



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

TENSIONES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA: legalidad sustancial y preacuerdos

Anderson Manuel Vargas Coronel

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales, Departamento de derecho

Bogotá, Colombia

2012

TENSIONES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA: legalidad sustancial y preacuerdos

Anderson Manuel Vargas Coronel

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en derecho

Directora:
Ph.D., María Cristina González Patiño

Línea de Investigación:
Derecho procesal penal

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales, Departamento de derecho
Bogotá, Colombia

2012

Resumen

Tensiones en la implementación del sistema acusatorio en Colombia: legalidad sustancial y preacuerdos

Un sistema penal que subordina la búsqueda de la verdad es un sistema que se encuentra en aprietos. La implementación de los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal representó una ruptura con tradición jurídica continental, al someter los términos fácticos de la acusación a una negociación entre el procesado y la Fiscalía General de la Nación. Esta ruptura podría representar una disminución en las garantías sustanciales y procesales del derecho penal que suele ser aceptada como el costo inevitable de una administración de justicia ágil, eficiente y que permita descongestionar el sistema. Así las cosas, el presente es un estudio de *lege ferenda*, que toma como referente el concepto de validez sustancial para analizar el impacto de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y los procesados, en las garantías que rodean al derecho penal como barrera que protege a los ciudadanos.

Palabras clave: derecho penal, sistema penal acusatorio, validez sustancial, administración de justicia.

Abstract

Adversarial system in Colombia: substantial legality and plea bargaining

A penal system that subordinates the search for truth is a system that is in trouble. The implementation of plea bargaining as a form of early termination of the criminal process represented a break with continental legal tradition, by subjecting the factual terms of the accusation to a negotiation between the defendant and the Attorney General's Office. This rupture could represent a decrease in the substantial and procedural guarantees of criminal law that are usually accepted as the inevitable cost of an agile, efficient administration of justice that allows the system to be decongested. Thus, this is a *lege ferenda* study, which takes as a reference the concept of substantial validity to analyze the impact of pre-agreements and negotiations between the Prosecutor's Office and the defendants, on the guarantees that surround criminal law as a barrier that protects. to the citizens.

Keywords: criminal law, adversarial criminal system, substantial validity, administration of justice.

Contenido

	Pág.
Resumen	III
Introducción	1
1. Capítulo 1. Los preacuerdos y la Ley 906 de 2004	7
1.1 Los preacuerdos en el sistema procesal penal colombiano	8
1.1.1 Evolución histórica reciente	9
1.1.2 Alcances de la institución en la Ley 906 de 2004.....	12
1.1.3 Modalidades de la institución	21
1.2 Los preacuerdos en la jurisprudencia colombiana	24
1.2.1 En la jurisprudencia de la Corte constitucional.....	24
1.2.2 En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	30
1.3 Conclusiones.....	38
2. Capítulo 2. La tipicidad como desarrollo del principio de legalidad sustantivo: crisis de las barreras de protección	41
2.1. El principio de legalidad sustancial en materia penal	42
2.1.1 El carácter garantista del principio de legalidad	43
2.1.2 El principio de legalidad en la teoría del garantismo penal.....	44
2.2 La tipicidad en el ordenamiento jurídico penal colombiano: la materialización del principio de legalidad	48
2.2.1 Fundamentos constitucionales.....	50
2.2.2 Fundamentos legales	53
2.3 La crisis del principio de legalidad	55
2.3.1 Efectos de la crisis de la legalidad en la praxis jurídica.....	57
2.3.2 La devaluación de la adecuación típica	59
2.4. Conclusiones	63
3. Capítulo 3. Legalidad sustancial y preacuerdos. problemas de validez (legitimidad sustancial)	66
3.1 Cuestiones básicas	67
3.1.1 La validez sustancial de las normas jurídicas	69
3.1.2 Presupuestos para estudiar la validez sustancial de los preacuerdos.....	72
3.2 Preacuerdos vs legalidad: problemas de validez.....	80
3.2.1 Invalidez en cuanto al objeto de los preacuerdos.....	81
3.2.2 Invalidez de la flexibilización de la legalidad sustancial.....	82
3.3 El camino hacia una institución procedimental que agilice el proceso penal, en congruencia con el principio de legalidad.....	85
3.3.1 Humanización de la administración de justicia	86
3.3.2 Garantizar la materialización de los derechos de las víctimas	92
3.3.3 Obtención de una pronta y efectiva justicia	97
3.4 Conclusiones.....	100
Conclusiones generales	102
Bibliografía	105

Introducción

Un sistema penal que subordina la búsqueda de la verdad es un sistema que se encuentra en aprietos. Los cambios introducidos mediante el acto legislativo 03 de 2002, con el cual se adoptó el actual sistema de procedimiento penal de tenencia acusatoria, trajo consigo verdaderas novedades para nuestro sistema de enjuiciamiento criminal,¹ tales como los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el procesado o imputado, implementados con la expectativa de agilizar la definición de los procesos penales². Los análisis al respecto han sido variados, por ejemplo se han analizado sus consecuencias frente al derecho a tener un juicio público, o frente al principio de legalidad en materia procesal; sin embargo nada se ha dicho de su relación con los elementos de la teoría del delito, fundamentalmente con la tipicidad como manifestación del principio de legalidad sustancial, que reúne, en sentido estricto, el conjunto de presupuestos para predicar la punibilidad de una acción determinada³.

Estudiar los efectos de la implementación de esta figura, con el principio de legalidad sustancial, es de vital importancia para la verificación del cumplimiento de las garantías que irradian la cuestión penal. Ya desde tiempos de Beccaria⁴, la legalidad sustancial se consideró como límite entre el procesado y el derecho a

¹ BAZZANI MONTOYA, Darío, *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006, Pg. 13.

² ARANA MONTOYA, Edgar Augusto, CORETES VELAZCO, Margarita Rosa, MARTINEZ IDARRAGA, Jairo Alberto, MARTINEZ IDARRAGA, María Gladys, PEREZ ALARCON, Carlos Andrés, TOBON HURTADO, Germán, *El sistema acusatorio y los preacuerdos*, Universidad de Medellín, Medellín, 2008.

³ WELZEL, Hans, (Bustos Ramírez, Juan, Yáñez Pérez, Sergio, Traductores) *Derecho penal alemán*, Ed. Ediciones jurídicas del sur, Santiago de Chile, 1980.

⁴ BECCARIA, Cesare, (De las casas, Juan Antonio, Traductor), *De los delitos y de las penas*, Ed. Esquilo, Bogotá, 2003.

castigar que reside en el Estado, en tanto impone la regla mediante la cual, nadie puede ser condenado sino por la comisión de una conducta establecida previamente como delito. Por lo tanto, el someter los términos de la acusación al consenso entre las partes puede resultar en acusaciones y/o condenas por delitos ajenos a los hechos que originaron la investigación, ignorando las directrices dadas por el legislador en desarrollo de la tipicidad como elemento fuerte de la teoría del delito, de ahí, que es menester profundizar los estudios sobre la relación entre tipicidad y preacuerdos, vinculando elementos diferentes al debate dogmático penal que redunden en la elaboración de propuestas que favorezcan a la humanización del sistema penal, dejándolo de asimilar como un negocio, el cual puede generar pérdidas de recursos o ganancias.

Ahora bien, el problema que aborda el presente trabajo podría subsumirse en el siguiente interrogante: ¿La utilización de la figura procesal de los preacuerdos, contenida en los artículos 348 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), implica la devaluación del principio de legalidad sustancial, representado en la tipicidad como categoría fuerte de la teoría del delito?

Para dar respuesta a esta pregunta, a lo largo de este texto argumentaremos que la implementación de los preacuerdos como forma de terminación anticipada del proceso penal, implica el desvanecimiento del principio de legalidad penal sustancial, ya que los procesos penales se inician con el objetivo de investigar la comisión de una determinada conducta punible con características propias, que se enmarcan dentro de los supuestos de hecho previstos en una norma determinada y al someter los términos fácticos de la acusación (reflejado en la adecuación típica), a una negociación entre el procesado y la Fiscalía en los términos del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, el producto final del proceso no será otra cosa que una sentencia incongruente con los hechos que motivaron la

persecución criminal, lo cual vulnera el principio de legalidad sustancial que rodea la conducta punible⁵.

Lo anterior suele verse como el inevitable costo de tener una administración de justicia “ágil y eficiente”, a pesar de la deformación del sistema acusatorio, con la adopción de instituciones como los preacuerdos que comparten los métodos y fundamentos de procesos inquisitivos de la época medieval como la tortura⁶. Ante esta situación es imperante la necesidad de formular instituciones jurídicas y medidas administrativas que contribuyan a la descongestión del sistema de administración de justicia, pero sin perder de vista las garantías sustanciales y procesales del derecho penal, que son consideradas dentro de las más grandes gestas de la humanidad, para su auto regulación en el marco de las garantías que rodean a la dignidad humana.

Tales afirmaciones se desarrollarán partiendo de comprender que lo que se propone es el enfrentamiento de una figura procesal como los preacuerdos, con una sustancial como la tipicidad, por lo tanto es pertinente delimitar de manera separada el concepto y el alcance de cada una de ellas, para abordar posteriormente los fenómenos que se presentan en desarrollo de su relación a propósito de la Ley 906 de 2004.

Así, el primer capítulo abordará la figura de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el procesado en Colombia. Esta tarea nos permitirá identificar el estado del debate actual sobre sus peculiaridades, su consagración en la ley y su desarrollo jurisprudencial, a fin de señalar el estado del arte frente a las tensiones

⁵ Adicionalmente, en ejercicios de dicha figura, se induce a los procesados a la aceptación de cargos que no corresponden con la acción típica de la que son responsables (ejerciendo presión en los procesados con apoyo en el sistema de descuento punitivo por confesión).

⁶ LANGHBEIN, John, *Tortura y plea bargaining*, en: *El procedimiento abreviado*, Ed. Editores del Puerto, Buenos aires, 2001, Pg. 3 – 29. En este texto se deja en evidencia la relación inocultable entre los métodos medievales de tortura como método probatorio judicial y los plea bargaining que desfiguran el principio acusatorio del proceso penal.

que conlleva su relación con el principio de legalidad en materia sustancial. Ahora bien, tratándose de una figura tomada del modelo Norteamericano (de tradición anglosajona), cuya implementación se ha masificado en las últimas décadas al interior de los sistemas de tradición Europeo – Continental, observaremos además algunas experiencias de países en los cuales se han adoptado figuras para la aceleración de los procesos, inspirados en los *Plea bargaining* (Norteamericanos), pero de una manera restringida para no sacrificar en su totalidad el carácter garantista de sus ordenamientos de enjuiciamiento penal.

El capítulo segundo, plasma el marco teórico del presente análisis, desarrollando el principio de legalidad sustancial como garantía fundamental en el derecho penal y la tipicidad como una de sus manifestaciones. Tomando como marco los postulados del garantismo penal, que parte de la concepción del principio de legalidad sustancial como barrera para evitar los abusos en el ejercicio del poder punitivo del estado, para proceder a determinar el lugar de la legalidad sustantiva en el ordenamiento jurídico colombiano y las consecuencias de su inaplicación como resultado de la celebración de preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el procesado.

Finalmente, en el capítulo tres se analizan los problemas de validez (legitimidad sustancial) que se presentan, dada la tensa relación entre tipicidad y preacuerdos. Haré entonces, hincapié en la incongruencia y la contrariedad de la calificación jurídica, derivada de tal relación, lo cual nos permitirá demostrar la hipótesis planteada en este trabajo, e invitará a sentar las bases para una propuesta de figura que agilice el proceso penal, pero, esta vez en concordancia con el principio de legalidad como límite al poder punitivo del Estado colombiano. Además culminaré planteando una serie de puntos álgidos que determinan la congestión del sistema, tales como: la ausencia de una política criminal clara y solida; el desconocimiento del derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad colombiana; y las pésimas condiciones laborales en que se desenvuelven los operadores jurídicos, aclarando que el desarrollo de tales puntos debe acompañar las transformaciones procesales

a fin de superar - ya no solamente la congestión que padece la administración de justicia- sino los altísimos índices de impunidad que han degenerado en un tenso ambiente de inseguridad e injusticia social.

Las fuentes que sirven como fundamento de la comprobación de la hipótesis que se sostiene, son esencialmente: la jurisprudencia nacional emanada de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia que desarrollan tanto la legalidad sustancial como la justicia consensuada, sin dejar de lado los aportes de la jurisprudencia extranjera que han consolidado dicha figura en ordenamientos jurídicos como el Estadounidense; la legislación Colombiana que sustenta, fundamenta y define las instituciones en comento, así como la legislación que hace lo propio con figuras procedimentales asimilables a los preacuerdos de nuestro ordenamiento; y la doctrina nacional e internacional que ha generado el grueso del debate que aquí se desarrolla.

Así las cosas, el presente es un estudio de *lege ferenda*, que toma como referente el concepto de validez sustancial en el marco del garantismo penal, aplicado a las negociaciones que versan sobre la adecuación tanto fáctica, como jurídica, para poner en evidencia las afectaciones que inflige dicha figura a la legalidad sustancial y por tanto a las garantías que rodean al derecho penal como barrera de protección de los seres humanos.

1. Capítulo 1. Los preacuerdos y la Ley 906 de 2004

Los preacuerdos y en general las negociaciones de responsabilidad entre la fiscalía y el procesado se erigen como una institución de derecho procesal penal que ha sido desarrollada en diversos ordenamientos jurídicos; su uso, como regla general, pretende dar por terminado el proceso de manera anticipada, en virtud del acuerdo de voluntades entre la fiscalía y el imputado. Así, el sistema de enjuiciamiento colombiano asumido mediante la Ley 906 de 2004, adoptó esta figura con la expectativa de atender el gran número de procesos que cursan su trámite en los despachos judiciales que se encuentran represados y con la intención de aliviar la congestión del sistema de administración de justicia⁷. Dicha adopción se efectuó a pesar de las diferencias que delimitan los procedimientos penales vigentes en los Estados Unidos y en Colombia, tomando como fundamento los postulados del sistema acusatorio del país norteamericano⁸, situación que lo ubica como el ineludible referente de los actuales estudios colombianos sobre derecho procesal penal.

Dada la novedad que representa para el ordenamiento jurídico-penal Colombiano la implementación de instituciones como los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el procesado, se han generado grandes expectativas al interior de la comunidad jurídica de nuestro país, sobre todo en términos cuantitativos, referidos en primer lugar a la agilidad en la resolución de procesos, pues se les considera

⁷ DE SOUZA SANTOS, Boaventura, GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, ed. Siglo del Hombre, Ed. Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, tomo I, Pg. 485 y sts. “Son varios los elementos que caracterizan la situación actual del sistema penal en Colombia, el primero es la existencia de una marcada “pirámide de litigiosidad” penal. En efecto, [...], solo la tercera parte de los delitos que se cometen en el país llegan a conocimiento de las autoridades. A su vez, solo la tercera parte de las denuncias se investiga formalmente. De estos sumarios que representan únicamente el 10% de los delitos cometidos, solo uno de cada tres llega a la etapa de juicio. Un poco más de la mitad (60%) de los juicios terminan en condena de esta manera menos del 2% de los delitos que se cometen en el país reciben sentencia condenatoria”.

⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

como la solución a la congestión de los estrados judiciales y a la lentitud de los procedimientos adelantados en la jurisdicción penal; y en segundo lugar al impacto sobre las cifras de impunidad⁹. Estos temas han sido ampliamente discutidos, pero de alguna manera han restado protagonismo a los debates que genera la relación de esta figura con los elementos de la teoría del delito, siendo éste un asunto de central relevancia, pues involucra el carácter garantista y la consistencia del derecho penal -tanto procesal, como sustancial- reflejada en el acto mismo de imputación, porque su uso permite modificar la calificación de los cargos frente a los hechos por los que se procede, sometiendo la adecuación típica a una negociación desigual que le proporciona al ente investigador facultades extraordinarias que le convierten en juez y parte de la causa¹⁰, lo cual representa la más clara e importante evidencia de la tergiversación del modelo acusatorio que se pretende aplicar en Colombia.

1.1 Los preacuerdos en el sistema procesal penal colombiano

Como ha quedado de manifiesto, la Ley 906 de 2004 adoptó los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el procesado, que representan una especie de salida contractual al proceso¹¹ y están basados en figuras que ya han sido utilizadas en ordenamientos jurídicos como el estadounidense, en el que son

⁹ Lo cual es resultado de la tendencia a medir la efectividad del sistema penal, no por los casos en que el ente acusador demuestra la responsabilidad del procesado en un juicio, sino por el número de condenas frente a los hechos punibles ocurridos.

¹⁰ AAVV, DUCE, Mauricio, *Proceso penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, Pg. 321. El rol del Juez de conocimiento en caso de preacuerdos se limita a terrenos como la garantía de verificar que la manifestación del procesado sea haya sido voluntaria y libre de fuerza o error.

¹¹ ARANA MONTOYA, Edgar Augusto, CORETES VELAZCO, Margarita Rosa, MARTINEZ IDARRAGA, Jairo Alberto, MARTINEZ IDARRAGA, María Gladys, PÉREZ ALARCON, Carlos Andrés, TOBON HURTADO, Germán, *El sistema acusatorio y los preacuerdos*, ed. Universidad de Medellín, Medellín, 2008, Pg. 31.

comunes los *plea bargaining*¹², o como el italiano en el que esta función es cumplida mediante el llamado *patteggiamento*¹³.

A pesar de las grandes expectativas que se centraron en los beneficios que traería consigo la decisión de incluir en el ordenamiento Colombiano, de tradición continental, figuras propias de sistemas de tradición anglosajona,¹⁴ esta decisión generó grandes polémicas alrededor de temas como su origen, pero también sobre el alcance e implicaciones de las mismas¹⁵; tales discusiones nos invitan a revisar como primera medida los antecedentes, al menos los más cercanos, de estas nuevas instituciones en la legislación procesal Colombiana y, posteriormente, su alcance en el procedimiento penal vigente en Colombia¹⁶.

1.1.1 Evolución histórica reciente

Si bien es cierto que fue mediante el Acto Legislativo de 02 de 2003 que se adoptó en Colombia un nuevo procedimiento penal -con la intención de adoptar el modelo penal acusatorio, como forma de superar los viejos esquemas de los que se predicaba un carácter inquisitivo-, la existencia de mecanismos de abreviación del procedimiento penal en nuestro ordenamiento es incluso anterior a la promulgación de la Ley 906 de 2004. El Decreto 2700 de 1991¹⁷, en su artículo 37, ya planteaba la posibilidad de celebrar una audiencia denominada “audiencia especial”, que

¹² Desarrollado en fallos de la Corte Suprema de Justicia como: *Brown vs. Misisipi* 1936, *Malinsky vs. People of New York* 1944; *Leyra vs. Denno*, 1954; *Lynom vs. Illinois*, 1963; *Haynes vs. Washington*, 1963; o *Watts vs. Indiana*, 1949, en: <http://www.supremecourt.gov>.

¹³ REPÚBLICA ITALIANA, Código de Procedimiento Penal, Artículo 444.

¹⁴ En los cuales es predominante el esquema acusatorio, aunque no de una manera absoluta, pues como será desarrollado más adelante, la implantación de figuras como el *Plea Bargaining* ha llevado a algunos teóricos del derecho estadounidense a afirmar que tales instituciones rompen el principio acusatorio, ya que mediante éstas se le otorga al ministerio público la potestad de ser Juez y parte dentro de una misma causa. Al respecto ver: BOVINO, Julio, *El procedimiento abreviado*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, Pg. 63 - 65.

¹⁵ Razón por la cual se restringió su uso según lo dispuesto en los artículos 350 y siguientes de la ley 906 de 2004 y se dispuso su control posterior por parte del Juez.

¹⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 425 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ésta sentencia hace un recuento histórico de la normatividad del sistema penal colombiano y de la política criminal, según la evolución en la implementación figuras jurídicas y procedimientos abreviados que han permitido la terminación anticipada de los procesos penales.

¹⁷ COLOMBIA, Presidencia de la República, Decreto 2700 de 1991, Artículo 37.

podía adelantarse antes del cierre de la investigación, y su finalidad era precisamente terminar anticipadamente el proceso penal, bajo el presupuesto de un acuerdo entre el fiscal y el sindicado, debidamente

asistido por su defensor, en esta diligencia podía disponerse de: “...*los cargos imputables y la pena, de temas relacionados con la tipicidad, el grado de participación, la culpabilidad, las circunstancias agravantes o atenuantes, la pena, la posibilidad de ejecución condicional de la sentencia y la eventual preclusión por comportamientos menos graves*”¹⁸. Una vez aprobado el acuerdo, éste se formalizaba con el diligenciamiento en un acta que era enviada posteriormente para su control ante el Juez, quien, tras dar su visto bueno, procedía a reducir de la pena imponible hasta una sexta parte.

La vigencia de este mecanismo fue en realidad muy corta, como consecuencia de las grandes discusiones que se adelantaron con ocasión de lo evidente que resultaba la indebida acumulación de rebajas de punitivas, pues de una parte se le permitía al encartado acceder a un descuento de su pena por confesión, a la luz del artículo 299 y de otra, al descuento por la negociación de los cargos y hasta de la pena misma¹⁹. Fue por esta razón que en las modificaciones realizadas al Código de Procedimiento Penal mediante la Ley 81 de 1993²⁰, se estableció que la audiencia especial por medio de la cual era posible terminar el procedimiento a partir de una negociación, sometida claro está, a la aprobación del juez, debía ser transformada, pues se convirtió en: “...*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*

¹⁸ <http://bucaramanga.ucc.edu.co/biblioteca/archivos/DERECHO/DER%20114.pdf>, 4 de agosto de 2010.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 81 de 1991, Artículo 299.

obstante se probara plenamente su responsabilidad en el delito cometido generando desconfianza hacia el órgano judicial”²¹.

Es así como el Decreto 2651 de 1991²² mediante el cual, el Gobierno Nacional adoptó medidas transitorias tendientes a descongestionar los despachos judiciales²³, en su artículo 57, incluyó la figura conocida como sentencia anticipada, que fuera finalmente incluida en el Código de Procedimiento Penal mediante las modificaciones contenidas en la ley 81 de 1993; ésta figura consistía básicamente en que bajo el supuesto de que el fiscal, estando fundamentado en prueba suficiente de responsabilidad, adecua los hechos investigados a una conducta típica contenida en el Código Penal, los formula ante el procesado y éste en presencia de su defensor tiene la potestad de aceptarlos ó no. Dicho trámite requiere ser avalado por un Juez, al verificar que la aceptación total o parcial de cargos efectuada por el procesado, haya sido producida en estricto respeto por las garantías constitucionales²⁴.

El artículo 40 de la ley 600 de 2000²⁵, preservó la vigencia de la sentencia anticipada como forma de terminación precoz del proceso penal, para que en virtud de esta figura procesal le sea permitido al procesado que a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de ejecutoriada la resolución que decreta el cierre de la investigación, solicite que se dicte sentencia anticipada, sobre la base de los cargos aceptados, solicitud que ha de ser consignada en un acta con destino al Juez, quien dosificará la pena disminuyéndola en una tercera parte, salvo que la

²¹ <http://bucaramanga.ucc.edu.co/biblioteca/archivos/DERECHO/DER%20114.pdf>, 4 de agosto de 2010.

²² COLOMBIA, Presidencia de la República, Decreto 2651 de 1991, Artículo 57.

²³ Sea del caso mencionar que muchas de esas medidas normativas que se propusieron como transitorias durante un periodo tácito de 42 meses, como puede comprobarse en su artículo 1º, terminaron siendo permanentes hasta 1998 y otras solamente fueron derogadas con la aparición del Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000.

²⁴ El trámite dispuesto por éste Decreto atendió a las discusiones presentadas al interior de la Comisión redactora del mismo y que giraron en torno al Código de Procedimiento Italiano. Ver <http://bucaramanga.ucc.edu.co/biblioteca/archivos/DERECHO/DER%20114.pdf>, 4 de agosto de 2010.

²⁵ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 600 de 2000, Artículo 40.

aceptación de cargos contenida en la solicitud de dictar sentencia anticipada, sea posterior a la resolución de la situación jurídica, en cuyo caso la disminución será de una octava parte de la pena a imponer²⁶.

Repasar las figuras acogidas por las normas citadas, es una actividad importante ya que representan algunos de los antecedentes más próximos a la redacción del Código de Procedimiento Penal que se encuentra vigente hoy en día en Colombia (Ley 906 de 2004), lo cual nos permiten observar, aunque superficialmente, la evolución de las modalidades de terminación anticipada del proceso en los últimos 20 años, para concluir que solamente el Decreto 2700 planteó una institución que recurría a la negociación como forma para culminar el proceso, pero que dada su inconveniencia para nuestro sistema de enjuiciamiento criminal terminó siendo excluida. Las demás figuras se refieren a la aceptación unilateral de cargos promovida por los descuentos de la pena contenidos en la Ley.

1.1.2 Alcances de la institución en la Ley 906 de 2004

Ahora bien, la Ley 906 de 2004 con la cual se implantó un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento penal de tendencia acusatoria tuvo su sustento en la modificación del artículo 250 de la Constitución Política²⁷, que confiere el poder al Fiscal General de la Nación y a sus delegados de adelantar el ejercicio de la acción penal, de investigar aquellos hechos que revistan las características de delito y de presentar escrito de acusación ante los Jueces de la República a fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, orientado por los principios de publicidad, oralidad, inmediación de pruebas, contradicción, concentración y respeto de todas las garantías fundamentales.

