecho, lo material se impone sobre lo formal, dando cabida a un nuevo derecho, que da cabida a equivalentes jurisdiccionales y rediseña la arquitectura tradicional del proceso, tornando constitucionalmente viables y admisibles los procedimientos abreviados, como los preacuerdos y el allanamiento a cargos.

El experto colombiano DARÍO BAZZANI MONTOYA prefiere utilizar el término “*procedimiento*”, sobre la base de que solo cabe hablar de “*proceso*” cuando en el conjunto de fases dirigidas a formar el acto (conformado por uno o varios procedimientos) se realiza el contradictorio, como única mecánica posible de solución del conflicto de intereses⁵.

Sin embargo, el mismo autor concluye que no se puede concebir procedimiento abreviado que no garantice el cumplimiento de las garantías propias del proceso, así que la abreviación que se da por consenso solo es válida desde el punto de vista de las garantías, si posibilita la realización de una audiencia, así sea de manera anticipada, para que el consenso no elimine el contradictorio, ya que se acuerda sobre la base del disenso, pudiéndose formar la prueba en dicha audiencia, en presencia del juez, a quien no se le puede limitar su función, llegando a concluir que no es válido el procedimiento que obligue al juzgador exclusivamente a favor de la condena “previamente acordada” por el acusador⁶.

Si la prueba es la que ha sido objeto de aducción en un juicio, dando lugar al contradictorio, los medios probatorios necesarios para aceptar la conclusión de un proceso,

5 BAZZANI MONTOYA, Darío. La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad, en REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL. Escuela Judicial. Bogotá, 2004, pp. 233-306, pg. 252.

6 Ídem. Pg. 261.

declarando la responsabilidad del procesado a cambio de beneficios de rebaja a su favor, también reclaman el estatus de prueba, amén de la renuncia del procesado a concurrir al juicio.

Si para condenar se exige un conocimiento más allá de duda razonable, en caso de aceptar el procesado tempranamente los cargos inferidos al formularle imputación, bien sea mediante preacuerdo ora por aceptación unilateral (allanamiento a cargos), no puede afirmarse que la condena en su caso es fruto de vencimiento en juicio, con la plenitud de las formas y con elevado grado de certidumbre.

Si solamente después de formulada la imputación tienen cabida tales institutos que abrevian el proceso, el estándar mínimo irreductible o “*mínimo de prueba*” como exigencia de validez, según el inciso final del artículo 327 C.P.P. será por lo menos que haya una *inferencia razonable de autoría o participación*, siguiendo las voces del artículo 287 idem, el cual establece las situaciones que determinan la formulación de imputación, señalando que “*El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”.

En criterio de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que la imputación es el acto surtido ante un juez con funciones de control de garantías, en desarrollo del cual la Fiscalía General de la Nación le comunica a una persona la calidad de imputada al estar siendo investigada por su posible participación en una conducta punible, siendo esencial (conforme al artículo 288 de la Ley 906 de 2004) que la Fiscalía exprese oralmente la concreta individualización, identificación y ubicación del imputado, así como la “*relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes*”; y si bien en ese momento no es menester descubrir los elementos materiales probatorios ni la evidencia física, sí es necesario ofrecer al juez de control de garantías elementos de juicio tendentes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del imputado con el mismo, pues no de otro modo se logra “*inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”, como lo reza el artículo 287 de la normativa en comento.

En efecto, esa etapa embrionaria debe contar, de todas formas, con una *inferencia razonable* sobre el eventual compromiso penal del imputado con base en los medios persuasivos de que dispone la Fiscalía; y por ello, la Corte ha insistido en que la

formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica. La misma se ubica en el terreno de la posibilidad al sólo preceder la noticia criminal y las pesquisas tendientes a su verificación, luego, según el principio de progresividad, se allegarán elementos materiales probatorios y evidencia a fin de acreditar la materialidad del delito y la responsabilidad del inculcado con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de *probabilidad de verdad*, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtirse el debate oral.

A juicio de la Corte, resultaría imposible exigirle a la Fiscalía que para el momento de la formulación de imputación tuviera y aportara toda la información otorgándole así a tal acto un carácter inmodificable y vinculante para el diligenciamiento; sin embargo, aquella se constituye en condicionante fáctico, tanto de una futura acusación como de un eventual allanamiento a cargos o de un preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, mediando así una correspondencia sólo desde la arista factual lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

En este orden, además del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, se debe también abogar por un principio de coherencia a lo largo del diligenciamiento a fin de que entre los actos de formulación de imputación y acusación; entre el allanamiento a cargos o el preacuerdo y una de tales audiencias se preserve siempre el núcleo básico fáctico de la imputación.

Lo anterior se impone para garantizar desde un inicio el derecho de defensa, pues al fin y al cabo el conocimiento de los hechos atribuidos y sus correspondientes consecuencias jurídicas permitirá que a partir de esa comprensión, el procesado de manera libre, consciente y voluntaria, una vez ha sido debidamente informado de las consecuencias, opte por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena (hasta del cincuenta por ciento) o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra.

También ha dicho la Corte que tratándose de terminaciones abreviadas

...no es suficiente con la imputación fáctica, pues al aceptar el procesado la responsabilidad debe quedar en claro cuál es jurídicamente la conducta por la que se procede, no sólo por respeto al principio de lealtad que se materializa en el principio de congruencia, sino porque si se condena al sindicado por una conducta punible diferente, se le vulnera el derecho constitucional a la no autoincriminación al cual renuncia (artículo 33 de la Constitución Política)⁷

Ha sostenido la Corte que por realizarse la audiencia de imputación, por lo general coetáneamente con la de control de legalidad de la captura, la fiscalía no está exonerada de realizar la correcta adecuación de la conducta, pues si seguidamente se abre la posibilidad de que el procesado se allane o que negocie con la Fiscalía la culminación anticipada imponiéndole una pena a cambio de beneficios de rebaja, ello debe estar precedido de la información veraz entregada por parte del ente acusador, vertida en sus justas proporciones y sin algún tipo de exageración a fin de que el inculcado de manera libre y voluntaria admita su responsabilidad penal, por lo que el órgano judicial encargado de la prosecución penal no puede improvisar.

En consonancia con lo anterior, concluye la Corte:

Ciertamente, no se trata de enarbolar como dato estadístico el trámite y evacuación de un proceso más, como para mostrar resultados positivos de la gestión judicial. La administración de justicia demanda el reposo, la ponderación y el adecuado análisis desde el mismo momento en que se recibe la noticia criminis con el propósito de recolectar en debida forma la evidencia física la cual marcará la pauta para un adecuado trámite, de ahí que como organismo de investigación cuente con medios técnicos y personales idóneos para cumplir su cometido

Tales pautas son un llamado a la ponderación a la hora de usar estas herramientas de justicia premial, por modo que la Fiscalía no debe precipitarse a hacer acuerdos que puedan dejarla en deuda con la sociedad y con las víctimas; y como el allanamiento a cargos es acto dispositivo del exclusivo resorte del procesado, que se puede dar tan pronto se hace la imputación, por ser ésta muchas veces el fruto de una captura, y advenir en audiencia subsiguiente, tan pronto se ha debatido sobre la legalidad de la misma, si no hubo margen para acopiar elementos de juicio en una indagación preliminar, entonces el Juez tendrá que tomar muy en serio, o digamos “con tiento” la aceptación anticipada de culpabilidad del procesado, y si llegare a columbrar que su prisa obedece a fines que eluden una finalidad de establecer con objetividad la verdad, o encubrir a otros responsables del hecho, deberá improbar la pretensión unilateral del procesado.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia de 20 de octubre de 2005, radicado N° 24026, posición reiterada en muchos otros fallos.

Por ello ha dicho la Corte, que *“Si bien se imponen la celeridad y prontitud, las mismas no impiden establecer las circunstancias y aristas que rodearon los hechos y a quienes se vieron involucrados en ellos, en consecuencia, la Fiscalía al momento de formular la imputación, presentar los preacuerdos o negociaciones y la acusación ha de exhibir los factores que pueden incidir en el grado del injusto”*, y concluye la alta Corporación que *“Se insiste por lo tanto, en que la formulación de imputación ha de ser lo más ceñida posible a la realidad, pues va a ser el fundamento del fallo en caso de un allanamiento a cargos del procesado, o un acuerdo que celebre con la Fiscalía al punto que con base en el marco fáctico y jurídico allí fijado el juez emitirá la respectiva sentencia por consenso, acercándose de esa manera a la verdad material y a la justicia de la misma índole”*.

La Corte se ha mantenido así en el criterio de que las decisiones judiciales deben respetar irrestrictamente las garantías fundamentales entre las cuales está el debido proceso, entendido como un método para aproximarse a la verdad y aplicar la ley sustancial, por lo que no puede el Juez, cuando el procesado acepta voluntaria y libremente su responsabilidad con miras a la terminación anticipada por consenso, fallar basado exclusivamente en su dicho, sino en las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que éste es culpable, lo que por ende permite desvirtuar la presunción de inocencia.⁸

Ha sostenido la Corte que ese control judicial del allanamiento o del acuerdo no se cumple con una simple revisión formal; pues no basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio al procesado, sino que la labor del juez como garante y protector de los derechos humanos debe ir más allá verificando que las garantías fundamentales se hayan preservado, dentro de las cuales, obviamente, se encuentran, entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.

Y aparejado a ello, si bien por esa misma asunción temprana de la responsabilidad penal, no se cuentan con suficientes elementos probatorios, pues precisamente la economía por no adelantar el juicio es la que se le premia al procesado con la rebaja punitiva, es claro que tal admisión de culpabilidad debe contar con un grado racional de

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 26 de enero de 2006. Radicación 20647.

verosimilitud, evitando así la asunción de responsabilidad por terceros, o que el imputado haya sido compelido a aceptar los cargos, que medie acuerdo fraudulento para dicho allanamiento o que se trate de pactos ilegales, ora que su consentimiento esté viciado por no haber comprendido con suficiencia las consecuencias de su admisión y de la renuncia a las garantías que le son propias.⁹

Tal criterio de la Corte de Casación está en consonancia con el de la Corte Constitucional, según la cual la renuncia a los derechos de no autoincriminación y adelantamiento del juicio, conforme lo autoriza el artículo 8º, literal 1.) De la Ley 906 de 2004:

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 aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, 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 que 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 resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado. El funcionario competente, en cada caso, puede desvirtuar la confesión, por existir vicios en el consentimiento del implicado, por pruebas deficientes, por error, fuerza, o por cualquiera otra circunstancia análoga que aparezca probada en el proceso.¹⁰

Según la Corte Suprema de Justicia, respeto al principio de la buena fe, a la lealtad procesal y para ofrecer seguridad al sistema acusatorio, en los casos en que el procesado renuncia a sus garantías para admitir su compromiso penal rige el principio de irrevocabilidad el cual lo inhibe para revocar expresa o tácitamente los términos del allanamiento o el acuerdo, ora para deshacerlos o modificarlos, no de otra forma se desdibujaría el propósito de la política criminal de lograr una rápida y eficaz administración de justicia.

Ha dicho la Corte:

9 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 27 de octubre de 2008. Radicación 29979.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 5 de diciembre de 2005.

La Sala quiere significar, que no es posible que pretendan los acusados en forma velada por vía de anunciación de quebrantamiento de derechos fundamentales, en sede de casación, desconocer el acto de allanamiento a cargos, como que tal actitud riñe con el principio de irrevocabilidad que rige este especialísimo trámite y que comporta la prohibición expresa de desconocer lo aceptado, pues el mismo como bien tuvieron los funcionarios judiciales en aceptarlo tiene un carácter vinculante tanto para el juez como para las partes¹¹.

Y otro efecto de la aceptación anticipada por el procesado, vía allanamiento o preacuerdo, según la Corte, es que tal momento también marca el límite respecto de la actividad investigativa de la Fiscalía, en tanto que en opinión de la alta Corporación, no tiene justificación que luego del allanamiento y de la celebración del acuerdo con su respectiva aprobación el ente acusador siga recabando en la práctica, por ejemplo, de entrevistas o en el acopio de elementos probatorios, pues para ese fin ya contó con un término prudencial previo a la formulación de imputación para el cual tenía a su disposición medios técnicos, científicos y personales.

Al respecto, el criterio del autor de este trabajo es, en relación con la retractación, que tan graves consecuencias como las que apareja la renuncia a la no autoincriminación y por ende a un juicio público, donde el procesado tenga la posibilidad de controvertir los cargos presentados por la Fiscalía, aportar pruebas de favor, en la expectativa de obtener una decisión favorable a sus intereses, debe existir siempre la oportunidad, hasta que el Juez ejerza control de legalidad al allanamiento a cargos o al preacuerdo, de que el procesado pueda volverse atrás, si lo advierte más adecuado a sus intereses, pues debe quedar fuera de toda duda el carácter espontáneo, consciente e informado de tal opción que en aras de lograr ciertos beneficios impone limitaciones a derechos y garantías procesales; por modo que hasta que el Juez de Conocimiento realiza control de legalidad, debe quedarle al procesado la opción de retractarse, y no deben anteponerse razones de celeridad y economía procesal, ni estimar desleal la retractación.

Y en lo que respecta a que no puede recabarse en más pruebas por parte de la Fiscalía, si bien la Ley establece que lo actuado se entenderá como escrito de acusación, por entrañar la imputación una provisoria calificación de la conducta, cuyos rasgos definitivos, deberán quedar claramente perfilados al término de la investigación, y como

11 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación, 28 de octubre de 2009, radicado 31.568, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

resultado del acopio de medios de información dispuestos para convertirse en prueba de llegarse hasta la audiencia de juicio oral, si la Fiscalía encuentra nuevos elementos cognoscitivos o éstos llegan a su conocimiento, tendrá que readecuar los cargos a ese ulterior conocimiento, y si resultaren más gravosos a los de la primigenia imputación, los preacuerdos deberán referirse a esa nueva imputación.

Así lo prescribe el artículo 351 C.P.P. en su inciso tercero, al siguiente tenor: *“En el evento que la fiscalía, por causa de nuevos elemento cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación”*.

Ello muestra, contrario al criterio de la Corte, que la fiscalía no tiene por qué cesar en la tarea que le concierne de establecer con objetividad la verdad y la justicia, ni puede permanecer impassible frente al hallazgo de nuevos elementos de juicio que hicieren variar la visión inicial que se tiene de los hechos y la lectura jurídica que les corresponde (adecuación fáctica y jurídica) al formular la imputación.

2.2. ORIGEN DE LOS PREACUERDOS

2.2.1. Antecedentes.

Necesariamente para entender los preacuerdos como forma o mecanismo de justicia negociada es preciso remontarse a sus orígenes, lo cual implica una mirada en perspectiva comparada, dado que las transformaciones del sistema de justicia penal en Colombia a partir de la Ley 906 de 2004 vinieron inspiradas en un esquema filosófico que bebe de las fuentes del pragmatismo y el utilitarismo, propio de la tradición jurídica anglosajona, en su vertiente norteamericana, que viene a instalar una difícil convivencia con la tradición jurídica-filosófica de un derecho penal labrado y asentado en una fuerte visión dogmática y legalista, con clara adscripción a los modelos de justicia de Europa continental, e influenciada por las perspectivas neo-

constitucionalistas de la misma procedencia, surgidas a partir de la Constitución Política de 1991.

Tanto los Preacuerdos como la figura de Allanamiento a Cargos, que en Colombia han saltado a la palestra como mecanismos de contención de los juicios ordinarios, mudando su carácter excepcional para convertirse en *la joya de la corona* del eficientísimo penal, constituyen los que se han dado en llamar mecanismos de justicia negociada, consensual o premial; y se inscriben en unas tendencias y en un contexto internacional en el que tales figuras se han ido extrapolando a los sistemas judiciales de cada país, con improntas y características más o menos fieles al modelo original, asumiendo un sincretismo con elementos prestados de otras realidades (sistema continental europeo) o fruto de ingenios jurídicos locales.

Quiere decir, y para los objetivos trazados de elucidar los problemas que apareja la aplicación de un derecho penal consensuado, que una visión comparada nos permitirá apreciar que en otros países latinoamericanos (Chile o Perú, por ser más próximos), o en el contexto europeo (España, Alemania o Italia), como abanderados del modelo continental del cual es adversario aquél del que surge la figura del *Plea Bargaining*, la recepción ha tenido matices diferentes, y esas características diferenciales nos pueden dar claves para entender los desaciertos y malentendidos que campean en el caso colombiano. Así la variable respecto a la cultura jurídica es muy importante en la comprensión de esta figura, y ello valida el ejercicio comparativo.

Los estudios sobre los mecanismos de justicia negociada, llevan en primer lugar a la figura del “*Plea Bargaining*”, que es el nombre que recibe un modelo transaccional en el que las partes procesales negocian una terminación rápida del proceso penal mediante la aceptación temprana de la responsabilidad penal por parte del procesado, a cambio de beneficios en términos del monto de la pena a imponer o de los cargos por los cuales se hará efectiva la condena.

Bajo este régimen el procesado renuncia a la efectivización de muchas de sus garantías fundamentales consagradas constitucionalmente, y como contraprestación la Fiscalía, en la mayoría de los casos, renuncia a la pretensión de condena a una pena mayor.

En este modelo de justicia transaccional, están claramente definidas dos figuras, que son los equivalentes en Colombia del Allanamiento a Cargos y los Preacuerdos, resultado de un acto unilateral de conformidad, especie de capitulación frente al ejercicio de la acción penal, llamado allí “*guilty plea*” o aceptación de culpabilidad simple; o como fruto de una negociación o acto bilateral, conocido como “*plea agreement*”, especie de regateo que puede finiquitarse mediante una convención, contrato o negociación.

Es preciso tener en cuenta que la asimilación de tales figuras, parten del reconocimiento de que solo puede tener arraigo donde cobren importancia el principio de oportunidad y el principio dispositivo, frente al ejercicio de la acción penal; y que tanta fuerza e importancia fueron tomando los mecanismos de negociación, que han llegado a significar en los Estados Unidos el abrumador grueso de los casos evacuados- El 95%, según la Suprema Corte, la cual por opinión mayoritaria en el fallo Missouri vs. Frye llegó a considerar –en lo que son palabras mayores-el *Plea Bargaining* como, “*más que un complemento, la justicia penal misma*”¹².

De esta manera se puede afirmar que los preacuerdos son una de las formas de terminación anticipada del proceso penal, que provienen del *Plea Bargaining*, figura de origen anglosajón, que ha permeado el llamado *sistema continental*, colonizando de a pocos los sistemas penales de los países europeos y latinoamericanos, teniendo como principal finalidad que a cambio del ofrecimiento de una pena reducida, el procesado se pliegue a la pretensión punitiva, ganando el sistema judicial en términos de celeridad y eficacia en los procedimientos.

Obviamente, como nota diferencial, es importante tener en cuenta que esta figura se aplica en el derecho norteamericano a los casos menos graves, situación que difiere de la figura de los preacuerdos y negociaciones en Colombia, donde su aplicación es en extremo amplia, y solo halla limitación en cuanto al otorgamiento de beneficios en tratándose de un reducido número de delitos, que han advenido en cambios legislativos y por razones de política criminal.

12 WORK, m (2014), en The Journal of Criminal Law & Criminology, vol. 104, No. 2, pg. 457-487, citado por PÉREZ ALARCÓN, Carlos Andrés en “Diez años de los preacuerdos en Colombia y el paradigma sigue sin resolverse”, trabajo expuesto ante el Instituto Colombiano de Derecho Procesal

En relación con lo anterior, es bueno aclarar que esta figura acuñada en su fuente original como *Plea Bargaining*, *alegaciones preacordadas de culpabilidad*, tiene diferentes nominaciones dependiendo del país. Así, como lo explica el jurista colombiano Darío Bazzani Jiménez, en Italia aparecen como *Procedimientos Especiales*, de igual modo a la locución empleada por el Código Procesal Penal Tipo para América Latina; en España o Chile se conoce como *Conformidad* a lo que es más semejante en Colombia al Allanamiento a Cargos; en tanto que en Portugal se tiene la *Suspensión Provisional del Proceso*, y en Perú toda una especie procesal llamada “*Proceso de Terminación Anticipada*”. En Colombia cohabitan los “*Preacuerdos y Negociaciones*”, como acto bilateral con el Allanamiento a Cargos, como acto unilateral; por lo que resulta muy importante para este trabajo ofrecer una imagen comparada sobre las características que este mecanismo comercial tiene en cada país, a efecto de dimensionar los alcances y límites en el nuestro.

2.2.2. El Plea bargaining.

Una mayoría abrumadora de casos en los Estados Unidos de Norteamérica culmina con manifestaciones anticipadas de culpabilidad, que pueden ser producto de conversaciones previas con el Fiscal a efectos de obtener alguna ventaja o compensación, que bien puede consistir en: 1.) declararse culpable de un cargo menos grave que el que refieren las pruebas, 2.) asumir el cargo original con el compromiso del fiscal de que recomendará o no se opondrá a una condena en concreto o que por lo menos no exceda cierto límite, 3.) reconocerse culpable a cambio de que el fiscal no deduzca otros cargos, conforme se plantea en una compilación por varios autores de casos del Tribunal Supremo Norteamericano.¹³

Los mismos autores plantean que negociar es una práctica antigua que ha moldeado el sistema de justicia penal angloamericano, como resultado de diversos factores, siendo una respuesta imbuida del pragmatismo que caracteriza a las instituciones y la sociedad de ese país, frente a los problemas de sobrecarga de la justicia, los que si bien, algunos hallan adosados a otros problemas como la falta de defensores públicos y “*la holgazanería de los fiscales*”, éstos autores hallan mejor explicación en la mayor

13 Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Autores varios (Jerold H. Israel, Yale Kamisar, Wayne R. Lafave, Nancy J. King). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012, Traducción de Andrea Planchadell Gargallo, pg. 893.

profesionalización de la policía y los fiscales y en una mayor presencia de la defensa en etapas previas, que obvian llegar hasta enjuicio para controvertir la verdad de los hechos¹⁴.

2.2.2.1. Definición.

Una descripción que hallo importante para ir apreciando las características básicas de la institución del **Plea Bargaining** en su prístino modelo norteamericano, en contraste con las del modelo colombiano, es del siguiente tenor:

Es una forma especial de procedimiento criminal donde el denunciado pide al juez una reducción de hasta un tercio de la probable sanción...se permite solamente para las ofensas menos serias...su aplicación está limitada en Estados Unidos a determinados Estados...es en realidad una negociación, un mecanismo por el cual el procesado puede negociar con el agraviado y con el Estado, con quienes están involucrados en el proceso respecto de sus imputaciones penales y su responsabilidad¹⁵.

El autor en referencia destaca que a veces un elemento del negocio es que el denunciado revele la información tal como localización de mercancías, nombres de otros participantes en el crimen o la admisión de otros crímenes, lo cual es importante tener en cuenta frente a las falencias que se advertirán en este trabajo en el funcionamiento de la institución en el modelo colombiano, donde las negociaciones carecen de reciprocidad distinta a la de evitar el juicio (no hay delación frente a otros partícipes, ni entrega de evidencias, ni satisfacción a las víctimas), lo que el empeño de este trabajo es propositivo en cuanto a un esquema de negociación que no solo contemple el “ganar-ganar”, mediante concesiones y renunciaciones recíprocas, sino que tenga en cuenta los trascendentales intereses en juego.

El *Plea Bargaining* no es una institución procesal penal que el derecho norteamericano haya heredado del derecho británico, del cual el genio jurídico norteamericano se autonomizó, adquiriendo unos rasgos propios; pues de hecho, dentro de la tradición del *Common Law* en la fuente original inglesa no se registran

14 Ídem, pg.894.

15 GROVER J. CORNEJO Y. Abogado titulado en mediación, Universidad Complutense de Madrid, enlace www.derechocambiosocial.com/revista 007/Plea bargaining. Fecha de consulta: 21 de mayo de 2016-13:00 horas.

precedentes sobre la promoción de aceptaciones de culpabilidad por parte de los involucrados en un proceso penal a cambio de rebajas de pena¹⁶.

Los estudios académicos que se han enfocado en el estudio histórico del *Plea Bargaining*, coinciden en ubicar su origen en el siglo XIX, especialmente en la ciudad de Boston-Massachusetts, como centro del desarrollo jurídico de la naciente nación Norteamericana¹⁷. Así mismo, todos estos estudios coinciden en resaltar que el *Plea Bargaining*, se popularizó paulatinamente durante el siglo XIX y llegó a convertirse en una forma muy socorrida de evacuar los casos penales en los Estados Unidos de Norteamérica.

De hecho hoy, en el ámbito norteamericano, desde donde “se importó” a la nueva sistemática procesal acusatoria colombiana, las negociaciones con la Fiscalía son un componente esencial en el sistema de justicia penal, por un motivo eminentemente pragmático, de celeridad y economía procesal: Si cada caso fuese a un juicio por jurado, los recursos tanto económicos, como logísticos y humanos, tendrían que multiplicarse, sin que el sistema pudiera dar abasto o absorber con efectividad, ni siquiera en un porcentaje óptimo, la solución y juzgamiento de los casos, residiendo en este fin utilitario su mayor virtud, pues se ofrece como panacea frente a los males endémicos de congestión y mora judiciales.

Es claro entonces, que la negociación es una herramienta esencial en el modelo de justicia penal norteamericano, como garantía de un juicio rápido (sin dilaciones indebidas), al que tiene derecho todo procesado, el cual se ve comprometido cuando éste debe permanecer bajo restricción provisional de la libertad o medida preventiva.

Así entonces, la negociación se ofrece como un beneficio de doble vía, pues al tiempo que el Estado ahorra recursos, puesto que el trámite abreviado abarata sustancialmente los gastos de un proceso, si no se ve sometido a las contingencias y

16 La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio Comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica. Camilo Alberto Quintero Jiménez. Cita a: VOGEL, Mary E. The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830- 1860 [Online]. En: Law & Society Review. [s.l]: Blackwell Publishing and Law and Society Association, 1999, Vol. 33, No. 1, p. 161-246. En: <http://www.jstor.org/stable/3115099>. p.161, consultado el 12/May./2011.

17 Ob cit.: idem: FRIEDMAN, Lawrence M. Plea Bargaining in Historical Perspective [Online]. En: Law & Society Review. [s.l]: Blackwell Publishing and Law and Society Association, 1979, Vol. 13, No. 2, p. 247-259. En: <http://www.jstor.org/stable/3053251>, consultado el 12/May./2011.

parafernalias propias de un juicio ordinario, el cual generalmente el sistema se ve en calazas prietas para garantizar con prontitud y efectividad, como contraprestación los procesados evitan correr el riesgo de obtener un castigo más severo que del juicio ordinario puede derivárseles, mientras que por derecha los fiscales recobran su tranquilidad frente a la posibilidad de ver perder sus casos si las pruebas no les resultan suficientes.

Así, el beneficio será mutuo, tanto para la defensa como para la fiscalía, frente al cálculo de los costes que para ambas representa perder el caso, si no está segura la primera de obtener para su representado una absolución o para la segunda de no llegar a juicio debidamente fortalecida frente al alto estándar exigido y arriesgar un desbalance en la distribución de errores que lleve a una forma de impunidad, como la que subyace a la absolución del culpable en virtud de la prevalencia del principio de *in dubio pro reo* (ello en el mejor de los casos, puesto que también se advierte sobre los peligros de que el mecanismo se ofrezca como un atajo por el cual infundadamente, y por no vislumbrar otro camino, se haga saltar al procesado).

En el modelo original de la negociación – *Plea bargaining*- la Fiscalía tiene un amplísimo campo de maniobra para negociar, porque el pragmatismo norteamericano rinde menos culto al principio de legalidad y más al dispositivo, permitiendo salvar recursos y eliminar riesgos que implica una confrontación en un juicio oral, signado por altas exigencias en el estándar de prueba y en los métodos de producción, conforme a ritualidades y técnicas rigurosas.

Semejante propósito de encausar una abrumadora mayoría de casos hacia tal alternativa procesal (La Corte Suprema de Justicia en Colombia, al destacar “*las bondades*” del mecanismo habla del desiderátum de evacuar por esta vía el 90% de los casos) no se logra sin amplios estímulos, no solo en cuanto a rebaja de penas, sino en cuanto a la posibilidad de suprimir cargos o circunstancias agravantes.

Sin embargo, en contraste con el modelo original, no todo se puede negociar en el sistema de justicia norteamericano y hay unos límites en cuanto a la oportunidad y la forma de hacerlo, pues si bien, en general, el modelo permite negociar con el Estado y con el agraviado, respecto de la imputación y la responsabilidad correspondiente, a

veces un elemento de tal negociación es que el denunciado revele información tal como delatar a otros coautores o partícipes, admitir otros crímenes o revelar la ubicación de bienes que fueron objeto del delito. Es decir, que en Estados Unidos la Fiscalía negocia fijando estrategias que representan ganancia para el Estado- reciprocidad- (no se negocia a cambio de nada), pues la finalidad, antes que la de eludir una investigación cabal y posteriormente abocarse a un juicio, es la de que se revelen nombres e identidades de otros copartícipes a efecto de generar otros eventuales procesos¹⁸.

2.2.2.2 El Plea Bargaining en el contexto del Common Law que se desarrolló en Estados Unidos.

A fin de hallar claves para entender el contexto en el cual germina el *Plea Bargaining* (el *common law* “a la americana”) así como los factores que diríamos “ambientales” de la cultura jurídica continental europea, que obligan a mirar con escepticismo su recepción en el centro y la periferia de tal modelo, valga destacar que “desde sus orígenes el *common law* ha sido un derecho de casos (*case law*)”¹⁹ ya que sus conceptos básicos surgieron de la jurisprudencia reiterada en la solución de casos de los tribunales reales de justicia del reino inglés, signado por ciertas particularidades que impusieron su historia y su ubicación geográfica insular, respecto al resto de Europa, siendo importante mencionar que en Inglaterra el poder central logró imponer su dominio y soberanía sobre buena parte del territorio insular, varios siglos antes de que los actuales Estados europeos continentales alcanzaran la centralización del uso de la fuerza como rasgo estatal, lo cual permitió que en Inglaterra se alcanzara un derecho unificado (derecho común), varios siglos antes de que los países de Europa continental alcanzaran lo propio.

El *common law* inglés, se trasladó a Norteamérica a partir de la fundación de las colonias inglesas en sus territorios, pero una vez declarada la independencia, los Estados Unidos siguieron un camino propio, principalmente cuando se dejaron de aplicar las leyes inglesas a partir de 1776. En términos concretos estas diferencias se expresan en que si bien los juristas ingleses y norteamericanos comparten un concepto similar del derecho y

18 CORNEJO Y. Grover J. Universidad Complutense, Madrid, España, enlace www.derechocambiosocial.com/revista 007/Plea bargaining. Fecha de consulta: 21 de mayo de 2016- 13:00 horas.

19 Ob. Cit. SEROUSSI, Roland. Introducción al derecho inglés y norteamericano. España, Ariel, 1998, p. 13, citado por CAMILO ALBERTO QUINTERO JIMÉNEZ en La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio Comparado desde una Perspectiva de Cultura Jurídica. Trabajo de Grado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional, 2013, pg. 20.

sus funciones, y divisiones similares de las grandes áreas del derecho, el derecho norteamericano parte de la consagración de una constitución escrita, de una descentralización fuerte del poder judicial y de una clara diferenciación del derecho federal y estatal.²⁰

Martha Morineau²¹, citada por el mencionado graduando Quintero Jiménez, señala que son dos las razones fundamentales que diferenciaron el derecho norteamericano del inglés: por un lado plantea que la recepción de influencias jurídicas ajenas a la inglesa ha modificado el common law norteamericano. Entre las influencias más relevantes señala el derecho español en los antiguos Estados de la unión que pertenecieron a este imperio, y el derecho francés, específicamente en el Estado de Louisiana. Por otro lado sustenta que la forma de organización política federal de los Estados Unidos, generó una multiplicidad de órdenes jurídicos que incluyen el orden federal y los diversos órdenes estatales, hecho que generó una definitiva separación del modelo inglés.²²

Uno de los puntos básicos que se pretenden mostrar en este punto es que en los países de la tradición jurídica del *common law*, el derecho se construye a partir de una concepción diferente a la que rige los esquemas de pensamiento de los juristas en el derecho continental europeo, del que somos émulos en Latinoamérica.

Según esta visión del derecho ambientada en el Common Law, el derecho se basa en decisiones judiciales antes que en un cuerpo legal (el derecho lo hacen los precedentes); así las reglas de derecho son creadas por los jueces de una manera distinta a como lo hacen los legisladores, y lo son para el caso concreto; así que el análisis legal del juez en el *common law*, parte de la revisión de los casos similares decididos, buscando reglas, doctrinas y políticas que puedan explicar la mayor cantidad de estos²³.

En el *common law* si el juez encuentra una regla general que solucione de mejor manera un caso concreto, sienta la regla general por la cual se orientan los casos similares, bajo el entendido de que mejor afirma el derecho, lo cual parte de una visión empírica del

20 Idem, Seroussi citado en su tesis de grado por Camilo Alberto Quintero, pg. 21, ob cit. pg. 39.

21 Ob. Cit. MORINEAU, Marta. Una introducción al common law. México, UNAM, 2004, 147 p., por Camilo Alberto Quintero en la tesis “La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio Comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica. Universidad Nacional de Colombia- 2013, pg. 21.

22 Idem, pg. 83 de la obra citada, y pg. 21 de la tesis en la que aparece la cita.

23 Ob. Cit. por Camilo Alberto Quintero, cuyos créditos aparecen al pie de página 22, así: GORDLEY, James The common lay in the Twentieth Century: Some unfinished Business. En <http://www.jstor.org/stable/er9121>. cpmsiñadp el 03/oct./2009 14:00 horas.

derecho que se resume en la frase: “*El derecho está hecho a partir de lo que hacen los jueces, no a partir de lo que dicen*”²⁴, con lo cual se da mayor relevancia a la posición que los jueces asumen frente a cada caso en concreto, más que a proposiciones jurídicas teóricas, lo que representa la típica esencia del pragmatismo que caracteriza el pensamiento jurídico norteamericano.

Elocuente resulta la visión dinámica y progresiva del derecho que nos trasmite en su tesis de grado Camilo Albero Quintero Jiménez del autor norteamericano James Gordley²⁵, para explicar la visión dinámica y progresiva del derecho en el ámbito norteamericano, según la cual los jueces en cada caso van haciendo avanzar las reglas jurídicas, haciéndolas más inteligibles y racionales para la mejor solución de casos concretos, mostrando un rasgo distintivo del *common law*, cual es el de buscar solución a los problemas jurídicos concretos trascendiendo la construcción del derecho como un cuerpo completo de reglas definidas; pero partiendo de criterios de razonabilidad (el autor en cita emplea el término “*reasonable*”), en el sentido de que el objetivo, antes que hallar una solución correcta en todos los casos, sea la de hallar una aproximación razonable y aceptable al problema jurídico planteado.²⁶

Dicho autor destaca otro rasgo del *Plea Bargaining* en su concepción primigenia, y es que descansa en la idea de razonabilidad, en cuanto en ella encuentra su expresión el tema fundamental del proceso de negociación de cargos y pena, pues si bien existe un amplio grado de discrecionalidad del fiscal frente a la definición de estos puntos, la misma se encuentra limitada por la necesidad de que finalmente se imponga una pena al procesado cuya severidad razonablemente se avenga con la gravedad del delito, en el marco de lo regulado por el *Sentencing Guidelines Manual*.

La gran relevancia de esto reside en que expresa una conciencia generalizada en la práctica jurídica norteamericana, consistente en entender y asumir que los casos concretos tienen especificidades importantes que se deben tener en cuenta a la hora de ser valorados y que para esto el funcionario judicial debe tener un marco de discrecionalidad que le permita tomar una decisión adecuada. Es decir, en este sistema la confianza tanto en los operadores

24 Ob. Cit. por Camilo Alberto Quintero, cuyos créditos aparecen al pie de página 22, así: GORDLEY, James The common lay in the Twentieth Century: Some unfinished Business. En <http://www.jstor.org/stable/er9121>. cpmsiñtadp el 03/oct./2009 14:00 horas.

25 Glordley, James. *The Common Law in the thentieth Centuri: Some unfinished busness*. En: California Law Review, 2000, vol 88, No. 6, po. 1917-1818. En <http://www.jstor.org/stable/3481210>. Consultado en 03/oct/2009. citado en pie de página de la tesis de Quintero Jiménez, pg. 22.

26 Idem, cita en la pg. 25.

jurídicos como en los jueces se encuentra profundamente consolidada y por ese motivo es natural que el mismo derecho les confiera amplios márgenes de decisión²⁷.

En lo estrictamente relacionado con el *plea bargaining*, la idea de razonabilidad encuentra su expresión en el tema fundamental del proceso de negociación de cargos y pena, pues si bien existe un amplio grado de discrecionalidad del fiscal frente a la definición de esos puntos, la misma se encuentra limitada por la necesidad de que finalmente se imponga una pena al procesado que razonablemente corresponda con la seriedad del delito efectivamente cometido en el marco de lo regulado por el *Sentencing Guidelines Manual*.

Además la idea de razonabilidad también se aplica expresamente en la valoración del ejercicio que hace la defensa durante el proceso de aceptaciones de culpabilidad y *plea bargaining*, pues como se vio en el aparte de análisis jurisprudencial, en el test *Strickland*, que sirve para valorar si se vulneró la garantía constitucional a la defensa efectiva durante la negociación de un *plea agreement*, el primer elemento consiste en valorar si la actuación del defensor cumplió con un estándar básico de razonabilidad.

Posteriormente el autor en cita expone las que para él son dos de las principales características que tiene el *common law* norteamericano: “*el individualismo extremo, y una tendencia a fijar deberes y responsabilidades a partir de las relaciones entre las personas y no a partir del compromiso de la voluntad*”.²⁸ La primera característica según el autor se expresa en la extrema valía que se le otorga a la libertad individual y al respeto a la propiedad de los individuos, y en su extrema preocupación por los derechos y garantías individuales que lleva a la idea del litigio como una batalla justa entre iguales, en la que el papel del juez es garantizar “*el juego limpio*”.²⁹

27 QUINTERO JIMÉNEZ, Camilo Alberto. *La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia*. Estudio comparado desde una perspectiva de cultura jurídica. Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013, 129 p. Consultado el 7 de marzo de 2016, 22:00 horas.

28 Glordley, James. *The Common Law in the thentieth Centuri: Some unfinished business*. En: California Law Review, 2000, vol 88, No. 6, po. 1917-1818. En <http://www.jstor.org/stable/3481210>. Consultado en 03/oct/2009. citado en pie de página de la tesis de Quintero Jiménez, en la pg. 25, cita a GORDLEY en la referida obra, pg. 14.

29 Idem. Pg. 24 que cita a GORLDLEY en la referida obra, pg. 13.

2.2.3. Principios del sistema procesal penal norteamericano.

Camilo Alberto Quintero Jiménez señala que el procedimiento penal norteamericano está revestido de especificidades de difícil asimilación por los juristas latinoamericanos, émulos del derecho continental europeo, y señala que algunos principios, que para nosotros son axiales para el debido proceso, en los tribunales norteamericanos no se contemplan. Así mismo, ciertas formas en que el derecho norteamericano maneja sus instituciones procesales, a nuestros ojos son ininteligibles.³⁰

Destaca dicho autor, que el hecho de que Estados Unidos se haya organizado bajo el sistema federal, ello implica un manejo jurisdiccional descentralizado para cada Estado y otro común a la nación. Así, establece una cláusula general de competencia (décima enmienda), según la cual las cuestiones que no delegue en los Estados Unidos, ni prohíba a los Estados, quedan reservadas al pueblo de los Estados respectivos. A partir de tal disposición, hay un sistema penal por cada uno de los Estados que conforman la unión, más el que corresponde al sistema procesal penal federal, más el que corresponde a la justicia penal militar³¹.

En el nivel federal, las fuentes del derecho procesal penal se encuentran en primer lugar en los derechos consagrados en la Constitución Federal, luego en la interpretación de la Constitución Federal que hacen los tribunales (especialmente la *Supreme Court of Justice*), un escalón más abajo en las *Federal Rules of Criminal Procedure* (en adelante FRCP), que dicta la Corte Suprema con autorización del Congreso de los Estados Unidos, estas últimas, lo que el autor en cita identifica como el equivalente a nuestro Código Procesal Penal en Colombia.³²

Por su parte, los Estados cuentan cada uno con su Constitución y sus sistemas procesales cuentan con reglas que les están subordinadas, pero que tienen que estar

30 QUINTERO JIMÉNEZ, Camilo Alberto. La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio Comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica <http://www.bdigital.unal.edu.co/39896/1/6699871.2013.pdf>.

31 Ob. cit. CASSEL, Douglas. El sistema Procesal Penal de Estados Unidos. En STORME, Marcel y GÓMEZ LARA, Cipriano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 2005, pg. 349-375, citado por QUINTERO JIMÉNEZ, en la tesis referida, pg. 29.

32 QUINTERO JIMÉNEZ al citar la obra de CASSEL, Douglass. El Sistema Procesal Penal de Estados Unidos. Ob. cit. p. 352, pg. 29 de la tesis del primero.

homologadas conforme a las reconocidas por la Constitución Federal, que consagra su supremacía cuando existan disposiciones en contrario en la Constitución o las leyes de los Estados. Así mismo, huelga resaltar que aunque es consabida la reticencia de los Estados Unidos frente a la ratificación de instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, por su visión de soberanía, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos sí se encuentra ratificado, y por ende, los derechos procesales penales consagrados en dicho instrumento internacional están incorporados en su ordenamiento.³³

En medio de la multiplicidad de sistemas jurídicos conforme a una organización federal, hay unos principios constitucionales comunes, a saber: 1.) Inviolabilidad del domicilio. 2.) No autoincriminación, 3.) Cosa juzgada, 4.) Debido proceso, mediante juicio rápido (sin dilaciones injustificadas) y público con jurado imparcial y asistencia legal calificada. 5.) El Derecho a una fianza razonable y no sufrir penas crueles o insólitas³⁴.

Resulta interesante destacar que Quintero Jiménez, al enfocarse en el análisis de la justicia negociada, en visión comparada del modelo angloamericano y el acogido por Colombia, muestra los rasgos distintivos en ambos contextos, poniendo de relieve que allí el sistema de garantías está dirigido principalmente a la protección del procesado, como expresión de contención del poder estatal frente a la órbita del individuo, lo cual soslaya la preocupación por las víctimas y los perjudicados por el delito.

Otra nota característica que resalta el autor en cita, para la cabal comprensión del *Plea Bargaining*, es la dimensión que se le otorga en el contexto norteamericano al principio de oportunidad y no al de legalidad como base del proceso penal, llegando a reconocer la Corte Suprema de aquél país como principio una amplia potestad de los Fiscales frente a la persecución penal, lo cual en concepto de este autor, “*representa una*

33 Traducción tomada de: SERROUSI, Roland. Op cit. p. 197. 58 CASSEL, Douglass. El sistema Procesal Penal de Estados Unidos. En: STORME, Marcel y GÓMEZ LARA, Cipriano (coord.). XII Congreso Mundial de Derecho Procesal Vol IV: Sistemas de Enjuiciamiento Penal y sus Órganos de Acusación. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005. p. 349-375. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1655/10.pdf>, consultado el 8/Oct/2009. 59 Ibid, p. 352. 60

34 Ob. Cit. FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Sistema Procesal Penal de Estados Unidos. Ed. Ibáñez, 2006, págs. 79 a 108, citado por QUINTERO JIMÉNEZ en la página 30.

radical diferencia con los principios de legalidad y jurisdiccionalidad que históricamente sostienen el sistema procesal penal colombiano”³⁵.

Tal concepción frente al principio dispositivo, no implica que el de legalidad sea absolutamente inaplicable, aunque como lo señala Quintero Jiménez, sí representa un papel más débil en la estructura general del procedimiento penal.

Ahora bien, si en este acápite hemos puesto la impronta en desentrañar las particularidades que son la savia que nutre la figura del *Plea Bargaining* en su versión originaria, es porque la incorporación que se ha hecho en otra parte del mundo occidental, con otros principios fundantes de sus sistemas penales, ello influye de manera directa en el desarrollo de las instituciones jurídicas y en este caso en el diseño de las formas procesales. Con más veras, en tratándose de extrapolaciones que de esa institución se hace a modelos en los que se priorizan otros principios, generando convivencias difíciles, por la relación compleja entre los fundamentos de la justicia penal negociada y los principios y valores que históricamente dieron forma a sistemas jurídicos, que como en el caso colombiano y los países latinoamericanos, están imbuidos en una tradición continental europea, heredada y consolidada en dos centurias de vida republicana.

O como lo expresa en su trabajo de grado sobre el caso chileno Bernardita María Barra Wiren: *“la posibilidad y la conveniencia de adoptar instituciones análogas al plea bargaining no es sólo una discusión de identidad histórica de sistemas procesales. En ella se manifiesta de forma indirecta, pero relevante, la comprensión que tiene el Estado de su función frente a la comisión de delitos. Así mismo, en ella se manifiestan de forma directa las limitaciones del Estado en su persecución”*³⁶

Muy ilustrativa resulta la síntesis que ensaña Camilo Alberto Quintero Jiménez, citando al profesor Mauricio García Villegas³⁷, para destacar como rasgo esencial del derecho penal norteamericano, el pragmatismo y realismo jurídico, que lo convierte en

35 QUINTERO JIMÉNEZ, Camilo Alberto. La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio Comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica.

36 BARRA WIREN, Bernardita María. Eficiencia y Legitimidad del Procedimiento Abreviado Desde el Punto de Vista de la Práctica Punitiva del Estado. Memoria para optar el Título de Abogada, Universidad Santiago de Chile, 2010.

37 Ob. Cit. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Sociología Jurídica Comparada- Campos Jurídicos y Ciencias Sociales en Europa y Estados Unidos. En: Sociología y Crítica del Derecho. Fontamara, 2010. 354 p. Cita ofrecida en la tesis de Camilo Alberto Quintero Jiménez, Universidad Nacional de Colombia- 2010, págs. 16 y 17.

especie de herramienta de ingeniería social, aplicándolo a la solución práctica de los problemas, sirviéndose de la interacción del derecho con otras ciencias sociales. Según dicho autor, son características de esta versión del *Common Law*:

1. La decisión judicial de casos concretos como elemento esencial de la creación de los conceptos jurídicos vía precedente.
2. La visión del derecho como herramienta enfocada a dar solución a los problemas concretos más allá de la construcción del mismo como un cuerpo completo de reglas definidas.
3. La extrema importancia de valores como la libertad individual, el respeto a la propiedad de las personas, y la garantía de los derechos individuales consagrados en la Constitución.
4. Concepción procedimental de la justicia a partir del concepto de *fairness*, que entiende que la justicia está en garantizar un procedimiento justo (igualdad de armas entre los contendientes, como metáfora deportiva del pugilato con reglas de juego equitativas para las partes) antes que en la verdad material o el derecho sustancial.
5. El objeto del derecho es la solución razonable y aceptable de los problemas jurídicos, más que alcanzar la solución jurídica y correcta en todos los casos.
6. Relación profunda del derecho con las demás ciencias sociales, y así permeado entre otras, por la sociología o la criminología (recordemos los aportes de la Escuela Sociológica Norteamericana o Escuela de Chicago), se ha aplicado como herramienta de ingeniería social y política pública.

Es importante registrar del auge de los mecanismos de justicia transaccional o negociada, halla campo abonado en un sistema de justicia penal en el que la base del proceso está en la oportunidad y no en la legalidad, lo cual conlleva una amplísima potestad del Fiscal en la persecución o no de las conductas penalmente relevantes.

En similar perspectiva, otro autor digno de citar es el Juez Carlos Andrés Pérez Alarcón³⁸, quien señala que tras el auge que en Estados Unidos tuvieron los preacuerdos

38 PÉREZ ALARCÓN, Carlos Andrés. Diez Años de los Preacuerdos en Colombia y el Paradigma sigue sin Definirse”. Documento de avance en la investigación denominada “Impacto de los preacuerdos diez años después de su implementación. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Universidad Libre-

desde comienzos del siglo pasado, en la década de los 60 llegaron a prohibirse, llevando a que su aplicación se hiciera clandestinamente, hasta que se reavivaron en la década de los 70, con tal auge, que la Suprema Corte Federal, reconociendo los problemas de sobresaturación en los tribunales, y llegó a considerar que para la pervivencia y sanidad del sistema penal acusatorio, alrededor del 95% de los casos tenían que resolverse sin ir a juicio (menciona los casos *Santobello vs New York*, *Argersinger vs Hamlin* y *Missouri vs Frye*)³⁹

Es importante destacar del amplio panorama que ofrece la tesis de Camilo Alberto Quintero, en su visión comparada de la justicia negociada del caso colombiano con el modelo norteamericano, que pese a la amplia disponibilidad de que gozan en Estados Unidos los Fiscales a la hora de realizar acuerdos con el procesado y su defensor, existen unos parámetros o reglas preestablecidas, como las *Federal Rules of Criminal Procedure* (FRCPP), el *United States Attorneys Manual* (USAM) y el *Guidelines Manual* (GM).

En el primer caso el procesado puede declararse culpable (*guilty plea*) o bien puede renunciar a defenderse y controvertir los cargos, aceptando la imposición de una pena, sin que ello significa admitir su responsabilidad (*nolo contendere*).

El segundo instructivo da unas directrices a los fiscales federales que son objeto de revisión por rango superior; y a más de contener unos requisitos para la validez relativos a los derechos del procesado, está que la Fiscalía a cambio de la aceptación de culpabilidad por un cargo determinado la Fiscalía se compromete a:

- 1.) Recomendar y no oponerse a una solicitud de la defensa de que se aplique una determinada pena, lo cual no es vinculante para el juez que revisa el asunto.
- 2.) Acordar un rango de pena específico, que es vinculante para el juez una vez aprobado el acuerdo.
- 3.) Se puede pactar que el procesado se comprometa a cooperar con la fiscalía en la investigación o juicio a un tercero, y en caso de un Servidor Público su renuncia al cargo.

Seccional Pereira. En este concepto dicho autor cita a FERNÁNDEZ LEÓN, W” (2010). Procedimiento Penal Acusatorio. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2ª ed. Pg. 411.

39 Ob. Cit. Fernández León, W (2010). Procedimiento Penal Acusatorio. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2ª Ed, pg. 411, citado por Carlos Andrés Pérez Alarcón en su ponencia “Diez Años de los Preacuerdos en Colombia y el paradigma sigue sin definirse”.

4.) Que el procesado renuncia a varios derechos consagrados constitucional y estatutariamente.

5.) Consagra la renuncia a que el procesado apele la sentencia condenatoria.

El tercer instructivo consagra (capítulo 6, sección 6B1-4) que el texto del acuerdo puede ir acompañado de una estipulación escrita de los hechos relevantes para la sentencia. En dicha estipulación se deben incluir los hechos relevantes y las circunstancias del delito realmente acaecido, las características del autor o partícipe, **las razones por las cuales el rango de pena propuesto es el adeudado y los hechos que las partes no están de acuerdo en estipular**. Muy importante es resaltar que no se permite la inclusión de hechos erróneos o engañosos, y que lo estipulado no necesariamente vincula al juez⁴⁰.

2.2.4. Conclusiones sobre la Justicia Penal Negociada en el modelo original.

Una vez cumplidas las descripciones proyectadas como objetivo del capítulo, se hace necesario hacer explícitas las conclusiones que se pueden extraer de la información expuesta. Las mismas serán de gran importancia al momento de realizar el ejercicio comparativo con el sistema jurídico colombiano. - La primera conclusión, directamente relacionada con la hipótesis que orienta este trabajo, es que existe una correlación directa e interesante, entre la forma en que se ha desarrollado el *Plea Bargaining* en Estados Unidos y las características del ambiente hermenéutico en que se desarrolla.

Ello es evidente, pues varios de los elementos que se ubicaron en la primera parte del capítulo como fundamentales en la concepción del derecho en Estados Unidos (principio dispositivo, *fairness*, *reasonableness*, principio de oportunidad, derecho de

40 QUINTERO JIMÉNEZ, Camilo Alberto. La Justicia Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio Comparado. Universidad Nacional. T. de grado. <http://www.bdigital.unal.edu.co/39896/1/6699871>.2013.

garantías, etc.) tienen aplicaciones concretas al momento del desarrollo y aplicación de la justicia penal negociada en Norteamérica.⁴¹

Esto nos lleva a pensar que los principios fundamentales de un contexto jurídico determinado influyen de manera directa en el desarrollo de sus instituciones jurídicas y en este caso procesales-penales, lo cual presumiblemente puede implicar que en Colombia se presenta una relación compleja entre los fundamentos de la justicia penal negociada y los principios y valores que históricamente han dado forma a nuestro sistema jurídico.

De acuerdo con lo anterior, en el contexto de Estados Unidos, se observa una relación intrínseca entre el principio dispositivo propio de su ordenamiento y el *plea bargaining*. La misma se hace evidente en la lógica misma de los *plea agreements*, pues esta por naturaleza es una institución procesal penal en que las partes de manera directa y voluntaria acuerdan la aceptación de culpabilidad en unos términos específicos y el juez simplemente avala el pacto.

Ello se da en el marco de un proceso altamente flexible, en el que es evidente que las partes de acuerdo con sus decisiones tienen la posibilidad de orientar el procedimiento dentro del marco general de instituciones y garantías que provee, haciendo uso de todas las etapas procesales cuando así se desprenda del interés de las partes u omitiendo ciertas etapas cuando así lo decidan voluntariamente.

De cualquier forma se debe tener claro que esta visión profundamente dispositiva del proceso tiene implicaciones fuertes con respecto al tema de la efectivización de las garantías procesales para el acusado. Lo anterior pues aunque el proceso penal en general y el *plea bargaining* en particular se encuentran rodeados de garantías desarrolladas a partir de un extenso proceso histórico de depuración, la posibilidad de que estas garantías sean renunciables por las partes, implica que de un modelo ideal altamente garantista se pase fácilmente a un modelo que en la práctica se encuentra carente de garantías.

La idea de *reasonableness*, ubicada como elemento fundamental en el pensamiento jurídico de los Estados Unidos, también tiene expresiones concretas y reiteradas en el marco del procedimiento penal norteamericano y en el *plea bargaining*. A nivel general, en el procedimiento penal, el concepto de causa probable (*probable cause*) está orientado

41 Us Supreme Court. Santobello v. New York 404 U.S. 257 (1971). En red: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/71>

por la evaluación razonable de la posible comisión de un delito y de la imputabilidad del mismo al procesado. Esto se replica en diversos escenarios del procedimiento donde la razonabilidad es la medida a partir de la cual se evalúa si una conducta o práctica concreta es o no válida, como en los tiempos de presentación del acusado, los montos de las posibles fianzas, la admisibilidad de las pruebas etc.

La oportunidad en su papel de principio orientador del sistema penal federal también guarda una relación estrecha e interesante con las aceptaciones de culpabilidad, especialmente en lo que se refiere al papel protagónico que desarrolla la fiscalía en lo que respecta a la suscripción y definición de un *plea agreement*. Lo anterior ya que al estar profundamente arraigada en la cultura jurídica la idea consistente en que la fiscalía tiene la facultad de disponer en qué casos procede la persecución penal y por cuáles cargos, tiene sin duda una posición privilegiada de negociación a la hora de abordar un proceso de *plea agreement*, por poder definir el punto de partida del mismo.

De cualquier manera, es interesante tener en cuenta que esta facultad discrecional no es absolutamente ilimitada y encuentra marcos en disposiciones del *Sentencing Guidelines Manual* y el *Us Attorneys Manual*. - El concepto de *fairness* que condensa una visión procedimental de justicia, en donde el acento se pone en que se respeten las reglas de juego establecidas para las partes, también tiene expresiones concretas en el proceso de aceptaciones de culpabilidad y *plea agreements*.

Ello se observa principalmente en la alta importancia que la jurisprudencia de la *US Supreme Court*, le da a que se respeten los requisitos establecidos normativamente a la hora de la validación de una aceptación de culpabilidad por el juez, y a que se hagan efectivas todas las garantías consagradas constitucional y estatutariamente durante este trámite.

Se considera que existe una relación intrínseca entre la idea de *fairness* y la característica específica del procedimiento penal de Estados Unidos, de ser un sistema construido alrededor de las garantías procesales reconocidas. Esto pues el papel de las garantías mencionadas es construir un proceso con unas reglas claras y definidas, cuyos contenidos deben respetarse necesariamente.

Como ya se expresó en un apartado previo, la estructura del proceso penal federal y la forma en que se ubican las aceptaciones de culpabilidad en esa estructura, tienen una importancia altísima a la hora de evaluar las *guilty pleas* en ese sistema. Ello pues las instancias procesales que se deben agotar antes de que el procesado pueda emitir válidamente una declaración con respecto a su culpabilidad, son en sí mismas una garantía enorme para la efectivización del derecho al debido proceso, a una defensa eficiente y a una decisión con respecto a la aceptación de culpabilidad voluntaria e inteligente.

En este punto es muy importante tener en cuenta los contenidos y elementos de la *initial appearance* y de la *preliminary hearing*, como audiencias que permiten una aceptación de culpabilidad más inteligente y garantista. 73 - Teniendo en cuenta la idea ultracontenciosa del proceso que se tiene en el sistema norteamericano, es interesante ver como el papel de las víctimas dentro del proceso en general y en lo referido a los *plea agreements* en particular, ha venido cobrando mayor importancia en las últimas décadas.

De cualquier manera se debe especificar que aún desempeñan un papel secundario dentro del proceso pues su rol se limita al tema patrimonial (*restitution*) y a su derecho a ser escuchados y tenidos en cuenta por la fiscalía y el juez. - La relación entre aceptaciones de culpabilidad y pena en el sistema federal de los Estados Unidos ilustra elementos interesantes que se deben tener en cuenta a la hora de la comparación con el sistema colombiano.

En primer lugar se debe resaltar que en ese procedimiento no se establecen rebajas estandarizadas de pena para las aceptaciones de culpabilidad o para *plea agreements* en etapas procesales determinadas, y por el contrario la definición del grado de rebaja a aplicar descansa en buena medida en la discrecionalidad de fiscales y jueces. Así mismo, se debe aclarar que en principio la tabla dispuesta en las *sentencing guidelines* define un marco de pena que en muchos de los casos se aplica efectivamente aún en casos de aceptaciones de culpabilidad o *plea agreements*. Ello quiere decir que las penas que se imponen por fuera de los rangos de las *sentencing guidelines* son excepcionales y están estrictamente reguladas en las mismas normas. Ello describe un proceso de definición de la pena a imponer completamente distinto del planteado por el Sistema Colombiano.

Otro aspecto que marca una visible nota diferencial, que evidencia las refacciones del modelo colombiano de negociaciones en materia penal frente al modelo primigenio

(copiamos y copiamos mal) es que las negociaciones se hacen sobre la base de una promesa de la Fiscalía de apostarle a un cambio favorable en contraprestación a la aceptación de culpabilidad, pero que dado el tributo que se tiene a un principio de autoridad que encarnan los jueces norteamericanos, no siempre obtienen la concesión prevista, esto es, que son los jueces quienes tienen la última palabra y no es del todo vinculante la promesa fiscal.

Al respecto, bien ilustrativas resultan algunas sentencias del Tribunal Supremo (*Suprem Court of the United States*), el cual aun reconociendo que existen unos límites constitucionales propios del apotegma del Debido Proceso, frente a la amplitud del poder dispositivo de la Fiscalía a la hora de negociar sobre la base de ofertar o prometer una recomendación a favor de una sentencia más leve o una reducción de los cargos, considera admisible que la Fiscalía al negociar una aceptación de culpabilidad prometa recomendar una pena más leve o una reducción de cargos, sin que se entienda como castigo o represalia la advertencia de que de no aceptarse enfrentaría penas mayores, porque no hay componente vindicativo cuando el procesado es libre de aceptar o rechazar la oferta (*caso Bordenkircher v. Hayes-1978*)⁴².

La Suprema Corte estadounidense estima elemento esencial de la Administración de Justicia, a riesgo de su colapso (*no habría jueces ni estrados suficientes si cada cargo se sometiera a un proceso completo*) el aliciente de una reducción de cargos ofrecida en negociación a cambio de una declaración de culpabilidad, pero considera que si el fiscal incumple menoscaba las bases de la renuncia a los derechos fundamentales implícita en la negociación y el acusado puede instar a su cumplimiento (*caso Santobello v. New York, 1971*).

Sin embargo, la misma Corte matiza tal conclusión al señalar en otra decisión, que si el fiscal hace una oferta y luego la retira no es violatorio al principio del Debido Proceso, bajo la consideración de que este axioma no es un código ético para los fiscales,

42 Según la *Suprem Court*, es constitucionalmente permitido que el fiscal al persuadir en una negociación que el acusado renuncie a la no autoincriminación advirtiera al acusado que en vez de recomendar una condena de cinco años por un delito que ameritaba hasta diez, podía pedir cadena perpetua, dada la existencia de dos antecedentes por delito grave, y ante la no aceptación en efecto, conforme recomendó, fue condenado a cadena perpetua (ob cit. idem, págs. 894-901).

y que el acusado era consciente de las posibles consecuencias cuando se declaró culpable (*caso Mabry v Johnson -1984*)⁴³.

La *Suprem Court* también ha dicho que las Reglas Federales de Procedimiento Penal autorizan a la Fiscalía a pedir que el acusado sea sobreseído por ciertos cargos, recomendar una condena concreta o a no oponerse a la petición que en ese sentido vaya a hacer el acusado, pero dejando en claro que tal recomendación o petición no vinculará al tribunal (*United States v. Bencimol, 1985*)⁴⁴.

Estos casos ejemplifican una realidad del esquema de justicia premial norteamericano que no ofrece el garantismo del que se hace gala en Colombia, puesto que allí, la negociación solo puede consistir en una promesa de solicitar una decisión más favorable, una pena o tratamiento más benevolente, que no por ello compromete la decisión del Juez o Tribunal, mostrándonos que nuestra emulación frente a la figura que aquí se percibe fue tan fiel a un esquema absolutamente dispositivo, descansa en realidad en un fuerte componente de autoridad fincado en los jueces.

De otro lado, El *plea bargaining* es objeto de autorizadas críticas como un sistema no contradictorio de justicia penal, porque si bien surge en el seno del sistema acusatorio, es un atajo inquisitorial que se ofrece como alternativa aunque a la postre es el modelo por excelencia, ya que los procesos ordinarios son residuales ante el fracaso de la negociación como filtro.

Dice Gerald E. Lynch que si bien el *plea bargaining* ha surgido de una ideología acusatoria, su extendida práctica ha determinado el desarrollo de un sistema de justicia que en realidad se asemeja, para la mayoría de los acusados, mucho más a lo que los abogados

43 Caso de un condenado por robo agresión y asesinato, fruto de asalto a mano armado en residencia, el cual se saldó con la muerte de uno de los moradores, condena que parcialmente el tribunal anuló frente al cargo por homicidio, así que el fiscal le propuso declararse culpable como *cómplice* del asesinato, a cambio de recomendar una condena a 21 años de prisión, que se descontarían simultáneamente a la condena por robo y agresión, pero luego propuso que se cumpliera en forma consecutiva, obteniendo una sentencia en ese mismo sentido (ob. Cit. idem, págs. 902-904).

44 Caso de un acusado que se declaró culpable por un fraude por correo conforme a una negociación en virtud de la cual la Fiscalía recomendó la suspensión condicional bajo fianza, pero el Tribunal de Distrito desechó la recomendación y lo condenó a seis años de tratamiento y supervisión conforme a la Ley Penal de Menores, el acusado pidió retirar su conformidad o en subsidio anular la condena, alegando que el Estado le incumplió, la Corte no halló defecto porque estimó que no había habido acuerdo (ob. Cit. idem, págs.. 906-908).

consideran como un sistema inquisitivo, antes que al modelo de justicia acusatoria idealizado en los libros de texto.⁴⁵

El mismo autor dice que el sistema estadounidense, de la manera en que realmente opera en la actualidad en la mayoría de los casos, se asemeja mucho más a lo que los juristas anglosajones describirían como un sistema de justicia no contradictorio, administrativo, antes que al modelo de procedimiento de partes- acusatorio- que ellos idealizan⁴⁶.

Los mecanismos negociales o de justicia premial son sin duda una herramienta muy valiosa, pero exige límites y no puede ser una panacea que eluda a ultranza llegar “*a la tierra prometida*” del juicio oral, muchas veces por pasotismo, otras por ser “*cura rápida*” a las tribulaciones de la congestión, y no se conjuran posibilidades “*non sanctas*”.

De una cosa hay que estar claros: Tras el pretexto de aligerar los procesos penales no puede agazapar la reducción de garantías propias de un sistema acusatorio y menos su supresión.

En los países donde se ha implantado el sistema acusatorio de corte anglosajón, las negociaciones representan unos porcentajes muy superiores respecto de los procesos, que de verdad, se llevan a juicio, emulación clara de lo que pasa en Estados Unidos. Con ello, como apenas es obvio, desaparecen las garantías características de las actuaciones penales de raigambre constitucional, y en su lugar se da cabida a lo que se puede calificar como un proceso sin proceso.⁴⁷

Ahora bien, si en Estados Unidos una abrumadora mayoría de las condenas federales y estatales (97% y 94% respectivamente) son resultado de la aplicación del *plea bargaining*, ello ha exigido desarrollos jurisprudenciales por vía de los precedentes sobre el tema de las garantías con las cuales hay que contar en estos trámites dados en etapas preliminares, en contraste con lo que ocurre en Colombia, donde de manera genérica se alude a “*garantías fundamentales*” y se otorga la facultad al Juez de

45 LYNCH, Gerard E. - *Plea Bargaining: El sistema no contradictorio de Justicia Penal en Estados Unidos*. NPD; 1.998/PGS. 293-330. Artículo publicado por la Unión para la Apertura Universitaria-UPAU. Consulta fuente Google, marzo 6 de 2016, 12:50 horas.

46 Idem.

47 MONTAÑEZ RUIZ, Julio César. *Revista Derecho Penal y Criminología*. Vol XXXIV, #97, julio- dic- 2013, pp. 65 a 83.

improbar los preacuerdos, solo si advierte violación a garantías fundamentales (artículo 351, inciso cuarto del C.P.P), sin dar clave alguna sobre cuáles son esas garantías; y sin que la jurisprudencia haya hecho una decantación clara al respecto.

Por lo pronto, estamos con el criterio según el cual plantear que el debate probatorio y el grueso de las garantías en el Procedimiento Penal Colombiano se debe restringir al juicio oral, es dejar en el mero formalismo todas las etapas preliminares, que por el contrario deben llenarse de contenido material y garantías para evitar un ejercicio arbitrario del *ius puniendi*⁴⁸

2.3. LOS MECANISMOS PREMIALES EN EL DERECHO COMPARADO.

Es importante abocarnos a un análisis de la figura de los preacuerdos en el modelo colombiano, desentrañando características comunes y diferenciales respecto del modelo original surgido en Estados Unidos de Norteamérica en la segunda mitad del siglo XIX, advirtiendo su devenir histórico hasta constituirse en el proceso penal por antonomasia, como ha llegado a reconocerlo la propia Corte Suprema (*Supreme Court*) estadounidense, según la cual el 97% de las condenas federales y el 94% de las estatales se resuelven por esta vía. Así mismo, el análisis comparado de esta figura, como fue incorporada a los sistemas penales locales en algunos países (Perú, Chile, Alemania y España) nos permitirá dimensionarnos frente a las características y fallas del modelo negocial colombiano.

Esa recepción por parte del sistema continental europeo, primero, y luego la emulación que viene haciéndose en los sistemas procesales de Latinoamérica, con asimilaciones diversas en cada país, ha presentado niveles diversos de adaptabilidad y en algunos casos distorsiones (que no necesariamente son susceptibles de asumir como afortunados sincretismos), porque el apego al principio de legalidad en la persecución penal de entrada es problemático y limitante, al tener que establecer una especie de

48 QUINTERO JIMÉNEZ, Camilo Alberto. *La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia*. Estudio comparado desde una perspectiva de cultura jurídica. Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013, 129 p.96.

convivencia con el principio dispositivo que tiene especial relevancia en la cultura del proceso penal norteamericano.

No dejando de reconocer que los mecanismos de justicia premial (*El Plea Bargaining* y *el Plea Guilty*, en Estados Unidos, homónimos de Preacuerdos y allanamiento en Colombia), resultan ser instrumentos tentadores y emulables por la ganancia en tiempo y en recursos, sobre todo donde hay más riesgo de que los Fiscales, de verse abocados a un juicio, puedan perder sus casos (riesgo que se ve incrementado cuando la iniciativa probatoria del Fiscal es pobre o los recursos de que se le dota son escasos para hacer una buena investigación), abundan las razones para recelar de que sí sea un modelo de justicia, en mayor medida cuando una excesiva libertad para que los fiscales negocien con el procesado de la mano de sus defensores, lleva a confusos caminos de inseguridad jurídica e impunidad, que a la hora de la verdad se constituyen en regalías sin contraprestaciones, y solo por el prurito de una evacuación ligera de los casos.

2.3.1. El caso alemán.

Para entender la relación conflictiva entre los mecanismos de justicia negocial y la ley procesal penal alemana, es preciso destacar las notas características del sistema alemán, paradigma del continental europeo, que dada la impronta que pone en el principio de legalidad, de entrada rivaliza con el de estirpe angloamericano, tan dado a la disponibilidad que otorga a las partes. Dicho de otra manera: El sistema angloamericano parte del modelo de la disputa entre dos partes enfrentadas, dueñas de la contienda (acusador vs acusado), y el sistema continental europeo instituye el modelo de la investigación oficial, que veda negociar la pena, así que cualquier extrapolación de un modelo a otro resulta problemática y de difícil asimilación⁴⁹.

