

RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-PRÁCTICA DE LA JUSTICIA NEGOCIADA
(TRANSACCIONAL) EN COLOMBIA: LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES
DE LA LEY 906 DEL 2004 COMO UNA APROXIMACIÓN A LA “HUMANIZACIÓN”
DE LAS PENAS

DIANA YOLIMA NIÑO AVENDAÑO

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2015

RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-PRÁCTICA DE LA JUSTICIA NEGOCIADA
(TRANSACCIONAL) EN COLOMBIA: LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES
DE LA LEY 906 DEL 2004 COMO UNA APROXIMACIÓN A LA “HUMANIZACIÓN”
DE LAS PENAS

DIANA YOLIMA NIÑO AVENDAÑO

Tesis de maestría

Director

Profesor Carlos Roberto Solórzano Garavito

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2015

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
A. PRIMERA SECCIÓN	14
I. ANTECEDENTES	14
1. Histórico legislativo: los modelos penal-procesales y su concreción en justicia transaccional (preacuerdos y negociaciones de la ley 906 de 2004)	15
Periodo entre 1887 y 1937	16
Periodo entre 1938 y 1970	16
Periodo entre 1971 y 1986	18
Periodo entre 1987 y 1990	20
Periodo entre 1991 y 2000	23
Periodo entre 2000 y 2004	33
2. Diferenciación entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio: una tipología de las tradiciones jurídicas visibles en el historial del proceso penal colombiano	36
Diferenciación entre sistemas	36
Modelo acusatorio- Modalidades	38
Modelo inquisitivo	40
Principales rasgos diferenciadores de los modelos inquisitivo y acusatorio	42
Modelos mixtos	42
Principales rasgos del modelo procesal penal adoptado en Colombia: su evolución	43
3. Tránsito del acto legislativo 003 de 2002: una aproximación a la humanización de los procesos y las penas en el corazón de los preacuerdos y las negociaciones	50
Análisis del desarrollo legislativo: una aproximación al concepto de humanización de la Ley 906 de 2004	53
II. TIPOLOGÍA Y DEFINICIONES DESDE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA	57
1. Sistema de justicia penal negociada	57
1.1. Negociación amplia	57

1.2. Sistema restringido	59
1.3. Sistema mixto	61
1.4. Sistema reglado o libre	63
2. DEFINICIÓN DE LOS PREACUERDOS Y LAS NEGOCIACIONES	64
Objetivo de los preacuerdos y negociaciones	64
Definición doctrinaria de los preacuerdos y las negociaciones	65
Negociaciones	65
Términos en los que proceden las negociaciones	67
Preacuerdos	68
Preacuerdos en estricto sentido (o strictu sensu)	69
Preacuerdos legales	70
Diferencias entre negociaciones y preacuerdos	71
Diferenciación de vocablos: un ejercicio separado de la naturaleza del código de procedimiento penal	73
Importancia de la clasificación de los preacuerdos y las negociaciones	75
Allanamiento	76
Límites	78
Mínimos	79
Control por parte del juez	81
Control formal	83
Los requisitos de forma que se exigen por las normas jurídicas procesales para que la negociación sea válida jurídicamente	83
Control material	83
3. Interpretación Jurisprudencial de los preacuerdos y negociaciones: un ejercicio de análisis de los fallos de altas Cortes y tribunales superiores	85
Finalidad concreta de los preacuerdos y negociaciones	85
Recapitulación de los avances en términos jurisprudenciales respecto de los preacuerdos y negociaciones	98
Alcances aplicativos desde la propuesta de la Fiscalía General de la Nación	100
<i>REFLEXIÓN FINAL: DISCUSIONES Y PLANTEAMIENTOS SOBRE PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES QUE DESEMBOCAN EN LA NECESIDAD DE PLANTEARSE LA HUMANIZACIÓN COMO UNA PROPUESTA TEÓRICA, Y COMO FUNDAMENTO DE LA IMPLANTACIÓN DE ESTE MODELO DE JUSTICIA.</i>	104

B. SEGUNDA SECCIÓN	107
1. Humanización	108
2. Fundamento y objetivo de la humanización	110
3. Introducción: la relación entre el derecho procesal y el derecho penal (sustancial) a la luz de la normatividad constitucional	112
a. El derecho procesal como herramienta de consolidación del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho (lectura desde el derecho sustancial)	112
b. El concepto de Estado Social y Democrático de Derecho	114
c. El Estado Social y Democrático de Derecho al servicio de la humanización del proceso penal y de la pena	117
d. Importancia de la relación entre el derecho procesal penal y el derecho penal sustancial	121
4. Contenido histórico-material de la pena como reconstrucción de la concepción del castigo: una lectura en los términos de Michel Foucault	126
Tecnologías de castigo: ¿humanización de la pena?	127
5. Hacia una verdadera humanización del castigo: una apuesta por instrumentos de justicia penal negociada	134
6. Una aproximación al contenido de la humanización	138
7. Consideración a las víctimas	141
8. Estrategia para una aplicación humana de los preacuerdos y negociaciones	144
9. Reflexiones en torno a la humanización de la justicia transaccional: aprendizaje y referencia en los modelos de justicia transicional.	146
C. CONCLUSIONES	149
ANEXOS:	154
BIBLIOGRAFÍA	160

INTRODUCCIÓN

Consciente de la importancia que tiene el derecho procesal en materia penal como herramienta para la puesta en marcha de las garantías individuales que subyacen al espíritu de la política criminal de un país, la rama legislativa colombiana optó en el año 2004 por dar un giro al sistema penal bajo el cual varias generaciones de abogados trabajamos. Fue así, como la ley 906 llegó a reemplazar la ley 600 de 2000 y actualmente, es ésta la normativa procesal penal que rige en Colombia.

Con la superación del modelo que operó por largo tiempo en el país, se incorporaron instituciones de procedimiento “desconocidas” hasta ese momento por nuestro derecho penal, debido al trasplante jurídico que se hizo del sistema acusatorio. Nos ocuparemos en su momento de referenciar lo atinente a la adopción de estas modificaciones, así como algunos de los resultados que percibimos en este sentido. Por lo pronto, es importante saber que nuestro objeto de estudio serán las nuevas instituciones del sistema penal acusatorio, y de manera restrictiva, una en particular: los preacuerdos y negociaciones a la luz del principio de humanización de la actuación procesal y la pena¹.

Habida cuenta de las limitaciones con las que contamos y que un estudio exhaustivo de todas las figuras procesales introducidas con la entrada en vigencia de la ley 906 es inviable, dada su extensión y amplitud, este trabajo se ocupará exclusivamente de estudiar el contenido y alcance que tienen los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado o acusado (actualmente recogidos en el título II del libro III (El Juicio) del Código de Procedimiento Penal Colombiano (CPP), siempre bajo la lupa del principio de humanización de las penas. Desarrollando lo anterior, esperamos dar un aporte al vacío académico que existe en la literatura especializada.

¹ La introducción del principio de humanización de la pena en consonancia con los preacuerdos y negociaciones es un constructo del que no encontramos antecedente en la literatura. De ahí, su importancia como aporte a la doctrina que existe en la materia.

