Preacuerdos y allanamiento unilateral en la Ley 906 de 2004. Principales restricciones y su justificación*

Preagreements and unilateral acceptation in Law 906, 2004, Main restrictions and their justification

*Dubán Rincón Angarita**

Cómo citar: Angarita, D. (2014). Preacuerdos y allanamiento unilateral en la Ley 906 de 2004. Principales restricciones y su justificación. *Inciso* vol (16) p 115-125

Recibido: 18/10/2014/Revisado: 21/10/2014/Aceptado: 09/12/2014

Resumen

En el presente artículo se plantea que un conjunto de restricciones amerita un tratamiento autónomo que contribuya con el entendimiento del sistema acusatorio colombiano, puesto que atienden a claras finalidades constitucionales, y pueden además ser conglobadas en categorías que faciliten su comprensión y aplicación práctica. Además, los alcances de estas limitaciones han sido definidos e interpretados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, y por ello, la revisión de los fallos más relevantes sobre la materia coadyuva al correcto delineamiento de las pluricitadas restricciones.

De tal forma, el problema jurídico que se va a tratar en el artículo consiste en la definición de las principales limitaciones a los preacuerdos y el allanamiento a los cargos en la dinámica del sistema acusatorio colombiano, organizadas a manera de categorías, y con apoyo en los principales fallos de la jurisprudencia penal sobre la materia, discurriendo asimismo sobre la justificación de tales limitaciones.

En suma, el artículo logra demostrar que el conjunto de limitantes a la libertad de las partes en el ejercicio de las formas de terminación anticipada del proceso penal, obedece al cumplimiento de los fines esenciales del proceso penal en el marco de la Carta Política, y contribuye además a organizar de forma categorizada los campos de acción que no pueden soslayar las partes cuando acuden a estos mecanismos de justicia premial.

Palabras clave: Allanamiento unilateral, justicia premial, preacuerdos y negociaciones, sistema acusatorio, terminación anticipada del proceso penal.

Abstract

In this article it is stated that a group of restrictions deserve autonomous treatment which contributes to understand Colombian accusation system, since such restrictions are in agreement to constitutional clear purpose, and in addition they may be organized into categories which facilitate their comprehension and practical enforcement. In addition, the extent of such limitations have been defined and interpreted by resolution of the Supreme Court of justice – Criminal Court, and therefore, a review of the most important judgment on this matter contributes to proper drawing of such pluri-mentioned restrictions.

Therefore, the legal problem approached in this article consist of defining the main limits to pre-agreements and acceptation of charges in the dynamics of the Colombian accusation system, organized in categories, and supported on the main resolutions of criminal jurisprudence on the matter, and likewise, discussing on justification of such limits.

In summary, the article demonstrates that the group of limits to freedom of parties in exercise of methods for early termination of the criminal proceedings, is related to compliance with essential purposes of the criminal proceeding within the framework of the Political Chart, and in addition it contributes to organized, on categorized basis, actions fields which may not pass over the parties when they appeal to these means of rewarding justice.

Keywords: Unilateral acceptation; rewarding justice; pre-agreements and negotiations; accusation system; early termination of criminal proceedings.

* Este artículo se desprende del proyecto de investigación denominado: "Elementos de un modelo de Teoría de Juegos aplicable a los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a los cargos en el sistema acusatorio colombiano".

**Abogado de la Universidad Industrial de Santander. (E) Mg en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.

Introducción

La implantación del sistema penal acusatorio en Colombia ha comportado la necesidad de un cabal entendimiento de nuevas figuras procesales, que reemplazan el paradigma de una dinámica penal de tendencia inquisitiva, en un claro movimiento de apertura hacia formas de justicia premial y negocial que refulgen de manera evidente en las principales formas de terminación anticipada del proceso penal en la sistemática de la Ley 906 de 2004: la aceptación unilateral de los cargos, de una parte, y de otra, los preacuerdos y negociaciones entre el acusador y el procesado.

Aun cuando las referidas instituciones tienen cierto parangón con sus homólogas de algunos regímenes foráneos, especialmente en el sentido de equiparar la aceptación unilateral de los cargos con la *plea of guilty* del sistema norteamericano, y los preacuerdos y negociaciones con las allí denominadas *plea bargaining*, sin contar con qué regímenes procesales colombianos pretéritos contemplaban la figura de la sentencia anticipada como forma anormal de terminación de la actuación, no menos cierto es que el sistema colombiano ostenta sus propias especificidades, que hacen indispensable una comprensión desde la propia normativa del actual Código de Procedimiento Penal y desde el entendimiento que le ha dado la jurisprudencia a la materia, dando por descontado un encuadramiento del problema desde la preceptiva constitucional.

