

**LOS PREACUERDOS COMO HERRRAMIENTA JURÍDICA
GARANTISTA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO
PARA COMBATIR LAS ORGANIZACIONES DELINCUENCIALES
EN COLOMBIA**

MAIRA ALEJANDRA BENAVIDES DUARTE

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA
UNICOC
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS POLÍTICAS
CHIA, CUNDINAMARCA
2017**

**LOS PREACUERDOS COMO HERRRAMIENTA JURÍDICA
GARANTISTA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO
PARA COMBATIR LAS ORGANIZACIONES DELINCUENCIALES
EN COLOMBIA**

MAIRA ALEJANDRA BENAVIDES DUARTE

Trabajo de grado realizado para obtener el título Abogada

ASESOR TEMÁTICO

Dr. Danilo Valero Huertas

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA
UNICOC
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS POLÍTICAS
CHIA, CUNDINAMARCA**

2017

Nota de aceptación

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Chía, Julio 19 de 2017

DEDICATORIA

✚ *Dedicado a Dios por permitir lograr cada una de las metas propuestas, no se es difícil continuar cuando estamos en presencia de él.*

✚ *Dedicado a mis padres que sin su apoyo incondicional y su ayuda, no sería realidad ser hoy en día profesional.*

✚ *A mi razón de vida, JUAN ANDRÉS MENDOZA BENAVIDES, quien supo ser paciente y entender el sacrificio que generó cumplir éste sueño.*

✚ *A todos nuestros maestros que en el ámbito académico me impulsaron a trascender en el conocimiento, influyendo con sus lecciones y experiencias en formarme y prepararme como persona de bien para los retos que tiene la vida.*

✚ *A todos y cada uno de ellos, les dedico cada una de estas páginas las cuales relejan investigación y conocimiento.*

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme la vida y salud para enfrentar cada uno de los obstáculos, darme las bendiciones necesarias para poder culminar un sueño que inició hace 12 años, y así poder ser un ejemplo a seguir para mi hijo, y ser orgullo de mi familia.

A mi padre FERNANDO BENAVIDES MARTINEZ y mi madre LUZ MARINA DUARTE BENITEZ, quienes con su persistencia y esfuerzo me apoyaron y animaron para cumplir mi sueño de ser abogada.

A mis hijos JUAN ANDRÉS MENDOZA BENAVIDES y EMILIANA, quienes con su sola existencia terrenal y celestial, fecundan la razón más importante de mi vida para salir adelante y continuar con mi proyecto de vida como futura Abogada.

A la Institución Universitaria Colegios de Colombia “UNICOC”, por ofrecerme la posibilidad de culminar mi carrera bajo la modalidad especial ofrecida; siempre contando con la calidad humana y excelente educación a través de su personal administrativo y su cuerpo docente, quienes siempre estuvieron prestos a despejar inquietudes y logrando con ello en nosotros unas mejores personas y verdaderos profesionales del derecho para el servicio a la sociedad.

A mi director de monografía, Dr. DANILO VALERO HUERTAS, por su tiempo, apoyo, colaboración, orientación y dirección profesional.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
JUSTIFICACIÓN	9
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
OBJETIVOS.....	16
Objetivo General	16
Objetivos Específicos	16
HIPÓTESIS	17
MARCOS REFERENCIALES	18
Marco Teórico	18
Teoría Causalista	18
Teoría Finalista.....	19
Marco Conceptual	20
Marco Jurídico.....	21
METODOLOGÍA.....	22
CAPÍTULO I	23
REFERENTES CONCEPTUALES ACERCA DE LOS PREACUERDOS	23
1.1 Breve referente histórico de los preacuerdos en Colombia	23
1.2 Aspectos generales de los preacuerdos	27
1.3 Finalidades de los preacuerdos	28
1.4 Diferencias en cuanto a la naturaleza y efectos del preacuerdo y el Allanamiento a Cargos	29
1.5 Las garantías fundamentales en el Sistema de Acuerdos y Negociaciones	31
1.5.1 Preacuerdos y principio de legalidad procesal.....	31
1.5.2 Preacuerdos y principio de imparcialidad.....	38
CAPÍTULO II.....	40
LOS PREACUERDOS COMO HERRAMIENTA JURÍDICA GARANTISTA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PARA COMBATIR LAS ORGANIZACIONES DELINCUENCIALES EN COLOMBIA	40
2.1 La Delincuencia Organizada en Colombia	40
2.2 La negociación como elemento fundamental del sistema acusatorio	45
2.3 Fundamentación de la propuesta. La política criminal en Colombia y los preacuerdos	47
CAPITULO III	53
PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN EL SISTEMA DE PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES	53
3.1 Corte constitucional.....	53
3.1.1 Sentencia C- 1260 de 2005. Magistrada ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández	53
3.1.2 Sentencia C-516 de 2007. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño	57
3.2 Corte Suprema de Justicia	59
3.2.1 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia número 36.502 del 05 de septiembre de 2011, en relación con la similitud entre el allanamiento a cargos y los preacuerdos....	59

CONCLUSIONES.....	62
BIBLIOGRAFÍA	63

INTRODUCCIÓN

*“ ... Desestimular la terminación temprana de los procesos podría ocasionar el colapso del sistema, cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales ... es un sistema que privilegia la terminación temprana del proceso y erige en principio rector los derechos de las víctimas a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto -según fórmula contenida en el literal c) del artículo 11 de la ley 906 de 2004- ... ”.*¹

La práctica forense aplicada al proceso penal, en términos genéricos, constata como uno de los principales problemas el de la excesiva duración del procedimiento penal. La respuesta de la administración de justicia frente a la resolución judicial constata que debido a su tardanza, no resulta ajustada para solucionar el verdadero conflicto penal que se relaciona en parte de los mecanismos de la justicia por parte del Estado, conllevando, en gran lugar, a que los plazos fijados en las normas procesales se incumplan; subsidiario de las garantías previstas en la Constitución Política, y confirmadas por los instrumentos internacionales de protección de derechos.

Al elegir el tema de estudio, tuve en cuenta que actualmente me desempeño como Oficial Mayor en un Juzgado Penal Municipal, y desde esa labor he percibido los problemas que se están suscitando en la aplicación de los preacuerdos dado los diferentes criterios que sobre el tema se manejan; por consiguiente, consideré indispensable hacer un análisis de la realidad colombiana frente al tema delincucional desde mi perspectiva como servidora de la administración de justicia, así como evidenciar si las políticas de gobierno que se han implementado para combatirlo son las adecuadas; viendo en los preacuerdos la mejor herramienta para terminar anticipadamente los procesos, buscando mejores garantías frente

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación 24.817, del 22 de junio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

a las demás modalidades tales como allanamiento a cargos en audiencia de imputación, principio de oportunidad o el fenómeno de la preclusión de la investigación.

En consecuencia, al profundizar y hacer aportes en el tema de cómo los preacuerdos tienen una función importante dentro de la política criminal. En el mismo sentido, evaluar la gran importancia y actualidad del tema en el ámbito jurídico y social en general, toda vez, que es un tema de amplia discusión y pertinencia.

Se propone por ende, a través de éste trabajo, estudiar el tema de los preacuerdos, analizar las metodologías y criterios que constituyan herramienta eficiente, idónea y oportuna para finalizar anticipadamente los procesos conllevando a un estado garantista ante las demás partes e intervinientes, sin el desgaste de juicios orales que pongan en peligro a testigos, jueces y fiscales, pero sin que se desconozcan los derechos de los procesados, de las víctimas, ni los intereses de la sociedad.

Para lograrlo, se requiere volver a reinterpretar los mecanismos jurídicos existentes, como lo es la figura de los preacuerdos, que a causa de la falta de una regulación precisa y clara está sometiendo la aprobación de los preacuerdos a la subjetividad de algunos funcionarios judiciales. Hay que tener en cuenta en este punto que el sistema penal acusatorio americano, tan efectivo en el aspecto que se analiza, prevé la existencia del “*plea bargain*”², según el cual existe un acuerdo negociado entre el fiscal y el defensor, donde el acusado se declara culpable de delitos menores o menos numerosos que los cargos de la acusación, y en cambio el fiscal se compromete a recomendar una pena que no exceda un nivel acordado. El juez no participa en la negociación, pero una vez concluido el acuerdo, hay que revelar su contenido al juez en sesión pública, para que sea aprobado o rechazado por el juez. Los jueces casi siempre aceptan tales acuerdos, pues el margen jurídico que tienen para negarlo es muy lapso y escaso.

² En español significa “el acuerdo negociado”.

JUSTIFICACIÓN

Los preacuerdos en nuestra legislación Colombiana se encuentran establecidos en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, siendo ésta la herramienta creada por el legislador frente al gran número de delitos cometidos por los individuos residentes en Colombia, a fin de disminuir el costo monetario y humano de un juicio oral y adversarial con todas las garantías debidas, pues frente al mecanismo de justicia que se ha ido implementando a lo largo de la historia, aún con los avances realizados, no sería posible enjuiciar plenamente a todos los inculpados.

Así las cosas, necesariamente se hizo indispensable en nuestro país viabilizar el tema de la estricta tipicidad, a efectos de encontrar mecanismos eficientes que permitan aplicar justicia pronta y eficaz a cambio de impunidad.

Sobre esa base, se propone el siguiente esquema de trabajo:

1. Estructura jurídica vigente.
2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia sobre el tema de preacuerdos y negociaciones.
3. Propuesta de cambio de enfoque, que propenda por el desarrollo de esquemas prácticos que incrementen el número de sentencias condenatorias por preacuerdos y negociaciones.

En ese orden de ideas, vale la pena aclarar que el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal actual, faculta a la Fiscalía y el imputado o acusado para llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso donde media la aceptación de responsabilidad del indiciado, y que dependiendo de la etapa en que se surta, se tiene un beneficio en la pena a imponer, con ocasión procesal para su implementación a partir de la audiencia de la formulación de imputación, este es un instrumento vital en el sistema acusatorio y por ello

su aplicación se estimula mediante el otorgamiento de rebajas de pena para el infractor que decida acogerse.

Al respecto, 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 tomada 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”³

Significa lo anterior, que es viable en el nuevo sistema penal acudir a la vía de la negociación, sin que esto signifique que se están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, la legalidad procesal y los derechos de las víctimas, por cuanto estas tienen derecho a ser oídas e informadas de la situación, a su vez podrán aceptar o no las reparaciones y promover el incidente pertinente e impugnar el fallo, sin ser la figura procesal una manifestación de impunidad, al contrario, si se utiliza en debida forma, será de ayuda en la lucha contra de la delincuencia.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-059 de 2010 Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Los alcances establecidos en las nuevas directrices sobre los preacuerdos, asumen como propósito que el sindicato garantice la colaboración en garantía de un beneficio, y de allí, establecerse como mecanismo fundamental para desarticular estructuras criminales.

De lo anterior se colige, que no obtienen nada el Estado y el sistema penal imponiendo penas muy altas, si paralelamente no hay una política fuerte para dismantelar la empresa criminal, por ello es indispensable que en los preacuerdos los implicados delaten a sus cómplices.

Además se entiende que el preacuerdo es una justicia de premio; si se contribuye eficazmente a señalar lo que la administración de justicia quiere establecer cómo el *modus operandi* de un grupo o de un aparato organizado de poder, a cambio de obtener beneficios. Es indispensable saber quiénes eran los cómplices, quiénes eran los financiadores, cuál fue el destino final de los bienes, cuál era la articulación que tenía esa organización, se trata de información que contribuya a reconstruir la verdad histórica de lo ocurrido y esto se logra si se lleva a cabo un preacuerdo, además se debe entender que por medio de esta figura se puede rebajar la pena y obtener colaboración efectiva en la lucha contra los injustos penales.

Se considera que éste trabajo investigativo es de gran importancia y trascendencia social y jurídica, en la medida en que logren identificar las características esenciales de los preacuerdos y su utilidad en contra de la delincuencia, propendiendo por la utilización de preacuerdos y negociaciones en los proceso penales dentro de un ambiente de lealtad y confianza, analizando en profundidad el articulado del CPP que regula el instituto, a la luz de las normas superiores y la jurisprudencia nacional, para que se refuercen sus elementos de interpretación y determinen los alcances de cada una de esas normas a la hora de aplicarlas a casos concretos, ofreciendo un aporte en pro de la lucha contra los grupos delincuenciales.