Aun cuando se han producido obras dedicadas al estudio de los preacuerdos y las negociaciones, no hay antecedentes de una revisión teórico-práctica del funcionamiento de estos en la realidad procesal colombiana, cotejados con la intención primaria del legislador y la finalidad misma que ésta institución ha tenido a la luz del sistema penal acusatorio adoptado en Colombia².

Es lo anterior el fundamento inicial que motiva nuestro trabajo, el cual tiene por objeto puntualmente comprender cuáles son los límites fijados a la Fiscalía General de la Nación para establecer preacuerdos y negociaciones con los procesados (marcos interpretativos de justicia penal negociada o transaccional) y cómo son éstos valorados a la luz del objetivo de humanización del proceso penal y de las penas.

Sea preciso desde ya, mencionar que en el curso del documento la identificación de los preacuerdos y negociaciones irá desdibujándose y empezará a aparecer (o al menos tenderá a confluir con) la definición de “justicia penal negociada” o “justicia transaccional”. Esto es así principalmente, porque a nuestro juicio, y como el mismo texto irá evidenciando, los preacuerdos y negociaciones como categoría se insertan en un concepto más amplio, que permitirá, si logramos transmitirlo con éxito, la realización de algunas conclusiones más generales y precisas respecto al alcance de la figura.

En el ejercicio de desarrollar la pregunta de investigación, encontramos tres subpreguntas que complementan nuestro interrogante principal: ¿qué fue lo que se buscó con la figura de preacuerdos y negociaciones al momento de adoptarla en Colombia?, ¿cuáles son los límites fijados al operador jurídico al llevar los preacuerdos a la práctica? y ¿cómo entender el espíritu de la figura, si es que es cierto que lo que se pretendía era la “humanización” de las penas? Respondiendo

² Los términos intención primaria y principio de humanización de las penas serán utilizados como sinónimos en este trabajo.

estas tres sub-preguntas confiamos que abordaremos el objetivo del proyecto, dando respuesta a la pregunta central de investigación antes enunciada.

Solo para dar mayor claridad a lo dicho, es importante mencionar que el objetivo central de este trabajo no se limita a describir mediante una revisión de literatura y bibliografía los fundamentos del modelo de preacuerdos y negociaciones penales que opera hoy en Colombia, aunque en efecto comprende este ejercicio. Nuestro objetivo, además de la mencionada investigación, consiste en presentar un análisis que examine las bases teóricas de la figura en comento, a fin de entender cuál fue el espíritu que motivó la introducción de esta herramienta en nuestro país. Todo esto, con el fin de verificar si su aplicación responde a los objetivos para los cuales fue concebida.

Asimismo, se busca presentar los marcos de interpretación de la humanización de la pena en su acepción histórico-material, a fin de identificar paralelamente si la comprensión local del principio adoptado vía legislativa, en efecto se compadece con la figura en mención.

En suma, lo que se quiere es hacer un análisis que permita precisar el desarrollo jurídico-práctico de la institución en comento, a fin de determinar el alcance de los preacuerdos y negociaciones, así como las posibles modificaciones, en caso de ser necesarias, que deberán adoptarse para aplicar correctamente la figura de acuerdo a los fines trazados por el legislador, lo cual circunscribimos para los efectos de este documento al principio de humanización de la actuación procesal y de la pena.

Una vez precisado el objeto de estudio, así como la pregunta de investigación, es necesario desde ya orientar al lector respecto a nuestras intuiciones primarias con relación a una posible respuesta al interrogante central del documento. Así, la hipótesis de la que partimos es que siendo que existe un principio de

humanización de las penas y la actuación penal en general, los límites fijados a los preacuerdos y negociaciones (justicia penal negociada o justicia transaccional) no se encuentran reglados, sino que son el resultado de una ponderación entre los fines esenciales del Estado, las necesidades de las víctimas y la sociedad civil.

De lo anterior se desprende, que nuestra hipótesis prevé una ausencia de tope máximos o mínimos legales para la negociación, siempre que se respete un juicio de ponderación entre los tres elementos mencionados, a saber, fines del Estado, sociedad civil y justicia para con las víctimas.

El ejercicio que nos hemos propuesto se desarrollará a través de dos secciones centrales. En la primera sección, constituida por los numerales I y II, examinaremos lo siguiente: I) en primer lugar, los antecedentes a la elaboración del título II del libro III del CPP. En esta sección se analizará a través de un ejercicio, primero histórico (a fin de reconstruir la justicia transaccional en el panorama nacional) y luego de teoría jurídica (sistema acusatorio vs. inquisitivo), las tradiciones jurídicas que subyacen al modelo acusatorio, a fin de rastrear el origen de nuestro modelo actual. Lo que se busca con lo anterior es hacer una valoración de los antecedentes legislativos colombianos, evidenciando el panorama general de la justicia transaccional en Colombia, y más puntualmente, de los preacuerdos y negociaciones en el país; II) en segundo lugar se estudiará el alcance que la doctrina y la jurisprudencia han dado a la figura de los preacuerdos y negociaciones, con el ánimo de presentar una tipología de la misma.

En la segunda sección del documento, compuesta por el numeral III) examinaremos el principio de humanización de las penas introducido con la reforma procesal penal para estudiar su contenido y alcance a la luz de lo que históricamente ha sido la finalidad del castigo. Este numeral lo enriqueceremos con algunas anotaciones respecto de la figura de víctimas y victimarios en el

proceso, filosofía del castigo y algunos apuntes sobre la justicia transaccional en consonancia con los presupuestos de la justicia transicional³.

Finalmente, presentaremos las conclusiones generales del escrito, acompañadas de una reflexión sobre los retos y necesidades de los preacuerdos y negociaciones (justicia penal negociada o transaccional) hacia el futuro.

Como se enunciaba anteriormente, son tres preguntas las que orientan nuestro objetivo central. A la primera, ¿qué fue lo que se buscó con la figura de preacuerdos y negociaciones al momento de adoptarla en Colombia?, dedicaremos enteramente la sección I de nuestro ejercicio.

Allí, procuraremos dilucidar cómo fue la introducción y aplicación del sistema penal acusatorio, como marco interpretativo de la figura de preacuerdos y negociaciones en Colombia, a través del rastreo de la historia procesal penal nacional; cuáles fueron los objetivos que se perseguían con su adopción; cómo fueron los debates que se suscitaron en el seno de la rama legislativa y de qué manera se adoptó la reforma que llegó a materializarse en la ley 906. Este ejercicio se hará fundamentalmente recurriendo a una revisión doctrinal, al texto del proyecto de ley en el aparte de la exposición de motivos, y a los debates que cursaron en el Congreso de la República con ocasión de su aprobación.

