

REFLEXIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS SOBRE LOS ACUERDOS DE CULPABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 906 DE 2004*

*Juan David Riveros-Barragán***

*Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2008
Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2008*

RESUMEN

Dentro del departamento de derecho procesal, de la Pontificia Universidad Javeriana, hay un centro de estudios de victimología y criminología en cuyo marco se conformó una línea de investigación llamada “derecho procesal penal y victimología” que tiene como objeto de análisis la estructuración de la reforma legal del proceso penal colombiano. En este contexto, el análisis se ha centrado en la preparación de los textos legales que han sido objeto de dicha reforma y la aplicación de dichos textos en la práctica jurídica penal.

* Este artículo surge como consecuencia del proyecto liderado por el Departamento de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana durante la redacción y posterior implementación de los cuerpos normativos que permitieron la implementación del Sistema Acusatorio en Colombia. El autor contó con la valiosa colaboración de la señorita María Alejandra Encinales, estudiante de Derecho de la Universidad Javeriana. Con todo, los errores y omisiones que puedan encontrarse en el mismo son de exclusiva responsabilidad del autor.

** Abogado egresado de la Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Su trayectoria profesional como abogado se ha desarrollado sobre tres líneas fundamentales: la primera hace referencia a la investigación académica en derecho penal tanto a nivel de la parte general de la teoría del delito, como sobre el debido proceso y, en especial, el sistema acusatorio en virtud de su vinculación con el proceso de reforma al sistema penal de Colombia. En segundo lugar, su actividad profesional también tiene relación con la docencia universitaria tanto en pregrado como en posgrado. Finalmente, el Dr. Juan David Riveros Barragán es consultor privado y litigante en asuntos relacionados con el derecho penal. Se ha desempeñado como socio en la firma Pinilla, González & Prieto abogados, como abogado asociado en la firma Jaime Granados & Asociados, como consultor para el Fondo de Población de las Naciones Unidas, para la Oficina de Anticorrupción de la Presidencia de la República en Convenio con el Banco Mundial y con la Corporación Excelencia en la Justicia en convenio con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Fiscalía General de la Nación.

En este marco de estudio, se ha desarrollado el siguiente texto que tiene como finalidad profundizar sobre las instituciones del principio de oportunidad y de los preacuerdos que hacen parte del derecho penal en Colombia. En desarrollo de éste fin se acude a las bases jurídicas de influencia como el esquema penal de Norteamérica y aquel Continental/Europeo, para puntualizar las semejanzas y diferencias respecto del nuevo sistema penal acusatorio de Colombia. Finalmente, con el análisis normativo necesario, se continúa haciendo una descripción respecto de cada una de las instituciones mencionadas, planteando, a su vez las críticas necesarias en búsqueda de un mejoramiento del proceso penal acusatorio en su aplicación práctica.

Palabras clave: *Principio de oportunidad, preacuerdo, sistema penal acusatorio, derecho comparado, principio constitucionales, control judicial.*

THEORETICAL AND PRACTICAL CONSIDERATIONS CONCERNING THE PLEA OF BARGAIN AND THE PROSECUTORIAL DISCRETION IN COLOMBIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

In the Department of Procedural law, at the Pontificia Universidad Javeriana , there is a research group of Victimology and Criminology with an investigation line called “Procedural Criminal Law and Victimology, “that focuses its investigations in Colombian procedural criminal law amendment. In this context, the analysis has focused in the arrangements of legal texts related to such reform, and the corresponding application of such documents in the legal practice.

This study has developed the following text, which aims to deepen into the institutions of the principle of opportunity and the preliminary agreements that are part of criminal law in Colombia. In the development of this work, the text compares the influence of North America and the criminal Continental/European law, to point out the similarities and differences with the new accusatory system in Colombia.

Key words: *Prosecutorial discretion, plea of bargain, comparative law, constitutional principles, judicial control.*

LA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN COLOMBIA

1. Los modelos teóricos contemporáneos

Existen diversas discusiones acerca de los modelos de sistemas procesales penales contemporáneos. Para algunos, se puede hacer referencia a sistemas inquisitivos y acusatorios; mientras que para otros¹ cuando se hace mención de esquemas de procedimiento penal solo puede hacerse referencia a aquel sistema de partes en el cual prima la dinámica de controversia entre el acusador y la defensa, cuya definición dependerá de un tercero imparcial.

A pesar de la apreciación anterior en el sentido de si el sistema inquisitivo es o no un verdadero sistema de enjuiciamiento criminal, en el derecho comparado occidental contemporáneo pareciera existir una mayor adaptabilidad hacia un sistema acusatorio más que cualquier otro modelo.

En Colombia, a partir de la promulgación de la Carta Política de 1991, era evidente que se quería encaminar la legislación en materia penal hacia la configuración de un modelo de procedimiento penal que sostuviera la diferencia entre las funciones de acusación y aquellas pertenecientes a la facultad de juzgamiento.

Antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el Código de Procedimiento Penal de 1987 establecía la existencia de jueces de instrucción y jueces de conocimiento, pero a su vez mantenía, formalmente, la diferencia entre las funciones de investigación y acusación de aquellas de juzgamiento.

Con la Carta Política de 1991 se abrió paso para la expedición de un nuevo código de procedimiento penal a partir del cual se pretendía avanzar en una dirección hacia un sistema menos inquisitivo. El proyecto inicial preveía una diferenciación clara entre la etapa de instrucción y aquella de juzgamiento, a su vez contenía atribuciones y funciones específicas y diferenciales en cada una de ellas. Adicionalmente, con aquel proyecto se introducía una concepción de la etapa de

1 Muy radical, en este sentido, ha sido la postura asumida por JUAN MONTERO AROCA: "El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, el que ante un tercero imparcialmente comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquel lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que este sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. (Principios de Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 28 y 29) En la misma dirección, entre otros, MORENO CATENA V., "El Proceso Penal", Tomo I.

acusación como un acto de parte, es decir, no susceptible de recursos²; y se quería hacer una reducción de la investigación misma a su menor expresión. Por último, se pretendía con dicho proyecto prever una estructura del proceso de manera que se le diera importancia y acogimiento al debate probatorio con inclusión de los principios de intermediación y concentración en el proceso penal.

La Comisión legislativa, creada por la Constitución de 1991, introdujo modificaciones sustanciales a éste proyecto inicial generando un esquema en el cual la Fiscalía tendría a su cargo las funciones de investigación y de acusación, pero se mantendría como una parte misma dentro del proceso penal, es decir, seguiría entendiéndose como un sujeto procesal. Adicionalmente, la etapa de juzgamiento se concentraba en la audiencia pública en la cual se hacía énfasis en el formalismo de la oralidad con presencia de otros partícipes dentro del proceso como sujetos procesales tales como la parte civil, el Ministerio Público, el tercero civilmente responsable, entre otros. Ahora bien, en la práctica, el desenvolvimiento de éste tipo de esquema procesal no logró sus fines inmediatos ya que por ejemplo la etapa de juicio seguía manteniendo una formalidad escrita en la que, en principio, no permitía la práctica de muchas pruebas ya que existía un indebido agotamiento de dicho procedimiento por parte de los fiscales en la etapa de instrucción.