49 Destacó dos importantes trabajos que ponen la impronta en estas tensiones: El primero corresponde a BERND SCHUNEMANN, titulado “Crisis del Procedimiento Penal” ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?, el cual se publicó en Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio”. El segundo es del catedrático de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Leandro Díaz y corresponde a una investigación en derecho procesal penal comparado, titulada “Los Acuerdos en el Derecho Penal en Karlsruhe y Estrasburgo: Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En Alemania rige un proceso con tintes inquisitoriales, empero el reemplazo desde la última reforma trascendental en 1974 de los jueces de instrucción por fiscales, de manera similar a Colombia, aunque no integran el poder judicial, pero tampoco tienen subordinación administrativa, estando supeditados a los jueces para la aprobación de ciertas medidas coercitivas o intrusivas, si bien en la fase preparatoria tienen indiscutibles facultades como la de pedir preclusiones en delitos de menor gravedad, limitándose los jueces a verificar la legalidad de la medida y no su conveniencia⁵⁰.

Es evidente entonces, que la asimilación de los acuerdos, sea una tarea tan difícil como mezclar agua y aceite, y se revierte en problemas de legitimidad, que son examinados con escepticismo en la práctica judicial y la doctrina alemanas; pues si el juez tiene encomendada la tarea de buscar la verdad material, gozando para ello de facultades oficiosas a fin de darle impulso al proceso, está claro que hay una indisponibilidad por las partes de la acción penal, así que la práctica de las pruebas y la determinación de la pena no pueden ser reemplazados por un reconocimiento de culpabilidad por vía de preacuerdos.

Como lo expone Shünemann, conforme a la estructura de un proceso de partes, el acusado puede prescindir completamente de la audiencia de juicio en la que se debate su culpabilidad y, con ello, también de la prueba, si desde el principio se declara culpable (*gulty plea*) ello sustituye una determinación de su culpabilidad judicial y resulta inmediatamente el fundamento para la determinación de la pena, lo cual es visto como la compra de una pena considerablemente reducida a cambio del reconocimiento de culpabilidad.

Shünemann critica el procedimiento norteamericano por estimarlo poco adecuado para combatir la criminalidad, sobre todo la organizada, pues la verdad formal que él garantiza no asegura una ejecución material y justa del derecho penal, ni un trato igualitario a los autores penales en delitos similares, así que considera que el Plea Bargaining es “*un sistema arbitrario*”, lo cual no le ha impedido continuar “*su marcha*”

50 HENDLER, Edmundo, Artículo que aparece en fuente Google, titulado “Alemania: Sistema Procesal Penal. Créditos: Cátedra Hendler. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.

triumfal” o tendencia extensiva, al punto de reconocer que la mitad de los procesos penales se evacúan por esta vía en aquel país ⁵¹.

Valga hacer notar, que la crítica de autores como Schünemann parte del enfoque de que la crisis que agobia hoy al procedimiento continental europeo, trátase de Alemania, Italia o España, se presenta justamente por la adopción del *Plea Bargaining*, por las afectaciones que éste conlleva a los principios inmanentes a un derecho penal de corte liberal (expresión de un Estado de Derecho Social y Democrático).

Así, este autor percibe que los preacuerdos son cuerpos extraños en el sistema continental europeo, no obstante que a simple vista aparezcan como una necesidad de descargar a la justicia del enorme peso que la sobrecarga, sustituyendo la idea de retribución como fin de la pena por un concepto de prevención que pone la impronta en la necesidad y legitimidad de soluciones basadas en la economía procesal y los mecanismos consensuales, advirtiendo como ventaja adicional para los profesionales involucrados una descarga sustancial en las exigencias técnicas, que les facilita el trabajo y los deja menos expuestos a los riesgos y el desgaste de irse a juicio, pero que se hace a costa de desnaturalizar la estructura procesal y del debido proceso, llevando de calle las garantías procesales, pues se realizan al margen de un juicio oral que garantice principios de publicidad, inmediación y oralidad⁵².

Del mismo modo, el autor en cita echa en falta en el mecanismo de los preacuerdos lo que es tan caro al procedimiento penal del modelo continental europeo: La verdad material y el deber judicial del esclarecimiento de los hechos, pues los acuerdos sucumben ante la utilidad práctica de acortar los procesos. En su sentir, un auténtico deber judicial de esclarecer unos hechos solo puede darse por cumplido, con una confesión cualificada, que presuponga que el juez o el tribunal por todos los medios entren a verificar su veracidad; así que las que da en llamar “confesiones magras” propias de los acuerdos, ponen en evidencias la sustitución de la obligación de esclarecimiento judicial de los hechos.⁵³

51 BERND SCHUNEMANN, titulado “Crisis del Procedimiento Penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?, el cual se publicó en Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio”. Págs. 293 y 294

52 IDEM, pg. 295.

53 En contraste, en Colombia, autorizadas y exultantes voces que defienden los preacuerdos como la panacea de la mora y la congestión judicial llegan a plantear que “cuando el propio procesado ha consentido en reconocer su culpabilidad, debe partirse de considerando de ser cierto ese asentimiento, lo cual aleja la posibilidad del error judicial, base precisamente para que la justicia adquiere mala

Valga relevar también, de la crítica de Schünemann, que a su modo de ver los acuerdos transforman al proceso penal, concibiéndolo no como un conflicto de valores decidido por el juez, tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos. Finalmente, considera que los acuerdos, al significar una renuncia al juicio oral, basando la condena solamente en el reconocimiento que haga el procesado y lo que haya alcanzado a instruir un Fiscal, invierte los valores en los que se basa la práctica procesal penal de corte continental europeo, puesto que reinstala un procedimiento inquisitorial en el cual todo se decide en la instrucción (lo que llama “apoteosis de la instrucción”).

Schünemann considera que los preacuerdos pugnan con los fines procesales, dado que significa una adhesión que la parte “*más débil*” hace frente a la parte “*más fuerte*”, cuando el mero reconocimiento de un hecho no constituye fundamento suficiente para la determinación de la pena, así que la negociación solo certifica la fuerza de la coacción estatal, pero poco dice de la inquebrantabilidad del derecho.

En conclusión, Schunemann aboga por el establecimiento por el Juez o el Tribunal de una pena, siempre que sea fruto de una instrucción contradictoria y balanceada, que permita hablar de una búsqueda de la verdad material dentro del marco de un resultado negociado del proceso en el que se hayan observado todas las garantías propias de la instrucción, advirtiendo por contera, que los acuerdos no pueden forzar al Derecho a la resignación, sino que exige redoblar los esfuerzos para impedir que se desmorone el proceso penal basado en principios liberales del Estado de Derecho.⁵⁴

La discusión sobre cómo lidiar con las contradicciones que el instituto de los preacuerdos (*Plea Bargaining*) genera, al ser extrapolado a un sistema que le resulta extraño, como el continental europeo, donde rige el modelo “*de la investigación oficial*”, tiene dos importantes hitos más bien recientes: Primero, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 13 de marzo de 2013, y segundo, la sentencia del

reputación y para que se den reparaciones económicas cuantiosas y frecuentes por parte del Estado. Este doble riesgo no se da cuando opera el sistema de los preacuerdos y negociaciones” (Fernando A. Castro Caballero, o cit. Preacuerdos y Negociaciones en el Proceso Acusatorio Colombiano” ob. Cit.), lo cual desconoce una realidad como la colombiana, que no conjura el error judicial con la sola atribución de responsabilidad por parte de un procesado, en virtud de un preacuerdo o de un allanamiento a cargos, cuando bien es sabido que muchos por la necesidad o el temor pueden saltar por estos atajos atribuyéndose la responsabilidad en lugar de otros, por lo que la sola confidencia y aceptación de responsabilidad no puede ser suficiente.

54 IDEM, pg. 303.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o Corte de Estrasburgo, del 29 de abril de 2014; cuyas repercusiones son innegables, por representar Alemania un ejemplo paradigmático del sistema continental europeo, y por el ascendiente que sobre el sistema interamericano de derechos humanos tiene su par europeo, por ende, el peso de sus argumentos en la discusión continental en América Latina sobre los acuerdos en materia penal.⁵⁵

El argentino LEANDRO DÍAS⁵⁶ resalta dos aspectos de tal discusión: Primero, la legitimación de los mecanismos negociales, dada la precariedad que desde el punto de vista de la legitimación moral presenta un instituto que puede facilitar la punición de inocentes, o como lo ha dicho el autor de este trabajo, que es un mecanismo que se facilita para hacer saltar al procesado por un atajo, ante la inminencia de una pena, sea que haya o no cometido delito, o por lo menos que lo haya hecho en la dimensión que le arrostra la Fiscalía, a más de que incita a disminuciones desmesuradas frente a la pena justa, restando toda proporcionalidad y hasta racionalidad en el ejercicio sancionador. Y, segundo, las colisiones que podrían producirse con distintos derechos fundamentales, y el primero, la renuncia a la garantía a un juicio oral y público.

El mismo autor resalta que desde la década de los 80 empieza a resquebrajarse en Alemania la visión monolítica frente a la obligatoriedad en la persecución estatal y la justicia material, llegando a aceptarse acuerdos informales con la participación de los propios jueces, llevando al Tribunal Constitucional Alemán, en 1987 a considerar que tales acuerdos estaban en consonancia con la idea del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*), siempre que fueran respetados ciertos principios, como el de persecución obligatoria, el deber del juez de hacerse a pruebas que determinen los hechos del caso y la correspondencia entre el castigo y la culpabilidad del autor, dejando el claro el Tribunal, que las negociaciones no pueden, en ningún caso, reemplazar la decisión independiente de un juez respecto a la pena y la determinación de culpabilidad.⁵⁷

Pone de relieve dicho autor, que mediante una sentencia de 1997, el Tribunal Supremo Federal (BGH), buscó armonizar la práctica con los principios rectores del proceso, fijando una serie de requisitos que debían cumplirse para estimar admisibles y legítimos

55 DÍAS, Leandro. “Los Acuerdos en el Derecho Penal en Karlsruhe y Estrasburgo: Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Investigación en derecho procesal penal comparado, Universidad de Buenos Aires, fuente GOOGLE.

56 Íd., p.

57 IDEM, pg. 207.

los preacuerdos, a la luz de un enfoque casuístico, poniendo en primer lugar el “*principio de investigación*” , según el cual la confesión por sí sola no puede ser base de un fallo de condena, correspondiéndole al juez establecer su credibilidad, en virtud del mandato de la búsqueda de la verdad, a través de otros medios⁵⁸. Así mismo, consideró que debe respetarse el principio de inmediación, negando la posibilidad de que se fije de antemano la pena, por estimar que ello impide que el juez tome la decisión teniendo en cuenta la totalidad del debate, dejando sin piso una punición adecuada de la culpabilidad, así que solamente se puede hacer una promesa vinculante sobre el máximo de la pena, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal pueda imponer una pena superior en caso de descubrir nuevos datos sobre la gravedad de los hechos, siempre que se advierta al procesado que negocia sobre esta posibilidad.

La sentencia más reciente que destaca el autor en cita, emanada del Tribunal Constitucional Alemán, data del 13 de marzo 2013-, el cual estimó ajustadas a la Constitución las normas que en Alemania se han producido en torno a las negociaciones en materia penal, porque el legislador tomó las precauciones para garantizar que los acuerdos se realizaran respetando los requisitos constitucionales, es decir, que los autorizó limitadamente y mediante mecanismos de protección, para lo cual hizo un análisis de los principios que podrían verse afectados, fuera de lo cual todo acuerdo devendría ilegal. Así mismo le encomendó la tarea al legislativo de permanecer expectante frente a los desarrollos de la práctica judicial, que si como advirtió con base en estadísticas que registran un alto porcentaje (35.5%) de casos en los que suelen reemplazarse los procedimientos reglados por acuerdos informales, para que entrara a contrarrestar un desarrollo defectuoso, con lo que dejó abierta la posibilidad de que si se intensificaban esas prácticas ilegítimas podría declarar la inconstitucionalidad del mecanismo.⁵⁹

58 ÍD., pg. 210.

59 En Colombia, el rumbo que ha tomado en la práctica judicial la figura de los preacuerdos concita la intervención del órgano legislativo, que si bien actualmente cursa una reforma al código procesal penal, no para mientes en la difícil situación de una judicatura perpleja, que en vez de hallar el la Corte Suprema de Justicia una guía que reivindique el papel del juez, prácticamente lo amilana, por hacer una lectura inadecuada, descontextualizada y sin medir los alcances y entresijos dogmáticos que subyacen a la consideración de que a los jueces en el escrutinio de los preacuerdos les está vedado hacer control material.

2.3.2. El caso peruano.

2.3.2.1. La Terminación anticipada en el modelo de justicia negociada en Perú.

Inscribiéndose como una modalidad de proceso, en el marco de los “Procesos Especiales” (Libro Quinto- “Procesos Especiales”- Sección V- “*Proceso de Terminación Anticipada*”, artículos 468 a 471 del Código Procesal expedido mediante Decreto Legislativo 957 de 2004.) está el de Terminación Anticipada, que puede ser propuesto por el Fiscal o el Imputado, desde la disposición fiscal hasta antes de formular acusación, e implica una audiencia de carácter privado en trámite aparte que no impide la continuación del proceso, que se celebrará ante el Juez de la Investigación Preparatoria, y que pudo estar precedida de reuniones preparatorias informales.

En dicha audiencia, en la que el Juez insta a acordar, el Fiscal presenta los cargos que surjan como consecuencia de la investigación preparatoria, el imputado puede aceptarlos en todo o en parte o rechazarlos, y ambos pueden presentar una solicitud conjunta y un acuerdo provisional sobre las circunstancias del hecho, la pena, la reparación civil, e incluso la no efectivización de la pena privativa de la libertad.

Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho y la pena acordada son razonables, y obran elementos de convicción suficientes, dicta sentencia aprobatoria del acuerdo, fijando la pena, la reparación civil y consecuencias accesorias, y otorgará una rebaja de 1/6 parte de la pena en compensación por el acuerdo.

Los demás sujetos procesales pueden cuestionar la legalidad del acuerdo o el monto de la reparación civil, de lo cual conoce el Tribunal Superior.

Cabe indicar que la Corte Suprema de Justicia del Perú realiza acuerdos plenarios entre los Jueces Supremos, estableciendo una doctrina legal como pauta interpretativa a invocar por los jueces en todas las instancias; así, el **Acuerdo Plenario sobre Proceso de Terminación Anticipada** celebrado en 2008⁶⁰, define la terminación anticipada como un proceso penal especial, y a la vez una forma de simplificación procesal, que se sustenta en

60 Acuerdo Plenario sobre proceso de terminación anticipada. Jueces Supremos de lo Penal, Corte Suprema de Justicia del Perú. Consulta web, sitio “*Agenda Magna*”, agendamagna.wordpress.com.

el principio del consenso, siendo además uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Reza dicho acuerdo que:

Si es que las partes arriban a un acuerdo que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad, corresponde al juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la responsabilidad de la pena.

Plantea así mismo dicho acuerdo que:

El Control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes: 1.) El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación con los hechos objeto de la causa y las circunstancias que rodean al hecho punible. 2.) El ámbito de la legalidad de la pena. 3.) La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente- probabilidad delictiva- de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado. 4.) Que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

2.3.2.2. Concepto.

El proceso de terminación anticipada es un proceso especial y una forma de simplificación procesal que se sustenta en el principio de consenso, es además uno de los principales exponentes de la justicia penal negociada.

Consiste en el acuerdo entre el procesado y la fiscalía para poner fin al proceso negociando los cargos, la pena, reparación civil y demás consecuencias accesorias, conforme al artículo 468-6° del C.P.P.P., con admisión de [culpabilidad](#) de alguno o algunos de los cargos que se formulan, permitiéndole al encausado la disminución punitiva.

2.3.2.3. Características y naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada peruano.

1. La terminación anticipada es un proceso penal especial de abreviación o simplificación procesal para concluir la actuación durante la etapa de investigación preparatoria, cuya característica básica es el consenso y por ende es una forma de

justicia negociada, que no es apéndice o proceso auxiliar dependiente de aquél, sino uno guiado por sus propios principios y su carácter supletorio.

Se trata de un típico procedimiento especial que propone una formula simplificada que permite la conclusión consensuada del proceso penal obviándose las restantes etapas procesales, para su viabilidad se requiere de la previa formalización de proceso común constituyendo una variación ex post del trámite procedimental que cobra autonomía, esto es que se yuxtapone, entrando a sustituir el trámite ordinario.

2. El objeto de la negociación es la pena imponible, lo cual no obsta para que su objeto sea el cargo imputado o una pena distinta a la prevista legalmente, aunque en el marco de respeto al principio de legalidad.

3. En este sentido la terminación anticipada deberá entenderse como un consenso entre fiscal y el imputado que supone la aceptación de los cargos, y su finalidad es concluir el proceso de forma rápida, impidiendo tener que llegar a la etapa intermedia y la de juzgamiento que incluye el juicio oral.

4. Como presupuesto para su configuración, debe comprobarse en primer lugar la [responsabilidad](#) del agente, y luego se negocia la forma y monto de la pena y la reparación civil, dejando en claro que el descuento porcentual de 1/6 parte tiene un carácter fijo y automático, que se aplica cuando ya se ha definido con seguridad y acierto por el Juez, y en su dimensión exacta, la pena concreta o final.

5. Le es oponible a los demás sujetos procesales, quienes pueden cuestionar su legalidad o el monto de la reparación, el cual el superior por vía de alzada puede incrementar dentro de los límites de la pretensión del actor civil.

2.3.3. Principios que son inherentes al proceso especial de terminación anticipada.

2.3.3.1. Principio de oportunidad

El Principio de Oportunidad se instituye como un requerimiento de [carácter](#) político-criminal con la finalidad de evitar incidencias en cuanto a la sobrecarga

procesal, así como al hacinamiento carcelario; del mismo modo su aplicación también permite evitar [procedimientos](#) y sanciones, muchas veces tardías e innecesarias. Esta misma [mecánica](#) también opera con la Terminación Anticipada.

2.3.3.2. Principio de legalidad

Oficializado el seguimiento penal, es decir al Fiscal y a los efectivos de la policía, la *notitia criminis* indefectiblemente convoca la presencia del aparato jurisdiccional que tiene por finalidad la obtención de una decisión judicial. Lo honroso en este sentido es que una vez iniciada la persecución penal, no es factible cortarla, interrumpida o hacerla cesar salvo por aquellas formas contempladas por ley, siendo una de ellas la Terminación Anticipada.

2.3.3.3. Presunción de Inocencia

La presunción de inocencia no solo es un principio procesal sino que además es un derecho fundamental, el cual garantiza que cualquier ciudadano no sea condenado sin el previo [movimiento](#) mínimo de las diligencias probatorias, mediante adecuados [medios](#) de prueba, con excepciones claro está de la "*prueba prohibida*" que la ley declara "*expressis verbis*".

2.3.3.4. Principio de Defensa

Los procesos penales abreviados al igual que los regulares se posan sobre el principio de la incuestionable indisponibilidad de derecho de defensa, o por el contrario, en la facultad de renunciar a éste. El imputado es asistido con toda solemnidad en la celebración juicio oral. Compruébese que el ejercicio de ese derecho tiene las garantías que la [Constitución](#) que las leyes sustantivas y procesales le acuerdan al sindicado.

2.3.4. El contenido de la sentencia en proceso de terminación anticipada.

La revisión de algunas sentencias dictadas en varias Cortes Superiores de Justicia del Perú nos ofrecen el panorama de un mayor rigor en el control que le concierne a los jueces a la hora de homologar los acuerdos para la terminación anticipada del proceso,

ceñidos a unos parámetros, según los cuales el juez repara en que haya suficiencia probatoria, hace un efectivo control de legalidad no solo frente al juicio de tipicidad sino también al de la penalidad, y para mientes en la razonabilidad, que implica revisar si la pena cumple los principios de lesividad, culpabilidad y humanidad.

Cabe destacar de una de las sentencias revisadas⁶¹, que el Juez se ciñe a un libreto trazado por acuerdo plenario de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el que hace una constatación paso a paso de las pautas trazadas para la aprobación de los acuerdos, así: 1.) El juez dictará sentencia si el fiscal y el imputado llegan a un acuerdo acerca de las consecuencias del hecho punible, la pena, la responsabilidad civil y consecuencias accesorias, para lo cual valorará los elementos de convicción en forma conjunta, a fin de establecer los hechos probados; y como consecuencia de ello, la comisión del delito arrostrado.

Al efecto, en la sentencia se plasma como motivación una explicación sobre la naturaleza del proceso de terminación anticipada, indicando que es un proceso especial simplificado para evitar la continuación de la investigación y el juzgamiento, si existe un acuerdo entre el fiscal y el imputado por el cual éste acepta los cargos, obteniendo de ello beneficio de reducción de la pena, según los parámetros correspondientes. Al Juez le concierne analizar la propuesta de terminación anticipada a efectos de verificar la legalidad de la misma, la no afectación de derechos constitucionales o fundamentales, como forma de control jurisdiccional, considerando los criterios de suficiencia probatoria, legalidad y razonabilidad.

Cabe destacar que en la sentencia analizada, el juez de manera pormenorizada analiza cada uno de estos criterios, así: 1.) Suficiencia probatoria: Antepone que debe existir causa probable, porque la presunción de inocencia solo puede ser destruida con la suficiente actividad probatoria, pues la culpabilidad se asienta en dos ideas: a.) La exigencia de auténticos actos de prueba, y, b.) El principio de libre valoración o criterio de conciencia de los jueces, que conforme a los lineamientos de un debido proceso es *conditio sine qua non* de la sanción que haya una determinación indubitable de la comisión de un ilícito y la responsabilidad de su autor, por lo que la certidumbre es la base de toda sentencia condenatoria y si faltare es preciso absolver.. 2.) Control de Legalidad,

61 Sentencia del 25 de febrero de 2010, Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, expediente No. 00104-2010-54-2701-JR-PE.

que se produce a través de: a.) El juicio de tipicidad, que implica verificar si en el acta de acuerdo se adecuó la conducta en forma correcta dentro del tipo penal; y b.) El juicio de penalidad, que analiza la legalidad e la pena para lo cual se tiene en cuenta la reducción obligatoria (1/6 parte) por acogerse a la terminación anticipada, la reducción facultativa por confesión sincera, y reducciones que según el caso pueden darse por el escaso grado cultural y carencia de antecedentes, para concluir finalmente si la pena resulta proporcional con los parámetros punitivos establecidos con arreglo a los beneficios premiales del Código Procesal Penal Peruano. 3.) La razonabilidad informa que ningún poder ni derecho puede ser ejercido de manera no razonable, o sin adecuación entre medios y fines, lo que implica que en el ejercicio sancionador que el juez pare mientes en los principios de lesividad, culpabilidad y humanidad.

Otra sentencia por terminación anticipada que fue revisada⁶², correspondió a un intento de corromper a un policía de tránsito, por lo que se imputó Cohecho Activo (por dar u ofrecer), acordándose que sobre la base de la pena mínima (4 a 6 años) se rebajaría 1/6 parte, multa de 400 nuevos soles y la suspensión condicional.

Cabe anotar que la sentencia deja expresa constancia de haber tomado en cuenta la naturaleza de la acción por un delito doloso (acto de corrupción contra un agente del orden), el grado de instrucción (secundaria) y la situación económica del procesado (regular). Así mismo tuvo en cuenta principio de proporcionalidad, calidades personales, reconocimiento de la culpabilidad y ánimo de resarcimiento.

Mencionó que el proceso de terminación anticipada se sitúa en la sentida necesidad de conseguir una justicia célere y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad, y dejó anotado que se hizo verificación sobre el cumplimiento de las normas sobre terminación anticipada (Sección 5ª C.P.P.) y el Acuerdo Plenario No. 5-2008 del 13 de noviembre de 2009 de la Corte Suprema, estableciendo en el control de legalidad que se hizo control a.) Sobre la calificación jurídica del hecho punible, b.) Sobre la pena y la reparación civil, c.) Sobre el fundamento probatorio de la imputación analizada, dentro del marco legal de las normas que rigen el proceso, concluyendo que la calificación jurídica y la pena resultan legales, razonables y obran suficientes elementos de convicción.

62 Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Miraflores 3 de octubre de 2011, expediente No. 00130-2011-1-1826-JR-PE-02.

2.3.5. Semejanzas y diferencias entre los modelos colombiano y peruano.

Si bien la institución de los preacuerdos y negociaciones en Colombia se puede asimilar en la figura peruana de terminación anticipada, el momento procesal es más amplio en nuestro país, en tanto en Perú está limitado a la investigación preparatoria y busca precisamente evitar que se dé la llamada etapa intermedia que equivale aquí a la de juzgamiento que es subsecuente a la formulación de acusación.

Así mismo, no es el juez de Conocimiento quien ejerce control de legalidad a la terminación anticipada por vía de acuerdo sino el de la investigación preparatoria, que en nuestro país tiene como homólogo al Juez de Control de Garantías. Y sobre todo, el papel que le concierne al Juez sí es de un control material evidentemente esclarecido en la propia regulación legal, al consagrar que el Juez habrá de evaluar la razonabilidad de lo acordado y que obren suficientes elementos de convicción.

Podemos concluir de las pautas trazadas a los Jueces y Tribunales peruanos por la Corte Suprema de Justicia del país hermano, que son cautos los jueces en la constatación de los criterios que deben ser observados, velando por que haya suficientes elementos materiales probatorios o evidencias como “causa probable” que lleguen a comprometer la presunción de inocencia y luego son celosos en cuanto al control de legalidad y tipicidad estricta, lo que contrasta con el caso colombiano, donde parece cundir el propósito instrumental de finalizar los procesos a cualquier precio, incluso el de la impunidad, para lo cual se ha desfasado la jurisprudencia nacional en el sobre dimensionamiento de la facultad dispositiva de los fiscales, llegando a arredrar a los jueces para que el control de legalidad que les está deferido no hagan un genuino control de legalidad.

2.3.6. El caso chileno.

El Código Procesal Penal chileno, en su Libro IV consagra el Procedimiento Abreviado, como un procedimiento especial que se desarrolla ante El Juez de Garantía, y

el cual, según definición dada por la Defensoría Pública del país austral, “*consistirá en la posibilidad de que las partes puedan acordar una forma de procedimiento diversa, y, proceder a un debate simplificado frente al Juez encargado de controlar la investigación, al término del cual pronunciará la sentencia*”⁶³.

La única institución que es percibida en Chile como la más próxima al Plea Bargainin es el Procedimiento Abreviado, que aunque sea vista por algunos como “*una manifestación continental atenuada*” de este mecanismo, se replica por otros que la regulación chilena no explicita tal similitud al no mencionar siquiera la negociación por ser consustancial al mismo, si bien le reconocen que en sus fundamentos y consecuencias funciona como tal⁶⁴.

A partir de la regulación que el Código Procesal Penal chileno hace del Procedimiento Abreviado, según el cual *éste es un procedimiento especial que se caracteriza por la conformidad del imputado con los hechos objeto de la acusación, lo que permite que, cumpliendo ciertos requisitos establecidos por la ley, se eliminen las formalidades probatorias del Juicio Oral y en cual el Juez de Garantía directamente dicta sentencia*, se ofrece como de su esencia la aceptación por el procesado de los hechos que sirven de base a la acusación y la conformidad con la aplicación de este procedimiento abreviado.

Según el artículo 406 del Código Procesal Penal Chileno y normas subsecuentes establecen los requisitos formales de procedencia de este instituto procesal y la oportunidad para solicitarlo, así como la forma de su realización. Según la norma en cuestión dos son los requisitos para su aplicación: 1.) Que la pena requerida por el Fiscal, para el caso concreto, no sea superior a cinco años de reclusión menor en su grado máximo, ora una pena de distinta naturaleza, sea que se aplique como única, conjunta o alternativamente. 2.) Que el imputado acepte expresamente los hechos imputados y dé su conformidad para la aplicación de este procedimiento.

Cabe anotar que el Procedimiento Abreviado lo acuerdan expresamente el Fiscal con el imputado, de la mano de su defensor, y lo controla el Juez de Garantía, requisito que suele denominarse “conformidad” y constituye el objeto esencial de la institución; sin

63 www.defensoriapenal.cl/index, cita en el trabajo de Bernardita Barra Wiren “Eficiencia y Legitimidad del Procedimiento Abreviado desde el punto de vista de la práctica punitiva del Estado”. Trabajo de grado. Universidad de Chile, 2010, pg.13.

64 Ídem, pg. 9.

embargo, la iniciativa puede partir del Fiscal sin aviso previo al imputado, aunque debe esperar hasta la correspondiente audiencia para saber si cuenta con el asentimiento de éste.

En este sentido, se asimilan “conformidad” con “allanamiento” a cargos, que se entiende como una declaración de voluntad del imputado, mediante la cual acepta la pretensión punitiva; y que en términos *iusprivatistas* puede entenderse como “una declaración de voluntad del demandado por el que acepta la pretensión formulada por el actor, reconociendo que debe ser estimada, poniendo fin al litigio o controversia existente entre las partes”⁶⁵

Adviértase que esta forma es más acorde con el *plea guilty* norteamericano, con el allanamiento colombiano o la Conformidad española, porque en estricto sentido no entraña negociación sino una aceptación de culpabilidad.

Sin embargo, BARRA WIREN⁶⁶ dice que dado que el acuerdo no versa sobre la culpabilidad del imputado, porque la determinación de ella corresponde al juez, el imputado puede resultar absuelto cuando el Juez de Garantía considere que no halla fundamentos suficientes para condenarlo, lo cual es una de las notas diferenciales con el modelo de justicia negocial en Colombia, donde parece haber quedado fuera discusión que el Juez (aquí el de Conocimiento), no puede revertir en absolutoria, *a motu proprio*, una pretensión de condena por esta vía, contraviniendo un poder dispositivo de las partes.

La negociación no se halla expresamente tratada en la ley procesal penal chilena y el único reconocimiento indirecto que de ella se hace, se encuentra en el artículo 407 de dicho texto, al siguiente tenor:

“Si se hubiere deducido acusación, el Fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este título”.

Muy importante es resaltar que empero la indeterminación que el código procesal penal chileno suscita respecto de las facultades del Fiscal a la hora de negociar, a qué

65 Op. Cit. Aguilera Chamorro, Encarnación, nota número 30, pg. 262, citada por Bernardita Barra Wiren en su tesis “Eficiencia y Legitimidad del Procedimiento Abreviado desde el Punto de Vista de la Práctica Punitiva”, Universidad de Chile, 2010, pg.25.

66 BARRA WIREN, Bernardita María. “Eficiencia y Legitimidad del Procedimiento Abreviado desde el punto de vista de la práctica punitiva del Estado”. Trabajo de grado. Universidad de Chile, 2010, pg. 22.

puede renunciar y los derechos que le asisten al imputado en este trámite, pero en aras de un mínimo de determinación se plantea que la calificación jurídica de los hechos no está a expensas de la voluntad de las partes, y es el juez a través del análisis de las circunstancias fácticas quien la determina⁶⁷.

Otro rasgo distintivo de esta figura “premieral” en la legislación procesal penal chilena, frente al allanamiento y los preacuerdos colombianos es que el artículo 408 del código de aquél país le otorga la posibilidad al querellante de oponerse a la realización del Procedimiento Abreviado, e incluso de impedir su realización si entregare fundamentos plausibles. En tal caso se mencionan que puede haber oposición cuando el querellante halla una calificación jurídica de los hechos, atribuye una forma distinta de participación o existen elementos que modifiquen la responsabilidad penal.

En contraste, la regulación colombiana (Ley 906 de 2004) no da margen a la oposición de la víctima, esto es que deja en claro que la víctima debe ser enterada sobre las negociaciones entre el fiscal y el procesado, como se desprende del literal f) del artículo 11, según el cual la víctima tiene derecho “*A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto*”. Así mismo, conforme al artículo 351, inciso final, la víctima puede aceptar la reparación efectiva que resulte del preacuerdo, pero en caso de rehusarla le queda abierta la puerta para acudir a las vías judiciales pertinentes (en principio la posibilidad de promover incidente para la reparación integral).

2.4. Antecedentes en Colombia de los mecanismos consensuales.

Digamos que para los preacuerdos no fue la Ley 906 de 2004 “el primer día de la creación”, pues hubo en las pasadas vigencias procesales algunos gérmenes que estuvieron inspirados en medidas de emergencia ante las dramáticas vicisitudes vividas por el país, por efectos de la violencia y retos de la criminalidad organizada (narcotráfico) en las dos décadas finales del Siglo XX, ofreciendo como particularidad que tales convenios no se

67 Op. Cit. Horvitz y López, nota número 6, pg. 521, citado en su tesis por Bernardita Barra Wiren.

hacían a cambio de nada, sino a modo de beneficios por colaboración, cuando había de por medio delación para el desmembramiento de organizaciones criminales.

Así la Ley 30 de 1986 consagró en el artículo 45 una disminución punitiva a la persona sindicada o procesada siempre que denunciara a los demás coautores, cómplices o encubridores del delito investigado. De manera similar, el Decreto 1199 de 1987, en su artículo 8º, dispuso una reducción de la pena por colaboración con la justicia que concluyera con resultados favorables, beneficios por colaboración que llevaron incluso a establecer una eximente de responsabilidad en la andanada de medidas de excepción que se dictaron para hacer frente a los retos de la delincuencia organizada que puso en jaque la institucionalidad a finales de la década de los ochenta. Así en 1988 por Decreto Presidencial se modificó el artículo 37 del Decreto 180 del mismo año, se llegó a exonerar de responsabilidad penal al procesado, condicionando ello a la colaboración efectiva con la justicia (Decreto 2490 de 1988, Art. 6).

Hasta ese momento, los preacuerdos y negociaciones no eran aún una institución como tal, de hecho, estas normas forman la simiente de lo que se empieza a consolidar como institución alternativa y pragmática frente al proceso ordinario. Posteriormente, en 1990, la institución se va perfilando mediante su sistematización dentro de la legislación colombiana, con los Decretos 2047 de la Presidencia de la República y 3030 del Ministerio de Justicia y del Derecho que establecieron algunos beneficios por colaboración con la justicia en situaciones de perturbación del orden público y Estado de sitio, con el fin de restablecerlo.

Por medio del Decreto 2700 de 1991, artículo 37, se creó la figura de ***Terminación Anticipada***, estableciendo una audiencia especial, a petición del Fiscal o del sindicado, para aceptar cargos a cambio de un beneficio de rebaja de hasta una sexta parte de la pena. Esta regulación permitía que el fiscal y el procesado llegaran a un acuerdo relativo a las circunstancias de la conducta punible y a la pena imponible, a efecto de que el Juez, verificara en audiencia no solo su corrección sino que obrara prueba suficiente.

Cabe recordar que el mismo Decreto 2700 creó la figura de la ***Audiencia Especial***, consagrada en el artículo 37-A, mediante la cual el fiscal presentaba los cargos surgidos de la investigación y el sindicado podía aceptarlos en forma total, parcial o rechazarlos. Realizado el acuerdo con la presencia de la defensa y del Ministerio Público se elaboraba

un acta que se ponía a disposición del juez para que se ejerciera el control de legalidad, aprobado el acuerdo por el juez, el sindicato obtenía como beneficio una rebaja de una sexta parte de la pena.

Textualmente la norma establecía:

ARTÍCULO 37-A. AUDIENCIA ESPECIAL. A partir de la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica del procesado y hasta antes de que se cierre la investigación, el fiscal, de oficio o a iniciativa del procesado, directamente o por conducto de su apoderado, podrá disponer por una sola vez la celebración de una audiencia especial en la que el fiscal presentará los cargos contra el procesado. La audiencia versará sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia (Decreto 2700 de 1991).

Resulta memorable tal figura por el fracaso que significó, puesto que en la práctica no se utilizaba sino la figura de Terminación Anticipada, lo cual resulta curioso ahora porque es la figura que más se asemeja a la actual negociación o preacuerdo, en tanto que la segunda tiene todos los visos del actual Allanamiento a Cargos.

Así pues, estas dos figuras tienen diferencia en cuanto a que la sentencia anticipada era una aceptación unilateral de los cargos, en contraposición a la audiencia especial en la que ya existía una dinámica de consenso relacionada con los cargos imputados.

Más adelante esta figura fue consagrada legalmente, a través de la Ley 81 de 1993, Art. 300, aproximación que comienza a hacerse al sistema premial angloamericano, asimilándose a la alegación de culpabilidad en el *Plea Bargaining*.

Como ya se afirmó, en 1993 se creó la figura de la *sentencia anticipada*, que conforme a la ley se iniciaba a petición del procesado, siempre que estuviese ejecutoriada la resolución que definía su situación jurídica hasta el cierre de la investigación; luego de realizado el acuerdo en el cual se presentaba la formulación de cargos por parte del fiscal y la aceptación de éstos por parte del procesado, se elaboraba un acta que era remitida al juez competente para que ejerciera el control de legalidad y dictara sentencia, determinado el monto de la pena se concedía una rebaja

de una tercera parte; si el acuerdo se daba después de proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fijara la fecha para la celebración de la audiencia pública, la rebaja concedida era de una sexta parte de la pena. Por su parte, el Congreso de la República en el año 2000 estableció que el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada después de realizada la diligencia de indagatoria y hasta que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación.

Según la Ley 600 de 2000, podía también dictarse *sentencia anticipada* cuando la aceptación de los cargos se realizaba desde que se hubiera proferido la resolución de acusación y hasta antes de quedar ejecutoriada la providencia que fijaba fecha para la celebración de la audiencia pública, en este evento la rebaja era de una octava parte de la pena.

2.5. Consagración de los preacuerdos en la Ley 906 de 2004.

2.5.1. Memorias de las actas de la comisión redactora

Con el fin de ofrecer una mirada que nos ayude a desentrañar “el espíritu de la ley” frente al instituto de los preacuerdos), valga enfocarnos en algunos aportes que hicieron miembros de la comisión redactora del actual código procesal penal- Ley 906 de 2004.

Los comentarios elogiosos de los comisionados respecto al mecanismo negocial fueron destacados por la misma Corte Suprema de Justicia⁶⁸ en una ocasión, así:

68 Extraído de salvamento de voto a decisión del Tribunal Superior de Buga por mi ex colega en dicho Tribunal- La Doctora Martha Liliana Bertín Gallego, en el radicado 76247-6000-170-2012-00241, en disidencia con el análisis de constitucionalidad que la Sala Penal hizo mayoritariamente frente al artículo 301, C.P.P. refaccionado por la Ley 1453 de 2011, al limitar las rebajas porcentuales en preacuerdos, donde hubo captura en flagrancia, lo cual fue decisivo para que se abandonaran esas rebajas, cuando un declive vertiginoso en el número de procesos por negociación, por no resultar ya atractivo el mecanismo, ante los cicateros beneficios ofrecidos, hizo virar hacia el ofrecimiento de circunstancias modificadoras de la punibilidad, sin el más mínimo respaldo probatorio, y ni siquiera un criterio de razonabilidad para ofrecerlas, tales como la ira e intenso dolor, la marginalidad o incluso degradando la autoría a complicidad.

Representan variables perspectivas y anhelos hacia la inmediata satisfacción a la sociedad que espera la pronta solución de los casos penales; o descongestiona sensiblemente las oficinas de fiscales y jueces, quienes tienen ocasión de proceder de manera más celerosa en el pronunciamiento de sus decisiones, las cuales se mostrarán precisas y bien fundamentadas, pudiendo evacuar más procesos o dedicar su esfuerzo a situaciones más trascendentales o complicadas... Todos estos magníficos resultados se sintetizan e iluminan bajo el influjo de un derecho penal más contemporáneo y humanitario, que repudia el concepto de violencia institucionalizada, en un mundo que, por lo convulsionado y enrarecido tiende a esta no deseable afinidad.”⁶⁹

Así, el artículo 10, referido a la actuación procesal, consagró de manera textual que *“El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales”*.

Se cuestionó en su momento por uno de los comisionados el término *“podrá autorizar”* y pidió cambiarlo por el más perentorio *“autorizará”*, a lo cual se replicó por el entonces jurista comisionado Jaime Granados, que *“se hace necesario dar cierto ámbito de movilidad al juez”*.⁷⁰

Luego, en el seno de la misma Comisión, al analizar la figura de los preacuerdos a partir de la imputación, según la actual regulación de los artículos 350 y 351 del Código Procesal Penal, el conocido jurista, Jaime Granados señaló que únicamente el juez puede determinar la responsabilidad en Colombia y para hacerlo se requiere de un juicio oral, en tanto que es una garantía constitucional, y que para que ello no se haga se requiere de una declaración de culpabilidad, la cual implica una renuncia al juicio cuando se hace después de la acusación y antes del inicio del juicio⁷¹, lo cual va enseñando que en el proceso “bifásico” colombiano, conformado por una investigación (instrucción) y la formalización de la acusación, promoción a juicio o enjuiciamiento, la figura de la negociación era concebida tal cual se tiene en los Estados Unidos de Norteamérica, cuando hay un ejercicio de la acción penal formalizada a través de una acusación, que procesalmente hablando es el acto inaugural del proceso según los “monistas”, que es cuando en aquel país se puede hacer una alegación de culpabilidad anticipada en la figura del Plea Bargaining.

69 Aclaración del magistrado Yesid Ramírez Bastidas a la sentencia de tutela del 4 de abril de 2006, radicado 24.868

70 Ídem, Memorias, acta No. 006, pg. 147.

71 Ídem. Memorias, pg. 606.

El abogado Granados ilustró entonces sobre la Ordenanza Procesal Alemana, la cual tiene una línea que permite la manifestación de conformidad, aunque no se había regulado hasta la reforma de 1998, a lo cual anotó que sobre el tema, la Jurisprudencia constitucional alemana había dicho que la Fiscalía y la Defensa sí pueden negociar, es decir, se establecían los cargos y la defensa accedía a ellos, permitiendo una disminución punitiva no automática sino flexible, y que si el Juez estaba de acuerdo con ellos los aceptaba.

Alertó el jurista sobre la posibilidad de que las rebajas ofrecidas hasta del 50%, sobre una imputación jurídica incierta, en la dimensión que le otorgara la Fiscalía, y que la pudiera llevar a trasmutar una imputación por homicidio doloso en uno culposo, se constituiría en fuente de impunidad, a lo cual se dijo que ante las innumerables dificultades prácticas y la necesidad de un control judicial para precaver el arbitrio de los Fiscales, uno de los Comisionados (el entonces Fiscal ante la Corte, Andrés Ramírez) dijo que puede haber un fiscal protervo que se una con el defensor, así que según una visión omnicomprendensiva del proceso no solo importa el interés individual sino el de la sociedad en cuanto al castigo que merece el delincuente⁷².

Discutió la Comisión sobre si podía implementarse un sistema de partes y las potestades de éstas para “*disponer*” sobre la sanción, así como sobre los límites de la Fiscalía en el espacio de negociación (Gómez Pavajeau), sobre lo cual se dijo que al negociar las penas no debían resultar irrisorias (ex Fiscal General Osorio).

Las aprensiones de los comisionados no eran infundadas, como lo evidencia la tendencia actual por la que se ha inclinado la jurisprudencia nacional que irradia desde la Corte Suprema de Justicia, por cuanto se ha llegado a considerar que la adecuación típica que la fiscalía seleccione frente a los hechos (la lectura jurídica frente a lo fáctico) es del exclusivo resorte de la Fiscalía y no puede ser censurada por el Juez sea cual fuere, así entrañe incluso error, sobre lo cual ni siquiera en ello halla relevancia la Corte dentro del trámite de los preacuerdos; con lo cual avaló lo que precisamente los comisionados repudiaron: Que los preacuerdos pudieran hacer un esguince a la realidad, para trasmutar un delito doloso en culposo, una coautoría en complicidad, un

72 Ídem, Memorias, Acta No. 025.

delito consumado en uno tentado, un delito agravado en uno bajo parcial justificante bajo estado de irascibilidad o de marginalidad ⁷³

2.5.2. La exposición de motivos en la presentación del Proyecto de Ley.

El pensamiento de los legisladores queda bien resumido por el ponente del proyecto legislativo más tarde cristalizado en la Ley 906 de 2004, así:

Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados se modifican las penas...ii) La razón que sustenta tales incrementos está ligada con la aducción de un sistema de rebaja de penas materia regulada en el Código de Procedimiento penal, que surge como resultado de la implementación de mecanismos de colaboración con la justicia que permiten el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y el mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan.”⁷⁴

Cabe destacar que “el espíritu del legislador” fue el de acoger un sistema de rebaja de penas a través de los preacuerdos, teniendo en la mira que éste asegurara la proporcionalidad en la retribución, conforme a la gravedad y modalidad de los delitos.

2.5.3. El conjunto de normas actualmente vigentes

En el Libro III- El Juicio-se reserva el Título III, capítulo único al tema de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado, estableciendo el artículo 348 las finalidades de preacuerdos que pongan término al proceso, cuales son 1.) Humanizar la actuación procesal y la pena; 2.) Obtener pronta y cumplida justicia; 3.) Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; 4.) Propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto; 5.) Lograr la

73 Sentencia SP-9312016(43356) de febrero 3 de 2016, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, según disponible para suscriptores de LEGIS Móvil, fuente virtual.

74 Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 01 de 2003 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Senado.

participación del imputado en la definición de su caso; 6.) Aprestigiar la justicia y evitar su cuestionamiento se agrega como fin mediato, al pautar que el funcionario (Fiscal) a tal propósito debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal.

Las normas de los artículos 350 y 351 establecen concretamente sobre qué pueden versar los preacuerdos, identificándose tres modalidades, a saber: 1.) ***Rebajas porcentuales*** (que fueron las utilizadas en los primeros años y ya cayeron en desuso, ante el furor de las disminuyentes punitivas como la marginalidad o la ira e intenso dolor), que llevaron a prolongados debates acerca de los criterios para otorgar tal o cual porcentaje (entre la mitad y la tercera parte, cuya crisis se agudizó con la limitación introducida por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, al refaccionar el artículo 301, sobre flagrancia, estableciendo un cicatero y confuso beneficio de solo un cuarto de rebaja sobre los porcentajes diferenciales establecidos en el artículo 351 C.P.P.). 2.) ***Cambios favorables en la tipificación del delito***. El artículo 350 C.P.P. estableció que a cambio de que el procesado se declare culpable, el Fiscal puede ofrecerle la eliminación de una causal de agravación o de un cargo específico, o la tipificación en forma más favorable.

Cabe anotar que la forma que se ha impuesto como la más socorrida, la cual obvia limitaciones de rebaja en atención al momento procesal en que se logra preacordar, es la generadora de mayores cuestionamientos, porque los Fiscales suelen desentenderse de la clara instrucción de que un cambio favorable en la tipificación constituirá “*la única rebaja compensatoria por el preacuerdo*”, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 351 C.P.P, al siguiente tenor:

“También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo”.

A ello alude el “festín de regalías al que se han referido algunos Tribunales y Jueces a la hora de improbar preacuerdos, en los cuales la Fiscalía no solo ofrece una lectura jurídica a hechos jurídicamente relevantes con tipificaciones parciales que obvian sin más todos los cargos, agregando una pena preacordada que se desentiende

de consideraciones sobre proporcionalidad y razonabilidad; y como si ello fuera poco, abogan por el otorgamiento de beneficios en muchos casos inmerecidos, lo cual se constituye en un ejercicio no plausible que deja mal parapetada la administración de justicia, de cara a la sociedad y casi siempre con desconocimiento de los derechos de las víctimas, a siquiera tener “un mínimo” de verdad, de justicia y de reparación.

2.5.4. Las directrices de la Fiscalía General de la Nación.

La Directiva 001 de 2006 del Fiscal General de la Nación estableció pautas o lineamientos en torno al uso de la figura de los preacuerdos, estableciendo que los preacuerdos deberán recaer sobre dos objetos fundamentales: a) Los términos de imputación y b) la pena por imponer.

2.5.4.1. En cuanto a los términos de imputación. El acuerdo debe versar sobre la tipificación de la conducta con todas las circunstancias que la rodeen, en plurales aspectos como: eliminación de agravantes, reconocimiento de atenuantes, grado de participación y la forma de imputación subjetiva.

En este último caso de la imputación subjetiva se hará de la siguiente forma:

1.1 Se puede acordar la tipificación objetiva de una forma específica que traiga como consecuencia la disminución de la pena, pero la nueva adecuación típica deberá hacerse de tal forma que no modifique la esencia de la conducta, el objeto material ni los sujetos activo y pasivo. Si estos últimos son cualificados no podrán ser convertidos en comunes.

1.2. Se puede convenir la eliminación de agravantes específicas conservando las figuras básicas o las especiales en los términos del numeral que antecede. También se puede acordar el reconocimiento de circunstancias específicas atenuantes de cada tipo penal o las generales que modifiquen los límites punitivos, como la ira, intenso dolor, marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, etc.

1.3. Se pueden acordar formas más benignas de intervención en la conducta 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 acuerde una variación de complicidad subsiguiente en un delito a encubrimiento como conducta punible autónoma.

1.4. 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.

1.5. Si hay indefinición jurídica y probatoria sobre el carácter de vencible o invencible de un error, 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.

2.5.4.2. En cuanto a la pena y sus consecuencias. Se puede acordar la pena por imponer y los mecanismos sustitutivos de la misma (suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria), siempre que fuere resultado de un allanamiento o aceptación de cargos, para lo cual deberá observarse las siguientes reglas:

2.5.4.2.1 El allanamiento o aceptación de los cargos imputados y los beneficios que comporta podrán ser objeto de negociación en la audiencia de formulación de imputación, después que el fiscal informe al investigado el derecho a que se refiere el numeral 3 del artículo 288 de la ley 906 de 2004. Asimismo, podrán realizarse estas negociaciones en el interregno comprendido entre la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de la presentación del escrito de acusación o a partir de la presentación de la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado en el juicio oral.

2.5.4.2.2. Para los efectos anteriores podrá negociarse la rebaja de pena de acuerdo con los artículos 351 y 352 de la ley 906 de 2004 y también la pena imponible de

conformidad con los artículos 54, 55, 58, 60 y 61 inciso final del código penal. En el cálculo de la rebaja de pena como fruto de la negociación podrán tenerse en cuenta factores como la oportunidad del acuerdo, la colaboración para definir el caso y la actitud reparatoria hacia las víctimas. En cualquier caso, para efectos de negociar la pena imponible, el fiscal deberá respetar los límites mínimos y máximos previstos en la ley”.

2.5.5. Límites según pautas jurisprudenciales trazadas en control de constitucionalidad a las normas sobre preacuerdos.

2.5.5.1. La Corte Constitucional.

La alta corporación declaró 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 a la ley penal preexistente.

La Corte puntualizó: 1.) 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 el mismo. 2.) Que 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 relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, el primero no goza de 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 que, 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. (Sent. C-1260 de 2005)

Textualmente, por la importancia que reviste esta decisión, nos permitimos transcribir un aparte, así:

Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo -preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

Aunque está expresamente consagrado en el artículo 351- inciso 4°, que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento, autorizando a improbarlos solo si se advierte desconocimiento o quebranto a las garantías fundamentales, pauta que por sí sola y al rompe se aprecia gaseosa por la vastedad misma que entraña el concepto de violación a garantías fundamentales.

También es importante reseñar que por medio de la sentencia C-059 de 2010 la Corte Constitucional recalcó que al momento de adecuar la conducta punible el Fiscal no cuenta con libertad absoluta y debe dar la calificación jurídica que corresponda según la ley preexistente. *“El juez de conocimiento debe controlar el proceso de adecuación jurídica que realiza el ente acusador”*.

Es importante resaltar que frente al derecho de la víctima, la Corte Constitucional emitió una *“sentencia hito”*: La C-209 de 2007, sobre la participación de las víctimas en el proceso penal, en una amplia revisión de normas del Código Procesal Penal- Ley

906 de 2007, ratificando el derecho a las víctimas a que se le considere, por lo que tanto al suscribir los preacuerdos, como en la audiencia de control de legalidad a los mismos, tienen derecho a ser escuchadas, dejando eso sí, en claro que las víctimas no hacen parte de los preacuerdos.

El papel de la Corte Constitucional ha sido más coherente en cuanto a la decantación del tema sobre las potestades de los jueces en los preacuerdos, pero por obvias razones de especialidad, no se ha colado por los entresijos de tal mecanismo, dictando unas pautas generales, que de alguna manera han dado lugar a que la Corte Suprema de Justicia, derivara en interpretaciones en las cuales deja en posición muy débil el papel del juez a la hora de defender el cumplimiento del principio de legalidad, tal cual habremos de ver en los acápite subsiguientes.

2.5.5.2. La Corte Suprema de Justicia.

Empero los cambios en la línea jurisprudencial que en la Corte Suprema de Justicia ha sufrido el mecanismo de los Preacuerdos, que según PÉREZ ALARCÓN permite distinguir claramente dos etapas, una que alienta el control material por el Juez, y otra que prioriza el principio acusatorio y por ende repudia ese control material, es preciso anotar que en tal esfuerzo de decantación, dicha corporación de justicia ha señalado cuándo son desconocidas esas garantías fundamentales, así:

1. Cuando no existe un mínimo de prueba para condenar a efectos de evitar falsas auto inculpaciones, según el estándar probatorio que para condenar fijó el artículo 327 del C.P.P. Al efecto las sentencias 29979 de 2008 y 31280 de 2009.

2. Cuando razones de justicia aconsejen absolver a pesar de la aceptación de cargos (casos de atipicidad objetiva), según las sentencias N° 31531 de 2009 y 40972 de 2014.

3. Cuando existen vicios en el consentimiento del acusado, conforme al artículo 293 del C.P.P., según el cual en caso de aceptación de la imputación por el procesado a

motu proprio o por acuerdo con la Fiscalía, se entenderá lo actuado como acusación suficiente y se enviará al Juez de Conocimiento para que discierna si fue consciente y voluntario. En consonancia con tal preceptiva la Corte mediante sentencia 38834 de 2013.

4. Cuando se confiere más de un beneficio de los cuatro antes anotados, conforme al artículo 351 del C.P.P.

5. Cuando se desconocen las prohibiciones legales de preacordar.

6. Cuando hay incremento patrimonial en el acusado y no se garantiza su reintegro, conforme al artículo 349 del C.P.P., según los Autos 29473 de 2009 y 34829 de 2011.

7. Cuando la víctima no es oída por el fiscal al momento de la negociación (CC sentencia C-516 de 2007).

2.5.4.3.2.1. Análisis de la evolución jurisprudencial de la Corte en dos perspectivas.

2.5.4.3.2.2. La defensa y el repudio del control material por el Juez de Conocimiento: dos etapas de un paradigma sin resolverse.

El autor de este trabajo destaca el estudio juicioso que el juez risaraldense y procesalista Carlos Andrés Pérez Alarcón⁷⁵, ha hecho en su análisis sobre los preacuerdos en una década como un paradigma sin resolverse, y quien plantea que así parezca a simple vista claro el panorama frente a la decantación que en materia de preacuerdos ha procurado la Corte Suprema de Justicia, la realidad muestra un panorama bien distinto, dado lo poco pacífico que resulta la novedosa posibilidad en

75 PÉREZ ALARCÓN, Carlos Andrés. Diez Años de los Preacuerdos en Colombia y el Paradigma sigue sin definirse. Avance en la investigación “Impacto de los Preacuerdos diez años después de su implementación, realizada a través del Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas de la Universidad Libre, Seccional Pereira, con el apoyo del auxiliar de investigación y estudiante de derecho Oscar Santiago López Parra.

cabeza de la Fiscalía de degradar cargos y dosificar la pena, así que el mismo experto propone en un reciente trabajo revisar el devenir de la jurisprudencia a lo largo de más de una década, en la que pueden diferenciarse varios períodos.

Por el esmerado ejercicio propedéutico hecho por PÉREZ ALARCÓN, bien vale traer a colación la clasificación referida en cuanto a dos etapas que él diferencia, y por derecha sedimentarlas con una tercera etapa, que a nuestro juicio es la de mayor confusión y crisis, toda vez que se debate la Corte entre la tendencia dispositiva a ultranza, y una tendencia que busca morigerar tales ímpetus, reconociendo nuevamente la potestad del Juez para ejercer control material, si bien limitado y excepcional.

El Juez PÉREZ ALARCÓN, señala dos etapas en el convulsionado devenir jurisprudencial sobre los preacuerdos en nuestra Corte Suprema de Justicia. Una de apología y otra de rechazo al control material por el Juez a los preacuerdos, así:

2.5.4.3.2.2.1. La posición apologética del control material por parte del juez de conocimiento.

Como la define PÉREZ ALARCÓN, para referirse a los primeros esbozos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia sobre el Sistema Penal Acusatorio, cuando amén de la ambigüedad misma de la regulación de los dos mecanismos premiales de negociación y allanamiento, y la remisión que el numeral 3° del artículo 288 C.P.P. hace al artículo 351 de la misma codificación, en principio pareciera que lo uno entraña lo otro, esto es que el preacuerdo conlleva el allanarse.

Resalta PÉREZ ALARCÓN el salvamento de voto al auto 22716 de 2005 el entonces Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, quien expresó que la aceptación de cargos envolvía un “acuerdo” con la Fiscalía y por ello las rebajas de la Ley 906 no eran asimilables a los casos tramitados conforme a la Ley 600 del año 2000; planteamiento que sostuvo mediante sentencia de tutela 20554 de 2005, sellando una división frente a la posición “más vanguardista” de sus colegas Marina Pulido de Barón y Alfredo Gómez Quintero, quienes señalaron que los preacuerdos eran

diferentes de los allanamientos y, por ende, estos últimos se asemejaban a la figura de la sentencia anticipada, por lo que el mayor descuento punitivo traído por la Ley 906 de 2004 era loable en los casos de Ley 600 de 2000; confusión que pervivió en las providencias 21954, 21347 y 23312 de 2005.

Solo hasta febrero de 2006 la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-091 vino a zanjarse la discusión, al plantear las profundas diferencias existentes entre los preacuerdos y los allanamientos a cargos, al discernir entre actos bilaterales y unilaterales, siendo de naturaleza bilateral los preacuerdos como auténticos contratos en los que la Fiscalía tiene amplia discrecionalidad; y de naturaleza unilateral el allanamiento a cargos, donde el procesado simplemente se somete al imperio de la Ley y el juez de conocimiento pasa a dosificar la pena aplicando plenamente el sistema de cuartos, concediendo el descuento legal respectivo.

En la sentencia de casación 24531 de 2006 la Corte Suprema morigeró su posición, diferenciando ya entre el acto unilateral y el acto bilateral pero continuó asimilando el allanamiento a cargos como modalidad de “acuerdo”, llegando inclusive a concebir la idea de preacuerdos posteriores -al allanamiento- sobre el monto de la pena o las consecuencias punibles, lectura que el autor en cita estima que acarreó inconvenientes como el de que muchos procesos no lograran terminar anticipadamente a pesar del allanamiento a cargos, dado que se aplicaba incorrectamente el artículo 349 del C.P.P. que prohíbe negociaciones en los casos de incremento patrimonial.

Solo hasta el año 2008 por medio de la sentencia 25306, con la nueva integración de la Sala de Casación Penal, por fin se entendió que los allanamientos no son acuerdos, lo que llevó a que el artículo 349 se aplicara solo a los actos bilaterales, es decir, a los preacuerdos.

Entendemos que lo que dio en llamar PÉREZ ALARCÓN “etapa de confusión” está referida a la ambivalencia que hubo inicialmente entre Allanamiento y Negociación, al entender que preacordar implicaba allanarse, pero a nuestro juicio, la primera etapa, en cuanto al control material por el Juez, significó una tendencia que esbozó una ruta adecuada para avanzar por el camino correcto en la búsqueda de equilibrar las potestades de jueces y fiscales.

Así, mediante sentencia de casación 25.724 del 19 de octubre de 2006, el alto Tribunal, con ponencia del entonces Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón dijo:

Los jueces en su función de control de legalidad de allanamientos y preacuerdos no pueden ser simples observadores. No basta con verificar que la aceptación fue consciente, voluntaria y asistida, sino que al velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales, y dentro de éstas la de velar por la legalidad de los delitos y de las penas y por la tipicidad estricta (artículo 29 C.N.). Por ello, tanto los fiscales como los jueces deben fundamentar probatoria y jurídicamente las razones para optar por una conducta u otra, pues la justicia consensual no puede ser adoptada a cualquier precio, so riesgo de impunidad por lo menos parcial.

Consolidando de momento esa línea de control material por parte del Juez de Conocimiento, no solo la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de casación 14464 de 2005, sino también la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1195 de 2005 esbozaron el ideal de justicia material y el imperativo para el juez de revisar profusamente los requisitos de legalidad y de verdad plena antes de aprobar las negociaciones y emitir sentencia, posición que esta última corporación consolidó con la sentencia C-1260 de 2005.

Cabe anotar que en sentir entonces de la Corte Suprema de Justicia el Juez no era un simple espectador que meramente declara la verdad que quieren mostrar las partes con sus negociaciones, posición que más tarde llevó a la Sala a plantear mediante proveído No. 27759 de 2007 que:

Las negociaciones no pueden truncar el principio de legalidad. Deben existir márgenes de razonabilidad jurídica, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad. El parámetro de la negociación de los términos de la imputación no es la impunidad; el referente del fiscal y de la defensa es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia.

Para la Corte, entonces, en consonancia con la Corte Constitucional en la ya mentada Sentencia C-1260 de 2005, el Fiscal tiene el deber de imputar correctamente los delitos cometidos, con las circunstancias de agravación genéricas y específicas, en tanto que al Juez de conocimiento le corresponde auscultar a fondo esa adecuación jurídica, siéndole permitido improbar preacuerdos para que se corrija la calificación.

El autor en cita pone de relieve el caso de una imputación que hizo la Fiscalía por Lesiones Personales, sobre las cuales reparó el Juez de Conocimiento que se trataba de

una Tentativa de Homicidio Agravado, sobre lo cual estimó la Corte a más de correcta era necesaria la intervención del Juez.

Luego, por medio de las sentencias 25724 de 2006, 25713 de 2007 y 29979 de 2008, la Corte reiteró que para la aprobación de las negociaciones punitivas era imperiosa una correcta adecuación jurídica de los hechos (tipicidad expresa), bajo el principio de estricta jurisdiccionalidad de la actividad procesal, que tiene íntima conexión con el principio de Legalidad Estricta; llegando incluso por medio de las sentencias 25743 de 2006 y 29117 de 2008 a sugerir cuál debió ser el camino que la Fiscalía estaba obligada a seguir al momento de formular la imputación.

A su turno, en el proceso 34022 de 2011 la Corte decretó la nulidad desde la audiencia de formulación de acusación porque el juez de conocimiento no propendió por dar claridad en la narración de los cargos (posición opuesta a la planteada en la sentencia 38020 de 2012). Para la Corte Suprema la temática del control material a los preacuerdos no siempre puede entenderse en perjuicio del procesado. Por ejemplo, a pesar de tratarse de trámites abreviados, en los procesos 24786 de 2007, 28872 de 2008 y 31280 de 2009, se repudió la ligereza de la Fiscalía al incluir un concurso inoperante (primer caso), al agregar una agravante infundada (segundo caso) y al omitir una atenuante punitiva derivada de un exceso en una causal de justificación (tercer caso).

En esta fase la Sala de Casación de la Corte reiteró el deber del juez de conocimiento de no ser mero *“convidado de piedra”*, o estampillador de los acuerdos que las partes le presenten, debiendo ejercer un control material, posición que se mantuvo entre los años 2009 y 2012, en el cual el autor en cita destaca los proveídos 36367 de 2011 y 38146 de 2012, en los que en esencia la Corte le apuesta al respeto pleno del principio de legalidad, mientras que en la providencia 38500 de 2012 hizo un interesante recuento de los pasos que el juez de conocimiento debe afrontar cuando está frente a una negociación punitiva y reiteró su línea jurisprudencial sobre la posibilidad de retractación por cualquiera de las partes antes de que se produzca la aprobación del pacto. Empero, también advirtió la Sala que *“cuando se materializa una tipicidad distante de la aceptada no se puede acompañar el preacuerdo”*.

2.5.4.3.2.3. La posición de repudio al control material por parte del juez de conocimiento”.

Dice PÉREZ ALARCÓN que la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia de casación 39892 del 6 de febrero de 2013, subrayó, como regla general, que siendo la Fiscalía titular de la acción penal, la acusación no puede ser cuestionada por el Juez, porque ello implicaría la imposición del criterio judicial al encargado de la acusación; *y solo en eventos ostensibles de violación al principio de legalidad el juez debe intervenir*; aun cuando no especificó cuáles serían esos casos.

Consideramos que muy especialmente debe destacar entre las decisiones que representan la posición más libérrima a la que llegó la Corte Suprema de Justicia, agregando a las que relevó en su trabajo el Juez PÉREZ ALARCÓN, el auto de segunda instancia del 20 de noviembre de 2013, con ponencia del Magistrado Castro Caballero, decisión en la que el alto tribunal se enfoca en los fines de celeridad y economía procesal que subyacen a las formas consensuadas de culminación del proceso como el allanamiento a cargos (conformidad) o el preacuerdo, erigiéndolos ni más ni menos- que en los más caros principios; y buscó sustentación política, planteando que las formas de justicia premial no pueden asumirse con estrechez de miras sino con un criterio amplio, pues en primer lugar tiene cabida en un esquema acusatorio en el cual el Juez, en virtud del principio dispositivo es despojado de su poder tradicional que es trasladado a la Fiscalía; y es expresión de democracia participativa propia del modelo de Estado Social en el cual los ciudadanos están llamados a participar en las decisiones que les afectan.

Al orientarse por un criterio amplio en la disponibilidad del Fiscal y la prevalencia que debe darse a su criterio, y por el contrario, extremadamente limitado en cuanto a la “injerencia” excepcionalísima que podría hacer el Juez, en aspectos puntuales y trascendentes que demuestren violaciones objetivas y palpables, necesitadas del remedio de la improbación, como en caso de verificar vicio en el consentimiento, afectación al derecho de defensa, otorgar dos beneficios incompatibles, ofrecer rebajas superiores a las permitidas o acceder a un subrogado sin cumplir las exigencias de ley.

Frente al imperativo de observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación, como pautas de Política Criminal, en aras de aprestigiar a la administración de justicia y obviar su cuestionamiento, según el artículo 348 C.P.P., que ello constituye un desiderátum sobre el cual sugiere aguzar mecanismos de control interno, pero que escapan a la labor de verificación del juez, al considerar que ninguna fuerza vinculante comportan.

Esta posición fue reiterada en el proveído 42184 de 2014, en el cual la Corte expuso:

El Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.

En la misma línea la sentencia de casación 37951 del 19 de junio de 2013, la alta Corporación de justicia dijo:

Una vez definida la formulación de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía y particularmente cuando han sido aceptados por el imputado, no tiene cabida en el modelo acusatorio que el juez se ocupe de aquello que no le compete. Por tanto, cuando invalida la imputación para que en su lugar sea complementada como en su opinión corresponde, está, nada menos, que controlando materialmente la acusación. Lo anterior, porque es a la Fiscalía en un sistema de adversarios a quien compete agotar una investigación idónea y postular la pretensión punitiva adecuada con la que se espera restablecer el equilibrio quebrantado con la comisión del delito, esa es su función en la arquitectura del modelo.

También por Auto 41375 del 14 de agosto de 2013, la Corte advirtió que el sistema penal colombiano “*no prevé control judicial a la acusación y la lógica del sistema funciona en el antagonismo ante un tercero imparcial*”, entendiendo una quiebra a esa imparcialidad que el Juez de Conocimiento por hacer control material termine entremetiéndose en las funciones propias del que acusa.

Por Auto de segunda instancia del 16 de octubre de 2013 en el proceso 39886, la Corte examinó el caso de un juez de conocimiento que en un trámite abreviado invalidó una imputación por receptación al considerar que el inculcado había participado en el hurto de la cosa que poseía. La Corte entonces estimó que *se desvertebra la sistematicidad del proceso adversarial donde el juez se convierte en coacusador*, dificultando la labor de la Fiscalía, al tener que entrar a demostrar una teoría del caso que no es la suya, sino la del juez que instigó la nueva acusación.

Reseña el autor mencionado que tras estos pronunciamientos, por vía de tutela pulularon los ataques contra decisiones de los Tribunales en todo el país que auspiciaban la improbación de preacuerdos, trayendo a colación la sentencia de tutela del 24 de septiembre de 2013, radicado 69478, por la cual la Corte Suprema de Justicia dejó sin efectos un auto del Tribunal Superior de Pasto que había improbadado un preacuerdo donde en un delito sexual una mujer que facilitó la ubicación de la víctima, habiendo sido imputada como coautora, fue beneficiada con la calidad de cómplice.

En este proveído se repudió el control material que ejercieron los jueces de las instancias al proceder acusador. Hubo un salvamento de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier, quien basó su inconformidad por la violación al principio de estricta tipicidad.

Destacó también la sentencia de tutela del 13 de noviembre de 2013, radicado 70392, por la cual la Corte descalificó el criterio del Tribunal Superior de Medellín acerca de que *“el proceso penal no puede convertirse en un festín de regalías de calificaciones jurídicas que puedan sacarse al amaño de un cajón de sastre”*, con el cual se improbadó una imputación por homicidio donde se adosó la causal de atenuación denominada ira e intenso dolor por considerarse “irracional”.

Para la Corte ese proceder es errado porque *el fiscal es dueño de la investigación y es quien determina el alcance de los hechos* e insistió en que el juez no puede sugerir a la Fiscalía cómo proceder.