³ Sabemos que este numeral es en sí mismo una investigación adicional. No queremos agotar este tema a profundidad, pero sí mostrar algunos puntos comunes que confiamos permitirán extraer valiosas conclusiones tanto para este trabajo, como para ejercicios académicos posteriores. Nuestro objetivo con su inclusión es demostrar cómo dentro de este marco global de humanización punitiva y procesal, en el fondo subyace una noción fundamental, que no es otra que la del reconocimiento del sujeto pasivo de la acción penal, como una persona a quien se necesita reconciliar y aproximar a las instituciones. Este objetivo central es a su vez un eco de los procesos de justicia transicional, y creemos fundamental hacer un parangón en este sentido, a fin de extraer de este modelo algunas conclusiones importantes, más aun sabiendo que la justicia transaccional tiene un muy pobre desarrollo bibliográfico, y por ende, será muy valioso aproximarla a una forma de justicia (transicional) que a nuestro juicio comparte muchos elementos.

Adicionalmente, examinaremos los avances doctrinarios que han aportado con un alto grado de éxito a la identificación de las raíces del sistema acusatorio colombiano, y en particular, al andamiaje histórico de la justicia transaccional, a fin de precisar a través de un análisis de doctrina y de un ejercicio nutrido con experiencias foráneas, cuál es la base del sistema penal actual. De ello, se espera extraer valiosas conclusiones para encausar nuestro trabajo hacia el alcance y contenido de los preacuerdos y negociaciones recogidos en el título II del libro III del CPP.

Con la respuesta a este primer interrogante, y todavía en el marco de la sección I, procuraremos brindar una respuesta en lo que atañe a la segunda pregunta: ¿cuáles son los límites fijados al operador jurídico al llevar los preacuerdos a la práctica?.

El numeral II busca hacer un barrido de la doctrina y jurisprudencia que se ha ocupado de examinar los preacuerdos y las negociaciones en Colombia. La revisión de doctrina se hará construyendo un marco teórico del que han sido tres los pilares doctrinarios que marcan la pauta: el trabajo de Alejandro Garzón, César Augusto Londoño y Gloria Cristina Martínez, quienes a lo largo de dos extensos volúmenes han agotado de buena manera los preacuerdos y las negociaciones; el libro de Gustavo Gómez Velásquez y Fernando A. Castro Caballero mediante el cual se fijan algunos criterios adicionales que merecen particular relevancia, especialmente, en lo que tiene que ver con la delimitación del alcance de la figura en términos prácticos; y finalmente, el trabajo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en un documento titulado “Preacuerdos y Negociaciones en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano” en el que se identificó los límites de las negociaciones y preacuerdos, y de lo cual podremos extraer valiosas conclusiones respecto del contraste entre práctica y teoría en la materia que se examina.

De otro lado, la revisión jurisprudencial se hará reconstruyendo los límites identificados por los fallos de tribunales y altas cortes en relación a los preacuerdos y negociaciones. Allí mismo presentaremos la diferenciación que, de manera preponderante, la jurisprudencia ha precisado existe con otras estructuras jurídicas tendientes a la reducción de la pena.

Finalmente, habiendo dado respuesta a las dos primeras preguntas, quedará por esclarecer la tercera cuestión: ¿cómo entender el espíritu de la figura, si es que es cierto que lo que se pretendía era la “humanización” de las penas? La misma, esperamos abordarla en la sección II, y transversalmente, en las últimas reflexiones de la sección I.

Como se verá, la sección II está encaminada a determinar cuál es la finalidad que en términos generales persigue la figura de preacuerdos y negociaciones, sirviéndonos de un trabajo interpretativo a propósito de los objetivos que tiene una institución como la que se comenta. Como para el momento en que se aborde esta sección habrán sido desarrolladas al menos dos cuartas partes del documento, confiamos en que ya se tendrá claridad respecto a que la finalidad principal perseguida por esta institución amalgama al menos cuatro puntos centrales: 1) humanizar las penas; 2) alcanzar la verdad en función de reparación a las víctimas; 3) facilitar la reconciliación entre el procesado y la sociedad civil; y 4) lograr una descongestión del aparato judicial, siendo la primera y última, las más características y a nuestro juicio, centrales dentro del andamiaje procesal penal colombiano⁴.

⁴ En estricto sentido, la humanización de las penas, la reparación de víctimas y la propensión a la reconciliación no son objetivos separados, sino un verdadero grupo conceptual encargado de desarrollar la humanización del sistema procesal y las penas. No nos detendremos a hacer claro esto en esta cita supuesto que será objeto de estudio de la segunda sección del documento, pero sí vale la pena no perderlo de vista, ya que son manifestaciones diversas de eventos similares, todas recogidas dentro del principio en mención.

Con lo dicho, la sección en comento será un ejercicio de análisis histórico-filosófico respecto del objetivo que se persigue con las penas, y en general, con el castigo, en contraste con los avances en materia de justicia transaccional. Aquí mismo, veremos como el derecho procesal es expresión de una finalidad inserta en el modelo de Estado colombiano, por lo que debe estar orientado y encontrarse a su servicio.

Si logramos presentar argumentos sólidos que permitan convencer respecto a la importancia de la figura de los preacuerdos y negociaciones desde la perspectiva de la humanización de la pena en atención a su impacto, no sólo penal sino constitucional; en la última parte del trabajo esperamos dar respuesta a la pregunta central de nuestra investigación: ¿cuáles son los límites fijados a la Fiscalía General de la Nación para establecer preacuerdos y negociaciones (justicia penal negociada o justicia transaccional) con los procesados, y cómo son éstos valorados a la luz de la humanización del proceso penal y de las penas?.

Tenemos certeza de que llegando el momento de dar respuesta a la pregunta central, podremos tener no solo claridad respecto a la figura, sino que además estaremos en condiciones de presentar una serie de reflexiones y comentarios tendientes a mejorar su utilización propendiendo por alcanzar el fin último pretendido al momento de su inclusión en la legislación nacional.

A. Primera sección

I. Antecedentes

La fijación de los límites a los preacuerdos y negociaciones es, en sentido estricto, una labor de interpretación histórico-normativa. Entendemos el término histórico-normativo como una aproximación contextual, atada a rasgos enmarcados dentro de un desarrollo histórico, pero también a una reinterpretación conforme al tratamiento dado a una institución de acuerdo al texto de la norma que le da origen. Es así como encontramos no sólo justificado sino indispensable para la comprensión de la figura de los preacuerdos, un ejercicio en primer lugar histórico, en segundo lugar contextual y finalmente normativo como tal. Esta primera parte del documento la dedicaremos a esa tradición histórica que subyace a la figura en comento.

Aun cuando no es objeto de nuestro proyecto reconstruir las diferencias conceptuales y epistemológicas entre el sistema penal acusatorio y el sistema inquisitivo, al estar ambos enraizados en la tradición jurídico-penal colombiana es importante clarificar en qué consiste uno y otro, así como dar un barrido general por el avance normativo que ha permitido la materialización de un derecho procesal como el que apareció con la ley 906 del 2004.

Asimismo, para poder determinar el alcance de los preacuerdos, no basta con comprender cómo se ejecutan actualmente, sino cómo han sido tratados por la tradición jurídica en la que se insertan, así como el grado de flexibilidad con el que contarán de acuerdo al historial procesal penal, esto es, de acuerdo a la creciente proclividad histórico-procesal hacia la justicia negociada (transaccional) o por el contrario, a las restricciones hacia este tipo de justicia.