Este panorama refleja numerosas aristas de análisis, admitiendo cada una de ellas una cuantiosa y exhaustiva revisión que deviene, por supuesto, de la complejidad en la aplicación de estas figuras procesales. No obstante, es llamativo el siguiente nicho de estudio: siendo que, aunque es clara la mencionada apertura a la negociación y a la disposición de la acción penal por las partes, no puede perderse de vista que la aplicación práctica del allanamiento a los cargos y los preacuerdos no conlleva a una total disponibilidad de la acción penal ni a una plena libertad en la negociación, cabe preguntarse sobre las limitaciones impuestas a las partes cuando es su deseo acudir a las dos iteradas formas de terminación prematura de la actuación penal.

En la definición de estas restricciones al allanamiento y los preacuerdos y negociaciones ha tenido un rol determinante la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en su tarea interpretativa ha determinado que el ejercicio de estas formas de terminación anticipada no son de plena y libre configuración por las partes, ni se trata de la consagración de una extrema laxitud en su aplicación.

Así configurado este marco de análisis, puede formularse el problema jurídico de este escrito: ¿Cuáles son las principales restricciones en la aplicación de las figuras del allanamiento unilateral a los cargos y los preacuerdos y negociaciones entre el acusador y el procesado en la dinámica de la Ley 906 de 2004, y su correspondiente justificación desde el análisis constitucional y la jurisprudencia de la Corte Suprema?

Perspectiva teórica

Se trata de un estudio estrictamente jurídico, basado en el estudio de las prescripciones normativas de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a los temas del allanamiento a los cargos, los preacuerdos y negociaciones entre el acusador y el procesado, analizando todos los fundamentos desde una perspectiva constitucional.

Materiales y métodos

La metodología implementada es la del análisis descriptivo, previo estudio de los hitos jurisprudenciales más determinantes. De la misma forma, respecto de la justificación de las limitantes analizadas se empleará una metodología explicativa, decantando su razón de ser desde el prisma constitucional.

Resultados

El análisis de las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia sobre el allanamiento a los cargos y los preacuerdos y negociaciones arrojó los siguientes resultados: i) que, en efecto la aplicación de las instituciones no es completamente libérrima,

y que jurisprudencialmente se han impuesto restricciones en su ejercicio; ii) que las limitaciones en su aplicación no son caprichosas, sino que bien por el contrario obedecen al cumplimiento de precisas finalidades; iii) que esas finalidades están signadas por alguno de los fines constitucionales del proceso penal.

Se enunciarán en consecuencia cuáles fueron las principales restricciones halladas.

Restricciones derivadas de la irretractabilidad

Respecto de las figuras tratadas, en relación con la posibilidad o no de retractación, puede plantearse la siguiente regla general: el principio que ilumina la aplicación de las instituciones estudiadas es el de irretractabilidad.

En el allanamiento a los cargos, ello deviene de la preclusividad procesal; es decir, que si en la diligencia del allanamiento se ha verificado el pleno apego a las garantías fundamentales, no existe razón jurídica que permita deshacer la aceptación. A su vez, en materia de preacuerdos, una vez ha operado la aprobación del mismo, se aplica la misma preclusividad que impide deshacer lo ya aprobado por el juez de conocimiento.

Siendo que para que proceda la aceptación de los cargos ella debe hacerse con guarda de todos los derechos fundamentales del procesado, es natural que la misma sea irretractable. Esta irretractabilidad contribuye además al prestigio de la administración de justicia y a evitar que el proceso se asuma como carente de legitimidad.

La principal razón que permitiría la retractación en materia de allanamiento unilateral a los cargos es la violación de alguno de los derechos fundamentales del procesado. Ha dicho la Corte:

> [...] cuando el proceso abreviado se adelanta con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para buscar su invalidación en las instancias o en casación, igualmente es verdad que esas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica: deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada[1]. (Socha, 2008, proceso 30006).

Es por ello tarea insoslayable del juez ante quien se realice la aceptación velar por que se respeten los principales derechos implicados cuando se trata de esta figura: debido proceso, legalidad, renuncia voluntaria, libre de todo apremio e informada de los derechos a no autoincriminación, presunción de inocencia y juicio justo, público, oral, concentrado y con todas las garantías, con la finalidad de que la figura llene las pautas constitucionales y legales para las que ha sido establecida. Así, dado:

> [...] mientras se preserven las garantías procesales, no es admisible la retractación del allanamiento a la imputación y por tanto una proposición semejante en orden a la impetración de recursos que impliquen dicho efecto, forzosamente deben desestimarse por ser carentes de interés jurídico para su postulación[2]. (Gómez, 2008, proceso 29983).