De la misma manera es conveniente toda vez que se abordará el estudio del tema con criterio objetivo y práctico, en cuanto busca generar opciones que permitan armonizar desde una perspectiva constitucional o legal, mecanismos eficientes de lucha contra la delincuencia organizada, que tiendan a su desarticulación, judicialización y sanción correspondiente, mostrando la necesidad de unificar los mecanismos de consenso de los delitos y las penas

entre actores activos de delincuencia organizada y el principio de oportunidad vigentes en la Ley 906 de 2004, denominando la nueva figura como alternativa para la verdad, justicia y reparación, dándole a la titular de la acción penal, dígase Fiscalía General de la Nación, mayor participación desde el punto de vista administrativo, donde pueda adelantar toda clase de negociaciones, acuerdos y ventajas frente a la desarticulación y entrega de los integrantes de todo tipo de organizaciones al margen de la ley.

El proyecto es pertinente en cuanto al tema de actualidad y relevancia social, toda vez, que refiere un tema de constante discusión en el ámbito jurídico, doctrinario y académico. Por cuanto se busca dar respuesta a diversos planteamientos y posiciones que de una u otra manera están afectando el desarrollo eficaz de la justicia y los esfuerzos del gobierno para lograr la paz, la reparación de las víctimas del delito y la baja de índices delincuenciales.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El proceso penal acusatorio tiene como naturaleza principal la regulación de la conducta del individuo, y en busca de ese objetivo, se configure la igualdad entre partes, y teniendo en cuenta los preacuerdos, permita un trámite negociado. Sin embargo, en la implementación del actual sistema no encontramos la incidencia de acuerdos entre Fiscalía e imputado. “Si la mayor parte del conflicto penal se ha resuelto sin el desgaste del juicio oral, es porque el 63,45% de las sentencias han sido producidas por aceptación de la imputación; es decir, por la inferioridad de una parte frente a la otra, el imputado continúa siendo desfavorecido”⁴ y no se ha hecho uso constante de la herramienta que nos brinda el código de procedimiento penal como es el preacuerdo. Frente a lo anterior, teniendo en cuenta que antes de la vigencia de la Ley 1453 de 2011, el descuento por aceptación de cargos en audiencia de imputación era del 50%, lo que ahora es $\frac{1}{4}$ de beneficio de lo anteriormente pactado.

Consecuente con lo anterior, el **problema jurídico** advierte que la figura de preacuerdos mal llevado o mal entendido puede dar lugar a que se propicie un alto índice de impunidad permitiendo declaraciones de culpabilidad para proteger a los verdaderos culpables, lo cual es agravado por la prohibición legal de la retractación del imputado o acusado una vez sea aprobado el preacuerdo por el juez. Por ello, es de vital importancia entender a cabalidad esta figura y aprovecharla en pro del favorecimiento de la política criminal del Estado y no para incrementar la impunidad.

Por lo anterior, es necesario aclarar e individualizar la figura del preacuerdo entendiéndola como mecanismo alternativo de terminación anticipada de los procesos penales que facilita la descongestión de la jurisdicción penal en cuanto reduce los tiempos de ejecución de la labor judicial, permitiendo además que las personas involucradas resuelvan con mucha mayor prontitud su situación, y se garantice una terminación de proceso efectiva para cada una de las partes e intervinientes.

⁴ El Debate Oral, Edición No. 9, publicación de la Comisión interinstitucional para la implementación del sistema acusatorio. En ACUÑA VIZCAYA José Francisco. **Sistema penal acusatorio: balance desfavorable. Periódico Universidad Nacional N° 97.**

Frente al tema tratado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-059 de 2010, puso de presente, entre otros aspectos, que el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible, como que 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; a la víctima se le debe escuchar e informar acerca de su celebración y, el juez velará porque el preacuerdo o negociaciones no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; además, en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos. De la misma manera esa corporación hizo énfasis en que se trata de una política criminal del Estado para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados.

En correspondencia con lo anterior, se presenta una contradicción, toda vez que a pesar de ser los preacuerdos una herramienta valiosa en el actual sistema penal, su inadecuado manejo puede generar mayor incredulidad en la imagen de la justicia penal y en el poder coercitivo del Estado en cuyas manos está la persecución penal, se evidencia entonces la necesidad de brindar los instrumentos teóricos para hacer de los preacuerdos la herramienta jurídica para combatir la delincuencia organizada en Colombia, mediante un mayor análisis de esta figura y de mejores derroteros que los señalados por la ley 906 de 2004.

De esta contradicción se desarrolla la siguiente situación problemática: Inexistencia de instrumentos teóricos claros para hacer de los preacuerdos la herramienta jurídica encaminada a combatir la delincuencia. De lo anterior surge la formulación de la pregunta en los siguientes términos: **¿Cómo los preacuerdos conlleva a combatir las organizaciones delincuenciales en Colombia, como mecanismo idóneo de terminación anticipada del proceso?**

En el derecho penal, la figura de los preacuerdos nace como la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; y, en contraprestación, se estimula la pronta reparación a la víctima, y se le otorga gran oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible.

El problema surge debido a que al analizar los preacuerdos, se ve la posibilidad de que sean una herramienta útil para combatir la criminalidad desvirtuando la creencia de que solo hay justicia cuando se impone una pena “ejemplarizante”, ya que a la sociedad le puede servir más el desmantelamiento de organizaciones criminales de todo tipo, que imponer una pena alta a una sola persona, si esa condena no hace mella en la estructura de la organización criminal, ya que el problema jurídico radica en si el Estado Colombiano cuenta actualmente en su sistema penal con herramientas jurídicas constitucional y legalmente eficaces para desarticular organizaciones criminales, desmontar aparatos de poder y descubrir a todos los responsables del injusto penal.

OBJETIVOS

Objetivo General

Establecer cómo los preacuerdos conlleva a combatir las organizaciones delincuenciales en Colombia, como mecanismo idóneo de terminación anticipada del proceso

Objetivos Específicos

- Exponer el origen de los preacuerdos, importancia, finalidad y garantías que otorga los ciudadanos administración de justicia en materia penal en Colombia.
- Evaluar los preacuerdos como mecanismo indispensable en la lucha contra la criminalidad organizada y la eficiencia en la administración de justicia para cada una de las partes e intervinientes que hacen parte del proceso.
- Determinar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia en materia de preacuerdos la utilidad o los aportes en lucha del crimen organizado.

HIPÓTESIS

La legislación procesal penal Colombiana establece como uno de los mecanismos de terminación anticipada del proceso, que la misma se surta por vía de preacuerdo.

La Constitución Política de Colombia prevé el acceso a la administración de justicia y a forma de implementación de la misma a través del debido proceso. Es de ésta forma que los preacuerdos como formas anticipada de terminación del proceso cumple el rol de buscar que el estado colombiano aplique la justicia en cada caso que la misma lo requiera.

Desde mi perspectiva como servidora pública, los preacuerdos han jugado un papel fundamental en la búsqueda de la justicia en materia penal, pues al existir una condena como responsable de alguna conducta, se estaría retribuyendo al Estado Colombiano y a la ciudadanía en general respecto a las personas que ocasionan un daño social con sus conductas; luego entonces, la justicia premial seria para cada una de las partes e intervinientes en el proceso, conllevando a un sistema de retribución de partes.

Sin embrago en materia de preacuerdos, la administración de justicia debería tener un cambio de enfoque que propenda por el desarrollo de esquemas prácticos que incrementen el número de sentencias condenatorias por preacuerdos y negociaciones dentro del ámbito constitucional y legal, sin violar los derechos de los procesados ni de las víctimas y tampoco afectar los intereses de la sociedad; es decir, lograr ser más eficientes en aspectos tales como la lucha contra la criminalidad organizada y la descongestión existente en el Sistema Penal Acusatorio, sin dejar de implementar mecanismos que no se vulneren derechos y garantías fundamentales.

MARCOS REFERENCIALES

Marco Teórico

Frente al marco elegido respecto al tema de investigación, se acogieron las teorías CAUSALISTA y FINALISTA las cuales establecen la tendencia respecto a lo que genera la conducta y la forma de terminación del proceso, y que se pretende respecto de a la implementación de los preacuerdos, así como un comparativo de ambas teorías y la necesidad de la aplicación de las mismas.

Teoría Causalista

El jurista alemán Franz Von Liszt quien con una tendencia finalista estableció que “la acción es un fenómeno causal – natural que trae como consecuencia un resultado que puede consistir en un delito.

El sistema causalista se caracteriza por su sencillez para ubicar la culpabilidad ya que para atribuir la responsabilidad a la persona solo se requiere la comprobación de la causa, tomándose al efecto como su consecuencia directa razón por la cual una persona siempre será culpable cuando se acredite su acción como causa del resultado.

Este sistema recibe el nombre de causalismo por basarse en el binomio de la causa-efecto. Para el causalismo naturalista, acción es un movimiento voluntario del cuerpo que causa un resultado, una modificación en el mundo material. La voluntariedad a que se alude es la necesaria para ordenar el movimiento (recoger el brazo, apretar el gatillo). Los aspectos volitivos del porqué se hizo la actividad se separan del concepto de acción, que queda circunscrita al movimiento y su resultado, extremos que deban estar vinculados casualmente.

Belting sostiene que existe acción si objetivamente alguien ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento, a lo que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad, el concepto de Beling consiste en que la acción debe afirmarse siempre que concurra una

conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa voluntad (es decir, no considera dentro de su concepto el contenido de la voluntad).

Esta teoría concibe al delito como un acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena.”

La teoría causalista distingue las fases internas del delito como la ideación, deliberación, resolución, y la fase externa del delito como es la exteriorización, preparación, ejecución.”

Teoría Finalista

Hans Welzel exponente de ésta teoría se apoya en los mismos elementos del delito que el casualismo (acción, tipicidad, antijurídica, culpabilidad y punibilidad).

“La acción es considerada siempre con una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente.

Para Welzel, la acción y la omisión, son dos subclases de la conducta típica, ambas a ser susceptibles de ser dirigidas por la voluntad final. Al autor de omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado”.

Frente a las teorías aplicadas, dígame que la teoría causalista se distingue de la finalista porque la primera considera a la acción como un producto causal atendiendo a la circunstancia del hecho y lo que generó el mismo, mientras que la segunda determina la dirección o propósito a ese producto causal, es decir existe una voluntad orientada en determinado sentido.

En éste sentido, debe indicarse que frente a estas dos teorías en materia de preacuerdos, la primera se determina como el origen de la implementación del mismo, mientras que la segunda es considerada como el resultado obtenido, que para el caso materia de estudio, sería como la retribución frente al daño ocasionado con la causa.

Marco Conceptual

El preacuerdo o la negociación, como su nombre lo señala, se caracteriza por la bilateralidad, el pacto, -si se quiere- la transacción, la convención, acerca de lo que será materia de definición judicial de fondo por parte del juez de conocimiento, acuerdo a cuyo acatamiento está vinculado el fallador a menos que se compruebe que se han violado garantías fundamentales, caso en el cual la solución estará por decreto de nulidad.⁵

“Podemos definir el *plea bargaining* como aquel procedimiento de definición de un proceso penal medido (sic) entre la acusación y la defensa mediante un acuerdo (*agreement*) sobre las condiciones a las que se subordinan la declaración de culpabilidad, conformándose con el cargo o los cargos que se le imputan, a cambio de una reducción de la condena o de alguna concesión del Estado”.⁶

Un preacuerdo, es un acto que se produce como consecuencia de una negociación completamente informal que se realiza entre el fiscal y el imputado o el acusado a través de su defensor, que puede llevar a la terminación anticipada del proceso, es decir sin tramitar rigurosamente todas las etapas procesales que consagra el código, o se puede dar la aplicación del principio de oportunidad, o sea la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal por parte de la fiscalía.⁷

En igual sentido se tiene que existen otras formas de terminación anticipada de proceso como los son los principios de oportunidad y las preclusiones de la investigación, que a diferencia de los preacuerdos, no dejan ningún antecedente u anotación respecto a la investigación seguida en contra del procesado.

⁵ Sentencia N° 20554-2005 Honorable Corte Suprema de Justicia. Salvamento de voto.

⁶ BARONA VILLAR, Silvia. La conformidad en el proceso penal. Tirant. Valencia. 1994. p.54.

⁷ ARIAS DUQUE, Juan Carlos y otros. El proceso penal acusatorio colombiano. Tomo I, Capítulo VII. p.108.