Dicho lo anterior, comenzaremos por presentar el panorama normativo del proceso penal colombiano haciendo un barrido sobre los avances legislativos con

énfasis en las aproximaciones hacia la justicia negociada. Posteriormente, dedicaremos un numeral exclusivo al tránsito del acto legislativo que dio origen a la ley 906 de 2004. Para cerrar este capítulo de antecedentes presentaremos una caracterización de los sistemas acusatorio e inquisitivo desde los referentes doctrinarios, precisando la importancia que éste barrido tiene para la comprensión del modelo de justicia negociada objeto del presente trabajo.

1. Histórico legislativo: los modelos penal-procesales y su concreción en justicia transaccional (preacuerdos y negociaciones de la ley 906 de 2004)

En Colombia, los modelos penal-procesales que han regido antes de la promulgación de la ley 906 de 2004 han sido plurales. En ese sentido, un ejercicio indispensable, antes de aclarar el alcance de las tradiciones de corte acusatorio, inquisitivo y mixto, es mirar la concreción de esas figuras en la historia nacional.

Este ejercicio es vital para entender cómo ha sido el tránsito de la justicia más restrictiva hacia la justicia negociada que apareció con la Ley 906, por lo cual dedicaremos unas líneas a revisar en primer lugar, los diferentes códigos vigentes desde 1887, presentando correlativamente el tratamiento de figuras de justicia transaccional, en caso de haberlas, en cada uno de ellos⁵.

⁵ No sobra explicar que las razones que motivan este acápite tienen que ver con el interés por mostrar cómo ha sido el tratamiento de las diferentes legislaciones y cómo se ha presentado la evolución desde una justicia muy restrictiva hacia una faceta más flexible. Nuestra intención no es la de extendernos en una descripción, sino más bien decantar algunos puntos centrales de lo que llamamos justicia penal negociada o transaccional, con miras a extraer conclusiones más agudas en relación a las novedades y bondades “humanizantes” adoptadas con la ley 906.

Periodo entre 1887 y 1937

Según lo presenta el profesor Heliodoro Fierro-Méndez (2012:47- 48) el periodo comprendido entre el año 1887 y 1937, estuvo marcado por una serie de reformas que se derivaron de la Ley 57 de 1887 mediante la cual se unificó la codificación nacional que sirvió de base para la adopción del código judicial del año 1872.

Este código, comprensivo de tres materias: organización y división territorial, enjuiciamiento civil y enjuiciamiento criminal, fue un primer antecedente de codificación en materia penal, aun cuando no se aplicó con total cobertura en el país y tuvo alteraciones tales como el procedimiento marcial (si se quiere excepcional) acogido mediante el decreto proferido el 31 de diciembre de 1928, como respuesta a las huelgas en la United Fruit Company, por parte del gobierno del ex-presidente Miguel Abadía Méndez. La mencionada ley, regulaba las dos etapas, esto es, la del sumario y el juicio.

Lo mencionamos, a fin de reseñar este punto de inflexión de donde deviene para la historia colombiana la tendencia a regular el procedimiento penal por vía legislada. Aun cuando no encontramos en este documento una referencia que derive alguna posible justicia negociada, sí fue un ejercicio vital en la construcción de un código unificado que recogiera a todos los nacionales dentro de una misma legislación.

Periodo entre 1938 y 1970

Seguidamente, fue promulgado el Código de Procedimiento Penal de 1938, a través de la Ley 94. Este código, de corte eminentemente positivista, suscitó grandes expectativas así como resistencias dentro de los expertos de la época, porque como lo menciona Fierro-Méndez (2012:48) había dudas respecto a las

capacidades de los operadores de justicia para aplicar el texto adoptado en dicho año.

La Ley 94 de 1938, creó los jueces de instrucción criminal, que serían designados por los Tribunales Superiores, quienes tenían a su cargo y de manera exclusiva, la *instrucción* de los sumarios, correspondiendo a los alcaldes e inspectores la investigación de las contravenciones.

No entraremos en los pormenores del documento. No obstante, y en relación a nuestro objetivo de estudio, tal vez una de las condiciones más nocivas en materia de justicia negociada fue la adopción de un principio de acuerdo al cual “en tema de privación de la libertad se impuso el encarcelamiento como regla general y la libertad como excepción” (Fierro-Méndez, 2012: 47). Ciertamente, el hecho de que el encarcelamiento fuera la base del modelo de justicia, denota una preponderancia del castigo por sobre otros fines, siendo esto un claro indicio de la resistencia imperante en el momento de adoptar modelos de justicia flexible o negociada.

En 1946, la Ley 58 autorizó que funcionarios visitadores de la Contraloría General de la República iniciaran y adelantaran investigaciones por delitos de peculado, habilitándoseles incluso para proferir auto de detención.

Mucho más grave aún fue el decreto 0014 de 1955, mediante el cual se impuso la figura de la peligrosidad social, régimen que permitía que aquellos sujetos cuya fisonomía, actitudes, actividades, hábitos y otros, significara algún tipo de peligro, pudieran ser encarcelados incluso sin haber cometido un tipo penal. Esa disposición, estuvo vigente hasta el año 1964, cuando fue emitido el Decreto 1699 que estableció el procedimiento para las conductas llamadas “antisociales”, esto es, las mismas a las que el Decreto 0014 de 1955 catalogaba como de “peligrosidad social”. En uno y otro caso, el funcionario que instruía y calificaba,

también fallaba. No polemizaremos alrededor de este tema, o de situaciones como las excepcionales aplicadas en virtud de las constantes declaraciones de estados de sitio. Bástenos con saber que en este quinquenio tampoco hubo una tendencia hacia la apertura a esquemas de justicia flexibles o transaccionales.

La Ley 27 de 1963 autorizó al gobierno para que facultara a los jueces municipales a adelantar investigaciones. Así, se crearon fiscales instructores dependientes de la Procuraduría General de la Nación. Existía entonces una mixtura en materia de investigación y juzgamiento, pues mientras los jueces municipales investigaban y juzgaban, los fiscales de la Procuraduría investigaban, correspondiendo la emisión del fallo de esas causas a los jueces de conocimiento. Este último, a juicio del doctor José Sintura Varela (2005: 22) en su escrito *Evolución del Sistema Acusatorio en Colombia*, es quizá, el primer antecedente en Colombia de un modelo de tendencia mixta acusatoria.

Periodo entre 1971 y 1986

Este periodo comienza con la aparición de un nuevo Código de Procedimiento Penal recogido en el Decreto 409 del año 1971, a través del cual se dictaron algunas reformas y se adelantó una codificación de la normatividad existente que, por efecto de los diversos decretos dictados en el lapso de los casi cincuenta años anteriores, carecían de una unidad cuando menos documental. En resumidas cuentas, lo que ocurrió con el código del 71 más que una reforma fue una codificación, y de esta situación tuvo plena consciencia el entonces presidente López Michelsen, quien encomendó una junta de juristas para efectos de adelantar un anteproyecto de reforma al código.

El proceso fue infructuoso, dado que los reformadores no pudieron concluir los estudios necesarios para efectos de presentar el documento que debería ser

tramitado por parte del presidente, razón por la cual no fue más que la intención reformista truncada por las dificultades propias del ejercicio investigativo.