Por otra parte, se hace además indispensable contar con un principio de prueba, que evite que la aceptación pueda ser empleada como herramienta para constreñir al procesado. En síntesis, cuando se ha realizado la aceptación con guarda de las garantías fundamentales, no es posible discutir con posterioridad aspectos probatorios o la tipicidad de la conducta. De acuerdo con la Corte:

> Una vez aceptada la imputación de la conducta considerada como ilícita por el imputado, con el cumplimiento de las exigencias señaladas, no resulta admisible que con posterioridad pueda discutir aspectos probatorios referidos a los cargos atribuidos y expresamente aceptados y menos aún la tipicidad de la conducta por falta de prueba, como quiera que la aceptación libre y voluntaria conlleva su conformidad con la comisión del hecho punitivo y la actuación

1. Ver también los siguientes pronunciamientos, todos de la Sala Penal (como todos los citados en este escrito): Sentencia de 8 de julio de 2009. Proceso No. 31280. Magistrado Ponente, Dr. Julio Enrique Socha Salamanca. Sentencia de 11 de mayo de 2009. Proceso No. 31326. Magistrado Ponente, Dr. Javier Zapata Ortiz. Sentencia de 30 de junio de 2010. Proceso No. 33163. Magistrada Ponente, Dra. María del Rosario González de Lemos.

2. Sentencia de 22 de octubre de 2008. Proceso No. 29983. Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Gómez Quintero. Sentencia de 15 de septiembre de 2008. Proceso No. 30006. Magistrado Ponente, Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

> contraria al ordenamiento penal, sin justificación alguna, lo cual le permite acceder a una significativa rebaja de pena[3]. (Zapata, 2006, proceso 24079).

En otra sentencia se afirmó que después del allanamiento a los cargos no procedía la modificación de ello en virtud de posterior preacuerdo entre las partes:

> Por consiguiente, en la reseñada providencia nada se dice acerca de la posibilidad de que luego del allanamiento unilateral del imputado a los cargos puedan variarse sus términos por un preacuerdo posterior entre defensa y fiscalía, entre otras cosas, porque ello desnaturalizaría la esencia del allanamiento[4]. (Gonzáles de Lemos; 2010, proceso 33163).

Asimismo, cuando ha operado el allanamiento, las hipótesis para recurrir la sentencia condenatoria se ven considerablemente disminuidas, para realizar el principio de irretractabilidad. La misma Corte ha indicado:

> Sin embargo esta colegiatura ha reconocido eventos en los cuales, a pesar de que haya tenido lugar el allanamiento a cargos, es viable recurrir el fallo condenatorio. Ellos son: (i) cuando se demuestre en forma clara que en dicho acto se incurrió en vicios de consentimiento; (ii) la vulneración de garantías fundamentales; y, (iii) la inconformidad con la dosificación punitiva o los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad[5]. (Zapata, 2009, proceso 31326).

El principio de irretractabilidad se predica asimismo de la figura de los preacuerdos. Tienen que ver, además de las razones ya expuestas de prestigio de la administración de justicia y de preclusividad, evidentes intereses adscritos a la seguridad jurídica y la estabilidad de las situaciones de derecho.

La jurisprudencia ha considerado que la retractación de los preacuerdos se posibilita solamente antes de que el juez de conocimiento les imparta aprobación. Ha discurrido así el alto tribunal:

> [...] la retractación -en trámites de terminación abreviada- sólo tiene cabida respecto de los preacuerdos y únicamente antes de que el juez de conocimiento imparta su aprobación en la audiencia que para el efecto ha de citar, conforme el artículo 293 inciso 2. Tal forma de reversar una situación procesal plena y legalmente estructurada es refractaria a la forma de aceptación de cargos en la modalidad de allanamiento[6]. (Gómez, 2008, proceso 29983).

Esta imposibilidad de retractación cumple elevadas finalidades constitucionales del proceso penal, como son el principio de legalidad, la seguridad jurídica, y la participación de los asociados en las decisiones que los afectan, y la humanización de la actuación penal, entre otros.

Restricciones derivadas del carácter potestativo

La figura del allanamiento a los cargos no es de necesaria realización por el procesado, quien siempre conservará su derecho a la realización del juicio; pero si se inclina por la aceptación de los cargos ello le significará, en la mayoría de las ocasiones, una sustancial rebaja punitiva, de acuerdo con los presupuestos del Código de Procedimiento Penal. Se dice que "en la mayoría de las ocasiones", porque como tendrá oportunidad de apuntarse, existen eventos en los que, aunque medie aceptación de los cargos o la suscripción de preacuerdos, no procederán rebajas punitivas, por expresa decisión del legislador.