Finalmente, en el año 2000 se expidió un nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) en el que prácticamente se conservó la estructura básica del sistema anterior, pero con la introducción de ciertas modificaciones³ tales como:

- a) La única medida de aseguramiento en la ley 600 de 2000 era la detención preventiva⁴.
- b) El control de legalidad sobre la detención se extendió a aspectos materiales⁵.
- c) La audiencia preparatoria tenía como fin resolver todo lo relacionado con la solicitud de nulidades y pruebas⁶.

2 En la práctica, solo fueron buenas intenciones y el nuevo esquema procesal que surgió como consecuencia de la Constitución Política de 1991, mantuvo una investigación judicializada en la cual existían recursos para todas las decisiones de fondo, una de las cuales era la resolución de acusación.

3 En la exposición de motivos del proyecto de la ley 600 de 2000 se afirma que a través del nuevo Código se pretende, entre otras cosas, organizar, de manera sistemática, las normas rectoras y obviar el procedimentalismo y el ritualismo, “(...) para dar paso a la garantía del derecho sustancial.” (Ver proyecto de ley por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal, Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 1998)

4 Código de Procedimiento Penal, ley 600 de 2000, artículo 356.

5 Código de Procedimiento Penal, ley 600 de 2000, artículo 392

6 Código de Procedimiento Penal, ley 600 de 2000, artículo 401

Con el acto legislativo 03 de 2002, por medio del cual se reformó la Constitución Política, se buscó el acoplamiento del sistema procesal penal a un esquema acusatorio. En búsqueda del cumplimiento de éste fin se introdujeron las siguientes modificaciones:

- a) Se limitaron las facultades y competencias de la Fiscalía General de la Nación respecto de la afectación directa de derechos fundamentales. Así, en los casos taxativos en los cuales se mantuvo dicha facultad se impuso la necesidad de someter éstas prerrogativas a un control judicial inmediatamente posterior o incluso anterior a la afectación dependiendo de la importancia del derecho tutelado⁷.
- b) Se crea la función del juez de control de garantías⁸.
- c) Se crea adicionalmente la figura del principio de oportunidad⁹.
- d) Se estableció una organización sistemática y jerarquizada de la Fiscalía General de la Nación¹⁰.
- e) Se plantea una reformulación del proceso penal, reformulación que implica de suyo el acoplamiento a un esquema de oralidad, con concentración en audiencias públicas y la protección del principio de la inmediación del juez en la práctica de las pruebas¹¹.

El acoplamiento del sistema procesal penal, a un esquema como el descrito anteriormente busca dos propósitos:

- a) En primer lugar, con la eliminación de una ritualidad o esquema escrito se busca la agilidad de los trámites y del procedimiento en general.
- b) En segundo lugar, al limitar las funciones y facultades de la Fiscalía únicamente a la etapa de investigación se busca elevar su nivel de eficiencia y generar una depuración del volumen de procesos que ordinariamente se tramitan.

7 Acto Legislativo Número 03 de 2002 (diciembre 19), artículo 2 por el cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 Ibidem.

Para muchos críticos la reforma contenida en el acto legislativo 03 de 2002 implicaba de suyo, el acogimiento de un sistema de procedimiento penal “acusatorio puro”¹² ya que parecía comparable con el esquema de proceso que deviene del modelo Norteamericano. Sin embargo, dicha apreciación deberá considerar que los cambios y reformas que se han ido implementando respecto del procedimiento penal se han acogido de manera paulatina con influencias no solo del modelo norteamericano sino también de otras vertientes.

En aras a identificar el modelo y esquema finalmente acogido por la legislación colombiana, se deberá hacer un breve estudio de los modelos fundamentales de influencia, teniendo en cuenta para éste fin dos grandes esquemas de procedimiento penal con tendencia acusatoria: la norteamericana y la Continental/europea:

a) El modelo de ascendencia Norteamericana:

El sistema de procedimiento penal plenamente acusatorio, de Norteamérica tiene las siguientes características fundamentales:

- Se rige por patrones utilitarios, es decir, es un sistema judicial que no está sometido al criterio absoluto del principio de legalidad. Es un esquema que cuenta con un mayor grado de flexibilidad respecto del proceso de persecución penal de manera que el interés o conveniencia estatal o social pueden ser variables justificadoras del inicio de una acción penal¹³. Un ejemplo claro de ésta característica es la noción del principio de oportunidad¹⁴ que implica la atribución de facultades discrecionales al gobierno en materia del ejercicio de la acción penal.
- El proceso penal se rige por criterios dispositivos¹⁵ en especial en materia probatoria. Dicho presupuesto supone que el conflicto que surge de la comisión de un delito se concibe como una discusión entre dos partes, a saber, una acusadora y otro acusado; discusión que está llamada a ser resuelta por un tercero imparcial, el juez. Así, para éste esquema de proceso penal deberá entenderse que se excluye cualquier tipo de actuación oficiosa por parte del

12 M. IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELAZCO advirtieron, en la década de los sesenta del siglo pasado, la impropiedad de hablar de sistemas “puros”. (ver: Curso de Derecho Procesal Penal, Madrid, 1969.)

13 Cfr. E. HENDLER, “Derecho Penal y Procesal de los estados Unidos”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, Pág. 19

14 Respecto del principio de oportunidad pueden consultarse, entre otros, las siguientes obras: C. ROXIN, “Derecho Procesal Penal”; V. BERZASA FRANCO, “Los principios de oportunidad y legalidad en el proceso penal”; L. FERRAJOLI, “Derecho y Razón”; J. MORENO AROCA, Ob. Cit.

15 Cfr. C. ROXIN, Ob. Cit., pág. 99

juiz, quien de lo contrario perdería su imparcialidad. El proceso bajo éste modelo se inicia, propiamente dicho, por medio de la formulación de acusación.

- Dentro del proceso penal, se da cumplimiento al principio democrático por medio de la participación activa de los ciudadanos en la integración de los jurados¹⁶. Respecto de estos jurados, aunque son instruidos sobre los tecnicismos jurídicos¹⁷ necesarios para el desarrollo del trámite, habrá que tener en cuenta que las decisiones sobre la responsabilidad penal del acusado se entienden asumidas directamente por la ciudadanía de manera que las motivaciones que dan lugar a dicho pronunciamiento no requieren una base o apego al criterio de legalidad de manera estricta.
- El órgano encargado de impulsar la acción penal, ya sea el Ministerio Público o la Fiscalía, hace parte de la rama ejecutiva del poder público y por lo tanto tiene responsabilidades y cargas de orden político¹⁸. Como consecuencia de ésta variable del sistema acusatorio, se genera una circunstancia de dependencia jerárquica entre los órganos mencionados.

b) Modelos de ascendencia continental-europea

La mayoría de los esquemas y modelos procesales penales de origen continental-europeo son de tendencia acusatoria. A pesar de dicha apreciación, es importante denotar que si bien tienden hacia sistemas acusatorios, tienen grandes distinciones entre sí, distinciones que se derivan de las diferencias culturales, jurídicas y políticas:

- Se busca la primacía del principio de legalidad como fórmula que garantiza la igualdad de los ciudadanos ante la ley y reduce de ésta manera la posibilidad de que se cometan arbitrariedades¹⁹. En desarrollo a éste principio cobra relevancia el postulado de “reserva legal” según la cual, las leyes penales y procesales penales solo pueden tener origen en el congreso, órgano de elección popular. De esta manera, se concentra el principio democrático en la administración de