Por sentencia de tutela N° 70712 del 4 de diciembre de 2013, emitida frente al polémico caso conocido como *“carrusel de la contratación en Bogotá”* y que involucró a altos funcionarios del Estado en líos de cohecho y peculado por temas de

obras públicas en la capital, se deploró el actuar del Tribunal Superior de Bogotá al aniquilar una imputación que consideró errónea por incompleta, al no referir circunstancias de mayor punibilidad ostensibles y plantear una calidad de partícipe a un caso de coautoría.

Ante el torrente de casos por vía de tutela, atacando la improbación de preacuerdos, la Corte morigeró su discurso, y mediante la sentencia de tutela N° 73555 del 20 de mayo de 2014, por hechos relacionados con el abuso sexual de un padre contra sus dos hijas de ocho y nueve años de edad; donde se pactó en la negociación un aumento de dos meses por el concurso y se concedió la libertad por ser hechos anteriores a 2005, en este caso dijo la Corte:

Los controles legales y constitucionales que ejerce el juez de conocimiento no son una expresión de parcialidad del operador judicial, es simplemente el cumplimiento de la misión de garantizar la realización de las garantías fundamentales para las partes e intervinientes en el proceso penal, entre ellas, la más primordial de todas, la recta impartición de justicia en el asunto sometido a decisión, tarea en la que está obligado el funcionario a resolver conforme a los hechos demostrados aplicando las disposiciones llamadas a reglar el caso. Esta obligación es de rango constitucional y en ningún caso ni por ningún motivo puede dejar de resolver el operador judicial conforme con los hechos, las pruebas y el derecho que emérita el asunto sub judice.

Ejemplos de lo expresado en el párrafo anterior son los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal en los que se ha ejercido control material por el juez, el Tribunal o a veces por la Corte, haciéndose readecuaciones típicas por demostrarse que la ilicitud cometida es otra, i) el evento resuelto por esta Corporación en el radicado 41778 de 5 de marzo de 2014, en el que el Tribunal condenó por tentativa de acceso carnal violento y casó el fallo para sentenciar por acto sexual abusivo, reato éste último demostrado en la actuación y por el que no pidió condena el Fiscal, ii) pacífico es igualmente el criterio de la misma Sala en cuanto a la fiscalización que el juez debe hacer a la imputación jurídica que hace el fiscal en las alegaciones para aprobar solamente las que no agravan la situación jurídica del procesado, iii) o también cuando se ha reconocido que la facultad de acusación del Fiscal no es omnímoda, pues la Sala de Casación Penal en el radicado 39.892 (06-02-2013), ha admitido que el Agente del Ministerio Público excepcionalmente tiene la potestad de oponerse a las formas de justicia consensuada cuando “desconozcan derechos fundamentales”, al contrariar el orden jurídico interno, internacional humanitario, o constituyan infracciones graves a los derechos humanos conforme al Bloque de Constitucionalidad, la Carta Política y la Ley.

Al generalizarse que el juez no puede hacer control a la imputación jurídica que haga el fiscal, se tendría que admitir entonces que las demás partes o intervinientes carecen de interés jurídico para impugnar o interponer los recursos ordinarios o el extraordinario de casación y cuyo objeto sea corregir errores en el nomen iuris, por más aberrantes que sean 12 las actuaciones del fiscal en esa materia, situación que además de injusta y generar impunidad desconoce los principios que estructuran la Carta Política y la Ley 906 de 2004.

Destaca el juez y procesalista Pérez Alarcón, que según la Corte hubo una indebida injerencia por parte del Juzgador al entremeterse en la dosificación de la pena que hizo la Fiscalía en su preacuerdo, pues aún si la Fiscalía ofrece una pena en extremo benévola y altamente controversial (un aumento de dos meses por concurso en un delito sexual contra menor de edad), estimó que no se le puede imponer al fiscal el criterio punitivo cuando está dentro de los extremos legales.

En las sentencias de casación 40871 de 2014 y 42184 de 2014 la Corte retomó su línea vehemente de proscripción al control material de la acusación. En el último de los procesos se analizó la conducta de un hombre que habiéndose separado de hecho de su cónyuge, se molestó porque la vio con otro hombre tiempo después y decidió lesionarlos a ambos (falleció el hombre y la dama quedó herida). La Fiscalía reconoció la atenuante de ira. La Corte en sala dividida avaló el preacuerdo. No obstante, se mostró sorprendida por la manera irresponsable como se han venido manejando las negociaciones por parte de la fiscalía. Quien expuso:

Empero, no puede dejar de registrar la manera si se quiere irresponsable en que algunos fiscales, conforme a los asuntos que día a día examina la Sala, pasan por alto mínimos presupuestos de contención y al amparo de las muy amplias facultades otorgadas por el legislador, de manera sistemática y reiterada festinan beneficios inmerecidos en asuntos que no comportan complejidad o dificultad para su demostración cabal en juicio.

Esa manida forma de asumir el preacuerdo como especie de tronera que le permite desasirse fácilmente de los asuntos sometidos a su consideración, ha conducido de manera perversa a que en lugar de fungir la Fiscalía como soberana del poder de negociación, ahora clama por la solicitud de la defensa a fin de contar con la oportunidad de mermar su carga laboral. “Desde luego que la Corte conoce de la congestión de los fiscales y la enorme cantidad de investigaciones sometidas a su conocimiento.

Pero, de ninguna manera ello puede justificar tantos y tan gratuitos beneficios otorgados a los acusados, que lejos de aprestigiar la justicia, como lo demanda el inciso segundo del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, terminan por hacerla objeto de cuestionamientos y crear una lamentable sensación de impunidad en el ciudadano. “Sin embargo, se repite, no están llamados los jueces a poner coto a tantos desafueros, pues, la naturaleza misma del sistema premial y las facultades consagradas en la ley se lo impiden.

Considera la Sala, eso sí, que al interior de la misma Fiscalía, conforme su estructura jerarquizada y lo que la constitución y la ley facultan, es posible adelantar una tarea efectiva de control interno, fijación de pautas y seguimiento, que limiten al máximo lo que ahora se critica.

A finales de 2014 la Corte emitió la sentencia de tutela 76549 en la que ratificó la tesis dominante pero no concedió el amparo porque el preacuerdo estudiado, relacionado con la degradación de cargos de coautor a cómplice para un asaltante, se

excedió en el descuento por tratarse de flagrancia. Este tópico es particularmente especial porque parece confundir la Corte los descuentos por aceptación simple (artículo 351 C.P.P.) con los descuentos legales en virtud de atenuantes o degradación del grado de participación, razonamiento que, en todo caso, resulta aislado y contrario a la literalidad del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y a la sentencia C-645 de 2012; pero esto es tema para otra ponencia.

Para el año 2015 el autor referido cita dos casos similares relativos a portadores de poco estupefaciente a quienes se les reconoció en virtud de una negociación punitiva la circunstancia modificador de la punibilidad de la marginalidad, ambos ventilados ante el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, que improbo el acuerdo por hallar no demostrada fehacientemente la adicción a las drogas, postura que en ambos casos rectificó el Tribunal Superior de Pereira. La Corte, mediante las sentencias de tutela 78202 y 79393, en el primer caso se abstuvo de analizar de fondo, pero en el segundo concedió el amparo bajo el criterio de que *“permitir que el juez imponga su criterio sobre la facultad que tiene la Fiscalía de calificar la conducta punible para edificar los preacuerdos, conlleva a que se aparte del principio de imparcialidad que debe gobernar su actuación y asuma un rol que no es de su competencia”*.

A su vez, la Sala de Casación Civil, en sede de segunda instancia tutelar, en proveído del 1 de julio de 2015, sentencia STC-8506 de 2015, revocó esta tesis y concluyó que los temas de preacuerdos no pueden ser tratados en el ámbito de amparo, comoquiera que el proceso penal no ha culminado y en él pueden esbozarse otros acercamientos entre las partes.

El autor anota que esta providencia parece trazar una nueva tendencia para poner fin a la avalancha de tutelas contra Tribunales Superiores sobre el tema de negociaciones punitivas, dejando a la luz la diferencia de criterios y perplejidad jurisprudencial al interior de la Corte misma, lo que propone debe entrar a zanjar la Corte Constitucional por vía de un fallo de unificación que revisara la materia profundamente, como elemental aspiración de seguridad jurídica.

Cabe traer a colación el planteamiento de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de casación 43356 del 3 de febrero de 2016, con ponencia del Magistrado Bustos Martínez, decisión que resalta que los jueces de conocimiento no puede

modificar los términos de los preacuerdos, a fin de hacer ajustes a la tipificación de los delitos o sugerir una teoría del caso diferente a la presentada por el ente investigador.

La Corte precisó que la adecuación típica que la fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero, y por principio general, no puede ser censurada ni por el juez de instancia ni por las partes (cuáles si se refiere al pronunciamiento del juez a un acuerdo entre las partes). De donde extrae que si en la audiencia preliminar se erró en la denominación de la conducta punible ello no tiene relevancia para el trámite de los preacuerdos.

La Corte concluyó, que los funcionarios jurisdiccionales que caigan en un control material, además de vulnerar ostensiblemente el principio de imparcialidad, estarían desconociendo el presupuesto primordial del sistema acusatorio, cual es el de que nadie puede ser al tiempo juez y parte.

Tal pronunciamiento, que se inscribe ya avanza en la línea que abomina o repudia el control material por parte de los jueces, se dio en virtud de un acuerdo celebrado entre la fiscalía y dos procesados aceptando una complicidad frente a un delito de homicidio agravado, y que en criterio de la Corte los Jueces de instancia solo tenían como opción aprobar o bien anular parcialmente si no se ajustaba a la legalidad. Cabe anotar que para los jueces de instancia la actuación de los acusados no correspondía a una complicidad sino a una coautoría.

Concluyó la Corte que los funcionarios jurisdiccionales “ejercieron un verdadero control material de la acusación para imponer su propia teoría del caso sobre la de la fiscalía, y al hacerlo agraviaron el derecho fundamental al debido proceso previsto para la formación anticipada de terminación, pues suplantaron la función de acusar, constitucionalmente atribuida a la fiscalía y con ello causaron grave perjuicios a los intereses de los procesados”.

2.5.4.3.2.4. Las tres visiones que advierte el autor de este trabajo en la jurisprudencia de la Corte, en una difícil y pugnaz cohabitación.

Algunas diferencias tiene el autor de este trabajo en cuanto al enfoque y análisis dados al desarrollo jurisprudencial sobre el control judicial a los preacuerdos por mencionado autor, pues una vez hecha una “sábana” de las decisiones que ha emanado la Corte Suprema de Justicia, identificaremos tres posiciones, que han llegado a cohabitar en el seno de la misma corporación de justicia, generando problemas de coherencia al interior de la misma y por ende en la aplicación que hacen los jueces y tribunales del país.

1.) Sentencia N° 24.026 de fecha 20/10/2005:

No es suficiente con la imputación fáctica en materia de terminaciones abreviadas del proceso, debiendo quedar claro cuál es jurídicamente la conducta por la que se procede, ya que si se condena al procesado por una conducta punible diferente, se le vulnera el derecho constitucional a la no autoincriminación al cual renuncia (art. 33 Const. Pol.)

2.) Sentencia N° 24.764 de fecha 01/06/2006:

Dice textualmente: *“Si la tipicidad adolece de algún error, el fiscal unilateralmente puede ajustarla, pero siempre conforme a derecho, pues no puede considerarse como parte de la justicia premial la tipificación arbitraria de la conducta, de darse este último supuesto el operador de justicia debe ejercer control material en el ámbito legal con trascendencia en el orden constitucional.”*

3.) Sentencia 25.724 de fecha 19/10/2006:

En tratándose de su función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento y de negociaciones, los jueces no pueden ejercer su labor como simples observadores, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto a las garantías fundamentales (arts. 6 y 351 inciso 4 C.P.P.), dentro de los cuales se encuentran las de

legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamentales por el art. 29 de la Const. Pol.

En los supuestos en los que haya una degradación de algún comportamiento, es deber de la fiscalía, y de los jueces en el control que ejercen, fundamentar en la formulación de la imputación o de la acusación, según sea el caso, probatoria y jurídicamente las razones para optar por una conducta punible y no por otra; como quiera que la justicia consensual, premial, pactada, no puede ser adoptada a cualquier precio, dejando de lado la legislación sustantiva que en modo alguno fue derogada por la ley 906 de 2004.

Deben ser explicitados los criterios que conducen a tipificar la conducta lejos de la realidad, con el consiguiente mensaje de impunidad, al menos parcial, lo cual va en desmedro del nuevo esquema olvidando el mandato del art. 348.2 del estatuto procesal, de acuerdo con el cual los mecanismos implementados deben conducir a *“aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.”*

Para que el proceso retome los cauces de la legalidad.

4.) Sentencia N° 25.108 de fecha 30/11/2006.

El juez de conocimiento, en ejercicio del control legalidad de los actos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la fiscalía, debe realizar tres tipos de constataciones:

a)-. Que el acto de allanamiento haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento.

b)-. Que no viole derechos fundamentales.

c)-. Que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad.

5.) Auto N° 27.159: 18/04/2007.

La aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía o el imputado; lo es también para el juez, quien debe proceder a dictar sentencia de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra

afectado de nulidad por vicios del consentimiento o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los que debe anular el acto procesal respectivo

6.) Auto N° 27.218 de fecha 16/05/2007.

En temas como la admisión de cargos y los preacuerdos, son vinculantes para las partes y, el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme a lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta lesión a garantías fundamentales.

7.) Sentencia N° 28.872 de fecha 15/07/2008.

Es desacertado afirmar que el juez de conocimiento no puede decretar la nulidad del acto de allanamiento, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia: Sent. 29.252: 18/06/2008, cuando por decisión voluntaria del imputado se pone término a la investigación de manera anticipada. Corresponde al juez proferir la respectiva decisión, a menos que advierta la vulneración de garantías fundamentales, sin embargo, de comprobarse que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, no es posible oponer la manifestación libre y voluntaria del indiciado y el presunto cumplimiento de las formas a los derechos y garantías fundamentales. El juez en estos eventos no es un simple convidado de piedra que pueda limitar su actuar a individualizar la pena.

La argumentación anterior ha sido reiterada sin objeciones, por ejemplo, cuando se indicó que en el momento en que el juez realiza el control a un preacuerdo debe verificar si existen “mínimos estándares probatorios para entender al imputado o acusado autor o partícipe de la conducta, se advierte patente alguna causal de ausencia de culpabilidad, o corresponde a una definición típica ajena a la aceptada, necesariamente debe improbar el acuerdo (no abstenerse de examinarlo, como ocurre con la retractación o la demostración de la existencia de vicios del consentimiento)” (Sentencia 28872 de 15 de julio de 2008)

8.) Auto N° 29.994 de fecha 15/07/2008:

Dijo textualmente la Corte:

Permitir que el juez intervenga en la definición del nomen iuris, sería autorizar que el juez no sólo interfiriera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la FGN, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la Fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la Fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional en el proceso penal.”

9.) Sentencia N° 29.979 de fecha 27/10/2008.

Dentro del trámite de los preacuerdo y negociaciones, en el ejercicio del control judicial avizora una incongruencia en el escrito presentado por las partes, entre la imputación fáctica y jurídica, o mejor dicho, un error en la calificación jurídica en los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (v. gr. por haber seleccionado de manera equivocada el “*nomen iuris*” de la conducta o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etc.) y este además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin previa y adecuada acusación.

10.) Sentencia N° 31.538 de fecha 06/05/2009.

La Corte igual ha decantado que el nomen iuris de la imputación compete a la Fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado.

Es claro, entonces, que el juez no tiene competencia para cuestionar la imputación cuestionada por el fiscal, como que ese acto es propio del titular de la acción penal, por tanto, allegado el escrito de acusación o el acta de allanamiento, que aceptada equivale al mismo, el juez de conocimiento tiene limitada su participación como que, tratándose de un acto voluntario y libre de aceptación de la imputación, debe aceptarlo y convocar a audiencia para individualizar la pena.

11.) Sentencia N° 31.280 de fecha 8/07/2009.

Las potestades del juez en la verificación de la legalidad del allanamiento o del acuerdo no se cumple con una simple revisión formal. No basta con constatar la libertad y voluntad a través del simple interrogatorio del procesado, la labor del juez también debe verificar que las garantías fundamentales se hayan preservado dentro de las cuales se encuentran entre otras, la legalidad, estricta tipicidad y el debido proceso.

12.) Sentencia N° 33.039 de fecha 16/12/2010.

Si el juez considera que la imputación jurídica que califica la imputación fáctica debe ser diferente o que es inaplicable por cualquier razón la forma incriminatoria en que se funda la fiscalía, entre otras posibilidades; situaciones para las que el juez debería tener algún margen de movilidad; puesto que su decisión puede resultar trascendental para la preservación de la prueba, para la seguridad de la sociedad o de la víctima y en todo caso es responsable por la decisión que en últimas adopte. Razonar de otra manera sería atar al juez de manera pétreo a la calificación jurídica propuesta por la fiscalía, y quitarle de tajo la opción del ejercicio de su función de control de garantías.

13.) Sentencia N° 37.209 de fecha 23/11/2011. Según la cual los deberes del juez en el control judicial a los preacuerdos no es meramente formal.

14.) Sentencia N° 38.146 de fecha 18/04/2012.

En otra oportunidad -sin votos disidentes-, la misma Corte Suprema insistió en que el avance hacia una justicia más ágil y eficaz, no puede comportar el sacrificio de derechos y garantías fundamentales, pues el eficientismo no puede conllevar a una mayor injusticia social. En este contexto, todo acuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, debe ser sometido a un tamiz crítico que impone la constatación de que tales acuerdos no desconozcan los fines constitucionales del proceso como garantía de una tutela judicial efectiva de los derechos y la prevalencia de la justicia material (art. 351 inciso 4 Ley 906). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 18 de abril de 2012, radicación 38146.

15) Sentencia N° 34.829 de fecha 27/04/2012.

Según la cual el examen de los términos del preacuerdo no se limita a la revisión de los requisitos meramente formales, sino que incluye el control de legalidad de lo acordado, es decir, que su función es constatar si lo pactado entre el acusador y el procesado no desconoce garantías fundamentales.

16.) Auto 39.296: 27/06/2012:

Dijo a la letra: *“presentada la acusación, al juez de conocimiento solamente se le permite realizar sobre ella un examen formal, sin que le sea permitido verificar aspectos de fondo.”*

17.) Sentencia N° 39.110 de fecha 29/08/2012.

Al juez de control de garantías le asiste facultad para variar la adecuación típica efectuada por la fiscalía, ya que si bien la formulación de imputación es un acto de parte y por ello el juzgador no puede censurarla en cuanto a la adecuación típica, no sucede lo mismo en lo que a medida de aseguramiento se trata ya que esta comporta una decisión judicial pasible de recursos por lo que exige una valoración probatoria y jurídica, siempre y cuando al hacerlo, no desconozca la fijación fáctica ni perjudique la situación del procesado.

18.) Sentencia N° 72.092 de fecha 27/02/2012.

La acusación, que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella, constituyen un acto de parte que compete de manera exclusiva y excluyente a la fiscalía desde donde se deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes o los intervinientes, con la salvedad que estos dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 C.P.P.

La adecuación típica que la fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y por regla general no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes. Lo anterior se aplica ante la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la fiscalía, que como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme a lo acordado o admitido, siempre y

cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales, según se analizó en auto de mayo 16 de 2007, radicado 27218.

19.) Sentencia N° 39.892 de fecha 06/02/2013.

El juez, ya sea de garantías o de conocimiento, no puede realizar un control material a la acusación, pues desvertebraría la sistematicidad del proceso adversarial, al colocar al juez en condición de co-acusador, autorizándolo a que exprese, con carácter vinculante su propia teoría del caso, invadiendo la órbita asignada exclusivamente a la fiscalía.

Se produce una consecuencia muy nociva para la operatividad del esquema, ya que alteraría el flujo de casos que se espera se tramiten por la vía del proceso abreviado.

La jurisprudencia ha trazado una línea de pensamiento, conforme con la cual la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal. Lo anterior, porque la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar.

20.) Sentencia N° 39.707 de fecha 13/02/2013.

Analiza la potestad del juez de conocimiento en relación con el fenómeno de la retractación: “La Corte estima necesario insistir en señalar que la función del juez de conocimiento, en lo relativo al acta de aceptación de cargos o a los acuerdos suscritos con la fiscalía, no se reduce a la de un simple fedatario de lo realizado ante el juez de control de garantías, sino que le compete ejercer una verificación formal y material de dichos actos.”

21.) Sentencia N° 37.951 de fecha 19/06/2013.

De suerte que, una vez definida la formulación de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía y particularmente cuando han sido aceptados por el imputado, no tiene cabida en el modelo acusatorio que el juez se ocupe de aquello que no le compete. Por tanto, cuando invalida la imputación para que en su lugar sea complementada como en su opinión corresponde, está, nada menos, que controlando materialmente la acusación.

22.) Sentencia N° 41.375 de fecha 14/08/2013.

Según la cual, el único control que le concierne al juez sobre la acusación es de carácter netamente formal, es decir, sólo le corresponde examinar los requisitos consagrados en el art. 337 C.P.P., sin que pueda controvertir la esencia de los cargos endilgados, ni mucho menos, verificar el contenido, legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, ya que es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio.

23.) Sentencia N° 39886 de fecha 16/10/2013:

La formulación de la acusación es un acto de parte, que no obstante estar reglado en el art. 339 C.P.P., no tiene control judicial.

La tipificación de la conducta punible con fundamento en unos hechos jurídicamente relevantes, es una atribución de la Fiscalía, sin que dicho acto de parte tenga control judicial, ni de oficio ni de manera rogada.

En cuanto a las terminaciones anticipadas de los procesos (allanamientos y preacuerdos) por ser equivalentes a la acusación, la participación del juez se contrae a convocar a la audiencia de individualización de la pena y sentencia.

24.) Sentencia de Tutela N° 69.478 de fecha 24/09/2013:

Se concede la protección del derecho fundamental al debido proceso, al constatarse la injerencia indebida del juez en las funciones propias del fiscal.

25.) Sentencia de Tutela N° 70.392 de fecha 13/11/2013:

Conforme a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la adecuación típica de la conducta corresponde a la Fiscalía; por lo cual en principio no puede ser objetada ya que carece de control judicial.

26.) Sentencia N° 41.570: de fecha 20/11/2013:

La participación del juez se contrae a los eventos en que se demuestre la vulneración de garantías fundamentales o que el acto no fue voluntario, libre y espontáneo. Dentro

de aquellas se encuentra el cumplimiento estricto del principio de legalidad y de estricta tipicidad.

27.) Sentencia de Tutela N° 70.712 de fecha 04/12/2013:

El juez, so pretexto de un control material de los acuerdos y negociaciones, no puede desconocer sus contenidos, excepto que aquellos desborden criterios de razonabilidad y que se traduzcan en verdaderas vías de hecho que impliquen un claro desconocimiento de la Constitución y la ley.

28.) Sentencia T-71.295 de fecha 16/01/2014:

Lo preacordado por la Fiscalía y el procesado no puede ser desconocido por el juez y por ello, el único camino que se tiene es el de aprobar el preacuerdo so pena de incurrir en una vía de hecho.

29.) Sentencia de Tutela N°71.128 de fecha 06/02/2014:

Al mismo tiempo incurre en error por desconocer que la realidad de los hechos y las proposiciones probatorias que de estos emergen, corresponden a la fiscalía, quien determina su verdadero alcance a partir del programa metodológico de investigación aplicado. Ahora bien, esta Corporación ha precisado que lo anterior no significa que el juez sea un convidado de piedra cuando se evidencie que la acusación no cumple con los presupuestos mínimos de entendimiento, pues ante tal situación podrá solicitar su aclaración pero nunca interferir en la calificación jurídica que del acontecer fáctico haga la fiscalía.

30.) Sentencia N° 40.871 de fecha 16/07/2014:

“Los jueces de instancia hicieron control material de la acusación, al negarse a aceptar el segundo preacuerdo y la aceptación de cargos realizada en la audiencia preparatoria, con lo cual agravaron el debido proceso previsto para los procesos abreviados.”

31.) Sentencia N° 43.523 de fecha 07/05/2014:

En consecuencia, la justicia premial necesariamente debe otorgar algún margen de maniobra al Fiscal para que pueda adelantar su tarea de forma efectiva, en el entendido, además, que en estos casos se trata de una forma de composición del conflicto en la cual el juez interviene apenas de manera adjetiva, para vigilar que no se superen mínimos de legalidad y protección de garantías fundamentales.

En el sistema adversarial no se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos –su propia teoría del caso-, mediante la cual obligue al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, dado que con ello se desestructura la sistemática adversarial, toda vez que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, demostrarla.

32.) Sentencia N° 40.871 de fecha 16-07-2014.

Por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las de las partes o intervinientes.”

33.). Sentencia N° 42.184 (SP 13939) 15-10-2014:

Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a la cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar su efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley – como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado.

En seguimiento de lo considerado en precedencia, es que la Corte, en sus más recientes decisiones, ha privilegiado la naturaleza y finalidades de los preacuerdos sobre las posibilidades de injerencia del juez o las necesidades de justicia de la víctima.

34) Sentencia N° 42.184 de fecha 15-10-2014.

En relación con la obligación de soporte probatorio que soporta el reconocimiento que hace la Fiscalía en contraprestación por la aceptación del cargo. Dijo la Corte:

Dentro de este panorama, la tesis planteada por el demandante en casación aparece insustancial, cuando no carente de soporte jurídico, pues, ningún imperativo constitucional o legal obliga a que el fiscal encuentre demostrada la causal de

atenuación punitiva otorgada al acusado en contraprestación a su aceptación de responsabilidad penal en el delito.

Por lo demás, esta sería una exigencia contraria a la lógica misma del instituto en tanto, si de verdad apareciese plenamente probada la circunstancia que obliga aminorar la sanción, lo pertinente no es otorgarla en el preacuerdo como único beneficio, sino reconocerla al interior del espectro de tipicidad propio de la acusación y el fallo.

...si el juez de conocimiento incursionara en ella, a más de desbordar por completo los precisos límites que signan su intervención, en tratándose del preacuerdo sometido a consideración del despacho, asumiría una labor de control material de la acusación – recuérdese, el inciso primero del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, especifica que el preacuerdo logrado antes de formulada la acusación se presenta ante el juez de conocimiento ‘como escrito de acusación’- prohibida por completo en nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

35.) Sentencia N° 43.356 de fecha 03-02-2016.

La Corte resaltó que los jueces de conocimiento no pueden modificar los términos de los preacuerdos para ajustar la tipificación de los delitos o sugerir una teoría del caso diferente a la presentada por el Fiscal.

Estima la Corporación que escoger la adecuación típica es del propio resorte de los Fiscales y el Juez no puede censurarla, de tal suerte que si al imputar cargos hubo algún yerro en la denominación de la conducta, ello resulta irrelevante en el trámite de los preacuerdos. Y concluye, que si el Juez injiere en la calificación, así sea errada, desconoce los presupuestos del sistema acusatorio, basado en que no se puede ser juez y parte al propio tiempo, generando con ello nulidad.

Valga traer a colación que el asunto versó sobre una acusación que el Fiscal hizo como cómplices de quienes a juicio del Juez y del Tribunal eran coautores. Para la Sala, en tal caso, debieron los jueces de instancia, o bien aprobarlo, ora anularlo parcialmente si no lo hallaban ajustado a la legalidad.

36.) Sentencia de casación de fecha 24-02-16, radicado 45.736. MP. Eyder Patiño Cabrera.

La Corte aclara cuándo en materia de preacuerdos, el “*premio punitivo*” está limitado por el párrafo del artículo 301 C.P.P., y cuándo pese a la situación de captura en flagrancia no para esta limitación.

37.) Sentencia de Tutela N° 84.228 de fecha 25-02-16. Magistrado Eyder Patiño Cabrera.

La Corte hizo una enérgica previsión a la Juez que improbo un preacuerdo y al Tribunal que le confirmo su decisión, basados en que habia resquebrajado el principio de legalidad, márgenes de razonabilidad jurídica y por ende no apostigaba a la Administración de Justicia, el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad, para acordar una pena, que no tenia en cuenta la gravedad de los delitos (un concurso de Tráfico de Estupefacientes Agravado y Concierto para Delinquir), ofreciendo doble beneficio que incluía la suspensión condicional.

La Corte fustigó al Tribunal para que en lo sucesivo se abstuviera de presentar inconsistencias como la de pautarle a la Fiscalía sobre cómo preacordar con el procesado (en especial sobre las reglas de determinación de la punibilidad), por considerar que este proceder resulta contrario a la normatividad y la jurisprudencia vigentes. Por derecha, la Corte reconvino al Tribunal por desconocer el precedente vinculante del criterio jurisprudencial dominante trazado por la Corte Suprema de Justicia.

2.5.4.3.2.5. Primer abordaje en la línea de respeto a los principios de legalidad y taxatividad estricta:

En los primeros años de la implementación del sistema penal acusatorio, y principalmente en el año 2006 la Corte Suprema de Justicia delimitó el marco de los preacuerdos.

Como pautas del control que le concierne a los Jueces de Conocimiento, al ejercer control de legalidad a los preacuerdos la Corte señaló que lo primero es verificar que el asentimiento del procesado a la forma de culminación anticipada del proceso a través de tal mecanismo consensual, fue consciente, voluntario e informado; en segundo lugar, que no se violaron garantías fundamentales; y en tercer lugar, que

existe un mínimo probatorio que permite inferir la autoría o participación en la conducta punible⁷⁶.

Planteó la Corte entonces, que los jueces en su función de control de legalidad a las negociaciones preacordadas y a los allanamientos a cargos (conformidad) no son simples observadores, ni su función puede asimilarse a la función que cumplen los notarios (“fedataria”); así que no basta verificar que la aceptación que hace el procesado de los cargos ha sido consciente, voluntaria y asistida (con la adecuada asesoría e información por parte de la defensa técnica), sino que debe velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales, y dentro de éstas la de velar por la legalidad de los delitos y las penas, y la tipicidad estricta, como emanación del debido proceso, elevado a rango constitucional en el artículo 29 de la Carta Política; anotando que tanto los fiscales como los jueces deben fundamentar probatoria y jurídicamente las razones para optar por una conducta u otra, habida cuenta de que la justicia consensual no puede ser adoptada a cualquier precio, so riesgo de generar impunidad, así sea parcial⁷⁷.

Como pautas del control que le concierne a los Jueces de Conocimiento, al ejercer control de legalidad a los preacuerdos la Corte señaló que lo primero es verificar que el asentimiento del procesado a la forma de culminación anticipada del proceso a través de tal mecanismo consensual, fue consciente, voluntario e informado; en segundo lugar, que no se violaron garantías fundamentales; y en tercer lugar, que existe un mínimo probatorio que permite inferir la autoría o participación en la conducta punible.

2.5.4.3.2.6. Posición pragmática y potenciadora del principio dispositivo.

En el año 2013 la Corte se orientó por el criterio de que la Fiscalía es “dueña” de la acusación, y que la imparcialidad del juez consiste en mantenerse al máximo al margen, es decir, abstenerse de cualquier injerencia en la disponibilidad de la que debe gozar el órgano de persecución penal, en punto a dar una pronta solución al conflicto que representa el delito, esto es, lograr como primera medida los fines de celeridad y economía procesal.

76 Sentencia de Casación 25108 del 30 de noviembre de 2006, M.P. Mauro Solarte Portilla.

77 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación No. 25724 del 19 de octubre de 2006, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, y

En esta línea de pensamiento la Corte planteó que la acusación es un acto de parte que de manera exclusiva y excluyente le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, por lo que no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez. Al tenor literal dijo la Corte: *“En estas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes”*, lo cual vale para la admisión de cargos o allanamiento y para los preacuerdos, matizando que los mismos son vinculantes para el juez, a quien se le impone la carga de dictar sentencia conforme a lo acordado o admitido, siempre y cuando no sea al rompe o manifiesta la lesión a garantías fundamentales⁷⁸.

El *súmmum* de la liberalidad en cuanto a las potestades de la Fiscalía podemos decir que la encarna la sentencia de segunda instancia adiada el 20 de noviembre de 2013, por la cual la Corte Suprema de Justicia se enfoca en los fines de celeridad y economía procesal que subyacen a las formas consensuadas de culminación del proceso como el allanamiento a cargos (conformidad) o el preacuerdo, y busca sustentación política, planteando, palabras más, palabras menos, que las formas de justicia premial no pueden asumirse con estrechez de miras sino con un criterio amplio, que en primer lugar tiene cabida en un esquema acusatorio en el cual el Juez pierde poder que se traslada a la Fiscalía en virtud del principio dispositivo y en segundo lugar se acompasa con un modelo de Estado Social en el cual la democracia participativa autoriza al ciudadano a participar en las decisiones que les afectan⁷⁹.

Cabe recordar textualmente el planteamiento de la Corte, así:

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

La Corte llega entonces a plantear que el control del Juez no puede ser material sino meramente formal, y más que todo por vía de tutela la alta corporación de justicia se acentúa la exclusión del control material en la acusación por el juez y en sus

78 Sentencia 39892 del 6 de febrero de 2013, MP. José Luis Barceló Camacho, la cual cita auto del 16 de mayo de 2007, radicado 27218.

79 Sentencia de segunda instancia del 20 de noviembre de 2013, radicado 41570, MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

equivalentes de aceptación unilateral de cargos y preacuerdos, basada en que el titular de la acción penal es el fiscal, que se trata de un esquema adversarial de dos partes enfrentadas, que las funciones de acusación y juzgamiento están separadas, y que hay un cambio epistemológico en cuanto a la obtención de la verdad sobre la cual se puede sustentar un juicio de responsabilidad en una sentencia de condena, y que el juez debe preservar su imparcialidad, al punto de que no puede tener injerencia en la órbita de la Fiscalía en el rol de la acusación⁸⁰.

Reiterando esta posición, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación N° 42.184 del 15 de octubre de 2014, con ponencia del magistrado Gustavo Enrique Malo Fernández avaló un preacuerdo en el cual la Fiscalía reconoció sin el más mínimo soporte probatorio un estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación en un caso de homicidio.

Al efecto, planteó la Corte:

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

Se entiende, así, que el grueso de los trámites judiciales penales –valga decir, tentativamente, una cifra superior al 90%-, debe culminar por ese camino excepcional para que se garantice la sostenibilidad del sistema.

En procura de ello, entonces, la Ley 906 de 2004, contempla un amplio catálogo de mecanismos dirigidos a la culminación temprana o extraordinaria, que a la vez diseñan beneficios judiciales para hacerlos atractivos.

De esta manera, conciliación pre procesal, principio de oportunidad, acuerdos y allanamiento a cargos, conforman ese grupo de institutos **que buscan dinamizar tan altos propósitos**, dentro de particularidades que obedecen a la caracterización propia de cada uno. (Negrillas fuera del texto)

[...]

El Juez de Conocimiento está obligado a aceptar el acuerdo presentado por la Fiscalía, salvo que este desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

80 Sentencia de tutela del 24 de septiembre de 2013, radicado 69478, MP. José Leonidas Bustos Martínez y del 6 de febrero de 2014, radicado 71128, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Acerca de esta última circunstancia, para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos.

En este sentido, a título apenas ejemplificativo, la intervención del juez, que opera excepcionalísima, debe recabarse, se justifica en los casos en que se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley – como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado-.

De ninguna manera, es imperativo destacarlo, la evaluación de aprobación o improbación del preacuerdo puede pasar por auscultar que todas las partes e intervinientes se sientan satisfechos con el mismo, ni a partir de verificaciones eminentemente subjetivas acerca del valor justicia y su materialización en el caso concreto, pues, sobra referir, precisamente la razón de ser del preacuerdo estriba en las renunciaciones mutuas de quienes lo signan e indispensablemente ello representa sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, pero también de los principios de contradicción, doble instancia y el derecho de defensa, conforme lo establecido en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004.

En este sentido, siempre será posible significar, no importa la índole de lo acordado o los beneficios entregados al imputado o acusado, que el pacto representa algún tipo de afectación en lo que atiende a los derechos de verdad, justicia y reparación de la víctima.

Pero, precisamente la tensión entre esos derechos y los postulados y finalidades esenciales del sistema, la solucionó el legislador dando prevalencia al criterio del Fiscal y estableciendo respecto de lo pactado unos límites específicos que, de cumplirse, obligan avalar la negociación con el consecuente fallo de condena.

Ahora, no ignora la Sala que el artículo 348 de la ley 906 de 2004, al momento de detallar las finalidades del sistema premial examinado, en su inciso segundo advierte: “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”.

Sin embargo, el análisis de su contenido permite verificar que no se trata de un designio imperativo para el juez, ni mucho menos de un concepto que deba gobernar su decisión de aprobar o improbar el acuerdo, sino de una especie de desiderátum dirigido al Fiscal para que gobierne su tarea bajo esos postulados.

Sobra referir que el acoger o no, como lo dice el apartado transcrito, las directivas de la Fiscalía General de la Nación, escapa a la labor de verificación del juez, dada la ninguna fuerza vinculante que las mismas comportan.

En seguimiento de lo considerado en precedencia, es que la Corte, en sus más recientes decisiones, ha privilegiado la naturaleza y finalidades de los preacuerdos, sobre las posibilidades de injerencia del juez o las necesidades de justicia de la víctima.

Empero tal criterio como epílogo dijo la Corte:

[...]Empero, no puede dejar de registrar la manera si se quiere irresponsable en que algunos fiscales, conforme a los asuntos que día a día examina la Sala, pasan por alto mínimos presupuestos de contención y al amparo de las muy amplias facultades otorgadas por el legislador, de manera sistemática y reiterada festinan beneficios inmerecidos en asuntos que no comportan complejidad o dificultad para su demostración cabal en juicio.

Esa manida forma de asumir el preacuerdo como especie de tronera que le permite desasirse fácilmente de los asuntos sometidos a su consideración, ha conducido de manera perversa a que en lugar de fungir la Fiscalía como soberana del poder de negociación, ahora clama por la solicitud de la defensa a fin de contar con la oportunidad de mermar su carga laboral.

Desde luego que la Corte conoce de la congestión de los fiscales y la enorme cantidad de investigaciones sometidas a su conocimiento.

Pero, de ninguna manera ello puede justificar tantos y tan gratuitos beneficios otorgados a los acusados, que lejos de aprestigiar la justicia, como lo demanda el inciso segundo del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, terminan por hacerla objeto de cuestionamientos y crear una lamentable sensación de impunidad en el ciudadano.

Sin embargo, se repite, no están llamados los jueces a poner coto a tantos desafueros, pues, la naturaleza misma del sistema premial y las facultades consagradas en la ley se lo impiden.

Considera la Sala, eso sí, que al interior de la misma Fiscalía, conforme su estructura jerarquizada y lo que la constitución y la ley facultan, es posible adelantar una tarea efectiva de control interno, fijación de pautas y seguimiento, que limiten al máximo lo que ahora se critica.

Apartándose de tal decisión, mediante salvamento de voto la entonces Magistrada María del Rosario González Muñoz afirmó:

1. En términos generales, la Sala Mayoritaria afirma que cuando la Fiscalía y el imputado o acusado suscriben un preacuerdo, las víctimas no ostentan la posibilidad de reclamar la vulneración de sus garantías fundamentales, pues tal protección está reservada exclusivamente para el procesado. De igual forma, que el mínimo probatorio sólo aplica para establecer la tipicidad y probable responsabilidad del acusado, pero no para determinar la veracidad de los hechos imputados.

Esta postura es errada en la medida que las garantías basilares por cuya protección debe velar el juez corresponden a las partes e intervinientes, no sólo al acusado. Así mismo, porque el mínimo probatorio también se exige respecto de los acontecimientos declarados en el preacuerdo por cuanto la verdad de lo ocurrido interesa a quienes participan en el proceso y a la sociedad en general.

Y aunque resulta importante resguardar la integridad del procedimiento acusatorio, ello no puede comportar el avasallamiento de las garantías fundamentales, como ocurrió en este caso, donde se avaló un preacuerdo ilegal que reconoció la disminuyente de ira cuando no existía el mínimo probatorio requerido para ello.

[...]

3. En lo concerniente al tema de fondo propuesto en la demanda, considero que aunque por regla general el juez no está autorizado a efectuar control material a los preacuerdos, en este evento, ante la advertencia de la víctima sobre la presunta afectación de sus prerrogativas, se activó el control excepcional señalado y por ello la magistratura de segunda instancia analizó la configuración de la causal de atenuación acordada. En ese contexto, la solución del caso imponía analizar la figura de la ira e intenso dolor para contrastarla con los hechos y medios de convicción aducidas en su respaldo, de la siguiente manera:

El artículo 57 del Código Penal establece que “el que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.

Dicha atenuante requiere de la configuración de los siguientes elementos: i) Una conducta ajena, grave e injusta; ii) El estado de ira e intenso dolor y; iii) Una relación causal entre la provocación y la reacción.

La conducta ajena grave e injusta, también llamada provocación, es el comportamiento conscientemente orientado a molestar, fastidiar, importunar y/o incomodar a una persona en sus sentimientos o valores. Será grave cuando sea capaz de perturbar y desestabilizar emocionalmente al imputado y será injusta en los eventos donde no existe obligación de soportar la afrenta, dados las emociones y principios involucrados.

La alteración del estado emocional debe originarse en el proceder grave e injusto de quien resulta afectado por el accionar del procesado, quedando por fuera de ese motivo de atenuación punitiva las acciones realizadas por personalidades impulsivas o violentas que actúan sin mediar provocación.

Pues bien, el análisis del precario material probatorio aducido en apoyo del preacuerdo⁸¹, así como de las circunstancias antecedentes y concomitantes a la agresión del 11 de noviembre de 2009, permiten colegir que la situación de ira e intenso dolor reconocida a JORGE TARAZONA LEAL, no tiene fundamento fáctico y probatorio y, por ende, no era procedente aprobar el preacuerdo porque afectaba las garantías fundamentales a la verdad y a la justicia de las víctimas.

En efecto, reconocer situaciones alejadas a la realidad que alteran la forma como sucedieron los hechos, vulnera sustancialmente el derecho a la verdad, no sólo de las víctimas sino de la sociedad, pues no es lo mismo afirmar que la muerte de Campos Torres se produjo por un ataque intempestivo, violento e injusto de TARAZONA LEAL que señalar que fue producto de su propio actuar al provocar de manera grave e injusta al acusado⁸².

Considera el autor de esta monografía que poner en primer plano las finalidades de celeridad y economía procesal, erigiéndolas como “altos propósitos” y reconocer que no

81 Los únicos elementos de convicción mencionados en el escrito contentivo del preacuerdo son las entrevistas de *Sandra Milena Tolosa Lizarazo* y *María Nancy Vargas Hortúa*, docente del colegio donde laboraba el occiso, así como la versión del imputado.

82 También se afecta el derecho a la justicia porque la sanción será mucho menor a la que realmente correspondería.

importa la índole de lo acordado o los beneficios entregados al imputado, porque alguna afectación habrá a la tríada de verdad, justicia y reparación, significa un enfoque equivocado respecto al alcance de los preacuerdos, porque una posición tal es una patente a la impunidad que no para mientes en los fines de verdad y de justicia y avasalla los postulados de un debido proceso; pues como lo planteó el salvamento de voto, un mínimo probatorio también debe ser exigencia frente a los acontecimientos declarados en el preacuerdo, por cuanto la verdad de lo ocurrido interesa a quienes participan en el proceso y a la sociedad en general.

4.2.5.2.2.3. Etapa de confusión por la convivencia de dos criterios disímiles en la misma Corte. Esta etapa la identificamos desde el surgimiento de una posición moderada al interior de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que algunos Magistrados exaltan la labor que le concierne al Juez y que reivindica la confianza y respeto hacia la función judicial

Esta posición reconoce que el control que le concierne al juez es material, según la cual si bien reconoce que la Fiscalía, como titular de la acción penal, es el órgano competente para postular la pretensión punitiva que corresponde y realizar negociaciones, ello no quiere decir que sus poderes carezcan de límite alguno, y que pueda hacer la calificación o lectura jurídica a unos hechos como le plazca o se acomode a sus afanes e intereses, por cuanto es la misma ley la que le pauta hasta dónde puede llegar en los preacuerdos, y teniendo en cuenta que la misma Ley lo somete al escrutinio del Juez, quien es el encargado de verificar que su actuación se estuvo al ordenamiento jurídico y que no vulneró garantías fundamentales tanto de los intervinientes como de la sociedad en general.

Así, la Corte, quizás consciente de los ingentes problemas que suscitó la libérrima posición a la que recientemente llegó, planteó, en términos textuales lo siguiente:

No obstante, respecto de la admisión de cargos, se ha advertido que el juez debe controlar no solo la legalidad del acto de aceptación, sino igual la de los delitos y de las penas, en el entendido de que está estructura un derecho fundamental. Enmarcado dentro del concepto genérico del debido proceso a que se refiere el artículo 29 constitucional. Por tanto, de resultar manifiesto que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, el juez se encuentra habilitado para intervenir, pues en tal supuesto la admisión de responsabilidad e

torna en simplemente formal, frente a esa transgresión de derechos y garantías superiores⁸³.

Luego, dejando más en evidencia la falta de univocidad que aqueja a la Corte Suprema de Justicia como faro y norte de la jurisprudencia nacional, ésta ha señalado que el Juez ejerce control constitucional y material para salvaguardar garantías de las partes e intervinientes, sobre los hechos comunicados y probados, y que no usurpa la función del Fiscal si ejerce el control a él deferido, porque si bien al Fiscal se le ha dado la facultad de acusar, no la puede ejercer de cualquier manera, a su arbitrio o antojo, sino condicionado a que lo haga ajustado a derecho, por ende con apego a la estricta tipicidad y orientado a aprestigiar a la administración de justicia.

Textualmente, dijo la Corte:

El juez ejerce el control constitucional y material para salvaguardar garantías a las partes e intervinientes sobre los hechos comunicados y probados por el Fiscal en la actuación, por lo tanto son infundados los reparos que pretenden señalar que en tales casos el juez impone en el proceso su teoría del caso, o su particular criterio sobre los hechos, o que el operador judicial interfiera el programa metodológico o que se abrogue facultades oficiosas en materia probatoria. Tampoco, en este caso el juez usurpa la función del Fiscal, porque si bien se le ha otorgado a éste la facultad de acusar, no se le ha dejado esa potestad para que la ejerza de cualquier manera, a su antojo y arbitrariamente, se le ha condicionado para que lo haga ajustado a derecho y en este contexto tiene que hacerlo con apego a la estricta tipicidad y prestigio para la administración de justicia.⁸⁴

En similar posición ha reiterado la Corte:

El deber del Fiscal de hacer una calificación jurídica de los hechos conforme a la ley penal preexistente y aplicable, de tal forma que obedezca a la estricta tipicidad y la obligación del juez de hacer control material a esa tarea del ente acusador y aprobar solamente los cargos, los allanamientos o los preacuerdos que respeten las garantías fundamentales de todas las partes e intervinientes del proceso, son problemas jurídicos resueltos con las sentencias de constitucionalidad C-516 y C-12609 de 2007 (sic. Debe ser 2005) y C-059 de 2010) por lo que no es dable desatender estas decisiones con argumentos propios de la justicia formal e interpretaciones de rango legal, las que se deben hacer prevalecer por sobre la justicia material, la Carta Política y los fallos de exequibilidad.⁸⁵

Se ha llegado en Colombia a una situación en extremo preocupante que repercute negativamente en la legitimidad de la administración de justicia, entre muchos factores, por cuenta de la posición en la que, de manera equívoca, se ha querido poner al juez, para que se conforme con ser solo un convidado de piedra en el trámite subsecuente a la

83 Sentencia del 15 de julio de 2008 y 8 de julio de 2009, radicados 28972 y 31280 en su orden

84 Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia STP0-6324-2014 (73555 del 20 de mayo de 2014), MP. Eugenio Fernández Carlier.

85 Sentencia de Tutela del 20 de mayo de 2014, radicado 73555, MP. Eugenio Fernández Carlier.

disponibilidad otorgada a las partes, para que proceda a avalar negociaciones que vulneran el principio de legalidad, en las que la responsabilidad parte de un negocio jurídico entre la Fiscalía y el procesado, en el cual el Juez no puede tener injerencia.

Las pautas que en virtud de tan libérrima posición adoptada de reciente data por la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el modelo de justicia consensuada acogida por el Código Procesal Penal- Ley 906 de 2004- pueden resumirse así:

1. *El control material de la acusación, bien sea a través del trámite ordinario, ora por medio de la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el Juez en un modelo acusatorio.*
2. *La facultad de terminar el proceso penal por vía de preacuerdo, así como la aplicación del principio de oportunidad, constituyen una clara excepción al principio de legalidad.*
3. *En los preacuerdos la responsabilidad no es objeto de debate por ser aceptada o negociada, y el juez no tiene por qué exigir evidencias sobre la modalidad del delito o las formas de culpabilidad, circunstancias de agravación o atenuación, porque la responsabilidad surge de un negocio jurídico en el que el juez no tiene injerencia.*

Así pues, ha resultado de tal intelección de las formas consensuadas de terminación del proceso, que la imparcialidad que se reclama del juez degenera en inactividad y obsecuencia, pues cualquier actividad tendente a ejercer control material frente a los preacuerdos, lo pone en riesgo de cuestionamientos por extralimitación de funciones, o por lo menos de que se le censure por su cortedad de miras frente a un mecanismo asumido como requisito sine que non de celeridad.

Ha dicho la Corte que la negociación es componente esencial de la administración de justicia para garantizar su efectividad con celeridad y economía procesal, y *que si bien es un tema que entraña dificultades, éstas se superan recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva*⁸⁶; criterio que va de la mano del que la misma Corporación ha expresado frente al modelo de justicia penal de corte acusatorio, adoptado por la Ley 906

86 Corte Suprema de Justicia, auto del 25 de noviembre de 2013, radicado 41.579, M.P. Fernando Castro Caballero

de 2004, que se inscribe en un modelo consensual, mediante la cual se busca imprimir celeridad al proceso penal, mediante la confluencia de voluntades, para la solución de los conflictos.

Así, ha planteado la alta corporación de justicia, que se trata de un sistema *“diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverá los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa”*⁸⁷

Precisamente, por el mismo hecho de que en el sistema penal acusatorio las funciones de investigar y de fallar están claramente delimitadas entre un órgano de persecución penal, que en Colombia es la Fiscalía General de la Nación, y el órgano judicial, no pueden los jueces declinar de un adecuado, razonable y equilibrado ejercicio de control frente a los preacuerdos; así, cuando la Fiscalía decide con quien es procesado sobre la pena a imponer, sobre los hechos imputados y sus consecuencias, es necesario que el Juez se convierta en garante frente a los derechos de todos los involucrados y del debido proceso, verificando que la decisión que refleje lo acordado sí haya cumplido con el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, cometido que es propio del principio de imparcialidad previsto en el artículo 5° del Código Procesal Penal, al tenor siguiente: *“En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”*.

De este modo, si en criterio de la Corte, a consecuencia de la profunda transformación que ha implicado en nuestro ordenamiento jurídico la introducción de la figura de las negociaciones, *“el acuerdo puede incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, a la aceptación como autor o partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliar, la*

87 Sentencia del 25 de agosto de 2005, radicado No. 21954.

reparación de perjuicios morales o psicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado”⁸⁸; resulta inadmisibile que a través de este mecanismo se haga un esguince a la legalidad para acuñar aparentes soluciones rápidas al conflicto, que por resultar lesivas para los derechos de las víctimas, se conviertan en una feria de beneficios que conlleva impunidad.

Cómo podría ser pacificadora una sentencia en la que un padre al que le hayan asesinado a su hijo por quien haya actuado en ejercicio de una actividad sicarial, esto es por precio o promesa remuneratoria; y clamando dicho padre porque se haga justicia (que haga una retribución justa frente a tan grave e irreparable daño como el que representa segar la vida de un semejante), la respuesta de la Justicia sea la de una sentencia a tal punto dulcificada, que se tenga a dicho ejecutor material como cómplice, o que se le premie otorgándole tan significativas rebajas como las que otorgan circunstancias modificadoras de la punibilidad como haber obrado bajo estado de ira o por marginalidad, y que para ajustar ni siquiera pueda reclamar de ese justiciable, que en aras de un mínimo de verdad esté precisado a revelar, como presupuesto y condición de que se acepte la culminación temprana con rebajas a su favor, de quién pudo ser coautor, o estar detrás, como determinador o inductor.

No resulta para nada pacificador, y no podemos aspirar a que un padre o un hermano o un hijo, entiendan que el Estado transige con los delincuentes sin considerar su dolor y sufrimiento, cuando se empeña la verdad material en aras de satisfacer la premura de dar un resultado de justicia parcial.

2.5.4.3. Los Tribunales.

2.5.4.3.1. El Tribunal Superior de Bogotá.

Sentencia de segunda instancia, Radicado 2014-00027, del 13 de enero de 2016, MP. Alberto Poveda Perdomo.

⁸⁸ Auto del veinte de noviembre de 2013, dentro del radicado No. 41.570, M.P. Castro Caballero.

En este fallo el Tribunal ordenó investigar por presunto prevaricato al Fiscal, quien vario reiteradamente la imputación fáctica e hizo rediseños a la imputación jurídica, desde un secuestro extorsivo, a una extorsión y finalmente a un constreñimiento ilegal, por lo que el Tribunal estimó que la condena a la que finalmente condujo un acuerdo debía ser vista como un monumento a la impunidad, al no hallar correspondencia entre la gravedad del acontecer fáctico con la calificación jurídica. Planteó el Tribunal que si bien en la Ley 906 de 2004 la Fiscalía es titular de la acción penal, mantuvo en los jueces los poderes de decisión de acuerdo con los hechos probados y la definición del derecho aplicable al caso, de modo que es la judicatura la encargada de validar la legalidad de la actividad cumplida por la autoridad requirente, pues de acuerdo con la Constitución Política, los jueces, bajo ninguna circunstancia, pueden irrespetar o permitir que se violente el ordenamiento jurídica, ni siquiera por la Fiscalía General de la Nación, por lo que ha defendido, al igual que otros Tribunales, que los jueces ejercen plenos poderes de control sobre los allanamientos y preacuerdos, más cuando con ellos se transgrede la legalidad de la pena en los supuestos de delitos flagrantes.

2.5.4.3.2. Tribunal Superior de Medellín.

1.) Auto 071-2010, Radicado 2010-00193.

M.P. Hender Augusto Andrade Becerra, resolvió apelación contra improbación de preacuerdo efectuado con posterioridad a la presentación del escrito de acusación en el cual reconocía el 50% de rebaja en compensación. En criterio de la Juez, siendo preclusivas las etapas en las cuales la ley prevé distintos porcentajes de rebaja, debió ofrecerse rebaja de 1/3, dado que el preacuerdo fue posterior a la acusación. El Tribunal revocó la decisión de la Juez al considerar que la presentación del escrito por sí solo no genera efectos jurídicos, por lo que atendiendo a la teoría del acto complejo sobre la acusación, ninguna razón hay para considerar que la rebaja pueda ser únicamente de 1/3, cuando el artículo 352 C.P.P. fija ese porcentaje una vez presentada la acusación, lo que es distinto a que la locución fuera: "...una vez presentado el escrito", así que no vio la Sala conculcado el principio de legalidad en el preacuerdo.

2.) **Auto 022-2012, Radicado 2011-00367.**

M.P. Hender Augusto Andrade Becerra, no decidió de fondo en un caso de Concierto para Delinquir Agravado (BACRIM) en el que se presentó un preacuerdo con rebaja del 50% de la pena, y el A Quo consideró que tratándose de un delito permanente (que se mantiene en estado consumativo) también cabe hablar de “*flagrancia permanente*”, lo cual implica que la rebaja no sea la de la mitad sino de $\frac{1}{4}$, con arreglo a la Ley 1453. El Tribunal se abstuvo de resolver porque el Fiscal asintió frente a la decisión del Juez, así que si uno de los pactantes decide no recurrir, es porque considera que el preacuerdo sí vulnera la ley, lo cual se traduce en un desistimiento, pues para preacordar es imprescindible la concurrencia de dos voluntades, y si una de ellas se ausenta del preacuerdo, así en principio hubiera concurrido, no es viable el preacuerdo. Cabe anotar que esta línea jurisprudencial se mantiene en múltiples pronunciamientos de la Sala en la que fue ponente el Magistrado Andrade, como en la Sentencia 2012-63888.

3.) **Auto 050-2012, Radicado No. 2010-66896.**

M.P. Hender Andrade Becerra, por medio del cual el Tribunal revocó decisión de una Juez del Circuito, quien había improbadado un preacuerdo presentado antes del Juicio Oral, que iba a realizarse bajo acusación por Homicidio doloso y la Fiscalía optó por variar la calificación bajo el cargo de “homicidio Culposo”, con lo cual se avino con el procesado y su defensor para la imposición de una pena de 51 meses de prisión, más nueve meses por concursar con porte de arma de fuego. La A quo expuso en su decisión que un acuerdo en estos términos no aprestigia a la Administración de Justicia por violar garantías fundamentales al apartarse del supuesto fáctico real, conforme a los elementos materiales probatorios recogidos en la investigación y no brindar justicia material. El Tribunal, por el contrario, estimó que si el artículo 350-2° C.P.P. establece que el Fiscal puede tipificar la conducta dentro de su alegación conclusiva con miras a disminuir la pena, ello autoriza una flexibilización en la función de aplicación de la ley, pues de lo que se trata es de atender la finalidad del sistema que corresponde a la “justicia premial”, así que admitir el cargo en forma degradada, esto es, tipificado como culposo, no vulnera el principio de legalidad que inspira los preacuerdos, pues cuando la línea diferencial entre un dolo eventual y el delito culposo es tan sutil, la confesión del

imputado tiene valor de prueba legal y debe ser incentivada atendiendo la naturaleza premial.

4.) **Auto 022-2012, del 22 de marzo de 2012, radicado 2011-72703.**

M.P. Hender Andrade Becerra, relativo a la apelación vs la improbación de un preacuerdo consistente en la imposición del mínimo de la pena prevista para una receptación fruto del hurto de un vehículo automotor, más la rebaja del 50% de la pena, empero haberse radicado escrito de acusación y estar ad portas de la audiencia de formulación de acusación, concediendo el subrogado de la suspensión condicional. Estimó el A Quo que el acuerdo no apostrogiaba a la administración de justicia por contravenir las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación, según Directiva 001 de 2006, que pasó a integrar el ordenamiento jurídico, toda vez que los procesados fueron capturados en flagrancia, por lo que el descuento que regía era el del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, modificatorio del artículo 351 C.P.P. (1/4 del beneficio) En criterio del Tribunal, al revocar la decisión del A Quo, fue que la Ley 1453 de 2011 es restrictiva de derechos y contraria a la filosofía que inspira los preacuerdos como mecanismo de justicia premial, consideró que como acto complejo que es la acusación, la sola radicación del escrito no tiene efectos y por lo tanto aún no se había completado el acto con la correspondiente formulación de acusación, por lo que sí cabía ofrecer el 50% de rebaja. Finalmente, consideró que si bien el bien receptado proveía de un hurto, había que atender la gravedad en concreto y a que los justiciables no tenían antecedentes penales, así que consideró que no es que el preacuerdo fuera benevolente sino que se está a la finalidad del mismo que es “premial y negocial”.

5.) **Auto 019-2012 del 20 de marzo de 2012, Radicado 2011-07317.**

MP. Hender Andrade Becerra, por el cual revocó la improbación a un preacuerdo, por considerar la A Quo que se había vulnerado el principio de legalidad con el ofrecimiento por la Fiscalía de una rebaja del 45% de la pena, cuando ya se había radicado el escrito de acusación. En criterio del Tribunal fue que el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 introdujo restricciones a las rebajas porcentuales previstas en la regulación que el código procesal penal hizo sobre los preacuerdos, y aunque reconoció que había que ser cuidadosos con el principio de legalidad de los delitos y de las penas

para verificar que se presentó una correcta adecuación típica de los hechos, así que los preacuerdos solo tengan fuerza vinculante cuando no vulneren garantías fundamentales, frente a la aplicación de una norma que genera dificultades, paradojas e iniquidades violatorias del principio de igualdad de trato, debe inaplicarse la referida norma restrictiva, por lo que consideró entonces ajustada a la legalidad el ofrecimiento de la rebaja del 45% con la que se selló el preacuerdo en un caso de hallazgo de un importante alijo de cocaína en el allanamiento a una vivienda.

2.5.4.3.3 El Tribunal de Pereira.

Auto de segunda instancia, de fecha 08-07-2015, Radicado 600016000035201400374. MP. Jorge Arturo Castaño Duque. Mediante esta decisión el Tribunal confirmó la decisión de improbar un preacuerdo en el cual se reconoció la calidad de cómplice a quien las pruebas daban como único autor de un porte de arma de fuego, por el simple propósito de lograr economía procesal al no realizar el juicio. Estimó el Tribunal, conforme a criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional (Sentencia C-1260 de 2006) que si bien el Fiscal es titular de la acción penal, no está autorizado para crear tipos penales, y si bien tiene un margen de interpretación de los hechos, éste debe entenderse como una selección plausible de normas.

En cuanto al Juez, consideró que si bien no puede instruir sobre el alcance de las normas, no puede legitimar posiciones inviables o imposibles, como la de hablar de complicidad en un delito unipersonal, salvo que la indefinición probatoria dé margen de discusión sobre el grado de participación.

Recordó que aunque la Corte Suprema de Justicia viene trazando una línea jurisprudencial que reconoce cierta liberalidad a los fiscales en cuanto a la degradación de la responsabilidad o al grado de participación, tal liberalidad no es absoluta y tiene que llegar al límite de lo que posiblemente es legal, pues si no se tuviera un mínimo respeto a la adecuación típica y a criterios dogmáticos, tendría que tolerarse que un homicidio mudase a lesiones o una actividad sicarial terminara premiada con el reconociendo de un estado de ira.

Finalmente, el Tribunal anotó que no es susceptible de negociación sino lo que está dentro de las posibilidades del debate, y que como no estaba dispuesto a patrocinar estos de4safueros, coincidió con el A Quo en que el preacuerdo transgredió flagrantemente el principio de legalidad, y por ende no halló en la decisión impugnada intromisión en la actividad del ente investigador o una indicación de cómo debía adelantar su labor investigativa.

2.6. Inserción De Los Mecanismos De Negociación En Materia Penal Del Contexto Colombiano.

Como hemos venido analizando frente al modelo de justicia negociada que se fue perfilando en Norteamérica, tomando un auge inusitado hasta irradiar en contextos culturales que le son bien disímiles, las instituciones y entre ellas los modelos procesales no surgen por generación espontánea, sino que los principios fundamentales en un determinado contexto jurídico moldean sus rasgos esenciales.

La mirada frente a estas formas de justicia premial o negocial en la implantación que ha tenido lugar en Colombia resultaría sesgada e ingenua si se desentiende de la cultura jurídico procesal penal colombiana, respecto a la cual en su exhaustivo estudio comparado sobre la justicia negociada en los Estados Unidos y Colombia el procesalista CAMILO ALBERTO QUINTERO JIMÉNEZ⁸⁹, revisa tal recepción, destacando el modelo constitucional de la Carta Política de 1991, la cual significó una ruptura epistemológica (pg. 81) al asumir la teoría jurídica propia del “*neoconstitucionalismo*”, cuyos rasgos esenciales sintetiza así:

1.) La democracia constitucional, trasciende la regla de las mayorías para indagar por la validez de las decisiones en cuanto satisfagan los derechos fundamentales de los asociados.

89 Ídem, págs. 81 y 82.

2.) La supremacía de la Constitución se impone frente al imperio de la Ley, y los derechos fundamentales dejan de ser dechados de intenciones pías a tener efecto normativo y exigibilidad inmediata.

3.) El eje gravitacional del derecho se traslada a los derechos fundamentales concebidos como principios, cuya optimización muchas veces los pone en tensión, y su aplicabilidad al caso concreto depende del peso específico que adquieran de acuerdo con la situación fáctica en que se desenvuelven.

4.) La aplicación del derecho basado en principios, antes que un resultado objetivo, sistemático y coherente busca un resultado en el mundo social más justo posible, conforme a los valores del Estado Social y Democrático de Derecho.

Si la inserción o trasplante que desde otras latitudes se hace de los mecanismos de justicia penal negocial se hace en terrenos abonados por el neo constitucionalismo, el mismo autor destaca que esta tendencia entra a cohabitar con otras ideológicamente disímiles que para bien o para mal en términos de coherencia también adosan la cultura jurídica procesal penal colombiana, así⁹⁰:

1.) La antigua tradición del derecho público del orden, que se expresa en los intentos permanentes de aumentar los marcos de ejercicio represivo del Estado recurriendo a la normatividad de excepción, a la introducción de normas con contenido excepcional mediante procedimientos ordinarios, e incluso al ejercicio del poder represivo por vías extralegales.

2.) La cultura de la legalidad como garantía fundamental del debido proceso, correspondiente con el clasicismo y neo clasicismo en la cultura general, a partir de la cual es la norma legal la fuente primaria de contención del poder punitivo del Estado, dejándose de lado el contenido sustancial de los derechos y garantías. Adicionalmente, debe destacarse que la legalidad no solo cumple un papel de garantía sino que también se desempeña como amenaza de control social, y por ese motivo ocupa una posición privilegiada en nuestra concepción del derecho.

90 Ídem. Pg. 89.

3.) La visión de los derechos y garantías propias de la Constitución de 1991 y su *iusteoría* subyacente, con la que se pretende dar un contenido material fuerte a los límites al poder punitivo del Estado en el procedimiento penal, mediante la materialización de la exigibilidad de los mismos en los procedimientos ordinarios.

4.) Las instituciones del modelo procesal penal anglosajón, que introducen las ideas de adversarialidad, oralidad, igualdad de armas, respeto a las garantías, oportunidad y justicia negociada, y que parten de una visión *ius teórica* subyacente centrada en la solución de los problemas jurídicos concretos y de una visión procedimental de la justicia.

Valga anotar que en Colombia, el mecanismo de los preacuerdos en materia penal en su trasplante desde el ámbito norteamericano de entrada se le ofrece propicio el terreno de un aparato de justicia congestionado e ineficaz, razón por la cual autorizadas voces en el ámbito penal le dieron la bienvenida a una fórmula para enfrentar la congestión y la mora. Elocuente resulta hacer mención frente a ese furor, de lo planteado por el actual magistrado de la Corte Suprema de Justicia en opúsculo⁹¹ coeditado con su antiguo predecesor Gustavo Gómez Velásquez, quien primero evoca a Ángel Osorio para recordarnos que *“recargar la mente humana y la resistencia física de los que administran justicia, es dañar a ésta. A mayor cantidad de trabajo, peor calidad”*⁹², y luego defiende la inserción del mecanismo premial, anotando que:

La excedida tramitología, la real o artificiosa prolongación de los procesos, lejos de ser una virtud y mérito de buena justicia (reflexión, ponderación, andar lento y seguro, etc) es síntoma inequívoco y factor positivo para que esta no se dé. La Sala de Casación Penal, y así se destaca en el epígrafe de esta obrilla, ha destacado con acierto incontrovertible la bondad de este instituto como significativo aporte a un mejoramiento de la administración de justicia cuando ha dicho que lo que enerve, retrase o impida los preacuerdos o negociaciones, desestimularía la terminación temprana de los procesos, lo cual es tan maléfico que podría llevar al ‘colapso del sistema’, cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales⁹³

91 CASTRO CABALLERO, Fernando A y GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo. Preacuerdos y Negociaciones en el Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, D.C. 2010.

92 *Ibíd.*, pg.30.

93 *Ibíd.*, pg.31.

2.6.1 Las modificaciones propuestas en proyecto de ley actualmente en trámite.

2.6.1.1. La exposición de motivos.

Negociaciones, preacuerdos y acuerdos

La inclusión de las negociaciones, preacuerdos y acuerdos, no es nueva para nuestro sistema pero si llevó aceptar la existencia de un principio dispositivo, estos fueron acogidos en busca que gran parte de los casos no fueran a juicio.

Nos encontramos en un escenario donde se ven enfrentados “*la obligatoriedad ante la disponibilidad de la acción penal y los fines de la justicia ante la economía procesal*”, empero el proceso penal en la actualidad se basa en la premisa de acudir a mecanismos alternativos que permitan la terminación pronta de las contiendas, pero sin dejar de lado los fines de la justicia.

Se ha vislumbrado que desde que se incluyó la figura de negociaciones, preacuerdos y acuerdos en la Ley 906 de 2004 , realizó un aporte al desempeño del sistema, pero en la actualidad diez años después se concluye que es necesario un reajuste normativo para lograr potenciar su utilización y de manera eficiente. La aplicación de estas figuras fueron vistas como mecanismos de impunidad, como ocurrió también con el principio de oportunidad, a pesar haber sido suficientemente reguladas en la Ley 906 de 2004, situación que llevó al legislador a limitar su aplicación.

Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el procesado corresponden a un arreglo de partes donde el procesado renuncia a su derecho de presenciar un juicio justo con las garantías legales que esto conlleva teniendo como contraprestación, se le otorgue algún beneficio procesal a cambio. La Corte Constitucional declaró las negociaciones y preacuerdos con conformes al ordenamiento jurídico, pero delimitó su ámbito de aplicación en la siguiente forma:

- (i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la

conducta punible; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos.