En virtud del establecimiento de esta nueva Ley, cuyo marco constitucional se creó a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, la Corte Constitucional en Sentencia C-873

²⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 356 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁷ COLOMBIA, Constitución Política, Artículo 250.

de 2003²⁸ analizó los aspectos estructurales del procedimiento penal, resultantes de la reforma constitucional, tales como la fase del juicio, considerado como una de las etapas más importantes del proceso, que con la entrada en vigor de figuras como los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y el Procesado (como figura para la descongestión de los despachos judiciales)²⁹, se ha visto relevado por la definición negociada de las causas penales, a tal punto que a la realización del Juicio se le haya dado un carácter extraordinario³⁰. Al respecto la Corte Suprema de los Estados Unidos ha declarado: “...por razones de conveniencia la justicia penal estadounidense no puede cumplir su promesa de llevar a cabo rutinariamente un procedimiento por jurados”³¹.

El ejercicio de esta figura implica para el imputado la renuncia de derechos como el de no autoincriminación y el derecho a tener un juicio rodeado por las garantías legales y constitucionales, como consecuencia directa de su manifestación de responsabilidad penal. La gravedad de lo anterior queda de manifiesto al observar los literales b), k) y l) del artículo 8 de la ley 906 de 2004, que consagran como desarrollo de los derechos de defensa y de igualdad, una serie de garantías que pueden ejercerse una vez se ha adquirido la condición de imputado, dentro de ellas se destacan: “b) **No auto incriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.** [...] k) **Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones**

²⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C – 873 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

²⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T- 019 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño. “...resulta coherente que se valore, en términos punitivos, la actitud procesal de quien contribuye eficazmente al logro de esos propósitos. Y resulta también factible un mayor interés en estimular, desde la regulación legal, todos los mecanismos de terminación anticipada del proceso...”.

³⁰ LANGBEIN, Jhon, *Tortura y plea bargaining*, en *El procedimiento abreviado*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, Pg. 15. “En los Estados Unidos del siglo XX hemos duplicado la principal Experiencia del procedimiento penal de Europa medieval: hemos abandonado un sistema contradictorio de atribución de culpabilidad para adoptar un sistema no contradictorio de concesiones.”

³¹ EE.UU., Corte Suprema de Justicia, Santobello vs. New York, 1971, En: <http://supreme.justia.com/us/404/257/case.html#260>

injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate. [...] Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k), siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor”. (Negritillas fuera del texto original)

Ahora bien, el procedimiento colombiano contempla el carácter de disponibilidad y hasta de tranzabilidad, de los derechos enunciados. Al respecto vale decir que la Corte Constitucional en sentencia C-1260 de 2005 destacó que para efectos de adelantar negociaciones con el Fiscal, no se considera que la renuncia informada se erija como vulneración de la Carta Política, en tanto un acto de esta magnitud es expresión y ejercicio tácito de la voluntad libre y consciente por parte del imputado, pero para que esto sea así, el procesado deberá, en todo momento, estar en compañía de su abogado defensor quien le asesorará sobre las consecuencias de su decisión y que además sea constatada por el Juez de conocimiento mediante un interrogatorio - que podrá realizarse con la presencia del Ministerio Público ⁻³², en el que verifique que ésta manifestación de voluntad se ha realizado de manera libre, consciente y voluntaria, sin que haya mediado error o fuerza y con el lleno de las garantías legales y constitucionales.

Ningún procedimiento penal fundado en el respeto por la dignidad humana podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, como la resultante del consenso entre el procesado y la Fiscalía. Este aspecto ha sido identificado como uno de los puntos de identidad entre los preacuerdos y la tortura medieval como medios que más allá de la agilización de los procesos, encierran la búsqueda de la confesión como único medio para probar la culpabilidad³³, en la medida

³² COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 1260 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³³ LANGBEIN, Jhon, *Tortura y plea bargaining*, en: *El procedimiento abreviado*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, Pg. 7. “A fin de compatibilizar el requisito del derecho probatorio formal

en que la celebración de preacuerdos limita la posibilidad de verificar que del acervo probatorio, es posible predicar la responsabilidad del sujeto, más allá de toda duda razonable como esperaría obtenerse del juicio.

Así las cosas, encontramos que el ejercicio de la institución de lo que quizá podríamos llamar justicia negociada, involucra derechos y garantías fundamentales, lo cual amerita el estudio de su sujeción a los principios fundantes del Estado Social de Derecho, ligados a la dignidad humana que blindan a las personas del ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado. En medio de este escenario el legislador reglamenta tanto la forma de negociar, como la oportunidad y las materias sobre las cuales la Fiscalía y el imputado se encuentran habilitados para hacerlo; así, tenemos que el Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 establece la naturaleza, las finalidades, la oportunidad, el objeto, los niveles de intervención de las partes procesales, las consecuencias procesales y los controles al respecto.

1.1.2.1. Finalidades

Las finalidades que se persiguen con la adopción de dichas instituciones se encuentran consagradas en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, así: *“Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso”*³⁴.

– que la confesión sea voluntaria- los juristas medievales consideraban a la confesión extraída bajo tortura como una confesión involuntaria y, por ende, inválida, a menos que el acusado reiterara su declaración de manera no coactiva en una audiencia celebrada uno o más días después. [...] en contadas ocasiones la retractación resultaba beneficiosa: el interrogatorio bajo tortura podía, por esa razón, ser repetido. Un acusado que confesaba bajo tortura, se retractaba y luego era nuevamente torturado, aprendía rápidamente que solo una confesión “voluntaria” en la audiencia lo salvaría de nuevas agonías en la cámara de tortura”.

³⁴ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 906 de 2004, Artículo 348.

En el anterior orden de ideas, para proceder al establecimiento de los preacuerdos al interior del ordenamiento colombiano, el legislador identificó las necesidades de:

- a. *Humanizar la actuación procesal y la pena*: lo cual ha sido justificado entre otras cosas, bajo el entendido de que: una ágil solución de los procesos representará un beneficio para los procesados en la medida en que esto les hará evitar las complejidades de un juicio. Así mismo, la humanización se espera representada en el fomento mismo de las salidas consensuadas.
- b. *Activar salidas alternas para solucionar aquellos conflictos sociales generados por el injusto*: esta finalidad representa, para los defensores de esta figura, una ganancia no solamente a nivel individual sino a niveles sociales, en el entendido que representan una disminución en el gasto público destinado a la administración de justicia.
- c. *Garantizar la reparación de los perjuicios resultantes del delito*: sobre este aspecto en especial, la Corte Constitucional³⁵ ha optado por resaltar la ausencia de métodos que garanticen la efectiva participación de la víctima en la celebración de acuerdos y negociaciones, y no obstante declaró la constitucionalidad condicionada de la figura.
- d. *Obtener pronta y efectiva justicia, facilitando la participación del procesado en la definición de su caso*: este aspecto se verá con más detalle en el capítulo tercero del presente trabajo, ya que es innegable la necesidad de una pronta y efectiva justicia, pero ello no puede convertirse en un objetivo de tal envergadura que faculte al Estado para desconocer las garantías sustanciales y procesales que protegen a los seres humanos de sus injerencias.

1.1.2.2. *Naturaleza*

De su naturaleza podríamos afirmar que se trata de una institución acogida para la simplificación de los procesos penales, a través de la renuncia al debate probatorio

³⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

y argumentativo, como consecuencia del acuerdo entre las partes, sin que la abreviación procesal resultante de las negociaciones, corresponda a la renuncia al poder punitivo del Estado como sería el caso de la aplicación del principio de oportunidad, que sí incorpora el ejercicio de un poder dispositivo sobre la acción penal, aclaración que obedece a la recurrente asimilación de figuras como la aceptación total de cargos, con las negociaciones, lo que obedece a que se piensa que tanto la aceptación total, como la negociación acuden al principio dispositivo aplicado al derecho penal. Desde nuestra óptica, más bien corresponden a la idea de resolver de manera acelerada la causa penal, por vía de la aceptación de elementos fácticos jurídicamente relevantes, acompañada de la renuncia libre, voluntaria e informada, al juicio oral y público, a cambio de descuentos punitivos o rebajas típicas.

1.1.2.3. Objeto

En cuanto al objeto de los acuerdos o las negociaciones, se dirá que en la misma medida en que se le ofrecen ciertos “beneficios” al procesado, como contraprestación se le reclama el reconocimiento de su responsabilidad, en una manifestación que, como ha sido recalcado repetitivamente, ha de ser libre, consciente, voluntaria, y debidamente informada de las consecuencias; así las cosas, la renuncia a un juicio público, oral, concentrado y contradictorio a cambio de la obtención de los descuentos punitivos derivados del acuerdo.

Siguiendo el artículo 350 de la Ley 906 de 2004³⁶, el objeto de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado es el de fijar, a manera de negocio, los términos de la imputación a cambio de la aceptación total o parcial de los cargos, devaluando el carácter demostrativo del procedimiento que dota a los seres humanos de la garantía de no ver mancillados sus derechos humanos. Sin embargo la institución de los preacuerdos va más allá en materia de restricción a

³⁶ A diferencia de la figura contenida en el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 (proveniente de un país como Italia con una tradición jurídica continental), esta figura fue retomada de los llamados *plea bargaining*, con gran tradición en el ordenamiento estadounidense en el cual es predominante el sistema acusatorio.

las garantías penales pues dentro de las posibilidades de que puede servirse el acusador para negociar, encontramos la posibilidad de manipular la adecuación típica dentro de su alegación conclusiva, a la manera acordada con miras a disminuir la pena, sin embargo, tal posibilidad implica el hecho de que “...ya no será la conducta la que se adecue a la norma, sino la conducta que se adecue al querer del fiscal...³⁷”.

1.1.2.4. Oportunidad

Así las cosas el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, señala la audiencia de formulación de imputación como el acto que marca la oportunidad para iniciar la celebración de negociaciones entre las partes; sin embargo, no existe impedimento legal o jurisprudencial para que éstas puedan iniciar conversaciones con miras a una negociación en los términos del Código Procesal, antes de la celebración de la audiencia de imputación, esta situación sumada al hecho según el cual los preacuerdos no pueden llegar a considerarse como una acción oculta, impide que los Jueces desapruében los acuerdos que se presenten, por la única razón de haberse desarrollado antes de la audiencia referida³⁸.

En este orden de ideas y si bien nada impide la realización de negociaciones antes de que se lleve a cabo la audiencia de Formulación de imputación, la Ley es clara en definir el momento en que se presenta el escrito de acusación, como el acto procesal que fija el límite para que las partes reemplacen dicho escrito por otro; esto es, por el escrito contentivo del preacuerdo, el cual, en términos generales podrá versar sobre los términos de la imputación³⁹.

Ahora, si bien es cierto que las negociaciones representan para el procesado una motivación para la aceptación de delitos con miras a obtener una pena menor, la

³⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 1260 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁸

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:hmSe6PpPYY4J:www.ramajudicial.gov.co/cs_j_portal/assets/ACUERDOS%2520Y%2520PREACUERDOS%252020%2520DE%2520JUNIO.doc+preacuerdos+y+negociaciones&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co, 12 de abril de 2010.

³⁹ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 906 de 2004, artículo 350.

misma es una motivación vacía⁴⁰, porque a la propuesta de preacordar que hace el delegado de la Fiscalía no le acompaña exhibición de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes legalmente obtenidos sobre la responsabilidad, que son el resultado de la actividad investigativa y que aun así han de ser valoradas por el Juez a la luz de las reglas de la experiencia y de la sana crítica, con posterioridad a ser sometidas a la contradicción de la defensa, para que finalmente la responsabilidad sea declarada. Así, es evidente que dichas instituciones reemplazan la realización del Juicio por la negociación, que no es otra cosa que un pulso de fuerzas desiguales como son la del Estado a través de la fiscalía y la de la defensa⁴¹.

1.1.2.5. Control

Ahora bien, sobre el control debido a los acuerdos producto de la negociación entre las partes, ya se ha hecho una breve referencia; sin embargo, diremos que a la luz del inciso 1° del artículo 350 y los incisos 4° y 5° del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe ser ejercido por el Juez de conocimiento, funcionario encargado de asegurar la sujeción del pacto a las garantías constitucionales y legales de todos y cada uno de los involucrados en la actuación. Así mismo el control se extiende al contenido del escrito que le ha sido proporcionado por la Fiscalía, a fin de verificar que no haya puntos confusos, indeterminados, o contradictorios, una vez ejercida dicha labor procederá a su aprobación y con su ejecutoria serán vinculantes.

⁴⁰ Sea del caso recalcar que, dadas las características de los preacuerdos, que atienden a las reglas de la negociación, la especulación juega un papel central y se ha convertido en estrategia de defensa, así el hecho de especular acerca de los elementos que pueden ser validados por el instructor como medio de prueba y que en dado caso pueden llegar a ser perjudiciales para el imputado, puede llegar a ser una práctica común entre los litigantes. Dicha reflexión puede convertirse en una motivación adicional para que la defensa se sienta tentada a llegar a un preacuerdo con la Fiscalía.

⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 298. "Como lo enseña la psicología del juego de la negociación, el más poderoso, concretamente, es 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".

Una vez determinado el alcance del control judicial es importante recalcar, que el mismo tiene lugar una vez el delegado de la Fiscalía proceda a presentar el escrito contentivo del acuerdo al Juez, como reemplazo del escrito de acusación, ante lo cual, el Juez de conocimiento procederá a verificar, en audiencia pública, el cumplimiento de las garantías –tanto sustanciales como procesales, en la celebración del acuerdo, luego de lo cual convocará a una nueva audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

La naturaleza de éste control jurisdiccional se enmarca en el ámbito de los derechos fundamentales, a fin de materializar la igualdad entre las partes; por lo tanto, los preacuerdos y negociaciones se rigen por los principios de lealtad y buena fe y es por esa razón que aquello que sea su contenido, deberá quedar consignado integralmente en el acta, siempre y cuando se verifique la no transgresión de garantías fundamentales y que lo pactado se encuentre ajustado a la Ley, para no generar falsas expectativas, que resulten en sorprender o engañar al imputado o acusado. Para esta tarea se prevé que han de pactarse en presencia y con la asesoría del abogado defensor, pero también que siempre han de desarrollarse con miras a obtener la reparación efectiva a la víctima, quien en todo caso podrá acudir a las vías judiciales pertinentes para lograr su protección y garantizar el acceso a la administración de justicia; así como la necesidad de establecer con objetividad la verdad y la justicia.⁴²

Ahora bien, el legislador previó la asistencia del defensor como requisito de existencia del acuerdo, derivada de la obligación del profesional del derecho de informar a su prohijado a cerca de las consecuencias que se desprenden de la aceptación de responsabilidad en el caso en concreto, aun así, se ha establecido de manera textual que: *“prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso*

⁴² COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 906 de 2004, art. 10. El alcance del control judicial a los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la fiscalía y el procesado, está determinado de acuerdo al inciso 4° del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, que versa sobre los principios y directrices básicos que rigen la actuación procesal, así: *“El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia a los derechos constitucionales”*.

*de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia*⁴³.” Así mismo, se prevé el caso en el cual la fiscalía pretenda formular cargos diferentes y más gravosos a los que conformaban la imputación, caso en el cual el contenido del acuerdo deberá versar sobre aquellos nuevos cargos.

1.1.3 Modalidades de la institución

Como ha quedado de manifiesto, el objeto sobre el cual recaen los preacuerdos son esencialmente las conductas típicas imputadas y sus consecuencias y van en búsqueda de obtener la aceptación de responsabilidad por parte del imputado o acusado del delito que se le atribuye, o de uno relacionado con pena menor, para lo cual el legislador dispuso que, a cambio, el delegado de la Fiscalía elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva, algún cargo específico, o tipifique la conducta con miras a disminuir la pena (artículo 350 CPP). Ahora, sin perder de vista lo anterior tenemos que: sus modalidades son básicamente las contempladas en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, a decir: aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación; y preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias.

1.1.3.1. Aceptación de los cargos imputados

Esta modalidad es representación de la figura de la aceptación de cargos por parte del procesado, seguida por un acuerdo que tiene como objeto la fijación del límite de la pena a imponer. Así, la aceptación puede ser parcial, es decir, que, ante la pluralidad de cargos endilgados, el encartado hace aceptación de uno, varios de ellos; o total, es decir, aceptación total de los cargos que le fueron imputados y/o por los cuales será o fue acusado. Las consecuencias procesales de esta modalidad varían de acuerdo con la fase procesal en que se realice el acuerdo, de manera que, si la aceptación es anterior a la presentación del escrito de acusación significará una rebaja de hasta de la mitad de la pena imponible, pero si la

⁴³ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 906 de 2004, Art. 354.

negociación es realizada con posterioridad a ello, entonces se dará aplicación al inciso 2° del artículo 352 que prevé la rebaja de la pena hasta en una tercera parte de la pena a imponer. Sea del caso señalar que la consecuencia directa de la aceptación parcial de cargos es la ruptura de la unidad procesal, a la luz del numeral 4 del artículo 53 de la Ley 906 de 2004, y en consecuencia se dictará sentencia por los cargos aceptados, pero se continuará separadamente la causa por los demás delitos, a partir de la diligencia en que se encuentre la actuación.

1.1.3.2. Preacuerdos sobre los hechos imputados

Este aspecto comporta el grueso de los contenidos sobre los cuales versará la negociación, más específicamente podríamos decir que son: A) La adecuación típica, que a su vez da pie a los acuerdos sobre: 1) el tipo penal por el que se procede, 2) las causales de agravación y atenuación punitiva, 3) La forma de culpabilidad y 4) La modalidad de la participación del sujeto; y B) las consecuencias del delito, o sea la negociación directa sobre el monto de la pena, pero no se excluye la posibilidad de negociar sobre los subrogados penales, a decir: prisión domiciliaria o suspensión condicional de la ejecución de la pena y las penas alternativas (artículo 350 e inciso 2° del artículo 351 CPP).

Las variaciones enunciadas de esta modalidad de preacuerdo, permiten a las partes negociar sobre elementos que son solamente definidas por el legislador, tales como los elementos del tipo específico, esta situación ha llamado la atención de juristas extranjeros, en Chile por ejemplo, a propósito de la implementación del principio de consenso (equivalente a los preacuerdos y negociaciones en Colombia), se ha dicho que este no implica una asociación con el principio de oportunidad, ya que el consenso no representa el abandono del ejercicio de la acción, pero si, un apartarse de la legalidad, en tanto esta figura abra las puertas a la posibilidad de que las partes transen sobre los cargos, es decir acordar sobre el contenido fáctico con independencia de la realidad, o pactar: “...*sobre los hechos, calificaciones jurídicas y peticiones de penas que no se corresponden*

*necesariamente con las legalmente previstas...*⁴⁴, hecho que además destruye los fundamentos del derecho penal moderno, pues permiten el pacto sobre la aplicación de una pena sin juicio jurisdiccional, corriendo el riesgo de establecer un derecho penal que prescinda del principio de culpabilidad, es decir, de consagrar un sistema punitivo que aplica penas sin la previa verificación de participación culpable.

Al respecto el jurista italiano Luigi Ferrajoli anotó: *“Auctoritas, non veritas facit legem es la máxima que expresa este fundamento convencionalista del derecho penal moderno y a la vez principio constitutivo del positivismo jurídico: no es la verdad, la justicia, la moral, ni la naturaleza sino solo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal. Y la Ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino solo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez adscribibles a la culpabilidad de un sujeto”*⁴⁵ en ese sentido, encontramos que fruto del acuerdo entre partes no es posible asignar las consecuencias específicas de una conducta humana también específica, a otra que sea diferente a la norma aplicable, sin que se transgredan principios y garantías sustanciales que como el principio de Legalidad aportan al derecho penal su legitimidad.

El mismo resultado se produce del hecho de suprimir causales de agravación o atenuación punitiva, eliminar cargos, modificar la adecuación típica de la conducta por la que se procede, variar la forma de participación criminal o, de degradar el dolo, incluso hasta modificarlo por una modalidad culposa, tal y como está permitido en virtud de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado en la Ley procedimental colombiana. Ya que dichos aspectos comportan

⁴⁴ DEL RIO FERRETTI, Carlos, El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N°1, Pg. 157-182, Santiago de Chile, 2008. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100007&script=sci_arttext

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, derecho y razón, Ed. Trotta, Madrid, 2009, Pg. 35, 36.

las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron los hechos, es decir, con las que se fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica.

1.2 Los preacuerdos en la jurisprudencia colombiana

Los desarrollos jurisprudenciales a propósito de la implantación de la Ley 906 de 2004, que han sido desarrollados tanto por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, como por la Corte Constitucional, nos permiten identificar aspectos tan sensibles como importantes para su estudio, como lo son: sus fines, su contenido, o su alcance, esta situación también es perfectamente predicable de la institución objeto de nuestro análisis, los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado ó acusado, pues permite, por ejemplo, distinguir éstas figuras que por su naturaleza derivada del acto de negociación, son actos bilaterales, de figuras como la aceptación unilateral de cargos, que también dan paso a la terminación anticipada del proceso, pero de manera individual(sin la necesidad de consenso)⁴⁶. Así mismo nos permiten reconocer la posición de los máximos tribunales judiciales sobre la pertinencia de la adopción para nuestro sistema jurídico penal, de las instituciones de justicia consensuada y luego recoger fuertes elementos que han sido esgrimidos a la hora de observar las tensiones entre dichas figuras y la tipicidad como elemento de la teoría del delito, a la luz de principios rectores del derecho como el debido proceso, la congruencia, la no reforma en perjuicio, entre otros.

1.2.1 En la jurisprudencia de la Corte constitucional

Los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional frente a los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el procesado, ofrecen una perspectiva amplia acerca de los temas que han sido objeto de revisión por parte del máximo órgano constitucional, a continuación analizaremos algunos aspectos

⁴⁶ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 23 de agosto de 2005, proceso 21954, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

relevantes para su estudio y que representan un valioso insumo para nuestro análisis, así observaremos la forma en que la Corte Constitucional ha abordado las implicaciones de la terminación anticipada del proceso a través de los preacuerdos, frente a los derechos de las víctimas; los beneficios que se esperan de la implementación de éstas instituciones en el proceso penal colombiano; y sus consecuencias procesales y sustanciales para el derecho penal.

1.2.1.1. Los preacuerdos y los derechos de las víctimas

Un importante tema que ha sido analizado por la Corte constitucional ha sido el papel de las víctimas a propósito de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el procesado, así la sentencia C – 516 de 2007⁴⁷ representa el punto de referencia al respecto, pues ha sido en esta providencia que la Corte ha revisado la constitucionalidad de los artículos 348, 350, 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal tomando como norte el papel de la víctima en los procesos de terminación por medio del consenso, ya que es precisamente éste uno de los aspectos que más dudas ha dejado entre los juristas, generando un profundo debate por la exclusión del perjudicado en las negociaciones, en las cuales se sacrifican los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral⁴⁸.

El carácter garantista del ordenamiento penal gira en torno a los derechos que protegen a quienes se ven involucrados en este tipo de procedimientos jurídicos, así, para los ofendidos se ha consagrado el derecho a un recurso judicial efectivo, como la vía más expedita para la materialización de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Tales derechos justifican el derecho a castigar (*ius puniendi*) del Estado, en la medida en que: como encargado monopólico de

⁴⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁸ Al respecto la Corte fue clara en afirmar: “...*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...*”.

administrar la justicia, velará por satisfacer las pretensiones del ofendido, para evitar la justicia por mano propia.

Siguiendo el anterior orden de ideas encontramos que si bien al Estado le ha sido otorgada la responsabilidad de persecución y castigo, el ofendido juega un papel protagónico no solamente a la hora del desarrollo de la investigación, sino también al momento de ver materializadas las promesas con que ha sido atraído por el Estado a acudir a la administración de justicia y le han persuadido de utilizar la justicia privada como método para resolver su problema. Es por esta razón que argumentos como los esgrimidos por la Corte al indicar que los preacuerdos y negociaciones se ajustan a la constitución, a pesar de reconocer que: “...*no están fundados en la aplicación de un principio dispositivo sobre la acción penal, sino en el consenso y en la disposición sobre algunos aspectos de la imputación, de sus consecuencias, y de las etapas del procedimiento, **su aplicación conlleva a decisiones con enorme impacto sobre los derechos de las víctimas***” (negrilla fuera del texto original), encienden las alarmas sobre la confiabilidad en el estado como administrador del derecho a castigar y de la seguridad que ofrece el sistema mismo, a los asociados.

Así las cosas, a pesar de que existe conciencia de que la regulación de los mecanismos de negociación no contempla métodos de participación para las víctimas, ni siquiera por intermedio del fiscal, se ha decidido declarar la exequibilidad de la norma, condicionándola a que se abra la posibilidad para el perjudicado de intervenir en la celebración de las negociaciones y preacuerdos, declarándose la posibilidad de ser : “...*oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo*”, pero sin la seguridad de que ello tenga efectos procesales concretos.

El panorama, es entonces desconsolador, ya que la decisión de la Corte legitima el desconocimiento de las garantías de participación real y efectiva a los sujetos pasivos del injusto, al legitimar el que la Fiscalía y el procesado adelanten procedimientos alternos para llegar a la terminación prematura de la causa, e

incluso a negociar sobre el monto de la pena a imponer y sobre la adecuación típica, sin contar con la opinión del ofendido.