Marco Jurídico

Frente al marco jurídico, debe indicarse que su origen radica en la Constitución Nacional como norma rectora de la legislación Colombiana, puntualmente el artículo 29 y 229, estableciéndose de ésta manera la necesidad de la justicia frente a las necesidades de los agentes o ciudadanos.

Referente al tema objeto de investigación, los preacuerdos se han regulado bajo los presupuestos de la Ley 906 de 2004, la cual puntualizó en su artículo 348 lo relativo a la finalidad de los preacuerdos como herramienta de terminación anticipada del proceso.

Derivado a lo anterior, el articulado que se deriva de esa norma, dígase los artículo 349, 350, 351 y 352 establecen los parámetros en los cuales el legislador pretendió que la autoridad judicial competente adelanta esa figura jurídica; es decir, estudiara su procedencia, el momento procesal, las modalidades y estableció los casos excepcionales frente al momento establecido.

La jurisprudencia que atañe a la materia, indica que los preacuerdos están constituidos como referentes que permiten al sistema penal evaluar desde otra perspectiva la terminación anticipada de los procesos; es de esta forma, que los precedentes jurisprudenciales como la Sentencia C-1226 de 2005, que puntualizó frente al rol de las víctimas en los preacuerdos, propendiendo por la garantía fundamental del derecho a la participación de las decisiones que las afectan.

Ergo, en distintos pronunciamientos jurisprudenciales no solo se ha establecido el tema relativo a la actuación de las víctimas frente a los preacuerdo, sino las facultades del juez respecto a la verificación de los mismos, pues no se trata de un simple formalismo que conlleve únicamente a emitir un sentencia, sino de verificar al revisar la actuación se cometió algún yerro que se permita ser subsanado; lo anterior para no constituir vicios de garantía, de juicio o de estructura.

METODOLOGÍA

Esta es una investigación de carácter jurídico. Para desarrollar los objetivos propuestos se aplicaron métodos de investigación el hermenéutico⁸ como método de interpretación de textos legales, o de la legislación positiva en su conjunto, no sólo por la totalidad de disposiciones que forman el orden jurídico, sino por las reglas y principios que constituyen la doctrina aplicable al orden jurídico, así como las diferentes interpretaciones que sobre el mismo hacen los Jueces y Magistrados Colombianos, con ocasión a la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004, para entrar a analizar su aplicación como herramienta jurídica en la lucha contra los grupos delincuenciales.

Hipotético-deductivo⁹ como procedimiento o camino que se sigue en sus diferentes pasos: observación del fenómeno a estudiar, creación de una hipótesis para explicar dicho fenómeno, deducción de consecuencias o proposiciones más elementales que la propia hipótesis, y verificación o comprobación de la verdad de los enunciados deducidos comparándolos con la experiencia.

El análisis documental de fuentes secundarias y terciarias como forma de investigación técnica, se accede a los documentos y se seleccionan aquellos que son relevantes, lo que conlleva a utilizar el método empírico: La observación científica como técnica para obtener el mayor número de datos. Observar con un objetivo claro, definido y preciso el tema de los preacuerdos como herramienta para combatir la delincuencia.

Las fuentes e instrumentos para la recolección de información serán principalmente textos especializados en el tema y sentencias de la Corte Constitucional y la Corte suprema de Justicia.

⁸ <http://docenteuniciencia.blogspot.com.co/2013/04/hermeneutica-juridica.html>

⁹ Ibídem

CAPÍTULO I

REFERENTES CONCEPTUALES ACERCA DE LOS PREACUERDOS

1.1 Breve referente histórico de los preacuerdos en Colombia

Frente al tema de los preacuerdos, existen distintas doctrinas que se endilgan su origen, sin embargo, se puede decir que “el origen de este tipo de justicia en el ámbito del Derecho Penal a nivel internacional se puede situar en el movimiento de transformación que ha caracterizado el Derecho Penal desde los años 70, tras el declive de la rehabilitación y del desmoronamiento del Estado intervencionista”¹⁰.

De lo anterior se estima que a través de una solución negociada de los conflictos se constituía como una solución fácilmente aceptada que un arreglo impuesto. La justicia negociada aparece vinculada a la mediación, especialmente a los programas de mediación entre delinquentes y víctimas. Con ello se confunde la tradicional clasificación del Derecho Penal en el Derecho Público, introduciendo en el mismo, elementos del Derecho Privado.

“La Ley 2ª de 1984, establecía que una conducta se juzgaría inmediatamente cuando el investigado ofreciera su confesión pura y simple o cuando fuera capturado en situación de flagrancia; posteriormente el Decreto 050 de 1987, creó un procedimiento abreviado aplicable para casos de confesión simple o de flagrancia; luego con la sanción del Decreto 2700 de 1991, se incorporó en su artículo 37, el mecanismo de la terminación anticipada del proceso, en el cual el fiscal, de oficio o a solicitud del sindicado, podía celebrar una audiencia antes del cierre de la investigación, con lo cual se pretendía terminar anticipadamente el proceso penal. En esta audiencia, el fiscal y el sindicado en presencia del defensor, orientaban su actividad a llegar a un acuerdo en cuanto a los cargos imputables y la pena; concretamente en cuanto a la tipicidad, el grado de participación, la culpabilidad, las

¹⁰ <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4351-breves-reflexiones-sobre-la-justicia-penal-negociada-en-el-derecho-espanol-y-comparado/>

circunstancias agravantes o atenuantes, la pena, la posibilidad de ejecución condicional de la sentencia y la eventual preclusión por comportamientos menos graves.

En el evento de llegar a un acuerdo total o parcial, el mismo se documentaba en un acta, que frente a los cargos, debía observar los mismos requisitos de una resolución de acusación. Una vez acordados los términos, el acta pasaba a control judicial de legalidad, para que aprobado este, el juez dedujera una sexta parte de la rebaja de la pena. Este mecanismo fue muy cuestionado porque conducía a una indebida acumulación de rebajas de pena derivadas de una misma conducta del imputado, consistente en la admisión de su responsabilidad, el condenado tenía derecho a dos rebajas de pena paralelas; una por confesión (Artículo 299) y la otra por negociación de cargos y penas (Artículo 37).

Esta situación, condujo al descrédito del sistema de negociación de cargos y de penas, derivando en la Ley 81 de 1993 que modificó el decreto 2700 de 1991, estableciendo la audiencia especial que permitía obtener a un acuerdo entre el sindicado y el fiscal en caso de duda probatoria sobre una eventual acusación admitiendo la negociación de la pena a efectos de buscar que el juez aprobara un acuerdo de rebaja de penas como producto de la aceptación de unos cargos y de un determinado quantum punitivo. Constituía una negociación fundamentada en la duda probatoria que ante el principio del in dubio pro reo conllevaba a la preclusión de la investigación o a su mal uso, puesto que en otras ocasiones aunque hubiera condena, las rebajas recibidas por el procesado, le permitían gozar de libertad no obstante se probara plenamente su responsabilidad en el delito cometido generando desconfianza hacia el órgano judicial”.¹¹

Respecto a éste mecanismo, debía decirse que la implementación de los preacuerdos a cambio de la rebaja de pena buscaba en sí una terminación del proceso de manera más rápida, sin embargo debe entenderse que la misma carecía de labor investigativa; es decir, no se contaba con el conocimiento más allá de toda duda respecto a la responsabilidad penal del

¹¹ VELAZCO, María. Preacuerdos y Negociaciones en el Nuevo Código de Procedimientos Penal. Universidad Cooperativa de Colombia centro de investigaciones socio jurídicas facultad de derecho. 2006.

encartado, conllevando de ésta forma al mal uso de las formas de terminación del proceso, generando inestabilidad jurídica frente a la responsabilidad del acusado.

Ahora, se constituyó otro antecedente es la indemnización integral entrada en vigencia también en virtud de la Ley 81 de 1993 que permitía terminar el proceso anticipadamente, mediante la preclusión de la investigación o la cesación del procedimiento, dependiendo de la etapa en que se encontrara el proceso, siempre que el infractor hubiese pagado pecuniariamente el valor de los perjuicios a la víctima en el caso de los delitos que lo permitían.

Igualmente, el artículo 57 del Decreto 2651 de 1991 planteó la figura de la sentencia anticipada que mediante la Ley 81 de 1993 fue consagrada en el procedimiento penal colombiano rigiendo hasta la ley 599 de 2000. Aquí, el fiscal fundamentado en prueba suficiente de responsabilidad, formula unos cargos al procesado y este los acepta o los niega. Tal actuación vertida en un acta, da fe de unas decisiones tomadas al amparo de la ley, pero que deben ser avaladas por un juez, quien controlando que en la aceptación de los cargos no se hayan violado las garantías constitucionales, impone la pena. A diferencia de la anterior, en esta no se autoriza a las partes a adelantar negociación alguna sobre los cargos ni sobre la pena, solamente hay una solicitud directa del procesado para que se le adelante el fallo.

La Ley 600 de 2000 trae una serie de beneficios o premios por la colaboración eficaz en identificar dirigentes, cabecillas, bienes, lugar de permanencia del secuestrado e información para identificar a quienes participaron del delito. Del mismo modo, una rebaja de la pena para quien se acoja a sentencia anticipada. Por su parte, la Ley 906 de 2004 entra a establecer la figura de los preacuerdos y las negociaciones.

En nuestro país, el sistema premial irrumpe con anterioridad a la figura de los acuerdos propiamente dicha. Este sistema, al igual que en Estados Unidos, se direccionó en pro de persuadir a integrantes de poderosas organizaciones como los carteles del narcotráfico, con el fin de afectar y desarticular dichas organizaciones. Sin embargo, a manera de crítica, el mismo se ha desnaturalizado y por lo mismo se ha llevado como una resolución anticipada

de proceso, mas no como objetivo por el cual fue creado; pues en su gran mayoría, debe indicarse que los preacuerdos dan un beneficio al procesado por los descuentos que el mismo logra, pero frente a la desarticulación de bandas criminales, son escasos los casos en que se presenta.

Dentro de un sistema penal, los mecanismos de solución alternativa de conflictos permiten hacer más ágil el trámite del proceso penal, por cuanto la sentencia proferida después de haberse agotado la totalidad de las etapas procesales no es la única forma de terminación del proceso, sino que se admiten otras formas que podrían denominarse anormales o atípicas por permitir una conclusión precoz de la actividad procesal.

El artículo 350 de la Ley 906 de 2004 recoge lo que en el sistema estadounidense se conoce como el “*plea bargaining*”, bajo la modalidad del “*charge bargaining*”¹². En efecto, el fiscal acuerda eliminar alguna causal de agravación punitiva u otros cargos a cambio de una declaración de culpabilidad por parte del procesado por uno de los delitos imputados o tipifica la conducta de manera más favorable, a cambio de que el procesado acepte su responsabilidad por la nueva imputación más benigna. De otra parte, si se observa el contenido del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, cuando se refiere a las modalidades de los preacuerdos y negociaciones, expresamente señala que “También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias”, de lo cual se deduce que el objeto de la negociación o acuerdo también lo puede constituir la imputación fáctica, la jurídica y la pena.

En la legislación colombiana, históricamente se ha establecido tanto legal como jurisprudencialmente la manera en como atribuirle beneficios a los procesados a cambio de terminaciones anticipadas de procesos; esos escenarios ya se han remontado a otros temas que en algún momento se consideraron distintos o tabúes respecto a la manera de impartir justicia en Colombia. Por consiguiente, debe entenderse los preacuerdos como un mecanismo que ha evolucionado en la legislación procedimental penal, pero que requiere de algunas

¹² Ver Barona Villar. *La conformidad en el proceso penal*, cit., pp. 62 y ss.; Ernesto L. Chiesa Aponte. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, vol. iii, Forum, 1993, pp. 282 y ss.

adiciones para convertirse en la herramienta jurídica indispensable para lograr administrar eficientemente la justicia.

1.2 Aspectos generales de los preacuerdos

“Conforme al artículo 350 de la Ley 906 de 2004, se puede preacordar desde la audiencia de Formulación de la Imputación; no obstante, nada impide que el fiscal y el imputado puedan iniciar las conversaciones tendientes a preacordar antes de formularse la imputación, evento en que el juez no puede negarse a la aprobación del acuerdo”¹³.

Un aspecto que no está totalmente claro en los preacuerdos, es si la Fiscalía debería preacordar pese a contar con evidencia física, elementos materiales de prueba o información legalmente obtenidos suficientes para acusar, o si se puede preacordar cuando haya duda probatoria o la prueba sea exigua.