Las raíces etimológicas de los términos acuerdo y negociación indican que ha de existir consenso en orden al perfeccionamiento del instituto que se refiere en este aparte. En tal sentido, la jurisprudencia entiende que las partes bien pueden continuar con el proceso penal hasta su finalización con el proferimiento de sentencia después de la culminación de todas las etapas del juicio público, oral, concentrado y con todas las garantías, sin que sea necesario acudir a alguna de las formas de terminación anticipada y sin que, por supuesto, pueda constreñirse a alguna de las partes a

3. Sentencia de 9 de marzo de 2006. Proceso No. 24079. Magistrado Ponente, Dr. Javier Zapata Ortiz.
4. Sentencia de 30 de junio de 2010. Proceso No. 33163. Magistrada Ponente, Dra. María del Rosario González de Lemos.
5. Sentencia de 11 de mayo de 2009. Proceso No. 31326. Magistrado Ponente, Dr. Javier Zapata Ortiz.
6. Sentencia de 22 de octubre de 2008. Proceso No. 29983. Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Gómez Quintero.

negociar los cargos imputados(ver al respecto Riveros-Barragán, 2008). La jurisprudencia tiene plenamente decantado que cuando el procesado acude a alguna de las formas de terminación anticipada lo hace de manera voluntaria, libre e informada. Repudia a los derechos al debido proceso, la igualdad, el derecho de no autoincriminación, la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo y público que se pudiera constreñir al procesado a aceptar los cargos o a llevar a cabo una manifestación de culpabilidad preacordada. Como lo afirma la Corte:

> [...] el que la Fiscalía, como lo sostiene el casacionista, haya decidido negarse a pactar con la defensa y el procesado algún tipo de preacuerdo, tampoco registra violación del debido proceso u otros principios básicos del trámite penal, asumido suficientemente que se trata, ese, de un acto bilateral que siempre debe contar con la anuencia de las partes, por contraposición al allanamiento puro y simple, que emerge por voluntad exclusiva del imputado o acusado[7]. (Espinoza, 2010,proceso 34493).

De la misma manera, y aunque el acusador como entidad pública no es sujeto de derechos fundamentales, tampoco lo obliga a la suscripción de preacuerdos. Puede entonces afirmarse:

> [...]en el escenario del nuevo sistema, bien puede suceder que la Fiscalía fruto de las actividades de investigación que dirige, del acopio de sólida información y de variados elementos materiales de prueba, no esté interesada en negociar con el imputado y no busque una tal aproximación para ello, pues puede pretender, legítimamente, que luego de debatida la responsabilidad en el juicio, sea impuesta al imputado una drástica sanción no sujeta a rebajas[8].(Quintero, 2005, proceso 21954).

Se erige entonces en completamente potestativo para las partes el que se realicen acercamientos o negociaciones con miras al perfeccionamiento de un preacuerdo, y la realización misma de la figura pertenece a la esfera decisoria de las partes:

> [...] puede pasar que su aspiración de rebaja punitiva (al máximo posible, por ejemplo), no se vea satisfecha porque el Fiscal, en virtud de consideraciones vinculadas a fijarla, que no corresponden a los criterios para dosificar la pena, esté en desacuerdo con pactarla y ofrezca, en cambio, un descuento menor[9]. (Espinoza, 2006,proceso 24531).

Debe además tenerse en cuenta que una de las notas dominantes de las formas de terminación anormal del proceso penal que se estudian en este escrito, es que el sujeto pasivo de la acción penal puede renunciar a su garantía a ser vencido en juicio (Bazzani, 2009).

Restricciones derivadas del sometimiento al principio de legalidad

Se quiere significar en este caso, que no es posible en el ordenamiento penal colombiano que se conceda una rebaja que exceda los topes fijados por el legislador, cuando se trata de allanamiento unilateral a los cargos y que, de contera, los preacuerdos deben estar signados por la precisión de la imputación fáctica y jurídica, asimismo, cuando ellos incluyen la dosificación de la pena, no pueden soslayar los límites impuestos por el legislador en el estatuto de las penas, y por ende se evidencia:

> [...]la pena acordada entre la fiscalía y el procesado o acusado no puede ser cualquiera sino que la misma debe estar acorde con los límites fijados en la ley para el tipo penal respectivo, teniendo de presente los derroteros plasmados en la formulación de la acusación, aunado a lo cual se encuentra la exigencia de motivación cuantitativa y cualitativa de esa pretensión punitiva, para que el juez de conocimiento pueda llevar lo pactado a la sentencia, siempre y cuando, ha de reiterarse, no se presente quebranto a garantías fundamentales[10].(Espinosa, 2007, proceso 25969).

7. Sentencia de 13 de septiembre de 2010. Proceso No. 34493. Magistrado Ponente, Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Sentencia de 4 de mayo de 2006. Proceso No. 24531. Magistrado Ponente, Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

8. Salvamento de voto de la Magistrada Marina Pulido de Barón en la Sentencia de 23 de agosto de 2005, Proceso No. 21954. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

9. Sentencia de 4 de mayo de 2006. Proceso No. 24531. Magistrado Ponente, Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Sentencia de 23 de mayo de 2006. Proceso No. 25300. Magistrado Ponente, Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. En el mismo fallo se dijo, entre otros argumentos, que *"...El funcionario no está obligado en todos los casos a llevarlos a cabo y menos a cualquier precio, sino que debe encontrarse preparado para ganar el proceso en juicio".*