El 7 de octubre de 1976, el Presidente López declaró el estado de sitio, disponiéndose a través del Decreto 2260 el conocimiento por la justicia penal militar de algunos delitos cometidos por civiles, mediante consejos verbales de guerra; situación que se presentaría nuevamente en el gobierno de Turbay con el Decreto 1923 de 1978, denominado *Estatuto para la protección de la vida y la seguridad de los asociados*.

Ya en 1984, se dictó la Ley 2ª mediante la cual se esperaba combatir principalmente el secuestro, la extorsión y el terrorismo (como respuesta al fortalecimiento de grupos narcotraficantes), dando paso a una figura interesante que se convierte en un antecedente significativo en materia de preacuerdos y negociaciones: el procedimiento abreviado. En este momento, la justicia seguía bajo la mirada de la reprensión como el objetivo principal para detener las conductas desviadas o lesivas.

Así, según el artículo 12 de la ley 2ª, el procedimiento abreviado tenía como fin facilitar la persecución de delitos como secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y los conexos con estos. La aplicación preferente, según lo definiera el artículo 13 de la misma norma, estableció este procedimiento como una excepción a la aplicación del procedimiento penal vigente a la fecha, facultando a jueces especializados para fallar con base en un proceso especialmente diseñado para atacar los delitos referidos tal como la misma ley lo hacía claro en su contenido.

Ahora bien, esto no supuso una disminución en la importancia del principio de legalidad en la aplicación normativa y en cuanto a la estructura del procedimiento, puesto que las facultades de excarcelación del juez estaban delimitadas normativamente según lo establecido en el artículo 21, el cual expresamente

establecía que “*en los procesos que se adelanten conforme a este procedimiento sólo habrá lugar a excarcelación en los siguientes casos*” citando 4 numerales explícitos, limitativos de las facultades de los jueces.

No obstante lo dicho, la ley 2ª es una referencia significativa que tuvo impactos insospechados algunos años más adelante, toda vez que aun respetando el principio de legalidad, generó una ruptura no a las garantías procesales pero sí a la forma en que estas eran concebidas.

Finalmente, vale mencionar que dentro del periodo que examinamos, existió un mecanismo que abrió la puerta realmente a la justicia negociada: la Ley 30 del año 86. A través de ésta, y a partir del artículo 45, se consagró una rebaja en la pena de acuerdo, como sigue:

Artículo 45: la persona sindicada y procesada por los hechos punibles a que se refiere este capítulo que denuncie mediante pruebas idóneas a los autores, cómplices o encubridores del delito que se investiga, diferentes a los ya vinculados al proceso, se le disminuirá la pena de la mitad (1/2) a las dos terceras (2/3) partes.

Este mecanismo, no siendo un símil o una copia idéntica de lo que son los preacuerdos y negociaciones tal como se conocen a la fecha, es un antecedente de gran importancia porque recoge lo que, al menos de acuerdo al ejercicio que hemos hecho hasta este momento, puede considerarse un verdadero antecedente de justicia negociada.

Periodo entre 1987 y 1990

Ya en el año 87, y a través del Decreto 1199, se estableció una rebaja de pena a quienes ayudaran a librar órdenes de captura contra otros delincuentes. Fue así

como de la norma transcrita, puntualmente el artículo 8, estableció que “quien fuere condenado, se le reducirá la pena hasta en una tercera parte, cuando con sus informaciones permita la ejecución de órdenes de captura”.

Junto al ánimo reformista que ya se venía perfilando con la Ley 30 del año 1986, es este mecanismo también un avance significativo en el intento de lograr acuerdos con los procesados, resquebrajando el modelo rígido de castigo que parecía ser el único con cabida dentro de la legislación nacional hasta el momento de la reforma.

Otro aporte importante lo constituye el Código de 1987. Como bien lo menciona Fierro-Méndez (2012) ese cuerpo normativo fue realmente una aproximación implícita al proceso de corte acusatorio. Si bien es cierto no contaba con las mismas instituciones, el autor es enfático al mencionar que fue el primer paso para el cambio de mentalidad y en cierta forma, abonó el terreno hacia una serie de reformas posteriores que concluirían con la expedición de la ley 906 como la conocemos hoy en día.

Vale mencionar que mediante la apreciación precedente no suponemos un rastreo sobredimensionado de causalidades. Lo que se argumenta es que si bien no fue el código del 87 el padre de la Ley 906, sí fue un antecedente fundamental que dio un giro a la forma como se venía pensando la justicia procesal-penal, de lo cual se verían frutos casi una veintena de años después.

Esto último, lo sostenemos basados en el hecho de que el código fija como principio central la libertad personal del individuo, a la espera de una eventual sanción producida con base en los reglamentos del mismo. Tanto es así que en su artículo 4 dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad. Sólo procederá la privación de ésta por las causas y en las condiciones preestablecidas en la ley”,

siendo una postura importante como instrumento de humanización de las penas y reconfiguración de la figura del procesado.

Pero, el código va más allá, pues establece en el artículo 11 que la finalidad del proceso penal no es otra que la de “la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que en él [el proceso] intervienen”, siendo claramente el procesado un interviniente central del mismo y por lo mismo, un objeto de garantías más que un sujeto de penas.

Como refuerzo a lo que ya había ocurrido en los dos años anteriores, otro antecedente a destacar en este periodo fue el del Decreto 180 de 1988 el cual, a través de su artículo 37, modificado por el Decreto 2490 de 1988, estableció lo siguiente:

Artículo 37. Eximente de punibilidad. Quien después de haber intervenido como autor o partícipe en la comisión de los delitos de competencia de la Jurisdicción de orden público, colabore eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución, será eximido de pena al momento de dictar sentencia.

Finalmente, y a través de los Decretos 2047 y 3033 de 1990 (y un decreto posterior, el 303 de 1991 que recogería una institución prácticamente idéntica) se establecieron rebajas automáticas de pena para quienes, sin estar privados de la libertad, comparecieran ante la justicia y se sometieran a la misma. Así, para citar un ejemplo el artículo primero del decreto 2047 estableció en su momento que “tendrán derecho a rebaja de la pena o a condena de ejecución condicional según las previsiones de este Decreto, cuando se cumplan los siguientes requisitos (...)”

Como se puede apreciar, las rebajas de penas operaban no como consecuencia de un preacuerdo, sino por colaboración directa con la justicia.

A las claras, se puede percibir que durante este lapso de tres años, y en consideración a los antecedentes apenas mencionados, el objetivo fue el de procurar un sistema de corte acusatorio, reforzado con instituciones de colaboración con la justicia (instituciones de corte negocial) a través de las cuales se ofrecía una reducción en la pena, a cambio de la eficaz colaboración en materia de investigaciones. Diríamos que estos tres años marcarían la pauta de los avances que se han desarrollado hasta la fecha en materia procesal-penal en Colombia.