De lo extraído en el documento de Acuerdos y Preacuerdos, debe decirse que la labor investigativa va encaminada a la cantidad de elementos probatorios contemplado en el inciso 3° del artículo 327 del nuevo CPP, y ello refiere que éste mecanismo debe exigir un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta por parte del encartado y su tipicidad; lo anterior, en el entendido que permitiría a una persona inocente que por el temor de un proceso, llegue a aceptar un preacuerdo profiriéndose así se emita un fallo de condena en su contra.

Lo anterior debe tenerse respeto a la negociación preacordada, como una manifestación de culpabilidad por parte del encartado, al manifestar su culpa, se estaría renunciando a los derechos de no auto incriminación, de tener un juicio público, contradictorio, concentrado, imparcial y con inmediación de las pruebas contemplados en los literales b y k del principio rector del procedimiento contenido en el artículo 8° de la Ley 906/04; es decir, que si bien el acusado busca una terminación efectiva de su proceso, la renuncia a sus derechos consagrados en los literales enunciados, o su manifestación de culpabilidad, no está

¹³ ACUERDOS Y PREACUERDOS. Versión definitiva Junio 20 e 2005. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa.

supeditada a establecer que ya es culpable, pues como se ha dicho con antelación, se requiere de una valoración probatoria que no vulnere la presunción de inocencia pues aunque estamos frente a una manifestación de culpabilidad, siempre debe existir, además de exigirse el conocimiento más allá de toda duda al juez que dicte el fallo como lo establece el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

De lo anterior, la legislación penal colombiana permite preacordar en presencia de una adelantada investigación donde los elementos probatorios sean suficientes, pues de ser así, conlleva a una excelente actividad investigativa y por lo mismo a un resultado que se produce por realizarse una negociación frente a los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación; máxime cuando frente a las posibilidades contempladas en el artículo 350 del CPP que determina los escenarios para preacordar, y el resultado depende que el sujeto pasivo de la acción penal al obtener a cambio los beneficios de ley en materia punitiva.

Bajo esta postulación realizada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la cual permitió a los jueces de instancia valorar el caudal probatorio, independientemente de que el mismo conlleve a la culpabilidad; lo que se buscó fue instituir la figura como un mecanismo propio de desarticulación criminal; sin embargo el mismo no ha obtenido el eco que el legislador buscaba con esa medida; ergo, si es un mecanismo legal e idóneo para la terminación anticipada de procesos en Colombia.

1.3 Finalidades de los preacuerdos

El artículo 348 del Código de Procedimiento Penal las determina de la siguiente manera: 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 participación del imputado en la definición de su caso.

Desde mi punto de vista, los preacuerdos tendrían otra finalidad que aunque no está inmersa en el Código, es pertinente y hace alusión a la justicia premial, en la medida en que se incentive al imputado o acusado, a colaborar con la justicia en la lucha contra el crimen organizado.

Se destaca también la prontitud en la solución de conflictos judiciales: “... lo que redundará en mayor eficacia y prestigio de la administración de justicia y una notable economía en su funcionamiento; constituye valioso instrumento de lucha contra la delincuencia; la terminación anticipada proyecta sus beneficios en forma amplia sobre el imputado o acusado, la víctima, los funcionarios intervinientes en la actuación penal y sobre la sociedad; desarrolla un derecho premial intenso en el procesado a quien lo involucra de este modo en la solución del conflicto.”¹⁴

A este referente, la modalidad del preacuerdo concebida como una forma de terminación del proceso, se encuentra carente de resultados frente a lo que se buscó con su implementación; pues si bien en delitos considerados querellables consignados en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal son una ventaja evitando llevar a juicio a esa clase de delito; frente a los delitos considerados graves, únicamente se está finalizando anticipadamente el proceso, pero en muy pocos casos se están llegando a desarticulación de bandas criminales para poner fin o solución al conflicto.

1.4 Diferencias en cuanto a la naturaleza y efectos del preacuerdo y el Allanamiento a Cargos

Debido a que estas dos figuras guardan similitud incluso encuentran regulación en el mismo Título, Capítulo y Libro del Código de Procedimiento Penal de 2004 (artículos 348 a 354, en concordancia con el 288), es importante ilustrar las importantes diferencias mantienen y que son relevantes a la hora de fijar sus efectos. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril de 2011 aporta valiosos elementos que permiten diferenciar estas dos figuras así:

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, casación 21954 del 10 de mayo del 2006. M.P. Jorge Luís Quintero Milanés.

Cuadro N°1 Diferencias en cuanto a la naturaleza y efectos del preacuerdo y el allanamiento.

PREACUERDOS	ALLANAMIENTO
Las dos figuras constituyen modalidades de terminación abreviada del proceso que se traducen en el reconocimiento libre, consciente, espontáneo e ilustrado de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta punible motivo de investigación Mediante tal acto unilateral -o consensuado- el imputado o enjuiciado, según el caso, renuncia no sólo al derecho de no auto incriminación, sino a la posibilidad de tener un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial, a allegar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra, a cambio de obtener, dependiendo del momento en que se dé esa manifestación una sustancial rebaja en la pena.	
Es un acto bilateral que siempre debe contar con la anuencia de las partes.	Esta aceptación pura y simple, emerge, en cambio, por voluntad exclusiva del imputado o acusado.
Existe negociación entre la fiscalía y el imputado	La persona simplemente se acoge a los cargos imputados
Al celebrar un preacuerdo el fiscal y el imputado o acusado, según los elementos de prueba y evidencias recaudadas en la actuación, pueden pactar o negociar -entre otros- sobre aspectos tales como los siguientes: i) el grado de participación, ii) la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, iii) una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, iv) su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, v) la sanción a imponer, vi) los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad, vii) los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 del artículo 32 del Código Penal, viii) las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas ix) la ira o intenso dolor, x) la comunicabilidad de circunstancias, xi) la eliminación de casuales genéricas o específicas de agravación y, xii) las	Entendido como la pura y simple aceptación de cargos, el acusado o imputado se somete voluntaria y unilateralmente a los cargos tal como se los formula la fiscalía sin posibilidad alguna de negociar alguno de los aspectos citados en los preacuerdos.

conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos. ¹⁵	
Ambas partes lo ceden a la hora de aprobar el preacuerdo, al imputado o acusado que tiene la facultad de tomar parte en la determinación de los cargos que habrá de aceptar.	Solamente el que se somete es quien cede.

Fuente: Interpretación de la autora del trabajo.

1.5 Las garantías fundamentales en el Sistema de Acuerdos y Negociaciones

1.5.1 Preacuerdos y principio de legalidad procesal

En el examen que se efectúa a la figura de los preacuerdos, es que en algún momento puede existir una posible vulneración del principio de legalidad procesal, entendido como uno de los principios básicos del Estado de derecho liberal. La práctica de los preacuerdos suele afectar tres pilares fundamentales del sistema penal como son: los derechos del imputado o acusado, los derechos de la víctima y los derechos de la sociedad, problemas a los que afortunadamente han hecho frente las altas Cortes de nuestro país y están intentando, a través de la jurisprudencia, concientizar a los señores jueces, fiscales y defensores, sobre la correcta aplicación de este mecanismo, sin faltar al principio de legalidad procesal.

Dicho principio constituye una exigencia de seguridad jurídica, y a la vez una limitación al poder, “una garantía para los particulares que pueden controlar, de esta forma, al funcionario que, en régimen de monopolio en el sistema procesal mencionado, ejercita la acción penal”¹⁶. El principio de legalidad hace parte del debido proceso aplicado a toda clase de actuaciones, en materia penal prima la favorabilidad de la ley, la presunción de Inocencia, derecho a la

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho, radicación 34829 del 27 de abril de 2009.

¹⁶ ARMENTA DEU, Teresa, Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España, Barcelona, PPU, 1991, p. 186.

defensa, controvertir pruebas, doble instancia, todo ello consagrado el artículo 29 de la Carta Política. Entendiendo así el debido proceso como las garantías ofrecidas a los involucrados en el proceso penal.

En virtud de este mismo derecho el poder legislativo tiene la libertad de configuración mencionado en sentencia T- 361 de 1997- M.P. Carlos Gaviria Díaz- esto indica que “los derechos fundamentales y garantías constitucionales no serán desconocidos en el momento de preacordar.

Los preacuerdos deben respetar el principio de legalidad y los derechos de los actores procesales En aras de atender razonablemente a la necesidad social de justicia y de igual manera evitar agravar situaciones - a causa de la demora de la justicia - del acusado cuando se le declara inocente”.

El problema radica en parte en el desconocimiento de la figura de los preacuerdos que servirá para agotar herramientas en pro del desmantelamiento de bandas criminales y de la reparación de las víctimas. Por ende, la legalidad no se vulnera con los preacuerdos, por el contrario, los mismos siempre deben partir en cada caso concreto de la tipicidad de los hechos punibles y por ello la misma puede ser modificada en función de la eliminación de cargos.

Pero no es solamente al fiscal a quien le corresponde garantizar los derechos del acusado, sino también a su defensor, porque para que el preacuerdo sea válido se requiere que exista la defensa técnica; es decir, la permanente asistencia del profesional del derecho durante todo el proceso de negociaciones, exigencia que en el sistema colombiano tiene un carácter absoluto y de la cual no se puede prescindir porque su ausencia genera la invalidez de la actuación.

Pero sobre todo es el juez quien tiene un papel muy importante en la protección de los derechos del acusado en estos casos, porque a él le corresponde, en principio, garantizar que el imputado puede ser sujeto de una negociación, que se encuentra en capacidad de comprensión para el resultado el mismo, y para ello debe formularle un adecuado

interrogatorio establecido en los artículos 131 y 293 del Código de Procedimiento Penal con el fin de verificar no solamente su sanidad mental, sino también el grado de inteligencia que le permita entender todas las circunstancias que rodean esa negociación.

No basta con la simple pregunta sobre la comprensión o no del acuerdo, sino que debería dirigir el interrogatorio hacia los hechos, para inferir si conoce la naturaleza de los cargos sobre los cuales está aceptando su responsabilidad. Se debe tener especial cuidado al aplicar la modalidad de los preacuerdos, para no desconocer el principio de legalidad, al conceder atenuantes sin soporte probatorio y desconocer agravantes debidamente probados.

El principal reproche que desde la doctrina y del garantismo penal se ha hecho al sistema de justicia consensuada, especialmente la estadounidense radica en el hecho de que la ausencia total de un control distinto a la verificación de la aquiescencia del imputado riñe con la función de averiguar la verdad procesal, conforme a las garantías del debido proceso:

“Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales sobre la que se basa...la ‘democracia sustancial’

”... Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas [...], ningún consenso –ni el de la mayoría, ni el del imputado– puede valer como criterio de formación de la prueba”¹⁷.

Se ha dicho también que el acuerdo sin ningún control judicial tiende a reflejar el criterio que haya logrado imponer una de las partes que la verdad real de lo acontecido:

“Como lo enseña la psicología del juego de la negociación, el más poderoso, concretamente, es

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 27.

quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica. Por tanto, los acuerdos transforman al proceso penal, concebido hasta ahora como un conflicto de valores decidido por el juez como un tercero imparcial, en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos”¹⁸.

“Así las cosas, ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho, puede condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales”¹⁹.