16 Cfr. K. TIEDMANN, “El Derecho Procesal Penal, en Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal”, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, págs. 148 y 149

17 Cfr. E. HENDLER, Ob. Cit., Pág. 164

18 Cfr. E. HENDLER, Ob. Cit., Pág. 160

19 “La motivación de las sentencias es una consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la ley y el derecho constitucional del justiciable a exigirla encuentra su fundamento en que el conocimiento de las razones que conducen al órgano judicial a adoptar sus decisiones constituye instrumento, igualmente necesario, para contrarrestar su razonabilidad a los efectos de ejercitar los recursos judiciales que procedan u, en último, a oponerse a las decisiones arbitrarias.” (F. CORDON MORENO, “Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal”, Elcano, 1999, pág. 179)

justicia en el momento de la creación de las leyes penales y no como en el sistema acusatorio norteamericano en el cual dicho principio se cumple en la etapa propia del juzgamiento en el cual se deberá tomar la decisión respecto de la responsabilidad del acusado.

En desarrollo del presupuesto anterior es importante establecer que si bien se han implementado jurados (de conciencia, de derecho o mixto), en los países de tradición jurídica continental/europea, las decisiones sobre la responsabilidad del acusado siempre deben estar expresamente motivadas de manera que se pueda constatar el cumplimiento de la normatividad aplicable en virtud del principio de legalidad.

- En los países de tradición jurídica continental/europea el proceso penal no se rige por criterios dispositivos, es decir, los jueces asumen facultades oficiosas durante el trámite del juicio oral²⁰.
- El procedimiento implica concebir el trámite en sus dos etapas: una de investigación y otra de juicio. Cada una de éstas etapas son atribuidas a órganos diferentes²¹, de manera que es válido la existencia de sujetos procesales distintos, a saber, acusador y acusado.
- El órgano encargado de impulsar la acción penal, ya sea el Ministerio Público o la Fiscalía, en algunos casos hace parte de la rama judicial. En otros casos, éste hace parte integrante de una rama independiente de la judicial y de la ejecutiva y solo en pocas ocasiones se puede vincular de manera directa éste órgano con la rama ejecutiva. Independientemente de ésta concepción respecto de su funcionalidad jerárquica, éste órgano tiene una responsabilidad jurídica vinculada principalmente con el principio de legalidad.

c) Rasgos principales del nuevo procedimiento penal colombiano

Conforme al acto legislativo 03 de 2002, por medio del cual se dio paso a la conformación de una comisión redactora del proyecto de ley del nuevo Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), se puede evidenciar un sistema procesal penal con tendencia acusatoria que tiene como influencia tanto el modelo norteamericano como el continental/europeo.

²⁰ Entre las facultades oficiosas del juez pueden encontrarse, en algunos casos, la de ordenar la práctica de pruebas para asegurar la determinación de la verdad material, y la modificación del *nomen iuris* de la infracción, siempre y cuando se mantenga inalterado el objeto (aspecto fáctico) de la acusación. (Cfr. J. PICÓ 1 JUNIO, “Las Garantías Constitucionales del Proceso”, Barcelona, 1997)

²¹ Cfr. J. M. ASENCIO MELLADO, “Principio Acusatorio y Derecho de defensa en el Proceso Penal”, Madrid, 1991

En términos generales, la ley 906 de 2004 puede caracterizarse de la siguiente manera:

- Reconocimiento de la división del proceso penal en dos etapas: la investigación y el juicio. El desarrollo e impulsión de cada una de estas etapas está a cargo de órganos diferentes. De esta manera se coincide con el modelo continental/europeo, haciendo referencia específica al entendimiento que el proceso penal no inicia con la acusación sino que se prevé una etapa previa a juicio en la que se desarrollan diferentes actividades procesales.
- Se mantiene a la Fiscalía General de la Nación, como órgano encargado de impulsar la acción penal que hace parte de la rama judicial.
- Se prescinde de la institución de los jurados, característica compatible con el modelo continental/europeo de procedimiento penal.
- Se prevé el principio de oportunidad que esta condicionado a los presupuestos taxativos enunciados en la ley y que requiere para su validez un control de legalidad posterior, ante juez de control de garantías. Esta figura tiene relación con el postulado de la “oportunidad reglada” acogida, con fuertes críticas, por distintos países de tradición europea/continental²².
- El proceso penal se tramita con preponderancia de una ritualidad oral, aspecto característico de todos los modelos con tendencia acusatoria.
- Hay una concentración del proceso penal en la audiencia y se le da una primacía al postulado de la inmediación del juez en la práctica de pruebas. Este presupuesto esta planteada dentro de las recomendaciones de las *Reglas Mínimas de Mallorca*²³ las cuales tienen como finalidad orientar la normatividad procesal penal sin importar la tradición jurídica del Estado que las acoja para su sistema.

22 En el Código de Procedimiento Penal Chileno, del que se acogen varias instituciones en el proyecto colombiano, el principio de oportunidad está previsto así: “Art. 170. Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones (...)”

23 Organización de las Naciones Unidas, Sub-división de Prevención del Delito y Justicia Penal, “Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal”, reglas vigésima quinta a trigésimo cuarto.

- Se prevé, aunque de manera limitada, la posibilidad de allegar acuerdos entre acusador y acusado. Esta característica es una influencia directa del modelo norteamericano en materia procesal penal, e incluso a partir de los años sesenta se empezó a implementar a su vez en los procedimientos de los estados de tradición continental/europea²⁴.
- Se admite la intervención de sujetos diferentes a las partes procesales estrictas mencionadas, dentro del proceso penal. Esta circunstancia que caracteriza el sistema penal de la ley 906 de 2004 riñe con la concepción de un sistema procesal penal adversarial de tendencia dispositiva propio del modelo norteamericano mencionado. Así, el principio de equilibrio entre las partes, en condición de igualdad, se pierde.
- En cumplimiento del principio de igualdad, todas las decisiones emitidas respecto de la responsabilidad del acusado deberán ser motivadas. Esto implica que las intervenciones de otros sujetos procesales dentro del proceso no podrán regirse por los lineamientos propuestos por el modelo norteamericano.