Con respecto a la aplicación de estas figuras que permiten la terminación del proceso penal de manera anticipada por la renuncia que se hace a la realización de un juicio la Corte Constitucional el 5 de diciembre de 2005, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, expresó:

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 los 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 aceptado por el procesado los hechos materia de investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, 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 que 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..

Bajo los presupuestos anteriores, fue desarrollada una propuesta que habilitara el rediseño normativo de este instituto jurídico, con el fin de elevar su capacidad de rendimiento en el ámbito práctico, pero con respeto de los límites y pronunciamientos constitucionales que se han proferido en la materia”.

2.6.1.2. Principales modificaciones

Esta reforma opta por tener una definición y distinción entre los conceptos de negociaciones, preacuerdos y acuerdos. Siendo así el artículo 348 del Código tendría como modificación establecer que *¿las negociaciones consisten en los acercamientos entre el indagado, investigado o acusado y la Fiscalía, con la finalidad de llegar a un acuerdo?¿y qué se entiende por preacuerdo el conjunto de condiciones pactadas entre*

el indagado, imputado o acusado y la Fiscalía, producto de las negociaciones, para ser presentado ante el juez de conocimiento para su aprobación? ¿En ese sentido, acuerdo será la negociación perfeccionada entre el procesado y el fiscal cuando sea aprobado por el juez de conocimiento?.

Actualmente se tienen que el legislador limitó la celebración de estos preacuerdos en dos momentos: uno entre la imputación y la acusación; y otro entre esta y el inicio del juicio oral. Así las cosas, restringe la celebración de los preacuerdos a la realización de una audiencia que podría evitarse. Se entiende que la imputación cumple el papel de límite para evitar que el fiscal negocie sobre una base de presupuestos jurídicos falsos, sin embargo se pudieron establecer dos razones principales que pueden cambiar este límite y así poder celebrar preacuerdos:

a) En primer lugar, con base en que la imputación funge como control de los cargos que formule el fiscal para evitar que se sobrecargue la imputación, pues debe tenerse en cuenta que el control que realiza el juez de conocimiento sobre el preacuerdo debe verificar, entre otras cosas, que la imputación hecha por el fiscal esté soportada en un mínimo de evidencia. Esto significa que, hoy en día, se hace un doble control sobre los términos de la imputación y ello es inoficioso.

Se puede evidenciar lo anterior en el sistema anglosajón, donde no se contempla la diligencia de imputación, el juez de conocimiento valora los cargos reales frente a los negociados por el fiscal y verifica la existencia de un mínimo de evidencia que soporte la pretensión del funcionario con el fin de evitar que se produzca el fenómeno del overcharging (sobrecarga), el cual consiste en la inflación de los cargos formulados para negociar en posición ventajosa frente al procesado.

b) En segundo lugar, e íntimamente relacionado con el punto anterior, con la reforma se pretende eliminar la diligencia de imputación ante un juez de control de garantías. En ese sentido, ese control ex ante sobre la imputación desaparece y este límite pierde su razón de ser. Por tal razón, se reafirma el argumento anterior y se justifica el control a instancias del juez de conocimiento.

Es así como la reforma modificaría la oportunidad para realizar preacuerdos, hace posible que se realicen desde la indagación hasta la etapa de juzgamiento haciendo claridad que ya en esa última etapa pueden presentarse cuando el procesado acepte su responsabilidad en contraprestación solamente de recibir una rebaja punitiva o un

subrogado penal. Otra modificación de interés es la positivización completa de las distintas formas de preacordar aunque estas modalidades son utilizadas en la actualidad el cambio facilitaría la labor de los operadores judiciales al aclarar que puede ser objeto de negociación, dando lugar a las siguientes modalidades:

1. Según la relación de los cargos; con las facultades del fiscal claramente definidas.
2. De acuerdo a las consecuencias de la conducta punible, que se concretan en la rebaja de penas y la obtención de subrogados penales o sustitutos.

Sin importar cual modalidad se elija deberán las partes acordar la pena a imponer y la forma de su cumplimiento.

Frente a las garantías de las víctimas la reforma como uno de sus objetivos se proyectó que dentro del proceso penal debe lograrse el respeto por estas garantías, estableciéndose como cláusula normativa que los preacuerdos no deben vulnerar los derechos de las víctimas dentro de lo fáctica y jurídicamente posible, sin significar lo anterior que la inconformidad de estas afecte la validez de los preacuerdos. La Corte Constitucional, sobre el tema señaló:

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 (artículo 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 celebrado[s] entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (artículo 11.d) 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, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, 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.

También se tienen que este proyecto en la búsqueda por garantizar los derechos del procesado y el principio de lealtad procesal, se da la posibilidad de apelar la sentencia cuando esta no corresponda a lo pactado o cuando se evidencie un vicio en el consentimiento o su trámite vulnere garantías fundamentales. Con la nueva regulación se pretende incentivar la utilización de estos mecanismos, aclarando sus alcances, lo que generará frente al legislador a levantar las prohibiciones existentes y en la sociedad a aceptar que con su utilización la administración de justicia podrá ser más eficiente.

2.6.1.3. Las normas intervenidas en el proyecto.

El texto del proyecto de ley 224 de 2015, el cual fue radicado en la Cámara de Representantes en abril 16 de 2015, establece:

ARTÍCULO 120. El título II, libro III de la Ley 906 de 2004 se llamará así: *“ACEPTACIÓN DE CARGOS, PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL INDICIADO, IMPUTADO O ACUSADO”*. ARTÍCULO 121. Modifíquese el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: *“**Artículo 348. Concepto de preacuerdos y negociaciones. Las negociaciones, los preacuerdos y los acuerdos que de ellos se deriven implican una flexibilización reglada del principio de legalidad conforme a los límites señalados en la Constitución Política, este Código y las directivas expedidas por el Fiscal General de la Nación. Las negociaciones consisten en los acercamientos entre el indagado, investigado o acusado y la Fiscalía, con la finalidad de llegar a un acuerdo en los términos de este Código. Se denomina preacuerdo al conjunto de condiciones pactadas entre el indagado, imputado o acusado y la Fiscalía, producto de las negociaciones, para ser presentado ante el juez de conocimiento para su aprobación. El acuerdo solo se entenderá perfeccionado cuando sea aprobado por el juez de conocimiento. Los acuerdos que se deriven de las negociaciones y de los preacuerdos deberán realizarse en el marco de las modalidades establecidas en este Código.**”*

ARTÍCULO 122. Modifíquese el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: *“**Artículo 349. Finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y***

la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la participación de las víctimas, lograr la participación del inculpado en la definición de su caso y buscar la colaboración del procesado con la administración de justicia, la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso. El fiscal, al celebrar los preacuerdos, deberá observar las directivas del Fiscal General de la Nación, las pautas trazadas como política criminal, la etapa procesal en la cual se realiza la negociación, el preacuerdo y el acuerdo a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.”

ARTÍCULO 123. Modifíquese el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: **“Artículo 350. Oportunidad para realizar los preacuerdos.** *Los acuerdos totales o parciales que se deriven de las negociaciones y de los preacuerdos procederán en las etapas de indagación, investigación y juzgamiento, hasta antes del inicio de la audiencia de juicio oral. Excepcionalmente, podrá llegarse a acuerdos una vez iniciada la audiencia de juicio oral. En estos eventos, la negociación solo podrá referirse a la aceptación de responsabilidad del acusado a cambio de una rebaja punitiva que no podrá exceder de una sexta parte, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 351 de este Código. Serán aplicables las reglas señaladas en los artículos 369 y 370. En todo caso, cuando se realice un preacuerdo o un acuerdo antes de la realización de la comunicación establecida en el artículo 286 de este Código, deberá existir una inferencia razonable de autoría o participación respecto de los delitos concretos sobre los cuales procederá, basada en evidencia física, elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida.*

“ARTÍCULO 124. Modifíquese el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: **“Artículo 351. Modalidades:** *Los acuerdos que se deriven de las negociaciones y los preacuerdos se producirán en las siguientes modalidades: 1. En relación con los cargos el fiscal podrá: a) Eliminar una o varias causales de agravación punitiva. b) Eliminar uno o varios cargos. c) Tipificar una o varias de las conductas como delitos relacionados con pena menor. d) Variar el grado de participación en la conducta punible. e) Reconocer causales de menor punibilidad o atenuantes. 2. En relación con las consecuencias de la conducta punible, el fiscal podrá: a) Preacordar una rebaja punitiva, la cual no podrá, en ningún caso, sobrepasar la mitad de la pena a imponer. b)*

Preacordar uno de los subrogados penales o mecanismos sustitutivos, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello. c) Preacordar el lugar de reclusión previo concepto del INPEC”.

ARTÍCULO 125. Modifíquese el artículo 352 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: **“Artículo 352. Contenido de los preacuerdos.** *En cualquiera de las modalidades descritas, las partes deberán consignar en el preacuerdo, además de lo acordado, la pena a imponer y la forma de su cumplimiento”.*

ARTÍCULO 126. Modifíquese el artículo 353 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así: **“Artículo 353. Reglas para celebrar preacuerdos.** *Son inexistentes los preacuerdos y acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. En caso de discrepancia entre el defensor y el procesado, prevalecerá lo que decida este último, de lo cual quedará constancia. La víctima deberá ser informada de las negociaciones que se realizan con miras a un preacuerdo entre la Fiscalía y el procesado. Su posición será consultada por el fiscal durante la negociación. En la realización de los preacuerdos entre el procesado y la Fiscalía, deberán tenerse en cuenta los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia, en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible. Lo referente a la reparación de los perjuicios se regirá por lo establecido en el artículo 102 de este Código, sin que ello impida que en el acuerdo se puedan fijar fórmulas específicas de reparación. Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado obligan al juez de conocimiento salvo que desconozcan en concreto garantías fundamentales en su trámite, sin afectar el carácter de flexibilización reglada del principio de legalidad propio de este mecanismo. Los acuerdos se tramitarán en audiencia ante el juez de conocimiento. Este verificará que el acuerdo se haga de manera libre, voluntaria y con la asesoría de un abogado. Posteriormente, se proferirá la sentencia correspondiente. La víctima será informada de la celebración de la audiencia y su inconformidad con lo pactado no afecta la validez del acuerdo, sin perjuicio de los derechos de contradicción que le asisten”.*

2.6.1.4. Hacia la articulación de una propuesta para imponer límites claros al poder dispositivo sin afectar la eficacia de las negociaciones.

Abierto el boquete por el cual está fluyendo a borbotones la impunidad y la inseguridad jurídica, fruto de una jurisprudencia dubitativa y no suficientemente reflexiva sobre la inserción de los mecanismos llamados de justicia premial en nuestro ámbito jurídico, se hace imperioso rescatar el rol del Juez, pues no puede persuadir el argumento de que el nuevo esquema de juzgamiento de corte acusatorio significó una redistribución de poderes entre Fiscales y Jueces, trasladándose a los primeros, como ha llegado a sostenerlo la propia Corte Suprema de Justicia⁹⁴, ya que por el contrario, el esquema de partes significa el despojo a los Fiscales de una función jurisdiccional que en su concepción original venían realizando en su labor investigativa, cual jueces de la instrucción. (Recuérdese el célebre apelativo de “*Fisjueces*” que el connotado procesalista antioqueño Álvaro Vargas acuñó hace ya varios años). Así entonces, hay aspectos que no pueden confundirse, pues si es incontestable que la Fiscalía es la que tiene el dominio de la acusación, ya que es una tarea que constitucionalmente le está deferida (artículo 250 C.N.), la intervención del juez en su control a los preacuerdos no es una injerencia sobre la acusación, sino sobre la forma de decir el derecho como le concierne al tomar una decisión definitiva.

Resulta equivocada la apreciación de que la Fiscalía “*es dueña de la acusación*”, al punto de llegar a sostener la Corte Suprema de Justicia que el sistema penal colombiano “*no prevé control judicial a la acusación y la lógica del sistema funciona en el antagonismo ante un tercero imparcial*”. Pues un enfoque tal confunde el ejercicio de acusar, que entre otras cosas en nuestro sistema está sometido al principio de obligatoriedad, con la función juzgadora que se le transfiere al juez, la cual éste no asume de manera gregaria, puesto que lo ata el principio de legalidad y el deber de verificar el respeto a las garantías fundamentales.⁹⁵

Quizás en este aspecto es en el que se aprecia una refacción o distorsión más evidente frente a la concepción prístina de las figuras negociales importadas de los Estados Unidos de Norteamérica, puesto que allí ni por un momento se desconfía de los jueces.

Como lo plantea Camilo Alberto Quintero Jiménez en su tesis de magíster: “*En lo estrictamente relacionado con el plea bargaining, la idea de razonabilidad encuentra su*

94 C.S.J.- Sala Penal- de segunda instancia del 20 de noviembre de 2013.

95 Auto interlocutorio 41375 del 14 de agosto de 2013.

expresión en el tema fundamental del proceso de negociación de cargos y pena, pues si bien existe un amplio grado de discrecionalidad del fiscal frente a la definición de estos puntos, la misma se encuentra limitada por la necesidad de que finalmente se imponga una pena al procesado que razonablemente corresponda con la seriedad del delito efectivamente cometido en el marco de lo regulado por el sentencing Guidelines Manual”

[...]

“...una conciencia generalizada en la práctica jurídica Norteamericana, consistente en entender y asumir que los casos concretos tienen especificidades importante que se deben tener en cuenta a la hora de ser valorados y que para esto el funcionario judicial debe tener un marco de discrecionalidad que le permita tomar una decisión adecuada. Es decir en este sistema la confianza tanto en los operadores jurídicos como en los jueces se encuentra profundamente consolidada y por ese motivo es natural que el mismo derecho les confiera amplios márgenes de decisión”⁹⁶

1. En aras de lograr una reducción de la sanción o un resultado benéfico frente al modo de su ejecución, no puede la Fiscalía ofrecer un cúmulo de beneficios, sino negociar sobre “alguno” entre muchos tópicos, pues las negociaciones no pueden constituirse en un festín de beneficios, de tal suerte que si se suprime una circunstancia de agravación, ella constituirá la única rebaja compensatoria por el preacuerdo, y lo demás no podrá ser consensuado sino corresponder a una justicia rogada.

Es común que se negocie cambiar de autor a cómplice, no siendo ya extraño que se empeñen categorías dogmáticas para que se acepte la complicidad en un delito de propia mano o donde queda claro que no hubo coparticipación criminal; y para ajustar, las partes acuerdan también sobre la pena a imponer (casi siempre el mínimo previsto en el correspondiente tipo penal), así como el otorgamiento de la suspensión condicional (no siendo ya extraño que se pacte contra expresa prohibición legal o exhibiendo el procesado prontuario delictivo).

Un claro ejemplo de que las cosas no van por buen camino en la dimensión que nuestra Corte Suprema de Justicia ha dado al principio dispositivo y el reduccionismo con

96 QUINTERO JIMÉNEZ, Camilo Alberto. “La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio Comparado desde una perspectiva de la Cultura Jurídica. Tesis de Grado. Universidad Nacional. 2013. págs. 71 y 72.

el que se ha tratado el control judicial, lo percibe el autor de este trabajo en el análisis comparativo de las dos miradas que en Colombia y en Alemania (nuestro paradigma en imaginarios perfectibles) se tienen sobre el rol del juez de conocimiento frente a los preacuerdos.

La de la Corte Colombiana se resume en que la adecuación típica que tenga a bien hacer la fiscalía frente a unos hechos investigados, es de su exclusivo resorte y no puede ser censurada por el juez de instancia, so riesgo de ejercer un control material lesivo del debido proceso previsto para la forma de terminación anticipada por preacuerdo, que se lleva de calle el principio de imparcialidad como presupuesto primordial del sistema acusatorio, y suplanta la función de acusar deferida a la Fiscalía, así se haya cometido error, que la Corte estima que no estima relevante a la hora de preacordar, admitiendo a lo sumo que al juez solo le cabe aprobar o anular parcialmente si no se ajusta a la legalidad⁹⁷.

La otra mirada, entre tanto, es la del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el cual admite que las partes pueden llegar a acuerdos, aunque pone de relieve que ciertos principios deben ser respetados, como el de persecución obligatoria, siendo deber del juez “investigar para determinar los hechos del caso y la correspondencia entre castigo y culpabilidad del autor” pues *“las negociaciones no pueden en ningún caso reemplazar la decisión independiente de un juez con respecto a la pena y a la determinación de culpabilidad”*⁹⁸.

2. Como es potestad de la Fiscalía y del procesado avenirse en torno a una negociación, ello no puede hacerse de espaldas a las víctimas, no para que éstas intervengan en el preacuerdo, pero sí para que estén debidamente informadas, con transparencia, respecto a lo que las partes negocian, puedan asistir al control de legalidad a cargo del Juez de Conocimiento, y puedan oponerse mediante la interposición de recursos en lo que les concierne.

97 Los más recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en decidida exaltación a la potestad dispositiva de los fiscales y por ende de repudio al control material de los jueces son las Sentencias de casación N° 43356 del 3 de febrero de 2016, 45.736 del 24 de febrero de 2016, y el fallo de Tutela No. 84228 de febrero 25 de 2016.

98 DÍAZ, Leandro. Los Acuerdos en Derecho Penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Universidad de Buenos Aires. Investigación realizada en la asignatura Derecho Procesal Penal Comparado para la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella. Fuente Google.

Es más, si la víctima reclama- como es de común ocurrencia- que en vez de una indemnización se desvele la verdad de lo acontecido, indicando móviles y revelando la identidad de otros posibles copartícipes, el Juez debe garantizar en medida satisfactoria este derecho, y de no resultar mínimos elementos que esclarezcan el asunto, proceder a improbar el acuerdo, pues ello transgrede las finalidades que están instituidas en el artículo 348 C. P.P., porque no activa la solución de los conflictos sociales que genera el delito, ni propicia la reparación integral de los perjuicios ocasionados, ni aprestigia a la administración de justicia.

No puede aceptarse, como lo ha planteado nuestra Corte, que la autoría o participación se dan por descontadas en virtud del acuerdo, y que al Juez le esté vedado exigir la entrega de evidencias relacionadas con la modalidad del delito o las formas de culpabilidad, pues jamás en consideración a que se trata de un negocio jurídico en el que el juez no tiene injerencia, puede el Juez permanecer impasible frente a una negociación en la que se pretenda saldar el asunto, reconociendo que se cometió un homicidio culposo cuando se obró de manera intencional.

Advertimos que ya puede hablarse de una tercera etapa de decantación del tema, en la que empieza a verse la luz al final de túnel, optando la Corte por una posición moderada, la cual encarnan los Magistrados Fernández Carlier y Barceló Camacho, al ser ponentes de importantes proveídos; el primero, por vía de amparo constitucional fallo del 20 de mayo de 2014, Radicado N° 73555. El segundo, mediante sentencia de casación 46688 del 25 de noviembre de 2015.

En el referido fallo de tutela la Corte expresó que *“en el sistema acusatorio el control material del juez a la actuación de la fiscalía es un deber constitucional, específicamente en lo que atañe a la estricta tipicidad”*, señalando a renglón seguido que *“excepcionalmente el juez hará control material para restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo”*.

Conforme a este objetivo recordó la Corte que es deber del Fiscal hacer una calificación jurídica de los hechos conforme a la ley penal preexistente y aplicable, de tal forma que obedezca a la estricta tipicidad y la del juez, hacer control material y aprobar solamente los preacuerdos que respeten las garantías fundamentales de todas las partes y

los intervinientes, conforme a derroteros trazados desde la sentencia C-1260 de 2007 de la Corte Constitucional.

En la Sentencia 46688 del 25 de noviembre de 2015, el alto tribunal, expresó que los lineamientos trazados en el artículo 348 C.P.P., como finalidades de los preacuerdos, no son solamente “*un catálogo de buenas intenciones*”, sino que estos deben verse reflejados en los términos, alcance, aplicación y efectos del preacuerdo. Así mismo, su cumplimiento no se satisface con la sola mención del contenido de la norma que los consagra, ni con la cita apenas formal de una u otra de las finalidades previstas en la norma.

En efecto, agregó, que aun cuando un preacuerdo elaborado de manera prolija y rigurosa, debería expresar de manera precisa sus finalidades, lo relevante es que de su contenido material se deriven elementos de juicio que permitan ver de qué manera se concreta y aprestigia el valor justicia, en qué forma se consigue la humanización de la pena, cómo con el preacuerdo en verdad se soluciona el conflicto social generado por el delito, se provee eficazmente a la reparación integral de los perjuicios ocasionados por este, y de qué manera con esta modalidad de justicia premial el procesado logra participar en la resolución de su caso.

3. Según la exposición de motivos de quienes diseñaron el proyecto de reforma al Código Procesal Penal, se reconoce la difícil cohabitación entre un principio dispositivo que entra a debutar en un escenario signado por la fuerte presencia del principio de obligatoriedad, pero que la tensión se resuelve bajo la premisa de que los mecanismos alternativos permiten la terminación anticipada de los procesos pero con la garantía de los fines de la justicia. Y en este sentido, es que hay que hacer hincapié en que los fines de la justicia no son los de política criminal o no necesariamente éstos los encarnan.

Ahora, el proyecto va orientado a potenciar las negociaciones, persuadiendo de un cambio en la sociedad, para que no haya resistencia frente a éstos por factores culturales que llevan a percibirlos como generadores de impunidad y no de política criminal. En este sentido, el Ministerio prioriza la eficiencia, sin reparar en los tumbos que ha dado la jurisprudencia, y nada hace por agregar claridad respecto al estándar

probatorio fijado para sentenciar en virtud de este mecanismo premial, limitándose a reiterar que *“En todo caso, cuando se realice un preacuerdo o un acuerdo antes de la realización de la comunicación establecida en el artículo 286 de este Código, deberá existir una inferencia razonable de autoría o participación respecto de los delitos concretos sobre los cuales procederá, basada en evidencia física, elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida”*. Quiere decir, que para negociar haya por lo menos insumos que permitan inferir que el procesado cometió una conducta constitutiva de delito y que debe ser responsabilizado de ello a través de una sanción penal.

2.6.1.5. El estado del arte frente a las aporías en el tratamiento de la figura de los preacuerdos.

Muy significativo es el aporte del Juez y procesalista Carlos Andrés Pérez Alarcón en su investigación y ponencia sobre este galimatías en que han terminado siendo los preacuerdos en Colombia, pues advierte que la posición de la Corte que proscribe un control material por parte del Juez de Conocimiento, ha llevado a la Fiscalía a malentender que la potestad dispositiva es *“un cheque en blanco”* que les permite realizar a su antojo la adecuación jurídica de las conductas, como si la sentencia C-1260 de 2005 nunca se hubiera emitido, según apunta.

Advierte también que casos como los de tener un ataque con alevosía como una legítima defensa con ex eso de justificación, o un ataque infundado de celos reconocerle la atenuante de la ira e intenso dolor, o que al promotor de una organización delictiva se le degrade su responsabilidad teniéndolo como cómplice de su propia empresa criminal, cuestionan el quehacer judicial por el sentimiento de impunidad que generan, especialmente a las víctimas.

Al efecto, recordó PÉREZ ALARCÓN que la Corte, por medio de la Sentencia 42184 de 2014, aunque a regañadientes avaló un preacuerdo que auspició un estado de ira a todas luces infundado, deploró la forma ligera con la cual algunos fiscales pretenden deshacerse de los procesos, e hizo una advertencia para que a futuro se sancione a fiscales que malentendiendo su potestad dispositiva pacten preacuerdos

infundados en perjuicio de la ley, recordando el mismo autor en cita que el Tribunal Constitucional Alemán al estudiar la constitucionalidad de la justicia negocial en 2009 fijó la posibilidad de procesar a los Fiscales cuando pactan penas no proporcionadas al agravio.

Aunque Pérez Alarcón estima asaz difícil establecer un marco legítimo de movilidad por parte de los Fiscales al preacordar, ofrece como pautas las siguientes:

1.) Que la Fiscalía solo haga concesiones que resulten plausibles, esto es, que resulten racionales, creíbles, hipotéticas, impaginables y aceptables, partiendo de la indefinición probatoria, ya que si salta de bulto hay que reconocerla sin negociar.

2.) Los fiscales aunque titulares de la acción penal pueden degradar pero no aniquilar las normas penales, amén de la flexibilización del principio de legalidad, lo cual exige un manejo adecuado de la dogmática penal.

3.) Cuantas más prebendas se otorguen al procesado, más cargas tiene que asumir éste, esto es, que no puede la Fiscalía hacer concesiones a cambio de nada, y de ahí que los Fiscales deben buscar que el procesado aporte a desvelar a otros sospechosos o a ubicar evidencias o a entregar bienes para reparar a las víctimas o a asumir el compromiso de no repetición.

4.) Que se establezcan directrices para que en casos en los que se reciben aportes significativos de los justiciables se pacte la pena de manera vinculante para el juez.

Con lo anterior se sobreentiende que en el ordenamiento penal colombiano existen dos formas de terminación anticipada del proceso, una que es de carácter unilateral y la que interesa al objeto de estudio que es consensuada y se denomina preacuerdos o negociaciones. En sí, las formas de terminación anticipada del proceso penal han sido objeto de ardua discusión y crítica entre la doctrina, pues a partir de estas surgen problemas en relación a la presunción de inocencia y la prohibición de autoincriminación

Como lo plantea el jurista colombiano Darío Bazzani Jiménez, la mayoría de los casos de discusión sobre las formas de terminación del proceso, al adjetivarse con los conceptos anticipada y consensual, producen conflictos entre las máximas rectoras del

proceso, legalidad vs. Economía procesal, oportunidad vs obligatoriedad, aún no superados y que llegan al punto de caracterizar diversos sistemas jurídicos que ya desde las aulas de derecho se nos hacen percibir como incompatibles por chocar modelos culturales irreconciliables (p. 215).

Con lo anterior se pone de presente el llamado principio dispositivo o derecho dispositivo de las partes, mediante el cual el proceso penal tiende a asimilarse más a un proceso civil donde intervienen las partes en forma de dialogo que en realidad al concepto estricto de derecho penal en el cual el Estado actúa con todo el peso del *ius puniendi* del que es único titular mediante una aplicación rígida de la ley penal, sin que las partes puedan disponer de la pena⁹⁹. Y en cuanto a la presunción de inocencia, el mecanismo se ofrece problemático por ser una forma anticipadas de terminación del proceso que genera una sentencia con un mínimo de prueba, con lo cual pueden vulnerarse las garantías no solo del imputado o acusado sino de las partes e intervinientes en el proceso en general y particularmente de la víctima¹⁰⁰.

Tampoco resulta pacífico el problema de la autoincriminación, *“porque es obvio que la confesión del imputado reemplaza la acción de la Fiscalía en la demostración del delito y, por supuesto, se afecta todo lo referente a la carga de la prueba”*¹⁰¹ (p. 865).

Se puede evidenciar que será a iniciativa del imputado o acusado, y de su defensor, que se pueda llevar a cabo el preacuerdo o la negociación en función de la rebaja de la pena que se pueda conceder en el caso concreto. La naturaleza de tal iniciativa y participación activa en el proceso penal por parte del imputado o acusado y su defensor obedece al ejercicio de la democracia participativa, para que el procesado como ciudadano pueda participar frente a la toma de decisiones que lo afecten, pues así se extrae del artículo 348 C.P.P. al fijar entre otras finalidades la de *“lograr la participación del imputado en la definición de su caso”*

Así mismo, se mencionó anteriormente un requisito fundamental: la necesidad de que el acuerdo sea aprobado por el juez de conocimiento, quien es el sujeto idóneo para tal fin comoquiera que es el sujeto que va a dictar la sentencia, quedando claro

99 Cfr. Montero Aroca, 1994

100 Cfr. Jaime Bernal Cuéllar & Eduardo Montealegre Lynett

101 Cfr. Bernal Cuéllar & Montealegre Lynett, p. 865.

que si es ante el Juez de control de garantías que se da el allanamiento a cargos, como acto unilateral o “conformidad”, en las negociaciones éste no tiene incidencia alguna sobre el preacuerdo o negociación.

De acuerdo con el criterio del ex procurador Jaime Bernal Cuellar en análisis conjunto con el Fiscal Eduardo Montealegre Lynett, el control de legalidad que realiza el juez de conocimiento a los preacuerdos y negociaciones tiene cuatro postulados: 1) “sobre la actuación de negociación” en relación al debido proceso; 2) “sobre el sustento probatorio de las conductas imputadas en la negociación” en cuanto a supere el mínimo que exige la ley; 3) “sobre la calificación jurídica de la imputación primigenia” en relación con la correspondencia entre los hechos y la adecuación típica; y 4) respeto al “principio acusatorio” en relación con que la aprobación o el rechazo del escrito del preacuerdo debe ser únicamente en la audiencia de control¹⁰².

Así mismo, Bazzani (2009) en relación al control judicial sobre los preacuerdos y negociaciones afirma que en el acto de aprobación de un acuerdo o de un allanamiento a los cargos el juez debe examinar que el procesado haya admitido la responsabilidad en relación con hechos que la Fiscalía efectivamente consideró probados al momento de formular la imputación y que, en consecuencia, de encontrar alguna contraevidencia entre dichas pruebas no controvertidas y la confesión del imputado, debe rechazar el acuerdo¹⁰³.

Con base en lo anterior, en relación al control judicial de los preacuerdos y negociaciones, se puede decir que el juez de conocimiento en audiencia debe realizar el control sobre el preacuerdo o negociación al que haya llegado la Fiscalía y el imputado o acusado y su defensor en relación a los hechos, las pruebas, teniendo en cuenta los derechos y garantías de las partes en el proceso penal, donde no se debe olvidar, también caben las víctimas.

De otro lado, cada una de las partes en la negociación tiene sus propios objetivos e intereses; pues, por un lado, la Fiscalía General de la Nación busca que el imputado o acusado acepte los cargos que le son imputados o relacionados en el escrito de acusación con el fin de obviar el avance del proceso hasta el juicio, logrando

102 Cfr. Bernal & Montealegre (p. 898 – 899).

103 BAZZANI JIMÉNEZ, Darío (p. 157)

cometidos de celeridad y economía procesal, tan caros a los fines de la justicia; y de otro lado, el imputado o acusado, representado por su defensor, busca que la Fiscalía elimine circunstancias que incrementen el monto de la pena, dentro de estas circunstancias pueden enumerarse la supresión de agravantes y el reconocimiento de atenuantes; supresión del concurso delictivo; cambio de denominación jurídica, variar el grado de participación, forma de culpabilidad; todo ello en pro de conseguir una rebaja de la pena a imponer como sanción por la realización de la conducta delictiva.

Ahora bien, dentro de las características generales de los preacuerdos y negociaciones, que se derivan de la definición dada, la Defensoría del Pueblo considera las siguientes: se realizan entre el imputado o acusado y la Fiscalía, el imputado o acusado debe estar asesorado por su defensor, en su contenido están limitados por la ley, y se vuelven vinculantes desde la aprobación del juez de conocimiento.

En este punto es importante resaltar, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en su momento, que el preacuerdo al que llegan el fiscal y el imputado o acusado y su defensor debe respetar tanto el principio de legalidad como los derechos y garantías de los intervinientes, si no es así el juez de conocimiento no debe aprobarlo y mucho menos ratificarlo al momento de dictar sentencia (Tello Sánchez, 2008). Así mismo, conforme a Durán Ariza (2009) el preacuerdo realizado entre la Fiscalía y el imputado o acusado y su defensor tiene un efecto vinculante para el Juez de conocimiento en cuanto se respete la Constitución y la ley, se observe el debido proceso y se evidencie que no se vulneran las garantías fundamentales de las partes.

De conformidad con la Corte Constitucional (2010), los preacuerdos deben contener el reconocimiento de la responsabilidad por parte del imputado o acusado, un fundamento fáctico y probatorio que sustente el acuerdo, la renuncia del imputado o acusado al juicio público y los descuentos punitivos derivados del acuerdo (Sentencia C- 059 de 2010). Esto pone en claro que si bien la negociación es informal, el acuerdo sí es formal, demás que si no fuera así no tendría sentido; por otro lado se deja presente que el acuerdo contiene obligaciones recíprocas entre la Fiscalía y el imputado o acusado. En razón de lo anterior, dentro de las clases de preacuerdos, que tienen como eje el contenido, se pueden encontrar los que afectan la existencia de

cargos, los que afectan el contenido del cargo, los que se basan en la cooperación con la justicia y los preacuerdos cruzados (Defensoría del Pueblo, s.f.).

En cuanto a los primeros, se dirige a lograr que el Fiscal modifique los cargos a presentar por unos menos graves o suprima algunos; los segundos, no tienden a modificar el cargo sino el contenido como tal, por ejemplo una modificación de las circunstancias de agravación o atenuación; sobre los terceros, se trata de una reducción en la pena por cooperación a la justicia sin modificar en algún sentido los cargos; y los últimos, surgen por alguna combinación que pueda efectuarse entre las anteriores.

Por otro lado, los acuerdos y negociaciones tienen que cumplir expresas finalidades previstas en el artículo 348 C.P.P., cuales son humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar por una reparación integral y lograr la participación del imputado o acusado en la definición de su caso, a más de la finalidad mediata de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

En el estudio del juez Carlos Andrés Pérez Alarcón abocara, como presidente del capítulo risaraldense del Instituto Colombiano de Derecho Procesal bajo el título *“Impacto de los preacuerdos diez años después de su implementación”*, ante la perplejidad a que ha llevado una jurisprudencia dubitativa y maleable en materia de preacuerdos, en medio de la cual pululan desaforadas concesiones, carentes de reciprocidad, e ininteligibles hasta en el marco de lo meramente hipotético, por lo que propone que al interior de la Fiscalía General de la Nación se establezcan límites y controles, para lo cual sugiere constituir comités de procesos, la obligación de ofrecer una justificación dogmática plausible, ofrecer argumentos claros sobre dosificación de penas (tanto si la predeterminan en sus preacuerdos como si dejan algún margen de maniobra al juez para dosificarla), fijar márgenes para hacer concesiones basadas en criterios de reciprocidad propios de toda negociación (la consigna de *“ganar-ganar”*), para los casos en los que el procesado accede a brindar a cambio de rebajas información sobre determinadores, otros coautores o partícipes, u ofrece la entrega de bienes o de evidencias; y finalmente, la más drástica, de propiciar investigaciones penales o disciplinarias contra fiscales que se desfasen tanto que, al tiempo que

desprestigian a la administración de justicia, dejan gravitando serias dudas respecto a la rectitud de sus intenciones con posibles trasfondos de colusión¹⁰⁴.

Similar percepción es la del autor de este trabajo como actor de una práctica judicial que se orienta por un criterio libérrimo en torno a la facultad dispositiva de los fiscales para hacer preacuerdos, y la reducción a la impotencia de los jueces, si son conscientes de la alta responsabilidad que les concierne, cuando se les relega a la mera función de estampilladores de los voluntariosos designios de fiscales que otorgan toda suerte de beneficios a cambio de nada, por el simple prurito de finiquitar apresuradamente un proceso para no tener que sufrir los desgastes propios de un juicio, con el agravante de que han cobrado inusitado aliento a fuer de las pautas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, con las cuales resulta muy difícil que los fiscales resulten pasibles del responsabilizarlos del delito de prevaricación.

Entendemos que el proceso especial y abreviado que resulta de la utilización del mecanismo de los preacuerdos es quizás la forma más inquisitorial que se ofrece como panacea de la celeridad al más bajo costo (por lo menos en términos económicos), y el mayor equívoco en las interpretaciones que ven en el control material por los jueces una injerencia que desconoce un presupuesto primordial del sistema penal acusatorio, que erige al Fiscal en “*dueño de la acusación*”, está en considerar que la intervención del juez para contener erróneas calificaciones jurídicas, con claros desenfoques dogmáticos frente a temas como coautoría, dispositivos amplificadores y circunstancias modificadoras de la punibilidad, desconoce la imparcialidad como presupuesto primordial del sistema penal acusatorio; pues los preacuerdos no son propiamente sistema penal acusatorio, y dado que el rasgo esencial que lo caracteriza es el inquisitorial, de ahí la necesidad de un juez que no quede desprovisto de poder de control y de oficiosidad., donde reside el deber del juez de exigir elementos de juicio plausibles respecto a la determinaciones de los hechos y respecto a la correspondencia entre el castigo y la responsabilidad del autor.

En este sentido, si los alemanes, que nos aventajan en cultura jurídica, recelan de los preacuerdos y los admiten con beneficio de inventario, con mayor en estas latitudes

104 PÉREZ ALARCÓN, Carlos Andrés. Diez años de los Preacuerdos y el Paradigma sigue sin Definirse”. Documento de avance de la investigación denominada “Impacto de los preacuerdos diez años después de su implementación. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas Universidad Libre, Seccional Pereira.

donde los problemas estructurales de la administración de justicia, las más ominosas formas de criminalidad, no pueden permitirnos salidas que finiquiten los procesos a ultranza, por medio de un juez casi invisible.

Bien ilustrativo resulta al respecto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en 1987 ¹⁰⁵, sobre un preacuerdo sobre el fallo y sus consecuencias jurídicas, que tenía de por medio una confesión y un desistimiento a la persecución por otros hechos, sobre el que estimó ese alto tribunal que se hallaba conforme a la Constitución y a la noción de Estado de Derecho, en su realización de las ideas de justicia, obligatoriedad en la precesión penal y retribución justa, pero no minimizando el papel del juez, a quien le corresponde constatar los hechos y determinar la correspondencia entre el castigo y la culpabilidad, resaltando que “las negociaciones no pueden en ningún caso reemplazar la decisión independiente del juez con respecto a la pena y a la determinación de culpabilidad”¹⁰⁶,

Precisamente, el célebre maestro del garantismo Luigi Ferrajoli ha señalado que *“la negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas en el secreto de las relaciones desiguales propias de la inquisición”*¹⁰⁷

2.7. ANÁLISIS SOBRE EL ESTÁNDAR PROBATORIO FIJADO PARA LA SENTENCIA POR PREACUERDO

A efectos de emprender la tarea de analizar la forma especial de proceso abreviado por negociación, en cuanto a los requisitos de orden probatorio que permitan

105 BVerfG, sentencia del 27 de enero de 1987, publicada en NJW, 1987, p.2662, cit. en Swenson, _T., *“The German ‘Plea Bargaining’ Debate”*, op.cit, p.420, a su vez cita de cita, en “Los Acuerdos en Derecho Penal en Karlsruhe y Estrasburgo. Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, pg. 207.

106

107 FERRAJOLI, Luigi. Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso penal”. Op.cikt., p. 45, cfr. Díaz Cantón, F., “Juicio abreviado vs. Estado de Derecho”, en Maider, J. B., yu Bovino, A 8es.)m, El procedimiento Abreviado, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 255, cfr. DÍAS, Leandro. “Los Acuerdos en Derecho Penal en Karlsruhe y Estrasburgo: Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Universidad de Buenos Aires, investigación para la Especialización en Derecho Penal Universidad Tocuato Di Tella.

válidamente emitir una sentencia de condena anticipada, resulta imperioso reflexionar sobre los fines del proceso penal y conceptos como “*verdad*” y “*estándar probatorio*”.

De entrada, el término “*estándar*”, que es prestado de las ciencias administrativas, nos sugiere un conjunto de criterios para la definición de un umbral, entendido como el grado de cumplimiento o punto de referencia respecto del cual se puede comparar una medición¹⁰⁸.

Un “*estándar probatorio*”, nos sugiere entonces el umbral irreductible en materia de pruebas para tomar una determinación, que si en materia penal es una condena, requerirá del Juez un conocimiento más allá de toda duda, o mejor, *más allá de toda duda razonable*” (artículos 381 y 372 del Código Procesal Penal- Ley 906 de 2004). Pero como el proceso es un ascenso progresivo hacia el conocimiento de la verdad, en el cual hay varias etapas que van haciendo más comprometedor la situación del procesado, desde que se parte de una imputación y se pasa por una acusación, cada una de tales determinaciones tiene fijado su propio “*estándar*”.

Ahora bien, para hablar de “*estándar*” como nivel de exigencia en materia de pruebas, es preciso indagar por la finalidad de la misma, es decir, para qué se establece un umbral irreductible, cual es un grado de conocimiento, y sobre qué versa tal conocimiento. Es decir, que la finalidad de fijar un “*estándar probatorio*” se amalgama con la finalidad misma del proceso, y si ella consiste en el conocimiento de la verdad o en establecer como verdad una que se propone en un sistema de partes, en el que ha calado el principio dispositivo en difícil cohabitación con los principios de culpabilidad y de legalidad.

2.7.1 ESTÁNDAR DE PRUEBA Y VERDAD

2.7.1.1. La verdad como fin del proceso.

El concepto de verdad en los procesos judiciales es un problema epistemológico de primer orden que enciende los más enconados debates entre los cultores del derecho procesal, lo que en primer lugar mueve a los estudiosos de esta área del Derecho a indagar

108 ARAÚJO, Miguel. *Indicadores de calidad: Criterios para la definición de umbrales*. Gobierno de Chile, Superintendencia de Salud, 2010. Consulta web, servidor Google.

qué es verdad, teniendo en cuenta la disparidad que hay en los conceptos respecto a este término filosófico. Y en segundo lugar, es un tema que tiene relación directa con el resultado de las decisiones que se toman en los procesos.

Según el autor italiano Nicola Framarino dei Malatesta *“la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza. Por lo tanto, la certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva. Pero certeza y verdad no siempre coinciden, pues algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras, dudamos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en ocasiones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero”*¹⁰⁹

Plantea el máximo exponente de la llamada corriente del garantismo penal, Luigi Ferrajoli, que una justicia penal *“no arbitraria”* debe ser en alguna medida *“con verdad”*, es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y *recognoscitivos* (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica¹¹⁰. Y agrega: *“Si una justicia penal completamente ‘con verdad’ constituye una utopía’, una justicia penal completamente ‘sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad”*¹¹¹.

En esa misma línea de pensamiento, el penalista colombiano José Joaquín Urbano Martínez dice que *“ninguna decisión puede predicarse justa si no parte de una aproximación razonable a los hechos en torno a los cuales aquélla se profiere. Como lo ha afirmado la doctrina, cabe dudar de la justicia de una decisión si no tiene a la verdad como su fundamento”*¹¹².

El procesalista colombiano Jairo Parra Quijano plantea al respecto:

“...El Juez moderno ni siquiera en los Estados Unidos permanecerá impávido para que frente a él se construyan casos que no correspondan a la realidad, por cuanto que ello convertiría a la justicia en una obra de teatro”.

109 FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 1981, pg.

110 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Capítulo 1º - Cognoscitivismo y decisionismo. Título: Epistemología:- La razón en el Derecho Penal. Ed. Trotta, pg. 37.

111 Idem, subcapítulo: El problema de la verdad procesal, pg. 45.

112 RAMIREZ BASTIDAS, Yesid. Casación Penal, Ed. Leyer, 2014, o cit. *“La nueva estructura...”*, págs. 114 y 116.

Tal apreciación la hace en consonancia con la siguiente cita:

“El Juez no es el simple árbitro de un torneo medieval entre la Defensa y el Ministerio Público o el retraído moderador de un debate. El Juez es partícipe y actor principal en el esclarecimiento de la verdad y en la determinación de lo que es justo. El Juez puede y debe ser en casos vistos con o sin jurado, aunque con mayor libertad en los segundos, participante activo en la búsqueda de la justicia, siempre que no vulnere la imparcialidad que su alto oficio reclama”¹¹³.

El español Jordi Ferrer Beltrán asume una postura racionalista frente a la valoración probatoria, mediante la fijación de estándares claros y objetivos de prueba, que se resume en la frase de que *“la prueba es libertad, pero no tanto”*; para lo cual reivindica las tesis de Jeremías Bentham, precursor de la tradición racionalista en la teoría de la prueba, que parte de la premisa básica de que la finalidad de la prueba en el proceso judicial es la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido, asumiendo que la finalidad del derecho procesal es la aplicación correcta del derecho sustantivo, que supone la necesidad de que lo que se declare probado en el proceso se corresponda con la realidad¹¹⁴.

La filósofa norteamericana Susan Haack¹¹⁵, plantea la idea de verdad como correspondencia, partiendo de que podemos conocer lo empírico, para lo cual la epistemología es una herramienta muy útil para mostrar el camino sobre los problemas del derecho, pues dice que si los hechos están equivocados la decisión que conforme a ellos se adopte también será errada y por tal vía resulta irrealizable el valor justicia.

Evidentemente, el Código Procesal Penal colombiano- Ley 906 de 2004- se inscribe en la corriente que entre los procesalistas defiende la verdad como fin del proceso; pues el artículo 5° de dicho estatuto nos da las claves del compromiso de los jueces con la verdad objetiva, al estipular que *“En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”*.

113 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda, 15ª ed, 2006, pg. 745.

9 FERRER BELTRÁN, Jordi. *“La prueba es libertad pero no tanto: una teoría de la prueba”*, en Compilación memorias Editorial Universidad de Medellín. Medellín, 2012.

115 HAACK, Susan. Conferencia *“No es nada especial: Algunas verdades simples acerca de la verdad en el derecho”*. Profesora Universidad de Miami- EUA. Seminario Internacional de Derecho Procesal – Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, octubre 16 y 17 de 2014.

Quedando claro que la verdad no es accesoria al proceso penal, cabe preguntar frente a los fines pragmáticos de las formas de terminación anticipada por consenso-negociación y allanamiento a cargos- si es importante acreditar un mínimo admisible de verdad objetiva, o simplemente solucionar un conflicto.

Ahora bien, si la verdad puede ser construida por consenso, es decir, dejar a las partes que afirmen qué ocurrió, así no sea realmente lo ocurrido, no cumple con la finalidad de verdad, que está fijada como derrotero para encausar la actividad de los jueces; y si partimos de la base de que las formas consensuadas de proceso se han ido imponiendo como la regla, y el proceso en su forma ordinaria como excepción residual, cuando los mecanismos de abreviación por consenso no han resultado suficientemente apetecibles, o por algún motivo no ha sido posible lograr el asentimiento del procesado para dar su conformidad simple y llana o someterse a un acuerdo, tenemos que el fin de establecer con objetividad la verdad y la justicia, o no se cumple o se cumple a medias, repercutiendo principalmente en el derecho de las víctimas.

El ahora Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Fernando Alberto Castro Caballero en su opúsculo sobre negociación¹¹⁶ plantea: *“Se trata de llegar a conclusiones verosímiles y no a ficciones o fantasmagorías...que respondan a un buen sentido forense, a una cuerda y plausible interpretación de la ley y no a algo que se tenga por aberrante, fuera de tono o imposible de asimilar para la comunidad”*.

Por tanto la verosimilitud de la que habla del autor requiere un material probatorio suficientemente persuasivo, por lo que no pueden los acuerdos basarse en supuestos o imponer una verdad convenida o pactada conforme al rasero de los intereses concurrentes. Por eso la tendencia en boga de asumir como cierto, a efectos de viabilizar la culminación temprana de procesos por vía de negociación, el reconocimiento de circunstancias modificadoras de la punibilidad, como el Estado de ira e intenso dolor, por grave e injusta provocación, sin que se exija un mínimo de prueba que haga siquiera posible y discutible en juicio el reconocimiento de tal categoría dogmática, va a contrapelo de ese criterio doctrinal y es susceptible de calificar como solución “aberrante e imposible de asimilar por la comunidad”; pues solo las víctimas o los perjudicados directos pueden dimensionar el dolor y la frustración de una justicia que termina haciendo reconocimientos y

116 CASTRO CABELLERO, Fernando Alberto. Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2010, pg. 131 a 132.

concesiones; y por ende la persecución penal a cargo de un ente como la Fiscalía termina indolente frente a los padecimientos de las víctimas, cuando constitucional y legalmente agenciar el derecho de las víctimas es una de sus obligaciones más relevantes, a la luz de lo dispuesto en el artículo 250-6° de la Constitución Política, reiterado por el artículo 113-12° del Código Procesal Penal, normas según las cuales la Fiscalía tiene el deber de solicitar las medidas judiciales necesarias de asistencia a las víctimas, restablecimiento del derecho y reparación integral.

2.7.1.2. ¿Hay diferentes modelos de verdad según sea el modelo de proceso penal?

Las formas de terminación anticipada por consenso nos plantea que hay una verdad utilitaria que es la consensuada y se puede dar por mera conveniencia; y ello se patentiza aún más con los desarrollos jurisprudenciales que ha habido en Colombia, que acercan más esta figura al principio de oportunidad que al dispositivo. En este caso, siendo ambos familiares, terminan confundándose, bajo el concepto de que hay que tener amplitud de miras, y que no pueden verse estos mecanismos con un criterio estrecho sino amplio, como empleando esos mismos términos lo expresó la Corte Suprema de Justicia, en Auto de diciembre de 2013.

En este sentido, la filosofía utilitarista anglosajona está mal entendida, en aras de la consecución de fines que despojan al proceso penal, y por derecha al juez, de la finalidad de lograr una aproximación seria frente a la verdad, lo cual aniquila el debido proceso; pues es claro que el principio de oportunidad relativiza la verdad y en muchos casos, prescinde de ella por conveniencias de política criminal.

2.7.1.3. ¿Cuál es la verdad declarada en la sentencia por negociación?

Si como viene de analizarse en acápite anteriores, advertimos como nota diferencial frente a la figura del *Plea Bargaining* norteamericano con la inserción hecha al modelo de sistema acusatorio colombiano, que desde el preciso momento en que ha sido

formulada la imputación, en una fase que puede resultar muy temprana e incipiente, cuando allí es necesario que se haya dictado el “*indictment*” o sea “*causa probable*”, resulta de entrada problemático exigir que el mínimo de elementos aportados sean un basamento fiable para “desvelar” la realidad del acontecer delictivo y fijar adecuadamente la responsabilidad penal anticipadamente.

Bien vale traer a colación el concepto vertido en un excelente trabajo de tesis al analizar el modelo de justicia negocial en el ámbito chileno, así:

“La necesidad de producción de prueba implica un compromiso mucho mayor no solo con las garantías constitucionales entendidas como carta de protección del individuo frente al Estado, sino también con la necesidad de legitimar la pena retrospectivamente. Las instituciones análogas al plea bargaining (refiriéndose a cómo la copió Chile), al prescindir de la prueba, en cambio, asumen desde un inicio una racionalidad utilitarista y configuran lo que podría denominarse un derecho pena de pura conveniencia, en el cual el principal objetivo es aplicar una pena determinada con el menor costo posible para el Estado”¹¹⁷

2.7.1.4. Estándares probatorios en el proceso penal colombiano.

Para la formulación de imputación el estándar es una “*inferencia razonable*” de autoría o participación en la conducta y su tipicidad (artículo 287 del Código Procesal Penal- Ley 906 de 2004), y para formular acusación será la posibilidad de afirmar “*con probabilidad de verdad*” que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe” (artículo 336 del mismo compendio procesal).

Es claro, entonces, que para la emisión de una sentencia de condena, bien sea ésta fruto de un proceso ordinario, en el que se agoten las dos etapas de investigación y juzgamiento (proceso bifásico), ora como fruto de un mecanismo de terminación anticipada como los preacuerdos y el allanamiento a cargos, el estándar de prueba, o el umbral a partir del cual se acepta como verdadera la afirmación sobre el hecho

117 BARRA WIREN, Bernardita María. Eficiencia y Legitimidad del Procedimiento Abreviado desde el punto de vista de la Práctica Punitiva del Estado. Tesis para optar al título de Abogado. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2010, pg.6.

constitutivo de delito y sobre la responsabilidad del procesado, descansa en unos medios de prueba que permitan pregonar que se ha eliminado la duda y arribado a un grado de conocimiento **“más allá de toda duda”**, exigencia del artículo 381 del Código Procesal Penal- Ley 906 de 2004-, que aunque debe matizarse o modularse con la de la finalidad de las pruebas, cual es el de llevar al conocimiento del juez, **“más allá de duda razonable”**, según el artículo 372 del mismo código procesal, no es ni mucho menos una exigencia propia de un estándar débil.

Si como se indicó en precedencia, que formalmente se declara abierta la investigación cuando se formula imputación, tal declaración apareja una exigencia de ***inferencia razonable de autoría o participación*** en el delito que se investiga, con base en los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida hasta el momento, huelga inquirir si podemos conformarnos con el mismo nivel de exigencia para este momento embrionario, en tratándose de preacuerdos o allanamiento a cargos, dado que la imputación conlleva la oportunidad de allanarse o de negociar, conforme lo dispone el artículo 288 numeral 3° del Código Procesal Penal, según el cual para la formulación de imputación, el fiscal deberá expresar oralmente la ***“posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351”***.

Como quiera que el mismo código establece una exigencia probatoria, que podríamos calificar en principio como un umbral bajo, al cual apelan los jueces a la hora de ejercer control de legalidad a los preacuerdos y a la aplicación del principio de oportunidad, conforme al artículo 327 del Código Procesal Penal – Ley 906 de 2004- el cual establece que en estos eventos se requiere ***“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”***; ello, de entrada, no reclama un nivel de conocimiento de total certidumbre, más allá de toda duda, sino que se conforma con una mera probabilidad, cual es la inferencia sobre la realización por el reo de una conducta constitutiva de delito y sobre la responsabilidad que cabría atribuirle.

Este estándar probatorio de la sentencia de condena por negociación o preacuerdo es problemático desde la inserción misma de la figura en el contexto de un debido proceso, signado por un principio rector inmanente y esencial cual es el de la

presunción de inocencia e in dubio pro reo, que tiene raigambre constitucional en el artículo 29 de la Constitución Política, y está establecido como principio rector en el artículo 7° del código procesal penal colombiano- Ley 906 de 2004- en el artículo 7° que ***“para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”*** (sin hacer discernimiento sobre el trámite del cual es fruto tal declaración, es decir, si un proceso ordinario o uno abreviado por preacuerdo o allanamiento a cargos).

A tono con tan alta exigencia, el artículo 381 del mismo compendio procesal establece como condición sine qua non para condenar válidamente tras agotar el trámite en desarrollo de un proceso ordinario, ***“el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”***.

2.8 El Concepto De Debido Proceso En El Contexto En El Que Se Inserta La Justicia Penal Negocial.

2.8.1. ¿Qué es, en términos generales el axioma del Debido Proceso?

Huelga reconocer de entrada lo difícil que resulta dar una definición sobre el concepto de *“Debido Proceso”*, por lo problemático que a su vez comporta el intento de delimitar los principios y garantías que lo integran, lo que ha llevado a la vaguedad y equívocidad de este concepto.

Se trata de un derecho reconocido abiertamente en el derecho internacional y en la mayoría de constituciones modernas, como la colombiana, la cual en su artículo 29 consagra una serie de axiomas, principios y derechos que aglutina bajo la premisa de que *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*, incluyendo, entre otros, el axioma de ley previa, el principio de *in dubio pro reo* y los derechos de defensa y contradicción, a presentar pruebas, a impugnar la sentencia condenatoria y al *non bis in idem*.

La fórmula del *Debido proceso* incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales que, en términos de racionalidad práctica, posibilitan la consecución de metas concretas como la vigencia de un orden social justo que tenga por fundamento la dignidad humana.

El *Debido Proceso* penal es un proceso de conocimiento cuyo objetivo trascendental es la búsqueda de una verdad material con proyecciones hacia la verdad jurídica a declararse en una decisión de carácter absolutoria o condenatoria, en el que interactúa un sujeto cognoscente y un objeto jurídico penal por conocer, y es dable identificar las siguientes trayectorias cognoscitivas que permiten la aprehensión del objeto y objetos del interés penal, conforme a estas fases: *i) sensorial, ii) de abstracción, iii) conceptual, en la que se integran el razonamiento y los juicios, y, iv) de verificación.*¹¹⁸

Vives Antón sostiene que la presunción de inocencia es la clave de bóveda del sistema de garantías en materia penal y, también, que el contenido básico de dicha presunción es una regla del juicio, según la cual nadie puede ser condenado a un castigo a menos que su culpabilidad resulte probada, más allá de toda duda razonable, tras un proceso justo, entendiendo este como idea rectora de “...un proceso en el que el imputado sea tratado como sujeto, no como un simple objeto de la indagación estatal, materia inerte del ejercicio del poder público”, esto es, un proceso contradictorio, en el cual la dignidad y derechos del imputado se respeten en todo momento, y que la prueba de culpabilidad “más allá de toda duda razonable” sea escudo que proteja al ciudadano frente a imputaciones infundadas, que se le castigue antes del juicio y que se le imponga pena sin la certeza de que ha cometido el delito y cabe hacerlo responsable.¹¹⁹

El penalista colombiano Yesid Ramírez Bastidas dice que el tema del Debido Proceso pareciera estar ya superado, pues mucho se ha hablado y escrito sobre el mismo, desde quienes lo dejan recudido a una simple noción formal, es decir, a un conjunto de actos procesales sucesivos y coordinados, hasta quienes lo ven desde la óptica material, y lo hacen consistir en una integración de fines y derechos fundamentales, que hacen parte

118 Ob. Cit. Germán Pabón Gómez- De la Teoría del Conocimiento en el Proceso Penal y Alberto Suárez Sánchez- El debido Proceso Penal. En Casación Penal de Yesid Ramírez Bastidas, Ed. Leyer, 2011, pg. 69.

119 Cfr. Pg.931.

de tal ritualidad una auténtica garantía, un límite material al poder punitivo del Estado y no ya un simple formalismo.¹²⁰

Según Luigi Ferrajoli, las garantías penales sustanciales (principio de estricta legalidad o taxatividad de los comportamientos punibles, lesividad, materialidad y culpabilidad) se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: El principio de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida de juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio de Juez Natural¹²¹.

Según el célebre jurista alemán Claus Roxin, citado por el tratadista español Enrique Bacigalupo, “*un proceso con todas las garantías es aquel que se ajusta a los principios de oficialidad (persecución penal por parte del Estado)- en nuestros términos: “oficiosidad”-, al principio acusatorio, al de legalidad (que tolera ciertas excepciones basadas en el principio de oportunidad), al de oralidad, al de inmediación, al de libre valoración de la prueba y al ‘in dubio pro reo’.*

El mismo autor añade otros de importancia equivalente, trayendo a colación la expresión inglesa “*fair trial*”, e indicando que este principio a la vez incluye el de *igualdad de armas*, el derecho a participar personalmente en el proceso, a la legalidad de las pruebas, a la motivación de la sentencia y el acceso a los recursos¹²².

Sobre el llamado “*fair trial*” la doctrina y la jurisprudencia alemanas se han esforzado en estructurar como máxima procesal dominante, bajo la locución “*fairen verfahren*”(proceso equitativo) una serie de reglas no exclusivas del proceso penal, partiendo de la aceptación como principio fundamental que el proceso debe estar diseñado y posteriormente desarrollado conforme a exigencias de un Estado de Derecho, en el cual la persecución penal deberá hacerse de manera correcta y limpia- “*fair*”- , siendo contrario a ese propósito si los órganos que tienen la competencia para ello actúan de forma abusiva, para lo cual prescribe normas de contención, sin dejar de lado que ese *proceso equitativo* o

120 RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. Casación Penal, Ed. Leyer, 2011, pg. 69.

121 FERRAJOLI, Luigi. Democracia y Garantismo, págs. 67 y 68, Ed. Trotta, Madrid, 2008.

122 BACIGALUPO, Enrique. El Debido Proceso Penal. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, págs. 16 y 17.

“*fairen verfahren*” es predicable de todos los que participan en él, ya sea actor privado, o víctima o testigo, y no solo la parte procesal más débil¹²³.

Así, el “*Fair Trial*” significa que cada partícipe del procedimiento tiene derecho a que se desarrolle un procedimiento justo; y desde tal presupuesto el juez tiene el deber de no conducir el procedimiento contradictoriamente, derivando perjuicios de errores u omisiones propias para las partes; está obligado a tener consideración frente a los partícipes del procedimiento y su concreta situación: no supeditación a un formalismo excesivo; justa aplicación del derecho de prueba, de la distribución de la carga de la prueba y la prohibición de exigencias irrazonables en la dirección de la prueba; igualdad de oportunidades; que se les dé en general oportunidad a las partes de expresarse (el derecho a ser oído legalmente por el juez).

El debido proceso en la noción del “*Fair Trial*” inglés o “*Faires verfahren*” alemán corresponde a la idea de desarrollo de un procedimiento equitativo que aparece consignado en el artículo 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1959.

El procedimiento judicial ha de regularse desde el punto de vista de la dignidad humana y el juicio como acto de reconocimiento mutuo es la conclusión de un proceso que en su desarrollo debió respetar los principios de justicia. El reconocimiento mutuo logrado en la sentencia debe posibilitar, gracias a la solidez de los argumentos ofrecidos por el juez, que cada parte tenga la capacidad de ponerse en el lugar del otro.¹²⁴

Se plantea así el axioma del “*Debido Proceso*” como un derecho fundamental contenido de principios y garantías cuya observancia es indispensable en los diversos procedimientos, para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

El Debido Proceso incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales, que en términos de racionalidad práctica, posibilitan la consecución

123 ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El principio del Proceso Debido- Principio del Fair Trial, tesis y artículo. Revista ÁMBITO JURÍDICO, consulta servidor Google.

124 Idem. El autor cita a varios autores: N. Brieskorn en la obra Filosofía del Derecho, tr. de C. Gancho, Barcelona, Gerder, 1993, pg.193 y al filósofo Paul Ricoeur en la obra “Lo Justo”, traducción de Carlos Gardini, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 188.

de metas concretas como la vigencia de un orden social justo que tenga por fundamento la dignidad humana.

Si como lo plantea el siguiente texto: “*El Debido Proceso permite que el proceso incorpore las referidas aspiraciones de derecho justo, exigiendo el desarrollo de unos procedimientos equitativos en los que sus participantes deben ser escuchados en términos razonables*”¹²⁵; entre la gama de especies de proceso que pudieran cohabitar en un mismo compendio procesal, uno abreviado por virtud de negociación aspira a ser confirmado como “*Debido Proceso*” no solo puede conformarse con hacer partícipe al procesado en la solución de su caso, fundamentado en el derecho de participación que resulta inmanente al Estado Social y Democrático de Derecho, sino que el Juez está obligado a considerar todos los derechos en juego.

Y es que precisamente, la tendencia ahora imperante, que ha llevado a ultranza la disponibilidad en materia de preacuerdos, en aras de hacer viable el sistema penal acusatorio (instrumentación meramente efficientista) basa la legitimidad de los mecanismos consensuales en el principio de participación democrática (la participación de todos en las decisiones que los afecten- artículo 2 de la Constitución Política de 1991)¹²⁶, pero la relativización de principios claves como el de una investigación integral, en aras de la búsqueda de la verdad, no pueden quedar empeñados bajo la égida de un Estado de Derecho Social y Democrático, que se precia de respetar la dignidad humana, donde la justicia debe trascender la eficiencia.

De esta guisa es el pensamiento del autor argentino Leandro Días, quien sostiene que si nuestras constituciones nada dicen respecto a los acuerdos en materia penal, la práctica centrada en la celebración de acuerdos sin juicio oral, debe ser explicada con fundamentos más fuertes que la mera ausencia de expresa prohibición¹²⁷; y en tal sentido consideramos que tampoco resulta suficiente la fundamentación democrática en el principio de participación, que aplicado a los acuerdos, significa una renuncia del procesado a ciertos derechos inmanentes a los que normalmente se estima, deben

125 125 REVISTA ÁMBITO JURÍDICO. “*El debido proceso*”. Ob.cit. S.Keible, *Proceso Civil Alemán*, Konrad Adenauer, Ed. Dike, 1999, pp. 152-154.

126 Sentencia de segunda instancia, Corte Suprema de Justicia. M.P. Gustavo Malo Fernández.

127 DÍAS, Leandro. Los Acuerdos en el Derecho Penal en Karlsruhe y Estrasburgo: Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cátedra Hendler. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, consulta fuente Google, febrero 20 de 2016.

caracterizar un debido proceso, y no solo el procesado paga el precio, en aras de la brevedad, sino también la víctima y la sociedad,

Si en condiciones ordinarias la aspiración del debido proceso es a que un Juez certifique el lleno de garantías, resaltando el derecho a ser oído y a que la decisión de una condena esté basada en pruebas que permitan quebrar el principio de inocencia (así el artículo 327 C.P.P. establece un contrasentido, al indicar que los preacuerdos no pueden empeñar la presunción de inocencia, cuando a renglón seguido establece un débil y difuso estándar de prueba, al permitir basar una sentencia de condena con base en una inferencia de autoría en una conducta y su tipicidad), debemos preguntarnos por las aspiraciones a un debido proceso en un contexto limitado como el de los preacuerdos.

Partamos de la exigencia básica de un debido proceso, con prescindencia de las formas consensuales, así:

“[...] Desde dicho presupuesto el juez...está obligado a tener consideración frente a los partícipes del procedimiento y su concreta situación: no supeditación a un formalismo excesivo; justa aplicación del derecho de prueba, de la distribución de la carga de la prueba y la prohibición de exigencias irrazonables en la dirección de la prueba; igualdad de oportunidades; que se le dé en general oportunidad a las partes de expresarse (derecho a ser oído legalmente por el Juez).”¹²⁸

Constituye un derecho de toda persona a participar en un procedimiento dirigido por unos sujetos con unas cualidades y funciones concretas, desarrollado de conformidad con las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico, en el que se debe decidir conforme al derecho sustancial preexistente, siempre y cuando se dé la oportunidad de oír a todos los sujetos que puedan ser afectados con la resoluciones que allí se adopten¹²⁹.

Si hace parte del Debido Proceso el que se dé oportunidad de oír a todos los sujetos procesales, la pretensión punitiva expresada en un preacuerdo debe respetar el derecho de la víctima a un mínimo de verdad; lo cual exige que si a cambio de que el imputado se declare culpable, la Fiscalía elimina alguna causal de agravación punitiva o tipifica la

128 REVISTA ÁMBITO JURÍDICO. “El debido proceso”. Ob.cit. S.Keible, *Proceso Civil Alemán*, Konrad Adenauer, Ed. Dike, 1999, pp. 152-154.

129 Ídem.

conducta con miras a que se imponga una pena más benigna; se aprecie probable o razonable y por ende discutible el cambio favorable en la tipificación ofrecida.

Es cierto que la negociación comporta siempre que haya concesiones recíprocas, pero la Fiscalía no puede desentenderse o desmarcarse del deber para con las víctima y la Sociedad, así que en tratándose de circunstancias modificadoras de la punibilidad, tales como el reconocimiento del Estado de Ira e Intenso Dolor, por grave o injusta provocación de la víctima; o la marginalidad, la ignorancia o la pobreza extrema en estrecha relación causal, es decir, haber delinquido por ser en extremo pobre, marginal o ignorante, algún elemento de juicio atendible habrá que aportarse, porque el acogimiento a tales figuras no puede significar que la negociación permita feriar categorías dogmáticas.

Siendo de la esencia de la función judicial impartir justicia material, no puede éste permanecer impasible frente a acuerdos que lleguen, por ejemplo, a degradar la participación en el hecho a complicidad cuando se trata de delitos conocidos como “de propia mano” o donde la condición de coautor resulte inconcusa. Tampoco cuando se pacta el tener al justiciable como una persona “marginal”, a fin de que la pena llegue a quedarle en niveles irrisorios, cuando de manera palmaria éste exhibe una condición social y económica boyante. Admitir que el Juez nada puede hacer frente a la capacidad dispositiva de la Fiscalía como “dueña de la pretensión”, incluso después de llegar a determinar que la selección de la conducta y las consecuencias sancionadoras se ha hecho de manera tan holgada que raya en el abuso del derecho, significa entronizar una forma de justicia que resulta ser mero trasunto de tan trascendental valor; y nunca puede erigirse como “alto” fin a realizar a través de soluciones que no son para nada pacificadoras del conflicto, el de lograr celeridad y economía procesal.

El profesor italiano MICHELE TARUFFO dice que es necesario para la justicia de la decisión que haya certeza de los hechos; pues si ella está fundamentada sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos litigiosos ello comporta injusticia¹³⁰.

La Corte Constitucional colombiana, al referirse al tema del “*Debido Proceso*”¹³¹ ha planteado lo siguiente:

130 Notas de clase Especialización en Derecho Procesal Contemporáneo, módulo dictado por el profesor Taruffo en 2011.

131 Sentencia C-980 de 2010.

“Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo ‘a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’”.

“La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”.

En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.

Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P).

Ha dicho la Corte como supremo juez de la constitucionalidad, que el Debido Proceso comprende:

*“a) **El derecho a la jurisdicción**, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo.*

*b) **El derecho al juez natural**, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley.*

*c) **El derecho a la defensa**, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso.*

*d) **El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable**, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables.*

*e) **El derecho a la independencia del juez**, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo.*

*f) **El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario**, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.*

El Debido Proceso es una fórmula, un postulado o un axioma que a la vez constituye un derecho fundamental que conlleva principios y garantías de indispensable observancia cualesquiera que fuere el procedimiento, a fin de obtener una solución que esencialmente justa, conforme a las expectativas y requerimientos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

“Es un derecho de toda persona a participar en un procedimiento dirigido por unos sujetos con unas cualidades y funciones concretas, desarrollado de conformidad con las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico, en los que se debe decidir conforme al derecho sustancial preexistente, siempre y cuando se dé la oportunidad de oír o escuchar a todos los sujetos que puedan ser afectados con las resoluciones que allí se adopten”¹³².