Es cierto que el fiscal tiene el monopolio de la acusación, pero su discrecionalidad no es absoluta en cuanto a la formulación de los cargos, pues éstos deben tener un respaldo fáctico y una adecuada ubicación jurídica, por ello ya la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre obligación que tiene el ente acusador de respetar el principio de reserva legal y adecuar los hechos a la norma jurídica que corresponda, sin crear nuevas figuras que violaría el principio de tipicidad o de taxatividad.²⁰

La Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C- 1260 de 2005, indicó que la facultad otorgada al fiscal en el artículo 350 del código de procedimiento penal le permite imputaciones menos gravosas para el imputado o acusado, pero no seleccionadas en una forma absolutamente libre, sino siempre soportada en la situación fáctica que le presente el proceso, bajo cuyos parámetros se declaró la exequibilidad de la norma.²¹

¹⁸ SCHUNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 298.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 37209 del 23 de Noviembre de 2011

²⁰ En el presente caso, el numeral 2 del artículo 350 cuestionado, refiere expresamente a que el Fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal, entre otro, tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena. Una interpretación sistemática de la norma en su conjunto permite concluir que no se trata de entregarle al Fiscal la facultad de crear tipos penales nuevos, es decir, por fuera de los establecidos en el Código Penal, con el fin de llegar a un preacuerdo con el imputado, desconociéndose de esta manera el principio de reserva legal, así como el de taxatividad penal. (Corte Constitucional. Sentencia C-1260 /05)

²¹ “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

El traslado al sistema procesal colombiano de la figura de los preacuerdos y negociaciones, que es propia del derecho estadounidense, no puede desligarse de la sujeción irrestricta a criterios y valores del Estado Social de Derecho, ya que en muchos casos, una persona inocente puede ser presionada para que acepte el acuerdo que le ofrece la fiscalía. Esta situación fue cuestionada por primera vez en el caso de Brady 1970 contra el estado de Maryland²² cuando el acusado, Robert Brady, trató de cambiar su declaración después de haber aceptado declararse culpable de secuestro de una sentencia más leve. Según Brady, sólo admitió culpabilidad a fin de evitar la pena de muerte. Al oír el caso, sin embargo, la Corte Suprema determinó su declaración era válida porque podía haber rechazado la oferta del fiscal.

Acerca de la renuncia a tales derechos para efectos de adelantar negociaciones con la Fiscalía, la Corte Constitucional dijo en la sentencia C-1260 de 2005 que ello no vulnera la Carta Política, en la medida en que la voluntad libre, consciente e informada del imputado, quien siempre deberá estar asesorado por su defensor, sea constatada por el funcionario de conocimiento mediante un interrogatorio y con la presencia del Ministerio Público.

El máximo tribunal en sede de control constitucional consideró ajustado a la norma superior que los preacuerdos sólo tengan fuerza vinculante para el juez cuando no vulneren las garantías fundamentales, de manera que, si éste advierte cualquier menoscabo en tal sentido, rechazará la manifestación de culpabilidad del imputado²³. Esto último, con fundamento en una interpretación armónica y sistemática del inciso 4º del artículo 351 y del inciso 2º del artículo 368 de la ley 906 de 2004, que señalan lo siguiente:

“Artículo 351-. Modalidades...

”...Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que

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 (...)” (Corte Constitucional. Sentencia C-1260 /05).

²² www.law.cornell.edu/supremecourt/text/397/742 - 20 de noviembre del 2013-.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas.

ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

”Artículo 368-. Condiciones de validez de la manifestación.

“... De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad”.

Adicionalmente, la Corte Constitucional, en la referida providencia, reiteró la doctrina plasmada en el fallo C-425 de 1996 para el trámite de la figura de la sentencia anticipada, en el sentido de que el juez de conocimiento debe rechazar toda manifestación de culpabilidad ante cualquier error fáctico o jurídico que implique menoscabo a los derechos y garantías fundamentales, tal como se hacía en el anterior sistema procesal penal:

“...es el juez del conocimiento quien debe velar por la protección de los derechos fundamentales del procesado, mediante un control de legalidad de la actuación, el que cubre no sólo los aspectos formales o procedimentales sino también los sustanciales o de fondo.

”... En consecuencia, 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”²⁴.

Este criterio acerca del control sustancial que ejerce el juez ya había sido aludido por la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005 para el sistema de procedimiento penal consagrado en la ley 906 de 2004:

“... la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005, citando a la sentencia C-425 de 1996.

conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, [pues tiene que] buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, [...] ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”²⁵.

También fue ratificado en el fallo C-516 de 2007, cuando dicho tribunal sostuvo que el control que ejerce el funcionario de conocimiento es de carácter eminentemente judicial:

“El control sobre los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado o imputado es judicial, debe ser ejercido por el juez de conocimiento, quien verificará si el mismo desconoce o quebranta garantías fundamentales. Sólo recibirán aprobación y serán vinculantes para el juez de conocimiento cuando superen este juicio sobre la satisfacción de las garantías fundamentales de todos los involucrados en la actuación (arts. 350 inciso 1° y 351 inciso 4° y 5°).”

“El ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (art.10); el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 4), así como el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (art. 5)”²⁶.

Por ello, no teniendo posibilidad el juez de formarse un criterio en torno a la responsabilidad del procesado como producto de presenciar la práctica de las pruebas en un juicio oral, el

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-516 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

juez debe ser especialmente riguroso en la constatación de los elementos que constituyen la responsabilidad penal. No basta, en consecuencia, partir del supuesto de que habiendo una renuncia al juicio, se dan por probados los elementos de la responsabilidad penal, pues, la garantía de que la condena tenga como fundamento la prueba de responsabilidad penal es irrenunciable.

1.5.2 Preacuerdos y principio de imparcialidad

La imparcialidad es garante en el juicio oral, buscando establecer objetivamente la verdad y justicia. Este principio es visible en todo el proceso. Es la obligación de los jueces, en el ejercicio de sus funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, de orientarse por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia. El principio de imparcialidad consistente en buscar la verdad y en amparar los derechos fundamentales: “El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto “representativo”, puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados: al contrario que el poder ejecutivo o el legislativo, que son poderes de mayoría, el juez juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, para la tutela de la libertad de las minorías”²⁷.

En este orden de ideas, la garantía de la imparcialidad se traduce, entre otros aspectos, en que el funcionario de conocimiento carezca de cualquier interés privado o personal en el resultado del proceso ni siquiera busque dentro del mismo un beneficio público o institucional distinto al respeto irrestricto de las garantías fundamentales; particularmente, que no haya ejercido o mostrado la intención de ejercer funciones afines a la acusación, ni tampoco a favor de los designios del procesado, durante el transcurso de la actuación procesal.

En este orden de ideas y en aras de la preservación de este principio la actividad del funcionario en

²⁷ Ferrajoli, *Derecho y razón*..., pág. 580.

el ejercicio del control judicial dentro del trámite de las negociaciones adelantadas entre la Fiscalía y el acusado, se limita, de conformidad con lo señalado en los artículos 351 inciso 4º y 368 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, a aprobar el escrito de preacuerdo, “caso en el cual los términos consignados en el mismo obligarán al juez en la imposición de la condena, o bien a rechazarlo por vulneración de derechos fundamentales, decisión respecto de la cual las partes podrán interponer el recurso de apelación, tal como lo reconoció la Sala en pretérita providencia”²⁸.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 12 de diciembre de 2007, radicado 27759. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

CAPÍTULO II

LOS PREACUERDOS COMO HERRAMIENTA JURÍDICA GARANTISTA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PARA COMBATIR LAS ORGANIZACIONES DELINCUENCIALES EN COLOMBIA

2.1 La Delincuencia Organizada en Colombia

“El fenómeno criminal ha venido cambiando en la medida en que el mundo ha venido evolucionando, las actividades criminales clásicas llevadas a cabo de manera individual, han estado mutando hacia una forma de criminalidad como empresa. Los grupos delinCUenciales se caracterizan por encontrarse en condiciones de actuar, tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica”²⁹.

En opinión de Blanco Cordero³⁰, grupos delinCUenciales como la Cosa Nostra, Camorra, N’Drangueta, los Yakusas Japoneses, las triadas chinas, los carteles de las Drogas Colombianos, Mexicanos, y Norteamericanos, las organizaciones Rusas, Turcas, Curdas, Italoamericanas, etc., representan un volumen económico anual estimado en un billón de dólares, tres veces superior al presupuesto nacional Francés y más del 50% de esta cifra, alrededor de 500.000 millones de dólares, ingresan en el circuito financiero internacional con capacidad de producir rentabilidad.

Información industrial y militar, armas, drogas, dinero de origen ilícito, materiales radioactivos, mano de obra, tráfico de personas, órganos humanos, embriones, obras de arte, animales, etc., son bienes cuyo intercambio a nivel mundial ha generado un nuevo sector de la economía mundial. Según el GAFI³¹ -Grupo de Acción Financiera Norteamericano-, las principales fuentes de ganancias ilegales son: los fraudes con tarjeta de crédito, insolvencias punibles, el tráfico de drogas, el fraude bancario y los delitos societarios. Gran parte del

²⁹ BLANCO, C. I. Criminalidad organizada y mercados ilegales. En: Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, No. 11- 1997, págs. 213 – 231.

³⁰ Ob cit

³¹ GAFI. (1997). Financial Action Task Force on Money Laundering, typologies. Exercise Public Report, No. 10, 5 de febrero de 1997.

dinero de origen ilegal que ingresa al sistema financiero, procede de la criminalidad organizada. A nivel internacional, los grupos criminales más exitosos se ubican en Italia, Japón, Colombia, Rusia, Europa del Este, Nigeria y el Lejano Oriente.

Las asociaciones criminales se caracterizan por su elevada complejidad a nivel organizativo, que adoptan modelos y estructuras de tecnología de punta, lo que ha llevado a algunos investigadores, como Arlacchi³², a calificar el hecho como “industria del crimen”, “empresas criminales” o “multinacionales del crimen”. Si bien es cierto que la organización criminal es considerada como tal, por la ejecución de actos delictivos, esta no se fundamenta en el ejercicio de cometer el delito, su función principal es la rentabilidad económica, y el delito constituye solamente un instrumento para la consecución en primera línea de fines materiales, para cuya extensión el grupo se puede servir también, y de hecho se sirve, de medios ilegales.

Bajo la interpretación del artículo de la revista www.psicologiacientifica.com/el-crimen-organizado/, el accionar criminal es un medio para alcanzar el fin principal; es decir, el máximo de ganancias económicas. Pero si tal fin se puede alcanzar recurriendo a medios legales, los cuales relevaren a los medios criminales. En otras palabras, la organización delincuencia realiza negocios tanto legales como ilegales, según su conveniencia.

La delincuencia organizada actúa con criterios empresariales claramente establecidos, planificando sus actividades de acuerdo con los criterios económicos de la oferta y de la demanda, previendo las consecuencias de la acción investigativa y penalizadora del Estado, situación que les permite regular el alza o la baja de precios. De igual manera, estructuran su actividad con la división del trabajo y la especialidad de la mano de obra. En Colombia, esto es absolutamente claro; no es sino observar el modelo gerencial de las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, de las bandas organizadas de secuestradores, de los grupos que lavan dinero, de las organizaciones multinacionales, del tráfico de personas, del comercio de insumos para el procesamiento de la coca, de los carteles de la gasolina, de los falsificadores, etc.

³² ARLACCHI, P. (1985). Tendencias de la criminalidad organizada y de los mercados ilegales en el mundo actual. Poder judicial, No. 16, septiembre de 1985.

Muchos de los delinquentes organizados trabajan, frecuentemente, como empresarios normales (en Colombia tenemos el ejemplo de los primos NULE³³ que fungían como grandes contratistas de obras públicas o los directivos de la corredora de bolsa INTERBOLSA³⁴) que pasan abiertamente desapercibidos como ilegales, pero que gozan de reconocimiento social como grandes empresarios o exitosos hombres de negocios.

En Colombia, la corrupción es una de las mayores fuentes de riqueza del crimen organizado. Según un informe de la Corporación Excelencia para la Justicia³⁵, Colombia ocupa el lugar número 72, en la escala de los países más corruptos del mundo. En este mismo informe, se anota que, de acuerdo con investigaciones realizadas por Confecámaras, el sector privado ha estado involucrado en el 79% de los casos de corrupción, equivalente a unos 2.3 billones de pesos para el año de 1998. El área más afectada es la contratación administrativa, principalmente en los procedimientos de liquidación, adjudicación y firma de contratos.

Aunado a lo anterior, el mismo estudio muestra que la percepción de la ciudadanía sobre la honestidad de las entidades gubernamentales, presenta en el nivel de deshonestas (en la investigación 1 es deshonesto y 7 honesto) a entidades tales como la DIAN (3.5), Fuerzas armadas (3.8), Consejo Nacional Electoral (3.3), Bancos Públicos, (2.9), Seguro Social (2.3) Congreso Nacional (2.0). De igual manera, el 69% de los encuestados por el DANE. En la encuesta nacional de justicia 1997 consideran que la justicia no opera (43%), que hay ausencia de autoridad (14%), y que no se cree en las autoridades (12%) como las razones más importantes para no acudir al sistema judicial en busca de justicia. En Colombia, es además importante tener en cuenta, que cuando el Estado no cumple con sus funciones coercitivas, básicas, por falta de presencia en zonas o territorios delimitados, o en mercados ilegales, en estos lugares surgen espontáneamente instituciones para-estatales abiertamente ilegales y de connotaciones criminales que lo reemplazan.