24 Resulta de interés la previsión de la institución de preacuerdos entre el acusado y el órgano acusador en el Código Puertorriqueño: “Regla 72. *En todos aquellos casos en que mediaren alegaciones preacordadas entre la defensa del imputado y el representante del Ministerio Público, se seguirá el siguiente procedimiento:*

1. El fiscal y el imputado, por mediación de su abogado, podrán iniciar conversaciones con miras a acordar que, a cambio de una alegación de culpabilidad por el delito alegado en la acusación o denuncia, o por uno de grado inferior o relacionado, el Fiscal se obliga a uno o varios de los siguientes cursos de acción:
 - a) Solicitar el archivo de otros cargos pendientes que pesen sobre él;
 - b) Eliminar la alegación de reincidencia o de delincuencia habitual;
 - c) Recomendar una sentencia en particular o no oponerse a la solicitud que haga la defensa sobre una sentencia específica, entendiéndose que ni uno ni lo otro serán obligatorios para el Tribunal, o
 - d) Acordar que determinada sentencia específica es la que dispone adecuadamente del caso.
2. De llegarse a un acuerdo, las partes notificarán de sus detalles al tribunal en corte abierta, o en cámara si mediere justa causa para ello. Dicho acuerdo se hará constar en record. Si el imputado se refiere a alguno de los cursos de acción especificados en las cláusulas a), b) y d) del inciso 1 de esta regla, el tribunal podrá aceptarlo o rechazarlo, o acordado fuere del tipo especificado en la cláusula c) de dicho inciso el Tribunal advertirá al imputado que si la recomendación del Fiscal o la solicitud de la defensa no es aceptado por el Tribunal advertirá al imputado que si la recomendación del Fiscal o la solicitud de la defensa no es aceptado por el Tribunal, el imputado no tendrá derecho a retirar su alegación.
3. Si la alegación preacordada es aceptada por el Tribunal, éste informará al imputado que la misma se incorporará y se hará formar parte de la sentencia.
4. *Si la alegación preacordada es rechazada por el Tribunal, éste así lo informará a las partes y advertirá al imputado personalmente en corte abierta, o en cámara si mediere justa causa para ello, que el Tribunal no está obligado por el acuerdo, y brindará al imputado la oportunidad de retirar su alegación. Le advertirá adicionalmente que si insiste en su alegación entre su abogado y el Fiscal. De éste trámite se tomará constancia en el récord.”*

- El órgano acusador, la fiscalía, no tiene la facultad discrecional absoluta respecto de sus pronunciamientos a lo largo de la etapa de investigación. Así, la fiscalía tiene unos límites respecto del desarrollo de sus facultades y competencias, límites que se evidencian al formular unos controles de legalidad respecto de la aplicación de instituciones tales como el principio de oportunidad, la práctica de pruebas anticipadas, los acuerdos y preacuerdos.

Asimismo, será importante denotar que los criterios de conveniencia e interés general como presupuestos de la iniciación de una acción penal no son producto de una política de gobierno, sino de parámetros legales ya establecidos.

- En desarrollo del presupuesto anterior, el sistema procesal penal de la ley 906 únicamente permite la culminación anticipada del proceso en virtud del pronunciamiento del juez de conocimiento que lo permita²⁵. El Fiscal, bajo ninguna condición, podrá disponer de manera unilateral la culminación o extinción de la acción penal.
- Todo el régimen de las medidas de aseguramiento se amplía. Así, bajo la ley 906 de 2004 existen medidas de aseguramiento privativas de la libertad y no privativas de la libertad²⁶. Bajo éste esquema es importante establecer que la privación de la libertad del indiciado o acusado es excepcional y requiere el cumplimiento de una serie de requisitos legales objetivos y otros que aunque antes eran puramente jurisprudenciales se plasmaron de manera legal.
- La prescripción de la acción penal se mantiene bajo la ley 906 pero con una modificación. El término mínimo de la misma a partir de la interrupción, por la formulación de imputación, se reduce a tres años²⁷.
- Deberá existir congruencia entre la acusación y la sentencia, de manera que dicha congruencia no solo se base en presupuestos fácticos, sino también jurídicos. En caso de no existir una congruencia jurídica entre los pronunciamientos, el juez podrá de manera oficiosa hacer los ajustes y modificaciones necesarias durante el juicio oral.
- La acción civil de indemnización de perjuicios, característico del sistema procesal penal anterior, no tiene lugar en la ley 906. Así, el nuevo sistema propone una audiencia posterior a la lectura del sentido del fallo, en la cual se hará la reparación

25 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, artículo 350.

26 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, artículo 307

27 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, artículo 292

integral de la víctima, incidente en el cual no solo habrá lugar a una indemnización pecuniaria, sino integral de manera proporcional a los daños causados²⁸.

En desarrollo de lo denotado, se puede establecer que la mayor influencia en el sistema procesal penal propio de la ley 906 es la tendencia jurídica continental/europea. Las instituciones adoptadas del modelo norteamericano buscan esencialmente dotar a la Fiscalía de los instrumentos necesarios para la descongestión y funcionalidad del sistema.

2. Principios constitucionales y procedimiento penal colombiano

La implementación de un modelo acusatorio ha sido la meta en materia legislativa por muchos años, tal como fue establecido con anterioridad. De hecho, el sistema que hoy en día rige respecto del procedimiento penal se puede denominar como un esquema acusatorio. En desarrollo de dicho planteamiento, la división entre la función de investigación y aquella de juzgamiento, la concentración en un trámite esencialmente oral, y la inmediación en la práctica de las pruebas por parte del juez son una muestra del presupuesto acusatorio.

A pesar de la dotación legislativa suficiente para adoptar un sistema acusatorio, en la práctica han existido diferentes variables que no han permitido el desarrollo real de ésta figura. Por ejemplo, la falta de presupuesto económico ha impedido dotar a la Fiscalía y a la rama judicial de los instrumentos técnicos necesarios para adelantar investigaciones exhaustivas, y que agilicen el trámite de las audiencias públicas. Por otra parte, el nuevo sistema contenido en la ley 906, busca el cumplimiento del principio de la inmediación de la prueba, presupuesto que permite que todos los elementos materiales probatorios recogidos durante la investigación por las partes deberán ser discutidos en las audiencias orales para que se constituyan en prueba o no. Por razones culturales, los fiscales se han tomado la atribución de agotar la práctica de las pruebas durante la etapa de instrucción, razón por la cual el juicio se reduce a un trámite formal en el cual el juez únicamente recibe la totalidad de las pruebas practicadas y por lo tanto los sujetos procesales tan solo se limitan a presentar los escritos que contienen sus alegatos.

A manera de conclusión, los factores presupuestales y culturales mencionados anteriormente impiden el desarrollo normal de los fines y funciones de la normatividad penal contenida en la ley 906 de 2004. A pesar de dicha situación es importante denotar que muchas de las instituciones que vislumbra la ley 906 son consecuencia

28 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, artículo 102

del desarrollo de una realidad jurídica colombiana tales como las formulas propuestas para dar aplicación al principio de oportunidad, la extinción de la acción penal en virtud de la indemnización integral en los casos en los cuales el delito afecta esencialmente intereses individuales que puedan tener una representación patrimonial, las rebajas de pena por confesión o colaboración con la justicia (sentencia anticipada, la conciliación, las audiencias especiales etc.).

De lo anterior se desprende que no existía una necesidad sobreviniente de hacer una reforma constitucional en aras a dar aplicación a un sistema oral de tendencia acusatoria respecto del procedimiento penal. Incluso, tampoco era necesaria para limitar las funciones de la Fiscalía General de la Nación como ente acusador, aunque en la práctica, este era uno de los puntos esenciales de la reforma.

a. Principales referentes constitucionales acerca de la legislación procesal penal

Por medio del acto legislativo 03 de 2002 se introdujo cambios fundamentalmente respecto de la Fiscalía General de la Nación, otras instituciones y ramas del poder público no fueron alteradas. Esto se debe a la necesidad de modificar de manera sustancial el enfoque, funciones y facultades del órgano investigador; materia trascendental al acoger un modelo con tendencia acusatoria.