10. Providencia de 30 de enero de 2007. Proceso No. 25969. Magistrado Ponente, Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. En la misma providencia se dijo además que *"...si la fiscalía hace expresa su pretensión punitiva, la misma debe ser respetuosa tanto del principio de legalidad, esto es, fijada dentro de los límites fijados en la ley para el tipo penal que corresponda según los*

Ahora bien, puesto que la aplicación de estas instituciones requiere de control judicial para su aprobación, no sobra acotar que en caso de violación a la legalidad, será tarea del juez de conocimiento la improbación de las actuaciones que conculquen el apego a la ley[11]. Se ha dicho sobre el punto que "[se] establece[n] como condiciones de validez del acuerdo además del ser libre, voluntario e informado de sus consecuencias, el estar acompañado de asesoría por parte de la defensa técnica y reitera el control sobre el no desconocimiento de garantías fundamentales" (Bazzani, 2009:156).Ahora bien, la intangibilidad del preacuerdo se refuerza si se considera que, de acuerdo con recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, mientras no haya violación de garantías fundamentales, debe respetarse la imputación hecha por el fiscal, así como la acusación, en el entendido de que los errores cometidos por el acusador en estos actos de parte tienen como consecuencia desfavorable el fracaso de sus pretensiones en juicio. Así,

> [...] la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos último pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal[12]. (Barcélo,2013, proceso 39892).

Esta distinción obedece a la necesidad de perfilar los roles que a cada uno de los actores compete en la dinámica del sistema de enjuiciamiento acusatorio. El juez ha de atarse al cumplimiento de su deber de imparcialidad, al tiempo que el acusador debe llevar a cabo los actos de parte que impulsan la acción penal, sin que esté permitido al fallador inmiscuirse en el análisis material de estos actos de parte a menos que, se itera, se advierta conculcación de garantías fundamentales. Con ello se pretende relievar la verificación práctica del principio acusatorio, que abraza como característica esencial la separación de funciones entre acusación y juzgamiento. Al respecto, de obligada revisión es la sentencia de 16 de octubre de 2013, Rad. 39.886, con ponencia del Dr. José Leonidas Bustos Martínez.

Restricciones derivadas de la imposibilidad de acumulación de rebajas punitivas

La Ley 906 de 2004 es tajante al establecer que no procede la acumulación de rebajas punitivas. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de manifestarse sobre el punto en numerosas oportunidades. Como lo afirma:

> [...] ante la imposibilidad de conceder las dos rebajas, esto es, por razón del allanamiento (reconocida a favor del procesado en un 50 % de la pena) y la concerniente a la atenuante deprecada, por expresa prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 351 del ordenamiento procesal, al prever: "..Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena a imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo"[13]. (Gonzáles de Lemos, 2010, proceso 33163).

Se desea alcanzar un equilibrio ideal entre la respuesta del Estado ante la criminalidad, y los mecanismos de justicia premial, sin que pueda convertirse el proceso penal en un escenario de impunidad, con base en rebajas sin limitación alguna. Se atiende en este caso a la precisa redacción del artículo 351 del actual Código de Procedimiento Penal, cuando establece que al presentarse un cambio favorable para el sujeto pasivo de la acción penal relativo a la pena a imponer, "esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo".

Restricciones derivadas de la clase de criminalidad sobre las que se impide su aplicación

Con la finalidad de castigar con mayor acritud la delincuencia cometida contra la población

derroteros plasmados en la formulación de la acusación, como de la exigencia de motivación cuantitativa y cualitativa, para que el juez de conocimiento, si no encuentra objeción por quebranto a garantías fundamentales, pueda llevar lo acordado a la sentencia (artículo 370)".

11. *"La teleología de los preacuerdos y de la aceptación pura de cargos radica en que deben tramitarse con total apego a la legalidad, porque de otra manera no pueden ser aprobados por el juez".* Sentencia de 12 de septiembre de 2007. Proceso No. 27759. Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Gómez Quintero.

12. Sentencia de 6 de febrero de 2013. Rad. 39.892. Magistrado Ponente, Dr. José Luis Barceló.

13. Sentencia de 30 de junio de 2010. Proceso No. 33163. Magistrada Ponente, Dra. María del Rosario González de Lemos.

menor de edad en los casos de homicidio o lesiones personales dolosas, o conductas que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro, en ejercicio de una política criminal proteccionista frente a esta población, el Código de la Infancia y la Adolescencia proscribe la concesión de rebajas punitivas en virtud de preacuerdos o de allanamiento unilateral a los cargos. Tuvo oportunidad de discurrir la Corte:

> Con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia el legislador contempló que los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, conductas punibles que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestros cometidos contra niños, niñas o adolescentes, los sentenciados no tenían derecho a más de los beneficios, mecanismos sustitutivos y subrogados penales, a las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones, según lo previsto en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004[14].(Quintero, 2009,proceso 31063).