³³ www.semana.com/nacion/articulo/la-caida-del-grupo-nule/121790-3 -11 de septiembre del 2010.

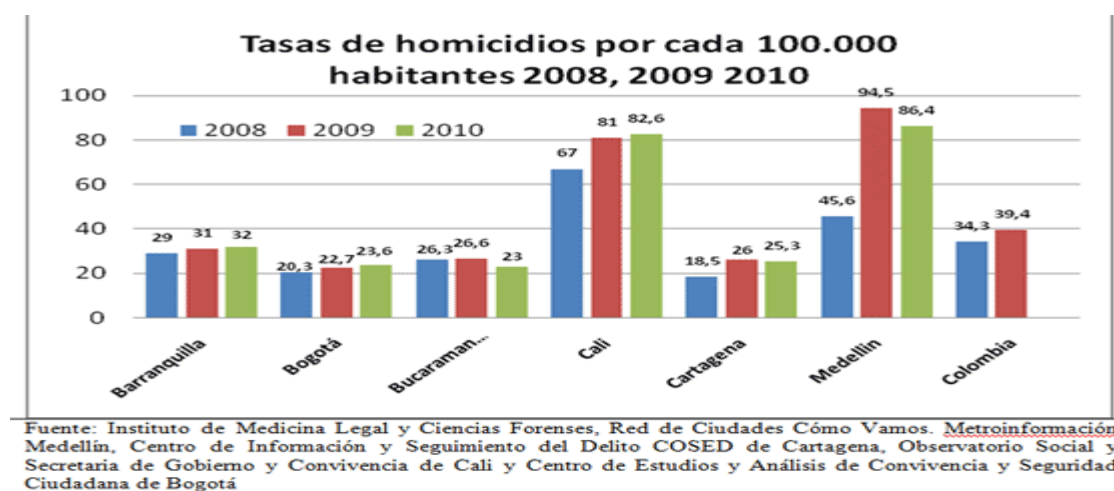
³⁴ www.semana.com/nacion/articulo/la-carcel...caso-interbolsa/369520-3 -27 de diciembre del 2013-

³⁵ C.E.J. (2000). Percepciones sobre la corrupción en la justicia y régimen disciplinario, Justicia y Desarrollo: Debates, Año III No. 12 Junio 2000

A nivel nacional, la Constitución nacida en 1991 contiene un catálogo de los derechos fundamentales e inalienables de los ciudadanos. Las diferentes ramas del derecho traducen estos principios en normas concretas para garantizar a los ciudadanos el goce de sus derechos y para definir sus límites de manera transparente e inequívoca. En este mismo sentido las normas penales hacen parte de la estrategias políticas para combatir la criminalidad, pese a ello el alto índice de criminalidad en nuestro país es alarmante y las políticas de Estado no son lo suficientemente efectivas en pro de combatir este flagelo nacional.

Como evidencia del problema se presentan los datos suministrados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que reportó para el 2010 “un aumento del delito de homicidio de un 16%, al pasar de 15.250 casos registrados en el 2008 a 17.717 en el 2010. Este aumento de la violencia homicida se hace evidente cuando se mira el incremento de las tasas de homicidios en las principales ciudades del país en los últimos años, como se puede ver en el siguiente gráfico:³⁶

Grafica N° 1 Tabla de homicidios por cada 100.000 habitantes para 2012

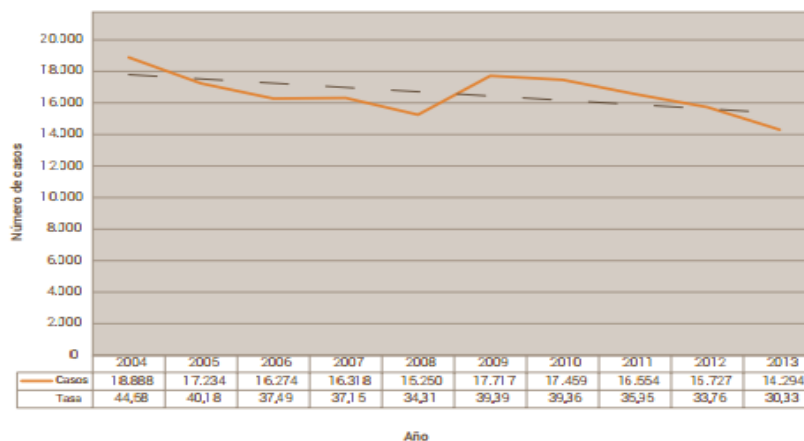


Grafica N° 2 Tabla de homicidios por cada 100.000 habitantes para 2013³⁷

³⁶ www.medicinalegal.gov.co/index.php/estadisticas/forensis/703-forensis-2012

³⁷ <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/10180/188820/FORENSIS+2013+2-+homicidio.pdf/2af79b03-2a12-4341-a9a7-c3d9a251c38f>

Figura 1. Homicidios, casos y tasas por 100.000 habitantes. Colombia, 2004-2013



Fuente: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses / Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia / Sistema de Información Red de Desaparecidos y Cadáveres / Sistema de Información Nacional de Estadísticas Indirectas. Tasas calculadas con base en las proyecciones de población DANE 2005-2020.

Por otra parte, bastaría con tomar las cifras históricas presentadas a comienzos de diciembre de 2012 para darse cuenta que en Colombia “el secuestro, la extorsión, los actos terroristas y el hurto de vehículos -delitos que desde el año 2003 habían venido registrando importantes disminuciones- volvieron a aumentar durante los últimos años”³⁸.

El panorama hasta acá planteado nos permite hacer una reflexión sobre las posibles alternativas para la lucha contra el crimen organizado, pues se debe dar un gran giro en la investigación judicial por parte de la Fiscalía General de la Nación, la cual prácticamente abordando el fenómeno delincriminal no como algo aislado, conformándose con llevar a los estrados judiciales casos de captura en flagrancia, cuando lo cierto es que se debe mirar es la macro criminalidad, relacionando los casos, juntarlos, dedicar equipos de investigación criminal suficientes y dotados de las herramientas necesarias, fortalecer además el programa de protección de testigos, ofreciéndoles a los testigos que quieran colaborar, con la colaboración de otros países, residenciarse en el exterior, cambiar su nombre, ofrecerles empleo o ayuda para realizar un oficio remunerado, a cambio de información tendiente a desarticular la organización criminal.

³⁸ www.mindefensa.gov.co/irj/portal/Mindefensa. Consultado el 28 de agosto de 2013.

Los Gobiernos no solo deben buscar la paz a través de diálogos o de lucha armada contra los grupos alzados en armas, sino que para que haya verdadera paz, debe crear condiciones para que la gente entienda que para la convivencia social se debe respetar la ley y no como ahora donde el delito produce tan buenas ganancias y tan pocas restricciones, por ello la posibilidad de formar una empresa criminal es muy llamativa. En estos tiempos, el delito ya no es el resultado de un sujeto anormal y peligroso, sino una actividad de personas que han venido escalando en su carrera criminal para salir de la pobreza o sencillamente se trata de personas encumbradas, con reconocimiento en la sociedad, altamente capacitadas y especializadas, que ven una gran posibilidad de obtener riqueza y dispuestos a utilizar cualquier medio, ayudados por una aliada de inmenso poder como es la corrupción, que se fundamenta en el afán de riqueza de todo aquel que cae rendido por la tentación del dinero fácil. El gran peligro del crimen organizado es que la víctima no es una sola, sino la sociedad entera que tiene que convivir con ella asustada o impotente, ya que la concepción individualizadora del derecho penal no permite restaurar el daño que produce en todo el conjunto social pues el ejercicio desigual del poder, al servicio de unos pocos, posibilita el florecimiento y fortalecimiento de actividades tales como el crimen organizado cuyo camino conduce a la búsqueda de la institucionalización de la ilegalidad.

2.2 La negociación como elemento fundamental del sistema acusatorio

Se consideran la negociación y preacuerdos como un acierto de la justicia penal, en la medida en que es un significativo aporte al mejoramiento de la administración de justicia, toda vez que si se realiza un preacuerdo el imputado o indiciado podría colaborar con la justicia para dismantelar la empresa criminal, máxime si la fiscalía no posee suficiente evidencias para ello, generando altos índices de eficiencia judicial en materia de política criminal. En este orden de ideas los preacuerdos bien entendidos ayudarían a disminuir la carga muerta de papel, la litigiosidad, la abundancia de delitos que desembocan con fuerza incontenible en procesos y más procesos, para aproximarse a un cometido de justicia eficaz.

La Sala de Casación Penal afirma que: “El novedoso sistema está diseñado para que a través de las negociaciones se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverá los conflictos...”.³⁹

De allí que el estatuto acusatorio actual viabilice un procedimiento sencillo, claro, rápido y efectivo, que al mismo tiempo colabore con el dismantelamiento de la delincuencia organizada; lo anterior es posible gracias a 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.”⁴⁰

Los preacuerdos como elemento fundamental del sistema acusatorio se ven reflejados en el ejercicio de una justicia pronta, porque el Estado, con la colaboración del propio procesado ha logrado que se reconozca la existencia del delito, su responsabilidad en cabeza de alguien y la asunción, por parte de este, de una pena y de la obligación de reparar los daños causados con esa conducta delictiva, además hacen más diligente el descubrimiento de la verdad en pro de la restauración del deterioro social comprobando el buen uso de su poder.

Con la presencia de un mínimo de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, de donde pueda inferirse la autoría o participación en la conducta investigada del imputado o acusado y su tipicidad, se busca básicamente que éste se declare responsable del delito que la fuera imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que la Fiscalía elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico o tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

³⁹ GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo, y CASTRO CABALLERO, Fernando. PREACUERDOS y NEGOCIACIONES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO. Curso de Formación judicial inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República. Promoción 2009. Bogotá. Colombia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009.

⁴⁰ *Ibíd.*; página 40.

Los “Preacuerdos y negociaciones con el imputado” se deben entender como una medida de política criminal con la que se pretende dar agilidad al proceso penal, esta justicia consensuada se ha convertido en el instrumento necesario para superar la congestión judicial y obtener una justicia rápida atendiendo a las necesidades de la justicia, y la escasa edificación respecto al meneo judicial por parte del ejecutivo y el legislativo; por esta razón deben ser acogidos, ya que quedan incorporados a los fines del Estado Social de Derecho, en el que la política criminal no puede limitarse a buscar un castigo para el autor de un delito, sino que, coherente con la compleja sociedad que lo rodea, trata de armonizar los fines de la pena implementando elementos que le permitan atender a una prevención general orientada a los asociados y a una prevención especial dirigida hacia el individuo, con procesos garantistas y ágiles .

Si los fiscales adoptan claras directrices para realizar los preacuerdos muy seguramente la política criminal del país sería la más beneficiada, como quiera que se daría menos desgaste del aparato judicial y de sus recursos limitados y además si no hay suficiente evidencia, se hace el preacuerdo y el imputado o acusado podría regularmente colaborar con la justicia.

2.3 Fundamentación de la propuesta. La política criminal en Colombia y los preacuerdos

La política criminal puede ser definida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, y con ello propender por la calidad de vida y el respeto de los derechos fundamentales; la mayoría de estrategias ideadas por los diferentes gobiernos, van encaminadas a menguar los efectos del fenómeno de la violencia, pero sin que se ataquen las causas de la misma, es decir, se pretende erradicar la delincuencia, con normatividad de excepción y con el incremento del aparato represivo, pero en últimas la insatisfacción de necesidades prioritarias de la mayoría de la población, sigue aumentando sin aparente solución. Sin embargo, las mismas leyes penales conceden herramientas que si se utilizan correctamente para erradicar la delincuencia podrían hacer parte de la política criminal del país, es el caso de los preacuerdos y negociaciones.

“En este sentido, Colombia es paradigma en Latinoamérica, de lo que recientemente señalara un representante de ILANUD - Naciones Unidas para la mayor parte de los países de la región: a) que el “aumento de la criminalidad” (la aparente) es utilizada para justificar el aumento de pie de fuerza policial, como “política de prevención” y b) que la prevención por medio del bienestar social, como lo ha informado la CEPAL, por razones fiscales y sobre todo para atender la deuda interna, ha sufrido importantes recortes. Por lo anterior me parece más preciso señalar, que en Colombia la política criminal oficial corresponde al “modelo liberal”: un modelo autoritario de política criminal, que ha servido para recortar los principios clásicos del derecho penal liberal como para lo cual se recurre a la trampa de “normalizar” o transformar en permanente lo que ha venido naciendo como legislación anormal, provisional o de excepción”⁴¹.