Para poder identificar los límites respecto del procedimiento penal que impone la Constitución Política es necesario destacar los siguientes puntos de referencia:

- Hay prevalencia del principio de legalidad: el principio de legalidad consagrado en los artículos 4,6,13,28,29,95,150,230 de la Carta Política, entre otros, es uno de los pilares fundamentales no solo de la administración de justicia sino también de toda la estructura estatal. En desarrollo de éste postulado, la aplicación excepcional del principio de oportunidad es facultad expresa de la Fiscalía sin que con ello se entienda que éste ente tiene un poder discrecional que contradiga dicho presupuesto de legalidad. En este sentido, es importante poner de presente que el artículo 230 de la Constitución Política, conforme al cual las decisiones de los jueces deberán estar sometidas al imperio de la ley, tiene plena aplicación respecto del sistema penal de la ley 906 de 2004, de manera que tanto los jueces de control de garantías como los jueces de conocimiento deberán emitir sus decisiones con fundamento en la ley.

Llama la atención que de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución los fiscales son funcionarios de la rama judicial. Dicho precepto implicaría que en condiciones de funcionarios judiciales, sus decisiones se deberán sujetar y ajustar a la ley además de desarrollar sus niveles limitados de discrecionalidad como en los casos de preacuerdos y la aplicación del principio de oportunidad.

- La Constitución Política enuncia en varios de sus articulados las dos etapas básicas y esenciales del proceso penal (arts. 29, 213, 235). En desarrollo de los estándares internacionales, la reforma a la Constitución implicó la enunciación de las reglas y formalidades que hacen parte integral del proceso penal, reforma que va más allá de lo que establece los mismos estándares. Una extrema constitucionalización del proceso penal, a pesar de no ser deseable por generar una rigidez innecesaria del proceso mismo, permite establecerle límites claros al legislador respecto del desarrollo normativo de la materia.
- La formalidad procesal es una materia que esta sujeta al poder regulatorio del legislador. En desarrollo de los artículos 29 y 228 de la Constitución Política uno de los fines de la administración de justicia es buscar la celeridad y agilidad del trámite procesal. En virtud de éste presupuesto constitucional, se deriva la necesidad de acoger la formalidad procesal que mayor celeridad le imprima a los trámites procesales, situación que se evidencia al acoger un modelo oral. A pesar de ésta precisión estructural, la eficiencia real de los trámites procesales dependerán en gran medida de los recursos presupuestales disponibles para el soporte técnico del desarrollo del mismo.
- Los trámites esenciales tales como la casación y el habeas corpus tienen referencia expresa constitucional²⁹.
- La Constitución tiene una referencia expresa al derecho de defensa³⁰ que se ve reforzado con los principios de dignidad humana e igualdad que también se encuentran enunciados y protegidos como derechos fundamentales. Adicionalmente, en materia de estándares internacionales en especial los tratados internacionales de derechos humanos contienen garantías y derechos a favor de las personas que son sometidas a un proceso penal incluyendo las víctimas del daño causado por el acusado³¹.

b. Virtudes de la nueva legislación

Son múltiples los aspectos positivos que puedan destacarse de la ley 906 de 2004. A continuación se plantearan dichos presupuestos positivos:

29 Constitución Política de Colombia, artículos 235 y 30 respectivamente.

30 Constitución Política de Colombia, artículo 29

31 Convención Americana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

- En primer lugar, cabe destacar la supresión de las facultades de la Fiscalía General de la Nación con referencia a la afectación de los derechos fundamentales. En virtud de la división de funciones, característico del nuevo sistema con tendencia acusatoria, no resultaba coherente darle a la Fiscalía la doble condición de funcionario imparcial y parte interesada en la función de persecución penal, aun cuando el impulso de la acción penal también deba caracterizarse por la objetividad y la transparencia. De esta manera, era necesario establecer un sistema procesal penal mediante el cual se permitiera la eficiencia del trámite y del desarrollo de las funciones propias de cada interviniente judicial en el proceso.
- En segundo lugar, la reducción de términos y la previsión de consecuencias radicales en el evento de su superación debe traer como consecuencia una mayor agilidad en el desenvolvimiento del trámite procesal, especialmente en atención a las personas privadas de la libertad. A pesar de dicha apreciación, debe advertirse que la multiplicidad de audiencias dentro del sistema de la ley 906 de 2004 puede traer un efecto paradójico si no se cuenta con la infraestructura necesaria.
- En tercer lugar, a pesar de existir una discrecionalidad de la Fiscalía en materia de la aplicación del principio de oportunidad y de los acuerdos y preacuerdos, existe a su vez controles de legalidad respecto a la aplicación de dichos mecanismos de terminación anticipada del proceso penal.
- En cuarto lugar, es importante resaltar la exigencia que los jueces en primera instancia sean quienes desarrollen directamente la práctica de pruebas, lo cual garantiza de antemano la transparencia en el proceso penal. Así, solo excepcionalmente se admiten las pruebas de referencia, es decir, aquellas que ya fueron practicadas en la etapa de investigación y que no han sido practicadas nuevamente en la etapa de juicio. A pesar de ésta apreciación normativa, en la práctica muchas son las ocasiones en las cuales un juez recibe un expediente con la totalidad o la mayoría de la pruebas practicadas antes del juicio creando una dinámica difícil de afrontar ya que se emitirán sentencias sin que, en definitiva, quien las profiere tenga una mínima aproximación al trasfondo del proceso. Incluso, en casos como la resolución de un recurso de apelación que se desarrollan en el marco de una audiencia, se exige un mínimo conocimiento por parte del titular del despacho sobre el asunto a decidir.

I. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO

El título II del libro III de la ley 906 de 2004 se ocupa de aquellos eventos en los cuales la fiscalía y el imputado, como sujetos procesales de contracción, llegan a una solución consensuada que conlleva la terminación del proceso sin el agotamiento del juicio oral. En materia de preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado es importante establecer que dichas decisiones deberán someterse a la aprobación del juez de conocimiento, característica fundamental del nuevo sistema penal acusatorio en el cual, como fue establecido con anterioridad, las facultades de la fiscalía tienen límites y controles de legalidad en búsqueda de una mayor protección de los intereses y derechos de los diferentes sujetos procesales.

Las finalidades de éste nuevo instituto procesal tienen su origen en el proyecto de código de procedimiento penal presentado a la Cámara de Representantes. De esta manera, la norma que corresponde al artículo 364 de dicho proyecto, ponencia que fue sometida a consideración de la comisión primera del Senado, expresa lo siguiente:

“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.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”³².

1. Antecedentes de la institución procesal

La institución procesal propia de los preacuerdos y negociaciones entre el ente acusador y el imputado o acusado tiene un arraigo específico en cada uno de los sistemas jurídicos existentes respecto del procedimiento penal.

Así, en el sistema jurídico norteamericano existen dos instituciones en la materia que han tenido una amplia tradición en la resolución de los conflictos de carácter penal: alegación de culpabilidad y la alegación preacordada.