Ante tal exabrupto la sentencia T – 794 de 2007⁴⁹, limita la facultad de negociación a las partes en el proceso, pero solamente en aquellos casos que cumplan las siguientes dos características: a) que se trate de delitos en contra de la libertad y formación sexuales y b) que la víctima sea un menor de edad. Tal limitación a la celebración de negociaciones como método de terminación anticipada del proceso atiende a que existe prohibición expresa de realizar cualquier tipo de negociación en estos casos, *so pena* de la declaratoria de nulidad del acto, prohibición que se encuentra contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006⁵⁰, lo cual deja en evidencia el que la aplicación de ésta instituciones se ha restringido solo en aquellos casos con un alto grado de reproche social.

1.2.1.2. Beneficios de la terminación del proceso por consenso

Continuando con el análisis de la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional, encontramos las sentencias T – 966 de 2006⁵¹ y T- 356 de 2007⁵², las cuales ofrecen una descripción concisa de los beneficios esperados luego de la implementación de las figuras tendientes a terminar anticipadamente los procesos en virtud del consenso entre las partes, en análisis de aplicación del principio de favorabilidad, por la presunta identidad entre esta institución y la de sentencia anticipada (contenida en la Ley 600 de 2000). Nos detendremos en el análisis de dos beneficios concretos, los que giran alrededor del derecho de defensa y a la presunción de inocencia.

Así las cosas, la Corte considera que los preacuerdos preservan el ejercicio del derecho a la defensa y la contradicción por parte del procesado pues se prevé la

⁴⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T- 796 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. “.../la Corte aborda la misma figura desde la perspectiva de la Ley de Infancia para demostrar la intención del Legislador de no permitir este tipo de negociaciones en delitos que involucran a menores de edad”.

⁵⁰ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 1098 de 2006, artículo 199.

⁵¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 966 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵² COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 356 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

formulación de cargos en la audiencia de imputación, en la cual se ofrece la posibilidad de ejercer estos derechos, lo cual es del todo discutible si tenemos en cuenta que la doctrina ha identificado una manifiesta similitud entre las instituciones derivadas de los *plea bargainig* –como los preacuerdos- y la institución procesal medieval de la tortura, en la medida en que cada una de estas instituciones es el resultado histórico de la incapacidad de plantear soluciones a la sostenibilidad del sistema penal, ante el alto nivel de garantías que se han desarrollado, llevando a la aplicación, en los dos sistemas, de la máxima del derecho: *confessio est regina probationum*, la confesión es la reina de las pruebas⁵³.

Así mismo, se ha predicado que los preacuerdos protegen el principio de presunción de inocencia, porque para darles aplicación es requisito que a la manifestación de culpabilidad la acompañen fuertes indicios. Ante esto es importante reflexionar en que la función de todo sistema penal, no solamente de los sistemas acusatorios, es la de decidir cuestiones probatorias tendientes a desvirtuar la presunción de inocencia y la complejidad de ese sistema probatorio es manifestación del carácter garantista del sistema; por lo tanto, vale la pena preguntarnos ¿la eliminación o limitación del debate probatorio, es manifestación del colapso del sistema probatorio vigente? Si la respuesta es afirmativa ¿Cuál es la razón para sostener el sistema prologando su agonía, con figuras como los preacuerdos?

1.2.1.3. Consecuencias procesales y sustanciales de los preacuerdos

La sentencia C- 1260 de 2005⁵⁴, expone la estructura de los preacuerdos, a partir del análisis de constitucionalidad efectuado al Acto Legislativo 03 de 2002 (mediante el cual se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política), realizado en sentencia C- 873 de 2003⁵⁵, que define el juicio como el

⁵³ LANGBEIN, Jhon, *Tortura y plea bargaining*, en: *El procedimiento abreviado*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, Pg. 14 – 17.

⁵⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

centro de gravedad del proceso penal, y que a pesar de ello se abrió la posibilidad de terminar el proceso anticipadamente en aquellos casos en los que la Fiscalía y el procesado lleguen a un acuerdo, que puede consistir en la aceptación de los cargos endilgados (en cuyo caso se hará acreedor de una rebaja de hasta la mitad de la pena); o en la aceptación de un delito gravado con una pena menor (así no corresponda con la adecuación fáctica (es decir que no corresponda con el que realmente ha cometido); a fin de que el Fiscal elimine alguna(s) de la(s) causal(es) de agravación punitiva o algún cargo específico; o tipifique la conducta de una manera específica con miras a disminuir la pena. Sin importar el contenido de la negociación, será vinculante para el Juez, salvo que se desconozcan o transgredan las garantías procesales, de ahí la importancia de que el Juzgador interroge al encartado, para poder establecer que dicho acto obedece a una manifestación libre, consiente y voluntaria.

La violación al principio de taxatividad en que incurre el legislador, es una situación flagrante que se pone en evidencia al permitir que la Fiscalía tipifique la conducta con miras a disminuir la pena (numeral 2 del artículo 350 CPP), pues ésta potestad implica que: “... *ya no será la conducta la que se adecue a la norma, sino que la conducta se adecuará al querer del fiscal...*”⁵⁶, para que de esa manera sea posible disminuir la pena, invadiendo claramente la labor legislativa⁵⁷, aumentando desmesuradamente los poderes del ente persecutor y convirtiendo al Juez en una especie de “servidor público con funciones notariales⁵⁸”, máxime si se tiene en cuenta que tal facultad es diferente de la de adecuación, que en todo caso ha de sujetarse con estricto rigor al principio de legalidad, *so pena* de transgredir las directrices contenidas en el artículo 29 de la Carta Política, así, parafraseando

⁵⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 1260/ 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁷ Ver las sentencias de la Corte Constitucional: C-1144/2000; C-133 /1999; C-559 /1999; y C-843 / 1999, en ellas queda claro que la labor de definir las conductas punibles es exclusiva del legislador, no de los Jueces, ni mucho menos de la administración.

⁵⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

palabras del actor, la adecuación no puede ceñirse a una negociación, si ésta dispone que el proceso se siga por un delito diferente al que se cometió⁵⁹.

A pesar de lo evidentes que resultan las anteriores afirmaciones, la Corte consideró que la frase del numeral demandado no hace referencia a la creación de una nueva facultad otorgada a la fiscalía para crear nuevos tipos penales, sino que se hace referencia a una labor de adecuación típica, para lo cual deberá obrar en concordancia con los hechos del proceso, y por tanto declaró la exequibilidad de la norma, en desconocimiento, de que la adecuación, para corresponder con los postulados del principio de legalidad en materia penal, ha de ligarse estrictamente a los hechos investigados, como será ampliamente estudiado más adelante, una vez escudriñado el concepto de tipicidad como manifestación del principio de legalidad en materia penal.

1.2.2 En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Por otra parte, la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia aporta elementos definitivos al desarrollo de las instituciones de la justicia consensuada y nos permiten comprender la dinámica de interpretación en la que se desarrolla esta institución en nuestro país. Hemos identificado como aspectos de nuestro especial interés el análisis que desarrolla la CSJ sobre las finalidades y beneficios esperados de esta institución; el quebrantamiento del principio de congruencia y la violación al principio de legalidad sustancial por parte de los preacuerdos.

1.2.2.1. Finalidades y beneficios esperados de los preacuerdos

En sentencia de casación del 1 de junio de 2006⁶⁰, se plantea el estudio de de la implementación de las modalidades de la justicia negociada en el marco del modelo procesal de corte acusatorio, sistema al que se le atribuye la posibilidad de hacer frente al creciente número de conductas consideradas reprochables en un menor

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 24764, sentencia del 1 de junio de 2006, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

tiempo, para lo cual se permite que amén de la justicia negociada, el procesado como creador del conflicto intervenga en su solución “...coadyuvando, dentro de un marco de consenso justo, a una cumplida, pronta, cabal y eficaz administración de justicia”⁶¹ a cambio de su renuncia a la etapa de juicio. Para la Corte esta institución permite desarrollar la política de Estado en materia criminal y contribuye a la lucha eficaz contra la impunidad y la criminalidad en general, fortalece la capacidad punitiva del Estado, afianza las garantías fundamentales de los procesados y de las víctimas y agiliza la administración de justicia disminuyendo los costos económicos de la persecución penal, tales afirmaciones han sido objeto de un importante desarrollo jurisprudencial; así, en sentencias como la del 10 de mayo de 2006 producida dentro del Proceso 25389⁶² o la del 22 de mayo de 2008⁶³, la Corte ha reiterado las expectativas al respecto.

La jurisprudencia plantea entonces, seis de los más grandes problemas que enfrenta la administración de justicia, no solamente colombiana sino mundial, que se esperan sean solucionados a partir de la adopción de los preacuerdos por nuestro ordenamiento jurídico, dichos problemas son: desarrollar la política criminal; la lucha eficaz contra la impunidad y la criminalidad en general; la fuerza de la capacidad punitiva del Estado; el afianzamiento de las garantías fundamentales de los procesados y de las víctimas; la agilidad de los procesos; y los altos costos económicos de la persecución penal. Sin embargo ¿son los preacuerdos, una herramienta idónea y equilibrada para solucionar estos problemas?

No pretendemos discutir la importancia de un proceso penal irradiado por una política criminal clara y fortalecida, sin embargo estamos convencidos que para desarrollar una política criminal, cualquiera que sea, es importante – y más que eso

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 25389, sentencia del 10 de mayo de 2006, M.P. Javier Zapata Ortíz.

⁶³ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 29459, sentencia del 22 de mayo de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

conveniente – tener una política criminal y lamentablemente en Colombia no la tenemos, pues de ninguna forma podríamos denominar política criminal, al desarrollo consuetudinario de decisiones judiciales por parte del ente instructor, que atienden a la coyuntura social y no a una política estatal. Pese a lo anterior, creemos que los preacuerdos podrían contribuir a su desarrollo, pero ello solo sería posible en el entendido de la existencia de una política criminal que contemple la determinación exacta de los delitos en los cuales procede la aplicación de estas figuras, limitándola solo a aquellos delitos que no representen una importancia social significativa y si este fuera el caso, los preacuerdos tampoco representarían la salvación, pues el ordenamiento jurídico ya cuenta con figuras como la antijuridicidad material o las derivadas de la justicia restaurativa etc., para atender estos casos.

En cuanto a la fuerza de la capacidad punitiva del Estado, es menester tener claro cuál es el mecanismo utilizado para evaluar la fuerza de dicha capacidad, lo cual está ligado con el afianzamiento de las garantías fundamentales de los procesados y de las víctimas. Un sistema no refleja su fortaleza por la capacidad de producir grandes números de sentencias condenatorias, sino por la capacidad de garantizar los derechos y principios que encierra el derecho penal, como el de defensa y el de presunción de inocencia, entre otros.

La agilidad en la resolución de los casos y la disminución de los altos costos económicos derivados de la persecución penal, son, tal vez los más grandes retos que enfrenta el sistema de administración de justicia para garantizar su sostenibilidad y serán objeto de análisis en la última parte de este trabajo, como preámbulo es importante preguntarnos ¿Cuál es el precio que estamos dispuestos a pagar, para sostener el sistema? La respuesta, obviamente no debe darse en términos económicos, pues los costos son humanos y se determinan en términos de derechos y libertades que han de ser sacrificados, por esta razón la agilidad debe analizarse desde sus causas y no exclusivamente desde sus consecuencias, así el diseño e implementación de una política criminal, penitenciaria, carcelaria y victimal plena, están llamadas a protagonizar la reforma al sistema de

administración de justicia, sin dejar de lado el análisis de las condiciones medioambientales en que los operadores jurídicos desarrollan su trabajo.

1.2.2.2. La congruencia entre la acusación y la sentencia

La sentencia del 28 de febrero de 2007⁶⁴, ofrece las reflexiones de la Corte frente al principio de congruencia a propósito de los preacuerdos y negociaciones. Empezando por recalcar que dada la importancia de la imputación contenida en el escrito de acusación, pues según la máxima del derecho penal no hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*), es que ésta ha sido blindada por postulados como el de la congruencia y la prohibición de la *reformatio in pejus*, postulados que se manifiestan en la obligatoriedad de la: “... (i) existencia necesaria de una acusación; (ii) congruencia entre acusación y sentencia; y (iii) prohibición de la reforma en perjuicio”⁶⁵.

El principio de congruencia es el resultado de la exigencia de que la acusación sea compacta, a pesar de su composición mixta, pues contiene tanto los elementos fácticos como jurídicos. En virtud de lo anterior no es suficiente con una notificación formal de la acusación, sino que se requiere informar de las conductas por la que se procede, para facilitar la comprensión de los alcances y las consecuencias del proceso, del mismo modo el hecho de limitar la acusación solamente a los aspectos facticos, le restaría sustento lógico-racional.

Sin perder de vista lo anterior, la adecuación típica es la medida necesaria para la acusación, que es considerada como provisional, en tanto se soporta en elementos materiales probatorios y cuya veracidad se supedita a lo efectivamente demostrado en la audiencia de juicio oral, siendo esta la razón por la cual, en aplicación del principio de congruencia, la tarea del Juez de Conocimiento se limita a “...controlar la correspondencia lógica y jurídica entre la imputación fáctica y la adecuación típica propuesta para disponer que sea aclarada, adicionada o corregida, según

⁶⁴ COLOMBIA, Corte Suprema de justicia, Proceso 26087, sentencia del 28 de febrero de 2007, M.P. Marina Pulido de Barón.

⁶⁵ *Ibíd.*

*fuere el caso*⁶⁶. Sin embargo, es claro que el principio de congruencia posee características especiales en tratándose del ejercicio de mecanismos de terminación anticipada del proceso que implican la renuncia a la controversia del juicio oral, pero de ninguna manera se justifica que: “...*la acusación deba ser exclusivamente fáctica*”.

Así las cosas, en los eventos en que se haga uso de instituciones propias de la terminación consensuada del proceso, el principio de congruencia opera de manera absoluta y rígida, obligando al Juez a condenar en concordancia con los cargos contenidos en el acta. Dicho en palabras de la Corte: “*el juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación*”. Y por lo tanto en los procesos abreviados la conducta debe tipificarse con un altísimo grado de precisión, pues no será posible que exista controversia alguna al respecto, como consecuencia de la renuncia a los derechos a la no autoincriminación y a tener un juicio oral con todas las garantías.

Esta posición ha sido reiterada en la jurisprudencia; así, en sentencia del 22 de mayo de 2008⁶⁷, la sala reafirmó que toda impugnación tendiente a la retractación de los cargos aceptados con ocasión de la celebración de un acuerdo entre las partes, transgrede el principio de lealtad procesal y por ello resulta improcedente, pues se parte de que dicha aceptación fue realizada de manera voluntaria, libre, consciente y espontánea, lo cual suple toda actividad probatoria y permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta aceptada. Ahora, lo que si puede llegar a ser objeto de impugnación es el monto de la pena y la forma de ejecución de esta.

1.2.2.3. Preacuerdos sobre los hechos imputados

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 29459, sentencia del 22 de mayo de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

En sentencia del 3 de octubre de 2007⁶⁸, la Corte estudia las implicaciones de la posibilidad de que los preacuerdos y negociaciones se extiendan a las consecuencias de la conducta imputada, es decir, la cantidad de la pena imponible, su ejecución, bien sea para suspenderla o reemplazar la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario, por la prisión domiciliaria, e inclusive la reparación a las víctimas, quienes en caso de desacuerdo con el contenido del pacto podrán acudir a las vías judiciales dispuestas para tal fin. Y la providencia del 17 de marzo de 2009⁶⁹ que una vez más ratifica lo anterior, al anular la utilización del sistema de cuartos en la dosificación de la pena, pues se parte que la discusión sobre el *quantum* punitivo hizo parte de la negociación.

La sentencia de 12 de septiembre de 2007⁷⁰, da su visto bueno a la aprobación parcial de los preacuerdos, lo que implica que en aquellos eventos en los que el Juez descubra errores de legalidad, de garantía o de estructura en su formación, dará lugar a la ruptura de la unidad procesal y a la tasación de la pena por las conductas válidamente consensuadas, esta determinación es susceptible del recurso de apelación, salvo que la decisión emane del tribunal en fallo de segunda instancia, caso en el que procedería el recurso de casación si y solo si, lo que se discute es el contenido de la decisión que pone fin a esta segunda instancia.

La inocultable tensión entre legalidad y principio de limitación (en virtud del cual se desarrolla el principio de la doble instancia y la prohibición de la reforma en perjuicio), derivada de la implantación de los preacuerdos como base de la justicia negociada, se ha intentado combatir consagrando la obligación que tiene el juzgador de aprobarlos, siempre que estos no desconozcan o quebranten garantías fundamentales. Así las cosas, el Juez debe declarar la nulidad de la negociación o incluso de todo el proceso, si divisa una errónea adecuación típica, pues la misma

⁶⁸ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 28381, sentencia del 3 de octubre de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁶⁹ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 30978, sentencia del 17 de marzo de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

⁷⁰ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 27759, sentencia del 12 de septiembre de 2007, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

representa una reforma en perjuicio del procesado, en cuanto ignora el contenido del acuerdo, sin embargo el legislador no previó la posibilidad de que las partes se apartasen de los supuestos fácticos reales para negociar, pactando una conducta que jurídicamente nunca existió, por esta razón la Corte ha aclarado que: “... *no puede ser tomada aquella imputación como fundamento correcto de la sentencia. Desde esa perspectiva tuvo razón el Tribunal cuando declaró nulo el acuerdo porque no se hace justicia material cuando el fallo no tiene un referente fáctico correcto*”⁷¹.

De manera que, la posibilidad de imputar la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena no significa que el delegado de la Fiscalía pueda darle a los hechos una calificación jurídica diferente a la que corresponda con la realidad de los hechos por los que se procede, “... *se trata – insiste la sala- de hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la administración de justicia*”⁷².

Por lo anterior, la sala plena de la Corte afirma su posición de que en virtud de los preacuerdos no será posible soslayar el núcleo fáctico de la imputación siendo este el determinador de la correcta adecuación típica, en la que se encuentran insertar “...*obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica: imputación fáctica y jurídica circunstanciada.*”⁷³ Sin embargo, en tales condiciones surge la pregunta ¿Cómo decir que existe una correcta imputación, si de la misma se excluyen causales de agravación punitiva, o algún cargo específico, o si se cambia la tipificación de la conducta con miras a disminuir el monto de la pena? sin “...*llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad*”⁷⁴, lo cual

⁷¹ Ibíd.

⁷² Ibíd.

⁷³ Ibíd.

⁷⁴ Ibíd.

resulta de pasar por alto el tipo penal, que dada su especificidad, permite discriminar dentro de todas las conductas humanas solo aquella que por haberse hallado en un caso en concreto es considerada como merecedora de un castigo que también es específico.

La sentencia del 3 de abril de 2008⁷⁵, desarrolla los fundamentos de la imputación que como ya ha sido expuesto, consisten en la evidencia recogida, pero que en tratándose del producto del consenso entre las partes, incluye la aceptación total o parcial y es esta la razón por la cual en virtud del derecho al debido proceso surge la obligación de verificar que los cargos imputados correspondan con el recaudo probatorio, o lo que es lo mismo, que la adecuación de los hechos sea correcta y que la manifestación de culpabilidad se produzca sin el desconocimiento o quebramiento de garantías fundamentales. La posición de la Corte en este aspecto nos da pie para afirmar que en los casos de preacuerdos es necesario preservar las garantías fundamentales; así, es indudable que la eliminación de una circunstancia específica, sea de atenuación o de agravación demostrada, representa la vulneración del debido proceso, pero también comporta una evidente violación al principio de legalidad, según el cual, nadie puede ser juzgado ni castigado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa.

Finalmente en la sentencia del 27 de octubre de 2008⁷⁶, sobre la posibilidad de que el Juez solicite aclaraciones sobre la adecuación típica o alguno de sus componentes, a la luz del principio de congruencia, el alto tribunal reflexiona sobre el hecho de que una de las más profundas discusiones que se ha presentado desde la doctrina y en particular desde la doctrina del garantismo penal, ha girado en torno al hecho de la no existencia de un control que garantice el descubrimiento de la verdad procesal, pues como ha sido sostenido por el jurista italiano Luigi Ferrajoli: *“... ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es*

⁷⁵ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 28998, sentencia del 3 de abril de 2008, M.P. María del Rosario González de Lemos.

⁷⁶ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 29979, Sentencia del 27 de octubre de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

*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 del imputado- puede valer como criterio de formación de la prueba*⁷⁷. En ese sentido es válido afirmar que los acuerdos han convertido al proceso penal en un juego que se rige por criterios de poder, más no jurídicos⁷⁸.

1.3 Conclusiones

El sistema de tendencia acusatoria acogido en nuestro país, es un sistema de justicia penal que como todos los sistemas de este tipo, tiene como fin desarrollar la política de Estado en materia criminal, pero que en Colombia ha sido justificado bajo el noble pilar que representa la lucha eficaz contra la impunidad y la criminalidad en general, a través del fortalecimiento de la capacidad punitiva del Estado que se espera obtener a partir de la agilización en la administración de justicia mediante un proceso penal célere.

Como camino para enfrentar la criminalidad, se han concentrado las funciones de investigación y de acusación en la Fiscalía General de la Nación y se han adoptado figuras como los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el Procesado, como método para la terminación anticipada del proceso, fruto del consenso de las partes. Dicha figura ha sido reglamentada en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el Código de Procedimiento Penal en el cual se encuentran plasmados los parámetros de aplicación de estas, sus finalidades, su objeto y sus formas.

Así las cosas, el acuerdo o la negociación parte del reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado, situación que reclama además la renuncia libre, consciente, voluntaria y debidamente informada a la realización de un juicio público, oral, concentrado y contradictorio, todo a cambio de

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, Pg. 35 -36.

⁷⁸ SHÜNEMANN, Brend, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, Pg. 298.

descuentos punitivos representados en la eliminación de circunstancias de agravación, de algún cargo específico o en una adecuación típica contraria al hecho por el cual se procede, con miras a disminuir la pena. Estas modalidades de negociación han sido fuertemente cuestionadas por parte de la comunidad jurídica tanto nacional como internacional, pues pasan por alto que el proceso penal parte de la existencia de un fundamento fáctico y probatorio que permite predicar al menos indiciariamente la responsabilidad de una persona en la comisión de una conducta punible inequívoca, en tanto, preestablecida en la norma jurídica sustancial.

En vista de lo anterior podemos afirmar que si bien las instituciones como los preacuerdos no son negativas por naturaleza, dicha figura, como ha sido adoptada en Colombia permite la modificación de la relación factico-legal, contrariando las garantías penales, pues: “... [el ente] acusador no puede disponer de la norma penal, haciendo calificaciones mañosas o quitando o introduciendo hechos con relevancia penal⁷⁹” siendo esto lo que entraña, en últimas, la posibilidad de variar la calificación jurídica de las conductas, al alterar el núcleo de la imputación fáctica, pues se desconoce el principio de legalidad según el cual a la Fiscalía le compete realizar la tipificación “de manera circunstanciada”, no de cualquier conducta sino únicamente de aquella a la que se adecuan las circunstancias modales que ameritaron la puesta en ejercicio del aparato judicial, solicitando, entonces, la consecuente condena preestablecida en la norma sustancial, también predefinida para el hecho específico que se le reprocha al encartado, sin que se sometan los hechos a la disposición negociada.

Ahora bien, el afianzamiento de las garantías fundamentales de los procesados y de las víctimas - a la verdad, la justicia y la reparación integral -, es un tema que delimita los modos procedimentales de que se sirve el Estado para materializar su

⁷⁹ DEL RIO FERRETTI, Carlos, *El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N°1, pp. 157-182, Santiago de Chile, 2008. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100007&script=sci_arttext

derecho a castigar y ha sido en medio de este panorama que se han desarrollado los principios del derecho penal tanto procesales como sustanciales, situación que amerita escudriñar el principio de legalidad en materia penal, representado en la teoría de delito con la categoría de la tipicidad, según el cual nadie puede ser juzgado sino ante la indiscutible identidad de su propia conducta frente a las razones y las conductas preestablecidas en la Ley, sin que se haya contemplado justificación racional alguna que dé pie a la negociación sobre la conducta que ha sido materializada y cuya persecución y castigo originan la cuestión penal.

2. Capítulo 2. La tipicidad como desarrollo del principio de legalidad sustantivo: crisis de las barreras de protección

La tipicidad como manifestación del principio de legalidad aplicado al derecho penal, comprende la potestad de configuración normativa (y dentro de ella la elaboración de los tipos penales), que recae en cabeza del legislador y que lo que corresponde a la Fiscalía es desarrollar el ejercicio de subsunción de las conductas en los tipos correspondientes. Además, se ha asegurado que en el acto de adecuación típica se han de respetar las garantías tanto procesales como sustanciales de los directamente afectados con dicho acto. Y más aún, se ha afirmado que los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el procesado, tal y como han sido reglamentadas en Colombia, exponen el ejercicio de la adecuación típica al consenso entre la Fiscalía y los procesados. Para demostrar tales afirmaciones es necesario desarrollar los conceptos de tipo y de tipicidad, de manera que se expongan sus componentes y cualidades que los revisten de la importancia que se les ha atribuido.