Se ha observado entonces un actuar estatal de nula tolerancia a esta clase de conductas, en lo que a beneficios punitivos se refiere, en seguimiento del mandato superior de tomar a los menores de edad como sujetos de especial protección, y efectivizando el mismo en el sentido de considerar que sus derechos prevalecen sobre los de los demás asociados (artículo 44). Análoga situación a la descrita ocurre en el caso de los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y delitos conexos: se proscriben las rebajas punitivas producto de allanamiento a los cargos o de preacuerdos y negociaciones[15].

La razón de esta negativa deviene de la gravedad que revisten los ataques a los bienes jurídicos protegidos en las respectivas normas donde se incluyen estas formas de delincuencia, considerada como de alto impacto. De acuerdo con la jurisprudencia:

> [...] la Corte puede afirmar sin dubitación alguna que el querer del legislador al promulgar la norma cuestionada fue negar en adelante, cualquier posibilidad de descuento o subrogado penal a los condenados por los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, sin distinguir el sistema procesal en el cual regiría[16]. (Ibáñez, 2008,proceso 29788).

Ahora bien, otro de los eventos que tiene que ver con la forma de criminalidad sobre la que se pretenda hacer efectiva alguna de las formas de terminación anticipada que se están estudiando, es la de aquellos casos en donde el sujeto activo haya percibido incremento patrimonial. En tales sucesos, no se podrá proceder a la realización de preacuerdos hasta tanto el agente no haya reintegrado el cincuenta por ciento (50%) del incremento patrimonial percibido y se asegure el recaudo del remanente. Sin embargo, tal restricción atañe únicamente a la institución de los preacuerdos, y no alcanzaría los casos de allanamiento a los cargos, pues la norma no excluye la aplicación del correlativo beneficio punitivo en estos casos.

En términos de la Corte:

> [...]se desconoció el contenido del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, preceptiva que es de imperiosa aplicación cuando se pretende la terminación anticipada a través de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso. (...) En dicho acápite, precisamente se estipuló que resultaban improcedentes los "acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado", en el evento en que el sujeto activo de la conductapunible hubiese obtenido un incremento patrimonial derivado de la misma, a menos que haya reintegrado el 50 por ciento del valor equivalente al aumento percibido y asegurado el recaudo del remanente.
>
> [...] la previsión contenida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 constituye un acto de obligatorio cumplimiento para aquellos delitos que llevan inmersos el provecho económico, en tanto que de acuerdo con la inteligencia de la norma permite concluir que el pluricitado reintegro, así como también el asegurar el recaudo del remanente, constituye un acto de

14. Sentencia de 8 de julio de 2009. Proceso No. 31063. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Luis Quintero Milanés

15. *"...inicialmente la prohibición de otorgar cualquier tipo de beneficio administrativo y judicial, subrogados penales y mecanismos sustitutivos de la pena estaban reglados para los delitos terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos".* Sentencia de 8 de julio de 2009. Proceso No. 31063. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

16. Sentencia de 29 de julio de 2008. Proceso No. 29788. Magistrado Ponente, Dr. Augusto Ibáñez Guzmán.

> procedibilidad para perfeccionar el preacuerdo o la negociación[17]. (Quintero, 2009. proceso 29473).

Restricciones derivadas de los derechos de las víctimas en el proceso penal

En el actual sistema de enjuiciamiento, el papel de la víctima ha sido tratado bajo el rótulo de *interviniente especial*, significando con ello la concesión de determinados poderes procesales, pero sin que haya sido elevada al rol de verdadera parte procesal[18]. En este orden, en lo atinente a la celebración de preacuerdos, no ofrece discusión el hecho de que la víctima no tiene la potestad de que su oposición al preacuerdo pueda materializarse: la víctima no tiene poder de veto sobre los contenidos del preacuerdo, siéndole reservada en todo caso la posibilidad de acudir a las vías judiciales pertinentes en reclamo de sus derechos.

Ello no implica, en todo caso, que la víctima no deba ser escuchada en torno a sus pretensiones; todo lo contrario: se erige en verdadera carga del fiscal escuchar a la víctima y, por supuesto, que se la cite para escuchar su posición, pese a que, finalmente, no detente el referido poder de veto. En reciente providencia afirmó la Corte:

> [...] la razón de obligar convocar a la víctima, radica en facultar que la Fiscalía conozca su criterio y necesidades para que ello pueda ser plasmado en el preacuerdo y así se concilien adecuadamente las posiciones antagónicas en pugna, independientemente de que el afectado carezca de poder de veto frente a lo finalmente pactado[19].(Malo Fernández, 2014, proceso 42184).