No es posible entonces, seguir afirmando que en Colombia no existe política criminal, puesto que dentro de las mismas leyes se puede encontrar la base para construirla, cosa diferente es que no sea coherente con la política social y acorde con el modelo de Estado.

Con la expedición de la ley 906 de 2004, se pretende dar un giro en materia de enjuiciamiento penal, dando un salto cualitativo representado en el paso del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, acorde con el modelo constitucional que reclama la materialización de los derechos en cabeza de los sujetos procesales y porque no decirlo, con la política internacional que reclama dicho cambio; podríamos entonces afirmar que en teoría, este nuevo código trae elementos para ser utilizados dentro de las políticas criminales del país como son los preacuerdos, donde el imputado o acusado puede colaborar con la justicia a cambio de beneficios.

La implementación del modelo acusatorio, representa sin duda alguna conquista para la sociedad; sin embargo, en su concreción se requiere la preparación real de los actores del proceso en especial fiscales y jueces para que hagan uso de las herramientas ofrecidas por el Código de Procedimiento Penal como lo son acuerdos y negociaciones, y así evitar el desgaste innecesario de la justicia y la dilación en juicios que no llevar sino a materializar las

⁴¹ MARTINEZ, Mauricio. Estado de Derecho y Política Criminal – La Política de Sometimiento en Colombia, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Primera Edición, 1995, página 26.

penas en cárcel, sin ninguna reparación a las víctimas y ninguna colaboración a la justicia para dismantelar bandas criminales.

Por lo anterior, se puede sostener que a pesar que el gobierno tiene las herramientas en el Código de Procedimiento Penal, para luchar contra la delincuencia y afianzar una política criminal fuerte y no hace uso de ellas, por cuanto hay un desconocimiento general, y su aplicación solo se da para otros fines. Toda esta referencia a la política criminal Colombiana, está relacionada con nuestro objeto de análisis, en concreto los preacuerdos, como quiera que en la misma ley 906 de 2004, se ha consagrado el sometimiento de dicha institución a la política contra el crimen.

Para el tema se podría hablar de una política criminal alternativa, donde se pretende la minimización del aparato penal, introduciendo a la vez fórmulas que acentúan la negociación y no el carácter retributivo de la pena. Queda claro entonces, que la introducción de los preacuerdos como un mecanismo de “liberación penal”, responde a la mencionada política criminal alternativa, de manera que en nuestro concepto, los preacuerdos hacen parte de una política criminal alternativa, como quiera que plantea una opción diferente frente a la lucha contra las organizaciones delincuenciales dejando la posibilidad de utilizar los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, sin desconocer los derechos de las víctimas.

En el mismo sentido, la figura procesal del preacuerdo, representa una reorientación del sistema penal, en cuanto tiene en cuenta la voluntad de reparación y colaboración con la justicia, igualmente se puede tomar como una postura a favor del derecho penal mínimo, cuya labor va encaminada a la “racionalización del uso de la pena por un lado, y por el otro a concebir el proceso penal como una herramienta de protección del “más débil”, en este caso del procesado, de suerte que la jurisdicción penal vendría a constituirse en un procedimiento para la búsqueda de la verdad, e igualmente para la materialización de las garantías fundamentales del sometido a juicio”⁴².

⁴² SALAMANCA ROA, Gabriel Humberto algunas consideraciones sobre la política criminal en Colombia. 2006. En http://acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion%20salamanca%20roa. Consultado el 21 de octubre de 2013.

Si tenemos en cuenta que los preacuerdos frente a la legislación penal colombiana son considerados como mecanismos alternativos en la política criminal, los cuales están consagrados para cumplir con los fines consagrados en la Ley Procesal Penal; lo cual debe indicarse que los mismos deben ser entendidos e incorporados a los fines del Estado Social de Derecho; pues si estamos en búsqueda de una adecuada implementación de la política criminal, la misma debe ser analizada como tal y no solo buscar una sanción para el autor de un delito, sino que, coherente con la compleja sociedad que lo rodea, trata de armonizar los fines de la pena implementando elementos que le permitan atender a una prevención general orientada a los asociados y a una prevención especial dirigida hacia el individuo, con procesos garantistas y ágiles.

Son los preacuerdos una herramienta para combatir los grupos criminales, toda vez que ningún sistema judicial tiene capacidad para procesar todos los delitos, son las soluciones “consensuales” un mecanismo de “simplificar” y agilizar el proceso, y a su vez para desarticular la delincuencia organizada.

“Entre enero de 2005 y mayo de 2009, el nuevo sistema procesal penal colombiano recibió alrededor de 1,400.000 noticias criminales, y resolvió, mediante la utilización de la conciliación, la preclusión, la aplicación del principio de oportunidad, la prescripción y las sentencias, cerca de 370.000. Más de 1.000.000 casos aparecen a la fecha de corte del estudio sin resolución definitiva. Y de estos más de 135.000 se encuentran en archivo provisional”.⁴³

Los cambios de naturaleza procesal pueden incidir en la reducción de la criminalidad y de la impunidad. Por ello es que los preacuerdos si son bien llevados en el proceso y si se practican en forma debida pueden ser utilizados como herramienta para combatir los grupos criminales.

⁴³ COLOMBIA. Ministerio del Interior y de Justicia. “La impunidad en el sistema penal colombiano”, de Rivera-Barreto. (Junio 2009). En www.mij.gov.co/.../Library/.../DTA_FORVIC35.PDF. Consultado el 20 de octubre de 2013

Para que los preacuerdos sean eficientes en la ayuda para combatir a los grupos delincuenciales se deben seguir las siguientes recomendaciones:

- Es necesaria una reforma constitucional y legal a nuestro sistema, para que el mecanismo cumpla con las expectativas esperadas, y hacer que los jueces, fiscales y abogados tomen conciencia de la importancia de esta herramienta procesal y hagan de ella el uso adecuado.
- Que se le ilustre al imputado o acusado sobre el alcance de la negociación o acuerdo, haciendo una debida verificación sobre la conciencia y la voluntad del alcance de la transacción que siempre conlleva algún sacrificio.
- Para proteger las garantías procesales, la fiscalía debe revelar tanto al imputado con su defensor como al juez, todas las evidencias que tenga hasta el momento y que sean relevantes para la negociación, pues de ellas, sin duda alguna, va a depender la decisión del imputado sobre su aceptación de culpabilidad.
- El juez debe cumplir un papel muy importante frente a la protección de los derechos del acusado en estos casos, además que es al presidente de audiencia a quien le corresponde garantizar que el imputado se encuentra en condiciones de pactar la negociación y frente a ésta actuación, formularle un adecuado interrogatorio con el fin de verificar no solamente su sanidad mental, sino también el grado de inteligencia que le permita entender todas las circunstancias que rodean esa negociación. No puede el juez conformarse con la simple pregunta sobre la comprensión o no del acuerdo, sino que además debe dirigir el interrogatorio hacia los hechos, si los mismos que están consignados corresponden a la realidad, y de allí y conoce la naturaleza de los cargos sobre los cuales está aceptando su responsabilidad.
- Desde el punto de vista político-criminal, las soluciones alternativas los preacuerdos y las negociaciones, constituyen una herramienta jurídica pertinentes dentro de una tendencia expansionista del Derecho Penal, para Roxin, “si a causa del principio de

culpabilidad no se justifica la imposición de una pena o medida de seguridad, en el sentido de que éstas satisfagan fines preventivos generales y especiales, entonces a causa del principio de subsidiariedad se podría justificar la inclusión de la reparación como tercera vía.”⁴⁴.

- Los preacuerdos y negociaciones darán la oportunidad de que el autor de un delito realice una prestación concreta a la víctima y una simbólica a la sociedad, constituiría el elemento esencial de control de conflictos con el efecto del restablecimiento de la paz jurídica.
- Lo que se establece frente a la condición para la obtención del beneficio punitivo derivado de un preacuerdo, es la aceptación del cargo o cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación o en el escrito de acusación, y por ello a través de alguna de las modalidades para caso previstas, sin embargo ello no debe configurar que imposibilidad para involucrar circunstancias frente a los resultados de la declaración preacordada de culpabilidad.

En estos casos, la colaboración o suministro de información debe tenerse en cuenta como uno de los criterios para negociar un mayor monto de descuento punitivo (hasta la mitad).

⁴⁴ ROXIN, Claus: Derecho penal, parte general, Tomo I: La estructura de la teoría del delito, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 109, señala: “La legitimación político-jurídica de la reparación del daño como una “tercera vía” de nuestro sistema de acusaciones la proporciona el principio de subsidiariedad”.

CAPITULO III

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN EL SISTEMA DE PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

3.1 Corte constitucional

3.1.1 Sentencia C- 1260 de 2005. Magistrada ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Esta sentencia prácticamente marca el derrotero de lo que un Fiscal puede o no puede hacer al momento de la celebración de un preacuerdo, la cual por ser de constitucionalidad tiene vital importancia en nuestro trabajo, por ello su estudio se hace en extenso.

Así es como en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad el señor Gonzalo Rodrigo Paz solicitó a la Corte Constitucional la declaración de inexequibilidad entre otros del numeral 2º, artículo 350, de la Ley 906 de 2004, como consecuencia la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1260 de diciembre de 2005 declaró exequible condicionalmente el numeral 2º del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, en el entendido de que el Fiscal en ejercicio de esta facultad no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación, no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponde conforme a la ley preexistente. La Corte aclaró que es el legislador el titular de la potestad de configuración de tipos penales, y, en consecuencia, es el facultado constitucionalmente crear conductas punibles.

Igualmente la sentencia refiere al principio de legalidad penal que tiene varias dimensiones, en sentido amplio aclara que la ley debe definir previamente los hechos punibles, y debe ser complementado con el principio de legalidad en sentido estricto también denominado “como el principio de tipicidad o taxatividad según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley”, así labor del juez penal

se limita a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley.

Al respecto, la Corte señaló 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 está referida a una labor de adecuación típica, donde el fiscal tiene 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”.

La Corte indicó que la facultad del 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. Sin olvidar que también existe el principio de autonomía e independencia del fiscal que se traduce en la libertad que tiene el operador jurídico de interpretar la ley y aplicarla, aclarando que es diferente interpretar la ley y crear nuevos tipos penales. En consecuencia, la labor del fiscal es verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.

Algunos apartes importantes de la sentencia C-1260 de 2005, son los siguientes:

“La posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos

fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor. Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo 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”.

Frente a lo indicado por la Corte, debe decirse que el debido respeto a los preacuerdo, va encaminado específicamente al análisis frente a la manifestación del acusado respecto a la verificación de afectación de derechos y garantías fundamentales; es decir, el juez no puede solo limitarse verificar el aspecto factico y jurídico plasmado en el escrito del preacuerdo, sino también debe encaminar su comprensión a la conducta del encartado frente a su proceso, además de los elementos que conllevaron a finiquitar las etapas procesales que culminaron con el preacuerdo.

“La renuncia a un juicio en las condiciones consagradas en el literal k) del artículo 8° de la Ley 906 de 2004, debe interpretarse armónicamente con las demás disposiciones de la ley 906 de 2004, y por lo tanto cumplir con las garantías legales y constitucionales como las que refieren a que i) el imputado debe estar asesorado por su defensor (art. 368 de la Ley 906), ii) los actos estarán sujetos al control del juez de garantías o de conocimiento, según el caso, (arts. 131 y 368 de la Ley 906) para lo cual, iii) será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado a fin de que se verifique que actúa de manera libre, voluntaria, y debidamente informado de las consecuencias de su decisión (art. 131 de la Ley 906), iv) debe contarse con la presencia del Ministerio Público, v) los preacuerdos obligan en la medida que no desconozcan o quebranten garantías fundamentales del procesado (art. 351-4 de la Ley 906), ya que vi) de advertir el juez algún desconocimiento rechazará la alegación

de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad (art. 368 de la Ley 906), entre otros señalamientos”.⁴⁵

De lo anterior se desprende que al acusado frente a esa decisión de culpabilidad le asisten derechos los cuales deben ser que le permiten al juez de instancia, en principio confirmar su manifestación de culpabilidad.