Así las cosas, al principio de legalidad en materia penal sustantiva, le ha sido atribuida la labor de garantía de derechos, en tanto que opera como límite a las injerencias del Estado en virtud del *ius puniendi*, de ahí que, la tipicidad -como manifestación del principio de legalidad- permite distinguir dentro de toda la universalidad de acciones, solamente aquellas que poseen relevancia jurídica; y de la multiplicidad de formas de control que puede utilizar el Estado, solo aquellos que sean proporcionales a la “infracción” cometida por el ciudadano al que se intenta castigar, protegiéndolo del ejercicio arbitrario del poder punitivo estatal⁸⁰. Así las cosas, corresponde desglosar su contenido, para conocerlo desde sus partes, para

⁸⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

comprender la crisis a la que se enfrenta este principio hoy en día, que irradia a todo el ordenamiento jurídico penal.

Uno de los aspectos que ha sido identificado como evidencia de la crisis del principio de legalidad, es el hecho según el cual, las recurrentes y cada vez más frecuentes transformaciones de los procedimientos penales, no han resultado suficientes para atender los problemas del sistema - se han reducido y aumentado las penas; se han creado tipos penales para atender a la innovación de los fenómenos delictuales, etc. - y sin embargo es evidente la incapacidad del Estado para atenderlos y garantizar la sostenibilidad del sistema penal.

2.1. El principio de legalidad sustancial en materia penal

El derecho penal es, sin lugar a dubitaciones, la principal herramienta con que cuenta el Estado para interferir en los derechos y libertades de sus asociados, por tal razón, en su desarrollo es inevitable que se presenten situaciones en las cuales el ejercicio del derecho a castigar sea excesivo y resulte en la violación de tales derechos, así las cosas, se han establecido una serie de barreras que contengan el uso de la fuerza por parte del Estado en contra de los ciudadanos.

La idea de legalidad (del delito, de la pena, de la ejecución de la pena y del proceso), se establece como una de esas barreras, en la medida en que permite a los ciudadanos contar con reglas de juego claras, a cerca de: lo prohibido, lo permitido y lo obligatorio; las consecuencias que sobrevendrán luego de la comisión de la inobservancia de tales postulados; y los procedimientos dentro de los cuales se le impondrán dichas consecuencias. Sin embargo, el desarrollo del principio de legalidad ha sido y continúa siendo, objeto de debates dogmático – penales, sobre todo a la hora de intentar una definición sobre el concepto de delito. De ahí que autores como Von Belling, Von Liszt, Mezguer, Welzel, Jakobs y Roxin (juristas con enfoques dogmáticos transversalmente opuestos), han recurrido, para el desarrollo de sus obras, al análisis del concepto de tipicidad.

Así las cosas, para comprender más ampliamente la importancia de la legalidad sustancial, procederemos a realizar un análisis a cerca del carácter garantista que

le es atribuido y reconocido, en tanto es considerado como barrera de protección de los seres humanos frente al ejercicio arbitrario del derecho a castigar que reposa en el Estado.

2.1.1 El carácter garantista del principio de legalidad

El carácter garantista de que goza el principio de legalidad, en el marco del Estado Social de Derecho involucra la consigna de proteger los derechos de las personas frente al ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado; así, para que una acción sea considerada como delito, ha de estar descrita en una Ley establecida con anterioridad a su comisión. Al respecto el jurista italiano Luigi Ferrajoli afirmó: “[L]a ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino solo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto”⁸¹.

Esto, toda vez que la tipicidad como elemento de la teoría del delito deviene del principio de legalidad en sentido estricto, por lo que la tipicidad solo puede ser considerada como una garantía real y efectiva, si la legislación penal describe el hecho punible de manera inequívoca, expresa y clara, pues si bien es cierto que la ley, por su naturaleza, se presenta en términos generales y en abstracto, la consagración de los tipos penales: no puede ser totalmente indeterminada; sino que debe atender a los límites y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad y guardar cohesión y coherencia con la globalidad de la legislación penal y la política criminal del Estado. Solo así podrá considerarse como garantía de protección de los derechos fundamentales de los seres humanos⁸².

⁸¹ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, Pg. 35- 36.

⁸² COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En palabras de la Corte: “El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué “motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas”. De esa manera, ese

La anterior concepción del principio de legalidad en materia penal pone de relieve la obligación que tiene el legislador de delimitar con precisión la esfera de lo prohibido, ya que solo ante aquellas acciones que se enmarquen dentro de lo reprobado por el Legislador, el Juez podrá imponer la pena correspondiente y no otra.

En aras de consolidar la ley penal como garantía de los derechos humanos, se restringe el uso de términos de extensión indeterminada en la tipificación de las conductas, lo que implica la prohibición de calificar como punible cualquier hipótesis, sino sólo comportamientos exactamente determinables como tales, en pro de ofrecer reglas claras y preexistentes al conglomerado social, para que sea posible conocer a ciencia cierta qué conductas son permitidas y cuáles no lo son. Es precisamente en este punto en el que radica el carácter de garantía que le es habitualmente reconocido al principio de legalidad en materia sustancial, en la medida en que hace una clara remisión, de forma excluyente, solamente a aquellas acciones taxativamente descritas en la Ley, descartando cualquier otra configuración extralegal, en virtud del principio *auctoritas, non veritas facit legem*.

2.1.2 El principio de legalidad en la teoría del garantismo penal

Para facilitar la comprensión del cumplimiento de las cualidades atribuidas al principio de legalidad sustancial, recurriremos a la luz que nos ofrece la teoría del garantismo penal, que promueve el desarrollo del Estado Social de Derecho a partir de la tutela de las libertades y derechos fundamentales del individuo, en contra del ejercicio arbitrario del poder estatal. Esta teoría no representa, como erróneamente se ha predicado, un legalismo vacío, por el contrario, representa la imposición de límites jurídicos al poder. Se parte de la advertencia que hicieron teóricos como Locke y Montesquieu, en la medida en que: del poder, hay que esperar el abuso y

principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)".

que la mejor herramienta para prevenirlo es la materialización de un sistema de garantías jurídicas solidas que le impongan una barrera⁸³.

El garantismo, parte de la existencia de dos propiedades fundamentales del principio de legalidad, estas son: el principio de mera legalidad y el principio de estricta legalidad⁸⁴. *El principio de mera legalidad* recae en el juzgador e implica que éste solamente puede determinar cómo punibles, aquellas acciones que previa y formalmente están determinadas en la ley como presupuestos de una pena. Por su parte *el principio de estricta legalidad* va dirigido al legislador obligándole a definir los preceptos legales de manera clara, precisa y taxativa.

Dicha clasificación nos permite identificar los momentos en que juega su papel más relevante el principio de legalidad. En un primer momento se habla de la construcción de la ley (que involucra la construcción del tipo), proceso que demanda el reconocimiento de los límites a la configuración legislativa. En segundo término, el momento de la adecuación típica, en el cual se enfrenta el hecho efectivamente producido al mandato legal que inequívocamente lo prohíbe, o que hacía exigible el actuar de una manera distinta. Nos encargaremos en este momento del análisis general del principio de legalidad y de la tipicidad, para que posteriormente aspectos como el proceso de adecuación típica sean analizados con más profundidad, dada su relevancia para el presente trabajo.

De estas apreciaciones del principio de legalidad, la Corte Constitucional Colombiana ha mostrado su reconocimiento y en consecuencia ha afirmado que: *“El principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser*

⁸³ GASCON ABELLAN, Marina, *La teoría del general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “derecho y razón”*, en: Jurídica, Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 31, Año 2001, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Pg. 195 -213. *“El garantismo es ante todo una tesis metodológica de aproximación al Derecho que mantiene la separación entre ser y deber ser, entre efectividad y normatividad, y que rige en los diversos planos del análisis jurídico: el meta-jurídico del enjuiciamiento externo o moral del derecho, el jurídico del enjuiciamiento interno del Derecho y el sociológico de la relación entre derecho y práctica social efectiva”*.

⁸⁴FERRAJOLI, Luigi, *Derecho penal, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

complementado por un 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, de suerte que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecúa a la descripción abstracta realizada por la ley. **Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal** (negrilla fuera del texto original)⁸⁵.

Así las cosas, dicho principio obliga al legislador a delimitar aquello que se dispone a prohibir, estableciendo en un lenguaje claro y conciso la tipificación de las conductas para facilitar su calificación inequívoca, es decir que sólo han de tipificarse comportamientos exactamente determinables, porque del respeto por estos límites depende el aseguramiento del sistema jurídico, que debe ofrecer reglas claras, a la sociedad, para que se evite la comisión de las conductas consideradas como socialmente nocivas.

En este mismo sentido, el principio de estricta legalidad implica la elaboración de Leyes ciertas, no ambiguas o sin concreción, lo cual obedece a la prohibición de analogías *in malam partem* o la retroactividad⁸⁶. La Ley no puede entonces, calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino exclusivamente comportamientos empíricamente determinados, sin lugar a duda identificables y a su vez adscribibles a la culpabilidad de un sujeto. Esto en atención a que dentro de los más grandes logros de la Teoría del derecho se encuentra, sin lugar a dudas, la existencia de una esfera intangible de libertad, como garantía para los ciudadanos, asegurada, como corresponde, por el hecho de que solo es posible

⁸⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C - 559 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁸⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-539 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Esta providencia deja en claro que: “*el principio de legalidad implica no solo que las conductas punibles deben estar descritas inequívocamente, sino que las sanciones deben estar también previamente determinadas, esto es, tiene que ser claro cuál es la pena aplicable, lo cual implica que la Ley debe señalar la naturaleza de las sanciones, sus montos máximos y mínimos...*”.

considerar como punible, las conductas que se encuentran predefinidas en la Ley, y a la par de la existencia de la libertad y de la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la Ley, en ese sentido “... *las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como “tipos objetivos” de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales; mientras que toda configuración de “tipos subjetivos” de desviados no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminaciones apriorísticas*”⁸⁷.

Ahora bien, la legalidad como garantía en el derecho penal dota al sistema criminal de un carácter regulativo y lo libra consecuentemente de uno constitutivo, haciendo de la desviación punible un concepto previamente definido en la norma penal, este carácter regulativo del derecho, estará presente tanto en la creación de la norma como en el juicio, acompañado de una visión re cognoscitiva de las normas y cognoscitivo de los hechos regulados⁸⁸; sin embargo, es inocultable el hecho de que enfrentamos una profunda crisis “... *del derecho penal expresada en la falta de correspondencia entre el sistema normativo de las garantías y el funcionamiento efectivo de las instituciones punitivas*”⁸⁹, esto a pesar del reconocimiento y aceptación generalizada de las garantías que como la libertad o la legalidad representan límites a los poderes del Estado.

Principios como los mencionados (estricta legalidad, materialidad y lesividad del delito, responsabilidad personal, presunción de inocencia o el mismo juicio oral), han sido desarrollados a través de los siglos, conservando en su esencia un carácter coherente y de unificación del sistema jurídico, a pesar de su heterogeneidad y aceptados como método encaminado al aseguramiento de la

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho penal, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, Pg. 36.

⁸⁸ *Ibíd.* Pg. 8. Ferrajoli a pie de página, desarrolla los conceptos de norma regulativa constitutiva y de sentencia constitutiva y declarativa, revelando a partir de la obra de Chiovenda (*principi di diritto processuale civile – 1906*), aquello que llama un evidente paralelismo, en la medida en que desde el garantismo se elimina “*el carácter regulativo y prescriptivo de la primera (asegurado por el principio de la estricta legalidad) y el cognoscitivo y declarativo de la segunda (asegurado por el principio que llamaré principio de estricta jurisdiccionalidad)*”.

⁸⁹ *Ibíd.* Pg. 36.

racionalidad del juicio. Por lo cual no pueden ser llevados a un grado tal de flexibilización que se desvirtúe su carácter garantista en los procesos de definición legislativa y de comprobación judicial⁹⁰.

Se colige de lo anterior la importancia de la tipicidad como manifestación del principio de legalidad en materia penal, que en sentido estricto opera como garantía real y efectiva en la medida en que la ley describa el hecho punible de manera inequívoca, expresa y clara, ya que el ejercicio de este principio opera en dos momentos esenciales, como son: la construcción de la norma por parte del legislador y su aplicación por parte de los operadores jurídicos. La norma ha de cumplir, entonces los parámetros, insistentemente mencionados, a fin de limitar la abstracción y así facilitar la labor de interpretación por parte del operador jurídico. De ahí que aquellas medidas procedimentales que amenacen la configuración de las garantías han de ser objeto de minuciosa revisión para certificar su apego al ordenamiento, inclusive a pesar de los beneficios de efectividad cuantitativa que prometan otorgar.

2.2 La tipicidad en el ordenamiento jurídico penal colombiano: la materialización del principio de legalidad

Como ha quedado esbozado, la teoría del delito es una de las más importantes construcciones dogmáticas, por ello ordenamientos jurídicos como el colombiano han incluido dentro de sus principios orientadores una noción dogmática de delito (art. 9 C.P)⁹¹, tal definición en nuestro ordenamiento sustancial penal ha sido elaborada como conducta típica, antijurídica y culpable, elementos que a su vez hallan asidero en la Constitución Política.

Ahora bien, centrando nuestra atención en la tipicidad, es preciso indicar que ésta emerge del principio de legalidad como prohibición de indeterminación de la ley

⁹⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 939 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹¹ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 599 de 2000.

referida a la taxatividad, pues la misma ha de ser cierta, clara y precisa⁹² (arts. 1 y 29 Constitución Política), en aras de garantizar la seguridad jurídica (arts. 28 y 34 Constitución Política)⁹³.

Así pues, La necesidad de evitar la arbitrariedad judicial y de asegurar la libertad de los ciudadanos, ha ubicado este elemento de la teoría del delito en un lugar privilegiado, de ahí que el delito haya sido entendido como ente jurídico que supone la violación de una ley general y abstracta, lo cual corresponde con el hecho de que ningún acto del hombre pueda serle reprochado si una ley no lo prohíbe, así lo ha predicado la Corte Constitucional: “... *con el fin de consolidar esta garantía y de legitimar las decisiones tomadas en materia jurídico penal, se construyeron dos principios: las penas deben estar señaladas en la ley, y sólo es punible el hecho descrito en la ley y sancionado con una pena, los cuales se recogieron en los conocidos aforismos nullum crimen sine previa lege penale y nulla poena sine lege*”⁹⁴ y la descripción de las conductas que son consideradas como delictivas, es responsabilidad exclusiva del legislador, quien en su producción legislativa debe guardar pleno respeto por lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución⁹⁵, para evitar diferentes interpretaciones de la norma o dar lugar a la arbitrariedad judicial.

En concordancia con lo anterior, la tipicidad es desarrollo del principio de legalidad en materia penal, y representa una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, en la medida en que sea posible conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables con anterioridad a la comisión de una conducta delictiva. Así pues, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal, por tal razón su aplicación debe ser en sentido estricto, es decir: “... *las conductas punibles y las penas deben ser no sólo previa sino taxativa e inequívocamente*

⁹² COLOMBIA, Constitución Política.

⁹³ VELASQUEZ, Fernando, *Derecho penal parte general*, cuarta edición, ed. Comlibros, Bogotá, 2010, pg. 499.

⁹⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 996/2000, M.P. Antonio Barrera Carbonel.

⁹⁵ Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley."⁹⁶. El anterior análisis permite concluir que los elementos que estructuran el tipo penal deben indicar estrictamente que es esa y no otra, la conducta que de manera objetiva, da lugar a una sanción penal. Siguiendo lo anterior, procederemos a la exposición de los alcances del principio de legalidad, como resultado de su consagración legal y constitucional como garantía al interior del sistema penal colombiano.

2.2.1 Fundamentos constitucionales

Para la comprensión de los alcances del principio de legalidad en el sistema jurídico colombiano es del todo relevante el reconocimiento de sus fundamentos constitucionales, tarea que abordaremos a partir de algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, corporación que en sentencia C – 355 de 2008, nos ofrece un panorama general de su incidencia en el ordenamiento nacional; así, en virtud de dicho análisis podemos afirmar que la jurisprudencia Colombiana ha reconocido su carácter de esencial para el Estado Social de Derecho, pues si bien, al analizar su construcción histórica desde sus antecedentes remitía directamente a una sujeción de toda la actividad del Estado a un sistema de determinación objetiva, igualitaria y previsible de normas jurídicas de carácter general, emanadas del órgano de representación; hoy en día, se le considera irradiado por el principio de dignidad humana el cual lo fortalece, en tanto que protege al hombre del poder del Estado⁹⁷.

En ese sentido dicho principio ha sido entendido en dos direcciones, primero como *vinculación positiva* de la Ley en la medida en que es fundamento directo de toda la actividad del Estado y segundo como *vinculación negativa* de la ley, en el sentido de ser límite externo de las competencias estatales. Las consideraciones

⁹⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 996/2000, M.P. Antonio Barrera Carbonel.

⁹⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C – 355 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

constitucionales que han rodeado sus desarrollos implican que, a pesar del reconocimiento de los demás poderes, la regulación constitucional es límite de toda la actividad del Estado y solo ante la ausencia de aquella regulación, tales asuntos quedarían sometidos a lo establecido por el legislador. Esta última consideración representa la supremacía constitucional, ya que las disposiciones constitucionales son materialmente normas jurídicas superiores, que condicionan la validez de todas las demás disposiciones.

Así las cosas, en materia constitucional el principio de legalidad presupone para el legislador y para los jueces, en sus respectivas tareas de configuración y de aplicación de los tipos penales y por tanto de la fijación de las penas, el acatamiento de principios tales como: *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, que se relaciona directamente con la prohibición de la analogía entre tipos penales; *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, que desarrolla la imposibilidad de fundamentar y/o agravar la pena y la responsabilidad penal en aplicación del derecho consuetudinario; *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, que comporta el principio de no retroactividad de las leyes sustanciales penales; *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, referido a la tácita prohibición de la existencia de delitos y penas indeterminados; *nulla lex poenalis sine iniuria*, que suscita la necesidad de la comprobación de la lesividad del acto; *nullum crimen sine necessitate*, que no es algo diferente a la existencia comprobada de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito; el derecho penal de acto y no de autor; y el imperativo de que únicamente pueden ser tipificadas aquellas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.

Ahora bien, la consagración de los principios mencionados rodea, como ha quedado expuesto, la labor, fundamentalmente del legislador y de los jueces y casi que ésta afirmación es explícita; sin embargo, es obvio que tales imperativos irradian todo el ordenamiento jurídico penal, tanto en su ámbito sustancial como en su esfera procesal y por ello limitan el accionar de los operadores jurídicos que desempeñan su labor en una tan constante como posible manipulación de dichos imperativos.

Por otra parte y ya hablando de los fundamentos positivizados del principio de legalidad en el ámbito constitucional Colombiano, hemos de referir a disposiciones constitucionales como la consagrada en el artículo 1 de la Constitución Política que define a Colombia como un Estado Social de Derecho; en esta misma línea hallamos los artículos 6 y 121 de la Carta que disponen la inevitable y obligatoria vinculación positiva de los servidores públicos a la Constitución y la ley; el artículo 29 constitucional que consagra el derecho fundamental al debido proceso, norma que se presenta como la definitiva referencia a la legalidad penal al disponer: *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. [...] Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado penalmente responsable”*; por su parte el artículo 123 de la Carta Política reitera la vigencia del principio de legalidad y establece que la ley ordena y regula las relaciones sociales y económicas, pero además define la actuación de todos los servidores públicos; el artículo 230 establece la sujeción de los jueces al imperio de la ley y en ese sentido su labor está delimitada; finalmente los artículos 44, 93 y 214 sugieren la imposición de sometimiento de las autoridades públicas a la legalidad internacional⁹⁸, en apego al bloque de constitucionalidad.

De acuerdo con las apreciaciones precedentes el principio en comento reclama una demarcación legislativa precisa de las esferas de lo prohibido o exigible, de tal forma sea posible evitar el abuso de la autoridad Estatal en la tipificación de las conductas, es así como las tareas asignadas en derredor de las definiciones penales -configurativa del delito o fijación de la pena- se exige el respeto por los principios y premisas constitucionales que concretizadas aseguran la existencia de reglas claras y preexistentes al conglomerado social, para que a ciencia cierta reconozcan qué conductas son permitidas y cuáles no lo son.

⁹⁸ COLOMBIA, Constitución política.

2.2.2 Fundamentos legales

Como ha sido expuesto, uno de los elementos que estructuran nuestro ordenamiento jurídico es el denominado principio de legalidad, en virtud del cual se establece que nadie puede ser condenado por la perpetración de un hecho, si éste no se halla predefinido como punible en la Ley. Una vez hemos enunciado su fundamento constitucional, nos resta referirnos a su consagración en la Ley Penal vigente en nuestro país.

Así las cosas, tenemos que la formula contenida en el artículo 29 de la Carta política puede llegar a convertirse, llevada a la práctica en una simple afirmación, sin eficacia alguna y precisamente para evitarlo se determinan precisiones tanto en la Ley procedimental como en la sustancial, que le dotan de realidad. Se reitera el papel de la evolución de la “materia jurídica” a la par de la evolución del Estado a un Estado democrático y social de derecho, lo que implica una transformación que influye, sin lugar a duda, en todas las instituciones y principios que lo integran.

Encontramos en la legislación penal Colombiana, cómo desde la consagración del principio de dignidad humana como fundamento de todo el ordenamiento jurídico, se desprenden todos los principios rectores del mismo, dentro de los cuales se destaca el principio de legalidad contenido en el artículo 6 del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, que dispone: *“Nadie podrá ser Juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplicará para el reenvío en materia de tipos penales en blanco⁹⁹ y “Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con la observancia de las formas propias de cada juicio” respectivamente¹⁰⁰.*

⁹⁹ COLOMBIA, Congreso de la república, Ley 599 de 2000.

¹⁰⁰ COLOMBIA, Congreso de la república, Ley 906 de 2004.

Ahora bien, la tipicidad como representación sustancial del principio de legalidad en materia penal es definida y reglada según los postulados contenidos en el artículo 10 del Código penal que establece la definición legal de las conductas reprobadas, que se insiste, ha de realizarse de manera inequívoca, expresa y clara, respecto de las características propias de cada tipo penal¹⁰¹. Por lo tanto, el derecho penal fundamentado en la legalidad, como ocurre en el sistema jurídico penal colombiano esta irradiado por su fuerza vinculante, de ahí que el contenido de la parte general del Código se desarrolla en torno a la legalidad, previniendo al máximo los criterios de punibilidad y predefiniendo minuciosamente las características del fenómeno delictivo, las modalidades de la acción, de los autores y los presupuestos para condenar a alguien por la responsabilidad en el hecho punible¹⁰².

Ha quedado de manifiesto la irradiación del principio de legalidad a todo el ordenamiento y precisamente el artículo 13 del Código Penal consolida la afirmación de la fuerza normativa de las normas rectoras del Derecho penal, definiéndolas como la esencia y orientación del sistema mismo, de tal forma que su contenido prevalece sobre todas las demás normas que constituyen el sistema mismo. Es en virtud de dicha consagración que el principio de legalidad y la tipicidad como su manifestación en el ordenamiento jurídico penal adquiere su mayor relevancia, en la medida en que en virtud suya es exigible su observación y respeto. A partir de estas consideraciones se hará énfasis, ahora en el procedimiento mediante el cual se decide asignar a una conducta las consecuencias penales preestablecidas en la parte especial del Código Penal, esto para llegar a una comprensión de las implicaciones sustanciales de la aplicación de las modalidades de preacuerdo, frente a los procedimientos creados alrededor de la protección de las garantías como el principio de legalidad y la tipicidad.

¹⁰¹ COLOMBIA, Congreso de la república, Ley 599 de 2000.

¹⁰² *Ibíd.*, art. 19 y siguientes.

Pese a lo anterior es evidente la existencia de una crisis del derecho penal de gran magnitud, que se refleja en la debilidad del ordenamiento en su conjunto tanto en lo procesal como lo sustancial. A esto se le han asignado varios factores que van desde la globalización de las instituciones de derecho, ignorando los factores culturales del país al que se pretenden importar, hasta el cada vez más creciente número de fenómenos delictuales que escapan a lo contemplado en la ley como delito. Es precisamente la existencia de tales condiciones, lo que amerita profundizar en el análisis de la crisis del derecho penal y específicamente en la crisis del principio de legalidad.

2.3 La crisis del principio de legalidad

A partir de la idea del principio de legalidad como elemental barrera de protección de los derechos de las personas, es necesario indagar en las causas que han llevado a grandes teóricos del derecho penal a reflexionar en lo que se ha denominado, ya no solamente crisis del principio de legalidad, sino crisis de la forma legal y judicial del derecho penal¹⁰³, que, como ha quedado esbozado, se acentúa debido a que las transformaciones de los procedimientos penales realizadas en los últimos 20 años, no han sido suficientes ni idóneas para atender el problema.

Una de las transformaciones más impactantes que se ha realizado a nuestro sistema es la reducción de penas como consecuencia del acuerdo de voluntades entre las partes procesales, sin embargo, existe un gran número de factores que determinan esta situación, por ejemplo, la inflación de tipos penales, como medida de emergencia para controlar el constante surgimiento de novedosos fenómenos de asociación delictual¹⁰⁴.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, Pg. 700.