32 Acto Legislativo Número 03 de 2002 (diciembre 19), artículo 364 por el cual se modifica la Constitución Política.

- La alegación de culpabilidad: Este mecanismo de resolución de conflicto consiste en que el imputado acepta los cargos que la fiscalía le ha formulado en su contra, y como contraprestación, se le otorga una rebaja significativa en la pena. Una institución similar a ésta se consagró en nuestra legislación por medio de la ley 81 de 1993, bajo la denominación de sentencia anticipada. En la ley 906 de 2004, ésta figura sigue teniendo una gran influencia, sin embargo surgen dos postulados importantes que aunque se asemejan a la figura contienen sus diferencias.

El primero de ellos es la figura mediante la cual el fiscal hace los cargos que resulten del acervo probatorio y el sindicado manifiesta su aceptación sin discusión ni condicionamiento alguno.

La segunda modalidad de aceptación de responsabilidad por parte del sindicado, contenida en los artículos 348 a 354 de la ley 906 de 2004, es aquella que se denomina preacuerdos, figura mediante la cual se concluyen una serie de acuerdos entre el imputado y la fiscalía lo que corresponde a proceso de negociación.

El postulado de la sentencia anticipada, propio de la ley 600 de 2000, no permitía la existencia o el desarrollo previo de una negociación entre los sujetos procesales. El fiscal tenía la obligación, inexcusable, de formular los cargos que resultaren de la actuación procesal, siendo extraño la posibilidad de que mediante negociación se formularen cargos distintos.

Una institución que tiene mayor relación con las negociaciones preacordadas era la audiencia especial prevista en el artículo 4 de la ley 81 de 1993, en la cual a iniciativa del sindicado o del fiscal, en desarrollo de la etapa de instrucción, se podía llegar a acuerdos entre ambos sujetos procesales respecto de “la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión de otros comportamientos sancionados con menor pena, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia”. Esta audiencia especial, para su viabilidad, tenía como óbice insalvable la vigencia sin excepción del denominado principio de legalidad.

En la práctica procesal norteamericana, la aceptación de una responsabilidad penal puede desarrollarse mediante tres postulados fundamentales:

- La voluntaria o no influida: se manifiesta como un acto de la voluntad individual del imputado sin que se adviertan motivos distintos al de su simple decisión para obtener una ventaja punitiva.

- La estructuralmente inducida: esta figura se fundamenta en consideraciones institucionales que conllevan a una presión respecto del imputado para que se declare culpable. Dichas instituciones consisten en las altas penas a las que el imputado se puede ver expuesto en caso de no declararse culpable del delito imputado, la conocida tendencia de los jueces a ser más drásticos en relación a aquellos que deciden ir a juicio y la reconocida benevolencia, cuando de fijar la pena se trata, respecto de aquellos que han aceptado culpabilidad.
- La negociación: este postulado tiene como fin la negociación real entre la fiscalía y la defensa, los sujetos procesales, conocida en la doctrina como *plea of bargaining* o *plea of negotiation*. Es un mecanismo procesal que permite obviar la etapa del juicio y obtener una sentencia anticipada mediante acuerdo que se somete a la aprobación del juez quien, de encontrarlo viable, profiere sentencia con base en dicha negociación.

2. Justificación institucional de los preacuerdos

La práctica norteamericana, en materia de justicia, es la de acudir con frecuencia a las modalidades de preacuerdos para resolver los conflictos jurídicos penales. Esta respuesta al funcionamiento de la justicia se debe a que tanto los fiscales como los jueces consideran el preacuerdo como un mecanismo que permite la agilidad, eficacia y eficiencia del sistema judicial.

Una de las decisiones paradigmáticas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en relación al llamado *plea of bargaining*, es el caso *Santobello v. New York*, en el cual se destacó la importancia de la institución en función de la solución de conflictos penales, a decir:

“La definición de los procesos penales mediante un acuerdo entre el Fiscal y el acusado, procedimiento que a veces viene sintéticamente indicado con la expresión plea bargaining, representa un componente esencial en la administración de justicia. Correctamente administrada, la negociación debe ser alentada. Si todas las acusaciones hubieran de ser llevadas al juicio oral, a fin de lograr una completa actividad procesal (full-sclae trail), los Estados y el propio Gobierno Federal necesitarían aumentar considerablemente el número de Jueces y los medios de los Tribunales.

La disposición sobre los cargos tras los plea discusiones no es solo una parte esencial del proceso, sino que representa además un mecanismo altamente deseable por múltiples razones. Conduce a una rápida y definitiva resolución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos efectos corrosivos debido a la forzosa ociosidad

durante la prisión preventiva de aquellos quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio (pretrial release); protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en conducta criminal incluso durante el pretrial release; y abreviando, los plazos que discurren entre la acusación y la sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación del culpable una vez que, pronunciada la condena, éste venga sometido al tratamiento penitenciario”³³.

El aludido fallo solo señala algunas de las finalidades que cumple este mecanismo especial de la administración de justicia, pues debe agregarse, entre otros, la intervención del procesado en la definición de asuntos de su incumbencia, la posibilidad de obtener sentencias condenatorias con el mínimo de intervención judicial y la apropiación del conflicto por las partes. Igualmente, la jurisprudencia norteamericana ha hecho una alusión importante a dichas finalidades de la figura de los preacuerdos en la justicia penal.

La ley 906 de 2004 recoge, en buena parte, las finalidades puntualizadas anteriormente, pero además, en relación con los preacuerdos, se establece que mediante éste postulado de resolución de conflicto se propicia la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto³⁴, lo que implica la inclusión de la víctima en el proceso de un preacuerdo, figura o finalidad que no es propia de los sistemas acusatorios puros en donde la relación sustancial es entre el fiscal y el imputado, dado la existencia de un proceso adversarial.

3. Naturaleza de los preacuerdos y las negociaciones en el proyecto de la ley 906 de 2004

La institución de los preacuerdos y las negociaciones tiene como propósito lograr que el fiscal y el imputado, a iniciativa de cualquiera de los dos y en presencia del defensor, lleguen a un acuerdo que le permita al fiscal formular los cargos que le serán acusados en condiciones tales que el imputado o acusado decida declararse culpable por lo acordado y así permitir, si el juez lo acepta, la terminación del proceso sin el desarrollo innecesario de la etapa del juicio oral.

Es indispensable que el acuerdo haya sido producto de la manifestación de voluntad del sujeto pasivo de la acción penal, lo cual implica la ausencia de cualquier forma de intimidación para lograrlo. Así, los mecanismos de negociación deberán ser transparentes lo cual implica que se debe excluir cualquier maniobra que conlleve el engaño para lograr la declaración de responsabilidad del imputado o acusado.

33 SANTOBELLO V. NEW YORK, Appellate División of the Supreme Court of New York, FIRST JUDICIAL DEPARTMENT No. 70-98. Diciembre 20, 1971

34 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, artículo 348

Adicionalmente, el contenido del acuerdo debe ser exacto, vale decir, que el acuerdo deberá contener las manifestaciones reales de quienes participaron en el mismo. Por último, el imputado o acusado deberá tener claridad respecto de las consecuencias que se derivan del acuerdo ya que de declararse culpable respecto de los cargos formulados en él, el sujeto pasivo de la acción penal estará renunciando a derechos fundamentales tales como el derecho a la no autoincriminación, el derecho constitucional al juicio, el derecho a contrainterrogar a los testigos y en general al ejercicio del derecho de contradicción. En conclusión, la manifestación por parte del sindicado o acusado deberá ser inteligente, razonable y libre de cualquier vicio³⁵.