Resulta elocuente traer a colación la posición más bien reciente que en materia de mecanismos consensuales en derecho penal (preacuerdos) ha tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual mediante sentencia del 29 de abril de 2014 se pronunció en detalle sobre la adecuación de los mismos a los estándares y garantías procesales, para lo cual resaltó primero sus bondades y potencialidades, como acelerar los casos (celeridad) y aliviar la carga de los tribunales (economía procesal), pudiendo servir, si se emplean bien, para luchar contra la corrupción y el crimen organizado, pero alerta acerca de que por ser el efecto principal una determinación de la culpabilidad mediante un examen jurisdiccional más breve, significa renuncia a varios derechos procesales, que no puede ser óbice para el mantenimiento de un mínimo de garantías, que en el criterio de ese tribunal se resumen en que la aceptación sea verdaderamente voluntaria y que el acuerdo esté sujeto a un control judicial suficiente¹³³

2.8.2. Límites a la restricción de derechos en el proceso especial por terminación anticipada por consenso.

Se plantea el autor de este trabajo, frente a la terminación anticipada por consenso, si ello conlleva la renuncia por parte del procesado a una serie de derechos que le da el juicio, o solo a la restricción de los mismos hasta ciertos límites irreductibles, tales como la presunción de inocencia, la publicidad del proceso, el derecho de contradicción y de defensa.

132 Revista ÁMBITO JURÍDICO. “*El Debido Proceso*”. Fuente Google.

133 DÍAS, Leandro. Los Acuerdos en el Derecho Penal en Karlsruhe y Estrasburgo: Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cátedra Hendler. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, consulta fuente Google, febrero 20 de 2016.

Habrá de analizarse en este trabajo si el procesado renuncia a la presunción de inocencia, la motivación de la decisión, la publicidad, la defensa y el derecho a un juicio oral, concentrado y con intermediación en la práctica de pruebas.

2.8.1.1. La presunción de inocencia.

Cultores del garantismo penal discernen entre garantías propiamente procesales, como las que configuran el proceso acusatorio, y que son propuestas por Luigi Ferrajoli en los dos siguientes rangos: De un lado las garantías primarias o epistemológicas, relacionadas con a) la formulación de la acusación, b) la carga de la prueba, c) el derecho de defensa; y de otro lado las garantías secundarias, entre las que enuncia: a.) la publicidad, b.) la oralidad (intermediación y concentración), c) la legalidad del proceso; y d) la motivación.

El jurista español Perfecto Andrés Ib n ez¹³⁴, dice que tanto las garantías primarias como las secundarias son aplicaciones del principio de presunción de inocencia, como principio rector inmanente a un proceso penal garantista, y plantea que la presunción de inocencia predetermina un cierto concepto de verdad procesal.

Habría que entender que las terminaciones anticipadas por preacuerdo o por allanamiento a cargos no est n precisamente imbuidas en el garantismo penal, y es más, ofreciéndose tales mecanismos en primer lugar, con carácter prioritario, para evitar el cumplimiento del promisorio proceso ordinario hasta el juicio oral, rodeado de las más exquisitas y civilizadas garantías, termina siendo un rito inquisitorial en el cual hasta el derecho a optar por tal mecanismo está tan limitado, que una vez expresado el asentimiento, no cabe la retractación, según el criterio mayoritario a nivel jurisprudencial.

Y en cuanto a la presunción de inocencia, hay ciertamente un escollo, dudosamente superado con el comodín ambiguo de *“un mínimo de prueba”*, pues como lo expresa

134 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, citado por IBAN EZ, Perfecto Andrés. Garantismo y Derecho Penal. Ambos autores citados por BUSTAMANTE R A, Mónica María en *Principios de Derecho Procesal*, en la obra de varios autores *Derecho Procesal Contemporáneo*. Sello Editorial. Universidad de Medellín, 2010.

Mónica María Bustamante Rúa, *“No es suficiente cualquier prueba para destruir la calidad de inocente, sino que esta debe practicarse de acuerdo con ciertas garantías y de una determinada forma para cumplir dicho propósito”*.¹³⁵

Se trata ciertamente de hallar el “eslabón perdido” que hay entre la presunción de inocencia que le asiste como derecho al procesado, hasta tanto no se haya demostrado su culpabilidad, y los requerimientos “mínimos” por razones de política criminal para fincar en él un juicio de reproche, como fruto de su conformidad o de preacuerdo, teniendo por “probado” lo que no ha podido ir hasta los confines “más allá de duda razonable”, y mucho menos “más allá de toda duda”, como anfibológica e indistintamente trata estos estándares probatorios nuestro código procesal penal.

2.8.2.2. El principio de publicidad.

2.8.2.2.1. En adelantamiento de conversaciones con fines de preacuerdo.

Cuando la Ley autoriza a la Fiscalía para que desde la formulación de imputación puedan la Fiscalía y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación (artículo 350 C.P.P.), pareciera estar sugiriendo la posibilidad de que puedan éstos adelantar conversaciones sobre la forma en la que habrá de imputarse, pero debe quedar claro que primero tendrá que haberse imputado, por lo que reuniones previas para considerar la forma de imputación, con miras a la terminación anticipada por consenso, puede empeñar la transparencia al interferir la función a cargo del representante del ente acusador.

Sin embargo, es del resorte de la Fiscalía realizar reuniones preparatorias informales con la defensa y el procesado, de las que puede surgir un preacuerdo, y que no requieren la presencia de la víctima o su vocero, pues bastará que la Fiscalía esté enterando a este interviniente sobre lo que vaya evolucionando al respecto, y hacerle saber sobre la audiencia en la cual se ejercerá control de legalidad al preacuerdo que pueda resultar, no para oponerse al mismo, pero sí para que tenga la posibilidad de impugnar la sentencia que del mismo se derive, en cuanto a la afectación de sus derechos.

135 BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. *Principios de Derecho Procesal. DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO. Autores varios. Sello Editorial. Universidad de Medellín, 2010.*

2.8.2.2.2. En la audiencia de control de legalidad del consenso y en el fallo subsecuente.

Tanto la audiencia en la cual el procesado decide allanarse, como aquella en la que el juez de conocimiento efectúa el control de legalidad, y obviamente en la de emisión de fallo, son públicas, salvo que el Juez establezca restricciones, tal como lo autoriza el artículo 18 del C.P.P.- Ley 906 de 2004-, el cual establece que en cumplimiento del principio de publicidad la actuación procesal será pública, teniendo acceso a las audiencias, a más de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general, salvo que el juez prudencialmente decida restringir este derecho en protección de víctimas (en especial los menores de edad, a fin de precaver algún daño psicológico o exposición a su dignidad), testigos, intervinientes o el propio procesado (cuando la publicidad pueda menoscabar el derecho a un juicio justo).

De otro lado, el artículo 194 de la Ley 1098 de 2006- Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que en audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuyas víctimas sean menores de dieciocho años, si el juez a bien tiene puede limitar la presencia obligada de las partes, el defensor de familia, los órganos de control y el personal científico de apoyo al niño o adolescente.

Hay que ir con tiento como Jueces en cuanto al usual pedido de los fiscales que investigan delitos sexuales contra menores de que se hagan audiencias reservadas, por cuanto debe ponderarse el interés del menor, con el del procesado y el de la ciudadanía a conocer y escrutar la actividad judicial, pues el carácter reservado de tales audiencias tiene un tinte inquisitorial y secreto que no da fiabilidad y transparencia. Lo adecuado es limitar el público solo cuando los niños deponen, y obviamente vedar la presencia de medios de comunicación.

Ahora bien, si se trata de asuntos sometidos a una excesiva exposición mediática, como resultan serlo aquéllos que adquieren cierta connotación nacional o son objeto de controversia ante la opinión pública, tampoco resulta aceptable suprimir toda publicidad, y más acorde con un principio democrático es el de limitar la filmación a través de cámaras de vídeo o de televisión o emplear grabadoras, a fin de que no terminen tales audiencias

convertidas en especies de “*Reality*”, pero puede garantizarse un acceso ordenado y limitado de medios de prensa, así no sea ese el querer del procesado, quien muchas veces tendrá interés en una culminación temprana y abrupta para que ciertas circunstancias “escabrosas” no se ventilen.

2.8.2.3. El principio de motivación de las decisiones.

En los procesos de terminación consensual por allanamiento a cargos o preacuerdo no se renuncia a la motivación de la decisión judicial, por cuanto el Juez debe emitir una condena, en la cual evalúe el caudal probatorio, entendido éste como los medios de conocimiento que cobran virtualidad de pruebas amén de la renuncia del procesado a hacerse presente a una audiencia de juicio oral, pero que tendrá que ser una decisión suficientemente explicitada, en la que no basta enunciar los medios de que se dispone para condenar, sino que se debe indicar el valor otorgado a cada uno de ellos, imbricados o en conjunto, para que pueda elucidar si se obtiene el grado de conocimiento que para tal momento se reclama (que no es indubitable, sino un grado de probabilidad que podríamos indicar debe ser de alta probabilidad razonable).

Cabe alertar sobre cierta manera mecánica de enunciación o enlistamiento de las pruebas, como si el Juez se relevara de la obligación de sopesarlas, por el mero hecho de que las partes hayan dado su asentimiento a la culminación anticipada, pues si el procesado aceptó su culpabilidad, tal manifestación de voluntad no se erige como medio de prueba, y es derecho que le asiste al procesado que el juez haga una verificación cabal respecto a que los medios de conocimiento aportados corroboran o ratifican que en efecto cometió el hecho, las circunstancias del mismo y el grado de culpabilidad.

2.8.2.4. Los derechos de contradicción e impugnación.

Sea lo primero advertir, que a juicio del autor de esta monografía, al procesado siempre habrá que dársele la ocasión de retractarse frente a su intención de aceptar cargos bien sea porque se allanó o porque negoció con la Fiscalía, pues lo limitativo de tan especial y célere proceso justifica un cambio de parecer; y no puede ser suficiente razón

para negarle la oportunidad a un juicio público, oral, concentrado y con inmediación en la práctica de pruebas, donde tiene la expectativa de obtener un fallo favorable a sus intereses, el de la lealtad o el de la economía procesal.

Más bien, si a través del uso de tales mecanismos se columbra un interés dilatorio, para eso están implementadas facultades correccionales, e incluso de generarse con ello una dilación que lleve al vencimiento de términos, evaluar si ello ocurrió por causa atribuible al procesado o a su defensor, y establecer los correctivos, pero no, como lo viene planteando la jurisprudencia mayoritaria en nuestro país, que no cabe retractarse, pues según el artículo 293 C.P.P.- Ley 906 de 2004, es tras el examen del juez de conocimiento, acerca de que el procesado en forma libre, espontánea y previamente informado, dio su asentimiento, que no es posible retractación alguna.

Así pues, que es claro que la imposibilidad de retractación no es en el interregno entre la aceptación de cargos, que ordinariamente suele hacerse tras la audiencia de imputación, sino luego del ejercicio por el juez de conocimiento del control de legalidad.

En cuanto a la aceptación de cargos, obviamente el procesado puede hacer un reconocimiento parcial si son varios los cargos arrostrados, pero no puede cualificar la aceptación que haga frente a un específico cargo, manifestando por ejemplo que no cometió homicidio en forma agravada sino simple; o que cometió una sola conducta y no un concurso homogéneo; o que fue cómplice y no coautor; y mucho menos puede contradecir que hubo delito o que no obró con dolo; pues si esa fuese la circunstancia el juez de conocimiento tiene que improbar y de ningún modo homologar una forma de aceptación en la que el procesado no reconoce su culpabilidad por un hecho constitutivo de delito.

En cuanto a la impugnación, el procesado y el defensor tendrán legitimidad para controvertir una sentencia de condena, si los términos de la misma rebasan lo que hubiese reconocido o pactado.

Por ejemplo, en el allanamiento a cargos, como acto unilateral la Fiscalía no puede comprometer un determinado quantum de pena, y será siempre del resorte del juez de conocimiento fijarla dentro de los parámetros que se fijan para cada momento procesal (si es coetánea a la imputación, será entre más de un tercio y hasta un cincuenta por ciento,

según el artículo 288, inciso 3°, y artículo 351 C.P.P.), si se efectúa en la audiencia preparatoria la pena se reducirá hasta en una tercera parte (artículo 356, numeral 5° C.P.P.), y si ello ocurre al comienzo de la audiencia de juicio oral la rebaja será solo de una sexta parte de la pena (artículo 367, inciso 2° C.P.P.).

2.8.3. Las normas rectoras en el procedimiento penal colombiano.

La orientación filosófica de nuestro estatuto procesal penal- Ley 906 de 2004- atiende a tres ideas básicas: 1.) El proceso asumido como un sistema de garantías, que es fruto maduro de un derecho penal liberal, enmarcado en un constitucionalismo de Estado Social y Democrático de Derecho de la Constitución de 1991, que pretende dar un contenido material fuerte a los límites al poder punitivo del Estado en el procedimiento penal, aglutinando una serie de garantías como las de dignidad humana, libertad, prelación de los tratados internacionales, igualdad, legalidad y favorabilidad, presunción de inocencia e in dubio pro reo, defensa, intimidad, juez natural, doble instancia, cosa juzgada, cláusula de exclusión y prevalencia. 2.) La implementación de un sistema con estructura y principios acusatorios, que emula principios básicos de la estructura adversarial norteamericana, escindiendo claramente los roles de acusación y juzgamiento y estableciendo rigurosas reglas para la práctica probatoria, agrupándose bajo esta idea las normas rectoras de imparcialidad, oralidad, actuación procesal, lealtad, contradicción, intermediación, concentración y publicidad. 3.) La visibilización de la víctima, que aunque “interviniente” cumple un papel activo (aún más empoderada con los desarrollos jurisprudenciales) y está dotada de mecanismos efectivos para hacer valer su derecho. Las normas sobre los derechos de las víctimas y el restablecimiento del derecho tributan a esta idea.

2.8.4. ¿Las formas de terminación anticipada por consenso- los preacuerdos- son inconstitucionales?

Es preciso reflexionar sobre la legitimidad que otorgan la Negociación y el Allanamiento a Cargos como formas de terminación anticipada del proceso, o como especies de proceso abreviado, teniendo en cuenta que la recepción que se ha hecho de

estas dos figuras en el proceso colombiano, como trasunto del *Plea Bargaining* (negociación) y *Plea Guilty* (allanamiento) norteamericanos, ofrece más que particularidades (“a la colombiana”, como se dice) distorsiones, y problemas adaptativos o de aclimatamiento a un modelo con fuerte presencia aún del principio de legalidad en la persecución penal.

Así mismo, es imperioso aclararnos respecto a una limitación que por bloque de constitucionalidad tiene la justicia penal colombiana frente a las pautas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, según la cual los Estados no pueden establecer políticas que tiendan a desconocer la verdad.

Si ello es así, siendo estrictos frente al respeto a los principios del Debido Proceso, en Colombia, hay que tomarse en serio los límites que hay que fijar a los preacuerdos, para que vuelvan a encausarse por la observancia de los principios de legalidad y de estricta tipicidad; y se abone al cumplimiento de los objetivos inmediatos y mediatos de lograr pronta y cumplida justicia, haciendo partícipe al procesado en la solución de su caso, pero siempre que se aprestige la Administración de Justicia y se evite su cuestionamiento; pues con la desbocada liberalidad con la que se viene fijando los alcances de esta figura, las funciones de investigación y juzgamiento, que deben estar precisamente delimitadas en los roles del Fiscal y del Juez terminan por confundirse en el primero, convirtiendo al segundo en un simple estampillador, sin más poder que el de refrendación; pues si cumple efectivamente con el papel que se le encomienda, hallará dificultades y cuestionamientos porque se le reprochará por invadir las funciones de la Fiscalía y quebrantar la imparcialidad a la que el juez se debe.

A este respecto resulta del todo elocuente resulta la siguiente reflexión: “La necesidad de producción de prueba implica un compromiso mucho mayor no solo con las garantías constitucionales entendidas como carta de protección del individuo frente al Estado, sino también con la necesidad de legitimar la pena retrospectivamente. Las instituciones análogas al *Plea Bargaining*, al prescindir de la prueba, en cambio, asumen desde un inicio una racionalidad utilitarista y configuran lo que podría denominarse un

derecho penal de pura conveniencia, en el cual el principal objetivo es aplicar una pena determinada con el menor costo posible para el Estado”¹³⁶

El proceso penal tiene un norte o finalidad, cual es una determinación verdadera de los hechos, es decir, que la verificación que se obtenga y declare por el Juez acerca del conocimiento sobre unos hechos, en la aspiración a que no ha habido refacciones o errores que lleven a falsearla; y que le permite pregonar que llegó al conocimiento de la *verdad verdadera*, constituye el fin del proceso penal. Sin embargo, mucho se ha discutido acerca de si el término “*más allá de toda duda*” es una noción autoevidente que no requiera fijar sus alcances.

Particularmente en la incorporación hecha ante el advenimiento del sistema penal acusatorio, tal término reemplazó el de “*certeza*”, puesto que hasta la vigencia de la Ley 600 de 2000, se exigía que para condenar debía obrar en el proceso “*prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado*”, según las voces del artículo 232.

Como lo plantea el autor nacional MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE, no es aventurado sostener que la incorporación que nuestro legislador hizo en la Ley 906 de 2004 del estándar de duda razonable constituyó una ingenuidad, al creerse que con un nuevo nombre podía designarse el mismo grado de convicción exigido por la legislación anterior, o bien se creyó que con ello se estaba reforzando la garantía de verdad en el proceso; sin embargo, el mismo autor plantea que *la expresión carece de contenido en la práctica judicial, pues no dice mucho sobre el contenido epistemológico de la actividad probatoria a desplegar bajo el imperio de la nueva ley, en contraste con el contexto norteamericano de donde se importó el término, donde aún hoy se debate sobre lo que dicho estándar significa y si se trata de una noción auto-evidente que deba o no ser definida por los tribunales y explicada a los jurados.*

El autor en cita plantea:

“Asumo con un importante sector de la doctrina que la verdad en el proceso es alcanzable en término de verdad como correspondencia; que alcanzarla es uno de los

136 BARRA WIREN, Bernardita. Eficiencia Y Legitimidad del Procedimiento abreviado desde el punto de vista de la práctica punitiva del Estado. Memoria para adquirir el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal. 2010.

objetivos del proceso en tanto condición de validez de la sentencia- especialmente la condenatoria- ; y que toda verdad es relativa y limitada. Por lo tanto, asumo una concepción cognoscitiva de la prueba, que entiende que su objetivo en el proceso es alcanzar la determinación verdadera de los hechos o, en otras palabras, permitir la formulación de enunciados sobre los hechos realmente ocurridos, que puedan ser calificados como verdaderos”¹³⁷.

Plantea dicho autor que la incorporación en nuestra ley procesal del estándar “*más allá de duda razonable*” es un ejemplo de irracionalidad lingüística, en tanto se trata de un concepto que no tiene significado en el derecho colombiano, y que cualquier intento por definirlo, a nivel jurisprudencial o doctrinario da cuenta de la indefinición de la que adolece aquí y en otras latitudes; sin embargo, no obstante las debilidades anotadas, para dicho autor la incorporación de este término significa una declaración acerca de la finalidad del proceso como obtención de la verdad, y si ello es así, el interés por la verdad que deben tener los jueces colombianos, tiene que ser coherente y, sobre todo, compatible con el sistema de enjuiciamiento adoptado.

Ahora bien, si se asume que es posible encontrar la verdad tanto en procesos dispositivos como en inquisitivos, de donde cabe colegir que es posible hallarla en el proceso acusatorio colombiano, ello plantea dos problemas: En qué consiste el estándar de prueba, y si la verdad es un objetivo absoluto o admite excepciones.

Según la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, “*el propósito básico del proceso penal consiste en la determinación de la verdad*”. Y agrega: “*sin una determinación acertada de los hechos es imposible alcanzar la justicia*”¹³⁸. , pues como señala LAUDAN¹³⁹, “*una resolución judicial justa depende crucialmente de establecer correctamente quién hizo qué cosa a quién*”.

Tal reflexión nos servirá para desarrollar más adelante el interrogante acerca de si los procedimientos y reglas que estructuran el mecanismo de la negociación preacordada, en lo que al proceso penal colombiano se refiere, le otorgan un papel preponderante, o por lo menos importante, a la determinación de la verdad.

137 ARAMBURO CALLE, Maximiliano. “Averiguación de la verdad, racionalidad legislativa y debido proceso: Sobre la regla de excusión probatoria en el proceso penal colombiano”. Artículo, revista Nuevo Foro Penal, No. 74. Universidad EAFIT, Enero-junio 2010. pg.32.

138 LAUDAN, Larri. Verdad, Error y Proceso Penal. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pg.22, 332 p.

139 Ob. Cit. Pg.23.

Dice LAUDAN que el estándar de prueba “*más allá de toda duda*” es abismalmente poco claro para todos los operadores judiciales que convergen en el proceso penal (jueces, jurados, fiscales y abogados), cuya tarea consiste en velar por la satisfacción de dicho estándar en cada caso ¹⁴⁰.

En las formas abreviadas del proceso penal, y para el caso, en los preacuerdos, es claro que no se cumple ni podría cumplirse el propósito básico de verdad, pero si solo puede ser meramente aproximativa la verdad a la que se aspira en un proceso penal, cuya mayor o menor falibilidad depende de los métodos y garantías ofrecidas en la indagación por la verdad histórica, en términos de FERRAJOLI, con mayor razón cuando la verdad se impone a través de consensos, que si bien se sujetan a control por parte del juez de conocimiento, éste se halla limitado, puesto que los preacuerdos lo obligan salvo que desconozcan o quebranten garantías fundamentales (artículo 351 del Código Procesal Penal colombiano- Ley 906 de 2004).

Cabe entonces plantear que no cualquier verdad puede validarse, sin hacer tabla rasa de garantías inmanentes a uno que se precie de ser “*debido proceso*”, los patrones de medición de cuánta verdad se precisa, no son cuantificables, así se expresen en términos probabilísticos, y habría que empezar por descartar que la verdad sea consensuada conforme a lo que convenga a las partes, razón por la cual los jueces se plantean el reto de saldar decorosamente los casos que se les someten a condena en virtud de preacuerdos.

Cuando el autor de esta monografía propone términos como “*solución decorosa*” o “*decente*” es porque el caro compromiso de imparcialidad del juez, lo precisa a dispensar justicia, ofreciendo soluciones pacificadoras y reparadoras, impactando positivamente a la sociedad y evitando deslegitimar el quehacer judicial, tal cual es una finalidad mediata que se le fija a los Fiscales al celebrar preacuerdos, conforme les pauta el artículo 348 del Código Procesal Penal, indicándoles que “*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*”.

Dice LAUDAN que estándar de prueba, presunción de inocencia, beneficio de la duda y carga de la prueba son conceptos, ninguno de los cuales está inspirado en la

140 Ob. Cit. Pg. 25.

búsqueda de la verdad, siendo el primero el más importante y ampliamente discutido, pues *se trata de una noción penosamente inadecuada, deliberadamente poco clara, totalmente subjetiva y abierta a un número de interpretaciones semejante al número de jueces en funciones*¹⁴¹.

La crítica de LAUDAN se da precisamente por la falta de consenso en la intelección del estándar *más allá de duda razonable*, pues según expresa “...ni siquiera las mentes más sagaces del sistema de impartición de justicia han podido generar un entendimiento homogéneo acerca de cuál es el nivel de prueba apropiado para condenar a alguien del delito que se le imputa”¹⁴².

Hurga el referido autor en distintas pautas que históricamente los jueces de Estados Unidos de Norteamérica han dado a los jurados para que éstos como legos tengan un adecuado entendimiento del concepto “*más allá de duda razonable*”. Así, cita el derrotero trazado por el juez que presidía la Corte de Massachussets en 1850, al expresar que “...las pruebas han de establecer la verdad de los hechos en el sentido de producir una certeza que convence, dirige el entendimiento y que satisface la razón y el juicio de aquellos obligados a actuar conscientemente con base en esa certeza. Eso es lo que se considera una prueba más allá de toda duda razonable”.

Sobre el estado actual de la cuestión LAUDAN plantea que asociar el estándar *más allá de toda duda razonable* a certeza moral, llevó a creer que una decisión de condena podía fundarse en estándares morales o emociones, por lo que se ha buscado definirla en términos más prácticos como *aquella seguridad en creencias que estimamos apropiadas para la toma de decisiones importantes en la vida*. Precisamente una instrucción a un jurado en Estados Unidos la definió así: “*La prueba más allá de toda duda es tan convincente que uno estaría dispuesto a confiar y a actuar con base en ella, sin vacilación alguna como en las cuestiones y asuntos más importantes de la vida*”.

Sin embargo LAUDAN critica tal clase de instrucciones porque crea profundas confusiones, ya que en la vida ordinaria se suelen tomar decisiones cruciales en medio de gran incertidumbre, como por ejemplo la opción de casarse, aceptar un cargo o establecerse en un lugar, que tienen un componente aleatorio cuya suerte no podemos

141 Op. cit, pg. 62.

142 Ob. Cit. Pg. 62.

anticipar; por consiguiente, identificar una decisión penal con la toma de decisiones prácticas solo crea confusiones, porque estima que las decisiones prácticas en la vida en nada se parecen a las que se toman en un proceso penal.

LAUDAN reconoce que jamás se podrá estar totalmente seguros de la culpabilidad del acusado, por lo que declarar que se ha hallado la verdad en términos porcentuales o fijándole un valor numérico que exprese cierto grado de certeza, tampoco ofrece solución ni halla respaldo en la jurisprudencia norteamericana, de la que destaca una instrucción de segunda instancia de un tribunal de Massachussets, según el cual *“la noción de una duda razonable no se presta a la cuantificación, es inherentemente cualitativa”*; ello por cuanto los términos *“probabilidad”* y *“certeza”* no son asimilables, pues el primero trae a la mente la idea de mera posibilidad, en tanto que el segundo término alude al convencimiento.

También considera LAUDAN que entender el término *“duda razonable”* como *“aquella para la cual puede ofrecerse una razón”*, resulta una definición tautológica y vacua, pues inquiere qué pasa en un sistema por jurados, frente a un miembro de jurado (juez lego), quien tiene dudas sobre la culpabilidad del acusado, pero no puede identificar ni formular las razones que la sustentan. Así, que trata de mejorar tal proposición, atándola a la exigencia de racionalidad con base en las pruebas, planteando que *“duda razonable es aquella para la que puede ofrecerse alguna razón con base en las pruebas disponibles”*.

Anota LAUDAN, que un sector judicial norteamericano opta por la prohibición de ofrecer a los jurados explicación alguna sobre el término *“más allá de toda duda”* bajo el criterio de que es un término autoevidente o que habla por sí solo; posición que critica porque estima que es un término lejos de ser claro, tanto que varía según cada juez, quienes más tratan de definirlo o precisarlo más arriesgan extraviarse; por lo que considera que si los jueces fueran libres de explicar esta noción queda en evidencia la falta de univocidad, lo que ha llevado a que los jueces se muestren cautelosos frente a la posibilidad de revisión de sus fallos por una instancia superior en virtud de los recursos, *pues si la segunda instancia tiene una noción diferente ello llevará a que el fallo sea revocado*.

Lo que nos va quedando claro es que los términos que inopinadamente la ley proceso penal colombiana emplea, emulando la sistemática norteamericana *“más allá de toda*

duda” (artículos 7º y 381 del Código Procesal Penal) o “*más allá de duda razonable*” (artículo 372 idem) se convierte en un mero comodín o eslogan sobre cuyo contenido nadie se ocupa de desentrañar, arriesgando que con una fórmula huera se acuñe cualquier razonamiento que selle la concusión de que se ha llegado a tan alto grado de convencimiento.

Estamos con LAUDAN que se requiere con urgencia una clarificación del estándar de prueba penal, y que es más acuciante todavía la clarificación del término “*un mínimo de prueba*” que se exige para condenar en virtud de un preacuerdo, pues conforme a qué reglas se define cuál es ese tope mínimo irreductible?.

Según LAUDAN, las investigaciones históricas muestran que el término “*más allá de duda razonable*” es una noción introducida en los albores del siglo 19, para propiciar que los miembros del jurado distinguieran entre dudas triviales que no deberían impedir una condena y dudas razonables que sí resultarían impedientes.

Al proponer LAUDAN la sustitución de un estándar subjetivo por uno objetivo, consciente de que el esfuerzo de objetivación no puede ser fijando cuantificaciones probabilísticas, ya que las aquejan del mismo problema de subjetividad. Indica que un estándar de prueba apropiado no puede partir de nuestra confianza subjetiva en la verdad de una hipótesis, y concluye que *para hallar un estándar objetivo, 1.) Tiene que aludir explícitamente a la estructura de las pruebas; 2.) Tiene que ser claro, conciso y comprensible; 3.) Tiene que incorporar el contrato social para aceptar el blindaje contra condenas falsas, esto es que el nivel de exigencia del estándar es netamente político.*

En el caso de los preacuerdos, a nuestro modo de ver, ante la imposibilidad de que anteadamente el juez pueda hacer una declaración de condena “*más allá de toda duda*”, esta figura queda en deuda con un principio rector que tiene raigambre constitucional (artículo 7º. Código Procesal Penal colombiano- Ley 906 de 2004-, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política de 1991), *ora es preciso aceptar que caben múltiples estándares de prueba en materia penal, por lo que corresponde indagar por el estándar requerido para condenar anticipadamente en virtud de una negociación, de la manera más objetiva posible, por lo que no puede estar sujeta solo a la confianza subjetiva, sino atada explícitamente a la estructura de las pruebas, pues la verdad en esta especie de proceso abreviado no es un accesorio prescindible, no puede ser aparente o*

fruto de meros consensos, sino con un grado de aproximación, según las posibilidades reales que a ese nivel se ofrecen.

Es decir, cuán fuertemente está apoyada por las pruebas disponibles la tesis de culpabilidad, entendiendo que, en sentido estricto, no se puede contar en desarrollo de una investigación, muchas veces al despuntar ésta, con pruebas que en su producción hayan cumplido con los principios que un juicio ordinario les permite: **publicidad, concentración, inmediación, contradicción.**

Quede claro, entonces, que el nivel de exigencia de **“mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”**, a la luz de lo dispuesto por el artículo 327 C.P.P. en su inciso final, es de **“inferencia razonable”** acerca de la realización de una conducta constitutiva de delito y de la responsabilidad penal de su autor o partícipe.

2.8.5. El Debido Proceso aplicado a los preacuerdos.

Siendo posible en Colombia preacordar desde el preciso momento en que se ha imputado (tal cual lo prevén los artículo 288- numeral 3° y 350 del Código Procesal Penal, al indicar la primera norma que el fiscal oralmente deberá ilustrar al imputado sobre la posibilidad de allanarse y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351, en tanto que la segunda disposición mentada indica que desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación la fiscalía y el imputado pueden llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación), cuando regularmente las imputaciones se hacen bajo el yugo de la urgencia, por tener que abocarse a ello el Fiscal tras un informe sobre captura en flagrancia, la mayoría de las veces sin una base fáctica probatoria suficiente, y sin dar márgenes de tiempo para que la defensa pueda prepararse.

Tal apresuramiento constituye una nota diferencial frente al sistema norteamericano, pues allí antes de tomar una decisión con respecto a la aceptación de cargos, el procesado ha debido ser presentado ante el juez en la que se ha de verificar que conoce los cargos en su contra y tiene un abogado que ejerce su defensa; luego se dará una segunda audacia (preliminary hearing) en la que la fiscalía revela los elementos de prueba necesarios y convence al juez de la existencia de una probabilidad razonable de la comisión del delito

por parte del procesado (probable cause), donde la defensa puede revelar pruebas de favor para desvirtuar que hay causa probable, y solo tras la verificación de la misma por parte del juez procede la audiencia de “*arraignment*”, en la que el procesado puede aceptar su responsabilidad por los delitos objeto de “*indictment*”.

QUINTERO JIMÉNEZ advierte que al contrario de lo que sucede en aquellas latitudes, en Colombia el procesado debe decidir si acepta o no los cargos formulados en su contra solamente minutos después de conocer los mismos, estando estos sustentados con una inferencia razonable que no es susceptible de contradicción probatoria por parte de la defensa ni de aprobación por el juez, y solamente soportada por la enunciación, más no descubrimiento de elementos de prueba por parte de la fiscalía, por lo que concluye que la imputación y subsecuente posibilidad de allanarse o negociar es poco garantista y es más propio de un sistema autoritario en el ejercicio del poder punitivo, pues plantea una aceptación apresurada de cargos con el ánimo de buscar eficiencia del sistema a costa del respeto mínimo de derechos que deben garantizarse¹⁴³

Así mismo, cabe recordar que la viabilidad del sistema penal acusatorio depende de una paradójica expectativa: que el proceso en su versión ordinaria no se dé sino como “*ultima ratio*” o con carácter supletorio o residual, cuando hayan fracasado los mecanismos de terminación anticipada como las negociaciones preacordadas y el allanamiento a cargos.

Si la excepción se ha convertido en regla, y debemos admitir formas pragmáticas de remediar el conflicto que subyace al delito, cabe reclamar para el mecanismo de la negociación, el cumplimiento de principios rectores propios del debido proceso; para lo cual es preciso asumir las formas abreviadas como especies procesales que deben asegurar un mínimo irreductible de garantías para que permitan predicar, en cumplimiento del mandato constitucional que consagra el apotegma del “*debido proceso*”, que el trámite se adelantó “*...con observancia de las formas propias de cada juicio*” (artículo 29 C.N.).

143 QUINTERO JIMÉNEZ, Camilo Alberto. La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia- Estudio comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica. Tesis de Grado Magister. Universidad Nacional, 2013, pg. 95.

Así, es claro que la aceptación anticipada de culpabilidad que significa optar por la disyuntiva de una negociación o preacuerdo, comporta la renuncia que consciente y voluntariamente hace el procesado de comparecer a *un juicio oral, público, concentrado y con inmediación en la práctica de las pruebas*, y por ende la renuncia a controvertir las pruebas que soportan la acriminación, más no que puedan aportarse pruebas, incluida la propia versión del procesado testificando sobre su propio hecho, que incluso a nuestro juicio podría ser condición para homologar un preacuerdo o un allanamiento a cargos, en aras del derecho a la verdad.

Lo anterior significa que, dadas sus particularidades, derechos tales como el de *contradicción o inmediación*, necesariamente han de estar limitados, pero no suprimidos, y por ende es preciso indagar por el grado de limitación frente al plexo de derechos que no desdibujen tal forma procesal como **“debido proceso”**.

Tal aserto encuentra fundamento en el artículo 351 del Código Procesal Penal, en uno de cuyos incisos establece que **“Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”**.

La declaración anticipada de culpabilidad en virtud de un preacuerdo o negociación entre el procesado y la Fiscalía, implica por lo pronto renunciar a tres derechos fundamentales: 1.) Renuncia al juicio. 2.) Confrontar o examinar a los acusadores, es decir, ejercer el derecho de contradicción-. 3.) No auto incriminación.

En tal caso, ¿cuáles principios pueden soportar limitaciones y cuáles garantizarse bajo una forma especial de proceso, que siga siendo **“debido proceso”**? ¿Cómo garantizar que la terminación anticipada sí sea un mecanismo *“pacificador”*, en la medida en que cumpla fines esenciales del proceso penal, orientado por criterios de *justicia material, verdad real o histórica y retribución justa*?

Conforme al andamiaje que se tiene en el sistema procesal penal colombiano de corte acusatorio de la figura de los preacuerdos, es necesario que se interpreten las normas de manera integral, armónica y sistemática; así, debe indagarse sobre cuánta verdad pueda y deba reclamarse en terminaciones tempranas por vía de preacuerdo; toda vez que si bien

desde la misma principialística se exige que para condenar debe el juez formar su convencimiento *más allá de toda duda*, ello resulta un imposible cuando aún no se han contrastado los medios de prueba conforme a los rigores propios de un juicio ordinario, como para que puede atribuírseles la condición de pruebas en estricto sentido; tanto que la norma que específicamente se refiere al estándar probatorio en materia de preacuerdos se conforma con la exigencia de *“un mínimo de prueba”*, el que por sí mismo connota una expresión absolutamente etérea.

En este orden de ideas, se hace preciso elucidar cuál es el *“mínimo irreductible”* de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad; y puesto que en los artículos 350 y 351 del C.P.P. se establecen condiciones que permiten variar la tipificación de la conducta de una manera más favorable como compensación ofrecida por el sometimiento del imputado o acusado a la pretensión punitiva del Estado, pero que de todas maneras se exige que por lo menos se ofrezca como discutible o dudosa la calificación convenida y aceptada; y se tenga un mínimo de evidencias que la tornen razonable y viable en su reconocimiento.

Habría que decir, frente a la autorización dada por la ley procesal penal colombiana de que los preacuerdos se puedan dar incluso tan pronto se haya consumado el acto de imputación (artículos 288-3° y 350 C.P.P.), que cuanto más embrionaria o temprana se ofrezca esa posibilidad más riesgos conlleva de afectación a garantías fundamentales; y con mayor razón cuando la jurisprudencia en la labor de decantación del sistema penal acusatorio le ha asignado a la imputación un alcance de *“mero acto de comunicación”*, en el cual la fiscalía en tal oportunidad solo hará una enunciación más no un descubrimiento de los elementos de prueba en los cuales soporta la inferencia razonable de autoría o participación, los cuales solo está obligado a revelar al momento de la acusación y solo son controvertibles en juicio.

En su muy bien estructurado trabajo de tesis CAMILO ALBERTO QUINTERO JIMÉNEZ critica la posición de la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional, al declarar executable la norma del artículo 288-2° C.P.P., según la cual, sin perjuicio de lo requerido para la imposición de medida de aseguramiento, la relación fáctica *“...no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la fiscalía”*.

Considera el citado autor que plantear que el debate probatorio y el grueso de las garantías en nuestro proceso penal deba estar reservado al juicio es dejar en un mero formalismo todas las etapas preliminares, que deben por el contrario llenarse de contenido material y garantías para no caer en un ejercicio arbitrario del poder punitivo; y el análisis comparativo con el funcionamiento del instituto del *plea bargaining* en los Estados Unidos lo lleva a la conclusión de que la jurisprudencia nacional yerra al considerar la imputación mero acto de comunicación, pues en Norteamérica, para llegar al momento de tomar una decisión respecto a la aceptación de cargos, el procesado previamente es presentado ante el juez para verificar que conoce los cargos y tiene un abogado que ejerce su defensa; luego se le debe dar una segunda audiencia (*preliminary hearing*) en la cual la Fiscalía, al revelar los elementos de prueba necesarios, convence al juez de que hay causa probable-*probable cause*-, donde la defensa tiene ocasión de revelar pruebas con el fin de desvirtuar tal *probable cause*; y solo tras la ratificación de la *probable cause* el procesado podrá aceptar la responsabilidad por los delitos objeto de inductamente ¹⁴⁴

2.8.6. ¿Cabe construir un sistema consensual de justicia penal con límites que permitan rotularlo como “Debido Proceso”?

Partimos de la base de que el Debido Proceso congloba un compendio de garantías a las que no se puede renunciar, como sí ocurre con algunos derechos que lo integran, como el derecho a no autoincriminación; y ello porque es un principio transversal a todo el ordenamiento jurídico, sin el cual sería inviable su funcionamiento. Para ilustrar el concepto de irrenunciabilidad de algunos derechos valga poner como ejemplo que si una jurisdicción autónoma, cuál sería la Jurisdicción indígena, contempla tratos crueles, inhumanos o degradantes, o incluye la tortura, el castigo físico e incluso la pena de muerte en su normatividad, quienes se sometan a tal jurisdicción no pueden hacer una renuncia irrestricta a esencialísimos derechos humanos que tienen consagración constitucional, tales como la dignidad humana y el derecho a la vida. Igualmente, en otras ramas del derecho, como en el caso del derecho laboral, también hay unos derechos que tienen esa condición de irrenunciabilidad, por ejemplo el derecho a percibir un salario.

144 QUINTERO JIMÉNEZ, Camilo Alberto. La Justicia Penal Negociada en Estados Unidos y Colombia- Estudio comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica. Tesis de Grado Magister. Universidad Nacional, 2013, pg. 95.

Teniendo pues como premisa que el Debido Proceso es un derecho irrenunciable, cabe matizar, que en el caso de la disyuntiva ofrecida al procesado de acogerse a una sentencia anticipada por la vía del preacuerdo, se renuncia a una forma genérica de debido proceso para acogerse a las formas también “debidas” de un proceso abreviado, tomando en cuenta las particularidades y limitaciones que le son propias.

Valga significar, que tal irrenunciabilidad no solo es predicable frente a los derechos del imputado o acusado, sino también en relación con los deberes de la Fiscalía, de cara a los derechos de la sociedad y de las víctimas; pues como se ahondará más adelante, la rectitud con la que debe efectuarse la persecución penal excluye soluciones inicuas para alguno de quienes participan en el proceso, sea parte o interviniente, e incluso para la sociedad misma en cuyo beneficio el Estado ostenta legítimamente la persecución penal, lo cual está en la línea de lo que en otras latitudes han llamado el “*fair trial*” (término anglosajón), que tiene entre los alemanes su equivalente en un *proceso equitativo* o “*fairen verfahren*”¹⁴⁵

Se trata pues de precisar cuáles los derechos que pueden renunciarse o sobre los que se admiten limitaciones (cuál el rango de la limitación) en un contexto de justicia negocial.

Es claro que la esencia de la negociación comporta concesiones recíprocas; pero habrá de verse si los derechos de *contradicción*, *doble instancia* y *defensa* deben ser reeditados conforme a la naturaleza del trámite; y sobre todo, si el valor justicia puede ser más o menos sacrificado y hasta qué nivel, consultando los derechos de la víctima.

Y sobre todo, será necesario auscultar cuál es el papel asignado al Juez en orden a las verificaciones que le atañen en control de legalidad a un preacuerdo; y si aceptáramos que siempre éste representará sacrificios más o menos tolerables del valor justicia, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁶, si ello conlleva la limitación al Juez de “*no injerir*” haciendo verificaciones subjetivas acerca de si el valor justicia quedó materializado, empero el principio de imparcialidad, que según el artículo 5° del

145 ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El principio del Proceso Debido- Principio del Fair Trial, tesis y artículo. Revista ÁMBITO JURÍDICO, consulta servidor Google.

146 Sentencia de casación, radicado No. 42184 del 15 de octubre de 2014, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Código Procesal Penal, precisa que los jueces, “...*En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, ... se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia*”.

También tendremos que indagar sobre cuáles son las garantías fundamentales cuyo cumplimiento debe verificar el juez para homologar un preacuerdo, según lo contempla el inciso cuarto del artículo 351 del Código Procesal Penal, a cuyo tenor, “*Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al Juez de Conocimiento salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales*”.

Será preciso evaluar, si como parte de la naturaleza y el concepto del Debido Proceso está el principio de autoridad del Juez como director del proceso, y su rol activo en el control de legalidad frente a los preacuerdos, bajo criterios de quienes incorporan este principio, rechazando la idea de un juez mero espectador, que no intervenga activamente, o en palabras textuales “*frente al juez-espectador, impassible e inerme, se postula el aumento de poderes del juez, en lo que respecta a la dirección y conducción del proceso, en la formación del material de cognición y en la vigilancia de la conducta de los justiciables*”¹⁴⁷.

Tal verificación tendrá en cuenta, que desde otra perspectiva, hay quienes plantean que el sistema penal acusatorio y la adversariedad que conlleva, como *reflejo de la separación de funciones de acusación y juzgamiento, entraña una pérdida de tradicionales poderes, competencias y atribuciones del juez, que se trasladan a la Fiscalía*, como concretamente ha llegado a plantearlo la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁴⁸.

Claramente estas dos perspectivas ponen en evidencia que hay tensiones entre quienes reclaman un principio dispositivo amplio a favor de la Fiscalía y quienes advierten que el rol del Juez no puede circunscribirse a una labor meramente formal.

147 Revista ÁMBITO JURÍDICO. “*El Debido Proceso*”. Consulta web, fuente Google.

148 Sentencia de segunda instancia, radicado N° 41570 de noviembre 20 de 2013, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

Habrá de analizarse si el hecho de asumir que la Fiscalía sea en exclusiva titular de la acci3n penal, en un sistema de partes enfrentadas ante un juez tercero imparcial e imparcial, permite relativizar el principio de legalidad y redefinir a favor de este ente el rol del juez.

Al efecto, el siguiente texto demandará una exhaustiva reflexi3n:

“Algunos jueces se oponen a dichos acuerdos con el argumento de la violaci3n del principio de legalidad, desconociendo que lo que se busca es la condena rápida sin asumir los riesgos de un juicio, de cuyo resultado podrá obtenerse una absoluci3n, acuerdo buscado por la propia fiscalía que es la que realmente es la titular de la acci3n penal”¹⁴⁹.

Y precisamente, una proposici3n de este jaez resulta incompleta, por cuanto, de un lado, da a entender que la finalidad cimera de un proceso especial abreviado por vía de negociaci3n o preacuerdo es el de obviar lo abstruso que puede resultar un juicio, sacando dividendos del temor de uno y otro lado (ambas partes) de perderlo. De otro lado, parte de la premisa (que entendemos errada) de que se trata de un negocio jurídico que aut rquicamente puede manejar la fiscalía como titular de la acci3n penal.

Aun reconociendo el amplio peso de la finalidad instrumental de acortar los tiempos del proceso y minimizar sus costes¹⁵⁰, aún los más férreos defensores y exaltadores de las virtudes de los preacuerdos hoy, no desconocen que el ahorro buscado con los preacuerdos no puede ser en desdoro de “las debidas garantías”. De este jaez es el pensamiento del ahora magistrado de la Corte Suprema de Justicia Fernando A. Castro Caballero:

149 ARIAS DUQUE, Juan Carlos. El Sistema Acusatorio Colombiano, análisis desde su implementaci3n. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 1  edici3n, 2006, pg. 85.

150 En su opúsculo sobre “Preacuerdos y Negociaciones en el Proceso Penal Acusatorio Colombiano”, el ahora magistrado de la Corte Suprema de Justicia Fernando Castro Caballero plantea: “C3mo no reconocer que un litigio, un conflicto judicial, un proceso (lo que nadie quiere tener pero una vez que se tiene nadie lo quiere perder) es siempre, por el azar que envuelve, por la constante energía, atenci3n y gasto econ3mico que demanda, por el diario sufrimiento que siembra en quien lo afronta y en su familia, un factor impresionante de desgaste material, de angustia, desasosiego, desarmonía, descomposici3n. Y, naturalmente, a mayor extensi3n de esta causa, mayor el desastre en estos importantes ámbitos”.

“Y esto es lo que cumplen de manera feliz y eficaz los preacuerdos y negociaciones, los cuales anticipan la definición del caso mediante un juzgamiento de desvío, esto es, que el proceso no tiene que recorrer todas sus diferentes etapas sino que estas se eliminan para abrir campo a la racional y bien fundada celeridad de un pronunciamiento de fondo que recoja ese consenso entre procesado y fiscalía, aprobado por el juez, prontitud o rapidez que nunca sacrifica las debidas garantías sino que las decanta y les marca un ponderado ciclo de evolución”.

Un proceso abreviado por terminación consensuada (por preacuerdo) no puede erigir como portaestandarte absoluto y excluyente el fin utilitario de economía de recursos y celeridad, pues aún la más fiel traducción del Plea Bargaining no despoja al Juez del deber-potestad de determinar los hechos del caso y constatar la correspondencia entre el castigo y la responsabilidad del justiciable, para lo cual es necesario retomar la visión integrada entre derecho procesal y dogmática penal; pues el yermo paraje que nos ofrece hoy una jurisprudencia orientada solo a legitimar decisiones ágiles, cobra el precio de la deslegitimación del sistema penal racionalizado, igualitario y con seguridad jurídica.

2.9 Límites al poder dispositivo y control judicial a los preacuerdos en aplicación del estándar de prueba para condenar

2.9.1. Para el Fiscal

- No puede sacrificar la veracidad en aras de la celeridad y eficacia
- No puede declinar una adecuada persecución penal, que implica el respeto a los principios en los que ella se enmarca y el logro de las finalidades que le son inmanentes
- No debe precipitarse a hacer acuerdos que puedan dejarla en deuda con la sociedad y con las víctimas.
- No puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales

- No les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente
- El poder dispositivo que tiene sobre la acción penal está limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso.
- No puede convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia
- Tener un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia.
- No puede olvidar que la imputación cumple el papel de límite para evitar que el fiscal negocie sobre una base de presupuestos jurídicos falsos

2.9.2. Para el Juez

- La veracidad no puede ser sacrificada en aras de la celeridad y eficacia.
- No puede olvidar el *“Principio de Imparcialidad”* acogido en el artículo 5º, *“En el ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”*.
- No puede estar empeñada a finalidades pragmáticas a ultranza, ya que su sometimiento al imperio de la ley, y su compromiso con la verdad y la justicia, le exigen un rol que no puede ser de una pasiva complacencia y como mero estampillador de decisiones concertadas
- Tomar muy en serio, o digamos “con tiento” la aceptación anticipada de culpabilidad del procesado, y si llegare a columbrar que su prisa obedece a fines que eluden una finalidad de establecer con objetividad la verdad, o encubrir a otros responsables del hecho, deberá improbar la pretensión unilateral del procesado.
- Convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia
- Olvidar su misión de garantizar la realización de las garantías fundamentales para las partes e intervinientes en el proceso penal
- Realizar control material y aprobar solamente los preacuerdos que respeten las garantías fundamentales de todas las partes y los intervinientes

3. OBJETIVOS

3.1. Objetivo general:

Analizar los límites al poder dispositivo y al control judicial a los preacuerdos en aplicación del estándar de prueba para condenar.

3.2. Objetivos específicos.

- Identificar cuáles son los límites al poder dispositivo y al control judicial a los preacuerdos.
- Estudiar el estándar de prueba para condenar en el proceso abreviado por negociación (preacuerdos).

4. PROPÓSITO

De una mejor intelección de cuál es la estructura básica del modelo procesal penal colombiano, y de la delimitación de las exigencias básicas de los preacuerdos como forma de justicia “*premier*” que realice el Debido Proceso se derivará que en la práctica judicial se armonicen las exigencias de unas garantías irreductibles, por lo que no resulta para nada pretencioso anunciar un beneficio que trascienda lo meramente personal y logre calar en la práctica judicial del medio, identificando los límites que generan los preacuerdos con la aplicación del estándar mínimo de prueba para condenar.

Se pretende que quienes consulten el trabajo investigación, principalmente los operadores del sistema penal acusatorio, abogados defensores, fiscales, jueces y procuradores, cuenten con una herramienta discursiva que haga **tomar conciencia** sobre los problemas que genera una exigencia probatoria abstrusa y deficitaria en términos de

objetivación frente a los preacuerdos, limitando al poder dispositivo y el control judicial realizables a estos.

Así mismo, con el trabajo se buscó **promover una política legislativa** que si bien siga otorgando la importancia que los mecanismos de terminación anticipada por consenso- preacuerdos o allanamiento a cargos- tiene para el éxito y la operatividad del sistema penal acusatorio, debe revisarse la oportunidad para negociar tempranamente por los vacíos probatorios que ello propicia, y los beneficios ofrecidos, no solo en relación con los altos porcentajes permitidos sin atender la gravedad de los delitos (salvo contadas excepciones en las que no se aceptan beneficios (hasta del cincuenta por ciento de la pena) y una gama de cambios favorables compensatorios por el preacuerdo, sino también teniendo en cuenta los límites al poder dispositivo y al control judicial que estos conllevan.

5. HIPÓTESIS

Si la hipótesis consiste en formular de manera afirmativa o negativa un supuesto, a fin de someterlo a verificación, en la búsqueda de un resultado que rechaza o acepta dicha formulación, plantea el investigador las siguientes hipótesis a contrastar con su trabajo:

5.1. El proceso abreviado por negociación preacordada no puede exigir un conocimiento “*más allá de toda duda*”, porque ello resulta imposible en etapas que pueden ser todavía embrionarias de una investigación penal, contando solo aún con elementos materiales probatorios, evidencias físicas o medios de información legalmente obtenidos que no han sido ni serán objeto de contradicción, bajo las exigentes reglas de aducción probatoria en el juicio oral; pero ello no significa que el requisito que la ley procesal colombiana exige de “*un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*” se conforme con un estándar débil; y mucho menos que precipite una sentencia que vulnere las garantías y principios que también deben observarse por vía de preacuerdo, para que pueda preciarse de ser, ante todo, un “debido proceso”.

5.2. En este sentido los Fiscales no pueden precipitar preacuerdos sin que hayan realizado una labor de verificación y de obtención de los insumos suficientes para declarar anticipadamente la existencia de un hecho constitutivo de delito y la responsabilidad que cabe atribuirle a su autor o partícipe. Y los jueces no pueden ser convidados de piedra a quienes se les tenga que tener al margen, para que los preacuerdos fluyan sin obstáculos, aplicando penas degradadas y al menor costo, siendo así dóciles e impasibles a un derecho penal de pura conveniencia.

5.3. Empero pronunciamientos jurisprudenciales recientes¹⁵¹, que han llevado demasiado lejos las potestades de la Fiscalía en detrimento de los poderes del juez en el control de los preacuerdos, al relegar a éste a un control formal, bajo la consideración de que entrometerse en la función de acusar, así se haga de manera errónea y contradiciendo los hechos, agravia el debido proceso por terminación anticipada; una intelección tal, entraña una peligrosa contradicción, porque indirectamente le devuelve a los fiscales una potestad jurisdiccional que el nuevo esquema procesal le había quitado.

Dicho de otra manera, la separación de funciones de investigación y juzgamiento en la sistemática penal acusatoria, ciertamente faculta a los Fiscales a calificar unos hechos, con objetividad, y consonante con los elementos de juicio recogidos de una investigación a su cargo. En tal medida, la función de los jueces de conocimiento, guiada por el principio de imparcialidad, requiere confirmar una calificación acertada de los hechos y una determinación de la pena acorde a los mismos, función claramente jurisdiccional; por lo que otorgar a los Fiscales una potestad omnímoda puede llevarla a concentrar funciones en grave detrimento de los poderes del Juez.

5.4 Los límites al poder dispositivo del Juez quien posee potestades el control de legalidad, control judicial a los preacuerdos en aplicación del estándar de prueba para condenar, ese control debe realizarse basándose en la suficiencia de elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, la exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente- probabilidad delictiva- de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado.

151 Las más reciente decisiones de la Corte Suprema de Justicia que registro, corresponden, a una Sentencia de casación N° 43356 del 3 de 4 febrero de 2016, M.P. José Leónidas Bustos Martínez; y otras dos a Sentencia de casación con ponencia del Magistrado Eyder Patiño Cabrera, y fallo de tutela del mismo, adiadadas respectivamente el 24 y 25 de febrero de 2016.

6. METODOLOGÍA.

Como quiera que el marco de este trabajo fue principalmente *teórico*, alternando doctrinarios y jurisprudenciales con criterios personales del investigador, a fin de verificar las hipótesis a través del *método comparativo*, tomando en cuenta una extensa bibliografía de autores nacionales y extranjeros, y haciendo un amplio análisis jurisprudencial en forma cronológica para identificar diferentes etapas en el enfoque que, principalmente ha pautado la Corte Suprema de Justicia, como faro y norte de la jurisprudencia nacional.

6.1. Población y Muestra:

En contacto con la relataría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se elaboró una “*sábana*” de las más importantes decisiones adoptadas en la materia, desde 2005, cuando empezó a funcionar el sistema penal acusatorio, para analizar el desarrollo jurisprudencial, si ha habido una línea coherente y clara, o si ha habido cambios e incoherencias.

Así mismo, en contacto con los Tribunales de Medellín, Bogotá y Pereira, se recogió información sobre decisiones que han abordado el tema probatorio en las formas de terminación anticipada por consenso- preacuerdo o allanamiento a cargos, a fin de contrastar los criterios en tal nivel funcional entre diferentes y muy representativos Tribunales Superiores de Distrito del país, como modo de apreciar “el estado del arte” frente al poder dispositivo y el control judicial en materia de preacuerdos, y de qué manera los tribunales se han sometido a la línea prevaleciente en la Corte Suprema de Justicia, que es hoy la del repudio al control material por parte de los jueces.

Finalmente, el trabajo tuvo en cuenta los resultados de una encuesta realizada en marzo de 2013 a un número mayoritario de Jueces Penales del Circuito de Medellín (20 de 28), a quienes se les hizo hincapié en la reserva de la fuente. Luego, por limitaciones de tiempo, en marzo de 2016 se realizó una entrevista, con menor cobertura (3 funcionarios, una juez, un fiscal y un abogado de la Defensoría) se repitió el cuestionario, con el objeto de verificar si se aprecia un cambio en cuanto al número de procesos que se evacuan por vía de preacuerdos y los que resultan improbados, así como respecto a los motivos de tales improbaciones, teniendo en cuenta el actual estado de cosas, por cuenta de la posición imperante en la Corte Suprema de Justicia y su influencia en Tribunales y Juzgados del país.

- Gestión del dato: En primera medida se realizó una encuesta a 20 Jueces y posteriormente se entrevistó a diferentes funcionarios judiciales, quienes conocen del tema de investigación, debido a la utilización que le dan en su labor diaria. Además de las diferentes revistas y artículos de las bibliotecas de la Universidad EAFIT y la Universidad de Medellín detalladas en la bibliografía, además también se contó con la biblioteca virtual de la UdeM que cuenta con bases de datos jurídicos como Notinet y Lexbase, al igual que las consultadas en internet en páginas como www.bdigital.unal.edu.co y www.derechocambiosocial.com/revista.
- Recolección del dato Las encuestas y las entrevistas fueron recolectadas personalmente utilizando los correos electrónicos de quienes se les pidió con anterioridad su colaboración. En cuanto a la bibliografía se realizó una búsqueda del material en las bibliotecas de las Universidades de EAFIT y Medellín, además de los textos encontrados en internet, textos que están indicados en la bibliografía.
- Control de sesgos: Con las personas encuestadas y las entrevistadas se les explicó a groso modo en que consistía el proyecto de investigación, haciéndoles claridad que se pretendía con la entrevista conocer el cómo, por

qué y la aplicación que se le da a los preacuerdos como terminación anticipada de los procesos desde el punto de vista de los diferentes servidores judiciales que lo emplean.

- Plan de análisis:

OBJETIVOS	TECNICAS DE MEDICION DE INSTRUMENTOS	ANALISIS CATEGORIAS	OBSERVACIONES
1. Analizar los límites al poder dispositivo y al control judicial a los preacuerdos en aplicación del estándar de prueba para condenar.	Fichas : Bibliográficas (Anexo 1) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 2) Entrevistas (Anexo 3)	ANALIZAR	La encuesta se realizó a diferentes funcionarios judiciales.
2. Identificar cuáles son los límites al poder dispositivo y al control judicial a los preacuerdos.	Fichas : Bibliográficas (Anexo 1) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 2) Entrevistas 1 y 2 (Anexo 3)	IDENTIFICAR	
3. Estudiar el estándar de prueba para condenar en el proceso abreviado por negociación (preacuerdos).	Fichas : Bibliográficas (Anexo 1) Formato Análisis de Sentencias (Anexo 2) Entrevistas 4 y 5 (Anexo 3)	ESTUDIAR	

7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

7.1. Explicación previa:

El Sistema Penal Acusatorio se apoya para su eficacia en los mecanismos de justicia negociada, principalmente en los preacuerdos, con la expectativa de que el grueso de la actividad judicial deslice a sentencias anticipadas que sean fruto de los preacuerdos, evitando así llegar a juicio, repercutiendo ello en celeridad y economía.

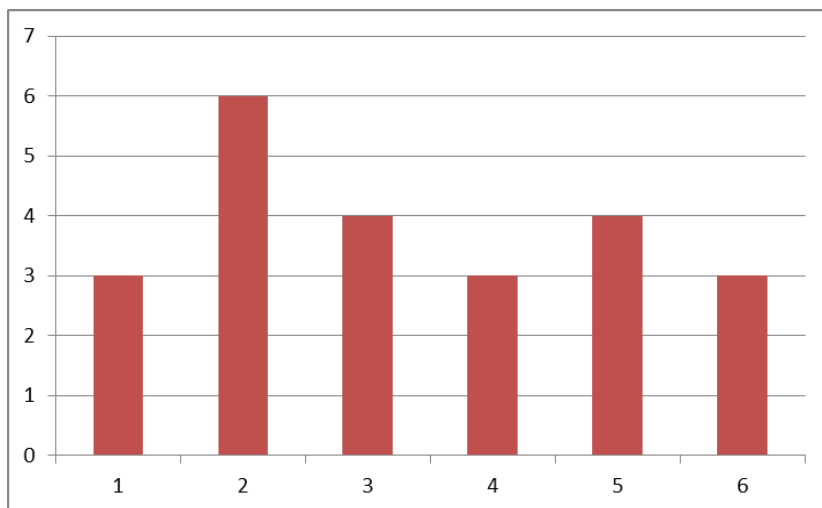
El panorama actual de los Preacuerdos en Colombia, conforme a la práctica judicial y a una jurisprudencia que se ha ido orientando hacia una visión amplia de las potestades de los Fiscales y restrictiva de las de los Jueces, no es pacífico, lo que ha alentado un trabajo de investigación para optar al título de Magíster en Derecho Procesal, para lo cual se consultó la opinión de voces autorizadas por su experiencia como actores del sistema penal acusatorio, bien como funcionarios judiciales de destacada trayectoria o bien por ser abogados de aquilatados méritos profesionales y académicos.

En primera medida fueron 20 Jueces los encuestados y posterior a esto se entrevistaron a tres profesionales, correspondientes a tres frentes o roles en el proceso, como una Juez, un Fiscal y dos Litigantes.

7.2. Conclusiones de las encuestas.

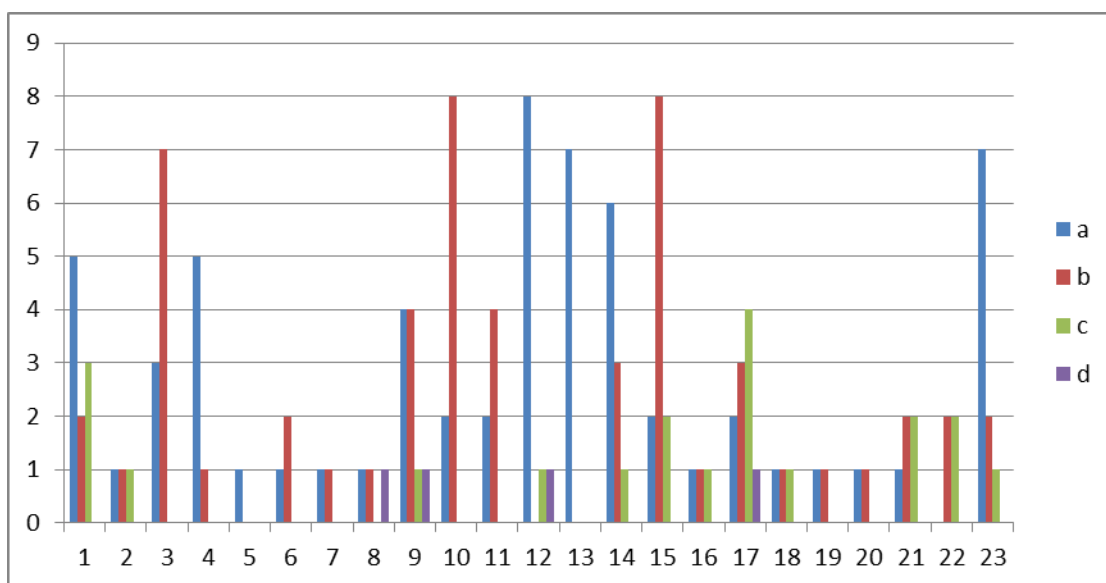
La encuesta fue realizada a 23 Jueces Penales del Circuito a quienes se les dio una explicación previa en hoja adjunta y luego procedieron anónimamente a responder 6 preguntas cerradas, para el mejor manejo de los resultados se graficó.

1. De cada diez procesos de los cuales usted conoce, cuantos constituyen trámite abreviado



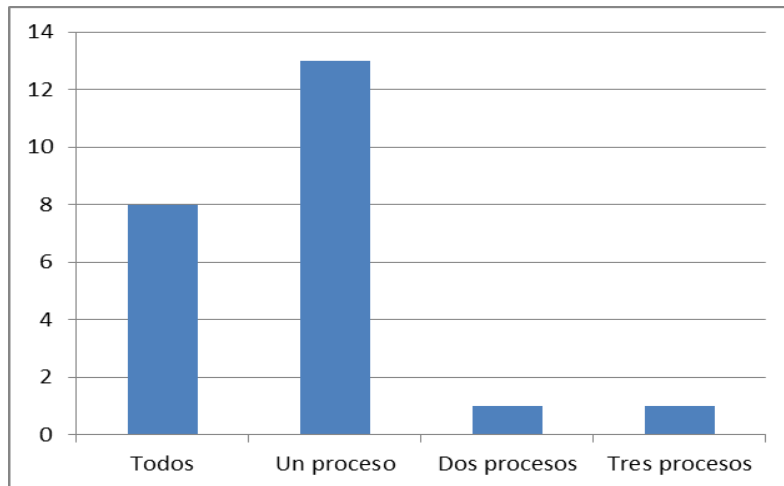
Se puede ver en la gráfica que 6 de los 23 encuestados contestaron que 2 de cada 10 procesos que reciben constituyen trámite abreviado, lo que demuestra que aunque se ha implementado mucho estas figuras aun predomina en su mayoría los procesos ordinarios.

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuantos fueron en las siguientes oportunidades procesales
 - a. Luego de la imputación
 - b. Antes de la formulación de acusación
 - c. En la fase de la causa o juicio
 - d. Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral



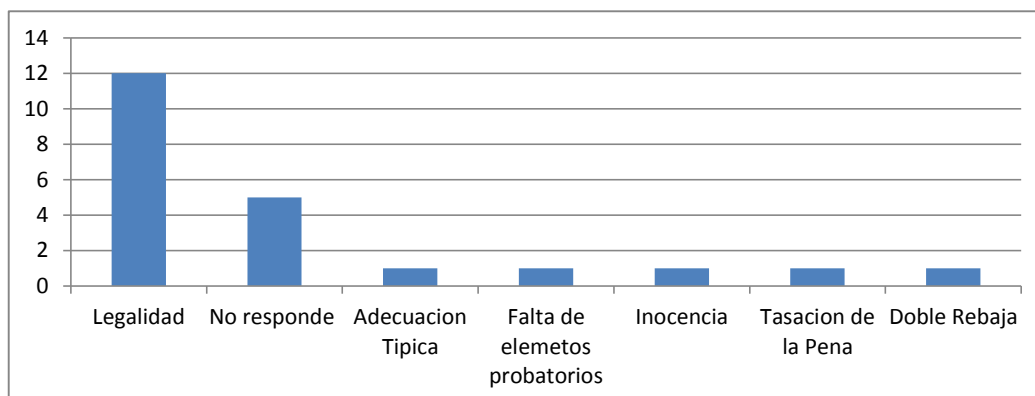
Desde su fase inicial esto es luego de la imputación y antes de la formulación de acusación logran verse los grandes picos de la gráfica, siendo menos común que se presente procesos de terminación anticipada ya en etapa de juicio.

- De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados.



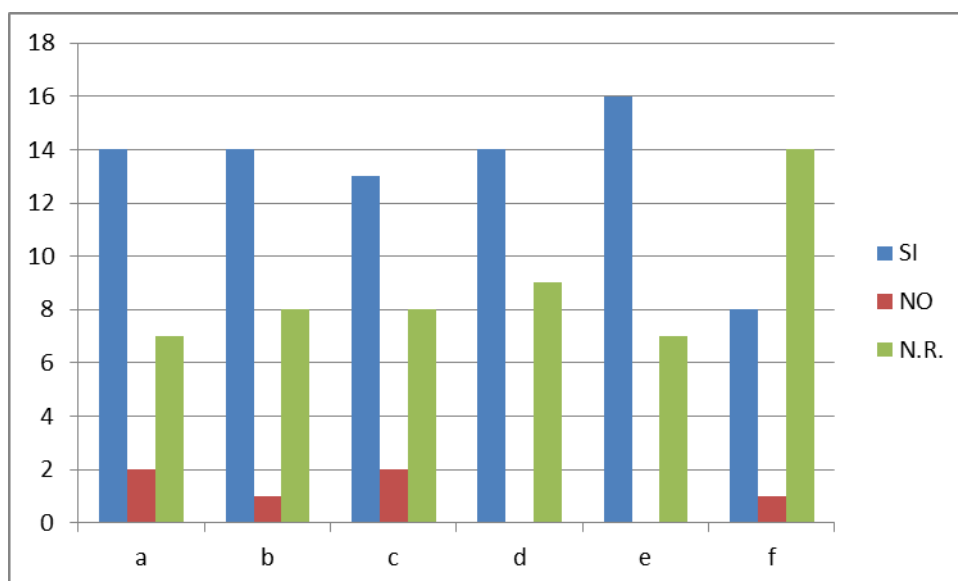
Solamente dos de los encuestados contestaron que imprueban de 2 a 3 procesos, por el contrario 13 de los encuestados que son mayoría contestaron que es solo un proceso, descubriendo que en su mayoría los procesos con terminación anticipada son aprobados.