¹⁰⁴ PIZZI, William, *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema penal estadounidense*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

El breve panorama que reseñamos, pone en evidencia la incapacidad del Estado para atender todos y cada uno de los escenarios que supone una sociedad como la nuestra, representada en un vacío de poder legal, en medio de: “... *esta selva de poderes ilegales o extralegales...*”¹⁰⁵, que intenta ser aplacada mediante la intervención penal al extender sus alcances restringiendo al máximo los derechos y garantías ciudadanas “... *ampliando más que nunca la divergencia entre normatividad de los principios y efectividad práctica*”¹⁰⁶ llegando incluso a utilizar formas penales enérgicas y drásticas para delitos comunes que rayan en la persecución implacable y en una desbordada utilización de la justicia preventiva.

La desconfiguración de la función penal es un factor tan influyente para la crisis del sistema que no solamente trascienda a la forma de la ley, sino que ha llegado a irrumpir en el *paradigma cognitivo del juicio penal*, es decir en el mínimo grado de certeza que se espera como producto del proceso, pero también en principios elementales como la igualdad de las personas ante la Ley y en general en las barreras que dotan de protección a las personas del uso arbitrario del poder.

Un caso de especial importancia es el que se presenta con los procedimientos de alternatividad penal o de justicia consensuada, más específicamente con las negociaciones de responsabilidad, adoptados como medida para la descongestión del aparato de justicia, pues para llegar a ellos, por lo menos en el contexto Colombiano, no se ha debatido sobre sus implicaciones frente a los fundamentos axiológicos de la jurisdicción penal, sino que sencillamente se han adoptado sin precisar en mayores debates, que los tenues y repetitivos sobre la base de criterios de celeridad y de economía para justificar su existencia¹⁰⁷.

Se requiere, por tanto de una reflexión aguda por parte de los juristas acerca de las evidentes afectaciones a las garantías fundamentales por parte de estas figuras,

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ PIZZI, William, *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema penal estadounidense*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

para de esta manera poder replantear su consagración legal a partir de la crítica y la revisión de sus efectos sobre la *praxis* jurídica.

2.3.1 Efectos de la crisis de la legalidad en la praxis jurídica

Al interior de los procesos actuales existen diversos aspectos puntuales que reflejan dicha crisis del principio de legalidad, como por ejemplo la definición de penas contingentes y por tanto desiguales promovidas en virtud de la justicia negociada, acuñados a partir de procedimientos especiales que desintegran las garantías procesales, tales como el principio de estricta jurisdiccionalidad, al cabo que se pasa por alto la sujeción del Juez a la ley impidiendo desarrollar a cabalidad el proceso de cognición que justifica el procedimiento penal. Esto como tarifa que se paga como precio por la indeterminación semántica de las normas penales sustanciales al ser sometidas al consenso.

Ahora bien, tales procesos simplificados llamados a convertirse en la manera predominante que ha de tomar el proceso penal a partir de los pactos entre las partes crean la posibilidad de decidir el desenlace de la causa ya pasada las audiencias preliminares y hasta antes de la de formulación de acusación, trayendo consigo la supresión del juicio contradictorio y casi que erradicando la apelación por causas sustanciales, de ahí que pueda afirmarse que no se trata de procesos alternativos sino de alternativas al proceso, que suponen el desequilibrio de las penas previstas por el legislador e incluso de una asignación acordada respecto de la relevancia penal del hecho investigado que difiere de la que hubiera sido dispuesta en la ley sustancial. Lo cual puede convertirse en una fuente de injusticias, como se desarrollará en el capítulo de cierre del presente trabajo.

Ahora bien, la consagración de tales institutos en desmedro de los cimientos del sistema de enjuiciamiento penal: *“... se funda en dos argumentos: el primero, teórico, es el de que son coherentes con la opción por el «sistema acusatorio* y con la naturaleza de .proceso entre partes* que impone al juicio el nuevo código; el segundo, pragmático, es el de que sólo el empleo en la mayor parte de los casos de estas alternativa formales hace, en términos reales, practicable en los demás*

*supuestos la celebración de un juicio contradictorio según el nuevo modelo acusatorio*¹⁰⁸; sin embargo, tales afirmaciones han sido rebatidas ya que lo que verdaderamente encierran es la justificación del sacrificio de las garantías de la mayoría de causas, buscando satisfacerlas en tan solo una minoría de los casos.

Así las cosas, es comúnmente predicado que las formas de acuerdo son un resultado lógico e inevitable del sistema acusatorio que hoy se intenta aplicar en nuestro país, tomando como modelo el sistema norteamericano del *plea bargaining*, sin embargo, tal consideración no atiende a la realidad, pues la verdadera esencia de dicho sistema consiste en la división necesaria entre el ente acusador y el Juez, en la igualdad de armas entre las partes, la oralidad y publicidad del juicio, más “... *la discrecionalidad de la acción penal y el pacto, no tiene relación ninguna con el modelo teórico*”¹⁰⁹, Por lo que se estima que la desorientación que se promovido frente a los elementos del modelo es teóricamente injustificable ya que hoy en día se parte de la calidad pública de la función de acusación y de ninguna manera puede considerársele como privada o discrecional.

A este respecto se suma el hecho de que el pacto es en sí mismo la negación del predicado juicio contradictorio, verdadera y natural característica del sistema que se intenta desarrollar, pues remite a la utilización de prácticas de disuasión desigual utilizadas en épocas de la inquisición, cosa que conlleva más que a la descongestión de los despachos judiciales, a la creación de escenarios de presión y de represión sobre el procesado y consecuentemente a confesiones de responsabilidad falsas “... *generando disparidad de tratamiento e inseguridad jurídica [...] transformando el juicio en un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos*”¹¹⁰.

Para consolidar estos procedimientos se ha recreado el sistema de recompensas judiciales como forma procedimental adaptable a la mayoría de causas, concedida

¹⁰⁸FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, pg. 746.

¹⁰⁹ *Ibid.* Pg. 748.

¹¹⁰ *Ibid.* Pg. 748.

incluso antes de la acusación, transaccionalmente y en secreto, rompiendo con el nexo causal entre delito y pena “... ya que la medida de ésta no dependerá de la gravedad del primero sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación”¹¹¹ de la misma forma que se transgreden los principios de igualdad, certeza y legalidad ante los precarios criterios legales y jurisprudenciales que como hemos visto condicionan tal actividad.

Se habla entonces de una inocultable tendencia hacia el efficientismo penal, que se refleja en la instauración de incentivos, fruto de perversas reformas al derecho penal sustantivo que descaradamente va de la mano con el implemento del aumento de penas, para engañar al procesado pues el ofrecimiento que se le hace es de reducción persuasoria, que a la vez que engaña al encartado, margina la labor jurisdiccional reservándola no como un derecho de los ciudadanos sino como un privilegio para los más “valientes” y para quienes estén en condiciones socioeconómicas que le permitan afrontar las costosas defensas, pero también para aquellos con quien la Fiscalía no esté discrecionalmente dispuesta a negociar.

2.3.2 La devaluación de la adecuación típica

El proceso de adecuación típica, también denominado de subsunción, subordinación, encuadramiento, o juicio de tipicidad, es un proceso que en su concepción más amplia es ejecutado, así como por el delegado de la fiscalía en el proceso judicial, como por el juez al proferir y sustentar el fallo que pone fin a la causa criminal y en general por todos aquellos intérpretes de la norma (legislador, doctrinante, o litigante).

La adecuación es a su vez un juicio de valor que gira en torno a la tipicidad, en él se contraponen los hechos empíricamente comprobados al precepto jurídico, a fin de establecer y posteriormente proclamar la correspondencia entre ellos y así

¹¹¹ Ibid. Pg. 749

definir, siguiendo el contenido del tipo penal específico, la sanción contemplada para la conducta subsumida.

El trámite de este proceso parte de las especificidades del caso en particular, hasta llegar al contenido de la norma (con carácter general). En su desarrollo se evalúa la ofensa de bienes jurídicos (en tanto son el objeto de protección de los tipos penales en general) y su relación con los sujetos vinculados a la agresión; la conducta o la omisión desplegada por los sujetos para consumarla; las características propias de los sujetos ofendidos (sujetos pasivo); y demás aspectos que sirvan para dar identidad al caso concreto y al precepto normativo (v.gr. los efectos de la conducta en los bienes del sujeto pasivo e incluso las particularidades de la pena prevista, sin que se llegue al punto de materializarse como un proceso de dosificación punitiva o individualización de la pena, pues estos son caracteres que obedecen a procedimientos específicos posteriores), también son aspectos que han de tenerse en cuenta a la hora de la calificación de la conducta investigada.

Una vez se tiene claridad respecto de las características propias de la conducta y sus sujetos responsables, el calificador procede a seleccionar dentro de todas aquellas conductas previstas en la parte especial del Código Penal, aquella que resulte estrictamente correspondiente con los hechos, para lo cual, se basa en criterios de unidad de la imputación jurídica frente al hecho¹¹².

Ahora bien, la subsunción es un trámite de carácter esencial dentro del proceso penal y su práctica es transversal, pues se realiza tanto para calificar la calidad de los autores, partícipes o intervinientes, y de la misma manera para los tipos de mera conducta o resultado, como para los de peligro o de lesión. Al respecto Reyes Echandia aseguró: *“cada conducta presumiblemente ilícita es como un traje que deber examinado por el Juez con el objeto de ponérselo al maniquí (el tipo) que corresponda, de acuerdo con su talla y demás especificaciones; si no se adecua a ninguno de los maniqués existentes, el traje debe desecharse, de la misma manera*

¹¹² GIRALDO MARIN, Luis Carlos, *Actas del nuevo código penal colombiano*, Ed. Colección pequeño foro, Bogotá, 1980.

*que si la conducta no encuadra en ninguno de los tipos penales es jurídicamente irrelevante*¹¹³.

Dado que este es un proceso de carácter valorativo y que, no obstante, se espera una correspondencia estricta entre la conducta y el tipo, puede suceder que se presenten errores en la calificación, en tal evento, siguiendo lo dictado por la legislación colombiana, sería procedente acudir al recurso extraordinario de casación al ser hallado un vicio de nulidad por violación al debido proceso.

Ahora bien, la adecuación es analizada y clasificada en las categorías de adecuación directa de la conducta al tipo penal, o de adecuación indirecta. La directa, también denominada plena o total, es la que ocurre cuando la conducta encuadra perfectamente en la descripción típica, por el contrario, se habla de una adecuación indirecta en el evento en que la subsunción resulta incompleta o parcial, en otras palabras, cuando del tipo contenido en la parte especial del Código Penal no satisface la totalidad de elementos que se presentaron en el caso concreto, resulta necesario remitirse a los tipos amplificadores para complementar el tipo especial¹¹⁴.

Se prevé la calificación de pluralidad de acciones, ya sea para la calificación de varios tipos penales cometidos por el mismo sujeto, o el mismo tipo penal en más de una oportunidad por una misma persona (o por las mismas personas), a estas situaciones se les ha otorgado el nombre de concurso de tipos penales, tema en el que el presente trabajo no pretende ahondar y por lo tanto solo se dirá que hace parte del proceso de adecuación típica y que en aras de garantizar la sujeción del proceso al principio de legalidad ha de ser desarrollado en todo proceso de encuadramiento que lo demande y que pretenda dar correspondencia del caso al sistema criminal vigente¹¹⁵.

¹¹³ REYES ECHANDIA, Alfonso, *La tipicidad*, Ed. Temis, Bogotá, 1997.

¹¹⁴ FERNANDEZ CARLIER, Eugenio, *Estructura de la tipicidad penal*, Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá, 1999.

¹¹⁵ *Ibíd.* Este documento nos presenta una mirada un poco más desarrollada al respecto del concurso de delitos.

El procedimiento de adecuación típica emana de preceptos constitucionales como el contenido en los artículos 1, 6, 29, 121, 123, 230 y 250 de la Carta Política, siendo este último el que le otorga a la Fiscalía General de la Nación la potestad, mejor, la obligación de investigar y acusar ante el Juez de conocimiento, y el que nos remite necesariamente al proceso de adecuación típica en tanto para el acto de acusación se requiere el despliegue de todas aquellas acciones necesarias, para que al contraponer la acción investigada con sus características, a las del tipo penal, se de cómo resultado la subsunción de la conducta y esta pueda, en efecto, presentarse ante el Juez como acusación de responsabilidad en contra de determinado sujeto¹¹⁶.

Ahora bien, la legislación penal Colombiana, nos presenta obviamente sus fundamentos legales y su reglamentación, que se desprenden de las normas rectoras de la Ley penal, dentro de las que resaltan, la dignidad humana (art. 1), el principio de legalidad (art. 6), la igualdad (art. 7), la tipicidad (art. 10), siendo el contenido de la parte general del Código Penal el que establece los criterios básicos para la definición del encuadramiento, como también prevé las definiciones y caracterizaciones de: la acción y la omisión (art. 25), la tentativa (art. 27), el concurso de personas en la conducta punible (art. 28), autores (art. 29), partícipes (art. 30), concurso de conductas punibles (art. 31), las consecuencias de la conducta punible (Título IV), todos estos factores como ha quedado expuesto juegan un papel fundamental en el proceso de adecuación típica¹¹⁷.

El desarrollo judicial de la adecuación se halla reglamentado, según los parámetros otorgados por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) que, a más de considerar la primacía de los principios y garantías rectoras dentro del proceso penal, regula la adecuación. Así podemos ver como el artículo, 114 bajo el encabezado “De las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación”, delega en cabeza de dicha institución las tareas de investigar y acusar; aplicar el principio de

¹¹⁶ COLOMBIA, Constitución Política.

¹¹⁷ COLOMBIA, Congreso de la república, Ley 599 de 2000.

oportunidad; presentar acusación ante el Juez de conocimiento; y solicitar la preclusión de la investigación. El artículo 115 demanda la objetividad de los delegados de la Fiscalía; el 286 y siguientes, establecen los parámetros que deben seguirse para la imputación, que, si bien demanda de la adecuación de la conducta a una norma, no se tiene como adecuación típica en estricto sentido ya que como lo aclara el artículo en comento se trata de un acto de mera comunicación. El libro III en su título primero desarrolla la institución de la Acusación, sus reglas procedimentales y fundamentos legales. Finalmente, en el artículo 348 y siguientes se delimita la institución de los preacuerdos entre la fiscalía y el imputado o acusado cuyo desarrollo suple la acusación como tal, de acuerdo con los pactos a que lleguen las partes¹¹⁸.

Más allá de lo revelado hasta ahora, encontramos como la resultante diferencia material entre las penas impuestas en virtud del consenso y las que se prevén por parte del legislador, ocasiona no solamente una solución desigual a casos similares (de acuerdo a las habilidades transaccionales del encartado), sino también a la agudización de la inseguridad sustancial o extra-legalidad del derecho penal en claro desmedro de la función garantista de las barreras de protección penal que a su vez juegan un papel de legitimación. Por lo cual lo que se promueve en el presente trabajo es una reforma procedimental que evite la demolición de los cimientos y garantías sustanciales del derecho penal.

2.4. Conclusiones

El derecho penal, se consolida como la herramienta mediante la cual el Estado ejercita su derecho de castigar, pero en la medida en que acude a la limitación de derechos fundamentales, cuyo reconocimiento es hoy en día de carácter universal, se ha planteado la existencia material de límites a su ejercicio, por ésta razón a la par del desarrollo del derecho penal, se desarrollan principios como el de legalidad,

¹¹⁸ COLOMBIA, Congreso de la república, Ley 906 de 2004.

traducidos como reglas fundamentales del ordenamiento, que cumplen una función protectora hacia los ciudadanos.

Sin embargo, las transformaciones sociales que van de la mano con procesos como la globalización, hacen que fruto de la heterogeneidad de nuestras sociedades actuales, se llegue a la divergencia de aceptación de valores superiores de los ordenamientos jurídicos que hoy en día se relacionan casi que a diario, este es el caso de las tensiones que se observan a propósito de la implementación del sistema de carácter acusatorio en nuestro país, pues tales figuras obedecen a sistemas como el norteamericano en el cual prevalecen principios como la oportunidad o la disposición de la acción penal y no obstante se pretenden incluir en contextos como el Colombiano que establecen la legalidad como uno de sus verbos rectores.

El reconocimiento del principio de legalidad y de la tipicidad como garantías y a su vez como límites al proceso penal, permiten concluir en la necesidad de su existencia para nuestro sistema penal, más aun teniendo en cuenta un contexto como el colombiano, en el que a lo largo de la historia se ha experimentado una latente inestabilidad del sistema jurídico penal¹¹⁹, ésta tesis se apoya en la crisis de las instituciones del derecho penal denunciada por autores como Luigi Ferrajoli¹²⁰, e intenta reflejar la urgencia de revisar la unidad del sistema de justicia en el ámbito penal, siguiendo de cerca el desarrollo de las nuevas instituciones procedimentales, adoptadas en virtud de la imposición en Colombia del sistema de enjuiciamiento criminal con carácter acusatorio.

Ahora bien, a partir de la consideración de la legalidad como principio y como garantía de los seres humanos, es lógico abogar por el análisis de aquellas figuras que le amenazan, ya sea desde una perspectiva consuetudinaria o incluso de las que ya se encuentran establecidas en la Ley; es así, como la parte final del presente

¹¹⁹ DE SOUSA SANTOS, Bounaventura, GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Ed. Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.

trabajo abordará las tensiones experimentadas en desarrollo de la relación entre los preacuerdos y negociaciones y el principio de legalidad y la tipicidad.

3. Capítulo 3. Legalidad sustancial y preacuerdos. problemas de validez (legitimidad sustancial)

Una vez reconocidas las particularidades de las figuras jurídicas que se propone contraponer; esto es, los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado y el principio de legalidad en materia penal, es preciso enfatizar, de la primera sus modalidades, específicamente la posibilidad de negociar respecto de los hechos imputados y sus consecuencias y, de la segunda, en el carácter garantista que le ha sido atribuido por la doctrina penal. Lo anterior, con el fin de revelar y profundizar en las tensiones que han sido someramente esbozadas a lo largo de este estudio. Para ello, en la parte concluyente del trabajo, analizaremos las incongruencias y contrariedades a que conlleva la celebración de preacuerdos y negociaciones, frente al principio de legalidad en materia penal como rector del ordenamiento jurídico penal.

Así las cosas, de lo que se trata es de esgrimir aquellos elementos y aquellas consideraciones que demuestran, cómo la inobservancia de la legalidad y de la tipicidad, al celebrar los preacuerdos bajo la modalidad referida, redundan en la invalidez de la figura jurídica en comento, por lo que la misma ha de ser objeto de revisión y de reforma, de manera que se adecúe a las características esenciales de nuestro ordenamiento, dentro de las que el principio de legalidad juega un rol determinante como garantía de derechos y como límite al poder del Estado.

Sin perder de vista lo anterior, tenemos que una de las principales justificaciones que sustentaron la adopción de los acuerdos de responsabilidad en nuestro sistema jurídico ha sido la agilización de los procesos que se pretende, lo que es del todo comprensible y deseable si tenemos en cuenta que se habla de sostenibilidad del sistema jurídico, que se encuentra en riesgo inminente ante la gran congestión que experimenta el sistema de administración de justicia, y es por ello que la institución de los preacuerdos no puede en sí misma ser descartada,

sino que por el contrario, ha de ser ajustada a los rectores del procedimiento colombiano. Por tanto señalaremos los elementos que deben ser tenidos en cuenta para una reforma adecuada a la realidad social colombiana, que debe dirigirse hacia la consolidación de figuras procedimentales que además de agilizar el proceso penal, lo hagan más humano para las partes, para la sociedad y para los operadores jurídicos, sin perder de vista las garantías procesales ya existentes como el principio de legalidad sustancial y en general, las normas rectoras de la Ley penal colombiana, verdaderos límites al poder punitivo del Estado.

3.1 Cuestiones básicas

La adopción para el sistema de administración de justicia penal colombiano de la institución procesal conocida como preacuerdos y negociaciones, tal y como ya se ha manifestado, no ha sido ni mucho menos pacífica; por el contrario, al respecto se han generado numerosos debates que giran principalmente en torno a los beneficios que aún se esperan de su consagración, como expectativas que la justificaron y que se hayan plasmadas en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal¹²¹. Ya que de la misma forma como se adoptó la figura, también se adoptó el debate Estadounidense sobre la institución conocida como *plea Bargaining* (equivalente a los preacuerdos y negociaciones) de la cual se ha dicho que es utilizada por la justicia penal para inducir a los procesados a declarar su responsabilidad, reduciendo el número de procesos que llegan a juicio, por vía del sistema de descuentos punitivos, pero sin reparos en que este sistema se asemeja en gran medida a la utilización de la tortura para obtener la confesión, ya que entre más rápida sea la aceptación de cargos menor será el dolor que deberá

¹²¹ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 906 de 2004, artículo 348. “FINALIDADES. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; **obtener pronta y cumplida justicia**; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso”.

infringírsele al procesado (siguiendo la ecuación cantidad de pena = cantidad de dolor)¹²².

No obstante, el presente estudio pone sobre la mesa un debate que, si bien no ha sido desarrollado a profundidad en nuestro país, encarna una intervención directa a la figura en comento y pone a prueba la solidez de su introducción al ordenamiento colombiano, en la medida en que se trata de verificar su ceñimiento a principios rectores de la justicia penal vigente en nuestro país.

Como veremos, la cuestión radica en las inconsistencias que se presentan entre las causales que versan sobre la posibilidad de variar la calificación de los hechos efectivamente cometidos y comprobables, aspecto que comporta el alma misma de la institución de los preacuerdos y negociaciones, viciados de validez sustancial y que por tanto han de ser: o bien, eliminados ó adecuados a la realidad social y jurídica del país, por lo que toda transformación de la administración de justicia, para garantizar su sostenibilidad, ha de atender como mínimo a criterios de: presupuesto y política victimal, criminal y carcelaria, antes que a factores meramente económicos que destruyen la justificación misma del sistema que con tanto afán se desea sostener.

El marco en que se desarrollarán las anteriores afirmaciones, serán los juicios de validez sustancial de las normas jurídico – penales, ejercicio que permitirá confrontar de una vez por todas la consagración de la institución de los preacuerdos en nuestro sistema penal, por lo que acto seguido nos ocuparemos en explicar las razones por las cuales consideramos pertinente someter la institución de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el procesado a dicho juicio.

¹²² BIBAS, Stephanos, *Bringing moral values into a flawed plea bargaining system*, en [Cornell Law Review, Vol. 88, Julio de 2003](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=393962), ver en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=393962; al respecto de la citada cuestión solo se dirá que bajo los presupuestos promovidos, el sistema facilita la producción de condenas injustas y sacrifica la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, situación que no se presentaría si los inocentes pudiesen preservar su derecho a tener un juicio, en el que pudieran obtener su absolución.

3.1.1 La validez sustancial de las normas jurídicas

Como ya se había señalado, atravesamos una crisis jurídica de grandes proporciones, que ataca directamente la legalidad, y que se manifiesta en el cada vez más reducido “...valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos”¹²³, lo cual desemboca en la ineficacia de control a sus labores (en la medida en que no se niega su existencia, pero no se le da una aplicación sistemática) y, consecuentemente, en ejercicio ilegítimo del poder, en términos sustanciales no formales, dejándolo todo, como en una lotería, a la libre conciencia del ente acusador quien tendrá la posibilidad de negociar o no.

El resultado de la crisis va más allá de la Ley y se manifiesta en el ámbito constitucional con la progresiva degradación de la fuerza vinculante de la Constitución Política como límite al ejercicio del poder. Es por eso que, para enfrentar la manipulación de las normas superiores, la tarea que nos convoca es la defensa de las garantías jurídicas promoviendo al apego estricto a sus postulados, para asegurar a la sociedad del uso arbitrario y caprichoso del poder de castigar resultante de la inexistencia de reglas de juego claras, que definan con precisión el ámbito de lo prohibido y lo permitido y en contrario, de la existencia de reglas que relativicen tales ámbitos.

Los estudios de validez material de las normas, en los cuales se evalúa la sujeción efectiva (no meramente formal) de las normas a los principios orientadores contenidos en la Constitución Política, partiendo del estudio de los factores en pro y en contra de la norma objeto de análisis. Dadas las características de los juicios de validez, éstos se perfilan como una de las más valiosas herramientas existentes para garantizar la prevalencia de las normas rectoras del ordenamiento penal y del bloque de constitucionalidad.

Hablar de la validez material de una norma jurídico penal, es hablar de la legitimidad de la misma, de ahí que la tarea de determinar si una norma es válida o no, nos

¹²³ Ibid. Pg. 15.

remite de manera directa a consideraciones de orden constitucional; en otras palabras, a la verificación de legitimidad que emana de las directrices contenidas en la Carta Política, que en las cuestiones penales se manifiesta definiendo los límites a los mecanismos de que se sirve el Estado para ejercer su poder sobre la sociedad¹²⁴. Hablamos entonces de un análisis que se da en términos de “realidad material constitucional”.

Es por el objeto de los estudios de validez jurídica que estos pueden llegar a ser más comunes de lo que se cree, los jueces, por ejemplo, desarrollan en su actividad tal función de control, al decidir sobre la aplicación de una norma y fundamentando su decisión en la armonía del sistema normativo frente a las perspectivas constitucionales representadas en principios constitucionales; aun así, el legislador es, en primera instancia, el responsable de que sus productos sean armónicos o no con los postulados contenidos en la Carta, que son el modelo y el vínculo entre las labores del legislador y los fines del Estado¹²⁵.