4. Clases de preacuerdos

En la ley 906 de 2004 existen dos tipos de preacuerdos claramente definidos teniendo en cuenta el momento procesal en el que se lleva a cabo la negociación:

- a) Cuando se formula la imputación en la audiencia preliminar pertinente y hasta antes de la acusación (art. 350 de la ley 906): el imputado podrá aceptar la imputación, manifestación que será suficiente para la acusación; o podrá a su vez llegar a un acuerdo con la fiscalía respecto de la imputación, evento en el cual “el fiscal lo presentará (el acuerdo) ante el juez de conocimiento como escrito de acusación”³⁶. En virtud de los artículos 350 y 351 de la ley 906 de 2004, este acuerdo se aprobará o improbará por el juez de conocimiento antes de finalizar la audiencia de formulación de acusación.

Es importante tener en cuenta que en virtud del artículo 350 de la ley 906, “*el fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar*

35 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, artículo 293

36 Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, artículo 350. Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

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

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-516 de 2007, por los cargos analizados, en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo.

conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. *Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.*
2. *Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.”*

En desarrollo de ésta figura, la aceptación pura y simple de responsabilidad de los cargos imputados, manifestada por el sujeto pasivo de la acción penal comporta una rebaja de la mitad de la pena imponible, pero, si como consecuencia de los preacuerdos sobre los hechos imputados hubiere un cambio favorable para el imputado en relación con la pena a imponer, esto será suficiente como rebaja compensatoria, tal como lo dispone el artículo 351 de la ley 906 de 2004.

- b) De manera posterior al momento procesal mencionado, también podrá realizarse entre fiscal y acusado, preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado en el juicio oral (art. 352 de la ley 906 de 2004). Así, una vez instalado el juicio oral, el juez deberá preguntar al acusado si se declara inocente o culpable (art. 367 ley 906 de 2004), si lo segundo, lo interrogará para deducir si su decisión corresponde a un acuerdo celebrado con la fiscalía. Dado el caso en que la manifestación de culpabilidad tenga como fundamento un acuerdo con la fiscalía, ésta deberá indicar al juez los términos del preacuerdo y la pretensión punitiva que tuviere³⁷. Si el juez decide aceptar las manifestaciones preacordadas, no podría imponer una pena superior a la que le ha solicitado la fiscalía, tal como lo prevé el artículo 379 del código de procedimiento penal.

En virtud del artículo 352 de la ley 906, los acuerdos celebrados en ésta etapa del proceso penal y que son aprobados por el juez, comportarán una rebaja de una tercera parte de la pena imponible.

5. Control judicial de los acuerdos

En principio, se podría sostener que los acuerdos que se desarrollan entre la fiscalía y el sujeto pasivo de la acción penal, respecto de la imputación, vale decir, los

37 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, artículo 369

acuerdos suscritos después de la imputación y anteriores a la acusación requieren de un control de legalidad ante el juez de control de garantías, control que se limita a asegurar que la manifestación por parte del sindicado ha sido voluntario, libre y espontáneo³⁸.

En relación con los acuerdos que son desarrollados de manera posterior a la acusación, el artículo 351 de la ley 906 establece que los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos “desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”.

En desarrollo de lo establecido con anterioridad en el presente escrito, no es intención del legislador otorgarle al juez de conocimiento facultades amplias como aquellas que otorga el sistema anglosajón en materia penal.

“[E]l tribunal puede rechazar discrecionalmente la confesión del acusado, no solamente cuando estime viciada de cualquier modo (involuntaria), sino también cuando la considere contraria a los intereses de la justicia. Y, en este orden de consideraciones, es comúnmente admitido que el juez debe ser puesto al corriente, antes del juicio, de los acuerdos entre acusación y defensa, siendo su competencia el control de manera seria y profunda de los requisitos de la regla 11 de las Federal Rules of Criminal Procedure, y, en particular, el fundamento fáctico de la confesión y la prueba a disposición de la acusación”.

Es indiscutible que aún cuando el legislador no le haya otorgado un amplio margen de discrecionalidad a los jueces en materia penal, es claro que en cumplimiento del fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento establecido en la ley 906 de 2004 el legislador le ha otorgado un cierto manejo discrecional al operador del derecho.

Como presupuesto necesario para la orientación en esta materia, ha de tenerse en cuenta que uno de los fines del Estado, estipulado en el artículo 2 de la Carta Política, es la de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, lo que impone la búsqueda de la verdad material como respuesta única al ejercicio del *ius puniendi*.

Así, sería contrario a los fines constitucionales proferir una sentencia condenatoria por conductas punibles que no han sido demostradas en sus presupuestos fácticos, o imputar un delito de mayor gravedad al que cumple con las características propias de una adecuación al injusto típico. No debe olvidarse que bien puede el imputado

38 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, artículo 293

ser inducido a aceptar su culpabilidad por un delito por miedo a las posibles consecuencias graves que implica toda confrontación al Estado, de manera que, el imputado motivado por éstos temores podría aceptar la responsabilidad de haber cometido un delito que nunca ha realizado para dejar a salvo la tarea de investigación y satisfacer una eficiencia que no cumple con las finalidades y propósitos del sistema penal en su conjunto.

En relación con el control de legalidad que deberá ser desarrollado por el juez, éste deberá verificar no solo que los acuerdos entre fiscalía y defensor sean voluntarios y exactos, con pleno entendimiento del imputado o acusado de las consecuencias de declararse culpable; sino que además deberá improbar aquellos acuerdos que no tengan un supuesto probatorio que unido a la aceptación de responsabilidad, permitan considerar, más allá de la duda razonable, que el imputado o acusado realizó la conducta punible.

La doctrina extranjera es particularmente puntual al hacer referencia a los peligros que implican la celebración de acuerdos sin control estricto de legalidad. Así, se podría entender que se está dejando una vía para que los jueces lleguen a la condena de inocentes o cuando acudiendo a este medio se dejan de sancionar conductas que representan un grave daño social, pues en sistemas como el anglosajón, cuando se abandona el proceso al libre “mercado” de pretensiones de los sujetos procesales sin limitación distinta de su destreza para negociar, se corren estos peligros, por lo cual resulta de trascendental importancia las directivas que la fiscalía debe expedir para la aplicación de estas formas de administración de justicia y las pautas que tracen como política criminal.

Adicionalmente, deberá tenerse presente la prohibición que tiene el juez para aprobar los acuerdos que implican que el imputado se declare culpable de conductas punibles que no han sido cometidas por ellos, cuando las imputadas de manera errónea, no corresponden a la situación fáctica investigada. Así, no se entendería como podría sustentarse una sentencia de condena por un delito que nunca se cometió y en todo caso, el acuerdo sería violatorio de las garantías constitucionales y de una correcta administración de justicia. Cuando como consecuencia del acuerdo se acepta la responsabilidad por un delito de menor trascendencia debe partirse de la base que su tipificación debe partir de los supuestos fácticos debatidos y no de uno distinto, de tal manera que si el fiscal no respeta este parámetro, el juez debe improbarlo.