Periodo entre 1991 y 2000

El periodo entre el año 1991 y 2000 estuvo marcado por una actividad legislativa de gran magnitud. De más está destacar la importancia de la Constitución Política, la creación de la Fiscalía General de la Nación y la participación de plurales sectores de la sociedad en la consolidación de un escenario mucho más dinámico e incluyente, que tuvo resonancia en el diseño institucional del país.

La Audiencia Especial

El Decreto 2700 de 1991 en su artículo 37 estableció una forma de terminación anticipada del proceso, de acuerdo con la cual, a iniciativa del fiscal o del sindicado, el juez podía disponer en cualquier momento pero sólo por una vez, desde que se hubiese proferido resolución de apertura de la investigación y hasta antes de que se fijara fecha para audiencia pública, la celebración de una audiencia especial. En ésta, el fiscal presentaría los cargos que de acuerdo con la investigación surgieren contra el sindicado, teniendo éste la posibilidad de aceptarlos, en todo o en parte, o de rechazarlos, recibiendo un beneficio de rebaja

de pena de una sexta parte. El sindicato podía condicionar el acuerdo a que le fuese otorgada la condena de ejecución condicional, cuando fuese procedente.

El juez de conocimiento debía verificar la conformidad de la calificación jurídica del delito y de la pena imponible con la ley, así como la existencia de *prueba suficiente* para condenar, luego de lo cual proferiría la sentencia respectiva. La no aprobación del acuerdo por el juez era susceptible de impugnación por el sindicato, el fiscal o el ministerio público.

Sin profundizar en las razones que se tenían para lo propio, doctrinantes como Gilberto Martínez Ravé (1992: 289), se mostraron escépticos sobre la efectividad de la referida figura de terminación anticipada, señalando que “Aunque no creemos mucho en la efectividad de esta nueva figura dentro de nuestro procedimiento, las disposiciones que regulan pretenden incentivar a los procesados para que se acojan a ella, y les ofrece algunos estímulos especiales.” Ciertamente, el transcurso del tiempo demostró la necesidad de su revisión y modificación.

La Ley 81 de 1993 en su artículo 4º, introdujo la figura de la audiencia especial, la que podríamos afirmar, contiene en su esencia las particularidades propias de lo que hoy conocemos en la Ley 906 de 2004 como preacuerdos y negociaciones. En efecto, para Fabio Espitia Garzón (1998: 420) la institución de la audiencia especial “identifica un proceso de tipo acusatorio”, la que a su juicio, encuentra su antecedente próximo en el *patteggiamento* introducido en el Código Penal Italiano de 1989.

La figura de la audiencia especial surge en un momento de significativa congestión judicial y en el que como ahora, la infraestructura investigativa se tornaba insuficiente para consolidar probatoriamente la integridad de las instrucciones en curso y conducir las con plena solidez a juicio. Se procuraba entonces, la adopción

de un mecanismo que promoviera la descongestión judicial y la celeridad de las actuaciones en las que se lograba avizorar con base en los elementos materiales probatorios recaudados durante la instrucción, una insalvable duda razonable respecto de elementos estructurales del delito y sus agravantes.

De acuerdo con la citada disposición, a partir de la ejecutoria de la resolución que definiera la situación jurídica del procesado y hasta antes de que fuese clausurada la investigación, el fiscal o el procesado, directamente o a través de la defensa técnica, podían solicitar la celebración de la diligencia de audiencia especial, misma que sólo podía surtirse por una única vez, al margen de las oportunidades en las que fuese deprecada su práctica.

La institución de la audiencia especial reclamaba para su procedencia la existencia de duda probatoria respecto de algún o algunos elementos estructurantes del hecho punible o de las circunstancias agravantes deducidas en la resolución de situación jurídica. Al igual que se permite con la Ley 906 de 2004, en materia de preacuerdos, la audiencia especial podía versar sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena, la condena de ejecución condicional y la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor.

Por su parte y si bien es cierto, no aparecía en el texto normativo la exigencia sobre la tipicidad de la conducta investigada, al margen de su recta adecuación, así como la acreditación de la participación del sindicado, independientemente de su grado; la doctrina y jurisprudencia avanzaron sobre ciertos mínimos que al parecer propugnaban por la no vulneración del principio de inocencia: “Cuando esté demostrado que el imputado intervino en la comisión del hecho punible, y no se establezca la atipicidad del comportamiento, o no concurren causales de justificación o inculpabilidad, es factible convocar a audiencia especial” (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 1995: 533).

Por su parte, tal y como se establece en materia de preacuerdos y negociaciones en la Ley 906 de 2004, en el trámite de audiencia especial el acta contentiva del acuerdo, hacía las veces de Resolución Acusatoria, razón esta por la que se reclamaba la especificidad y concreción de circunstancias genéricas tanto de agravación como de atenuación punitiva, a las que en principio debía sujetarse el juez de conocimiento llamado a verificar la legalidad del acuerdo.

Sobre la legitimidad del control material del acuerdo surtido en Ley 906 de 2004 volveremos más adelante. Por ahora, señalaremos que el alcance legal y jurisprudencial deferido a la competencia del juez de conocimiento en la audiencia especial, en nuestro criterio, termina por desdibujar lo que en principio, podría reproducir una figura típica del Sistema Acusatorio.

Esto es, de acuerdo con el entendimiento que se dio a la figura por parte de la Corte Constitucional en Sentencia C-394 del 8 de septiembre de 1994, mediante la cual se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad de los incisos 4º y 5º del artículo 37 A y el inciso 2º del párrafo 1º de ese mismo artículo, si de ordinario los aspectos referentes a la adecuación típica, el grado de participación, la determinación de la culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional y la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, corresponden al juez, el acuerdo existente sobre tales tópicos entre fiscalía y procesado debe someterse a su control, sin que pueda renunciar en ningún caso al ejercicio de su función.

Considera la Corte, que aspectos tales como la adecuación típica, el grado de participación, la determinación de la culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional y la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, corresponden a aspectos de la actividad ordinaria de juzgamiento propia del juez. Por consiguiente, el acuerdo del fiscal y el

procesado sobre estas cuestiones, es asunto que concierne directa y específicamente al juez y por ello es razonable y ajustado a la técnica jurídica el que la ley hubiera establecido el control del acuerdo por éste. Si normalmente, cuando no hay acuerdo el juez es quien decide sobre los aludidos aspectos, es obvio, que no debe renunciar a esa función en ningún caso, y por consiguiente, debe controlar el referido acuerdo en razón de que toca con cuestiones que pertenecen al ámbito de su competencia. Admitir que el acuerdo entre el fiscal y el procesado sobre las cuestiones antes aludidas puede ser definitivo e intangible, violaría el derecho al debido proceso que exige que el juzgamiento se haga por el juez natural competente, según el ordenamiento jurídico, esto es, el juez de conocimiento, pues quien en definitiva juzgaría sobre la base del acuerdo, sería el fiscal y no el juez, convirtiéndose de ese modo la sentencia en una simple refrendación formal de dicho acuerdo. Debe anotarse adicionalmente, que la revisión que ejecuta el juez a los acuerdos entre el procesado y el fiscal, es una garantía de los derechos de los procesados, pues la intervención del juez constituye una instancia diferente e imparcial que asegura una recta administración de justicia.