Ahora bien, lo cierto más allá del responsable del control, es que, ya sea que lo ejerzan los jueces, o el legislador, los juicios de validez parten esencialmente de planteamientos como el Ronald Dworkin, quien invita a “*tomar los derechos en serio*”, este punto de partida revela la necesidad imperiosa de reconocer: primero, la existencia de los derechos como garantías; y luego su carácter normativo y vinculante. La anterior acotación es a su vez una invitación a reflexionar sobre el papel de los principios rectores del Derecho Penal, dentro de los que se cuenta el principio de legalidad, de esencia constitucional para nuestro ordenamiento, al que por tal razón le son innegables su existencia y su carácter normativo y vinculante¹²⁶.

Los criterios de validez de las normas evalúan entonces, el deber ser de las mismas, en cuanto a su coherencia con las normas sustanciales que regulan su

¹²⁴ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado Democrático de Derecho*. Universidad de Castilla- La Mancha, 1996.

¹²⁵ DONINI, Massimo. *Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional: razones y límites*. En *Revista Penal*. Número Ocho. Salamanca, 2001. Pg. 24.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

contenido, de ahí que las normas sustanciales funcionan como límites, como garantías, como barreras técnicas previstas en el sistema jurídico, a fin de optimizar la eficacia de las disposiciones constitucionales, no hablamos entonces de una validez de tipo formal, es decir aquella que analiza solamente el cumplimiento de los procesos existentes de la creación de la norma, sino más bien, de la validez de carácter material¹²⁷.

Ahora bien, se presume la validez de todo el contenido del ordenamiento jurídico, presunción que emana de la legitimidad que ofrece la construcción democrática hecha por la sociedad y tiene como presupuesto el respeto por las formas para la elaboración de las normas jurídicas (el quien y el cómo). Sin embargo, dicha presunción puede ser desvirtuada mediante la demostración de invalidez, es decir, mediante la comprobación de la existencia de contradicciones frente a normas superiores, o lo que es lo mismo, por medio de la revelación de la presencia de violaciones a los límites existentes. Así, la consecuencia directa y destino de la norma comprobadamente inválida, será la declaración de su invalidez por haberse hallado contraria al ordenamiento.

¹²⁷ *Ibid.*, pg. 24, 25 “Un Estado constitucional de derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando impensable, a causa del fundamento nomodinámico de la vigencia de las normas, una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más, la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial: que es lo que sucede en el Estado absoluto —poco importa si políticamente democrático—, donde cualquier norma existente, en cuanto producida en las formas establecidas por el ordenamiento, es por eso sólo válida.

Así, pues, a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción asimismo formal de la validez de las normas propias como mera vigencia o existencia. que, puede decirse, representa el presupuesto de la primera; mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales —ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales— como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Diremos que, en este sentido, la posibilidad del «derecho inválido» o «lagunoso» —o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho— es la condición previa tanto del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia”.

3.1.2 Presupuestos para estudiar la validez sustancial de los preacuerdos

Efectuar un análisis de legitimidad sustancial a la institución conocida en nuestro medio como preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el procesado, es necesario para determinar su correspondencia con el principio de legalidad como rector del ordenamiento jurídico colombiano, dejando en claro que solo nos centraremos en las modalidades definidas en los artículos 350 y 351 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), más precisamente en las negociaciones que versan sobre los hechos imputados.

Las serias contrariedades jurídicas producidas con la celebración de preacuerdos, invita a la elaboración de estudios profundos sobre el desconocimiento de las garantías penales a la que conlleva estos acuerdos, como sucede con la inobservancia del principio de legalidad. Ahora bien, para abarcar adecuadamente los problemas de validez, hemos de retomar las modalidades de acuerdo según fueron abordadas en la primera parte de este trabajo, que ofrece una clasificación concreta de las modalidades de preacuerdo, en la que se hallan contenidas tanto las negociaciones que versan sobre la aceptación total o parcial de cargos, como las que lo hacen sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Tal clasificación atiende al hecho de que no existe univocidad en las formas de aplicación de la figura y a que sus diversas modalidades no tienen una misma naturaleza.

Así las cosas, nos centraremos fundamentalmente en examinar los problemas de validez que resultan de la aplicación de los preacuerdos que versan sobre los hechos imputados y sus consecuencias¹²⁸, aspecto estructural de las negociaciones de que tratan los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

¹²⁸ Carlos Del Rio Ferretti presenta la siguiente clasificación que gira en torno al principio de consenso, las categorías propuestas son: 1. El consenso inculpativo o colaborador con la persecución criminal 2. El consenso sobre el rito procedimental; 3. El consenso sobre el mérito del proceso: fáctico y jurídico. DEL RIO FERRETTI, Carlos, *El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N°1, pp. 157-182, Santiago de Chile, 2008. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100007&script=sci_arttext

Las negociaciones sobre los hechos imputados y sus consecuencias abren la posibilidad de someter al consenso de las partes: en primer lugar la adecuación típica, que involucra el tipo penal por el que se procede, las causales de agravación y atenuación punitiva, la forma de culpabilidad y la modalidad de la participación del sujeto y, en segundo término, las consecuencias del delito, ya sea en cuanto a la fijación consensuada del monto de la pena, o de aspectos aún más precisos como los subrogados penales.

A este respecto la Corte Constitucional reconoció que la entrada en vigor del sistema penal con tendencia acusatoria, tiene como esencia la flexibilización del “*otrora absolutamente inquebrantable principio de legalidad*”, es así como es posible consensuar la imputación de cargos, de ahí que el análisis de constitucionalidad al que fue sometida la figura, concluyera en la declaración de su apego al ordenamiento jurídico¹²⁹ y de la pertinencia de la flexibilización del principio de legalidad en materia procesal, como consecuencia de la entrada en vigor del principio de oportunidad¹³⁰.

Pese a lo anterior, pese que la decisión de la Corte pueda considerarse acertada o no, el debate que aquí se propone es diferente, pues se trata de analizar las consecuencias de validez de los preacuerdos y negociaciones frente a la legalidad en materia sustancial y no procesal, debate al que se le ha restado importancia, pues no se desarrollaron en ese momento y no se han desarrollado hasta ahora, aspectos tales como: el hecho de que la adecuación ha de sujetarse a la legalidad como género, so pena de incurrir en desconocimiento del artículo 29 de la Carta Política y en indeterminación, o al menos en una determinación errónea de la

¹²⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C – 1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹³⁰ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Los Principios de Legalidad y oportunidad*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, Pg. 16. “... la relación legalidad-oportunidad [...] en cuanto al alcance de este último principio. Éste de excepción y, por lo tanto, su aplicación debe ser restringida ...”

conducta investigada y sancionada, dejando en manos de la Fiscalía atribuciones exclusivas del legislador.

La inconformidad frente a dicha figura por parte de algunos intervinientes en el referido fallo, fue expresada así: *“y la adecuación, no puede quedar sujeta a negociaciones para entrar a establecer si por cuenta de un acuerdo sea mejor tener un delito distinto al que realmente se cometió, lo cual reinventaría toda la dogmática penal para reformarla de un solo golpe, a plumazo limpio, sin siquiera análisis que llevan cientos de años en la doctrina y decantación jurisprudencial”*¹³¹ y sin embargo, pasando por alto la contundencia de tal afirmación la Corte hizo caso omiso y emitió su fallo sin estudiarla.

Lo imprescindible que resulta el principio de Legalidad para nuestro ordenamiento y su consecuente consolidación como principio rector, ha sido desarrollado ampliamente en el capítulo segundo de éste trabajo y lo que nos resta, es entrar a considerar cómo su irradiación llega a desarrollar aspectos tan sólidos como la existencia de los tipos penales, con sus complejas características que son especificadas por el legislador para cada uno de los tipos, lo que a su vez les otorga identidad y blinda al procesado con la garantía, que emana de la dignidad humana, de que de ninguna forma las personas podrán ser juzgadas sino de acuerdo al acto del que efectivamente resulten responsables, garantías que se extienden al conglomerado social en la medida en que, gracias a esto es posible conocer de antemano las consecuencias específicas que devienen de la comisión de determinado hecho punible.

Una situación semejante se ha presentado en los países que al igual que Colombia han optado por acoger el sistema norteamericano, cuyo carácter acusatorio¹³² ha

¹³¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C – 1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Ver intervención de los ciudadanos Antonio José Cancino Moreno y David Teleki Ayala.

¹³² LANGER, Máximo, *From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure*, en: *International studies review*, vol. 4, pg. 137 – 156, verano de 2002. Este artículo ofrece una mirada al fenómeno de la adopción de la institución negociada conocida en los Estados Unidos como Plea Bargaining, por parte de países con una tradición jurídica continental, en la que como es generalmente aceptado prima el principio de legalidad a diferencia de lo que sucede en los países de tradición jurídica anglosajona.

sido duramente cuestionado¹³³. En el caso Chileno, se implementó el denominado principio de consenso como adaptación de los *plea bargaining* estadounidenses a su ordenamiento de tradición continental, pero con una diferencia radical respecto de los preacuerdos, pues se cerró de plano la posibilidad de negociar sobre los cargos, ya sea sobre su contenido fáctico o jurídico, pero ¿por qué razón?, precisamente porque los contenidos fácticos y jurídicos han de estar acordes a la realidad de los hechos de que se responsabiliza al procesado, al fin y al cabo el proceso penal es producto de la investigación seria de un acontecimiento ilícito que tiene como fin fijar la responsabilidad de un sujeto; y porque el consenso sobre los hechos, da como resultado inevitable calificaciones jurídicas y por tanto imposición de penas que no corresponden ni con las legalmente previstas¹³⁴ ni mucho menos con el acontecer fáctico real que ameritó la intervención del Estado y su consecuente derecho a castigar.

Se reafirma entonces el desconocimiento de los fundamentos del Derecho penal moderno, a manos de los preacuerdos que versan ya no sobre el rito procedimental exclusivamente, como sucede con el acuerdo que se da para la supresión de instancias procesales, sino sobre el mérito fáctico y/o jurídico del proceso¹³⁵, lo cual implica la disposición consensuada del objeto de este. Pero ¿Cómo han sido abordadas estas cuestiones por parte de los máximos tribunales en Colombia? Para resolver esta cuestión, diremos que, si bien la jurisprudencia al respecto es demasiado escasa, nos ocuparemos en escudriñar los desarrollos más atinentes

¹³³ Los análisis desarrollados respecto de la crisis del carácter acusatorio del sistema norteamericano son cada vez más comunes entre los juristas, al respecto se pueden consultar las obras de: MAIER, Julio, *El procedimiento abreviado*, Ed. Editores del puerto, Buenos aires, 2001; PICÓ I JUNOY, Joan, *Problemas actuales de la justicia penal*, Ed. J.M Bosch, Barcelona, 2001, Pg. 22 -24; y AAVV, DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristian, *Proceso penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, Pg. 189- 192.

¹³⁴ DEL RIO FERRETTI, Carlos, *El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias*, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N°1, pp. 157-182, Santiago de Chile, 2008. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100007&script=sci_arttext

¹³⁵ *Ibid.*

al caso en concreto, elaborados tanto por la Corte Constitucional, como por la Corte Suprema de Justicia.

3.1.2.1. *Validez de los preacuerdos a los ojos de la Corte Constitucional*

El grueso de las reflexiones elaboradas por la Corte Constitucional al respecto, lo encontramos en la sentencia C- 1260 de 2005, recoge las observaciones de la Comisión Colombiana de Juristas¹³⁶, que sobre el tema fue clara en reclamar: “*Las conductas punibles deben ajustarse a las normas. La labor del fiscal es hacer la adecuación típica y **no puede haber un margen de discrecionalidad en esa tarea que faculte excluir del análisis de la conducta algunos elementos relevantes con el fin de lograr un acuerdo***” (negrillas fuera del texto original), postura que es similar a la que había adoptado el Tribunal Constitucional en pretérita ocasión y con oportunidad del análisis de la derogada Ley 600 de 2000, al afirmar que: “*La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. **Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente***”¹³⁷ (subrayado y negrillas fuera del texto original).

La primera de las aseveraciones precedentes declara la inflexibilidad característica del principio de legalidad en materia sustancial, ya que asegura al ordenamiento de manipulaciones y coadyuva al Juez de conocimiento en su labor de garante formal y sustancial del proceso; la segunda justifica dicha inflexibilidad en tanto que se parte de la construcción democrática del sistema¹³⁸, materializada en la

¹³⁶ Organización no gubernamental dedicada al litigio estratégico en pro de la garantía de los derechos humanos.

¹³⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 599 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹³⁸ Ahora bien, la demostración de que dicha construcción sea en efecto democrática es aún materia de objeciones en nuestro contexto.

posibilidad que recae primariamente en los asociados y luego en sus representantes encargados de la tarea de legislar, de definir aquellas conductas que son consideradas como negativas para asegurar las condiciones de convivencia pacífica que justifican la existencia misma del Estado.

Así pues, la sujeción de los procedimientos de enjuiciamiento ha de someterse al respeto por la legalidad sustancial, pues de lo contrario se favorece la arbitrariedad de los operadores jurídicos en menoscabo de las garantías de los particulares y la utilización contingente del derecho penal¹³⁹, lo cual es evidente en nuestro país que a más de adolecer de políticas criminales, victimales y carcelarias claras, se jacta de adoptar instituciones procesales para desarrollar tales políticas que, insistimos, son inexistentes, ¿no sería mejor, elaborar las políticas y luego si los métodos para desarrollarlas?

Por otra parte, considerando que el presupuesto esencial y primigenio de toda pena es la comisión de una conducta punible, predefinida como tal en la Ley, así como determinada en la acusación y probada a lo largo del proceso judicial, es menester precisar que en todo caso siguiendo el principio *nullum iudicium sine probatione*, la acusación, para ser convalidada, debe ser sometida a prueba, debe probarse que la calificación otorgada por el delegado de la Fiscalía concuerda con el hecho que ameritó el ejercicio y puesta en funcionamiento del aparato de administración de justicia, ya que la causa penal es *per se* un proceso de comprobación inductiva¹⁴⁰,

¹³⁹JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950. Texto que nos invita a reflexionar en el hecho de que el respeto por el principio de legalidad comprende la obligación de observar sus principios derivados a decir: “...*nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnatur nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.*”

¹⁴⁰FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, ed. Trotta, Madrid, 2009, pg. 72. Cita de Ferrajoli a “ARISTOTELES (TOVAR, Traduc), C.E.C, Madrid, 1990, I, 1, 1354a-1354b, pp. 5-6. *Ibid.*: “Es preciso hacer al juez árbitro de las menores cosas posibles”; *ibid.*, I,13, 1374^a, p. 66: “Puesto que muchas veces el acusado reconoce haberlo hecho, pero está de acuerdo sobre la calificación o acerca del delito a que la calificación se refiere; así, admite haber cogido algo, pero no robado, y haber golpeado primero pero no ultrajado..., por eso sería necesario definir acerca de esto qué es

en el que se evalúa la correspondencia entre el hecho y el tipo pre configurado, para negarla o afirmarla.

3.1.2.2. *Validez de los preacuerdos a los ojos de la Corte Suprema de Justicia*

Dirigiremos ahora la atención a los argumentos que, sobre los preacuerdos y sus contrariedades, ha desarrollado la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, cuerpo colegiado que no desconoce el papel de los principios orientadores del derecho penal, sino que por el contrario los reafirma, reconociéndoles su función de “...*maximización de la libertad y de minimización de la arbitrariedad...*”¹⁴¹. Sin embargo, llama la atención que en esta providencia se cite a la Corte Constitucional para manifestar la adhesión a su tesis, según la cual, en la dinámica propuesta con relación a los acuerdos de culpabilidad, el Fiscal no goza de una libertad absoluta, sino que se trata de cierto grado de apreciación, en la que “...*el fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente, sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso*”¹⁴².

¿Significa ésta afirmación, que la Corte no estaría de acuerdo, entonces con una figura que permita obviar elementos, como por ejemplo causales de agravación, al momento de la calificación jurídica?, para ilustrarlo, continuemos con la disertación: “...*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***” (negrillas fuera del texto original), así las cosas parecería que no, pero la providencia continua: “*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,*

robo, qué ultraje, qué adulterio, de manera que si queremos mostrar si hay o no hay tal delito, podamos declarar el hecho”.

¹⁴¹ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia sala de casación penal, Proceso No 29979, sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil ocho (2008), M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁴² COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 1260 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

*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***¹⁴³ (subrayado y negrillas fuera del texto original).

Como ha sido reiterado a lo largo de este análisis, los tipos penales son únicos (pues obedecen a situaciones concretas, a pesar de su grado de abstracción) y el proceso de adecuación es un proceso serio, en el que se busca la coincidencia de un hecho de la realidad, a una premisa normativa, coincidencia que ha de ser plena, pues de lo contrario se procedería a descartar la relevancia de la conducta y la Corte lo declara al asegurar que el cabal cumplimiento de la legalidad es igual a la interpretación que corresponde con el concepto de tipicidad plena o taxatividad, labor que cumple la Fiscalía al verificar el encuadramiento preciso de una determinada conducta en la descripción típica previamente establecida por el legislador, por lo tanto, es contradictorio que se afirme lo anterior, pero se concluya que la adecuación de una conducta también es respetosa del principio de legalidad aun cuando no se adhiere al predicado principio de tipicidad plena, sino que se permite tipificar las conductas, en tipos que si bien están relacionados, no corresponden con la realidad de los hechos.

La posición de la Corte se cimienta en bases demasiado frágiles, acudiendo a la flexibilización del principio de legalidad, fenómeno que justificó la declaración de constitucionalidad de los preacuerdos y por tanto al principio de legalidad procesal, pero que en esta ocasión, no debe venir al caso, pues hablamos de cuestiones que difieren entre sí, por una parte porque aunque el principio de oportunidad es limitación a la legalidad, lo es solamente a la legalidad procesal y por otra, porque el análisis de la flexibilidad de la legalidad procesal nos haría recaer en un análisis que oculta los efectos sustanciales de la institución.

Lo anterior, en tanto que, como la Ley sustancial solo contempla como penalmente relevantes hipótesis que ella misma determina, a las que le asigna una pena

¹⁴³ Ibid.

concreta en concordancia con la gravedad del hecho que le corresponde; no pueden modificarse los comportamientos empíricos ya materializados, así como no es posible borrar las secuelas del pasado. Por lo tanto, tampoco resulta admisible que se le otorgue el poder a las partes en el proceso, de asignar consecuencias específicas a la conducta humana, diferentes a las establecidas por el legislador¹⁴⁴, de la misma manera que tampoco lo es, que les sea otorgada la potestad de suprimir causales de agravación o atenuación punitiva; eliminar cargos; modificar la adecuación típica de la conducta por la que se procede; variar la forma de participación criminal; o degradar el dolo. Solo comprendiendo los alcances de lo establecido precedentemente se puede hablar con la justeza debida de la transacción o negociación penal. En este sentido, el ente acusador no puede disponer de ninguna manera de la norma penal, pues ésta es una labor del legislador, de quien emana la prohibición de eliminar o de introducir elementos fácticos que posean relevancia penal.

3.2 Preacuerdos vs legalidad: problemas de validez

La profundidad de la cuestión, radica en que estamos hablando de que la institución de preacuerdos y negociaciones, tal y como aparece establecida en la Ley procedimental Colombiana, carece de legitimidad sustancial, vicio en el que incurre al permitir el quebrantamiento del orden jurídico penal por desconocimiento del principio de legalidad y automáticamente le convierte en una institución inválida que ha de excluirse, o bien modificarse, para que se adecúe a la totalidad de los principios rectores que orientan al Derecho Penal. Pues bien, esta afirmación reclama su sustento, por lo tanto, las páginas siguientes darán continuidad a nuestro análisis de manera que queden expuestos los problemas de validez de la figura en comento, comenzando por el reconocimiento del concepto de validez, para facilitar su posterior aplicación a la institución procesal que nos ocupa.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, *Luigi, derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, Pg. 35, 36.

3.2.1 Invalidez en cuanto al objeto de los preacuerdos

La Directiva 001, emanada por la Fiscalía General de la Nación, por medio de la cual se brindan las directrices básicas a los delegados de la Fiscalía para la celebración de Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado¹⁴⁵, se observa cómo en la “directriz TERCERA”, se enfoca la atención en el objeto de los preacuerdos, que fueron sintetizados en la siguiente clasificación: aquellos que recaen sobre los términos de la imputación; y los que lo hacen sobre la pena a imponer.

El primero de tales objetos representa el centro de nuestro estudio y es desarrollado así: *“a) Los términos de la imputación. En este caso el preacuerdo debe versar sobre la tipificación de la conducta con todas las circunstancias que la rodeen, en plurales aspectos como: eliminación de agravantes, reconocimiento de atenuantes, grado de participación y la forma de imputación subjetiva, de la siguiente forma: se puede acordar la tipificación objetiva de una forma específica que traiga como consecuencia la disminución de la pena, pero la nueva adecuación típica deberá hacerse de forma tal que no modifique, la esencia de la conducta, el objeto material, ni los sujetos activo y pasivo. Si estos últimos no pueden ser cualificados no podrán ser convertidos en comunes”*, el desarrollo continúa recorriendo las posibilidades concretas de convertir en objeto de negociación diferentes aspectos relacionados con la imputación como: las modalidades de la conducta típica (dolo, culpa, preterintención), de las cuales se dice no podrán ser modificadas si varían la naturaleza de la conducta.

Así las cosas, y sin perder de vista que la legalidad es una de las principales garantías existentes en el derecho penal, se observa de las directrices dadas por el máximo representante del ente acusador que se hace un llamado a la celebración de preacuerdos teniendo en cuenta limitantes como: la no modificación de la esencia de la conducta (y/o su naturaleza), el objeto de la misma, o los sujetos

¹⁴⁵ COLOMBIA, Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 de septiembre de 2006.

involucrados en ella. Estas restricciones, claramente obedecen al reconocimiento del carácter garantista del principio de legalidad, el cual otorga el carácter regulativo al sistema y niega cualquier carácter constitutivo, al menos como potestad del operador jurídico. El resultado de ello es que tanto el tipo penal que es considerado como un concepto predefinido en la Ley, como el punible que es visto como un hecho pasado, cierto y comprobable; no pueden ser objeto de modificaciones por vía de un acuerdo de voluntades entre las partes.

Frente a tales consideraciones, vale la pena preguntarse ¿Qué tipo de modificaciones a la imputación fáctica y/o jurídica, no transgreden entonces el principio de legalidad? según la Fiscalía se restringe la celebración de preacuerdos en las condiciones ya referidas, lo cual redundaría en que la modalidad que atañe a la variación del contenido de la imputación quedaría desueta; sin embargo esto no sucede, muy a pesar de que como hemos visto se reconoce de vieja data la contradicción de la figura en comento frente a la legalidad y a la tipicidad penales. Es por esa razón, es por el reconocimiento previo de las contrariedades de la figura, que algunos autores hablan, de flexibilización del principio de legalidad sustancial y no se repara en denominar despectivamente a quienes ponen en evidencia que tal flexibilización no es posible sin quebrantar los cimientos del Estado Social de Derecho, como “... *los quejosos, los profetas de desgracias...*”¹⁴⁶.

3.2.2 Invalidez de la flexibilización de la legalidad sustancial

Veamos ahora de qué manera es que se pretende flexibilizar la legalidad sin llegar a su ruptura, pues bien la Directiva 001 afirma que ello es posible si lo que se pacta es, por ejemplo, la eliminación de agravantes específicas, o el reconocimiento de causales de atenuación (como la ira o el intenso dolor), pero dichos aspectos comportan circunstancias de modo, tiempo y lugar propias de la conducta por la que se procede y es de su mano que se establecen tanto la imputación fáctica

¹⁴⁶ AAVV, OMEZ VELASQUEZ, Gustavo, CASTRO CABALLERO, Fernando, *Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano*, Ed. Doctrina y ley, Bogotá, 2010, Pg. 7.

como la jurídica. Por lo tanto, han de ser verificables y verificadas (en efecto) en el tipo penal del que hacen parte, es por ello que su eliminación o inclusión sin que correspondan a los hechos investigados no puede realizarse sin corroer el sistema jurídico, en cuanto se desconocería el principio de legalidad de la conducta y la tipicidad.

En ese sentido, siendo de la esencia del principio en cuestión, la pretensión de brindar al ordenamiento jurídico un carácter coherente y unitario, al ser llevado a un grado tal de flexibilización se desintegraría su carácter garantista, tanto en los procesos de definición legislativa como de comprobación judicial, pues el hecho de promover la creación de soluciones consensuadas, que desconozcan los parámetros establecidos, limita la consolidación del sistema jurídico, en tanto que se restringe la producción de respuestas similares a hechos equivalentes, tornando el sistema como un algo impredecible, lo que descarta el hecho de que la previsibilidad de las decisiones judiciales es una condición que refleja la seguridad jurídica¹⁴⁷. Consecuencias que se esperan de la misma forma, en la medida en que quede abierta la posibilidad de eliminar cargos; modificar la adecuación típica de la conducta; variar la forma de participación criminal; o de degradar el dolo, tal y como está permitido bajo el abrigo de los preacuerdos y negociaciones¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Puesto que lo que se espera es que ante dos situaciones “iguales” se dé una misma reacción por parte del aparato de justicia.