Tal postura se afinca en la necesidad de hallar un equilibrio en la legítima necesidad de la víctima de que se consideren sus intereses en el proceso penal, pero sin que ello alcance el extremo de impedir la materialización de la terminación anticipada que las partes puedan acordar. En otro pronunciamiento se aseveró:

> [...] tratándose de situaciones de terminación anticipada del proceso, la Fiscalía tiene la carga ineludible de contar con la participación activa del sujeto pasivo del delito en las actas del preacuerdo y dejar expresa constancia de sus pretensiones.
>
> En modo alguno se trata de que el convenio quede supeditado a la voluntad de la víctima, sino que se cumpla con el deber de escucharla y dejar plasmadas sus pretensiones[20]. (Barceló,2014, proceso 43959).
>
> Lo anterior deja entrever que, en la práctica, la oposición de la víctima no es, en sentido material, una restricción a que se logre una fórmula de terminación anticipada a través de un preacuerdo. La limitante opera de manera formal, se reitera, en el sentido de cumplir con el deber de escuchar la pretensión de la víctima y que su interés sea tenido en cuenta al arribar a la solución consensuada del conflicto penal.

Discusión de resultados

Seguramente una de las principales restricciones a las formas de terminación anticipada del proceso que se estudian en este caso, es aquella que tiene que ver con la decisión potestativa de las partes de acudir a ellas. Como tuvo oportunidad de referirse, en lo que a aceptación unilateral de cargos se refiere, la decisión del procesado es autónoma, sin que pueda ser objeto de constreñimiento en orden a la aceptación, pues en tal caso se atentaría contra precisas garantías ciudadanas, que cuentan con asiento constitucional.

De otro lado, la irretractabilidad que se aplica como principio busca dotar de seguridad jurídica el proceso penal, y de que las decisiones que en él se toman sean estables. Se ha dicho entonces que el principal asiento de estas restricciones es la

17.Sentencia de 14 de mayo de 2009. Proceso No. 29473. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

18. En contra de la disminución de las facultades de la víctima en el proceso penal, existe nutrida doctrina. Por consignar solamente unos ejemplos, puede consultarse: Gaviria Londoño, V.E. (2011) Víctimas, acción civil y sistema acusatorio. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Igualmente, Sampedro Arrubla, J. (2010). Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología.Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. Maier, J.B. (1992) Las víctimas y el sistema penal. Buenos Aires, Ad-hoc.

19. SP13939-2014, Rad. 42.184, Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández.

20. SP16816-2014, Rad.43.959, Magistrado Ponente, Dr. José Luis Barceló.

preclusividad, que impide discutir nuevamente en los estrados judiciales las decisiones tomadas de manera informada y libre de todo apremio.

En cuanto a los preacuerdos y las negociaciones, el principio de decisión autónoma es también claro: no es posible obligar a las partes a negociar, y mucho menos constreñirlas en orden a la suscripción de preacuerdos, pues puede suceder que cualquiera de los dos actores involucrados deseen continuar con la eventualidad del juicio oral, sin que haya de apegarse a alguna de las formas de terminación anticipada del diligenciamiento.

Por su parte las restricciones que se derivan del respeto al principio de legalidad tienen como finalidad primordial la evitación del abuso del empleo de la figura, que pervierta su empleo. En efecto, una aplicación indeseable de la figura puede conducir al aumento de la impunidad y a una mayor pérdida de legitimidad del proceso penal. Sobre este particular se ha observado que el: "[...]poder de disposición por la Fiscalía General de la Nación, aunque sea discrecional, debe estar debidamente limitado y controlado, tanto interna como externamente, para que no devenga en una potestad abusiva y arbitraria por quienes la detentan" (Mestre-Ordóñez, 2008:210).

Ha de advertirse que en otras latitudes, especialmente en Norteamérica, el sistema acusatorio permite una mayor discrecionalidad de las partes en la negociación de los cargos, reduciéndose el papel del juez al de simple árbitro de la controversia. En Colombia, no solamente la intervención del juez es mucho más activa cuando se trata de preacuerdos y de allanamiento a los cargos, sino que además no se permite la concesión de rebajas que excedan del tope previsto en la legislación para el efecto.

De acuerdo con otra de las restricciones analizadas, se proscribe la acumulación de rebajas punitivas. La razón estriba también en una de las decisiones de política criminal del legislador, que además tiene enorme trascendencia en la finalidad de evitar que el proceso penal se convierta en una libre negociación de cargos, sumándose en la tarea de ser otra de las cortapisas a la liberalidad de las partes.

Las restricciones que tienen que ver con las formas de criminalidad respecto de las que se proscribe la aplicación de las rebajas provenientes de la aplicación de las figuras en comento obedecen, en primer término, a una decisión de política criminal del legislador, en el sentido de censurar con mayor severidad cierto tipo de conductas, sin que puedan ser beneficiados sus autores con los mecanismos de justicia premial previstos en las formas de terminación anticipada que aquí se están tratando.

La interpretación jurisprudencial que se ha dado a este tema ha partido de este mismo sentido, esto es, de reconocer este ámbito privativo de competencia del legislador en su decisión de endurecer las consecuencias punitivas de ciertas conductas.