Esa radical posición trascendió al punto de determinar que el fiscal en la práctica sólo podía hacer referencia, más no pactar, los mínimos y máximos establecidos sobre la pena, en tanto su dosificación también competía al juez. Una posición contraria, señalaba que el fiscal sí estaba facultado para acordar una pena concreta.

La Corte Suprema de Justicia mediante Auto del 7 de junio de 1995 sobre el particular señaló:

De lo anterior se desprende que el escrito que quede al finalizar la audiencia especial tiene las características de una verdadera resolución de acusación, aunque dotada de mayor rigidez que la ordinaria. La razón es obvia. Como quiera que aquella ha sido elaborada por la fiscalía con la aquiescencia del procesado, la tarea del juez se limita a realizar sobre ella un control de legalidad (...) Lo propio puede decirse de la pena imponible, aceptada por el inculpado. No puede el fallador – *y aquí se encuentra la mayor novedad de ésta “suigeneris resolución” de acusación* – aplicar una sanción mayor a la estipulada, pues la admisión de los cargos estuvo condicionada a ella e impone lo relativo a la pena que habrá de deducirse. Lo propio puede decirse de la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, salvo claro está que una u otra contradigan o desobedezcan la legislación vigente (...) De acuerdo con lo anterior se tiene que el fallo debe dictarse con fundamento en el escrito que recoge la acusación formal de la fiscalía en todo lo que aceptó el procesado. No puede abarcar temas diferentes a lo allí consignado, pues el consentimiento del reo es el que permite ponerle punto final a la actuación, anticipándose con relación a los temas ordinarios (...) Como corolario de lo dicho, al juez no sólo le está prohibido tratar asuntos diferentes al acuerdo, sino también reformarlo a su acomodo, trascendiendo los límites del acta en referencia. Si esto se permitiera, los cargos y su aceptación quedarían sujetos al arbitrio del juzgador. Sin embargo, esta no es la intención de la figura. Aquí el fallador se limita a controlar la legalidad del convenio, deber que le corresponde como administrador de justicia. Nada más.

Como se verá, esta última posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se identifica, siquiera parcialmente, con su más reciente posición en materia de la competencia que al juez de conocimiento le corresponde en materia de preacuerdos y negociaciones en Ley 906 de 2004.

Al parecer, identificándose con la primera posición, señalan Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett (1995: 535) en su obra *El Proceso Penal*, que el control del juez en la audiencia especial no era meramente formal, en tanto debía establecer la plena responsabilidad del procesado, así como la duda insalvable sobre los aspectos materia del acuerdo, esto es, debía cumplirse por su parte un ejercicio de valoración probatoria; sin que el fiscal estuviese habilitado para precluir anticipadamente por delitos conexos de menor entidad. Su facultad, se señala, se concretaba en la propuesta al juez de conocimiento sobre la viabilidad de extinción de la acción penal en aquellos, pues lo contrario, implicaría no menos que la desnaturalización de la función del juez, “al negársele la posibilidad de cumplir el control integral del acuerdo”.

En similar postura Espitia Garzón (1998: 425) señala que en ejercicio de ese control de legalidad, el juez debía verificar la recta tipificación de la conducta investigada, la correspondencia entre el grado de participación acordado y la conducta típica respectiva, v.gr. la inadmisión de la complicidad en determinada conducta, la procedencia de la forma de culpabilidad preacordada, la legalidad de las circunstancias agravantes y atenuantes, así como el respeto por la pena pactada a los límites mínimos y máximos establecidos en la ley. Como se ve, para el autor sí era viable la determinación de una pena por parte de la fiscalía y procesado, al margen de la aplicación del control respectivo por el juez en punto de su conformidad con la ley.

Es importante resaltar que ese control deferido al juez de conocimiento y la advertencia de no conformidad del acuerdo con las previsiones legales respectivas, en uno cualquiera de los aspectos arriba destacados, le habilitaba para improbar el acuerdo en decisión susceptible de impugnación. Destacamos esta característica de la audiencia especial a fin de confrontarla adelante con las competencias atribuidas al juez de conocimiento en Ley 906 de 2004 en materia de preacuerdos y negociaciones.

Resta señalar que en este período, la academia debatió profusamente en torno a la validez de la figura de la audiencia especial, frente a postulados de orden constitucional, toda vez que su desarrollo avalaba la emisión de sentencias de condena sin la existencia de *plena prueba*, frente a la duda probatoria planteada para fundamentar su aplicación. Sobre este particular, Espitia Garzón (1998: 427), señaló la no vulneración del debido proceso en tanto, de una parte la exigencia de plena prueba de certeza era legal y no constitucional, pudiendo entonces la misma ley modificar esos parámetros. Tampoco se advertía violación al principio de inocencia, pues si bien es cierto, tal presunción se quebraba con el vencimiento del reo en juicio, también la ley podía establecer esas formas de vencimiento en escenarios diferentes al juicio.

La sentencia anticipada

También en el mismo periodo, y de acuerdo a la Ley 81 de 1993, se adoptó la figura negocial de la sentencia anticipada. A diferencia de los preacuerdos, que anticipamos buscan, entre otros, la humanización de la pena como un elemento central y preponderante, con la sentencia anticipada “la justicia no busca solucionar problemas de duda probatoria, ni auspiciar, por lo mismo, discusiones sobre la adecuación típica del hecho o sus modalidades (...) lo que en el caso del artículo 37 se persigue es acelerar la terminación de un proceso en el que la responsabilidad y la modalidad del hecho se demuestran ya con suficiente diafanidad, al punto de haber permitido definir la situación provisional del procesado (...) aceptación que lo lleva a renunciar a otras etapas del proceso, probatorias y de alegaciones, lo que por implicar reducción en el desgaste judicial le genera como contraprestación la generosa rebaja de una tercera parte de la pena, advertido como queda desde entonces que el resultado final habrá de ser, en todo caso, un fallo de condena” (Espitia Garzón, 2010:370).

De acuerdo con la propuesta inicial del Gobierno, la sentencia anticipada sólo era procedente en aquellos eventos en los que existiera confesión simple o captura en flagrancia. En el trámite de deliberación en el Congreso de la República, fue suprimida esa limitante.

Los límites temporales establecidos para la procedencia de la sentencia anticipada se enmarcaban desde la firmeza de la resolución de situación jurídica y hasta antes de que se produjera la clausura de investigación, así como desde la emisión de la resolución de acusación y hasta antes de que fuese señalada fecha para la diligencia de audiencia pública. La aceptación de los cargos por el sindicado en el primer lapso señalado, determinaba en su favor una rebaja de pena de una tercera parte, en tanto que en el segundo, le hacía acreedor a una rebaja de una sexta parte.