- Cuál ha sido el motivo principal de la improbación de un preacuerdo o para usted no avalar una culminación anticipada por a allanamiento a cargos



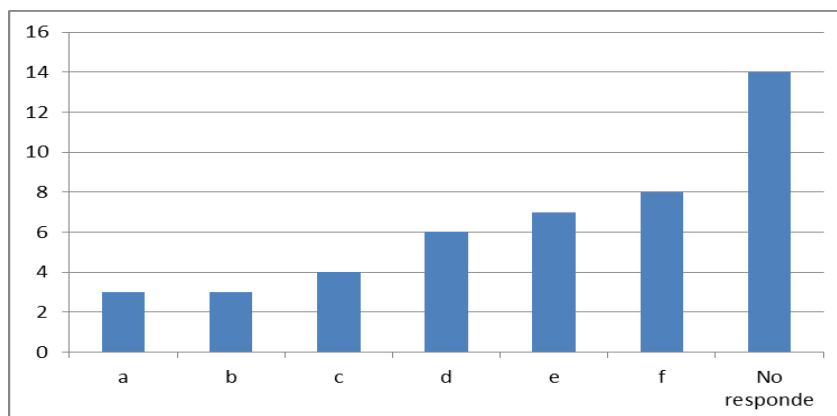
El principio que se vislumbra más afectado según la respuesta de los encuestados en estas terminaciones anticipada de procesos es el principio de legalidad con un total de 12 respuestas, otros principios que se ven afectados pero no gozaron de tanta popularidad fueron: adecuación típica, falta de elementos probatorios, principio de inocencia, tasación de la pena y doble rebaja. Cinco de los Jueces no contestaron.

5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica usted que los medios de información que la fiscalía le presenta cumplan con el requisito de:
 - a. Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado
 - b. Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad
 - c. Un conocimiento que permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe
 - d. Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito
 - e. Que halle razonable la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada
 - f. Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr la pronta y cumplida justicia, con la decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio



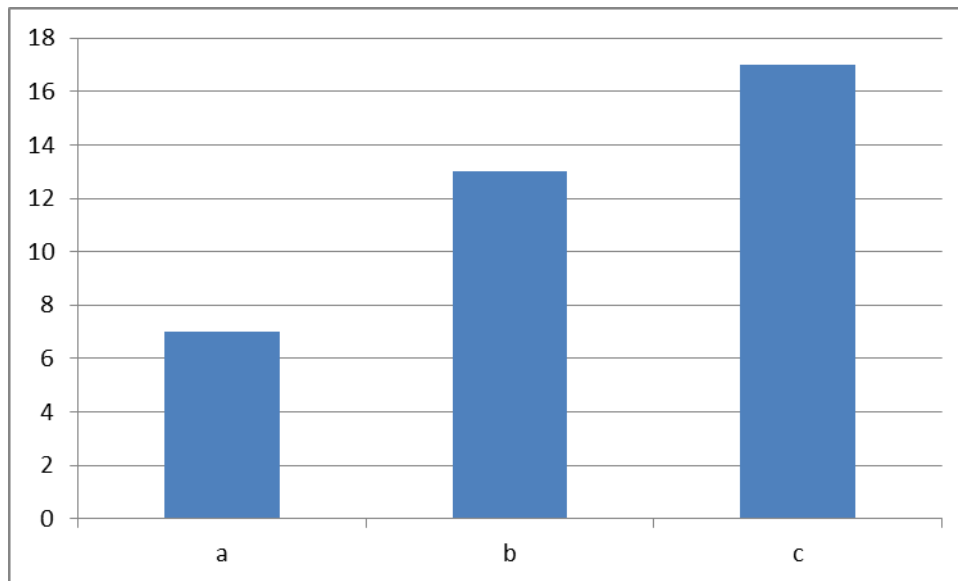
Como puede verse en la gráfica, predomina el si se verifica cada una de las variables propuestas en la encuesta solo en la f) aunque fueron solo 9 respuestas, los demás esto es 14 Jueces se abstuvieron de contestar, pero en igual medida de las 9 respuestas 8 fueron para el si se verifica.

g. Varias de las anteriores, explique cuales:



Cuando se les dio a los encuestados la posibilidad de elegir varias predomino la opción f) con 8 Jueces, luego la e) con 7, la sigue la d) con 6, la c) 4 y por último la a) y la b) con 3 cada una.

6. Si usted advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cual alternativa opta:
 - a. Usted imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y las penas
 - b. Usted prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y la consecuencias sancionadoras
 - c. Usted aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsación de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes



Frente a si advierten en las terminaciones anticipadas otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, optaron los encuestados por aprobar el acuerdo ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes.

7.3. Conclusiones de las entrevistas.

Las entrevistas fueron realizadas a tres funcionarios judiciales, un Fiscal, un Defensor Público y una Juez Penal del Circuito a 23 Jueces Penales del Circuito a quienes se les realizó 12 preguntas, las cuales se pasó a analizar.

7.3.1. En su mayoría los entrevistados consideraron que existe una consolidada línea jurisprudencial la cual favorece las facultades de la Fiscalía restringiendo la intervención del juez en los preacuerdos, mientras que el fiscal entrevistado considera que es una jurisprudencia cambiante.

7.3.2. Están de acuerdo los entrevistados que no se han asumido los preacuerdos con suficiente rigor en la práctica judicial debido a la necesidad de mostrar resultados y

por el incremento punitivo, manifiesta el fiscal como solución a esta problemática sería una forma mixta entre preacuerdo y principio de oportunidad, pues en este país se utilizan los preacuerdos como forma de descongestionar sin recibir nada a cambio de parte de los procesados como sucede en otros países.

7.3.3. Frente a la potestad del Juez para un efectivo control de legalidad concuerdan los interrogados cuando dicen que debe ser un control material relativo o uno de legalidad ya no tan estricto sino flexibilizada.

7.3.4. Dicen los funcionarios que el estándar de prueba mínimo utilizado en los preacuerdos se da efectivamente, como forma de evitar excesos, dice el defensor que no debe ser diferente al estándar necesario en cualquier condena, finiquita la Juez encuestada diciendo que este mínimo de prueba puede ser bajo pero con la manifestación del procesado de aceptar responsabilidad alcanza estándares mayores.

7.3.5. Concluyen la colectividad de los interrogados que es posible que no se satisfaga los intereses de las víctimas y la sociedad en cuanto al concepto de verdad como derecho colectivo, no opina lo mismo el defensor quien dice que la aprobación de un preacuerdo supone una condena y esta condena debe ser con un nivel de conocimiento.

7.3.6. En cuanto el cumplimiento del principio de imparcialidad del Juez concluyeron los consultados que por ser un trámite donde no es el quien decide la solución del conflicto sino las partes esté solo debe aprobarlos sino es violatorio de garantías fundamentales, además los beneficios no tienen respaldo probatorio.

7.3.7. Los entrevistados entienden el equilibrio entre las funciones de acusar y juzgar en el proceso de preacuerdos se da cuando cada una de las partes cumple su rol y manteniendo el control judicial de la prueba de los hechos que motivaron la negociación, aclarando el Fiscal que cuando se preacuerda es porque la fiscalía cuenta con prueba suficiente para una sentencia justa sin el sacrificio de los intereses de la sociedad y de la víctima, no solo el del procesado.

7.3.8. Están de acuerdo los funcionarios consultados en que hace falta una legislación en el tema de preacuerdos donde se clarifiquen las facultades del Juez y la disponibilidad del Fiscal de la pretensión punitiva y sobre que pueden negociar. Termina diciendo el defensor que la comunidad debe tener conocimiento que los atenuantes son beneficios y no fueron cometidos con la conducta.

7.3.9. Frente a la pregunta si consideran que los preacuerdos son un negocio jurídico, en su mayoría dicen que sí, pero que no tienen reglas, mientras que el defensor difiere manifestando que el juez mantienen un nivel de control.

7.3.10. La priorización de las finalidades de celeridad y economía sobre la de obtener justicia, dice el defensor que son el principal obstáculo a la hora de legitimar los preacuerdos mientras con los demás consultados advierten que son fines loables que deben materializarse en los preacuerdos.

7.3.11. Dicen los entrevistados que lo que debe preacordarse son los elementos que están en la zona de penumbra, no se debe acordar lo que está probado, son la ley y la jurisprudencia los que han permitido de esa manera, por su parte el Fiscal dice que tal premisa viola el principio de tipicidad inequívoca y la búsqueda de la verdad.

7.3.12. De cara al llamado de atención que hace la Corte con la advertencia de que ejercer control material desconoce la línea dominante en dicha corporación y sugiere el camino de la prevaricación dice los funcionarios que esta afirmación pone en entredicho el principio de independencia judicial, que es intimidatorio con capacidad de afectar seriamente la tarea de los jueces, por su parte el defensor consultado dice que es simplemente una discusión de roles y que el Juez tienen un espacio seguro en los preacuerdos y negociaciones el cual es de procurar que exista prueba para condenar.

8. RESULTADOS

8.1. ¿Es posible concretar un estándar probatorio para las sentencias por preacuerdo en Colombia?

No hay hoy en día en Colombia una figura dentro del proceso penal sobre el cual exista mayor discrepancia en la práctica judicial, y ni siquiera la Corte Suprema de Justicia como faro y norte de la jurisprudencia nacional ha asumido posiciones pacíficas entre los integrantes de la Sala Penal y respecto de las posturas de la Corte Constitucional; siendo un tema de primer orden; en primer lugar, porque la solución negociada se impone como regla general para la funcionalidad de la actual sistemática penal acusatoria, en la aspiración de que el 90% de los casos se solucionen por vía negociada, de modo que el proceso contencioso pase a ser excepcional; y, en segundo lugar, porque significa una delimitación de las potestades de la Fiscalía y del Juez, a efectos de determinar hasta dónde operan las facultades dispositivas del primero, y hasta dónde puede llegar el segundo en el control que le corresponde al momento de ejercer control de legalidad a la negociación y emitir la sentencia que refleje el acuerdo.

Pues si como la Corte Suprema de Justicia dio en sostener en la Sentencia de Casación 42184, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, que *“En este sentido, siempre será posible significar, no importa la índole de lo acordado o los beneficios entregados al imputado o acusado, que el pacto representa algún tipo de afectación en lo que atiene a los derechos de verdad, justicia y reparación de la víctima”*, es preciso indagar si la índole de lo acordado tiene o no importancia en punto al derecho a la verdad, y cuál es el nivel razonablemente aceptable de afectación de esa verdad.

Es innegable que están en juego las potestades del juez en su compromiso por la verdad y la justicia, para que ceda frente al principio dispositivo y las finalidades pragmáticas del derecho penal premial; se ha llegado a plantear desde la jurisprudencia que la Fiscalía es *“dueña”* de la pretensión, al punto de que tiene un espectro amplísimo de lo que puede pactar, en tanto que las posibilidades de oposición por el Juez a través de la improbación de un preacuerdo están en extremo limitadas, en el entendido de que la terminación anticipada del proceso constituye una excepción al principio de legalidad,

conforme al artículo 351, inciso cuarto, del Código Procesal Penal, solo cuando advierta de manera grave y al romper el quebrantamiento a las garantías fundamentales¹⁵².

Así, se ha venido imponiendo el criterio de que los preacuerdos excepcionan el principio de legalidad, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia al siguiente tenor:

“los institutos de terminación anticipada del proceso penal, constituyen una clara excepción al principio de legalidad, precisamente por la naturaleza excepcional de dichas figuras impuestas por el legislador como un mecanismo de descongestión del aparato judicial, por lo que los límites contenidos en el inciso 4 del artículo 351 de la ley 906 de 2004, relativos a la vulneración de garantías fundamentales, no puede extenderse a todos los casos en los cuales la judicatura considere que la negociación no es apropiada o no cumple con sus expectativas, sino cuando resulta desproporcionada, irrazonable, contraria a la institución misma, con vicios en el consentimiento o plagadas de errores de tal envergadura que generan impunidad”¹⁵³.

Pero es más, no solo la tendencia jurisprudencial que alienta a una amplitud de miras frente a los preacuerdos, para que en aras del principio dispositivo se erija como fin máximo el de celeridad y economía procesal, desdeña el principio de legalidad, sino también los fines de verdad, para lo cual debe ser exigencia un mínimo de elementos de prueba que ratifiquen de manera razonable lo que la Fiscalía conviene con el procesado en cuanto a los hechos admitidos y sus consecuencias, así, se ha llegado a decir que como la responsabilidad se da por probada al preacordar, nada ha de ratificar probatoriamente la selección de las circunstancias especiales que atenúan o modifican la punibilidad.

Conceptos jurisprudenciales como el siguiente, concitan una profunda reflexión acerca de las exigencias probatorias de los preacuerdos, así:

“la responsabilidad no es objeto de debate en tratándose de allanamientos y preacuerdos; pues hay que darla por probada conforme se acepta o negocia no pudiendo exigirse prueba sobre especiales circunstancias que atenúen o agraven la pena, ni sobre

152 Sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de noviembre de 2013, radicado 41570.

153 Tribunal Superior de Medellín, auto de segunda instancia del 21 de agosto de 2014, radicado 2013-00333, MP. Oscar Bustamante Hernández.

la modalidad del delito o las formas de culpabilidad, por lo que la tarea del juez debe limitarse a verificar que haya un mínimo de prueba sobre la existencia del delito investigado.

Sin embargo, tal tendencia jurisprudencial va a contrapelo de pautas jurisprudenciales de la Corte Constitucional, la cual ha ratificado el compromiso del juez con el principio de legalidad, al plantear en decisiones como la Sentencia C-805 de 2002, que “(...)Adicionalmente tampoco puede desconocerse que la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia son derechos íntimamente vinculados con el principio de legalidad, la observancia del debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a la tutela judicial efectiva, en cabeza no sólo del sindicado o del Ministerio Público, sino también de la parte civil como sujeto procesal (...)”.

Ello muestra, entonces, que el desconocimiento de las garantías fundamentales no solo está referido al imputado o acusado, sino también a la sociedad, y como parte de ella, a la víctima, por lo que el juez debe estar vigilante frente al respeto del principio de legalidad, como se lo demanda el referido artículo 351 C.P.P.

La responsabilidad del Juez de cara a la sociedad no puede llevar a que por vía jurisprudencial se le convierta en una especie de notario estampillador de las decisiones de la Fiscalía, pues aún por vía de los preacuerdos la verdad y la justicia tienen que seguir siendo norte del proceso.

Se ha llegado por vía jurisprudencial, y con bastante auge, a la posición de que un homicidio agravado puede mutarse en simple, o que puede reconocerse frente a un porte de armas que se obró en estado de marginalidad, así no haya ningún sustento probatorio, o incluso que la realidad no solo no refrende sino que abiertamente contradiga una específica y objetiva circunstancia que haga más gravoso el compromiso del procesado, pautándole a los jueces para que no injieran en los preacuerdos salvo situaciones que lleguen a rotularse de “extrema ratio” frente a la violación a garantías fundamentales, sin que se tengan parámetros sobre situaciones límites que pueden vulnerarlas.

Por ejemplo, el Tribunal Superior de Medellín, en cuanto al control sobre el sustento probatorio de las conductas imputadas en la negociación, ha dicho que “(...)haciendo una interpretación teleológica de los artículos 381 y 327 de la ley 906 de

2004, tenemos que si para emitir sentencia condenatoria se requiere certeza del delito y de la responsabilidad del procesado (subrayas en el texto) más allá de toda duda, tratándose de allanamientos y preacuerdos donde la responsabilidad no es objeto de debate, pues es aceptada o negociada, el juez de debe limitar a verificar que las evidencias y demás elementos de prueba satisfagan el umbral exigido en el inciso final del artículo 327 de la ley 906 de 2004, esto es el mínimo de prueba que permita inferir la existencia del delito investigado, pues la autoría o participación ya se encuentra probada”

Y continúa el Tribunal:

“En este orden, el funcionario judicial no tiene por qué exigirle a las partes que entreguen evidencias relacionadas con la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, sobre la modalidad del delito o las formas de culpabilidad, pues se itera, la responsabilidad surge de un negocio jurídico entre la Fiscalía y el procesado, donde él no tiene injerencia, nada más que verificar que no existan vicios en el consentimiento o que no haya una vulneración flagrante al debido proceso o derecho de defensa...”.(subrayas fuera del texto).

En otra decisión, en la cual se había negado aprobación por el Juez de Conocimiento a un acuerdo entre el procesado y la Fiscalía reconociendo como circunstancia modificadora de la punibilidad la marginalidad en un caso de porte ilegal de armas, por no aportarse la más mínima evidencia que torne probable un obrar en tales circunstancias, el mismo Tribunal planteó que pese a lo extraño que parezca reconocer una causal de atenuación como la marginalidad en un delito contra la seguridad pública, ello no desborda los lineamientos legales y jurisprudenciales de la solución negociada del proceso penal, planteando a la letra:

“...no se ve por qué razón pueda el Juez de conocimiento abrogarse para sí la verificación de la circunstancia reconocida como si ello solo pudiera ser objeto de estipulación en la medida que existan mínimos probatorios; de hecho, no explicita la ley que el otorgamiento de un beneficio o la supresión de una causal de mayor punibilidad deban estar fundadas en elementos de juicio...”

Y continúa la Sala:

“Exigir estándar mínimo de prueba de la existencia de la causal de atenuación- como lo hace el A quo en este evento- puede llevar a que, de aportarse por la fiscalía esos elementos demostrativos, no pueda formar parte aquella del acuerdo dado que, si de verdad y justicia material se trata, no se ofrece razonable que una atenuación demostrada pueda negociarse y también podrá el Juez, por qué no, improbar dicho acuerdo”^{154 y 155}

Esta posición va demasiado lejos en sus concesiones a la disponibilidad de la acción por parte de la Fiscalía, contradiciendo el sentido mismo del sistema acusatorio, en el cual la Fiscalía perdió la facultad jurisdiccional, pues aunque sea el juez quien ejerza el control de legalidad a las negociaciones y pronuncie la sentencia, según esta tendencia, tal control deviene prácticamente en nominal.

Por fortuna, la Corte Suprema de Justicia, recientemente ha tratado de morigerar tan extrema y peligrosa posición, que puede abrir un boquete de impunidad y que debilita el rol del juez en aras de una disponibilidad de la cual no puede gozar la Fiscalía por no ser órgano jurisdiccional sino parte.

Así, la alta corporación, aun dejando en evidencia un grave problema de coherencia que se ha agudizado en los últimos tiempos, deviniendo en inseguridad jurídica, ha venido a plantear que *“En el sistema acusatorio el control material del juez a la actuación de la fiscalía es un deber constitucional, específicamente en lo que atañe a la estricta tipicidad”*.

En tal sentido, la Corte le apuesta al control material por parte del Juez a las negociaciones, pero advierte que se debe respetar la iniciativa del Fiscal en la imputación, en lo que atañe al supuesto fáctico, y que solo excepcionalmente el juez hará un control material para restablecer garantías constitucionales *“...groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo...”*.

Agrega la Corte:

“El deber del Fiscal de hacer una calificación jurídica de los hechos conforme a la ley penal preexistente y aplicable, de tal forma que obedezca a la estricta tipicidad y la

154 Auto de segunda instancia, radicado 2013-11398, septiembre treinta de 2014, M.P. Rafael María Delgado Ortiz.

155 Sentencia de segunda instancia radicado 050016000206-2013-46152, del 22 de julio de 2014, MP. Oscar Bustamante Hernández.

obligación del juez de hacer control material a esa tarea del ente acusador y aprobar solamente los cargos, los allanamientos o los preacuerdos que respeten las garantías fundamentales de todas las partes e intervinientes del proceso, son problemas jurídicos resueltos con la sentencias de constitucionalidad C-516 y C-1260 DE 2007 y C-059 de 2010, por lo que no es dable desatender estas decisiones con argumentos propios de la justicia formal e interpretaciones de rango legal, las que se deben hacer prevalecer por sobre la justicia material, la Carta Política y los fallos de exequibilidad”¹⁵⁶.

8.2. La indeterminación sobre el requisito de prueba mínima abona la confusión sobre el alcance de los preacuerdos en Colombia.

El tema no ha sido decantado pacífica y suficientemente por la jurisprudencia nacional, por lo que sigue habiendo dificultades en la práctica judicial, en la que se suele percibir un afán no muy saludable por parte de Fiscales y Defensores por obtener preacuerdos desde embrionarios momentos de la investigación; y en el caso de la judicatura (Jueces de Garantías, Jueces de Conocimiento, Tribunales y Corte Suprema de Justicia), entre quienes hay diferencias de criterio, incluso en el mismo nivel funcional de una misma colegiatura (Tribunales o Corte Suprema) sobre el papel que debe cumplirse a la hora de ejercer control de legalidad a los preacuerdos y allanamientos a cargos.

La práctica judicial hoy pone a los jueces en un parangón cuando afrontan la difícil y en veces imposible labor de hacer compatibles los principios de *legalidad e imparcialidad*, convocado como está a guiarse por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (artículos 5 y 6 del C.P.P.), con finalidades pragmáticas de *celeridad y economía procesal*; lo que resulta más difícil cuanto más embrionaria sea la investigación, siendo lo más frecuente que de manera temprana, tras el acto inaugural de la misma que es la imputación, se opte por tal disyuntiva procesal, casi siempre a marchas forzadas, como fruto de intervenciones policiales en situaciones de flagrancia.

156 Sentencia de segunda instancia en acción de tutela, radicado No. 73555 del 20 de mayo de 2014, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Con apenas unos esbozos investigativos o informes policiales que no han alcanzado a contrastarse, se llega a imputar, quedando así habilitada la vía para fulminar anticipadamente una condena por negociación o allanamiento a cargos, sin que el juzgador conozca a fondo el hecho, con particularidades que son esenciales para una estricta tipicidad y unas consecuencias sancionadoras acordes.

Muchas veces, la estrategia de quienes acuden a estas figuras es evitar que se desvelen circunstancias agravantes, logrando por ejemplo, que un homicidio cometido como producto de actividades sicariales sea asumido como simple y no se delate al hombre de atrás (determinador o autor intelectual).

Es decir, que si estas figuras se instrumentan con la finalidad de salirle al paso a la persecución penal, logrando muchas veces penas no acordes y tras ellas la libertad, cuando no desvelar a todos los autores, partícipes o determinadores, contando con Fiscales en extremo benévolos, apáticos o “medrosos” de contender en el juicio, urge poner controles que empiecen por el diseño mismo de las normas y terminen con la intelección adecuada en la práctica judicial.

Las preguntas que concita el tema son:

- 1.) ¿Si en las formas de terminación anticipada por consenso opera plenamente, limitadamente o no opera el debido proceso con su *principio de legalidad*”?
- 2.) ¿Cuál es el *mínimo irreductible en el estándar de prueba* para sentenciar por negociación preacordada, conforme a las exigencias de un “*debido proceso*”?
- 3.) ¿Al renunciar el procesado con su aceptación anticipada al derecho de no autoincriminación, también renuncia a la garantía de presunción de inocencia, otorgándole al Estado y a la Sociedad la atribución de reclamarle una revelación suficiente, veraz o cierta del hecho que acepta, so pena de que se declare la ilegalidad de la aceptación?

- 4.) ¿Cabe admitir de cara a los fines de justicia que el Juez no puede determinar los hechos que se imputan para no convertirse en acusador, pues es el ente investigador el directamente relacionado con el acontecer fáctico (tesis de la Corte Suprema de Justicia; y en tal caso, si el Juez funge a modo de notario o mero estampillador de la disponibilidad de las partes frente al proceso y sus consecuencias?
- 5.) ¿El decisionismo otorgado a las partes, ha ido demasiado lejos frente al principio dispositivo, generando confusiones con el principio de oportunidad, o ello es natural en estas formas negociales que exige de los jueces que se asuma con criterios amplios, como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, la cual ha dicho que ello es fruto del traslado de tradicionales potestades del Juez al Fiscal a la hora de fijar los términos de la verdad que ha de ser declarada como fruto de una negociación, y que por radicar en cabeza de la Fiscalía el ejercicio de la acción penal y el control del acontecer fáctico, desborda su competencia el Juez si afirma que contrario a las evidencias del Fiscal pueden existir otros elementos fácticos que sugieren que los hechos sucedieron con un alcance diferente¹⁵⁷.

Incluso, tomando referente esta posición, ha llegado incluso a sostenerse que la negociación puede ser tan amplia, que es dable negociar la supresión de un cargo, indistintamente si es el de mayor entidad, es decir, retirar el cargo principal y condenar por uno o por unos accesorios¹⁵⁸.

El Tribunal Superior de Medellín, en algunas de sus salas, en segunda instancia ha venido revocando decisiones en las cuales los jueces penales del circuito han improbadado preacuerdos en casos de porte ilegal de armas de fuego en los que se ha pactado sin el menor elemento demostrativo o base probatoria alguna, que el procesado obró bajo estado de marginalidad, a fin de lograr penas muy flexibles¹⁵⁹.

Así, en una de sus Salas, el Tribunal, evocando a la Corte, ha sostenido que,

157 Auto de segunda instancia

158 Tribunal Superior de Pereira.

159 Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, auto de segunda instancia del 15 de julio de 2014, radicado 2013-46152, M.P. Oscar Bustamante Hernández.

“...la facultad de terminar el proceso penal por vía de preacuerdo, así como la aplicación del principio de oportunidad, constituyen una clara excepción al principio de legalidad, precisamente por la naturaleza excepcional de dichas figuras impuestas por el legislador como un mecanismo de descongestión del aparato judicial, por lo que la limitación contenida en el inciso 4 del artículo 351 de la ley 906 de 2004, relativa a la vulneración de garantías fundamentales, no puede extenderse a todos los casos en los cuales la judicatura considere que la negociación no es apropiada o no cumple con sus expectativas, sino cuando resulta desproporcionada, irrazonable, contraria a la institución misma o cuando se evidencian vicios en el consentimiento.(subrayas fuera del texto)

*En cuanto al control sobre el sustento probatorio de las conductas imputadas en la negociación, haciendo una interpretación teleológica de los artículos 381 y 327 de la ley 906 de 2004, tenemos que si para emitir sentencia condenatoria se requiere certeza del delito y de la responsabilidad del procesado más allá de toda duda, tratándose de allanamientos y preacuerdos donde **la responsabilidad no es objeto de debate**, pues es aceptada o negociada, el juez se debe limitar a verificar que las evidencias y demás elementos de prueba satisfagan el umbral exigido en el inciso final del artículo 327 de la ley 906 de 2004, esto es el mínimo de prueba que permita inferir la existencia del hecho investigado, **pues la autoría o participación ya se encuentra probada**”.* (Subrayas propias del texto, negrillas extra texto)

*En este orden, **el funcionario judicial no tiene porqué (sic) exigirle a las partes que entreguen evidencias relacionadas con la existencia de circunstancias de agravación o atenuación punitiva, sobre la modalidad del delito o las formas de culpabilidad, pues se itera, la responsabilidad surge de un negocio jurídico entre la Fiscalía y el procesado, donde él no tiene injerencia, nada más que para verificar que no existan vicios en el consentimiento o que no haya una vulneración flagrante al debido proceso o el derecho de defensa***” (negrillas fuera del texto).

Recientemente, en Seminario organizado por el Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Eugenio Fernández Carlier, habló del control material por parte del Juez a los preacuerdos, anotando que el Juez

debe administrar justicia conforme a los hechos probados, y como el Fiscal no tiene potestad de administrar justicia, cuyo aprestigiamiento es fin de los preacuerdos, su facultad dispositiva es sobre las discusiones jurídicas.

Así que dejando absolutamente en claro que el único que puede aportar hechos es el Fiscal, el Juez no lo sustituye frente a la titularidad de la acción penal cuando hace control material, recordando que la Sentencia C-059 de 2010 de la Corte Constitucional reitera que el Fiscal no cuenta con libertad absoluta para adecuar la conducta, y que solo debe darle la calificación que corresponda a la ley penal preexistente.

En efecto, en la aludida decisión la máxima guardiana de la Constitución, dijo:

“El acuerdo o la negociación comporta: el reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado; la existencia de un fundamento fáctico y probatorio sobre el cual se produce el acuerdo; la renuncia libre, consiente, voluntaria y debidamente informada del imputado o acusado al juicio público, oral, concentrado y contradictorio; los descuentos punitivos derivados del acuerdo. Una vez aprobado el acuerdo se convocará a audiencia para dictar la sentencia correspondiente, mediante la cual se produce la terminación anticipada al proceso”.

*“La Corte Constitucional ha considerado en materia de acuerdos y preacuerdos lo siguiente (i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) **el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible**; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii)*

en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos”.

En sentencia C-1260 de 2005, la Corte Constitucional examinó las facultades con que cuenta el fiscal al momento de celebrar un preacuerdo con la defensa, desde la audiencia de formulación de la acusación, más exactamente, la posibilidad de que **“Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”**, en los términos del artículo 350, numeral 2°, de la Ley 906 de 2004, hallándola ajustada a la Constitución de manera condicional, bajo la intelección de que el Fiscal, si bien cuenta con un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, no cuenta con una facultad de seleccionar libremente el tipo penal, sino que debe obrar conforme a los hechos probados en el proceso.

Textualmente dijo la Corte:

*“Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal ‘Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena’, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de **celebrar preacuerdos** entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un **acuerdo** se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.*

“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 que, aun 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 el 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 (subrayas fuera del texto).

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 a la ley penal preexistente. (Negrillas agregadas).

Posteriormente, en sentencia C- 516 de 2007, la Corte Constitucional se pronunció sobre el derecho de la víctima en los acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el acusado de la mano de su defensor, declarando la exequibilidad condicionada de los artículos 348, 350 y 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal, en razón de la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Al efecto concluyó la Corte que,

“... la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal, y oída por el juez encargado de aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías tanto del imputado o acusado, como de las víctimas”.

Al propio tiempo la Corte Constitucional, por vía de amparo (tutela) ha puesto la mira sobre mecanismos de justicia negocial o premial, como es el caso de la sentencia T- 794 de 2007, en la cual analizó los fines que se persiguen con la suscripción de acuerdos y preacuerdos, anotando:

“En resumen, el acuerdo o la negociación comporta: el reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado; la existencia de un fundamento fáctico y probatorio sobre el cual se produce el acuerdo; la renuncia libre, consiente, voluntaria y debidamente informada del imputado o acusado al juicio público, oral, concentrado y contradictorio; los descuentos punitivos derivados del acuerdo. Una vez aprobado el acuerdo se convocará a audiencia para dictar la sentencia correspondiente, mediante la cual se produce la terminación anticipada al proceso” (negritas y subrayas extra texto)

Así las cosas, la Corte Constitucional ha considerado en materia de acuerdos y preacuerdos lo siguiente (i) la existencia de estas figuras no vulnera, *per se*, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) **el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible**; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tenida en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii)

en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos.

Consideramos que la referida posición del Tribunal Superior de Medellín, en una de sus salas, es equívoca, porque aun apoyándose en criterio ya de vieja data de la Corte Suprema de Justicia, acerca de que la Fiscalía está facultada para negociar sobre alguno entre una amplia gama de tópicos¹⁶⁰, termina por autorizar el reconocimiento de varios, convirtiendo los preacuerdos en una “*feria de beneficios*” que no aprestigia a la administración de justicia y desborda el marco de las finalidades previstas para esta forma de terminación consensuada del procesos, según el artículo 348 C.P.P.

El Tribunal Superior de Medellín, tras enlistar la variada gama de aspectos sobre los que puede versar la negociación y dejar en claro que la “*La Fiscalía está facultada para negociar **sobre alguno de los siguientes tópicos**: ‘el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3,4,5,6 y 7 del artículo 32 del C.P., los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de causales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica*” (negrillas propias del texto citado), ordenó al Juez emitir sentencia en virtud de un preacuerdo en el que se concedió más de una circunstancia de favor, pues a más de concederse la marginalidad, se avinieron sobre la pena a imponer y el otorgamiento del subrogado de suspensión condicional de la pena privativa de la liberta, es decir, que el pacto incluyó, no alguno” sino varios beneficios.

160 Cita sentencias de casación del 14 de diciembre de 2005, radicado No. 21347 y del 10 de mayo de 2006, radicado 25389.

Adviértase que según el artículo 351-1° C.P.P., el Fiscal y el imputado, contando éste con el aval de su defensor, podrán llegar a un acuerdo, para que a cambio de que éste se declare culpable aquél, 1.) “*Elimine alguna causal de agravación, o algún cargo específico, 2.) Tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*”.

Seguidamente el artículo 351 prescribe que “*También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.*”.

No es cierto que el ***principio de legalidad*** esté excepcionado al fulminar un proceso con sentencia en virtud de un acuerdo o negociación, ni que ***la responsabilidad surja de un negocio jurídico donde el juez no tiene injerencia***, porque la verdad como finalidad del proceso no puede ser fruto de una construcción amañada que las partes den en consensuar según sus afanes e intereses; sino que habiendo aspectos discutibles a la hora de afrontar un juicio, por no tenerse sino un mínimo de evidencias demostrativas, con virtualidad para llegar a constituirse en pruebas en caso de que sean presentadas en un juicio, bajo la dinámica y las garantías de inmediatez, concentración, contradicción, publicidad y defensa, en tal caso las partes están autorizadas para acordar sobre alguno de tales aspectos y de ninguna manera aceptando al propio tiempo varias circunstancias modificadoras de la punibilidad, que las partes fijen la pena y sus consecuencias; pues si dan en fijar la pena de manera más benévola ello constituirá la única rebaja compensatoria por el preacuerdo, y si se avienen sobre la supresión de alguna circunstancia de agravación o que modifique la punibilidad, se hará con respaldo en un mínimo de evidencia que haga siquiera discutible, probable y razonable que proceda su reconociendo.

Por ejemplo, no podría aceptarse que quien haya matado con sevicia, por precio o por motivo fútil, termine consensuando con la Fiscalía el reconocimiento de que obro bajo estado de ira e intenso dolor, ni podría aceptarse que quien solo pudo ser autor convenga con la Fiscalía que se le dé por cómplice de su propio hecho, porque la negociación no puede ser un mecanismo de impunidad en el que terminen ferándose categorías dogmáticas, por un afán a ultranza de culminar el proceso a cualquier precio.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

9.1. Conclusiones.

9.1.1. La idea de reducir categorías de derecho procesal penal a categorías privatistas es errada. De ahí que frente a un principio de obligatoriedad y al carácter público de los intereses en juego es una impropiedad considerar que la Fiscalía es “dueña” de la pretensión, llegando a confundir que si al tener a cargo la función de acusación en un esquema procesal en el cual están bien delimitadas las funciones de acusar y juzgar, por tal razón se llegue a equiparar que la pretensión expresada en un preacuerdo, siendo “asimilable” a la acusación misma, sea de su exclusivo resorte y el Juez no pueda injerir en ella.

Peor aún resulta el concepto de que tratándose el preacuerdo de un “*negocio jurídico*” entre las partes, el control del juez termine siendo una “*intromisión*”, pues la racionalidad de los preacuerdos descansa en la satisfacción de intereses públicos, por modo que no es un acto de libre disposición absoluta que satisfaga intereses meramente particulares. El preacuerdo apenas es el puntal que traza la ruta de un proceso especial abreviado, y apenas pone en camino de una sentencia; de la misma manera que un acuerdo de voluntades que tengan que pasar por el tamiz de un juez, no representa por sí solo el acto jurisdiccional de decir el derecho, y menos cuando se trata de una acción pública a la cual se le instalan elementos propios de la heterocomposición.

9.1.2. El humus del *plea bargaining* es un proceso plenamente contradictorio como el angloamericano, donde la prueba es disponible por las partes, a lo cual se encuentra vinculado el Juez, pero en sistemas parcialmente adversariales (y al absorber el modelo colombiano tendencias eclécticas, cuyo compromiso con la verdad y la justicia, *ab initio* desde la principalística misma lo precisa a abjurar de un modelo adversarial puro), resulta más problemático, por la función que cumple la prueba en relación con los fines de verdad y justificación de la pena.

9.1.3. La negociación tiene un alcance mayor que la confluencia de voluntades para poner fin al proceso de manera adelantada, aceptando el procesado un determinado cargo bajo ciertas condiciones, alcances y efectos más benignos. Ella significa una renuncia a la no autoincriminación y una aceptación de culpabilidad; y debiera en buena medida conllevar la confesión. Solo así no se escamotearía una auténtica reparación a la víctima, la cual está tan alejada para el radar en las cartografías de la justicia angloamericana.

9.1.4. El funcionamiento de la figura de negociaciones preacordadas en Colombia está distorsionado del modelo original angloamericano, pues no es cierto que los jueces cedieron poder a los fiscales, ya que por el contrario, el propósito de la reforma de la Fiscalía General de la Nación en Colombia, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y su implementación en la Ley 906 de 2004 fue quitarle las funciones jurisdiccionales, que se entregaron a los jueces, tanto de garantías como de conocimiento. Así que un pretendido empoderamiento indirecto, bajo el pregón de que ésta es “dueña” de la pretensión, con la reivindicación del poder dispositivo, tiene refacciones con graves implicaciones que hacen mella en la legitimidad de la administración de justicia.

Los jueces en Colombia no pueden ser depuestos del control material, por el solo prurito de sacare avante una política criminal eficientista, copiando mal el modelo de justicia penal norteamericano sin juicio (ofrecido éste solo como flamante espejismo al que residualmente se llega). Aunque suene ramplona la expresión, puede ilustrar bien la situación, el que se diga que aquí solemos resultar “*más papistas que el papa*” en el ofrecimiento de un modelo de justicia que por breve se advierte desprovista de rigor y se ofrece como caldo de cultivo para que germine el arbitrio, y por ende no sea factor que legitima a la justicia y que la reivindica en su tarea de aclimatar la paz social que subvierte el delito.

9.1.5- Es innegable la compleja relación que acusa la institución jurídica de los preacuerdos, por la difícil convivencia entre los fundamentos de la justicia penal negociada y los principios y valores que han ido dando forma en su devenir histórico a nuestro sistema jurídico penal; y concretamente una visión extremadamente dispositiva del proceso por vía comercial tiene graves implicaciones frente al problema de la efectividad de las garantías procesales, tanto para el justiciable como para la víctima.

9.1.6. En aras de ir saliendo del estado de perplejidad en la que se halla atorada la jurisprudencia nacional, con visos equívocos de la que debe ser faro y norte de la misma, cual es la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de casación, los criterios de proporcionalidad y razonabilidad tienen que estar presentes a la hora de seleccionar una pena que tenga que ser consultada con el Juez, y que se corresponda con la gravedad del delito cometido.

En este sentido, si bien es cierto que no se negocia a cambio de nada, tampoco puede negociarse cediendo todo, y por ende es preciso que los Fiscales sean diestros en los rudimentos sobre teoría de la negociación, que implica ante todo un “ganar-ganar”. Así mismo, los Fiscales en Colombia tienen que ser conscientes de que no se negocia por el solo prurito de finiquitar de manera célere un proceso, sino que se negocia en aras de obtener otros beneficios que pueden implicar para la Fiscalía nuevos procesos y nuevas vinculaciones, cuando el fruto de la negociación sea la delación de otros actores delictivos (determinadores, cómplices o copartícipes).

9.1.7. Las negociaciones preacordadas llevan a una disyuntiva procesal que debe llamarse con propiedad proceso abreviado por negociación, y que como todo proceso judicial debe estar adosado de las formas propias del axioma “debido proceso”; así que ciertas garantías pueden quedar en interdicción o ser moldeadas, pero jamás puede representar una autoritaria forma de justicia inquisitorial en virtud de la cual una aceptación apresurada de cargos, con el ánimo de mostrar la eficiencia del sistema penal, se desentienda del respeto mínimo de los derechos que se deben garantizar a través del proceso penal, y haga tabla rasa del derecho a un mínimo de verdad y de justicia, en niveles razonablemente irreductibles.

9.1.8. El trámite abreviado correspondiente a los preacuerdos, es una especie de proceso, con determinantes y clara impronta inquisitorial, donde no encaja ni podría encajar la figura de un juez tercero árbitro imparcial e imparcial. Así los preacuerdos estén instituidos como barrera de contención para que no tenga que darse el proceso ordinario en su forma adversarial, rodeado de plenas garantías, contradictorio, concentrado y con intermediación en la práctica de pruebas, el precio que tienen que pagar las partes (tanto procesado y defensor como fiscal) e intervinientes (la víctima), de unas

garantías limitadas, que incluye una verdad con limitación, en cuanto a ser declarada sin conocimiento más allá de toda duda y sin rango de certeza, exige una función vigilante del Juez de Conocimiento, a quien no le está deferida una función notarial sino eminentemente jurisdiccional, y por ende facultado para demandar una determinación de los hechos con base en elementos de prueba fiables (jamás la verdad puede ser consensuada entre las partes), y para exigir que los preacuerdos razonablemente ofrezcan una adecuada fundamentación entre la culpabilidad del autor y la pena.

9.1.9. Si se trata de ser consecuentes con el modelo de justicia colombiano, acogido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y se busca armonización entre la figura de los preacuerdos con los altos fines de la justicia previstos como principios en el artículo 5° C.P.P., resulta errónea la interpretación que ha llevado a considerar que los Fiscales por ser “*dueños de la acusación*”, tienen una facultad que en algunos casos la jurisprudencia de la Corte ha considerado casi omnímoda, en tanto que amilana la potestad de los jueces, en franca contradicción con un modelo de justicia que despojó a la Fiscalía de facultades jurisdiccionales. Quiere decir, que la posición jurisprudencial que niega control material a los jueces “*borra con el codo lo hecho con la mano*” en tratándose de empoderar a los Jueces conforme al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, promulgado y dispuesto para su construcción a partir de la Constitución Política de 1991, sin que ello quiera decir, que se trata de buscar una vuelta al pasado de un juez celoso por buscar a ultranza y de manera oficiosa la verdad real, pero sí de establecer cortapisas a la labor de la Fiscalía, cuando está haciendo uso de una herramienta delicada, que siempre debe proveer al aprestigiamiento de la administración de justicia.

9.1.10. Empero la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia, es potestad del juez hacer una verificación efectiva acerca de que con el preacuerdo no se quebranten garantías fundamentales, lo cual no es una mera formalidad, que pueda estar de más, por lo que el juez está autorizado y debe inadmitir un preacuerdo si advierte que se transgreden postulados de legalidad, tipicidad y proporcionalidad.

9.1.11. Si la Fiscalía opta por ofrecer una rebaja concreta y predeterminar la pena, debe dar buena cuenta de las razones, habida cuenta de que injiere en una potestad jurisdiccional que le está deferida al juez, cual es el delicado ejercicio sancionatorio. Y

si el fiscal decide asumir el riesgo al pactar con el procesado, de la mano de su defensor, cuál es en concreto el “...*cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer*” (artículo 351 inciso segundo), tendrá que calibrar bien los criterios, fines y principios que reglan el ejercicio del *ius puniendi*.

9.1.12. Acogerse consciente y voluntariamente al mecanismo de los preacuerdos, implica para el procesado la renuncia a la no autoincriminación, y por ende no solo exige plegarse a una determinada proposición fáctica y jurídica, sino que en aras de que el juez declare la viabilidad de una sentencia de condena por esta vía, tendrá que aportar los insumos necesarios, esto es, que los preacuerdos vengan adosados de prueba suficiente de corroboración, a fin de detectar las aceptaciones que se den por simple conveniencia o que escamoteen la verdad para encubrir a otros responsables (principalmente encubrir al “hombre de atrás”).

9.1.13. Es preciso dejar en claro que no estamos en contra de la figura de los preacuerdos, reconociendo en ella una importante herramienta de agilización de los procesos cuando el peso de las evidencias columbre mejores ventajas derivadas del consenso que de un debate en juicio, pero nos declaramos escépticos frente al rumbo que desde la Corte Suprema de Justicia se le está trazando, por desequilibrar la relación de fuerzas entre jueces y fiscales, por ceder extremadamente cuotas de verdad, aprovechando un difuminado y débil estándar de “*mínimo probatorio*”, y porque la extrema liberalidad que cunde en la jurisprudencia imperante, que amilana al juez, desdeña temas dogmáticos que se han labrado con brega en la evolución del derecho penal para otorgar racionalidad al ejercicio sancionador.

9.1.14. El fin mediato de los preacuerdos, previsto en el artículo 248 C.P.P., de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento tiene que ser más que un eslogan, respecto del cual los jueces hallen conexión con la genérica posibilidad de improbación basado en la violación a garantías fundamentales, según el inciso final del artículo 351 C.P.P.

9.1.15. La dimensión dada al poder dispositivo de la Fiscalía, “*dueña de la acusación*” es una lectura peligrosa frente al control de una actividad susceptible de fenómenos de corrupción, pues auspicia el manejo de cartas debajo de la mesa, sin que pueda

exigírsele a los fiscales explicación alguna sobre los “*premios punitivos*” que otorgan. Esto es, que mientras los jueces, cada vez son más vulnerables a afrontar investigaciones penales por prevaricación, la jurisprudencia otorga a los fiscales una patente de corzo para disponer de la acusación y de las consecuencias sancionadoras.¹⁶¹

9.1.16. La orientación que en Colombia se le viene dando a la figura de los preacuerdos repudiando un control material y exaltando la facultad dispositiva a ultranza de la Fiscalía no es una postura “revolucionaria”, que signifique una impronta de originalidad digna de emulación por los sistemas procesales que comparten afinidades con el modelo colombiano, sino que es fruto de una visión sesgada y poco cuidadosa frente al manejo dogmático, cuando urge una integración entre el derecho procesal y sus fines con el derecho sustancial. Quiere decir, que el furor de los temas procesales se ha hecho desatendiendo la dogmática, en sus funciones de otorgar seguridad jurídica y racionalidad a las decisiones judiciales.¹⁶²

9.1.17. En la evolución jurisprudencial frente al tema de los preacuerdos advertimos a medio camino en la realización de este trabajo, un intento por morigerar el ímpetu de la tesis que abomina el control judicial material a los preacuerdos pero los últimos giros en ese desarrollo nos evidencian una tendencia prevaleciente hacia la disponibilidad a ultranza, que ha impactado a la judicatura, sin dejar mayores márgenes de acción en aras de la independencia judicial, para reivindicar un efectivo control; pues los intentos de desmarcarse de esa posición extrema por Tribunales como los de Bogotá y Pereira, han sido respondidos ya con una enérgica previsión sugerente de eventual prevaricación,

161 El más reciente pronunciamiento sobre el tema de preacuerdos de la Corte Suprema de Justicia, con la admonición a los tribunales para no desconocer en lo sucesivo la línea jurisprudencial imperante, es un campanazo de alerta frente a la fragilidad de este tema en relación con la independencia judicial, el respeto al precedente y eventuales compromisos por prevaricación.

162 El tratadista FERNANDO VELÁSQUEZ V. destaca las funciones positivas que cumple la dogmática penal, así: 1.) Brinda seguridad jurídica a los ciudadanos, garantizando los derechos fundamentales ante el poderío estatal, que si no es objeto de control deviene en arbitrariedad. 2.) Posibilita una aplicación segura y calculable del derecho penal, señalando límites y definiendo conceptos, para sustraer el derecho de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación. 3.) Racionaliza y torna igualitaria la administración de justicia, haciendo previsibles las decisiones de los tribunales, mediante una tarea meticulosa y ordenada, para que los casos se fallen de manera coherente y armoniosa, fortaleciendo así a la Rama Judicial y al Estado de Derecho. 4.) mantiene la unidad del sistema penal, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, para asegurar una misma línea de pensamiento y argumentación de todos los actores vinculados al sistema penal; y 5.) Permite construir una ciencia total del derecho penal abierta y de orientación crítica, dotando al sistema jurídico de fundamentos teóricos y dando cabida a un derecho penal cambiante, acorde con las transformaciones sociales. VELÁSQUEZ, V. Fernando. *Manual de Derecho Penal- Parte General*-Ediciones Jurídica Andrés Morales, 4ª edición, Bogotá, 2010, 947 págs.

para que en lo sucesivo no se insista en posturas que lleven a improbar preacuerdos, indicando a los fiscales cómo deben preacordar con los procesados¹⁶³.

9.1.18. El actual proyecto de Ley 224 de 2015 cimentado en el reconocimiento de que es menester flexibilizar el principio de legalidad, debe dejar en claro que para la legitimidad de los preacuerdos, el control por parte de los jueces de conocimiento, por ser precisamente control de legalidad que al tiempo verifica el cumplimiento de garantías fundamentales que son caras a un debido proceso, tiene que ser un control material.

No resulta satisfactorio que en las modificaciones propuestas al artículo 353 (artículo 126 del proyecto en curso que hace una sustitución total del texto actual relativo a que el imputado o acusado puede hacer una aceptación parcial de cargos), se relativice el derecho de las víctimas planteando que “*deberán tenerse en cuenta los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia, **en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible.*** Y menos aún que tribute al empeño de consolidar un efficientismo a ultranza, señalando que los preacuerdos “*obligan al juez de conocimiento salvo que desconozcan **en concreto** garantías fundamentales en su trámite, **sin afectar el carácter de flexibilización reglada del principio de legalidad** propio de este mecanismo...”.*

9.1.19 Se encontró entonces que ese estándar de la prueba en otras palabras la exigencia de una suficiente actividad indiciaria, implica que en lo que va de esa actividad investigativa haya dado como resultado diligencias que permitan concluir que existe probabilidad cierta delictiva de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado.

9.1.20 Se pudo establecerse que los límites al poder dispositivo del Juez quien debe realizar un control de legalidad y un control judicial a los preacuerdos en el ámbito de la tipicidad o calificación jurídica penal, en relación con los hechos objeto de la causa y las circunstancias que rodean al hecho punible. El ámbito de la legalidad de la pena. La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente-

163 Fallo de tutela del 25 del 25 de febrero de 2016, Radicado 84228, MP. Eyder Patiño Cabrera.

probabilidad delictiva- de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado. 4.) Que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.

9.1.21 Cuando habló de suficiencia probatoria, se antepone la afirmación de causa probable, pues la presunción de inocencia solo puede ser destruida con la suficiente actividad probatoria, es así como se da la exigencia de auténticos actos de prueba. El umbral necesario en materia penal para una sentencia condenatoria se requerirá del Juez un conocimiento *más allá de toda duda razonable*”, pero por tratarse de un proceso progresivo y sienta este último conocimiento el esquema final, cada una de tales determinaciones tiene fijado su propio *“estándar”*. La finalidad de fijar un *“estándar probatorio”* se combinó con la finalidad misma del proceso, y si ella radica en el conocimiento de la verdad, entendiéndose esa verdad como la que se en un sistema de partes.

9.2. Recomendaciones:

9.2.1. Urge brindar una capacitación especial a los Fiscales y los Defensores Públicos, que tenga en cuenta rudimentos sobre negociación (teoría de la negociación), basada en la reciprocidad, o el “ganar-ganar”, como compromiso ético.

9.2.2. Es prioritario que se establezca un diálogo interinstitucional entre todos los actores del proceso, a través de talleres y seminarios, en los cuales se haga claridad acerca de las potestades de los fiscales y los jueces, escindiendo los planos entre los principios dispositivo, principio de legalidad y principio de oportunidad.

9.2.3. La Escuela Judicial, que hace más de una década, tuvo un relevante papel en la formación de los Jueces y Magistrados del país, preparándolos para tomar las riendas del proceso bajo el nuevo esquema de justicia – sistema penal acusatorio-, elaborando módulos que han sido de gran utilidad, debe retomar esa labor propedéutica y diseñar un manual especial, en el cual se sienten bases fiables sobre el controversial tema de los preacuerdos, en lo concerniente a las potestades de los jueces en el ejercicio de control de legalidad, para un genuino control.

9.2.4. La Corte Suprema de Justicia debe revisar la línea jurisprudencial actualmente predominante, sopesando los costes frente a la relevancia del control jurisdiccional, para lo cual debe tener en cuenta una visión comparada frente al modelo original y a las emulaciones en sistemas penales que nos son afines. Así mismo, que tenga en cuenta una visión integradora entre el derecho procesal penal actual con su alta dosis de pragmatismo y una dogmática eficaz frente a la seguridad jurídica.

9.2.5. El Ministerio de Justicia, frente a la iniciativa legislativa que le llevó a auspiciar una reforma que actualmente cursa en el Congreso de la República, debe prestar atención al comportamiento de la Administración de Justicia en materia de preacuerdos, para que el estímulo a esta forma abreviada de terminación, como auténtico proceso especial, brinde seguridad jurídica y no derive en impunidades disfrazadas que no son pacificadoras. En este sentido

9.2.6. El Congreso de la República, está a tiempo aún para introducir algunas refacciones al texto del proyecto de ley que hace trámite en segundo debate en la Cámara de Representantes. Así, se propone incorporar al artículo 353 del C.P.P. (artículo 126 del Proyecto) un párrafo al siguiente tenor: *“El Juez en el control de legalidad debe establecer la credibilidad de la aceptación de culpabilidad que deviene de la negociación, con base en los medios de información que las partes le presenten, incluida la versión que directamente ante él ofrezca el procesado”*.

9.2.7. Urge que el Congreso de la República introduzca en el “paquete de modificaciones” propuestas en el proyecto de Ley 224 de 2015, en trámite, la modificación al artículo 327 C.P.P., indicando que *“El control de legalidad a los preacuerdos, al requerir la afirmación de responsabilidad del imputado o acusado exige el aporte de medios de información suficientes que permitan inferirla razonablemente y establecer su tipicidad”*.

9.2.8. Los Colegios de Jueces y Fiscales, al aglutinar actualmente a los titulares de la acción penal y a los que arbitran su ejercicio, deben auspiciar a través de cursos de capacitación ejercicios que permitan decantar cuáles son las facultades y potestades de unos y otros, que permitan fortalecer a la Judicatura colombiana como bastión del Estado de Derecho. Así mismo, como agremiaciones profesionales deben propender por

las reformas legislativas que acojan propuestas de mejoramiento de las disposiciones legales actualmente aplicables.

9.2.9 El Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia, a través de su Comité de Estudios Políticos y Legislativos, aún está a tiempo de propender en el parlamento colombiano, a través de intervenciones en audiencias públicas dentro del trámite que se adelanta al Proyecto de Ley 224 de 2015, o bien haciendo un adecuado manejo de lo que pudiéramos llamar “*buen lobby*” a efectos de buscar modificaciones que incorporen las inquietudes que recoge este trabajo sobre los ajustes que deben hacerse para tornar más fiable el mecanismo de los preacuerdos, orientándose por la idea de fortalecimiento de la figura del Juez como portaestandarte de las garantías inmanentes al axioma del debido proceso.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALCALÁ ZAMORA, Niceto. Estudio acerca del Allanamiento en el Proceso Penal. Editorial Jurídica Universitaria, 2001, México D.F., 122 p.
2. Acuerdos Plenarios- Corte Suprema de Justicia – Perú-.
3. ARAMBURO CALLE, Maximiliano. Revista Nuevo Foro Penal N° 74, Enero-Junio 2010, Ed. Universidad EAFIT.
4. ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2004.
5. BARRA WIREN, Bernardita. *Eficiencia y Legitimidad del Procedimiento Abreviado desde el punto de vista de la Práctica Punitiva del Estado*. Trabajo de tesis. Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal, Santiago de Chile, 2010. 116 p.
6. BAZZANI, Darío. “*La Terminación anticipada del proceso por consenso y el principio de oportunidad*”, artículo con autores varios en *Reflexiones sobre el sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2010, págs. 207 a 271.
7. BEDOYA SIERRA, Luis Fernando y otros. Principio de Oportunidad, bases conceptuales para su aplicación. Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2010.
8. CASTRO CABALLERO, Fernando y GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo. Preacuerdos y Negociaciones en el Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2010, 261 p.
9. DIAS, Leandro. “Los Acuerdos en el Derecho Penal en Karlsruhe y Estrasburgo: Análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Investigación en derecho procesal penal comparado, Cátedra Hendler. Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 243 p. consulta GOOGLE, febrero 20 de 2016.
10. FERRAJOLI, Luigi. Democracia y Garantismo. Ed. Trotta, Madrid, 2008.
11. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Ed. Trotta.

12. FERRER, Jordi. Valoración Racional de la Prueba. Racionalidad y Estándares de Prueba. “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana. Universidad de Girona. Marcial Pons, 2007.
13. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1981, 398 p.
14. GASCÓN, Marina. Estándares Objetivos de Prueba
15. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Procedimiento Acusatorio y Terminación Anticipada del Proceso Penal. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
16. HURTADO POMA, Juan. La Audiencia Privada del Proceso de Terminación Anticipada y su Constitucionalidad. Lima, Perú. Fuente: Internet.
17. QUINTERO JIMÉNEZ, Camilo Alberto. La Justicia penal Negociada en Estados Unidos y Colombia. Estudio Comparado desde una perspectiva de Cultura Jurídica. Trabajo de grado como requisito para optar al título de Magister en Derecho. Universidad Nacional de Colombia- Bogotá- 2013, 129 P. www.bdigital.unal.edu.co/39896. Consulta Google, marzo 6 de 2016, 18:45 horas.
18. PÉREZ ALARCÓN, Carlos Andrés. “Diez Años de los Preacuerdos en Colombia y el Paradigma sigue sin definirse”. Avance en la investigación “*Impacto de los Preacuerdos diez años después de su implementación*”, realizada a través del Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas de la Universidad Libre, Seccional Pereira, con el apoyo del auxiliar de investigación y estudiante de derecho Oscar Santiago López Parra.
19. SCHUNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? Traducción del texto por Silvia Bacigalupo, Universidad Autónoma de Barcelona.
20. Autores varios. “*La Prueba y la Decisión Judicial*”. U. de M., marzo de 2010.
21. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Compilación Luis Camilo Osorio y Gustavo Morales Marín. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
22. Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Suprema y texto introductorio. Jerald H. Israel, Yale Kamisas, Wayne Lafave y Nancy King. Coordinador de traductores Juan Luis Gómez Colomer. Ed. Tirant Lo Blanch, Tratados, Valencia, 2012 1413 p.
23. Jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.

24. Estándares de prueba y prueba científica- Autores varios. Ed. Marcial Pons. Barcelona.
25. Revista Jurisprudencia Penal N° 2/02, pgs. 495 a 501.
26. Verdad y proceso penal. Larry Laudan. Ed. Marcial Pons. Barcelona.

11. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

1. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 24.026 de 2005. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
2. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 24.764 de 2006. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
3. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 25.724 de 2006. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
4. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 25.108 de 2006. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
5. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Auto 27.159 de 2007. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
6. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Auto 27.218 de 2007. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
7. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 28.872 de 2008. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
8. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Auto 29.994 de 2008. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
9. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 29.979 de 2008. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
10. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 31.538 de 2009. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
11. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 31.280 de 2009. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
12. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 33.039 de 2010. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
13. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 37.209 de 2011. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
14. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 38.146 de 2012. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
15. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 34829 de 2012. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
16. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Auto 39.296 de 2012. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co

17. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 39.110 de 2012. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
18. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 72.092 de 2012. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
19. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 39.892 de 2013. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
20. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 39.707 de 2013. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
21. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 37.951 de 2013. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
22. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 41.375 de 2013. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
23. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 39.886 de 2013. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
24. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Sentencia Tutela 69.478 de 2013. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
25. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Sentencia Tutela 70.392 de 2013. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
26. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 41.570 de 2013. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
27. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Sentencia Tutela 70.712 de 2013. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
28. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Sentencia Tutela 71.295 de 2014. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
29. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Sentencia Tutela 71.128 de 2014. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
30. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 40.871 de 2014. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
31. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 43.523 de 2014. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
32. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 42.184 de 2014. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
33. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 42.184 de 2014. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co

34. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 43.356 de 2016. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
35. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Providencia 45.736 de 2016. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co
36. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. República de Colombia. Sentencia Tutela 84.228 de 2016. Recuperado en www.cortesuprema.gov.co

12. LISTA DE ANEXOS

1. ANEXO 1 Fichas Bibliográficas
2. ANEXO 2 Encuestas
3. ANEXO 3 Entrevistas

ANEXO 1: FICHAS BIBLIOGRÁFICAS Y TEXTUALES

FICHA BIBLIOGRÁFICA:

2.1.

Título:

“Acuerdo Plenario sobre proceso de terminación anticipada”

Autores:

Jueces Supremos de lo Penal Corte Suprema de Justicia del Perú.

N° de Páginas: 7

Editorial:

Sitio Web: “Agenda Magna”. agendamagna.wordpress.com

Año de edición: 2008

Palabras claves:

Control de legalidad

Observaciones:

Conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia del Perú establece una doctrina legal a invocar por los Jueces en todas las instancias acerca de la terminación anticipada por consenso como proceso penal especial.

FICHA TEXTUAL:

“Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada”

“La terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada”.

Nº página: 2

Párrafo: 5

Capítulo: II. Fundamentos Jurídicos. 1. “Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada”.

Palabras claves:

Simplificación procesal

Consenso

FICHA TEXTUAL.

“Si es que las partes arriban a un acuerdo - que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad-, corresponde al juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena”.

N° de página: 3

Párrafo: 4

Capítulo: 9

Palabras claves:

Principio de legalidad

Legalidad del acuerdo

Razonabilidad de la pena

Control por el juez

“El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes: 1.) El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación con los hechos objeto de la causa y las circunstancias que rodean al hecho punible”. 2.) “El ámbito de la legalidad de la pena...”. 3.) “La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente- probabilidad delictiva de la comisión de los hechos imputados y de la vinculación con el imputado, y que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad”.

Nº de página: 3

Párrafo: 5

Capítulo: 10

Palabras claves:

Control de legalidad

Tipicidad

Legalidad de la pena

Suficiente actividad indiciaria

Probabilidad delictiva

“Estudio acerca del allanamiento en el proceso penal”

Autor:

Niceto Alcalá- Zamora

Nº de páginas: 122

Editorial: Jurídica Universitaria

Año de edición: 2001 – México D.F.

ISBN-9968-38.082.2

Palabras claves:

Conformidad

Confesión

Acto procesal unilateral

Observaciones:

Analiza la figura del allanamiento a cargos en el proceso penal español y el mexicano, diferenciándola de las figuras de la confesión y la transacción.

“Reconocimiento: Excluye noción de convenio. La conformidad no registra, pues, un convenio (acto bilateral) entre acusado y acusador, sino el reconocimiento (acto unilateral) por parte de aquél de quien la pretensión punitiva de éste se halla plenamente fundada...en definitiva, por tanto, la calificación no es ‘mutuamente aceptada’ sino propuesta, o pretendida, por una parte (la acusadora) y aceptada, eso sí por la otra (la acusada)...

“Descartando pues, que se trate de una transacción, cabe que nos encontremos ante una confesión o ante un allanamiento, o ante una confesión y un allanamiento (página 31).

“Diferencias entre confesión y allanamiento: La confesión se contrae a afirmaciones de hecho; el allanamiento a la pretensión jurídica no implica necesariamente confesión de los hechos afirmados, sino renuncia a continuar la contienda, que de jure se considera reconocimiento de que la pretensión del actor es fundada, aunque de facto pueda responder a otros motivos (páginas 34 y 35).

“El allanamiento es declaración unilateral de voluntad, mientras que la confesión sería una participación de conocimiento, aunque la confesión del derecho español sea, según el propio autor, una figura imprecisa en grado superlativo, que intenta compaginar dos sistemas supuestos: La confesión ‘medio de prueba’, y la confesión ‘acto dispositivo’ (página 36).

“Imperatividad del tribunal: ...cosa distinta es que como problema de lege ferenda se medite la conveniencia de una ampliación de los poderes del tribunal, no para alterar los términos del allanamiento una vez producido, ni mucho menos para que el juzgador presione o induzca a las partes a conducirse en un determinado sentido, sino simplemente para que en cumplimiento de su misión de director del proceso les llame la atención acerca de los errores o descuidos manifiestos que advierta, a fin de evitar que la diligencia se frustre. El tribunal intervendría como consejero objetivo y desinteresado, a manera de cierto modo del papel que desempeña en el acto de conciliación” (página 58).

FICHA BIBLIOGRÁFICA.

4.1.

Título: “Eficiencia y legitimidad del procedimiento abreviado desde el punto de vista de la práctica punitiva del Estado”.

Autora: Bernardita María Barra Wiren

Nº de páginas: 116

Editorial: Consulta web. Enlace

Año de edición: 2010

Palabras claves:

“Denuncia a la satisfacción íntegra de la pretensión de penalidad”

“Adecuación de los fines de la pena”.

Observaciones.

Esta tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, plantea inquietudes frente a las potestades de los Jueces en el control de legalidad a las negociaciones y preacuerdos y a los límites al poder dispositivo de la Fiscalía.

FICHA TEXTUAL.

“En los ordenamientos jurídicos pos-ilustrados el legislador fija una especie de óptimo de pena a perseguir en el tipo, con lo que el fiscal satisface sus pretensiones de mejor forma cuando logra imponer la pena señalada por éste. Ello, además, se da de forma mucho más fuerte en los sistemas que consagran un Ministerio Público sometido al principio de objetividad. Bajo este principio, el Ministerio Público tiene como principal función la correcta aplicación de la ley, con lo que se ve vinculado incluso por las penas específicas que señala el legislador. El principio de objetividad refuerza la posición del legislador frente a la posible discrecionalidad en la definición de la política criminal que podría tener el persecutor”.

Nº de páginas: 51

Párrafo: 2

Capítulo: II- “El procedimiento abreviado como renuncia”.

Palabras claves:

Renuncia

Maximización de eficacia

“Por una parte, el problema versa sobre los hechos que permiten determinar la cuantía de la pena, en la medida que el acuerdo debe tener un sustento fáctico, más allá del mero concierto de las partes. El conflicto se suscita, por lo tanto, en la interrogante de si el fiscal puede incluir elementos que favorezcan al imputado, omitir aquellos que lo perjudican, o bien modificar los antecedentes a su conveniencia” [...]

Nº de página: 19

Párrafo: 5

Capítulo III: “Requisitos de procedencia y elementos del procedimiento abreviado”

“Por otra parte, el conflicto se presenta en las relaciones entre cuantía abstracta de la pena y solicitud concreta del Ministerio Público, pues existe la posibilidad de solicitar penas sumamente bajas respecto de delitos de trascendencia mayor, de tal forma de encuadrarse dentro del procedimiento y así ahorrarse los costos que implica la investigación. Esto podría resultar conflictivo si se asume la culpabilidad como baremo fijo y necesario de la penalidad. Y no solo como un límite. A partir de teorías absolutas de la pena, puede resultar controversial el que por causa de los acuerdos pueda llegarse a una pena inferior a la que establece el tipo. El Alemania una de las consideraciones que deben cumplir los acuerdos se refiere precisamente a esto”.

“Si bien los modelos de persecución en el proceso continental no han acogido plenamente esta forma de funcionamiento debido a aprensiones ante la posibilidad que la excesiva libertad del fiscal pueda traducirse en inseguridad jurídica y en posibles abusos que pueden generarse por el mal uso de esta institución.

N° de página: 4

Párrafo: 1

Introducción

[...] “La discusión que genera la posibilidad y la conveniencia de adoptar instituciones analógicas al plea bargaining no solo es una discusión de identidad histórica de sistemas procesales. En ella se manifiesta de forma indirecta, pero relevante, la comprensión que tiene el Estado de su función frente a la comisión de delitos. Asimismo, en ella se manifiestan de forma directa las limitaciones del Estado en su persecución”.

N° de página: 4

Párrafo: 2

Introducción.

“La segunda cuestión relacionada con el requisito de procedencia abstracta dice relación con la separación de funciones del Estado en la persecución penal en la configuración republicana de una sociedad determinada. Si se asume el principio acusatorio bajo un paradigma clásico de separación de poderes, al efecto le corresponde la función de instrucción y acusación representada por el Ministerio Público a través de pretensiones que fija el legislador. Bajo un modelo tal, el Ministerio Público debiera depender del Ejecutivo y estar limitado por el Legislativo”.

“Sin embargo en nuestro sistema, el Fiscal interfiere en funciones propiamente jurisdiccionales, en la medida que para obtener el acuerdo requiere calificar los hechos y determinar la pena, funciones claramente destinadas al poder judicial. Por lo tanto la determinación de la aplicación del procedimiento abreviado sería una especie de reproceso, pues se retornaría al sistema acusatorio antiguo, donde las labores de investigación y juzgamiento recaían en la misma persona”

“Asumo con un importante sector de la doctrina que la verdad en el proceso es alcanzable en términos de verdad como correspondencia; que alcanzarla es uno de los objetivos del proceso en tanto condición de validez de la sentencia. Especialmente la condenatoria; y que toda verdad es relativa y limitada. Por lo tanto, asumo una concepción cognoscitiva de la prueba, que entiende que su objeto en el proceso es alcanzar la determinación verdadera de los hechos realmente ocurridos, que puedan ser calificados como verdaderos”.

N° de página: 32

Párrafo: 2°.

Capítulo: “Estándar de prueba ‘más allá de duda razonable’ en la ley colombiana

Artículo: Averiguación de la verdad, racionalidad legislativa y Debido Proceso.

Autor: Maximiliano A Aramburo Calle.

Revista Nuevo Foro Penal N° 74- Enero –Junio de 2010, Universidad de Eafit- Medellín.

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo?. 60

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 5
 - b.) Antes de la formulación de acusación 2
 - c.) En la fase de la causa o juicio 3
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados?. 0
4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos?. por Seguridad
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. si
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. si
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. si
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. si
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. si
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. si
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras si
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. si

GRACIAS!

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

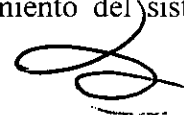
El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal



acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 3

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 1
 - b.) Antes de la formulación de acusación 1
 - c.) En la fase de la causa o juicio 1
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 1

4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? Afecto legalidad

5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. _____
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. Si
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. _____
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. Si
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. Si
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____
6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:
- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. X

GRACIAS!.

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 5

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 3
 - b.) Antes de la formulación de acusación 7
 - c.) En la fase de la causa o juicio —
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 0

- 4.Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? —

5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. _____ ✓
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____ ✓
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. _____ ✓
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____ ✓
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. _____ ✓
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____ ✓
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____ ✓
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. _____ ✓

GRACIAS!.