¹⁴⁸ Al respecto Zaffaroni, en su rol de Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, plantea que: *“La certeza del derecho es requisito de toda materia jurídica, pues es lo que hace previsible la conducta y de este modo permite la coexistencia sobre base racional que, en definitiva, no es más que el objetivo general del derecho [...] Este mandato de certeza constitucional, por ende, rige tanto en el momento legislativo como en el judicial de concreción del derecho. [...] la estricta legalidad no sólo debe observarse en cuanto a la redacción de los tipos, sino también en lo que incumbe a las penas, siendo indispensable su previsión precisa antes del hecho de la causa (no se trata sólo del nullum crimen, sino también del nulla poena sine proevia lege penale) [...] No cabe duda acerca de que configura una situación de gravedad institucional una legislación penal que no permite establecer unívocamente, esto es, sin lugar a dudas o incertidumbre, la pena [...] se ha llegado hoy al punto de resultar imposible para el lego tener un conocimiento de la criminalidad en múltiples delitos, lo cual es condición previa a la posibilidad reprochable de su comprensión...”*. REPÚBLICA FEDERAL DE LA ARGENTINA, Corte suprema de Justicia, causa n° 1669/1687, Providencia del 8 de junio de 2010.

Por lo anterior, no debe permitirse que los elementos de la imputación de la conducta investigada se sometan al consenso de las partes, ya que lejos de humanizar el proceso penal, con tal posibilidad solo se expresa la preferencia de evaluar la efectividad del ordenamiento, según el número de condenas que se profiere en los despachos judiciales –sin que siquiera exista un marco de política criminal, al que le precedan estudios serios y a conciencia acerca del problema que se espera contrarrestar y la efectividad de la figura a implantar-, todo esto a costas del reconocimiento y aplicación de las garantías que como la libertad o la legalidad en su expresión más integral constituyen verdaderos límites a los poderes del Estado.

En consecuencia, y ya que la labor de administrar justicia órbita alrededor de la garantía de los derechos fundamentales, resultan contradictorias o como lo afirmara Ferrajoli inaceptables y peligrosas: “...*las doctrinas «consensualistas» y «discursivas » de la verdad que —nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas)— algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones sobre la pena...*”¹⁴⁹. Por lo tanto, de la misma forma que no es posible admitir un consenso particular sobre los elementos esenciales del ordenamiento jurídico, no lo es tampoco, sobre las garantías de los derechos, así sea de uno solo de ellos, ya que estos son indisponibles.

En la medida en que los preacuerdos y negociaciones permiten la modificación de la relación factico-legal, tal figura contraría las garantías penales¹⁵⁰ de origen constitucional como lo es el principio de legalidad, y por lo tanto carecen de legitimidad sustancial tanto el numeral segundo del artículo 350, como el inciso segundo del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal. Pese a lo anterior, la

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

¹⁵⁰ DEL RIO FERRETTI, Carlos, El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N°1, pp. 157-182, Santiago de Chile, 2008. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100007&script=sci_arttext

finalidades perseguidas con la implementación de los preacuerdos, continúan siendo necesidades materiales que reclama la administración de justicia colombiana, hablamos de la humanización de la actuación procesal y la pena; obtener pronta y efectiva justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y demás que se encuentran contenidos en el artículo 348 de la Ley procedimental, es por eso que a continuación presentamos algunos de los lineamientos indispensables que han de ser tenidos en cuenta para alcanzar dicha finalidad.

3.3 El camino hacía una institución procedimental que agilice el proceso penal, en congruencia con el principio de legalidad

La tarea de trazar algunos de los lineamientos necesarios para lograr una figura procesal que cumpla con las finalidades anotadas por el legislador en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal, exige el análisis de dichos fundamentos a la luz de la figura actual, siguiendo de cerca sus modalidades y observando así como sus debilidades, también sus fortalezas, claro está, siempre a la luz de los principios rectores del Derecho Penal y las garantías constitucionales dispuestas en el ordenamiento.

Así las cosas, tenemos que el legislador adoptó los métodos de la justicia negociada, del sistema jurídico estadounidense, tomando como finalidades las siguientes: humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del procesado en la definición de su caso¹⁵¹.

Dichas finalidades bien podrían clasificarse en tres, partiendo de la identidad, la naturaleza y el alcance de cada una de ellas, así: humanización de la

¹⁵¹ COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 906 de 2004, Artículo 348.

administración de justicia; garantizar la materialización de los derechos de las víctimas; y obtener pronta y efectiva justicia. Esta clasificación se elabora bajo la advertencia, de saber que por la dinámica del proceso mismo la efectividad de cada una de las metas propuestas depende directamente de la materialización de las restantes.

Dichos propósitos no son otra cosa que la razón de ser de la consagración de las negociaciones de culpabilidad en el procedimiento colombiano y es innegable su calidad de necesidades del ordenamiento, pues no sería racional argumentar en contra de la humanización del proceso y de la pena, por ejemplo.

Sin embargo, lo que sí ha de cuestionarse es que la institución procesal implantada para lograrlo sea la adecuada, máxime si tenemos en cuenta que como se ha argumentado, la misma carece de validez material, a propósito de las contrariedades que genera frente al principio de legalidad en materia penal. Por esta razón, el estudio de la modalidad de preacuerdos que versan sobre los hechos imputados, a la luz de las finalidades aducidas por el legislador para las negociaciones de responsabilidad, mostrará tanto sus coincidencias como sus deficiencias y en esa medida se podrá ir avanzando en la construcción de los parámetros de una figura que cumpla las finalidades, pero que guarde coherencia con los cimientos del ordenamiento jurídico.

3.3.1 Humanización de la administración de justicia

La humanización del Derecho penal es quizá la más grande tarea de los juristas, que persiste hoy en día a pesar del gran avance que representa la consagración del principio de dignidad humana como pilar del ordenamiento. Así, atendiendo al carácter dinámico de la sociedad misma, el Derecho penal que se le pretende aplicar y exigir, no puede quedar al margen de las siempre cambiantes condiciones sociales, de ahí la necesidad de una búsqueda constante de alternativas jurídicas que atiendan a la realidad social, pero sin caer en posturas eficientistas, sino por el contrario ensalzando siempre el carácter humanista del ámbito jurídico.

El conocimiento de tal necesidad marca el camino para la implantación de los preacuerdos. Sea del caso indicar que autores nacionales que han escrito al respecto definen el propósito de la presunta humanización que representan los preacuerdos: “*humanizar la actuación procesal y la pena a través de la aplicación de una pena justa y proporcional, con el propósito de hacer la actuación procesal más cercana al imputado o acusado*”¹⁵²; sin embargo, esta definición no es clara, pues si bien la justicia y la proporcionalidad de las penas es un noble objetivo, no puede partirse de que las penas establecidas por el legislador carecen de dichos valores, a tal punto que se requiere de su reforma consensuada según el criterio de las partes, ya que si esto fuera correcto, la necesidad de reforma al Derecho penal no recaería en las figuras procesales, sino en los montos punitivos (que ya bastante han sido reformados en los últimos años).

3.3.1.1. ¿Humanización a partir de la conducta: inflación punitiva?

Como ha quedado de manifiesto, el hecho de someter a una negociación los términos de la imputación, ya sean fácticos o jurídicos, no cumplen con el postulado de humanización que se predica, ya que como ha sido expuesto, el consenso sobre tales aspectos implica la flexibilización y hasta la renuncia de principios y garantías sustanciales que como la legalidad son, por su propia naturaleza, indisponibles¹⁵³. Por lo que hemos de partir del reconocimiento del hecho de que la principal garantía de la humanización del proceso penal y de la pena, es el juicioso respeto por las garantías y principios que protegen a la sociedad del uso arbitrario del ius puniendi, evitando su flexibilización¹⁵⁴.

¹⁵² AAVV, ARANA MONTOYA, Edgar Augusto, *El sistema acusatorio y los preacuerdos*, Universidad de Medellín, Medellín, 2008.

¹⁵³ Aunque cabe la posibilidad de que esta afirmación resulte inútil en la práctica, esto en el evento en que por vía constitucional se autorice a ello, lo cual deformaría el sentir y la razón de ser misma del Estado Social de Derecho e implicaría una involución hacia el Estado de Derecho, en el cual las garantías superiores están sometidas al capricho del detentador de poder, como sucedió en la década de los 30's en Alemania o como ha venido sucediendo en nuestro país con las reiteradas reformas constitucionales promovidas por el gobierno nacional que restringen cada vez más las garantías y la protección de los ciudadanos en nombre de la “seguridad”.

¹⁵⁴ En el contexto norteamericano, se han originado profundas discusiones sobre los problemas de la aplicación del concepto de negociación en el Derecho penal, que en todo caso atienden a

Sin embargo, la realidad de los acontecimientos que rodean a nuestro país y de las realidades sociales que inspiran al legislador a realizar su labor, han degenerado en una ausencia de coherencia y organicidad tales, que impiden dar un parte favorable respecto de la consolidación de las garantías penales. De la realidad social se extraen los supuestos de hecho que luego serán considerados indeseables y por tanto prohibidos y la realidad social, económica y política de nuestro país es tan inestable como difusa, lo cual ha redundado en un sin número de reformas espasmódicas a nuestra legislación (tanto procesal como sustancial), reformas que han sido adoptadas en momentos de emergencia (en un país en que la excepción es la regla y la regla es la excepción).

Este fenómeno de creación coyuntural de las normas ha resultado en procesos de inflación punitiva, que atentan directamente contra el principio de legalidad, así en materia de tipificación de delitos, como de las penas. La justificación de dicha inflación guarda estricta relación con el acontecer de las circunstancias sociales, políticas y económicas, que reclaman de atención inmediata por parte del Estado (en sus tres ramas del poder) y su respuesta no ha sido otra sino la modificación de las escalas punitivas, o la creación de leyes especiales que tipifican delitos que no se encontraban en el Código Penal. Todo lo anterior va en desmedro de la seguridad jurídica, pues en la medida en que se infla el fenómeno punitivo, los ciudadanos van perdiendo la certeza de cuáles son las conductas que merecen un reproche penal y cuál es su alcance.

consideraciones como la deficiencia en la aplicación del principio de igualdad de armas entre las partes en la negociación, ya que los *plea bargaining* promueven el sometimiento de los procesados a la voluntad de la fiscalía que cuenta con todas las ventajas en la negociación y los recursos técnicos para la investigación, en tanto que el procesado lo único que tiene para ofrecer es su propia libertad, la libertad de ejercer su derecho a un juicio justo mediado por jurados o la libertad de aceptar su responsabilidad renunciando a la posibilidad de contradecir los cargos por los cuales se procede en su contra. Esta situación que revela el escaso cumplimiento de la finalidad de humanización del proceso. Ver: HOULDEN, Pauline, *Impact of procedural modifications on evaluations of plea bargaining*, Law & Society Review, Vol. 15, No. 2, 1980 - 1981), pp. 267-292

La situación anteriormente plasmada no es un nuevo descubrimiento ni mucho menos, pues es resultado de la crisis del sistema penal, que se ha venido anunciando. Ahora bien, ¿cuáles son las tareas que permitirán su superación?

En primer lugar, estimamos necesario reconsiderar el derecho, ya no más como ciencia autosuficiente, sino como parte de la estructura social en la que los valiosos aportes de la sociología y la historia, entre muchas otras, dirigirán la mirada de los “juristas” a la situación política, económica y social por la que atraviesa nuestro país. Un país en el que todo el sistema se ha elaborado para proteger a las clases altas y que ha descuidado el motor de la economía, las clases media y baja, cuyo resultado ha sido un proceso de degradación social y pauperización de la población que pareciera nunca acabar. Una política neoliberal pujante y que se proyecta en la región pero que consume a sus asociados en una profunda crisis de desempleo y exclusión social.

Es para ese país para el que debe legislarse, evitando los altos niveles de ansiedad a los que impulsan los medios masivos de comunicación, ante la ocurrencia de hechos relacionados con la inseguridad, que no son más que el producto de la degradación social y que por tanto han de ser atendidos mediante el desarrollo de políticas públicas de inclusión social efectivas, antes que por vía de la persecución criminal, de la que se debe rescatar su carácter de *ultima ratio*, hoy devaluado por la impotencia Estatal para dar una respuesta a los reclamos de mayor seguridad por parte de los asociados (ante el riesgo de perder el apoyo popular hacia su gestión).

Así las cosas, la inflación punitiva ha estado acompañada de sendas modificaciones procesales que amplían el ámbito de acción de la privación de la libertad, dando como resultado un Derecho penal extremadamente restrictivo, máxime si se tiene en cuenta la ausencia de políticas penitenciarias y carcelarias que aseguren la prisión como un lugar para la resocialización de los seres humanos que son confinados a ella. Es innegable que la superpoblación, el hacinamiento y los malos tratos en las prisiones, para nada contribuyen con la humanización de Derecho penal y, por el contrario, tales medidas de corrección exacerbada ponen

en evidencia el pragmatismo con que se ve al derecho penal, en la medida en que quiere tenerse como remedio para erradicar todos los males sociales¹⁵⁵.

La penalización exagerada de conductas a la que nos enfrentamos ha desbordado los alcances del sistema mismo, marcado por una extrema burocratización y ahora sometido a una amplia discrecionalidad por parte del ente acusador; todo ello en contravía de dos principios fundamentales como lo son: el de estricta legalidad o taxatividad, y el principio de ofensividad. El principio de estricta legalidad se ha visto desvirtuado, con ocasión de la dispersión normativa que provoca el hecho de que no se conozca exactamente qué es delito y qué no lo es. Para evitar que esto siga ocurriendo se requiere de la elaboración de un marco constitucional obligatorio para la reforma de los tipos que atienda al principio de reserva del código, para obtener una legislación penal exhaustiva, sistemática y coherente. El principio de ofensividad reclama que para la superación de la crisis se replanteen los criterios que sirven para determinar la tutela de bienes jurídicos, y en dicho replanteamiento contemplar la necesidad de despenalizar los llamados delitos de peligro abstracto.

Así las cosas, todas las estrategias que puedan diseñarse para enfrentar la crisis del Derecho penal, deben estar en sintonía con la meta de salir de la crisis social que nos agobia, protegiendo y recuperando la eficacia de las garantías penales, de acuerdo con un modelo de derecho penal mínimo.

3.3.1.2. *Humanización de la pena*

La pena, indudablemente es considerada, por un lado, como un instrumento violento, mediante el cual se limitan los derechos humanos y, por otro lado, como una de las manifestaciones del poder punitivo del Estado, pero que se encuentra limitado por su carácter de *ultima ratio*, en tanto se le considera como la medida más extrema a la que puede acudir el Estado. Sin embargo, uno de los más grandes obstáculos para la humanización de las penas es la inexistencia de

¹⁵⁵ Fenómeno conocido como panpenalismo y que hace referencia a los discursos políticos criminales autoritarios que atienden al “Derecho Penal del enemigo” y al “Derecho Penal de Emergencia” que se evidencia con la expansión del derecho penal.

alternativas a la cárcel como instrumento para la represión. En esa medida es necesario reflexionar en la necesidad de replantear los criterios para utilizarla, dejándola restringida solamente para aquellos delitos más graves; los objetivos con que se usa, convirtiéndola más que en un lugar de aislamiento en un escenario para resocialización de los individuos, como mínimo permitiéndoles la posibilidad de continuar aportando a la manutención de sus familias desde allí y convirtiendo en principales las penas que hoy se consideran como accesorias, tales como la prisión domiciliaria o la libertad condicional.

Medidas como las que se plantean han de ir acompañadas de un análisis interdisciplinario en el que la sociología, la historia, la psicología, el trabajo social y la antropología, guíen al derecho para diseñar una política penitenciaria y carcelaria sería, clara y efectiva, que permita acudir a la restauración del significado del principio de legalidad sustancial y más aún la legitimidad del Derecho penal, arrebatada por la concepción clasista, desigualitaria y represiva, que le rodea y que le emplea como instrumento en perjuicio de los más débiles, cuyas consecuencias son producto de la implementación de mecanismos que implican un mínimo de sacrificio de las garantías, pero que de a poco van corroyendo las barreras de protección. Las consecuencias de ello se observan con claridad en los efectos nocivos que genera la celebración de preacuerdos que obligan al procesado a declarar su responsabilidad para evitar los costos que conllevaría optar por acudir al juicio.

La transformación del procesado en parte activa dentro de la solución de su situación, exige un muy delicado tratamiento ya que en la práctica puede llegar convertirse en un escenario de engaño y de abuso, en la medida en que éste no cuenta con el conocimiento de los medios de que se sirve la Fiscalía para sustentar su acusación, es decir, de circunstancias que de ser conocidas por el encartado de seguro que incidirían en la decisión que finalmente adopte. Obviamente se parte del presupuesto de que se da una aceptación mediada por el pleno de las facultades cognitivas y volitivas del procesado, pero también, que el encartado se encuentra en condición de inferioridad frente al delegado de la Fiscalía y la

transacción implica la renuncia de derechos fundamentales, por lo que hay que hilar bien delgado para no transgredirlos¹⁵⁶.

Nos encontramos frente a una pretensión compleja y más aguda aún si se valora la posibilidad de variar la calificación de la conducta punible, pues, como se ha desarrollado, dicha posibilidad involucra más que la simple “flexibilización” del principio de legalidad, ya que se trata de la fijación consensuada de las circunstancias específicas de la conducta por la cual se impondrá la pena, que difiere de la que efectivamente se cometió, por lo cual, aún si lo que se persigue es la participación del procesado en la definición de su caso, no puede hacerse esto a costa de sus propias garantías y máxime si dichas garantías poseen pretensiones más altas y que trascienden al conjunto del conglomerado social.

3.3.2 Garantizar la materialización de los derechos de las víctimas

En el caso en que el consenso entre las partes -el Estado por medio de la Fiscalía y el procesado (acusado o imputado) asistido por su defensor-, se transforma en vía para la resolución de los conflictos sociales generados por el delito, hace falta un elemento esencial, por ello cualquier desprevenido podría preguntarse: ¿y las víctimas? ¿Y los derechos de las víctimas?

Si bien propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, ha sido otra de las justificaciones que motivaron la consagración de los preacuerdos, pronunciamientos jurisprudenciales como los contenidos en las sentencias C – 516 de 2007¹⁵⁷, T – 794 de 2007¹⁵⁸ o C- 209 de 2007¹⁵⁹ en las que se estudia la participación de la víctima en desarrollo de este tipo de instituciones, dejan entrever la exclusión del perjudicado en ellas, ya que el concepto de

¹⁵⁶ Ver más al respecto en: BIBAS, Stephanos, *Bringing moral values into a flawed plea bargaining system*, Cornell law review, vol. 88 Julio, University of Pennsylvania Law School, 2003.

¹⁵⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T- 796 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵⁹ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

reparación integral comporta mucho más que la compensación económica, e involucra la realización material de derechos como la verdad, la justicia y a la reparación. De manera que negar la participación de las víctimas en este tipo de procedimientos, significa desconocer la garantía de participación real y efectiva que les cubre, máxime si lo que se negocia es la terminación del proceso o la cuantía de la pena.

Frente a estas consideraciones es necesario preguntarnos, ¿la negociación sobre los elementos que integran la imputación fáctica y jurídica, propician la reparación integral de los perjuicios (no solamente los económicos) ocasionados con el injusto?, en realidad no y esto obedece no solamente a la restringida participación del perjudicado en la celebración del consenso, sino en factores como la renuncia a la construcción probatoria de la verdad procesal y a la muy probable condena por hechos que no corresponden estrictamente a los hechos victimizantes. Nótese que en este caso lo que se ataca no es la pretensión, sino los medios adoptados para conseguirla, lo cual atiende a que de conformidad con la actualidad jurídica lo que se reclama hoy en día ya no es solo de la concreción de una política criminal, sino también de una política victimal¹⁶⁰ que propenda por la materialización de los derechos de las víctimas a decir: verdad, justicia y reparación¹⁶¹.

3.3.2.1. El derecho a la verdad

El derecho a la verdad es un derecho autónomo, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia tanto nacional como extranjera. Sus primeros desarrollos los encontramos en el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras que fue resuelto por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶². Este derecho tiene una doble concepción en cuanto a su titularidad pues recae tanto en las víctimas, como

¹⁶⁰Ver más al respecto en: GALEANO, Juan Pablo, *Hacia una política victimal colombiana*, Revista Estudios socio - jurídicos, enero – junio, año/vol.6, número 001, Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, Pg. 149 -173.

¹⁶¹ Al respecto ver: Revista pensamiento Jurídico N° 17, diciembre - noviembre de 2006, Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006.

¹⁶² Providencia que puede consultarse en línea en el link: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf, Marzo 22 de 2011.

en la sociedad. Comprende, además, de acuerdo con el Artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, una serie de deberes del Estado, que podrían resumirse en: la obligación de investigar, procesar, dar a conocer los hechos establecidos fehacientemente y castigar a los que resulten responsables. Para el correcto cumplimiento de tales deberes las víctimas han de ser oídas para garantizar su participación en la resolución de su caso.

Como puede colegirse de lo anterior, el derecho a la verdad comprende una amplia gama de deberes que deben ser cumplidos por parte del Estado, para satisfacer el derecho de las víctimas; sin embargo, este derecho no se agota allí, pues como hemos enunciado su titularidad se amplía hacia la sociedad misma, en la medida en que representa el derecho a conocer nuestro pasado para no cometer los mismos errores en el futuro. Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado y que de una manera casi imperceptible van determinando su identidad¹⁶³.

Así las cosas, habiendo identificado el alcance de éste derecho, podemos afirmar abiertamente que la institución de los preacuerdos transgrede la verdad, que posee carácter fundamental¹⁶⁴, y así lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-516 de 2007¹⁶⁵, pero en una decisión desafortunada resolvió declarar la exequibilidad condicionada de las negociaciones de culpabilidad, a pesar de reconocer que las mismas no contemplan mecanismos efectivos que garanticen la participación de las víctimas.

¹⁶³ El Conjunto de principios para la promoción y protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad de Naciones Unidas, precisa que: “...no se trata solamente del derecho individual que toda víctima o sus parientes a saber qué pasó, sino que también se trata de un derecho colectivo que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan. En tal virtud se tiene, a cargo del Estado, el “deber de la memoria” a fin de prevenir las deformaciones de la historia”.

¹⁶⁴ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de julio de 2008, Radicado 30210, M.P. Alfredo Gómez Quintero. “Es un derecho fundamental relacionado con el deber de protección y garantía que tienen los Estados y concretamente con la carga de realizar investigaciones eficaces, la protección jurídica y judicial, el derecho a ser oído, a recibir y difundir información, y a obtener una reparación que tienen las víctimas”.

¹⁶⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Por lo anterior, acudiendo al carácter fundamental del derecho a la verdad, es necesario que las instituciones diseñadas para la agilización de los procesos penales contemplen la obligatoriedad de que las condenas impuestas, obedezcan no solamente a la manifestación de culpabilidad elaborada por el procesado, sino también al recaudo de un acervo probatorio que permita concluir en la veracidad de tal manifestación. Para lo cual, se deberá contar con la participación del perjudicado en su causa, facilitando su acceso a las acciones y mecanismos contruidos para la preservación y promulgación de lo sucedido. Pero, además, la satisfacción del derecho a la verdad depende en gran medida del fortalecimiento de los órganos de investigación y de policía judicial.

3.3.2.2. *El derecho a la justicia*

Este derecho guarda una gran relación con los deberes y finalidades del Estado, por lo que la búsqueda de la justicia material, por más ilusoria que parezca dicha tarea, es uno de los pilares que fundamenta la existencia misma del Estado y es en pro de la obtención de la justicia que, más allá de la sostenibilidad del sistema, al aparato gubernamental se le ha confiado el *ius puniendi*. Sin perder de vista lo anterior encontramos que el derecho a la justicia incorpora: (i) el deber del Estado de investigar objetivamente y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

Quisiéramos hacer énfasis en el derecho de las víctimas a una recurso judicial efectivo, éste es desarrollado en las sentencias C- 454 de 06¹⁶⁶ y C- 228 de 2002¹⁶⁷, en las cuales se estableció una doctrina verdaderamente garantista en la medida en que se abandonó la concepción reductora de los derechos de las víctimas, que les resignaba la posibilidad de acceder al proceso con pretensiones meramente económicas; se consolidó el derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el

¹⁶⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁶⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 228 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. Por lo que el derecho de acceso a la justicia (Art.229 CPP), exige que toda la fase de indagación e investigación esté amparada por la garantía de comunicación y ejercicio de los derechos de las víctimas.

La omisión de garantizar a las víctimas su participación en todas y cada una de las instancias procesales, ya sea por si misma o por medio de su apoderado, constituye el sacrificio de los derechos de verdad y justicia de que es titular y genera el desequilibrio del proceso, en contraste con los derechos de otros actores procesales. Pero tal omisión no solamente quebranta la legislación local, sino que contraviene las obligaciones que tienen los Estados según la Resolución 60/147 de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones.

Así las cosas, en la medida en que los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía no contemplan mecanismo efectivos que garanticen la participación del ofendido por el injusto, no basta con condicionar su aplicación al simple hecho de informarle sobre la celebración de tales pactos, sino que se requiere garantizar su participación efectiva en ella al ser consultada previamente de manera directa o por medio de su representante sobre las decisiones de fondo que vaya a tomar la fiscalía, para que sea escuchada acerca de sus pretensiones, que van más allá de la reparación económica. Por lo anterior, es menester que todas y cada una de las actuaciones procesales se sujeten a las garantías del sujeto pasivo, lo cual solo será posible con la declaración de una política victimal que las desarrolle.