La ley 906 de 2004 dispone que cuando se celebra un preacuerdo con el acusado y como obvia consecuencia de ello se hacen manifestaciones de culpabilidad, el fiscal, en cumplimiento del artículo 369 de la ley 906, deberá indicar al juez los términos en que se realizó dicho acuerdo para que éste tenga los elementos de

juicio suficientes que le permitan ejercer un verdadero control en cumplimiento de los derechos y garantías del procesado y los demás sujetos procesales involucrados.

6. Límites a los preacuerdos y negociaciones. El principio de oportunidad

Para establecer la relación entre los dos fenómenos de los preacuerdos y el principio de oportunidad, se deberá partir de las fuentes formales que regulan su procedencia y contenido.

En primer lugar, el principio de oportunidad tiene una expresión en la Carta Política de 1991 como una excepción a la aplicación del principio de legalidad que rige todo el ordenamiento jurídico. Así, el acto legislativo 03 de 2002 dispone que la Fiscalía General de la Nación “no podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”.

En desarrollo del precepto anterior, es importante establecer que la aplicación de dicho principio es de manera excepcional, lo cual supone a su vez la estipulación de causales taxativas por las cuales procede su aplicación. De manera que la regla general en materia de persecución penal, es que la Fiscalía deberá aplicar de manera tajante el principio de legalidad que implica una obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal cuando los hechos revistan las características de un delito.

A diferencia del principio de legalidad, los acuerdos y negociaciones que se desarrollen entre la fiscalía y el imputado o acusado tienen como fuente formal la ley en virtud del hecho que su reglamentación no deviene directamente de la Constitución Política. Así, este instituto procesal, que hace parte de los distintos proyectos de código de procedimiento penal, debe estar sometido a la regla general de la legalidad. De esta manera, el desarrollo de éstas figuras deberán estar sometidos a los presupuestos de obligatoriedad de la fiscalía respecto del ejercicio de la acción penal y de la realización de la investigación.

En desarrollo de las características señaladas de las dos instituciones procesales, las siguientes conclusiones toman relevancia:

- Si el legislador ha establecido los acuerdos y preacuerdos como mecanismos alternativos de solución de conflictos dentro del proceso penal, es importante denotar que la libertad de configuración tiene como límite el denominado principio

de legalidad, vale decir, no podría la fiscalía como consecuencia de los acuerdos, renunciar a perseguir determinado hecho punible ya que ésta circunstancia implicaría la aplicación directa de la excepción a éste principio: el principio de oportunidad.

Lo anterior no descarta que en desarrollo de un acuerdo, el Fiscal se comprometa a aplicar el principio de oportunidad frente a determinada conducta punible. Esta circunstancia no se sometería a la aprobación o control de un juez de conocimiento, sino que tendrá su propia vía y el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes y la decisión se someterá al control de un juez de control de garantías de manera posterior a su aplicación. En otros términos, aunque la aplicación del principio de oportunidad respecto de una conducta conlleve la motivación de declarar la responsabilidad respecto de otras, el juez de conocimiento tan solo tendrá competencia para hacer el examen de control de legalidad respecto del acuerdo y no de la aplicación del principio de oportunidad.

- Adicionalmente, la Fiscalía no podrá suscribir preacuerdos que impliquen la renuncia a la persecución penal por hechos respecto de los cuales existe el suficiente elementos material probatorio que permita inferir la posible responsabilidad del imputado o acusado, pues en estos eventos, si no se quiere dar desarrollo a la acción penal se deberá aplicar el principio de oportunidad, dada su procedencia.
- Los distintos proyectos que dieron origen a la ley 906 desarrollaron el contenido de los preacuerdos y negociaciones en dos sentidos. En primer lugar, se busca la posibilidad de eliminar alguna causal de agravación punitiva, lo cual a mi juicio no compromete el principio de legalidad ya que igualmente se cumple con la obligación de la persecución penal respecto de conductas que constituyen un posible delito.

En segundo lugar, se podrá pretender por la eliminación de un cargo específico dada la falta de evidencias lo cual conllevaría la preclusión de una conducta punible determinada. Dicha petición deberá formularla el fiscal ante el juez de conocimiento en virtud de la imposibilidad desvirtuar la presunción de inocencia. Igualmente, el fiscal podrá retirar un cargo cuando un mismo supuesto fáctico origina pluralidad de calificaciones jurídicas, dado que eliminando una de ellas quedará sin perjudicarse el ejercicio de la acción penal.

- La ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de tipificar una conducta “dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, facultad que contiene límites. Así, la nueva tipificación por el delito de menor

punibilidad, debe corresponder en todo caso al presupuesto fáctico debatido, ya que no sería conforme al principio de justicia material ni consultaría la lógica ni los principios constitucionales que por la muerte de una persona, se acusara por el delito de hurto o de concierto para delinquir.

Es indudable que en los alegatos de conclusión, el fiscal, no podrá solicitar una condena por hechos distintos a los contenidos en la acusación. El presupuesto fáctico ha de respetarse como elementos indispensable que condiciona el juicio. Lo anterior no implica que la labor del fiscal, dada la incertidumbre respecto de una adecuación típica estricta, sea la de imputar o acusar por un delito de menor gravedad pero que sin embargo tiene relación respecto del supuesto fáctico. Así, solo será posible la anterior afirmación cuando el delito de pena menor recoja de manera esencial el presupuesto fáctico.

BIBLIOGRAFÍA

A. OBRAS LITERARIAS

1. ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA ., “Principio Acusatorio y Derecho de defensa en el Proceso Penal”, Madrid, 1991
2. CORDON MORENO, FAUSTINO., “Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal”, Ed. Aranzadi, 1999
3. FERRAJOLI, LUIS., “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”, Editorial Trotta, España, 2000
4. HENDLER, EDMUNDO S., “Derecho Penal y Procesal de los Estados Unidos”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires (Argentina), 1996
5. IBAÑEZ Y GARCÍA VALASCO, M., “Curso de Derecho Procesal Penal”, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1969.
6. PICO I JUNOY., “Las Garantías Constitucionales del Proceso”, Barcelona, Bosch, 1997
7. MONTERO AROCA, JUAN., “Principios del proceso penal: Una explicación basada en la razón”, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997.
8. ROXIN C., “Derecho Procesal Penal”; Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
9. TIEDMAN, K., “El Derecho Procesal Penal, en Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal”, Ed. Ariel, Barcelona, 1989
10. V. BERZASA, FRANCOS., “Los principios de oportunidad y legalidad en el proceso penal”

B. JURISPRUDENCIA

11. SANTOBELLO v. NEW YORK, Appellate Division of the Supreme Court of New York, FIRST JUDICIAL DEPARTMENT No. 70-98. Diciembre 20, 1971

C. NORMATIVIDAD

12. Acto Legislativo Número 03 de 2002 (diciembre 19), Colombia
13. Código de Procedimiento Penal Chileno
14. Código de Procedimiento Penal Puertorriqueño
15. Código de Procedimiento Penal, ley 600 de 2000, Colombia
16. Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, Colombia
17. Constitución Política de Colombia de 1991
18. Proyecto de ley por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal, Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 1998

D. OTROS

19. Convención Americana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, noviembre de 1969
20. Organización de las Naciones Unidas, Sub-división de Prevención del Delito y Justicia Penal, “Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal”.