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 3

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 5
 - b.) Antes de la formulación de acusación 4
 - c.) En la fase de la causa o juicio _____
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral _____

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 4

4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? No adecuada tipica

5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. X S /
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. X S /
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. X S /
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. X S /
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. X S /
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____

b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras X

d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsu de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. X

GRACIAS!

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 1

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 1
 - b.) Antes de la formulación de acusación _____
 - c.) En la fase de la causa o juicio _____
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral _____

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 0

- 4.Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? su ilegalidad

5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. _____
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. Si
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. Si
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. Si
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: c, e, f.

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. Si
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsa de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. _____

GRACIAS!.

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 2

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 1
 - b.) Antes de la formulación de acusación 2
 - c.) En la fase de la causa o juicio 0
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 1
4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? Violación ppio legalidad
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. SI
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. SI
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. SI
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. SI
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. SI
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: Todas se deben verificar

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. NO
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras SI
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. SI

GRACIAS!.

Doctor Gabriel Roldan Restrepo
Juzgado 20 perul Cto piso 23
Para tests de grado

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo?. Actualmente sólo 2.
2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 1
 - b.) Antes de la formulación de acusación 1
 - c.) En la fase de la causa o juicio 0
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0
3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados?. 1
4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos?. No se desvirtúa p. pio
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:
inocencia; reconocimiento doble rebaja

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. X
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. _____
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. X
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. X
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: a, e, f.

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. X
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras X
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. X

GRACIAS!

EXPLICACIÓN →

La pregunta 6 por la forma como se plantea admite diferentes respuestas según sea el caso así.

1) Hipótesis: Allanamiento a cargos en el que se prescinde de una circunstancia específica agravante. La respuesta es A.

Pero si es aceptación de cargos vía preacuerdo en el que se prescinde de esa circunstancia, la respuesta es: b.

2) Hipótesis: si el allanamiento o preacuerdo deja "encubiertos a otros autores". La respuesta es d.

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 1 ✓
2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 1
 - b.) Antes de la formulación de acusación 1
 - c.) En la fase de la causa o juicio 0
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 1
3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 1 ✓
4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? Tip y legalidad delitos y penas. - Violación estricta ✓
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. _____
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. _____
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. _____
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.

~~g.)~~ Varias de las anteriores – Explique cuáles: b - d - e - f.

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. X

GRACIAS!.

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo?. 5

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 4
 - b.) Antes de la formulación de acusación 4
 - c.) En la fase de la causa o juicio 1
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 1

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados?. 3
4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos?. Falta de elementos probatorios que respalden lo acordado.
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. SI
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. SI
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. SI
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. SI
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. SI
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. SI
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. X

b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____

d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. X

GRACIAS!

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo?. 2

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 02
 - b.) Antes de la formulación de acusación 2
 - c.) En la fase de la causa o juicio 0
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral _____

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados?. 1
4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos?. Legalidad.
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. NO
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. Si
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. NO
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. Si
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. Si
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. NO
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. NO
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras Si
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. Si

GRACIAS!

15.24.

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 6

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 2
 - b.) Antes de la formulación de acusación 4
 - c.) En la fase de la causa o juicio 0
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 1

4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? Violación ppio Legalidad

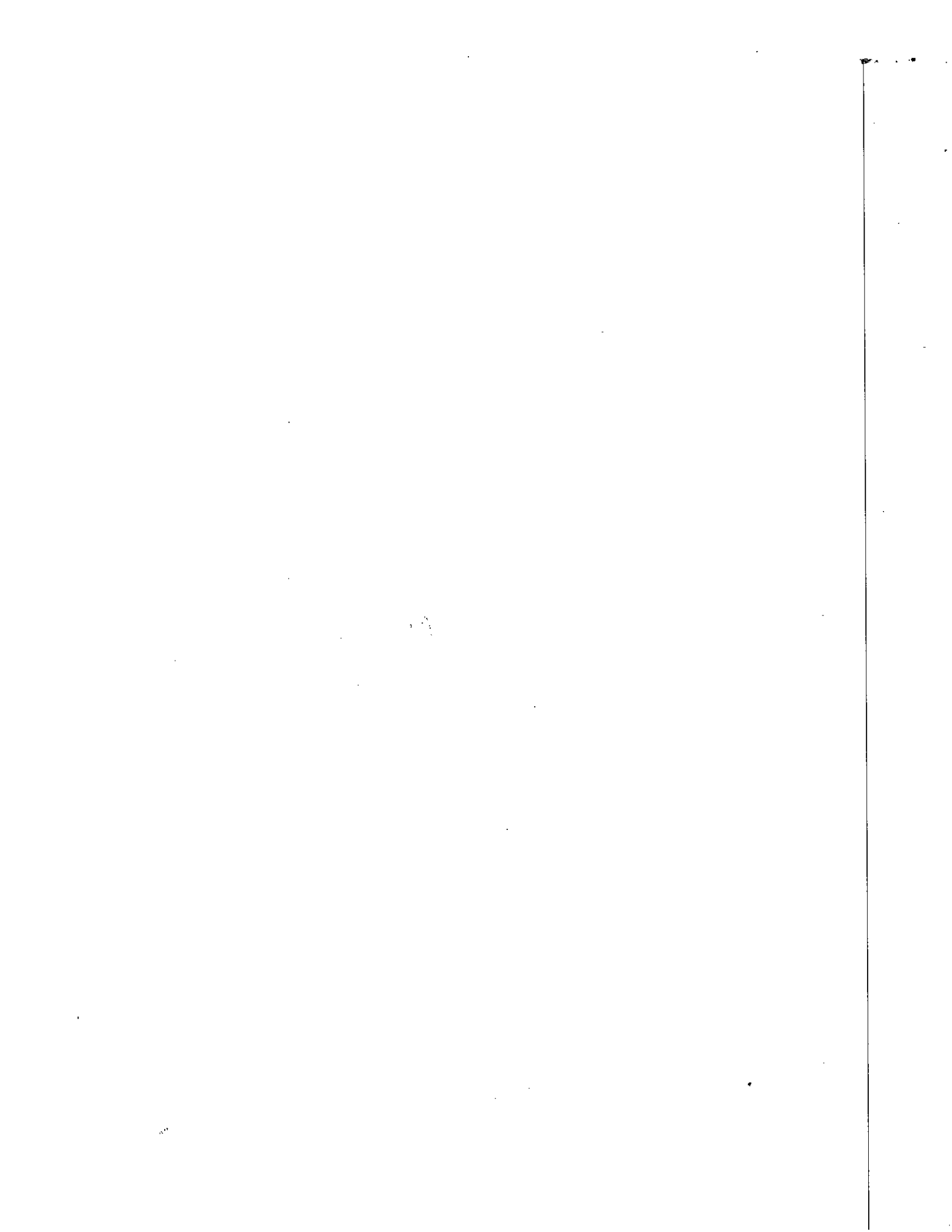
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. _____
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. X
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. _____
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. X

GRACIAS!.



ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

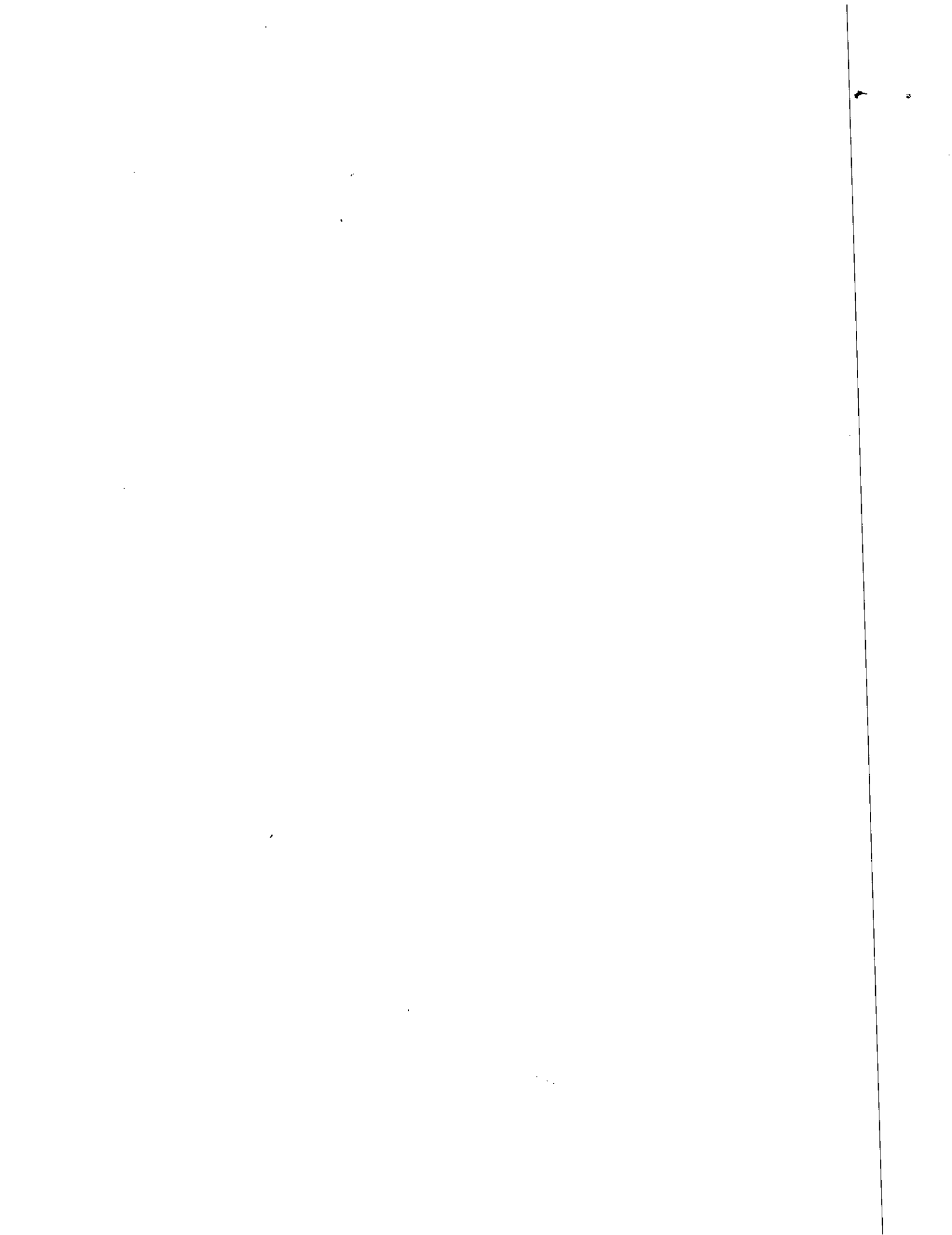
El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal



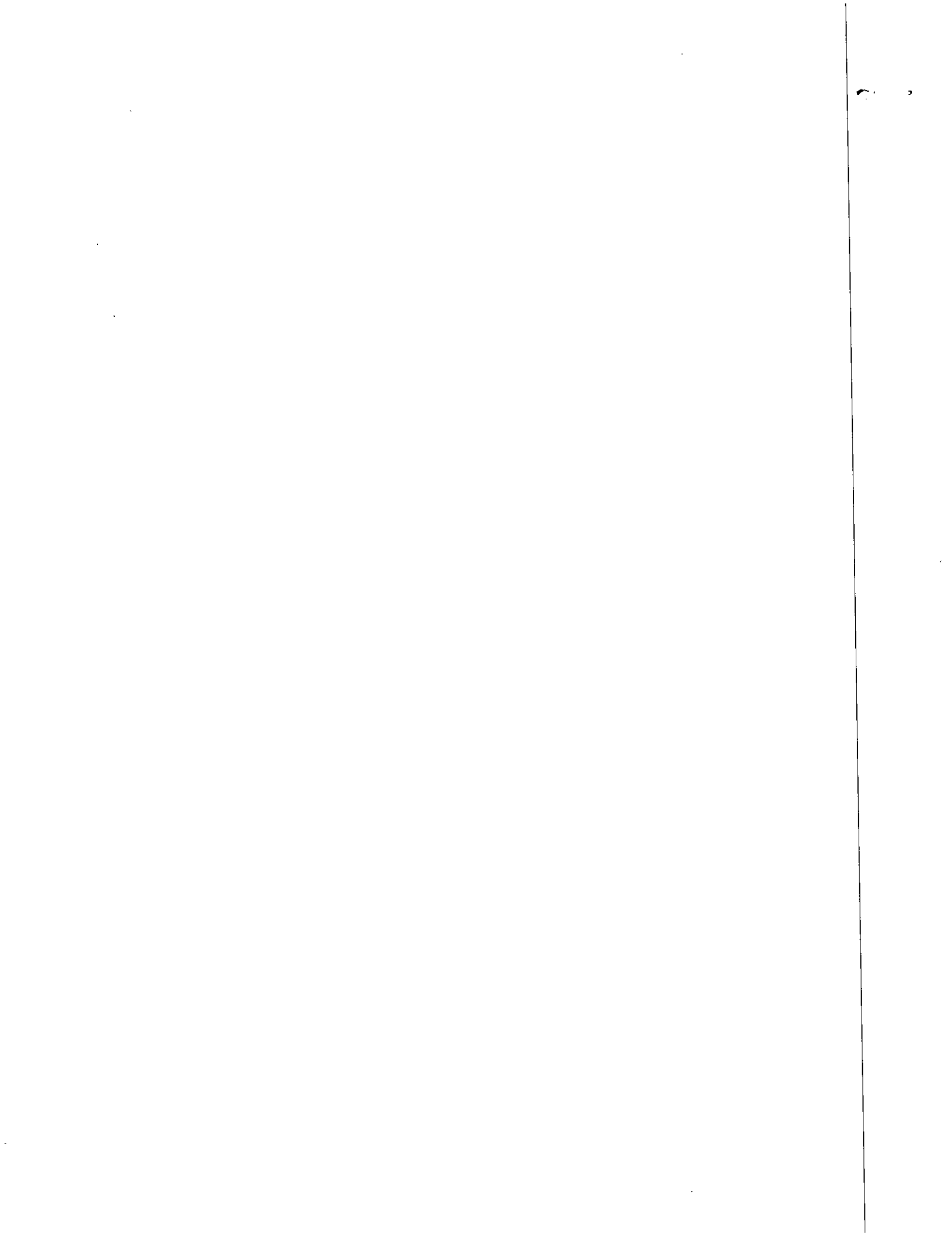
acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo?. 1

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 8
 - b.) Antes de la formulación de acusación 0
 - c.) En la fase de la causa o juicio 1
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 1

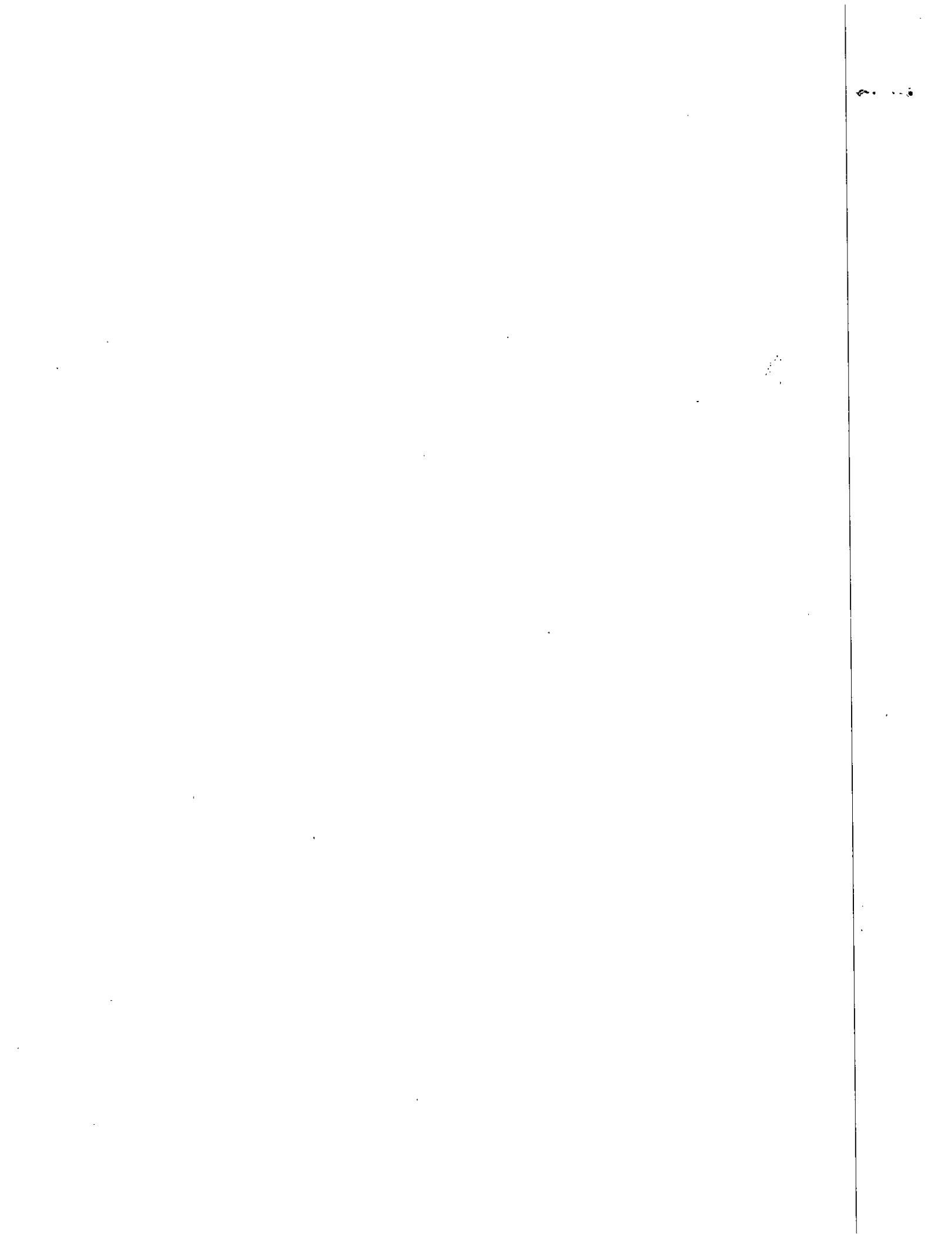
3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados?. 0
4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos?. N. A.
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:



- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. ✓
 - b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. ✓
 - c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. ✓
 - d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. ✓
 - e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. ✓
 - f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. ✓
 - g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: d) probabilidad verdad
e) ppio legalidad delito y pena f) Fin Justicia
6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras ✓
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsa de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. _____

GRACIAS!.



ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

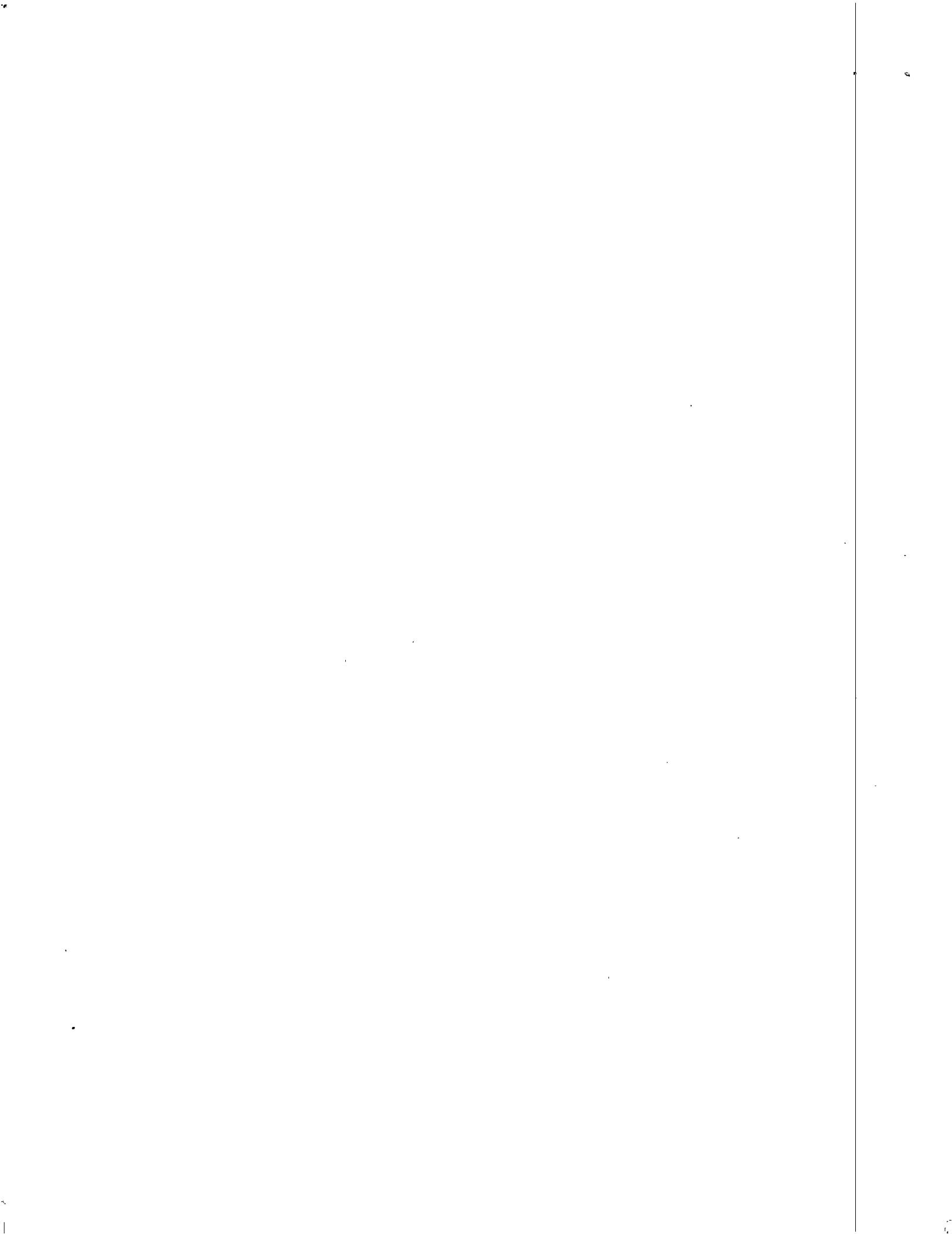
El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal



acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

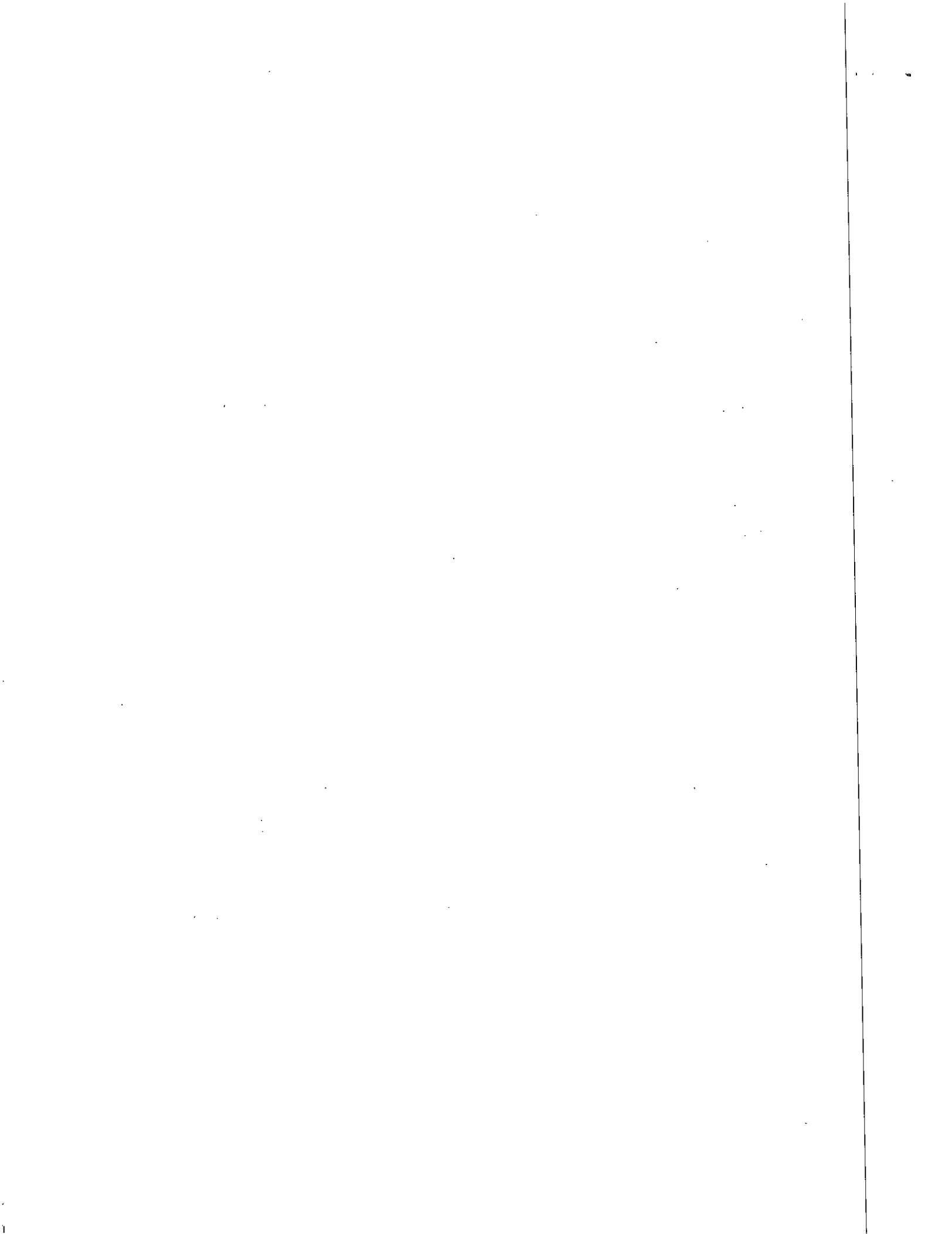
1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo?. 60%

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 7
 - b.) Antes de la formulación de acusación _____
 - c.) En la fase de la causa o juicio _____
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral _____

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados?. 1

4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos?. principio de legalidad

5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de: SI

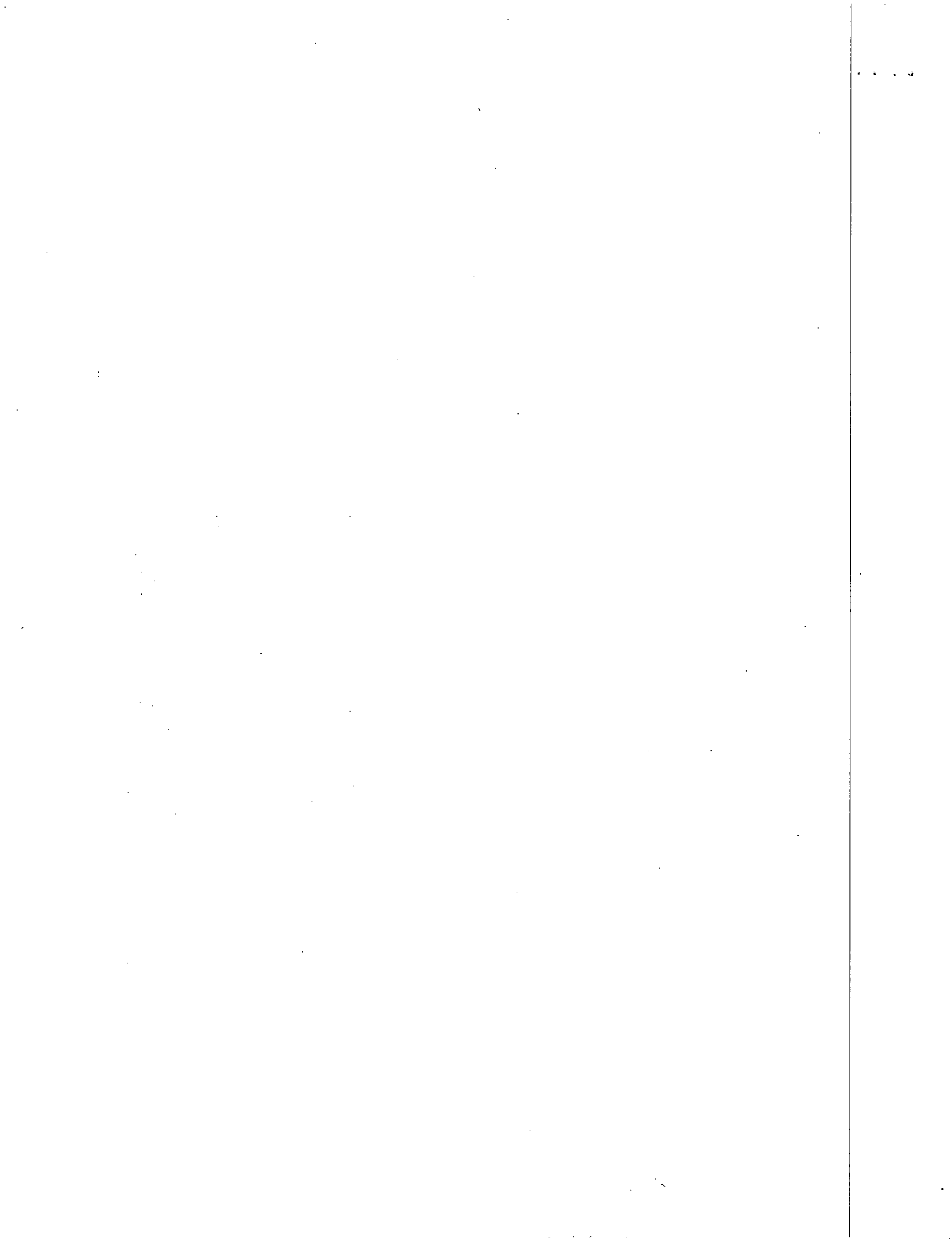


- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. SI
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. _____
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. _____
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta: *Compulsa copias al otro autor*

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. SI
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras SI
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsu de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. SI

GRACIAS!.



ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

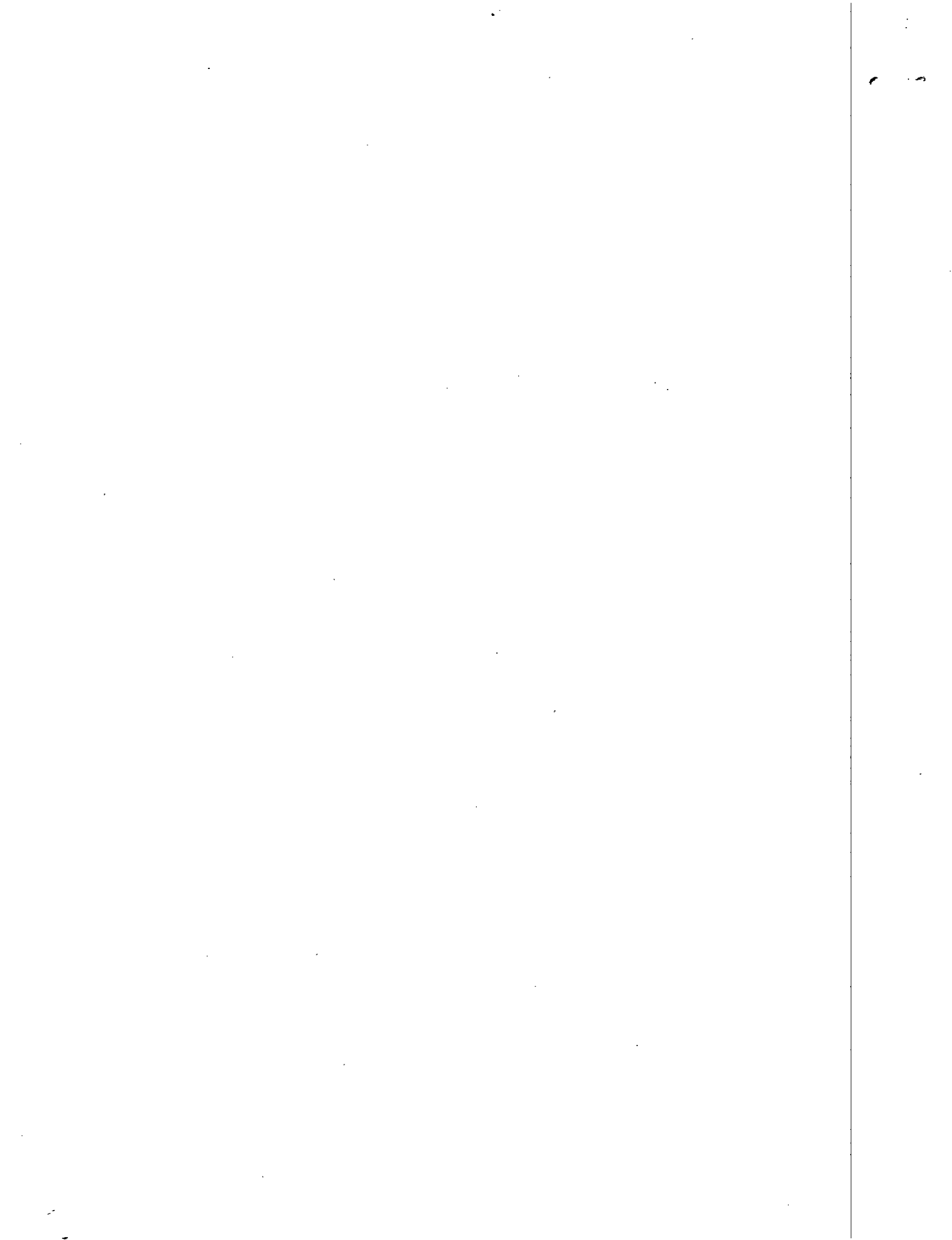
El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal



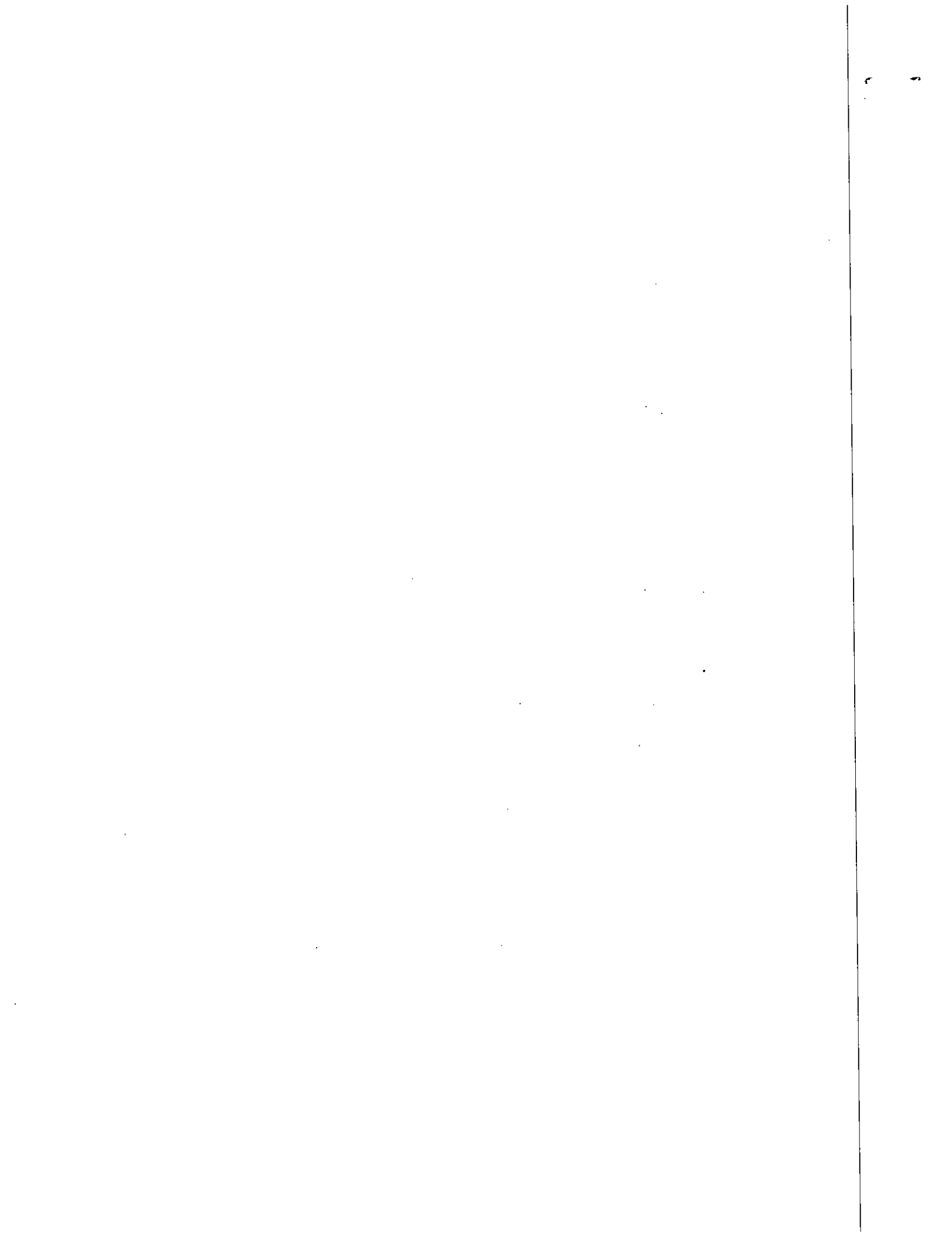
acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo?. 5

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 6
 - b.) Antes de la formulación de acusación 3
 - c.) En la fase de la causa o juicio 1
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados?. 1
4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos?. tasación de pena.
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:



- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. _____
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. _____
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. Si
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. Si
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: d) y e); porque b) y c) están contenidas en la e)

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. Si

GRACIAS!.

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

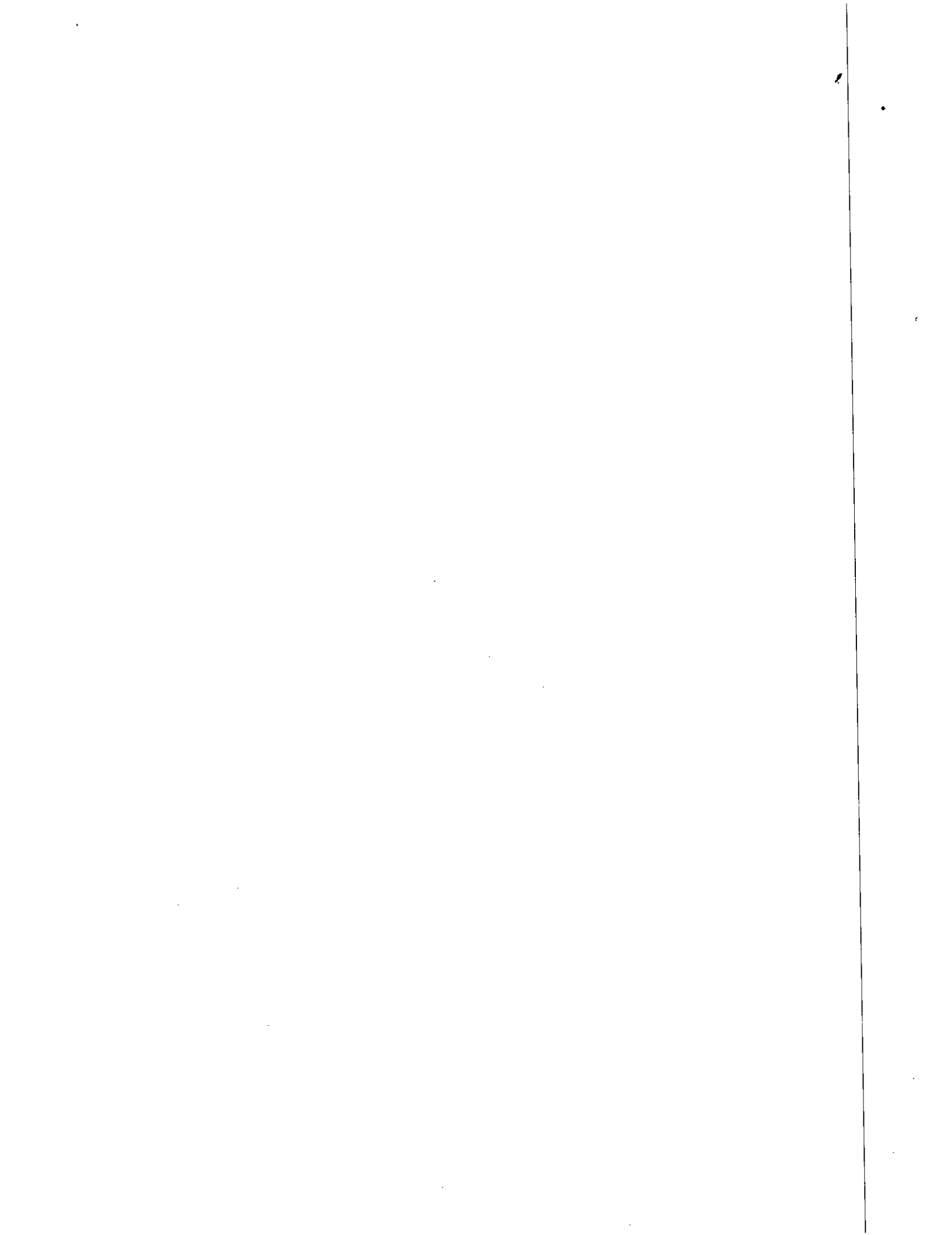
El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal



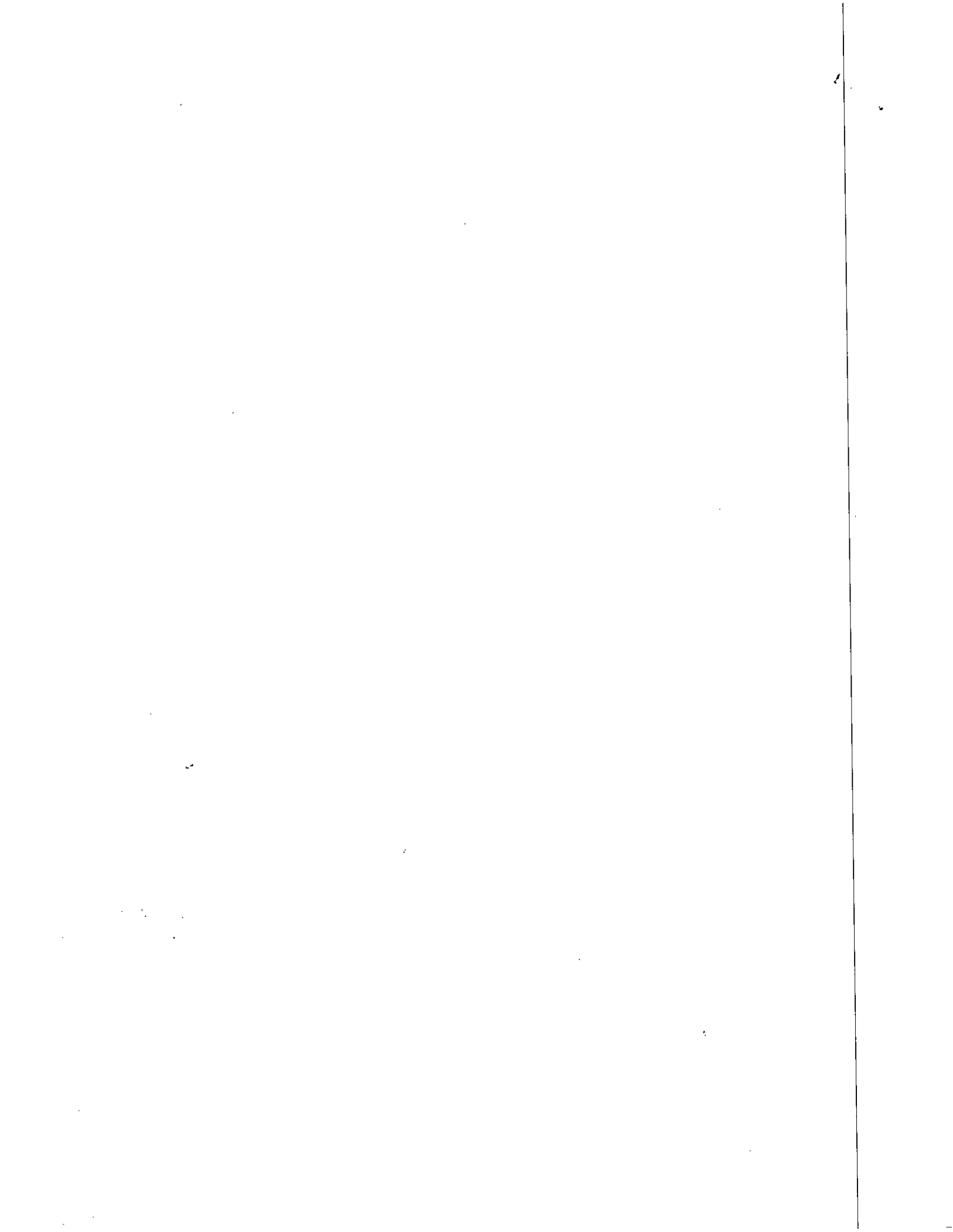
acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 4

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 2
 - b.) Antes de la formulación de acusación 8
 - c.) En la fase de la causa o juicio 2
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 1
- 4.Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? NO CUMPLE REQUISITOS LEGALES
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:



- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. SI
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. SI
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. SI
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. SI
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. SI
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: TODAS SE VERIFICAN

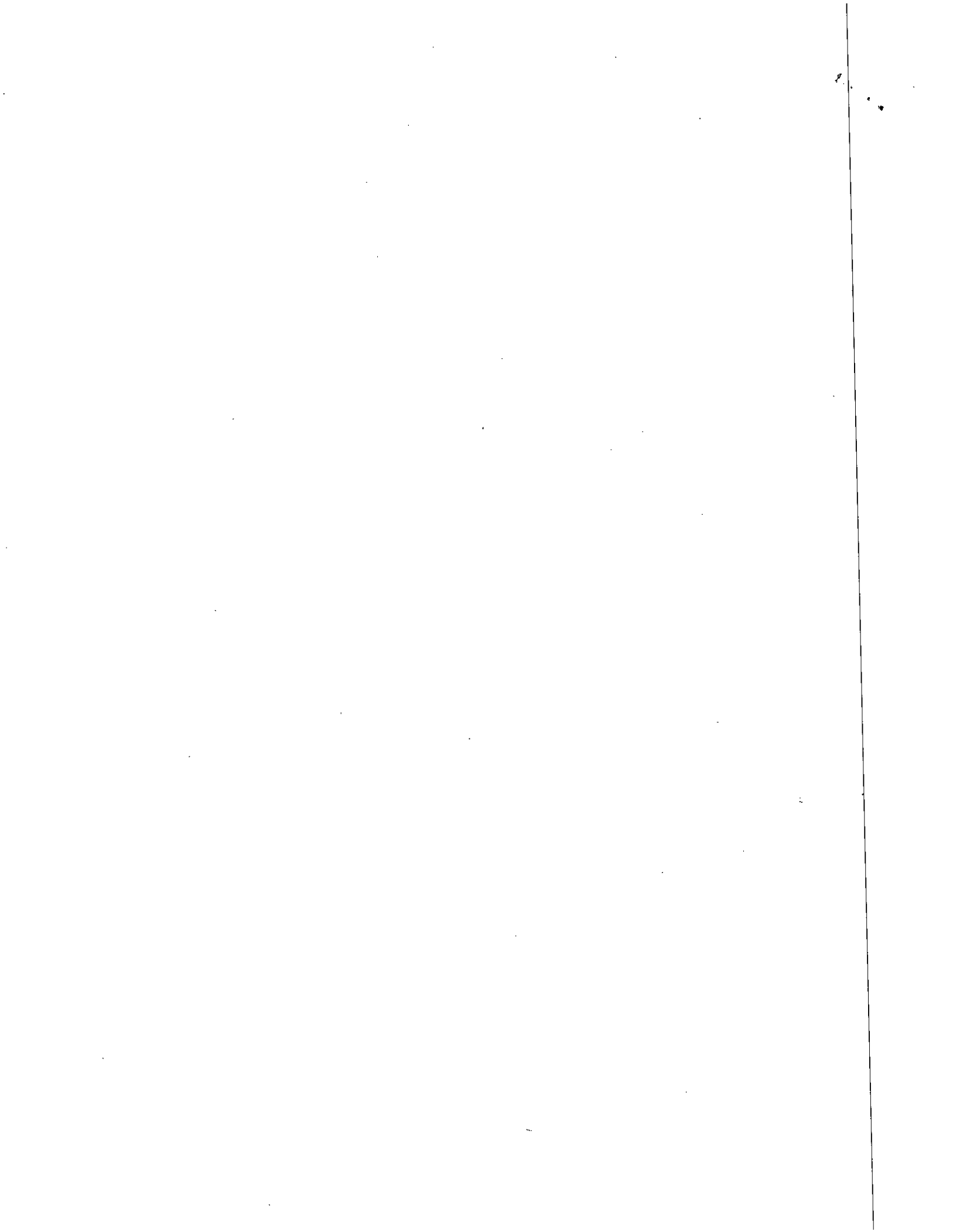
6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. X

b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____

d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsa de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. _____

GRACIAS!.



Dr. Gabriel Roldán
Jus 20
P. Cto Medellín

4 P. CTO

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

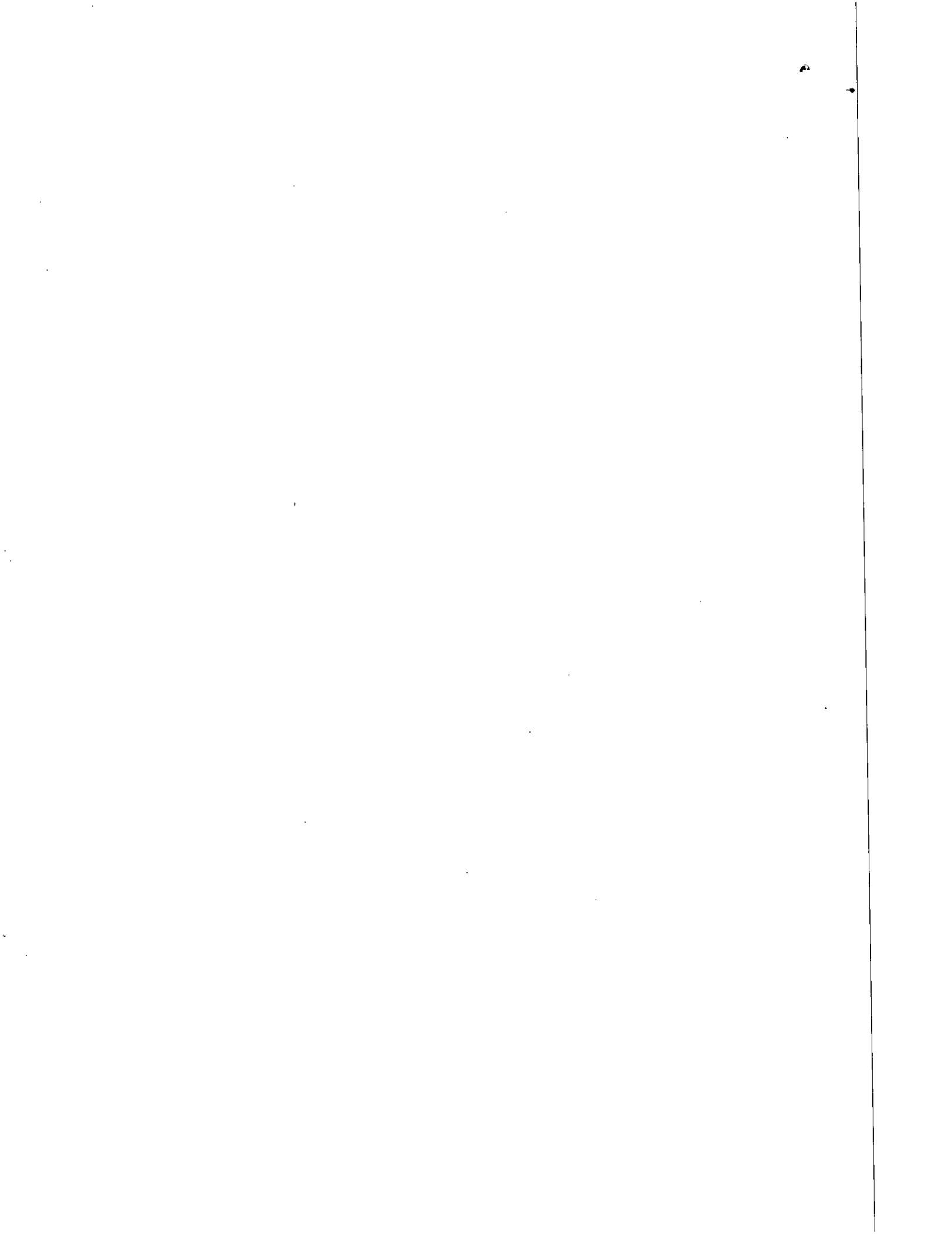
El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal



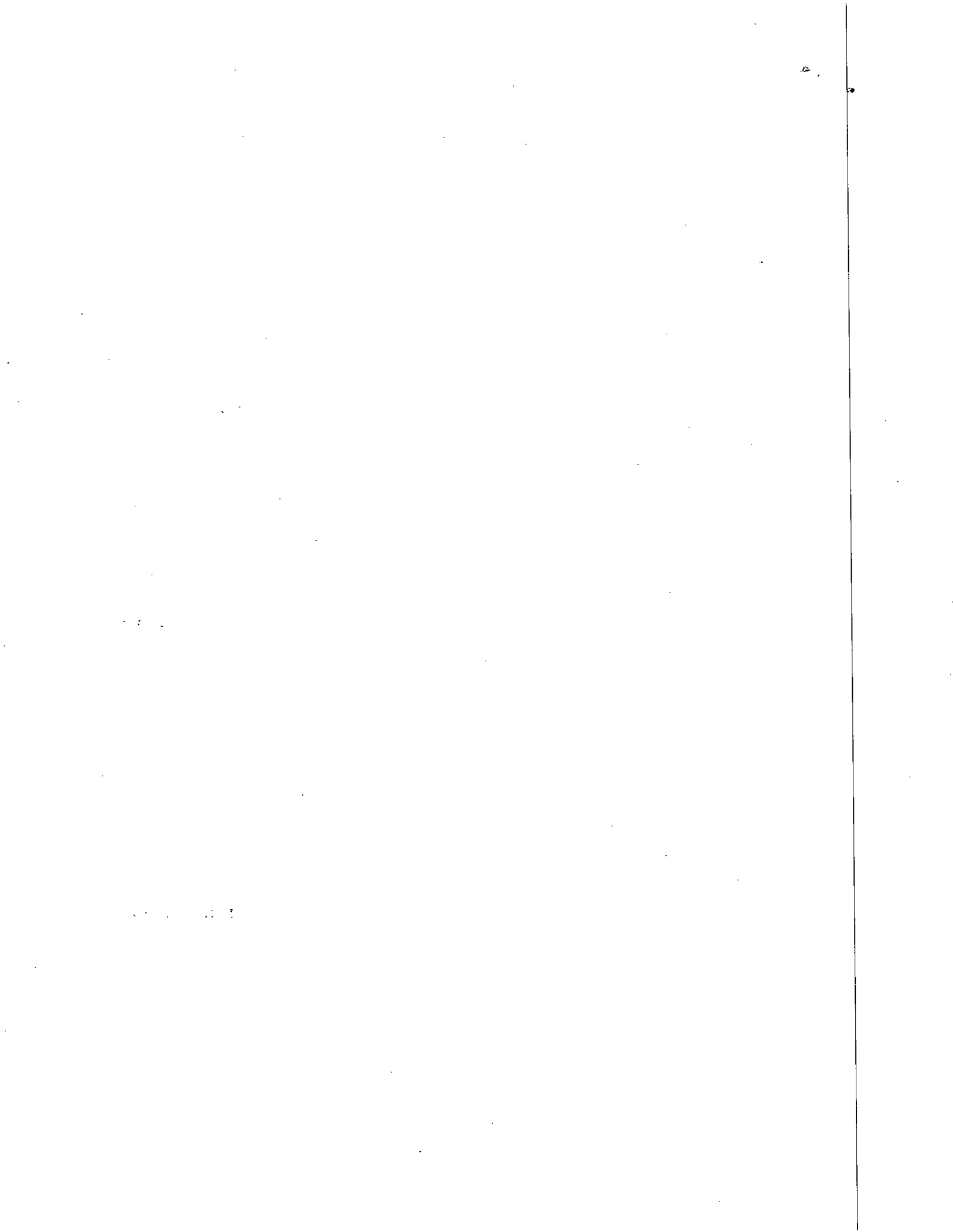
acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? tres

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 1
 - b.) Antes de la formulación de acusación 1
 - c.) En la fase de la causa o juicio 1
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 1
- 4.Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? debk rebaja.
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

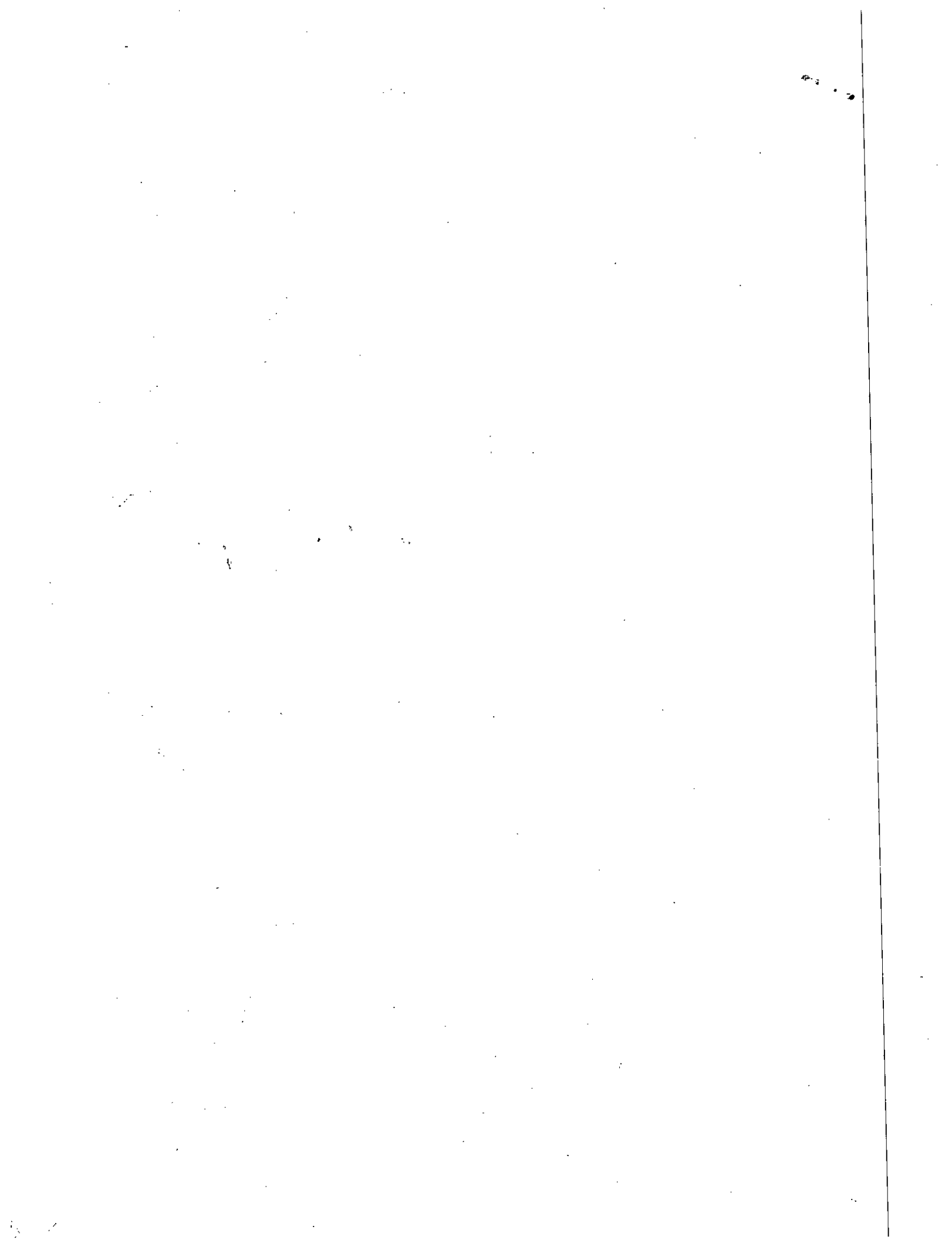


- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. _____
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. X
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. _____
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. X
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: la c y la f.

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. X

GRACIAS!.



ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

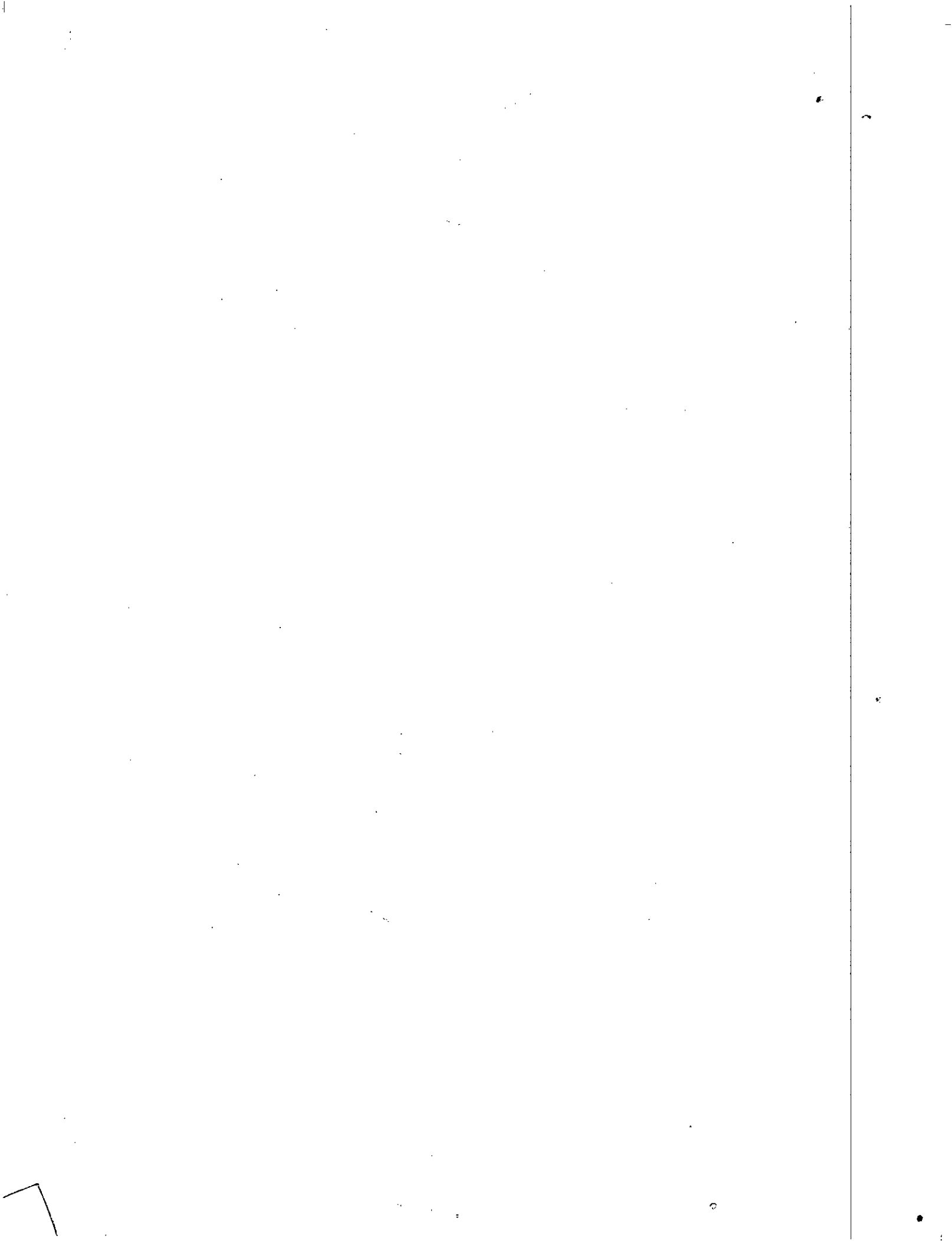
El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal



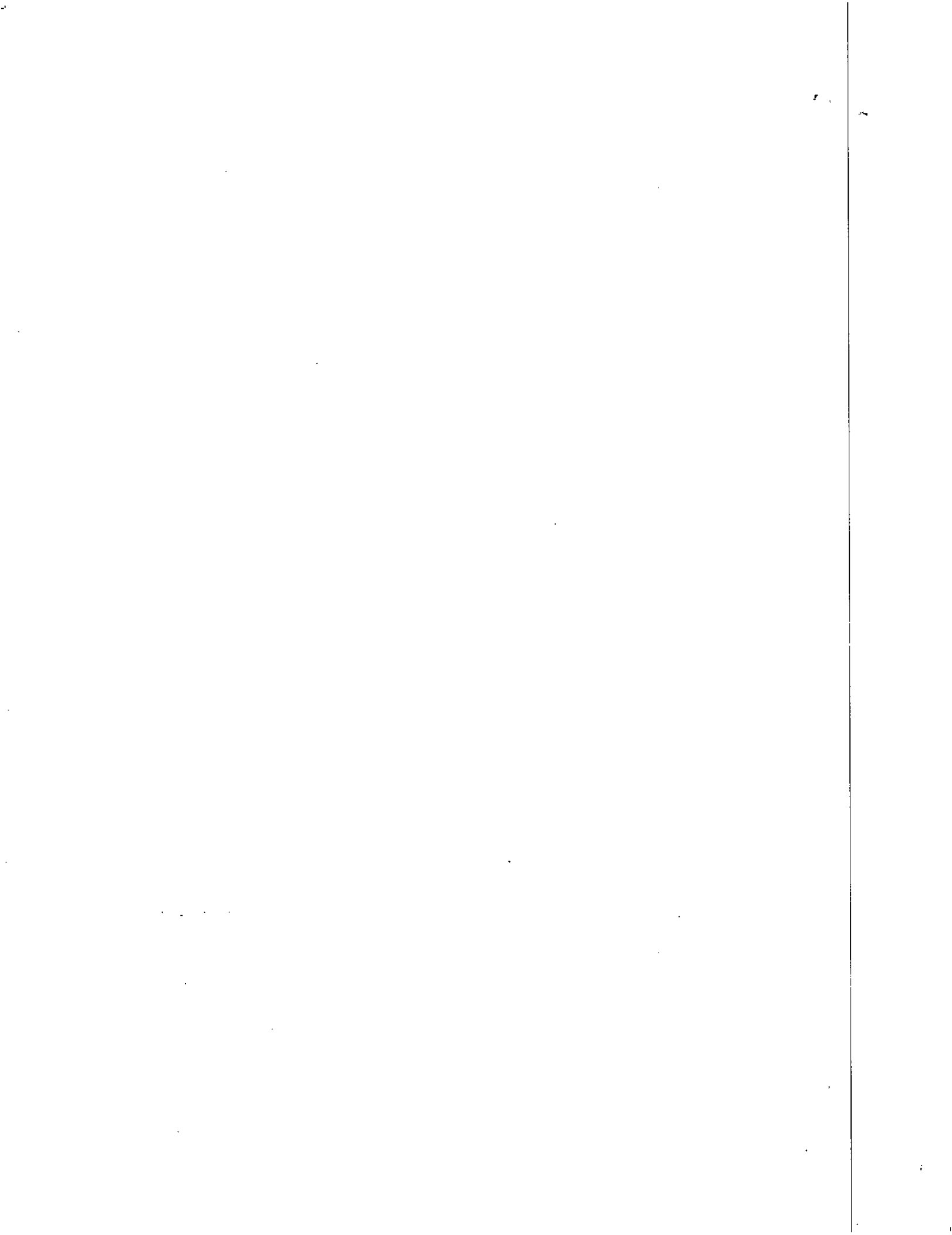
acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 4

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 2
 - b.) Antes de la formulación de acusación 3
 - c.) En la fase de la causa o juicio 4
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 1

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? -0-
- 4.Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? ilegalidad
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:



- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. Si
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. Si
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. Si
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. Si
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. Si
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

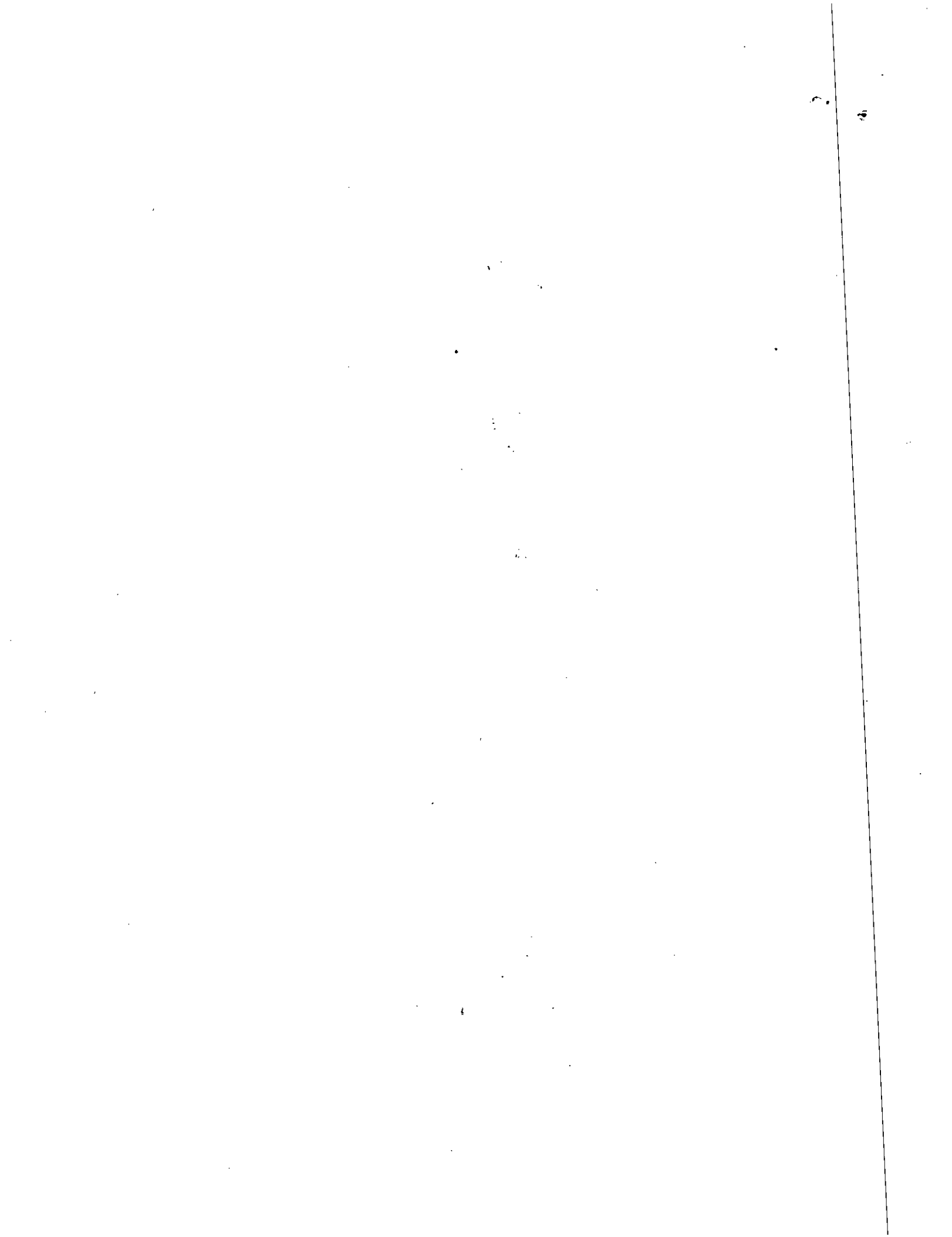
6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. NO

b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras Si

d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. Si

GRACIAS!.



ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

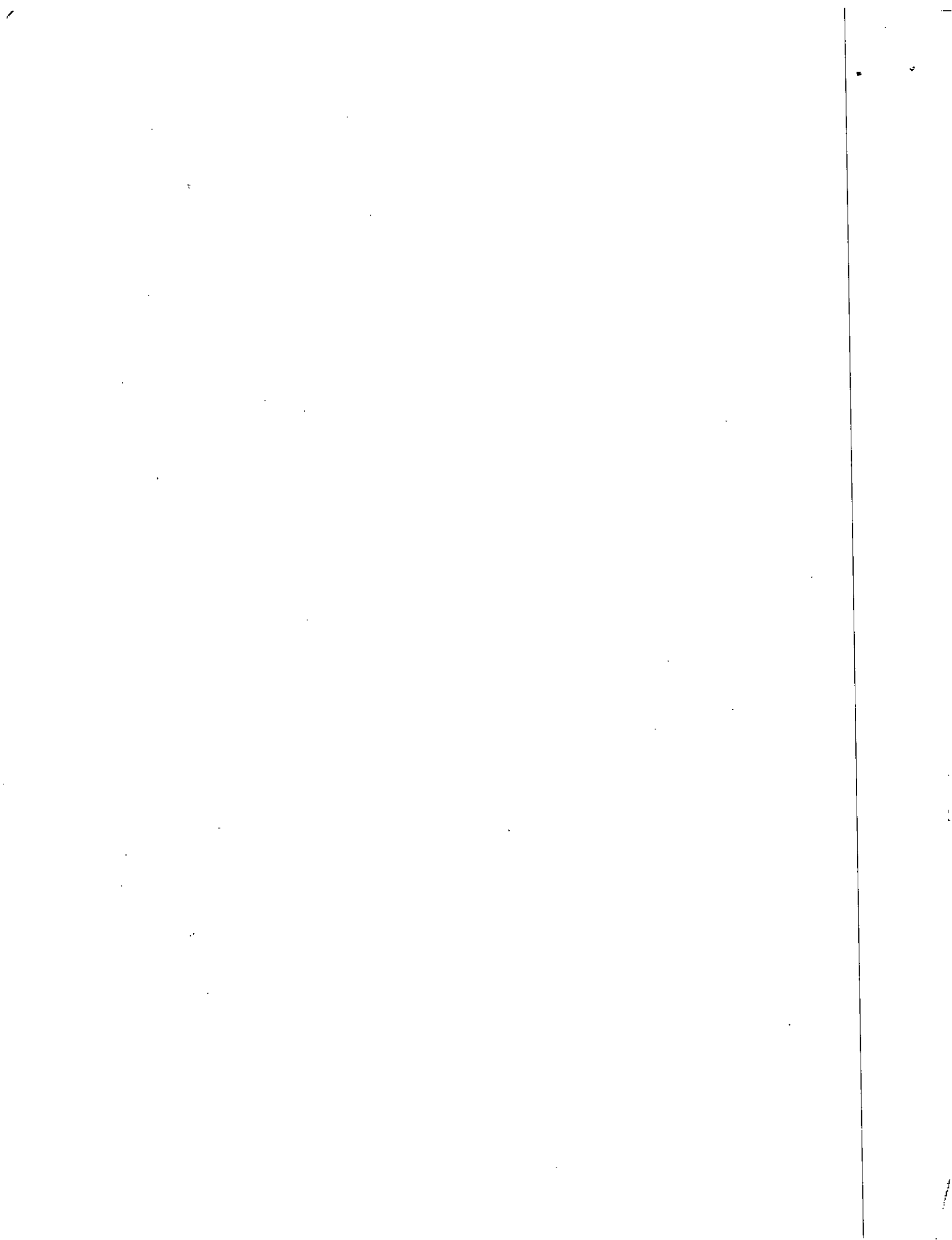
El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal



acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

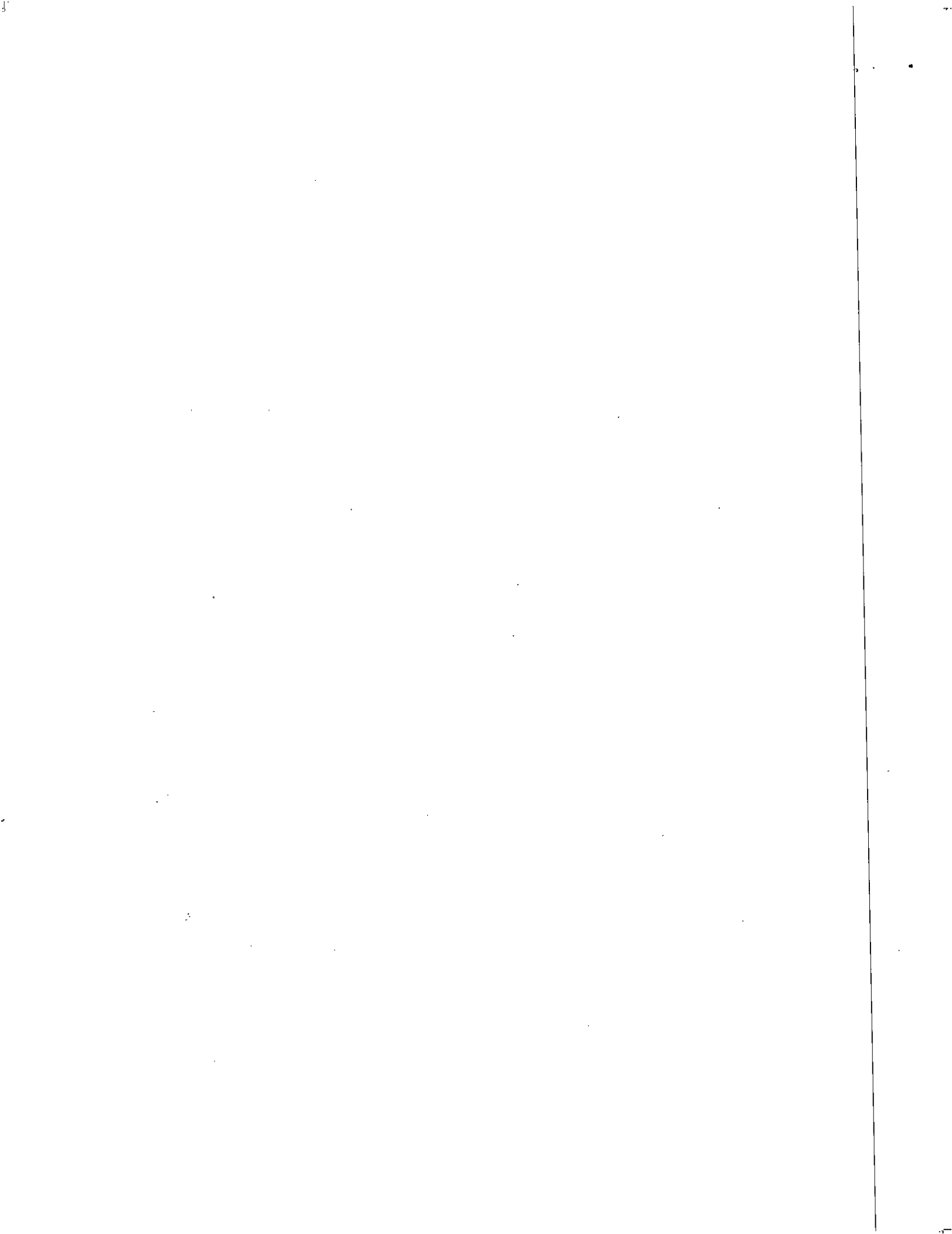
1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 3

2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 1
 - b.) Antes de la formulación de acusación 1
 - c.) En la fase de la causa o juicio 1
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0

3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 1

- 4.Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? la fiscalía otorga doble beneficio

5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

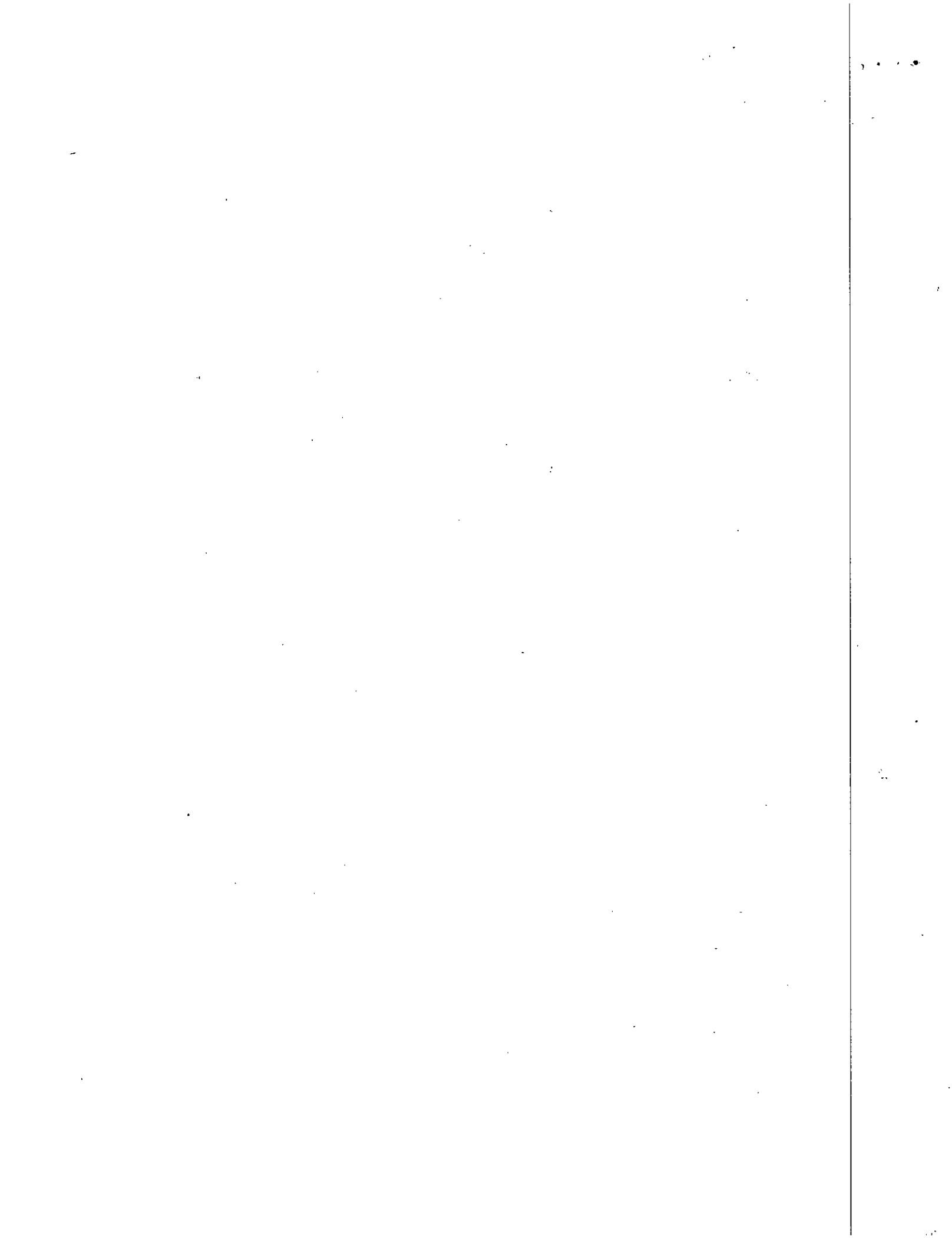


- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. X
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. _____
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. _____
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

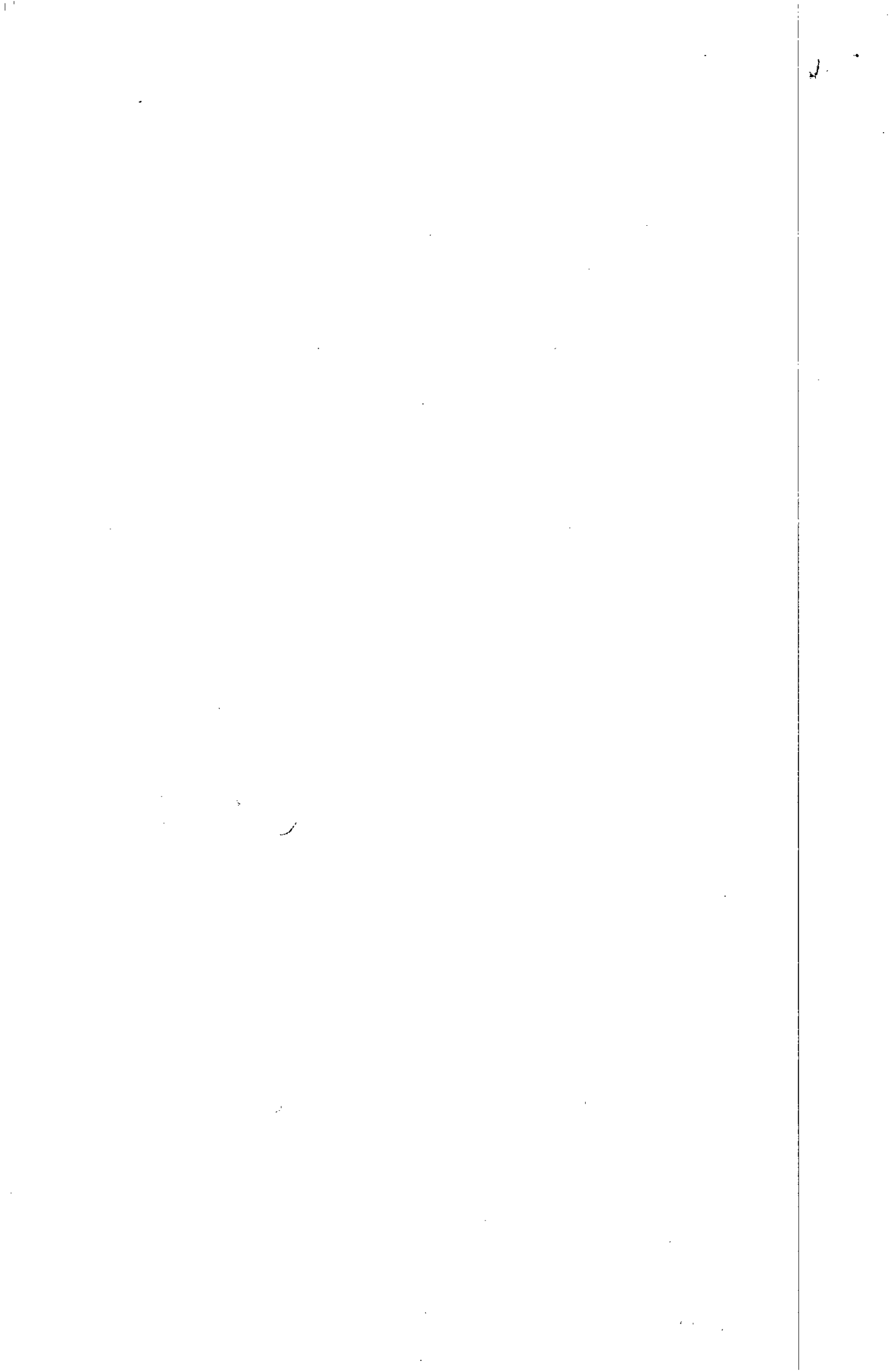
- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras X sin embargo se dejan las circunstancias a las que haya lugar.
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. _____

GRACIAS!.



CUESTIONARIO:

8. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo?. 2.
9. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
- a.) Luego de la imputación 1
- b.) Antes de la formulación de acusación 1
- c.) En la fase de la causa o juicio _____
- d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral _____
10. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados?. 0
11. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos?. Normalmente apruebo.
12. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:
- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. NO
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. NO
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. NO
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. NO
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. SI



f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. Si

g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: verifico d) e) f).

13. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. NO

b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras Si

d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. Si

GRACIAS!

No 19 penal Estricto.

CUESTIONARIO:

8. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo?. dos
9. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
- a.) Luego de la imputación 1
- b.) Antes de la formulación de acusación 1
- c.) En la fase de la causa o juicio 0
- d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0
10. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados?. 0
- 11.Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos?. _____
12. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:
- a.) Conocimiento más allá de toda ~~duda~~ sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. X
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. _____
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. _____
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. _____
- e.) Que halle ~~razonables~~ la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. X

4

f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.

g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

13. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____

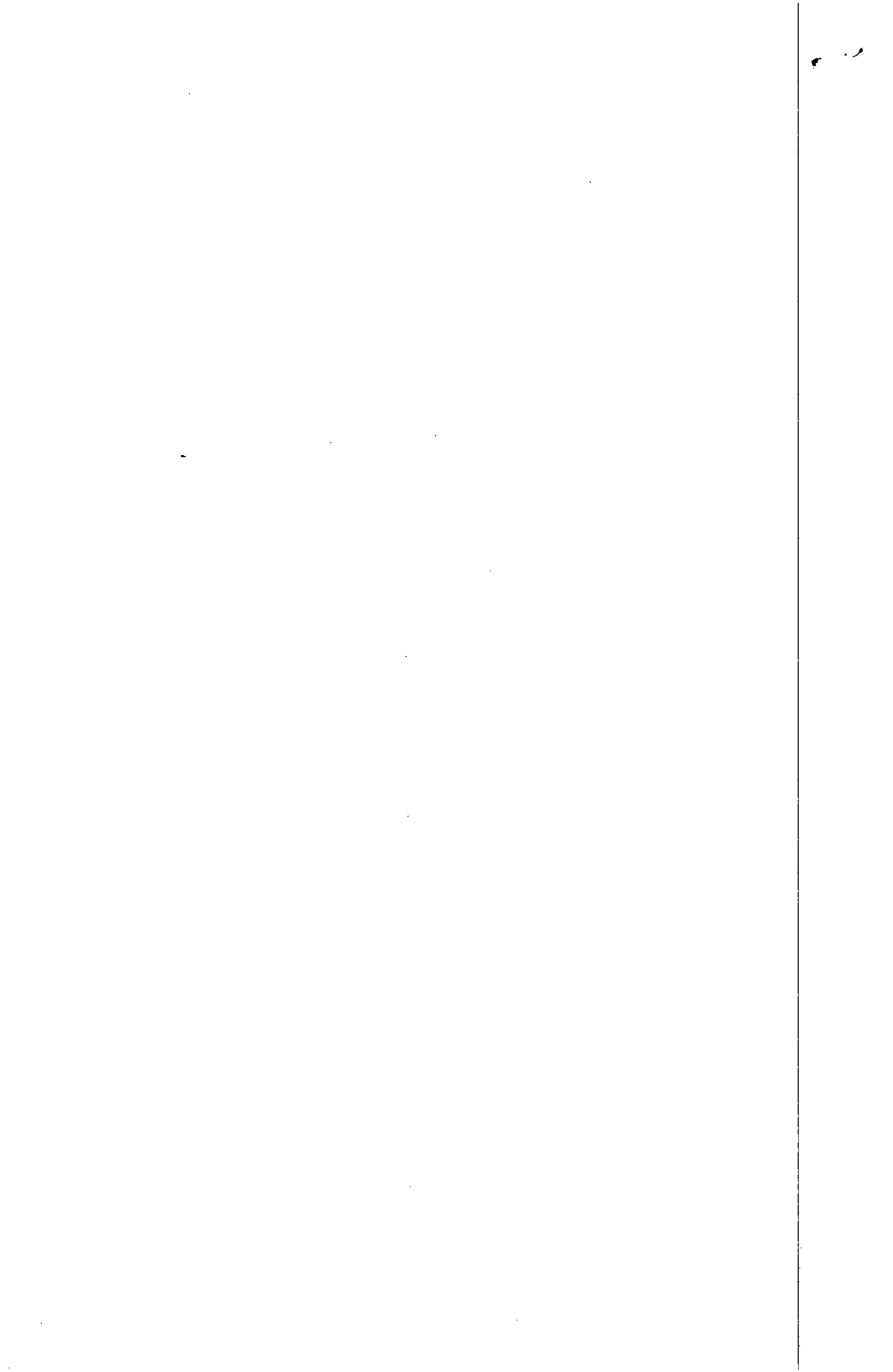
b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para ~~negociar~~ aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras _____

d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsa de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. _____

GRACIAS!.

CUESTIONARIO:

8. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 5
9. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
- a.) Luego de la imputación 1
 - b.) Antes de la formulación de acusación 2
 - c.) En la fase de la causa o juicio 2
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0
10. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 1
- 11.Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? VIOLACION PRINCIPIO LEGALIDAD EN LA TASACION POSITIVA.
12. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:
- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. SÍ
 - b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. SÍ
 - c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. SÍ
 - d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. SÍ
 - e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. SÍ



f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. Si

g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

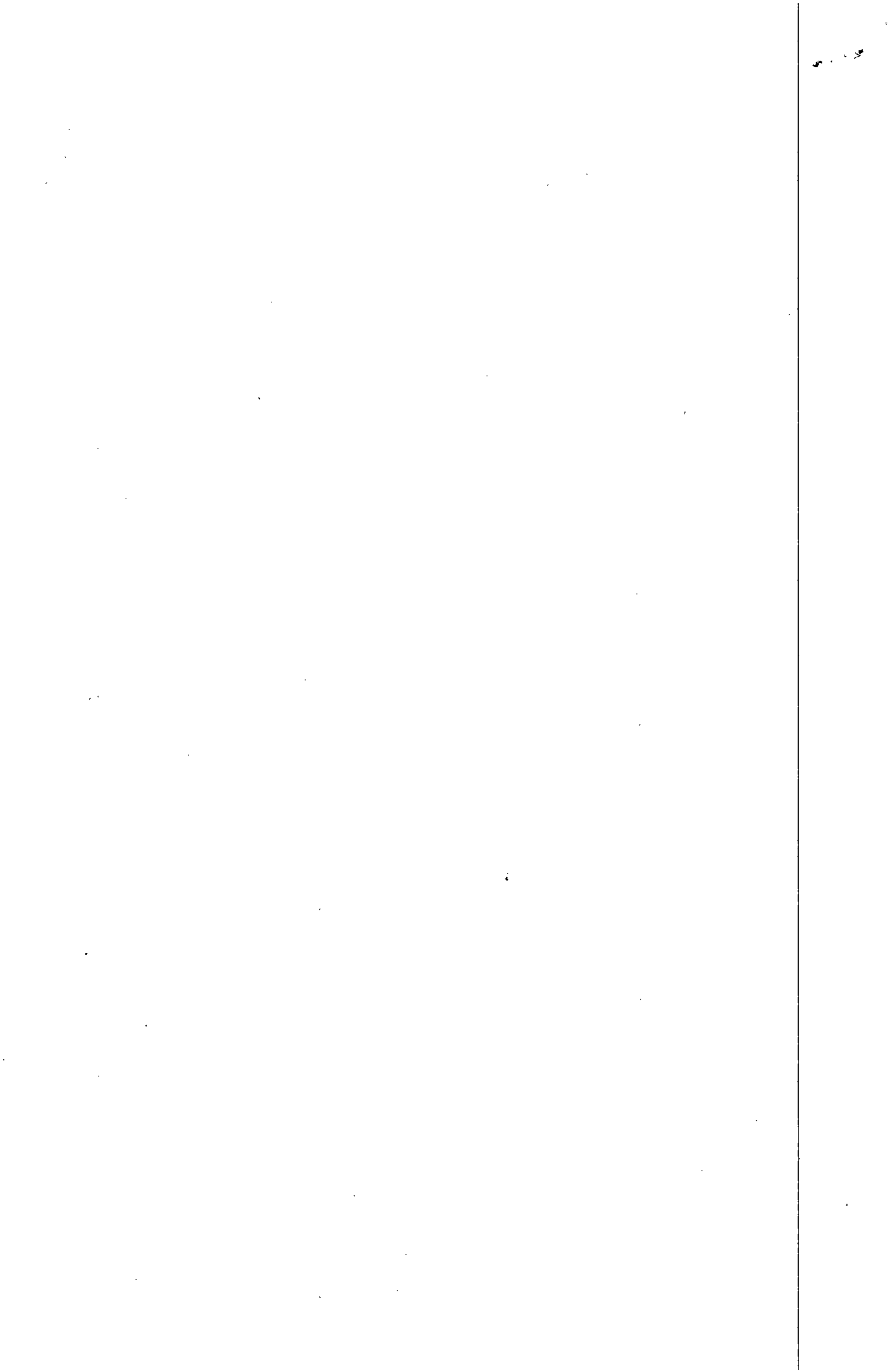
13. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

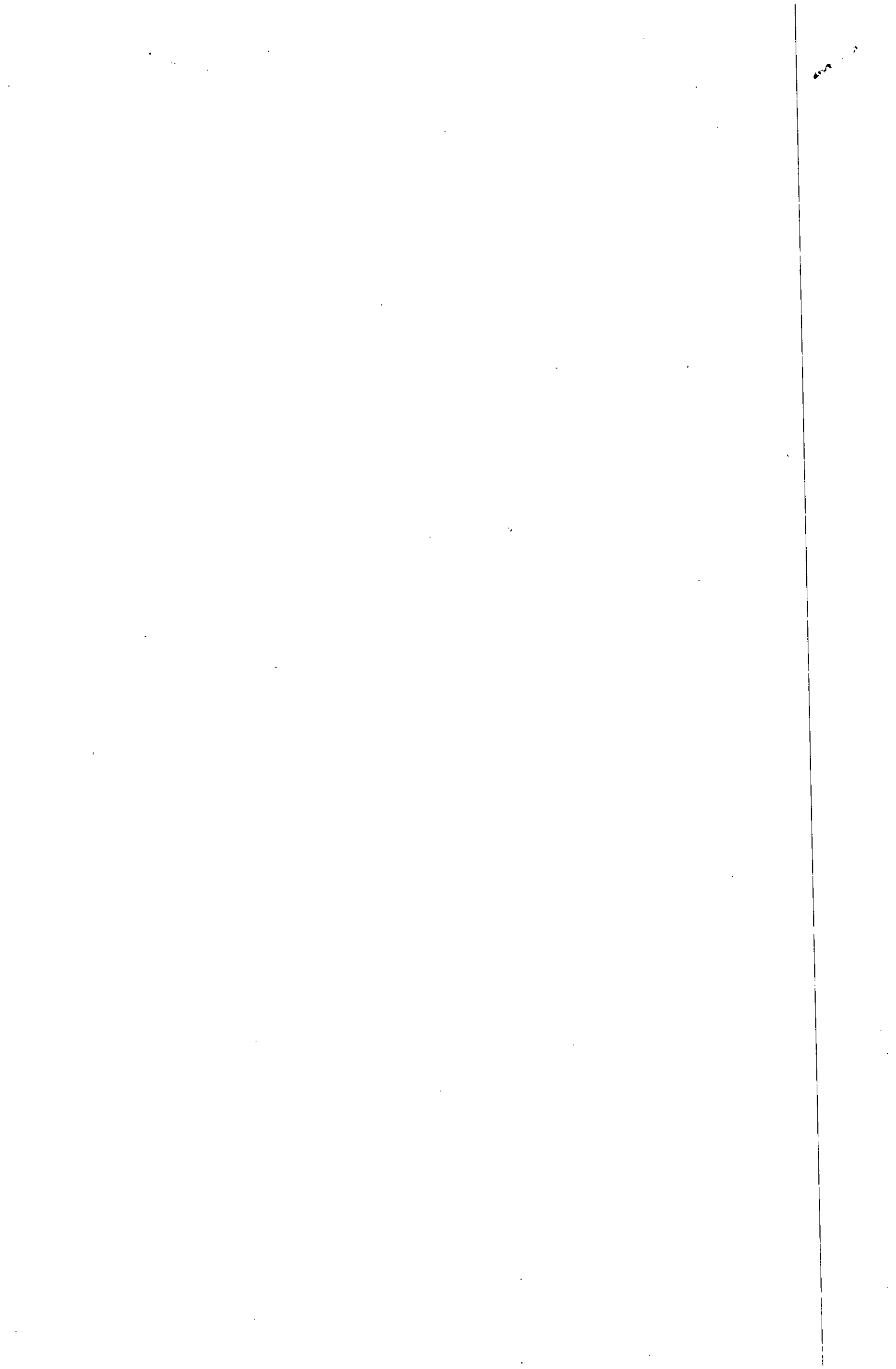
a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. No

b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras No

d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsa de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. Si

GRACIAS!





f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio.

g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: _____

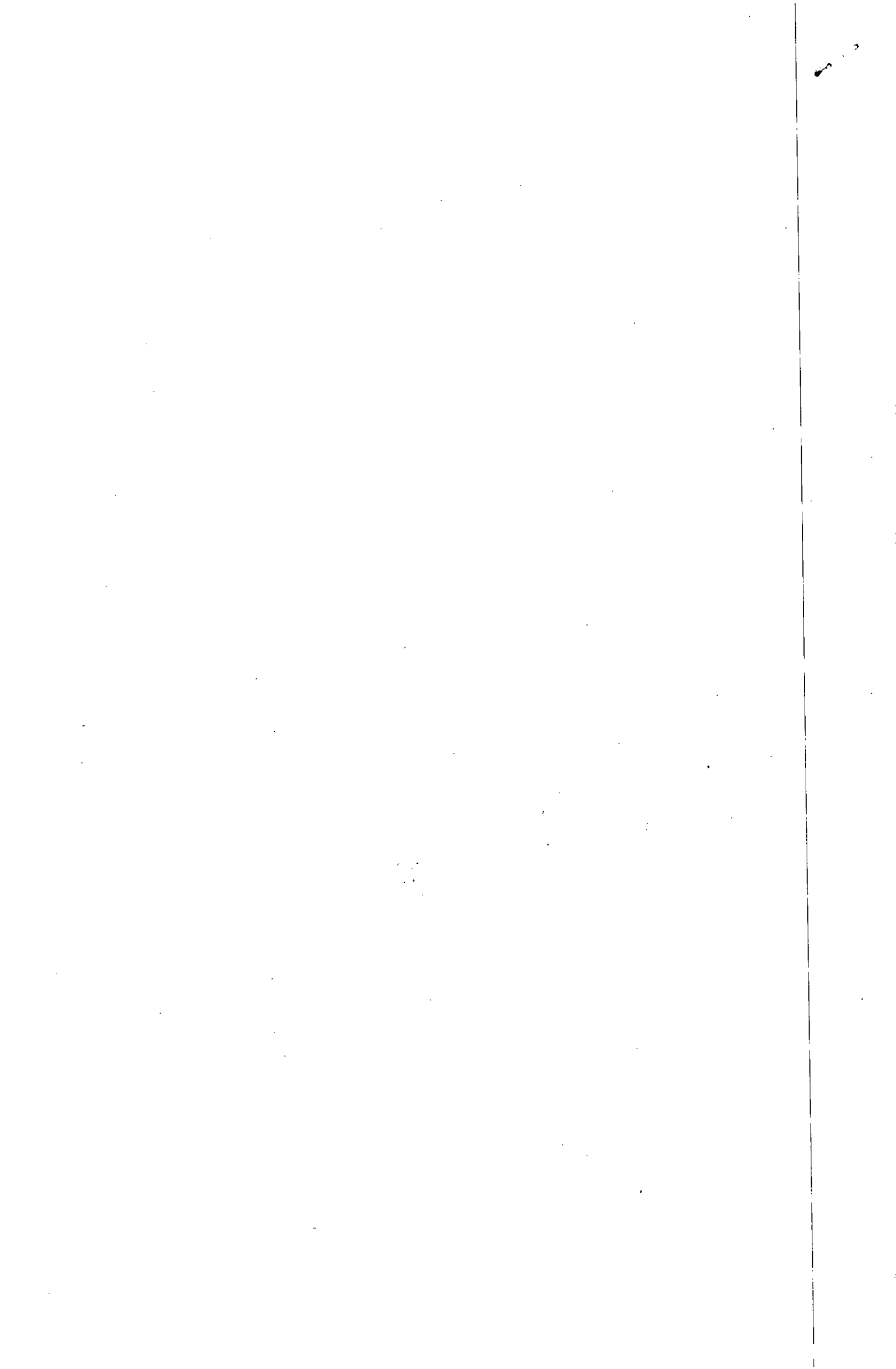
13. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____

b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras. X

d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. X

GRACIAS!.



2020

ESTÁNDAR PROBATORIO EN SENTENCIA ANTICIPADA POR PREACUERDO Y ALLANAMIENTO A CARGOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Explicación breve sobre su objeto:

El Sistema Penal Acusatorio tiene en el principio dispositivo uno de sus pilares, cuyas connotaciones ofrecen particularidades en el modelo colombiano.

Los preacuerdos y el allanamiento a cargos, constituyen formas abreviadas del proceso penal, instituidas como un filtro que contiene una amplia mayoría de casos, evitando que el proceso en su forma ordinaria se realice, bajo el estímulo al procesado de obtener una pena más benévola.

La alta exigencia, como principio general, de condenar solo cuando se obtiene un conocimiento más allá de toda duda, exige reflexionar sobre el requisito de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación y la tipicidad del hecho, así como respecto al alcance que debe dársele a los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia en las formas de terminación anticipada por consenso (acogimiento a cargos o negociación).

Del mismo modo, estas figuras ponen en tensión finalidades pragmáticas de economía procesal con el principio de imparcialidad, guiado por el cometido de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

Se requiere que en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los jueces, conociendo bien la filosofía que inspira tales figuras, busquen aclararse y unificar criterios, conjurando la inseguridad jurídica y aportando al buen funcionamiento del sistema penal

acusatorio, por lo que se agradece la exactitud y se valora el aporte serio y ponderado de cada uno de los encuestados.

CUESTIONARIO:

1. De cada diez procesos penales de los cuales Ud. conoce, cuántos constituyen trámite abreviado por allanamiento a cargos o preacuerdo? 2
*Desde la Ley 1453/11 con rebajas de 12.5% y menos se ha desincentivado el uso de este mecanismo **
2. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo cuántos fueron en las siguientes oportunidades procesales:
 - a.) Luego de la imputación 7
 - b.) Antes de la formulación de acusación 2
 - c.) En la fase de la causa o juicio 1
 - d.) Al ser interrogado el acusado al comienzo de la audiencia de juicio oral 0
3. De cada diez procesos que llegan a su conocimiento por allanamiento a cargos o por preacuerdo resultan improbados? 2
4. Cuál ha sido el motivo principal para la improbación de un preacuerdo o para Ud. no avalar una culminación anticipada por allanamiento a cargos? No opino legalidad
5. En el control de legalidad que le corresponde a los allanamientos a cargos o los preacuerdos, verifica Ud. que los medios de información que la Fiscalía le presenta cumpla con el requisito de:

- a.) Conocimiento más allá de toda duda sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado. _____
- b.) Inferencia (razonable) de autoría o participación en la conducta y su tipicidad. X
- c.) Un conocimiento que le permita afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. _____
- d.) Que obren elementos de convicción (suficientes actividad indiciaria) para inferir en grado de probabilidad que el procesado cometió delito. X
- e.) Que halle razonables la calificación fáctica y jurídica y que esté acorde con la pena pactada. _____
- f.) Cuidar que se cumplan las finalidades de los preacuerdos de lograr pronta y cumplida justicia, con una decisión pacificadora que evite cuestionamientos o desprestigio. X
- g.) Varias de las anteriores – Explique cuáles: S, J, F.

6. Si Ud. advierte que el allanamiento a cargos o el preacuerdo deja encubiertos a otros autores o partícipes, o prescinde de una circunstancia específica agravante, la cual se columbra con alta probabilidad, por cuál alternativa opta:

- a.) Ud. imprueba el preacuerdo por violación a los principios de estricta tipicidad y legalidad de los delitos y de las penas. _____
- b.) Ud. prioriza el principio dispositivo y reconoce que la Fiscalía tiene una atribución amplia para negociar aspectos relativos a la tipicidad y las consecuencias sancionadoras. _____
- d.) Ud. aprueba el acuerdo o avala la conformidad del procesado con la pretensión, ordenando la compulsión de copia de la actuación para que se investigue a otros posibles autores o partícipes. X

GRACIAS!

ANEXO 3: Entrevistas

El Doctor Mario Nicolás Cadavid Quintero, actual Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, quien fue Director Seccional de Fiscalías de Medellín y capacitador en la implementación del Sistema Penal Acusatorio:

1. ¿Identifica Ud. una línea clara frente al tema de los Preacuerdos en la Corte Suprema de Justicia a lo largo de una década de vigencia del Sistema Acusatorio Penal, o advierte que ha sido confusa o incoherente la posición de dicha corporación?

“Antes que incoherente, me parece que la línea jurisprudencial relacionada con los preacuerdos, tal y como viene sucediendo, por ejemplo, con la participación y derechos de las víctimas en el proceso penal, ha sido absolutamente cambiante y ello obedece a la falta de permanencia de los altos servidores de la Corte que en los últimos años, al menos en lo que atañe a la sala penal, ha impedido que esta logre consolidar una jurisprudencia seria y concreta, al menos confiable en lo que atañe a una línea de pensamiento que otorgue tranquilidad a los funcionarios a quo. En mi condición de fiscal tengo claro que la pretensión punitiva es propia del fiscal y que es éste el llamado a sostenerla conforme a sus percepciones jurídicas que, en todo caso, no pueden apartarse de la constitución y la ley”.

2. ¿Considera Ud. que en Colombia el tema de los Preacuerdos ha sido asumido con suficiente rigor en la práctica judicial y en las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia?

No, ¡de ninguna manera!, desafortunadamente sobre la base de un eficientismo a ultranza y la necesidad de mostrar resultados mediáticos, se han llegado a realizar preacuerdos que en momento alguno cumplen con su cometido desde un punto de vista político criminal, esto es, de un lado, aprestigiar la administración de justicia y, de otro, satisfacer plenamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y las reparación. A ello tal vez contribuye el hecho de que no existe un mecanismo claro y serio que permita aplicar de forma mixta la figura del preacuerdo acompañada del principio de oportunidad.

3. Cómo entiende Ud. las potestades del Juez para un efectivo control de legalidad a los preacuerdos.

“A diferencia de lo planteado por las altas cortes, personalmente considero que el juez de conocimiento debe tener un control material relativo sobre el preacuerdo, esto es, un

control que le permita, como encargado de ejercer el ius puniendi, no imponer su criterio como voluntad última que debe cumplirse conforme a su propia percepción del problema jurídico o de su posición personal frente a aquél, sino un control material que facilite controlar la pretensión punitiva sostenida por el fiscal, al punto que pueda impedir que un preacuerdo que manifiestamente viole el principio de tipicidad inequívoca, no pueda ser aprobado. Desafortunadamente la Corte ha indicado, siguiendo criterios propios del sistema norteamericano, que se pueda acudir a ciertas ficciones jurídicas, por ejemplo, preacordar por complicidad cuando no existe otro autor, lo que no deja de ser bastante problemático sobre todo cuando se tiene en juego los derechos de las víctimas”.

4. *¿Cómo considera el estándar probatorio fijado para los preacuerdos de “un mínimo de prueba que permita inferir autoría o participación en la conducta y su tipicidad, según el artículo 327 C.P.P”?*

“Me parece plausible en orden a evitar un exceso en el ejercicio del ius persigendi y el consecuente desgaste del aparato investigativo, siempre y cuando ese mínimo probatorio venga acompañado, como prueba de corroboración, por la aceptación libre y voluntaria del imputado en torno a la ocurrencia de la conducta y su responsabilidad en ella; no obstante, esa aceptación debe estar desprovista del interés de dar por terminado de manera pronta un proceso aún a costa de la inocencia, pues no es factible aceptar en Colombia la denominada aceptación de responsabilidad penal por conveniencia”.

5. *¿Estima Ud. que ese requisito de “mínimo de prueba” pugna con la exigencia propia del debido proceso y del principio de inocencia “más allá de toda duda”, pregonado por el artículo 7° C.P.P.?*

“No, siempre y cuando, como se indicó anteriormente, de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información válidamente obtenida se pueda inferir no sólo participación en la conducta con relevancia penal típica sino un grado de responsabilidad que acompañado de la manifestación del imputado, bien en el interrogatorio al indiciado, ora mediante una aceptación que debe entenderse tácita en cuanto suscribe el preacuerdo, llevan al juez a esa clase de convencimiento. En todo caso debe considerarse que es posible, a pesar de ese estándar probatorio presentado por el fiscal, que ello no satisfaga los intereses de la víctima y de la sociedad en torno al concepto de verdad como derecho colectivo o el de la sociedad en términos de justicia que evite una impunidad relativa. En ese caso creo que el juez no debería aprobar un preacuerdo.

6. Cómo considera que puede el Juez cumplir con el principio de imparcialidad, previsto en el artículo 5° C.P.P., que le exige guiarse por los imperativos de establecer con objetividad la verdad y la justicia, si se repugna un ejercicio de control material?

“La única manera, bastante discutible por cierto, sería entender, como lo hace la Corte, que la verdad en el proceso penal acusatorio no surge como imperativo del juez sino como producto de la confrontación dialéctica de partes, al punto que si en el desarrollo de ese proceso de confrontación dialéctica, alguna parte declina el ejercicio del principio de válida oposición, ello implica entender que quien renuncia a la confrontación, tácitamente acepta la verdad que ofrece al juez su contraparte.

7. ¿Cómo entiende Ud. un ejercicio equilibrado y respetuoso entre las funciones de acusar y juzgar frente a un debido proceso abreviado por preacuerdo?

“Normalmente y para infortunio de nuestro sistema de justicia penal, cuando la fiscalía preacuerda es porque tiene la prueba suficiente para lograr una sentencia justa, lo cual invita a la defensa a preacordar. Llegar a un preacuerdo que termine satisfaciendo los intereses del victimario en sacrificio de los intereses de la sociedad y de la víctima no es más que una injusticia que va a ser avalada por el juez que, en esos casos, casi que va a cumplir una función notarial.

8. ¿Estima Ud. necesario un cambio legislativo frente al tema de los preacuerdos, a efecto de fijar límites que garanticen derechos a todos los involucrados, a las víctimas y a la sociedad?

“Si, sobre todo en orden a clarificar plenamente las facultades del juez y la disponibilidad del fiscal con relación a la pretensión punitiva”.

9. ¿Considera Ud. que los preacuerdos, son un negocio jurídico que puede reemplazar una decisión independiente del juez respecto de la pena y la determinación de culpabilidad?

“Si. Lo grave es que es un negocio jurídico sin reglas que tiene capacidad de definir la causa y suplir al juez”.

10. ¿Qué opinión le merece que los preacuerdos prioricen finalidades de celeridad y economía sobre la de obtener justicia?

“Es evidente que en un sistema como el nuestro, en alguna medida permeado en su génesis por el esquema procesal norteamericano, los mecanismos de justicia premial y de justicia de inmunidades se utilizan, sin duda alguna, como instrumentos que sirven para evacuar o descongestionar el sistema sobre la base de privilegiar la eficacia y la eficiencia que en muchos casos no se logra mediante el desarrollo del denominado proceso penal pleno o completo; no obstante, cuando se acude a dichos mecanismos única y exclusivamente con el fin de ahorrar tiempo y evitar el desgaste de la administración, sacrificando para ello otros valores que pregona la constitución política y que imponen la búsqueda de la verdad, impedir la impunidad y lograr una adecuada reparación, dichos mecanismos se perciben como instrumentos extraños a una administración de justicia conforme a valores que privilegia la seguridad individual, propia del sistema penal demoliberal y continental latino, para convertirse en un sistema de administración de justicia conforme a fines que privilegia la seguridad del Estado como fin de una administración de justicia propia de una concepción de los países del common law”.

11. ¿Considera Ud. que la autorización para preacordar sobre la base de que puede tipificarse la conducta en la alegación conclusiva de una manera que permita aceptar circunstancias modificadoras de la punibilidad solo puede ser ofertado al procesado cuando sea razonable y discutible; o si pueden ofrecerse categorías penales como el estado de ira e intenso dolor o la marginalidad o calificar el grado de participación así no halla evidencia alguna que lo respalde?

“¡Jamás!, es claro que ello viola no solo el principio de tipicidad inequívoca sino el postulado de búsqueda de la verdad que es el fin último del proceso penal”.

12. ¿Cómo califica Ud. el llamado que en los últimos pronunciamientos hace la corte con la advertencia de que ejercer control material desconoce la línea dominante en dicha corporación y sugiere el camino de la prevaricación?

“Desde una posición eminentemente personal, aparte de consideraciones sobre funcionalidad, considero que una afirmación de tal naturaleza por parte de servidores de las altas cortes no hace cosa diferente que poner en entredicho, de alguna manera, el principio de independencia judicial que es propio de cada uno de los jueces (Unitarios y Colegiados) no como privilegio personal sino como derecho y garantía de todos y cada uno, valga la redundancia, de los derechos y garantías de los ciudadanos, máxime cuando el precedente judicial, la praxis judicial lo enseña, constantemente se modifica conforme a nuevos criterios por renovación de las altas Cortes o por apreciaciones frente a casos específicos”.

La Doctora Piedad Lucía Vanegas, actualmente Juez 19 Penal del Circuito, quien fue Fiscal Delegada ante el Tribunal de Medellín, Directora de la Escuela de Criminalística de la Fiscalía y formadora de la Escuela Judicial en el Sistema Penal Acusatorio.

1. ¿Identifica Ud. una línea clara frente al tema de los PREACUERDOS en la Corte Suprema de Justicia a lo largo de una década de vigencia del SAP, o advierte que ha sido confusa o incoherente la posición de dicha corporación?

“Creo que sí hay una línea clara de la Corte tendiente a favorecer las facultades de la Fiscalía en materia de negociaciones (22759 de 2007, 29979 de 2008, 37209 de 2011, 41570 de 2013, 40871 de 2014, 42184 de 2014, 41468 de 2015 y 43356 de 2016) donde se enfatizan cada vez más las atribuciones que el ente acusador tiene para obtener una pronta y cumplida ‘justicia’, poniendo como límites de tales acuerdos: las garantías constitucionales y legales del procesal, la legalidad y por supuesto, la razonabilidad jurídica, para no desprestigiar la administración de justicia”.

2. ¿Considera Ud. que en Colombia el tema de los Preacuerdos ha sido asumido con suficiente rigor en la práctica judicial y en las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia?

“¡Creo que no, en rigor no!, pues realmente advierto que más que humanizar el proceso penal y la pena y lograr la solución de los conflictos creados con el delito, la fiscalía ha tomado los ‘acuerdos’ como una opción para descongestionar sin recibir nada a cambio, contrario a como lo hacen en otros sistemas acusatorios, donde los procesados colaboran con la investigación, proporcionan información, entregan bienes para indemnizar, etc. Nada de eso se ve en los acuerdos que a diario son sometidos a consideración de estos estrados judiciales”.

3. Cómo entiende Ud. las potestades del Juez para un efectivo control de legalidad a los preacuerdos.

“Sobre las potestades del juez para controlar la legalidad de los acuerdos, entiendo que mi deber es velar por la legalidad, ya no ‘estricta’ sino ‘flexibilizada’ en términos de razonabilidad jurídica, como paladinamente lo dicen las sentencias que sobre los acuerdos nos ha dado la Corte y que fungen como lineamientos jurisprudenciales a seguir”. Al respecto las potestades son (Corte Suprema en sentencia 37209 de 2011): (i) la revisión de los requisitos formales, (ii) el control de legalidad de lo acordado (incluido verificar que exista prohibición legal; (iii) que no desconozca garantías fundamentales, o bien si sus precisos términos son en verdad susceptibles de consenso”.

4. ¿Cómo considera el estándar probatorio fijado para los preacuerdos de “un mínimo de prueba que permita inferir autoría o participación en la conducta y su tipicidad, según el artículo 327 C.P.P”?

“Sobre el estándar de ‘mínimo de prueba’, pienso que es muy relativa esa expresión, pues si bien la fiscalía tiene el deber de conseguir prueba de la existencia del hecho y de la responsabilidad del procesado, como es su deber constitucional y legal, la defensa en materia de acuerdos tiene el deber de verificar esos mismos requisitos probatorios y constatar que la prueba de la fiscalía tiene tanta capacidad suasoria, que comparado con sus tesis defensiva, no advierte plausible irse a un juicio y por eso le recomienda a su prohijado que negocie con la fiscalía para obtener el mejor provecho. Así, cuando el caso llega con acuerdo para verificación del juez, las ‘partes’ conforme a sus deberes, ya debieron haber analizado la prueba obrante en el proceso, a tal punto y con tanta responsabilidad, que lo razonable jurídicamente hablando es ‘preacordar’”.

“Personalmente considero, que las partes deben ser muy responsables en ese punto y que por eso la ley confía en ellos y pone ese estándar que suena ‘bajo’ pero que debe ser razonable para condenar, amén que con la manifestación del procesado de aceptar su responsabilidad, se complementa el caso y alcanza estándares mayores, lo mismo que la ley demanda para condenar, conforme a los artículos 7 y 381 C.P.P.”.

5. ¿Estima Ud. que ese requisito de “mínimo de prueba” pugna con la exigencia propia del debido proceso y del principio de inocencia “más allá de toda duda”, pregonado por el artículo 7° C.P.P.?

“Por lo antes expuesto, pienso que no hay pugna entre ese requisito y el principio de presunción de inocencia”.

6. ¿Cómo considera que puede el Juez cumplir con el principio de imparcialidad, previsto en el artículo 5° C.P.P., que le exige guiarse por los imperativos de establecer con objetividad la verdad y la justicia, si se repugna un ejercicio de control material?

“El principio de imparcialidad del juez implica de parte del funcionario judicial, respeto y confianza por las demás partes e intervinientes, incluidas las víctimas y el Ministerio Público, que en este sistema acusatorio ‘colombiano’- ‘no puro’, les da un rol importante y obliga a la fiscalía a que se les oiga, antes de decidir sobre el ejercicio de la acción penal y sus consecuencias. Por eso, pienso que si el acuerdo no viola garantías fundamentales, es

legal y razonablemente jurídico. El juez debe aprobarlo, sin agregado, sin condicionamientos, pues, la causa está siendo resuelta por las partes del conflicto de manera consensuada y eso es lo que busca la justicia y por eso el juez debe mantenerse imparcial. Esa es la diferencia de las terminaciones anticipadas con los trámites ordinarios, pues ya no es el juez el que en estricto sentido decide la solución del conflicto, sino que las partes encontraron entre ellas una solución, y si la misma es legal, el juez la debe aprobar”.

7. ¿Cómo entiende Ud. un ejercicio equilibrado y respetuoso entre las funciones de acusar y juzgar frente a un debido proceso abreviado por preacuerdo?

“Para mí, un ejercicio equilibrado y respetuoso y equilibrado de las funciones de acusar y juzgar se cumple cuando cada parte e interviniente realiza su ‘rol’ con estricta sujeción a la ley, la Fiscalía buscando la verdad, tipificando adecuadamente y persiguiendo a los responsables conforme al debido proceso; la Defensa, siendo diligente en su tarea defensiva, oponiéndose cuando debe oponerse y buscando una negociación que beneficie a su cliente; y el Juez, constatando que la actuación materialice los derechos a la verdad y la justicia de todos los intervinientes en términos de razonabilidad, porque la verdad sea dicha, ‘todo el sistema judicial se beneficia con un acuerdo cunado es legal y justo’”.

8. ¿Estima Ud. necesario un cambio legislativo frente al tema de los preacuerdos, a efecto de fijar límites que garanticen derechos a todos los involucrados, a las víctimas y a la sociedad?

“Creo que una regulación sobre los acuerdos hace falta, en especial unas pautas claras que orienten a los fiscales sobre lo que pueden negociar y lo que no es negociable. Lineamientos que deberán ser comunes a todos los casos, que aprestigien a la Administración de Justicia y den trato igualitario a los ciudadanos involucrados en los procesos penales. Considero que una regulación en este punto ayudaría mucho para evitar tanta arbitrariedad en algunos acuerdos, que siendo ‘legales’ se advierten ‘injustos’.

9. ¿Considera Ud. que los preacuerdos, son un negocio jurídico que puede reemplazar una decisión independiente del juez respecto de la pena y la determinación de culpabilidad?

“Pienso que los acuerdos sí son un ‘negocio jurídico’ y que debe seguir siendo así para que el sistema funcione. Lo que me preocupa seriamente, es que los negociadores ‘fiscales-defensa’, estén tan desprovistos de reglas claras para ese negocio y eso es lo que los ha llevado a caer en una serie de acuerdos que más que negocios legales y justos, parecen una

feria de regalos de parte y parte, lo que ha llevado a serios cuestionamientos desde el sentido de justicia del caso y de la proporcionalidad de la pena de cara al injusto”.

10. ¿Qué opinión le merece que los preacuerdos prioricen finalidades de celeridad y economía sobre la de obtener justicia?

“Ambos: celeridad y justicia, son fines loables. Tanto la economía procesal, como la necesidad de obtener justicia se deben materializar en los acuerdos, y por eso no deberían estar en una disyuntiva. La tarea de los negociadores Fiscales y Defensores, debe ser tan seria y responsable, que con los acuerdos, ellos deben velar para que se alcancen ambos fines de la manera más razonable posible”.

11. ¿Considera Ud. que la autorización para preacordar sobre la base de que puede tipificarse la conducta en la alegación conclusiva de una manera que permita aceptar circunstancias modificadoras de la punibilidad solo puede ser ofertado al procesado cuando sea razonable y discutible; o si pueden ofrecerse categorías penales como el estado de ira e intenso dolor o la marginalidad o calificar el grado de participación así no halla evidencia alguna que lo respalde?

“Son la ley y la jurisprudencia las que han permitido esas modalidades de acuerdo, y la fiscalía desde el año 2006, en la primera directiva que sobre acuerdos dictó, trata ese punto. Ciertamente lo que esté debidamente probado, no puede ser objeto de acuerdo, porque el deber sería reconocerlo por estricta legalidad, por manera que solo cuando esa ira o intenso dolor, o la marginalidad como circunstancia determinante de la comisión de un delito, estén en zona de penumbra, es decir, son ‘razonablemente discutibles’, es cuando se puede preacordar, y así, si las partes lo preacuerdan, el objetivo se alcanza por partida doble, primero para la fiscalía que no tendrá que esforzarse en conseguir más prueba para demostrar el hecho y la responsabilidad, y segundo, la defensa contribuye con elementos probatorios que permitan ‘sugerir razonablemente’ que esa circunstancia sí influyó en la conducta y que por eso ante su reconocimiento el procesado también resulta beneficiado. Si esto sucede, la verdad y la justicia ganan de lado y lado”.

12. ¿Cómo califica Ud. el llamado que en los últimos pronunciamientos hace la corte con la advertencia de que ejercer control material desconoce la línea dominante en dicha corporación y sugiere el camino de la prevaricación?

“Ese llamado de la Corte lo advierto intimidatorio, con capacidad de afectar seriamente nuestra tarea como jueces, sin duda alguna la sola palabra ‘prevaricato’ ya nos pone en

alerta, temerosos y lesiona la independencia judicial. Considero que amenazando a los jueces, como si fuéramos delincuentes - porque un prevaricador no es otra cosa que un delincuente- no es la forma de avanzar en materia de preacuerdos”.

“Reitero, lo que todos ‘fiscales, defensores y jueces’ necesitamos de reglas claras para que esta justicia no sea, para unos efectiva, y para otros simulada”.

El abogado y docente universitario Francisco Javier Tamayo

1. ¿Identifica Ud. una línea clara frente al tema de los PREACUERDOS en la Corte Suprema de Justicia a lo largo de una década de vigencia del SAP, o advierte que ha sido confusa o incoherente la posición de dicha corporación?

“A mi juicio en los últimos años, la Jurisprudencia sobre los preacuerdos se ha consolidado y se caracteriza por una línea que, primero considera que los preacuerdos están íntimamente relacionados con la existencia del sistema penal acusatorio, esto es, que solo es imaginable un sistema acusatorio si hay preacuerdos. Esto lleva a relacionar la eficacia del sistema penal con la existencia de preacuerdos, lo cual comporta una comprensión económica, de viabilidad; y olvida, un poco, que los cálculos políticos y de eficiencia no tienen que dominar los propósitos del aparato de justicia. En segundo lugar, por la línea de excluir control judicial a la imputación, y a la acusación, la jurisprudencia ha restringido la interferencia del juez en los preacuerdos, lo que inscribe un protagonismo en la fiscalía y la defensa, sobre la idea de que éstos son los protagonistas del conflicto y por tanto de ellos mismos viene la decisión.

2. Considera Ud. que en Colombia el tema de los PREACUERDOS ha sido asumido con suficiente rigor en la práctica judicial y en las líneas jurisprudenciales de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

“Considero que en la práctica judicial la opción por los preacuerdos está muy condicionada por los incrementos punitivos que de forma tan desaforada se han ido implementando en el tiempo por parte del legislador. El aumento de penas en delitos como el porte de armas, o la reforma del artículo 301 del código de procedimiento penal, llevan a que el mismo sistema genere soluciones que procuren atenuar los amplios ámbitos de punición. El preacuerdo entonces se convierte es una especie de fraude legal mediante el cual las partes a través de atenuantes genéricos que en muchos casos nada tienen que ver con la realización de la conducta, busque atenuar las consecuencias para hacer más favorable la decisión de una terminación anticipada, sabiéndose que desde el origen del sistema se dijo que estas

prácticas abreviadas eran lo único que mantendría como viable el sistema judicial. Desafortunadamente en la práctica judicial desde el inicio se fue aceptando que la promesa del juicio, esto es, del espacio pleno de garantías era para pocos, solo los que osaran resistirse a la acusación.

3. Cómo entiende Ud. las potestades del Juez para un efectivo control de legalidad a los preacuerdos.

“Lo primero a considerar es que la sentencia condenatoria derivada de una aprobación de preacuerdo tiene las mismas consecuencias de una sentencia derivada de un juicio oral. De donde la sentencia derivada del preacuerdo debe tener un respaldo probatorio que permita predicar el conocimiento “más allá de dura razonable”

Lo único seguro es que ya sea unilateral o acordada, la aceptación de los cargos por sí sola no permite fundar una decisión condenatoria cuando no está debidamente respaldada en elementos y evidencias probatorias que permitan concluir la existencia de los hechos delictivos y la participación en los mismos del procesado, más allá de toda duda razonable.

La Sala de Casación Penal en pronunciamiento de julio 9 de 2.009¹, concluyó que a la decisión extraordinaria de casación se puede llevar la “impugnación” de una sentencia condenatoria fundada en un acuerdo o en un allanamiento que afecte garantías fundamentales sin que esto signifique retractación o retirar la voluntad de acuerdo, en un proceso en el cual el perseguido había optado por aceptar los cargos que se le imputaban (conservación de estupefacientes, artículo 367 del código Penal), cuando todos los elementos probatorios recogidos indicaban que el comportamiento de quien posteriormente impugnó el acuerdo no se adecuaba a este tipo pena, razón por la cual la sala Penal dictó un fallo sustitutivo en sentido absolutorio. En pronunciamientos anteriores la Sala ha insistido en que no se omita la prohibición de retractación cuando el recurrente que acordó reclama la afectación de garantías y derechos fundamentales como lo son la legalidad estricta y la tipicidad de los comportamientos; en este sentido, decisión de julio 15 de 2.008², la Sala casa parcialmente el fallo de primera instancia para lo cual confirma la condena por el delito de homicidio simple pero excluye la circunstancia de agravación del numeral 3 del artículo 104 del Código penal [utilizó arma de fuego en la ocurrencia del delito] pues aunque el procesado aceptó los actos que se le imputaran, tal circunstancia de agravación no se adecuaba al comportamiento de quien lo acordara.

1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal, Rdo. 31531 de 2.009, MP. Yesid Ramírez Bastidas.

2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal, Rdo. 28.872 de 15 de julio de 2.008, Magistrado ponente Augusto José Ibáñez guzmán.

Tal posición encuentra asiento en pronunciamientos de la corte constitucional como la C-425 de 1.996 y la sentencia T-091 de 2.006 en la que respecto al control judicial de las formas abreviadas se afirma como condición de la aprobación o rechazo de la aceptación de cargos, que el Juez verifique si en las actuaciones procesales se han violado garantías fundamentales del procesado. Igual exigencia aplica para la aceptación unilateral de cargos en el nuevo sistema en el cual el juez debe velar por que se preserve el derecho a la no autoincriminación del imputado o acusado y a que sus manifestaciones unilaterales de responsabilidad estén asistidas por la espontaneidad y el consentimiento informado”. En estos pronunciamientos la corte constitucional fijó como parámetro de constitucionalidad de estos mecanismos de abreviación del procedimiento por aceptación de cargos esta condición: que **“El juez no puede fallar basado exclusivamente en el dicho o aceptación de los hechos por parte del procesado, sino en las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que éste es culpable**. La aceptación por parte del implicado de ser el autor o partícipe de los hechos investigados penalmente, aunada a la existencia de prueba suficiente e idónea que demuestre tal afirmación, permite desvirtuar la presunción de inocencia”³, por lo que “En el nuevo sistema la carga de la prueba radica igualmente en el órgano de investigación penal. La aceptación unilateral de cargos conduce necesariamente a una sentencia condenatoria que debe estar fundada en el “convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (Art.7º). De manera que la sentencia condenatoria producida sin agotar el debate público debe contar con el presupuesto relativo a la existencia de evidencia o material probatorio sobre la responsabilidad aceptada del procesado. Mediante la aceptación de los cargos y la evidencia o elementos materiales de prueba, el procesado renuncia a controvertirlos en el juicio”.

4. ¿Cómo considera el estándar probatorio fijado para los preacuerdos de “un mínimo de prueba que permita inferir autoría o participación en la conducta y su tipicidad”? (artículo 327 C.P.P.).

El estándar probatorio fijado para los preacuerdos, no podría ser diferente al estándar probatorio necesario para cualquier condena. Esto es, el Juez debe entender que “un mínimo de prueba que permita inferir autoría o participación” es idéntica al estándar de prueba que ubica un conocimiento más allá de duda razonable.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 1.995, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, Sentencia T-091 de 2.006, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

En definitiva, podemos afirmar, con fundamento en el artículo 29 de la constitución Política, artículo 5° de la ley 906 de 2.004 y la jurisprudencia y doctrina de la corte constitucional y de la corte Suprema de Justicia que los mecanismos de procedimiento abreviado incorporados al nuevo código de procedimiento penal sólo implican la renuncia a los derechos de no autoincriminación y de juicio oral y público pero que en ninguna medida de estos mecanismos se sigue sin defensa, sin controversia, sin impugnación y sin el mérito probatorio necesario para imponer una pena. Así lo sostiene la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

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 protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas⁴.

5. ¿Estima Ud. que ese requisito de “mínimo de prueba” pugna con la exigencia propia del debido proceso y del principio de inocencia “más allá de toda duda”, pregonado por el artículo 7° C.P.P.?

“No, por lo ya sostenido, pues la aprobación de un preacuerdo supone una condena, y en Colombia solo se puede condenar cuando se tiene un nivel de conocimiento “más allá de duda razonable” independiente que provenga de un preacuerdo o de un juicio.

6. Cómo considera que puede el Juez cumplir con el principio de imparcialidad, previsto en el artículo 5° C.P.P., que le exige guiarse por los imperativos de establecer con objetividad la verdad y la justicia, si se repugna un ejercicio de control material?.

“Pero es que sigue existiendo control material del preacuerdo, lo que acontece es que el Juez no puede impugnar los beneficios, siempre que sean legales derivados del

4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, radicado 31531 de 8 de julio de 2.009, magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas.

preacuerdo. Para mejor explicación se tiene que el Juez debe controlar que la motivación, la imputación o acusación tengan respaldo probatorio pues la condena se da por esto hechos, ya lo que resulte del preacuerdo, esto es, los beneficios no tienen que tener respaldo probatorio porque precisamente ellos surgen de tener probado lo inicial. En un supuesto de preacuerdo mediante el cual una persona acepta el delito de porte de armas a cambio de que se le sancione como cómplice. El Juez debe estar seguro que se tienen elementos para sancionarlos como autor, pues la complicidad es el beneficio, no la conducta verificada.

7. ¿Cómo entiende Ud. un ejercicio equilibrado y respetuoso entre las funciones de acusar y juzgar frente a un debido proceso abreviado por preacuerdo?

“Pues manteniendo la idea, hoy actual, de control judicial en la prueba de los hechos que motivan la negociación y en el nivel de responsabilidad que se acepta, no en el que se obtiene por razón de la aceptación”.

8. ¿Estima Ud. necesario un cambio legislativo frente al tema de los preacuerdos, a efecto de fijar límites que garanticen derechos a todos los involucrados, a las víctimas y a la sociedad?

Me parece debe haber más claridad en la formulación de los preacuerdos. Para que la comunidad sepa que cuando una persona acepta un delito y se le concede un atenuante, no es porque haya cometido la conducta con el atenuante, sino que ésta viene dada por la terminación anticipada y segura del proceso.

No es necesario modificar la legislación de preacuerdos, creo más bien que es necesario una modificación en la ley que permita al Juez mayor control en la imputación y en la acusación, para que de esa forma los preacuerdos no terminen siendo una expresión de fraude a la ley.

9. ¿Considera Ud. que los preacuerdos, son un negocio jurídico que puede reemplazar una decisión independiente del juez respecto de la pena y la determinación de culpabilidad?

“No, porque el Juez mantiene hoy un nivel de control que no lo desplaza totalmente, pues él debe procurar que si haya delito, y que se tenga un respaldo probatorio suficiente para respaldar una decisión de condena”.

10. ¿Qué opinión le merece que los preacuerdos prioricen finalidades de celeridad y economía sobre la de obtener justicia?

“Este es el principal obstáculo para legitimar los preacuerdos, pues las soluciones del sistema de justicia deben procurar eso, la justicia y no estar dominadas por factores económicos y utilitaristas que representan precisamente una renuncia a la función de la justicia”.

11. ¿Considera que la autorización para preacordar sobre la base de que puede tipificarse la conducta en la alegación conclusiva de una manera que permita aceptar circunstancias modificadoras de la punibilidad solo puede ser ofertado al procesado cuando sea razonable y discutible o si pueden ofrecerse categorías penales como el estado de ira e intenso dolor o la marginalidad o calificar el grado de participación así no halla evidencia alguna que lo respalde?

“Creo que no es necesario el referente probatorio del beneficio, pues de haberlo no sería un beneficio sino que por el contrario llevaría a un fraude, pues se concedería como gracia lo que está llamado a resolver el caso, inclusive sin que la decisión de aceptar tenga incidencia. Esto es, el atenuante que tenga respaldo probatorio debe hacer parte de la imputación o de la acusación y no del beneficio derivado de aceptar la imputación o la acusación.

12. ¿Cómo califica Ud. el llamado que en los últimos pronunciamientos hace la corte con la advertencia de que ejercer control material desconoce la línea dominante en dicha corporación y sugiere el camino de la prevaricación?

“Es simplemente una discusión o de aceptación de roles. El Juez tiene un espacio seguro en los preacuerdos y negociaciones, cual es el de procurar que exista prueba para condenar, no de aquello que hace parte del beneficio de la negociación sino de lo que motiva esa negociación. Insisto tal vez todo sería diferente si se promoviera un mayor control de la imputación o de la acusación, de esta manera se evitaría el desmán o inflación que hace muchas veces que las negociaciones se basen en cálculos para lograr soluciones que inclusive sería esperables obtener con la existencia del juicio y del Juez en toda su majestad”.