Finalmente, hay dos restricciones que pueden conglobarse como dependientes de la calidad del sujeto procesal: son las relativas a que i) el juez no puede oponerse a la imputación hecha por el fiscal, siempre que no se vulneren garantías fundamentales, y ii) que la víctima no tiene poder de veto sobre el preacuerdo, conservando el derecho de ser oída en las negociaciones.

Estas restricciones, de acuerdo con la posición de la Corte, obedecen a la finalidad de conservar los roles de cada interviniente en el proceso, para mantener el principio acusatorio. Así, siendo que a la víctima no se le ha deferido la calidad de parte, se justifica de esta manera la imposibilidad de vetar el preacuerdo; de otra parte, siendo que el juez tiene el deber de permanecer imparcial en la actuación, los pronunciamientos de la Corte justifican que no pueda revisar materialmente la acusación o sus actos equivalentes.

Conclusiones

En la actualidad se hace indudable la necesidad de percibir el *ius puniendi* y el *ius poenale* como Derecho constitucional aplicado. La justificación última de cualquier forma de intervención de la potestad punitiva del Estado ha de hallarse en la Constitución. De la misma forma, el desarrollo procesal de las instituciones ha de anclarse en la normativa superior, a la manera de fundamento y límite.

Estas aserciones son predicables de los institutos que se han estudiado en este artículo: cualquier institución procesal, en primer término, contribuye a la realización de los derechos sustanciales pero, puesto que la Carta impone limitaciones en el ejercicio de los derechos y las facultades, contiene excepciones. El allanamiento a los cargos y los preacuerdos llevan ínsitas estas afirmaciones, es decir, que conllevan restricciones, fijadas principalmente por el legislador, atendiendo a precisas normativas constitucionales.

Siendo ello así, el conjunto de restricciones existentes desde la Carta y desde los preceptos de la Ley 906 de 2004 ha de ser interpretada por los jueces; en tal sentido, son de gran ayuda los pronunciamientos de la jurisprudencia penal, que vivifican los mandatos constitucionales y legales.

Con todo, desde la misma formulación normativa de las restricciones a los mecanismos de justicia premial debe estar signada por la proporcionalidad de la medida: puesto que los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a los cargos contribuyen a la satisfacción de necesidades como la participación de las personas en las decisiones que los afectan, la celeridad de la actuación penal, y el hecho de hacerse acreedor el procesado a un tratamiento punitivo más benigno, deben estas finalidades acompasarse con las necesidades de no violar los derechos fundamentales de las personas procesadas, y que el diligenciamiento signifique la aplicación de justicia al caso concreto.

Referencias bibliográficas

Bazzani, D. (2009). Poderes de control del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdo y aceptación de cargos. *Revista de Derecho Penal*. 30, (89): pp 147-162.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2008). Proceso No. 29979, Casación de 27 de octubre. Magistrado Ponente, Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

-----(2005) Proceso No. 21954, casación de 23 de agosto. Magistrado Ponente, Dr. José Luis Quintero Milanés.

-----(2006). Proceso No. 25300, 23 de mayo. Magistrado Ponente, Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

-----(2007). Proceso No. 27759, 12 de septiembre. Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Gómez Quintero.

-----(2007). Proceso No. 25969, 30 de enero. Magistrado Ponente, Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

-----(2008). Proceso No. 29788, 29 de julio. Magistrado Ponente, Dr. Augusto Ibáñez Guzmán.

-----(2010). Proceso No. 34493, 13 de septiembre. Magistrado Ponente, Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

-----(2006). Proceso No. 24079, 9 de marzo. Magistrado Ponente, Dr. Javier Zapata Ortiz.

-----(2010). Proceso No. 33163, 30 de junio. Magistrada Ponente, Dra. María del Rosario González de Lemos.

-----(2009). Proceso No. 31326, 11 de mayo. Magistrado Ponente, Dr. Javier Zapata Ortiz.

-----(2008). Proceso No. 30006, 15 de septiembre. Magistrado Ponente, Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

-----(2009). Proceso No. 31280, 8 de julio. Magistrado Ponente, Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

-----(2008). Proceso No. 29983, 22 de octubre. Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Gómez Quintero.

-----(2009). Proceso No. 31063, 8 de junio. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Luis Quintero Milanés

-----(2009). Proceso No. 29473, 14 de mayo. Magistrado Ponente, Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

-----SP13939-2014, Rad. 42.184, Magistrado Ponente, Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández.

-----SP16816-2014, Rad.43.959, Magistrado Ponente, Dr. José Luis Barceló.

Gaviria , V. (2011) *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*.Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Maier, J. (1992). *Las víctimas y el sistema penal*. Buenos Aires: Ad-hoc.

Mestre, J. (2008). La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano. *Universitas,*116. pp 201-221.

Riveros, J. (2008). Reflexiones teóricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004. *Universitas*, 116. pp 173-200.

Sampedro, J. (2010). *Las víctimas y el sistema penal: aproximación al proceso penal desde la victimología*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.