3.3.2.3. El derecho a la reparación

La reparación presenta una dimensión individual y otra colectiva. Su dimensión individual contempla los daños y perjuicios sufridos por la víctima, que han de ser resanados por vías como: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y en el caso de graves violaciones a los derechos humanos de garantías de no repetición. Su dimensión colectiva, extiende tales medidas a un

alcance general, de un determinado grupo de la población que se ha visto afectada por el fenómeno delictual.

Nótese que no hablamos de reparación a secas, sino que se trata de reparación con integralidad, que abarca la adopción de todas las medidas necesarias que permitan disminuir los efectos de las violaciones cometidas y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación, aunque en la práctica esto sea casi que imposible. Al respecto podemos afirmar que si bien los preacuerdos no cumplen con tales presupuestos, la Ley 906 de 2004, abre la posibilidad que las víctimas y los procesados acudan a los denominados mecanismos de justicia restaurativa como la conciliación pre procesal y la mediación, que representan la finalidad de garantizar la participación real y efectiva de las víctimas y de los procesados en la resolución de su caso, partiendo de una concepción conciliadora, lo cual lo convierte en un aspecto plausible de nuestro ordenamiento procesal penal.

Existe en Colombia la necesidad de acomodar el ordenamiento jurídico a nuestra realidad social, en la cual es innegable que la desconfianza y el odio irradian las relaciones sociales. En consecuencia, la respuesta del derecho penal a las cuestiones sociales no puede ser una respuesta de odio ni de desconfianza, sino que en la medida de lo posible debe corresponder con la reconciliación, abriendo la posibilidad de una solución que parta del diálogo, mas no de la negociación, porque los mal llamados bienes jurídicos no son mercancías que puedan transarse a diestra y siniestra, como en una plaza de mercado, pero para ello no es suficiente con la transformación del Derecho penal, es necesario contemplar a la sociedad integralmente desde sus partes, solo mediante un ejercicio de tal magnitud, nos permitirá concluir que la naturaleza de las relaciones sociales no es meramente mercantil.

3.3.3 Obtención de una pronta y efectiva justicia

Dentro de los propósitos que se persiguen con el establecimiento de los consensos sobre los presupuestos fácticos y jurídicos, podría afirmarse que el de obtener

mayor celeridad en la administración de justicia es uno de los principales, lo cual atiende a que la justicia lenta, también genera impunidad. De esta forma tenemos una justificación de conveniencia, que no por eso es rechazable *per se*, pues se origina en la labor que recae en cabeza del legislador, de crear figuras procedimentales que cumplan los postulados constitucionales como la celeridad y la economía procesal

Sin embargo, es preciso recalcar que la producción desaforada de providencias judiciales de carácter condenatorio, no equivale a obtener una pronta y cumplida justicia, pues una situación tal podría desbordar en un proceso mutilado que no cumpliría con los resultados que se esperan de él, más que de su rapidez hablamos de aspectos tan relevantes y hoy en día tan abstractos, como la verdad y la justicia efectiva, abstracción que: “...*contrasta con la sobrecarga laboral que afecta a la jurisdicción penal y que genera esa impunidad que despierta alarma social.*”¹⁶⁸.

El objetivo de adecuar el proceso penal a condiciones efectivas de celeridad y de economía, dadas las condiciones de congestión que se denuncian a diario del sistema judicial, no puede significar el desconocimiento de las verdaderas raíces de dicha congestión (como quién barre y deja la basura debajo de los tapetes), tales como la inocultable sobre carga laboral que recae en la cabeza de los operadores jurídicos, tanto de Fiscales (y de sus colaboradores), como de Jueces (y funcionarios de la judicatura) e incluso del sistema Nacional de Defensoría Pública. Razón por la cual, un sistema que busque una pronta y efectiva justicia ha de contemplar reformas que permitan atender a los aspectos humanos y logísticos necesarios para administrar justicia.

3.3.3.1. Aspectos humanos y logísticos

Si bien las transformaciones que requiere el sistema penal para cumplir efectivamente las tareas que le han sido designadas, tienen su fondo en la recuperación de la fortaleza de sus principios rectores, que a la vez funcionan como

¹⁶⁸CORTÉS VELASCO, Margarita Rosa, *¿Son los preacuerdos entre fiscal y acusado verdaderos mecanismos de política criminal?*, En: www.alfonsozambrano.com/.../conf-preacuerdos_fiscal.doc

garantías, tarea que parte de la concepción misma del Derecho y para ello debemos preguntarnos ¿para qué el derecho penal? Si la respuesta es meramente pragmática, no hay necesidad de esforzarnos, bastaría con la realización de estudios de mercado en los cuales se prevea una inversión de recursos estrictamente necesaria, para obtener grandes ganancias, como quien se dispone a montar un negocio. Si la respuesta es humanamente garantista la reforma deberá comprender aspectos muchísimo más profundos.

Es que la humanización del Derecho penal es un asunto tan complejo que involucra la revisión misma de las condiciones laborales en que se desenvuelven los operadores jurídicos, su medio ambiente laboral, sus posibilidades de ascenso (en buena lid, más allá del clientelismo al que nos hemos venido acostumbrando), o su carga laboral, entre muchas otras cuestiones.

Los factores enunciados, aunque parezca inocuo afirmarlo, son en gran medida los causantes de la congestión del sistema. Por lo tanto, se trata de profundizar en ellos para dignificar la administración de justicia, para generar un ambiente de credibilidad en él. Dicha tarea ha de partir del respeto de las garantías para la creación de figuras procedimentales que aceleren y economicen los esfuerzos de la administración de justicia, pero no pueden esconderse elementos como la carga laboral al que son sometidos los operadores de justicia, en todas y cada una de las instancias que intervienen en las causas penales, lo cual implica aspectos tan esenciales como la dignificación de sus lugares de trabajo, mediante la inversión en cosas tan básicas como mobiliario o tecnología que permitan el acceso ágil y eficiente a la información.

Así mismo, en la misma balanza en que se definan las medidas procedimentales garantistas y ágiles que nos lleven a la humanización del proceso, indiscutiblemente se han de pesar todos aquellos esfuerzos que se desplieguen para la dignificación del sistema penitenciario y carcelario. Solo atendiendo con rigurosidad a aspectos tan triviales, pero tan trascendentales por su propia simplicidad, podremos obtener la tan anhelada agilización del proceso y garantizar su sostenibilidad.

3.4 Conclusiones

Si bien la institución de los preacuerdos entre la fiscalía y el procesado, representa finalidades concretas, que más que eso son verdaderas necesidades del ordenamiento jurídico penal colombiano, no puede ser avalada la práctica de una modalidad tal como la contenida en el numeral segundo del artículo 350 y el inciso segundo del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, solamente tomando como fundamento que de ellas se espera el aumento de las estadísticas condenatorias, para reflejar eficiencia, máxime si dichas instituciones representan el sacrificio de los lineamientos básicos del ordenamiento mismo, tales como la justicia, la igualdad o la legalidad.

Una visión clara de lo que sucede en nuestro caso indica: *“Una cosa es tomar en cuenta las instituciones y las experiencias extranjeras y otra muy distinta es el afán de imitar o de copiar todo cuanto sucede en otros países, sobre todo si se consideran doctrinariamente más adelantados. El mimetismo existe en la doctrina y en la legislación y su consecuencia no puede ser otra que el empobrecimiento de nuestro derecho procesal (...) Es cierto que estamos en épocas de globalización del derecho y que se aboga por una justicia universal, pero tratándose del derecho penal es imposible desconocer la que vive cada uno de nuestros pueblos”*¹⁶⁹. Se afirma que tal situación se presenta en nuestro país, ya que se intenta desarrollar una figura que parte de la concepción anglosajona del derecho- adaptada a los Estados Unidos-, pero inmersa en una tradición jurídica con los cimientos del derecho continental.

Así las cosas como ha quedado de manifiesto, las negociaciones de responsabilidad que atañen a la variación de las circunstancias fácticas y/o jurídicas de la imputación, carecen de validez material, ya que no se encuentran en concordancia con las bases constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico, tales como la legalidad y tampoco lo están con las normas rectoras del derecho

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, Pg. 24.

sustancial penal, como la tipicidad, razón por la cual han de ser reemplazadas las modalidades de negociación que atacan dichos postulados, por instituciones de Derecho procesal que atiendan a nuestra realidad, en la cual, es cierto que padecemos de una grave congestión judicial, pero el precio a pagar no puede incluir el sacrificio de las garantías.

Por lo anterior, es menester avanzar hacia la creación de figuras procedimentales que propendan, entre muchas otras cosas, por la humanización del proceso y de la pena en congruencia con las garantías y principios constitucionales; la celeridad en la administración de justicia, pero dignificando dicha labor. Dichas tareas han de ser ejecutadas dentro de un marco político-penal bien definido, que blinde al ordenamiento jurídico de los debates electorales y periodísticos que constantemente distorsionan los alcances punitivos. Así las cosas, el marco a que hacemos referencia deber abarcar los aspectos criminológicos, victimológicos y penitenciarios y carcelarios.

Conclusiones generales

El análisis de la relación entre el principio de legalidad sustancial y los preacuerdos en el sistema acusatorio nos ha permitido obtener una mirada mucho más amplia acerca de las necesidades del sistema jurídico -tales como la necesidad de agilizar la administración de justicia-, que han justificado la adopción de la figura negocial en la Ley 906 de 2004.

Esta investigación ha identificado factores de controversia alternos, al ya tradicional debate jurídico que ha versado sobre aspectos como el principio de igualdad de armas, o el principio de legalidad procesal. Teniendo en cuenta que hasta ahora no se había ahondado en los efectos que traen consigo los llamados acuerdos de responsabilidad frente al principio de legalidad y la tipicidad, para determinar dichos efectos se ha podido establecer que, mediante el estudio de la dogmática jurídica, la legalidad sustancial se erige como barrera para evitar abusos en el ejercicio del poder punitivo del Estado, razón por la cual irradia todo el sistema jurídico; sin embargo, su carácter garantista no escapa a la crisis que enfrenta hoy por hoy el Derecho penal, en la que los intentos por garantizar la sostenibilidad del sistema mismo, ha degenerado en una ola de transformaciones procedimentales de emergencia, que han atendido tan solo a la coyuntura de los problemas sociales; pero que generan un ambiente de inseguridad jurídica de grandes niveles.

Los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado son producto de tales reformas. Son un claro ejemplo de que la crisis del derecho penal estriba en la devaluación de las garantías sustanciales, que son vistas ya no como factores de protección de las personas, sino como un factor que impide la impartición de una justicia “ágil y eficiente”, bajo ese discurso se han imitado garantías como la legalidad sustancial, lo cual puede verse al estudiar a profundidad los acuerdos que versan sobre los hechos imputados, ya que involucran la posibilidad de negociar los términos de la imputación (al punto de eliminar causales de agravación punitiva, o cargos específicos, obteniendo una tipificación tergiversada del acto que se

investiga), aspecto que deja en evidencia su invalidez frente al principio de legalidad sustancial.

Es inválida, sustancialmente hablando, toda institución procesal que manipule el carácter unitario y coherente del sistema penal, como sucede en el caso de las salidas consensuadas a través de los preacuerdos, que convierten al sistema penal en algo impredecible e inseguro, que responde según la conveniencia del momento, llegando al punto de abrir la posibilidad de eliminar cargos y degradar el dolo de la adecuación típica. Es inválida la figura contenida en el título II del libro III de la Ley 906 de 2004 por cuanto permite la modificación de la relación fáctico – legal en la imputación, quebrantando los límites a los poderes del Estado.

Es por lo anterior que podemos afirmar, con toda serenidad, que los preacuerdos no representan la humanización del proceso penal, sino que son el resultado de la tendencia a medir la efectividad del sistema penal, no por los casos en que el Ente acusador demuestra la responsabilidad del procesado en un juicio, sino por el número de condenas frente a los hechos punibles ocurridos ¿es esa la sostenibilidad del sistema que tanto anhelamos? ¿Es ese el sistema que queremos defender? ¿Un sistema que para mantener su vigencia reclama la disposición arbitraria de los principios y garantías que defienden a la humanidad del ejercicio arbitrario del poder estatal? Respondemos con firmeza que no. Por el contrario, necesitamos de un sistema que restablezca a los lugares de privilegio la dignidad humana.

No puede, por tanto, ser avalada la práctica de una institución penal, tomando como fundamento exclusivo la efectivización de recursos y sacrificando los, cada vez más disminuidos, límites al poder punitivo del estado. Por lo tanto, la tarea consiste en la fijación de medidas penales (procesales, sustanciales y hasta las administrativas que afecten el derecho penal) que velen por las garantías fundamentales de los seres humanos.

La necesidad de consagrar mecanismos procesales que agilicen la administración de justicia es inculcable, pero también lo es el hecho de que existe la obligación por parte del Estado de reconocer aspectos como el papel de las víctimas frente a

los procesos de abreviación penal. Los cuales han de estar en coherencia con los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, para lo cual se debe garantizar a los perjudicados su participación activa dentro del proceso, lo que implica, obviamente, un ejercicio pleno de su derecho a la información y al acceso a la administración de justicia, en todo momento y no cuando el mal ya está hecho y las decisiones ya han sido tomadas.

La tarea de crear y desarrollar institutos procedimentales que garanticen una efectiva descongestión de los despachos judiciales no exige medidas exclusivamente procedimentales, sino que se requiere de la humanización de todo el ordenamiento, de los despachos judiciales, de los centros de reclusión y de la carga laboral de los operadores jurídicos. Ya que, si bien la institución en comento obedece a finalidades definidas taxativamente en la Ley, estas deben ser entendidas en un sentido mucho más amplio y otorgándole sentido y contenido a conceptos allí plasmados como el de humanización, o el de celeridad.

La incapacidad del Estado para atender los retos que su vocación de seguridad (a toda costa), genera un choque directo con la realidad social del pueblo colombiano, que requiere con urgencia políticas de educación, de vivienda y de empleo digno, más que de políticas que fomentan la arbitrariedad y el abuso del poder (máxime si resultan tan costosas e infructíferas como la recientemente implementada seguridad por cuadrantes). Es en este contexto, en que los juristas deben diseñar normas procedimentales para agilizar los procesos, sin olvidar que, es definitivamente en el Estado colombiano en el que recae la obligación de invertir en la sociedad para detener el crimen que se ha convertido, más que en un fenómeno, en un estilo de vida.

Bibliografía

AGUDELO BETANCOURT, Nodier, *Curso de derecho penal: "Esquemas del Delito"*, Ed. Nuevo foro, Bogotá, 1992.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, LOPEZ SANCHEZ, Rogelio, *Los derechos fundamentales en la filosofía jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*, en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos4/filosofia%20garantista%20de%20ferrajoli.pdf>, 14 de febrero de 2010.

AAVV, ARANA MONTOYA, Edgar Augusto, *El sistema acusatorio y los preacuerdos*, Universidad de Medellín, Medellín, 2008.

ARCINIEGAS MARTINEZ, Augusto. *Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio*. Ed. Nueva Jurídica, 2006.

ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Ed. J.M. Bosh S.A., Barcelona, 2004.

ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, Ed. Marcial Pons, segunda edición, Madrid 2004.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo. *Estructura del proceso penal en reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los desafíos del juez penal colombiano*, Consejo Superior de la Judicatura – escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

BAZZANI MONTOYA, Darío, *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006.

BECCARIA, Cesare, (De las casas, Juan Antonio, Traductor), *De los delitos y de las penas*, ed. Esquivo, Bogotá, 2003.

BERNAL CUELLAR Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal, fundamentos constitucionales del proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad en la legislación penal, en el derecho de los derechos*, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2005.

BIBAS, Stephanos, *Bringing moral values into a flawed plea bargaining system*, en: [Cornell Law Review, Vol. 88, Julio de 2003](#).

BOVINO, Julio, *El procedimiento abreviado*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Derecho Penal General*. Ed. Ariel, Bogotá, 1984.

CORTÉS VELASCO, Margarita Rosa, *¿Son los preacuerdos entre fiscal y acusado verdaderos mecanismos de política criminal?* en: www.alfonsozambrano.com/.../conf-preacuerdos_fiscal.doc

AAVV, DE SOUZA SANTOS, Boaventura, GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, ed. Siglo del Hombre, Ed. Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.

DEL RIO FERRETTI, Carlos, *El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias*, en Revista Chilena de

Derecho, vol. 35 N°1, Santiago de Chile, 2008. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100007&script=sci_arttext, 20 de enero de 2010.

DONINI, Massimo. *Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional: razones y límites*. En Revista Penal. Número Ocho. Salamanca, 2001.

AAVV, DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristian, *Proceso penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

FERNANDEZ CARLIER, Eugenio, *Estructura de la tipicidad penal*, Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá, 1999.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho penal fundamental*, volumen I, Ed. Temis, Bogotá, 1986.

FERNANDEZ DE LEÓN, Whanda, *Sistemas penales de juzgamiento*. Ed. Librería el profesional, Bogotá, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho penal, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, Ed. Fontamara, México, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Pasado y futuro del estado de derecho*, en Neoconstitucionalismo, Ed. Trotta, Madrid, 2005, pg.13-30.

GAITAN MAHECHA, Bernardo, *Curso de derecho penal general*, Ed. Lerner, Bogotá, 1963.

GALEANO, Juan Pablo, *Hacia una política victimal colombiana*, en revista de estudios socio - jurídicos, enero – junio, año/vol.6, número 001, Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado Democrático de Derecho*. Universidad de Castilla- La Mancha, 1996.

AAVV, GARZÓN, Alejandro, LONDOÑO, Cesar, MARTINEZ, Cristina, *Negociaciones y preacuerdos*, Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.

GASCON ABELLAN, Marina, *La teoría del general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "derecho y razón"*, en: Jurídica, Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 31, Año 2001, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Pg. 195 -213.

GIRALDO MARIN, Luis Carlos, *Actas del nuevo código penal colombiano*, Ed. Colección pequeño foro, Bogotá, 1980.

AAVV, GOMEZ VELASQUEZ, Gustavo, CASTRO CABALLERO, Fernando, *Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano*, Ed. Doctrina y ley, Bogotá, 2010.

GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.

GONZALEZ CUELLAR – SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Editorial Colex, 1990.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, *¿Justicia material o eficientismo punitivista? Las dos caras de la reforma al sistema penal colombiano*, en, Revista iusta, Ed. Universidad Santo Tomas, N° 22 enero – Junio, Bogotá, 2005.

HOULDEN, Pauline, *Impact of procedural modifications on evaluations of plea bargaining*, Law & Society Review, Vol. 15, No. 2, 1980 - 1981.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Verdad, justicia y reparación: Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, 2006.

JAKOBS, Günter, *La imputación objetiva en el derecho penal*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, 1997.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950.

LANGBEIN, Jhon, *Tortura y plea bargaining*, en El procedimiento abreviado, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

LANGER, Máximo, *From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure*, en International studies review, vol. 4, verano de 2002.

LOPERA MEZA, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de estudios políticos y constitucionales de Madrid, Madrid, 2006.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

LYNCH, Timothy, *The Case Against Plea Bargaining*, en revista el Reglamento vol. 26, Issue 3, 2003. Ver En <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv26n3/v26n3-7.pdf>, 7 de febrero de 2010.

MAIER, Julio, *El procedimiento abreviado*, Ed. Editores del puerto, Buenos aires, 2001.

MESA VELASQUEZ, Luis Eduardo, *Lecciones de derecho penal*, primera edición, Universidad de Antioquia, Medellín, 1962 (reimpreso por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1974).

MEZGER, Edmundo, (Arturo Muñoz, José Arturo, Traductor), *Tratado de derecho penal*, Ed. Revista de derecho Privado, 2ª edición, Madrid, 1946.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Ed. Ariel, Madrid, 1994.

MORENO CRUZ, Rodolfo, *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales*, Ed. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, Ciudad de Mexico, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/120/art/art6.pdf>, 17 de marzo de 2010.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Los Principios de Legalidad y oportunidad*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

PEREZ, Luis Carlos, *derecho penal parte general*, Ed. Temis, Bogotá, 1981.

- PICÓ I JUNOY, Joan, *Problemas actuales de la justicia penal*, Ed. J.M Bosch, Barcelona, 2001.
- PIZZI, William, *juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema penal estadounidense*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- RESTREPO MEDINA, Manuel, *El nuevo sistema acusatorio*, Ed. Intermedio, Bogotá, 2006.
- Revista Pensamiento Jurídico N° 17, noviembre – diciembre de 2006, Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales, Bogotá, 2006.
- REYES ECHANDIA, Alfonso, *La tipicidad*, Ed. Temis, Bogotá, 1997.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Derecho penal parte general*, undécima edición, Ed. Temis, Bogotá 1987.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho Comparado*. Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pg. 24.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general, tomo I*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Ed. Bosh, Barcelona, 1972.
- ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y teoría del deber jurídico*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.
- RUIZ, Servio Tulio, *La estructura del delito en el derecho penal colombiano*, Ed. Temis, Bogotá, 1969.
- SANDEFUR, Timothy, *In defense of plea bargaining*, en revista el Reglamento, vol. 26, no. 3, otoño de 2003. Ver <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv26n3/v26n3-8.pdf>, 6 de noviembre de 2009.
- SERRANO, José Luis, *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- SOLORZANO GARAVITO, Carlos Gustavo. *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*, Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2008.
- STEPANIAN SANTOYO, Antoine Joseph, *Acuerdos y Preacuerdos*, en: http://www.pfyaj.com/chechchi/Fortalecimiento/Acuerdos_y_preacuerdos.pdf, 15 de febrero de 2010.
- VELASQUEZ, Fernando, *Derecho penal parte general*, cuarta edición, Ed. Comlibros, Bogotá, 2009.
- VELASQUEZ, Fernando, *Manual de derecho penal*, Ed. Temis S.A., Bogotá, 2004.
- VON BELLING, Ernst, *Esquema de derecho penal: La doctrina del delito-tipo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.
- VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el derecho penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1990.
- WELZEL, Hans, (Bustos Ramírez, Juan, Yáñez Pérez, Sergio, Traductores) *Derecho penal alemán*, Ed. Ediciones jurídicas del sur, Santiago de Chile, 1980.

ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Ed. revista de derecho privado, Bogotá 1979.

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:hmSe6PpPYY4J:www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets/ACUERDOS%2520Y%2520PREACUERDOS%252020%2520DE%2520JUNIO.doc+preacuerdos+y+negociaciones&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co, 12 de abril de 2010.

<http://bucaramanga.ucc.edu.co/biblioteca/archivos/DERECHO/DER%20114.pdf>, 4 de agosto de 2010.

PRODUCTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

COLOMBIA, Constitución Política.

COLOMBIA, Presidencia de la República, Decreto 2651 de 1991.

COLOMBIA, Presidencia de la República, Decreto 2700 de 1991.

COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 81 de 1991.

COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 599 de 2000.

COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 600 de 2000.

COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 906 de 2004.

COLOMBIA, Congreso de la República, Ley 1098 de 2006.

COLOMBIA, Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 de septiembre de 2006.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 425 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 133 de 1999

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 539 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 559 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 599 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 843 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 996 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonel.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 1144 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 710 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 228 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 939 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

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

- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T- 019 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 454 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 966 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 356 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 516 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia T- 796 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 873 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C- 355 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia del 8 de abril de 2004, proceso 25306 M.P. Augusto Ibáñez.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 23 de agosto de 2005, proceso 21954, M.P. Alfredo Gómez Quintero.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 25389, sentencia del 10 de mayo de 2006, M.P. Javier Zapata Ortiz.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 24764, sentencia del 1 de junio de 2006, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- COLOMBIA, Corte Suprema de justicia, Proceso 26087, sentencia del 28 de febrero de 2007, M.P. Marina Pulido de Barón.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 27759, sentencia del 12 de septiembre de 2007, M.P. Alfredo Gómez Quintero.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 28381, sentencia del 3 de octubre de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 28998, sentencia del 3 de abril de 2008, M.P. María del Rosario González de Lemos.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 29459, sentencia del 22 de mayo de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 20210, sentencia del 23 de julio de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 29979, sentencia del 27 de octubre de 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Proceso 30978, sentencia del 17 de marzo de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 comerciantes.

Corte interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez vs. Honduras.

REPÚBLICA FEDERAL DE LA ARGENTINA, Corte suprema de Justicia, causa n° 1669/1687, Providencia del 8 de junio de 2010.

REPÚBLICA ITALIANA, Código de Procedimiento Penal.

E.E.U.U., Corte Suprema de Justicia, Brown vs. Misisipi 1936.

E.E.U.U., Corte Suprema de Justicia, Malinsky vs. People of New York 1944.

E.E.U.U., Corte Suprema de Justicia, Leyra vs. Denno, 1954.

E.E.U.U., Corte Suprema de Justicia, Lynom vs. Illinois, 1963.

E.E.U.U., Corte Suprema de Justicia, Haynes vs. Washington, 1963.

EE.UU., Corte Suprema de Justicia, Santobello vs. New York, 1971.

E.E.U.U., Corte Suprema de Justicia, Watts vs. Indiana, 1949.