La Corte Constitucional, al analizar el numeral 2 del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, llegó a la conclusión de que al Fiscal no le está permitido imputar la acción realizada por el procesado de modo que desconozca, desborde o no abarque en estricta correlación todos los aspectos que integran la conducta fáctica. Al respecto dijo:

“...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”.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 2005. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

”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”⁴⁶.

Por lo anterior, la Corte declaró la exequibilidad del numeral 2o, 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.”

3.1.2 Sentencia C-516 de 2007. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño

La Corte Constitucional en sentencia C-516 de 2007 condicionó la exequibilidad de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, consideró como la exclusión de las víctimas de los procesos de negociación frente a los preacuerdos, pondría en riesgo sus derechos frente los deberes constitucionales que deben ser exigidos por el legislador respecto de las finalidades del proceso, de la humanización de la justicia, su eficacia en la solución del conflicto social; es decir, lo que busca el legislador frente a la partición de la víctima va encaminada en procurar una reparación integral.

“La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o

⁴⁶ Ibid.

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 entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 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”.⁴⁷

Lo anterior, se considera el rol de la víctima como vital, pues es en sí es quien debe estar considerado como un interviniente a quien se le afectó con la intervención del encartado respecto a situación que conllevo al resultado establecido; es decir, su manifestación debe ser tomada en cuenta para la aprobación, pues de no ser así, desconocería las garantías que al mismo le asiste.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2007 Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá.

3.2 Corte Suprema de Justicia

3.2.1 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia número 36.502 del 05 de septiembre de 2011, en relación con la similitud entre el allanamiento a cargos y los preacuerdos

La Corte Suprema de Justicia en citada jurisprudencia se encargó de analizar ambas figuras estructuradas en respecto al allanamiento a cargos y los preacuerdos; de allí las implicaciones que genera cada uno de ellos, y la procedencia y consecuencia de los mismos como culminación pronta y efectiva del proceso penal.

“El recurrente parte del supuesto que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo o preacuerdo, tesis que según él la Sala pacífica y reiteradamente sostiene desde el 14 de diciembre de 2005, en cuyo apoyo reproduce parte de la decisión en la cual se predicaba dicha tesis, olvidando o ignorando que la jurisprudencia actual indica otra, como se verá enseguida”.⁴⁸

“En desarrollo del acto legislativo 03 de 2002 consagratorio del sistema acusatorio fue expedida la ley 906 de 2004, cuya aplicación gradual únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia condujo a su coexistencia con la ley 600 de 2000, al mismo tiempo que al consagrar procedimientos distintos, el acusatorio y el mixto, llevó a la Corte a considerar la aplicación del principio de favorabilidad a casos adelantados por el sistema mixto cuando la naturaleza y similitud de alguno de sus institutos lo permitiera, sin afectar la estructura del procedimiento previsto en cada una de ellas.

De esa manera, la Sala inicialmente a partir de la discusión originada sobre la similitud o no de la sentencia anticipada, propia del sistema mixto de la ley 600 de 2000, con el allanamiento o la aceptación de cargos del procedimiento acusatorio de la ley 906 de 2004, a pesar de reconocer que ambas figuras tienen su génesis en el derecho penal premial, afirmó que el allanamiento o la aceptación de cargos por encontrarse reglado en el título de preacuerdos y

⁴⁸Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia número 36.502. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Bogotá 05 de septiembre de 2011.

negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, era una forma de negociación. Expresó que: “el novedoso sistema está diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverán 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.”⁴⁹

Luego de señalar los momentos procesales en los que puede acudir al allanamiento, en la misma decisión agregó que:

“En esas condiciones, en el novedoso sistema procesal la aceptación de cargos prevista en las citadas normas constituye, por regla general, un acuerdo bilateral, no unilateral como sucedía en el pasado régimen de sentencia anticipada, entre el fiscal y el imputado, evento en el cual se puede negociar el monto de rebaja punitiva, correspondiéndole al juez de conocimiento dictar la sentencia teniendo como soporte dicho acuerdo, salvo que advierta la transgresión de garantías fundamentales.”

En otras palabras, dentro del actual sistema acusatorio, el fiscal y el imputado están en libertad de llegar a acuerdos, los cuales “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, evento que no ocurría con la antigua sentencia anticipada, habida cuenta que no se permitía ningún tipo de negociación y al juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado.”

Conforme a la diferenciación entre ambos institutos aducida en esa decisión, a la afirmación de que el allanamiento o la aceptación de cargos es una forma de acuerdo, reiterada por la Corte en la citada en la censura, la conclusión no podía ser distinta a afirmar que la condición prevista en el artículo 349 de la ley 906 de 2004 para los acuerdos, también era exigible en aquel evento debido a “la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento

⁴⁹ Ibíd

Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.”⁵⁰Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibídem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible.”

⁵⁰ Ibíd.;

CONCLUSIONES

En Colombia donde la delincuencia organizada, llámense BACRIM (ex paramilitares llamados ahora bandas criminales), bandas de extorsionistas, de trata de personas, de sicarios, de secuestradores, de narcotraficantes que se conciertan para apropiarse de los bienes y recursos de la nación, es indiscutible que se debe dotar a la administración de justicia de herramientas jurídicas idóneas, prácticas y eficientes, para desvertebrar esas estructuras criminales con la información que de su modus operandi brinden los sujetos que la conforman, pues es un imposible fáctico que con solo la acción policiva se pueda lograr ese objetivo, ya que a lo sumo con ello se logra la captura en flagrancia de uno que otro miembro de la organización criminal, pero no la desarticulación de la banda criminal organizada.

Es sí que los preacuerdos son considerados como un beneficioso aporte a la política criminal en la medida que si el aparato judicial no tiene suficiente evidencia de cómo funciona el crimen organizado en determinado caso, y si se preacuerda, el imputado o acusado sería un colaborador de la justicia y ayudaría a dismantelar la delincuencia organizada.

Del mismo modo, las negociaciones y preacuerdos bien regulados y entendidos, junto con los allanamientos a cargos, el principio de oportunidad, la conciliación y demás métodos alternativos de solución de conflicto, deben permitir en Colombia resolver los conflictos originados con el delito, obviamente sin desconocer de acuerdo con la Constitución y la Ley Colombiana, así como el precedente constitucional, 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.

Según datos de la Fiscalía General de la Nación, el índice de los procesados que no preacuerdan va en aumento, por lo que se puede afirmar que en Colombia, con las reformas legales hechas a la Ley 906 del 2004, en cuanto que disminuyen el monto de las rebajas de pena a los procesados capturados en flagrancia que quieran realizar preacuerdos o allanarse

a los cargos⁵¹, o que impiden la realización de preacuerdos para ciertos delitos propios de delincuencia organizada tales como terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos⁵², ha propiciado en la práctica que estos métodos alternativos de solución de conflictos no esté sirviendo para combatir la delincuencia común y mucho menos para la delincuencia organizada, pues si el autor de alguno de estos delitos es capturado en flagrancia o capturado por una investigación que se haga con base en la identificación de algún video de lo ocurrido, lo que le puede ofrecer la justicia colombiana a cambio de información que contribuya a desarticular la organización criminal es tan poco que el sujeto preferirá guardar silencio.

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

BIBLIOGRAFÍA

⁵¹ Ley 1453 del 2011, art 57, que reformó y adicionó el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

⁵² Ley 1121 del 2006, artículo 26.

➤ LIBROS

- DÍEZ, Luis. La conformidad del acusado, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 1997,
- BELTRAN, Isaac. La trivialización del sistema penal colombiano. Bogotá: Universidad de los Andes, 1997.
- CHIESA, Ernesto L. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Forum, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”. Editorial Trotta, Madrid, 2001
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- GÓMEZ, Gustavo. Aproximación al tema de los preacuerdos y negociaciones en el cpp - arts. 348 a 354-, en Sistema penal acusatorio, Bogotá, F.G.N., 2005.
- GÓMEZ, Gustavo, y CASTRO CABALLERO, Fernando. PREACUERDOS y NEGOCIACIONES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO. Curso de Formación judicial inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República. Promoción 2009. Bogotá. Colombia. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009.
- GUERRERO, Salvador. El principio acusatorio, Edit. Aranzadi SA, 2005.
- GRANADOS, Jaime. Una reforma estructural para modernizar el sistema de procedimiento penal colombiana, en Defensa constitucional de la justicia penal, T. I., Bogotá, CEJ.
- LANGBEIN, John H., *Torture and plea bargaining*, en “University of Chicago Law Review”, 1978,
- MARTINEZ, Mauricio. Estado de Derecho y Política Criminal – La Política de Sometimiento en Colombia, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Primera Edición, 1995,
- ROXIN, Claus: Derecho penal, parte general, Tomo I: La estructura de la teoría del delito, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997
- RUBIO, M. Crimen e impunidad. Bogotá: Tercer Mundo, 1999.
- SILVIA, Barona. La conformidad en el proceso penal, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 1994.
- SCHUNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.

VELAZCO, María. Preacuerdos y Negociaciones en el Nuevo Código de Procedimientos Penal. Universidad Cooperativa de Colombia centro de investigaciones socio jurídicas facultad de derecho. 2006

➤ **SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

Sentencia C-425 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C- 1260 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia C – 516 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C –059 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

➤ **SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA**

Sentencia del 10 de mayo del 2006, radicado 21.954. M.P. Quintero Milanés.

Sentencia del 10 de mayo de 2006 radicado 25389, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Sentencia de 22 de junio de 2006, radicado 24.817. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Sentencia de 19 de octubre de 2006, radicado 25724. M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 27759. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Sentencia de 28 de noviembre de 2007, radicado 27518. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Sentencia del 27 de abril del 2009, radicado 34829. M. Ponente. José Luis Barceló Camacho.

Sentencia del 20 de octubre de 2010, radicado No. 33478. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Sentencia del 5 de septiembre del 2011, radicado 36.502. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Sentencia del 6 de febrero del 2013, radicado 39892 del 6 de febrero de 2013. M.P. José Luis Barceló Camacho.

Sentencia de segunda instancia, del 20 de noviembre del 2013, radicado 41.570, M.P. Fernando Castro Caballero.

Sentencia de tutela de primera instancia, Sala de Decisión de Tutela No 1, radicado número 70.712, del 4 de diciembre del 2013. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

➤ **LEGISLACION NACIONAL**

Constitución Política de Colombia.

Decreto 2700 de 1991

Decreto 2651 de 1991

Ley 81 de 1993

Ley 599 de 2000

Ley 600 del 2000

Ley 906 del 2004.

Ley 1098 de 2006

Ley 1453 del 2011

Directiva 01 del 2006, de la Fiscalía General de la Nación, sobre preacuedos y negociaciones.

➤ **INFOGRAFIA:**

ARLACCHI, P. (1985). Tendencias de la criminalidad organizada y de los mercados ilegales en el mundo actual. Poder judicial, No. 16, septiembre de 1985.

BLANCO, C. I. Criminalidad organizada y mercados ilegales. En: Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, No. 11- 1997.

Corporación Excelencia para la Justicia. Percepciones sobre la corrupción en la justicia y régimen disciplinario, Justicia y Desarrollo: Debates, Año III No. 12 Junio 2000.

El Debate Oral, Edición No. 9, publicación de la Comisión interinstitucional para la implementación del sistema acusatorio. En ACUÑA VIZCAYA José Francisco. Sistema penal acusatorio: balance desfavorable. Periódico Universidad nacional N° 97.

GAFI. (1997). Financiancial Action Task Force on Money Laundering, typologies. Exercise Public Report, No. 10, 5 de febrero de 1997

SALAMANCA ROA, Gabriel Humberto algunas consideraciones sobre la política criminal en Colombia. 2006. En http://acj.org.co/o/activ_acad.php?mod=posesion%20salamanca%20roa. Consultado el 21 de octubre de 2013.

www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/.../Directiva001.pdf

www.semana.com/nacion/articulo/la-caida-del-grupo-nule/121790 -3 -11 de septiembre del 2010-.

www.semana.com/nacion/articulo/la-carcel...caso-interbolsa/369520-3 -27 de diciembre del 2013-

www.mindefensa.gov.co/irj/portal/Mindefensa. -28 de agosto de 2013-.

www.medicinalegal.gov.co/index.php/estadisticas/forensis/703-forensis-2012-.

www.mij.gov.co/.../Library/.../DTA_FORVIC35.PDF. Consultado el 20 de octubre de 2013