No obstante, no señalarlo en forma expresa la disposición contentiva de la figura, su dinámica y alcance precisaban la exigencia de la imposición de una medida de aseguramiento en la resolución de situación jurídica. En otros términos, si el análisis del recaudo probatorio para ese momento confluía en la abstención de imposición de una medida tal, lo propio implicaba la inexistencia de un principio de prueba, en torno del compromiso de responsabilidad del sindicado; con lo que difícilmente podría sustentarse una sentencia de condena en su contra:

Debe entenderse que si bien la norma establece la posibilidad de la aplicación de esta institución jurídica, háyase o no adoptado medida de aseguramiento, en la práctica sólo es viable cuando se imponga dicha medida, momento en el cual empieza a desvirtuarse la presunción de inocencia. Para proferir sentencia anticipada se requiere que estén demostrados los requisitos establecidos en el art. 247 del C.P.P. Si no se impone medida de aseguramiento, sería ilógico que alguien, a pesar

de esta circunstancia, manifestara haber sido autor responsable de un hecho delictuoso (Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett, 1995: 520).

Además de la verificación de la existencia de prueba suficiente para condenar, el juez de conocimiento debía examinar si se habían vulnerado los derechos y garantías fundamentales del procesado, así como si su manifestación de allanamiento habría sido libre y voluntaria.

Respecto de la injerencia o no del juez de conocimiento en la calificación jurídica de los hechos efectuada por la fiscalía, al punto de legitimarse su variación por parte de aquél, en posición que se identifica con la que correspondería al juez de conocimiento en materia de preacuerdos y negociaciones en Ley 906 de 2004; indicó en su momento la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que el juez sólo se halla facultado para “establecer si la acusación aceptada por el imputado recoge la realidad procesal y se acoge a las leyes que rigen el asunto (...) De acuerdo con lo anterior se tiene que el fallo debe dictarse con fundamento en el escrito que recoge la acusación formal de la fiscalía en todo lo que aceptó el procesado”⁶.

Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett (1995: 528) identificaban también para entonces el modelo procesal existente en Colombia, como uno de corte acusatorio, destacando el control estrictamente formal que debía cumplirse por el juez de conocimiento sobre el contenido de la acusación en el procedimiento ordinario, y no en el de terminación abreviada como lo era el de sentencia anticipada. “La regla general en el sistema acusatorio colombiano es la de que el juez puede ejercer control formal sobre la actuación cumplida por la Fiscalía General de la Nación. Por vía de excepción, puede pronunciarse con respecto a los contenidos sustanciales de la acusación”.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Julio 7 de 1995. M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.

En el caso del allanamiento a cargos, señalan Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett (Ibíd.), que el juez se hallaba habilitado para controlar el acuerdo respecto de (i) la existencia de prueba para condenar (ii) la presentación de confesión cualificada, (iii) la existencia de vicios en el consentimiento del imputado (error, fuerza, etc.,) (iv) la existencia de medios de prueba que desvirtúen la confesión y(v) la presentación de error sobre la adecuación típica del comportamiento o de cualquier elemento estructurante del hecho punible.

Claramente, puede verse que la sentencia anticipada era, en esencia, un mecanismo acelerador del proceso con el fin de descongestionar el aparato de justicia y restarle la carga o desgaste administrativo que cualquier proceso penal supondría. Sin embargo, detrás de esta figura no subyace un objetivo humanizador o restaurativo, por lo cual no pueden ser instituciones equiparables incluso a pesar de tener un ropaje transaccional prácticamente idéntico. Sí es, en efecto, un antecedente fundamental en la conceptualización de justicia penal negociada, y justamente en ello, radica su importancia para efectos del presente documento. No obstante, no deben entenderse como sustituibles y homólogas dadas sus diferencias constitutivas.

Periodo entre 2000 y 2004

Sentadas las bases para la justicia negociada, incluso habiendo permitido la interacción entre el ente acusador y el procesado, vale mencionar que tal como lo presenta Sintura Varela (2005:19-33) gracias al Código de Procedimiento Penal del 2000, se fortalecen estas figuras retomando una forma de justicia negociada adicional: la sentencia anticipada (introducida en nuestra legislación por el artículo 3 de la ley 81 de 1993) recogida en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

Bien establece la doctrina que esta modalidad de justicia negociada:

Se fundamenta en un allanamiento puro y simple a los cargos formulados por el acusador, hecho que puede ocurrir en la instrucción, a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre (de la instrucción) o en el juicio, una vez se ha proferido la acusación y hasta antes de quedar ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de la audiencia pública (Garzón, Londoño y Martínez, 2007: 14-15).

Como se podrá notar, en este caso no existe un verdadero acuerdo entre acusador y acusado, pero constituye punto fundamental en lo que denominamos antecedentes de la justicia negociada, en tanto confronta drásticamente el principio de no autoincriminación, por la búsqueda de un valor superior (reducción en la pena) de lo cual en gran medida se nutren los preacuerdos en la perspectiva de la Ley 906 de 2004.

Recuérdese que con la aparición del sistema penal acusatorio que nos rige actualmente, grandes fueron las críticas de diversos sectores, resistiendo la operatividad de los preacuerdos por cuenta de una defensa a ultranza del derecho de no autoincriminación.

Volviendo sobre el allanamiento, vale mencionar que esta figura toma forma a través de un acta “que se remite al juez para que dicte sentencia de acuerdo a los hechos y circunstancias aceptados, debiendo, además del control de legalidad, dosificar la pena que corresponda, deduciendo una rebaja de pena de la tercera parte si la aceptación se da en la instrucción, y de una octava si ocurre en el juicio” (Garzón, Londoño y Martínez, 2007: 15).

La doctrina ha reconocido que:

En Colombia, los preacuerdos sobre culpabilidad y pena tienen su causa en la crisis de eficiencia de la justicia, lo cual exigió que el sistema procesal penal adecuara el ejercicio del consenso como respuesta a la dificultad de procesar las conductas punibles por los medios complejos (entre ellos entes transaccionales) y poco eficaces de las estructuras procedimentales mixtas con tendencia inquisitiva que en nada aportaban a la descongestión del aparato jurisdiccional. Esta fue una razón de peso para que el sistema procesal penal colombiano haya admitido la figura foránea de la justicia consensual propia del sistema acusatorio anglosajón (Ibíd.,14-16).

Sin perjuicio de lo dicho, y sin haber entrado a analizar la manera en que se adoptaron los preacuerdos en el más reciente Código de Procedimiento Penal; vale mencionar que a pesar de adoptar una forma similar a la que ya había sido introducida entre los años 87 del siglo XIX y 2004 del siglo XXI, lo cierto es, que a partir de la adopción de la Ley 906, se replantearon las finalidades de los preacuerdos, derivando una justicia más humanitaria y humanizada, cuyo objetivo principal son fines no sólo de descongestión, sino además de protección a las víctimas y demás intervinientes del proceso, pasando por supuesto por el procesado.

Finalmente, y con el ánimo de no dejar suelta la afirmación tomada de Garzón (et. al., 2008), vale la pena examinar a qué se refieren los autores con la adopción de instituciones de corte acusatorio anglosajón, a fin de continuar también con nuestro esfuerzo por (re)construir los objetivos de la institución de preacuerdos y negociaciones de la Ley 906 de 2004.

2. Diferenciación entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio: una tipología de las tradiciones jurídicas visibles en el historial del proceso penal colombiano

No hemos perdido de vista que el objeto de este trabajo es identificar el alcance de los preacuerdos y las negociaciones a la luz de la reforma adoptada en Colombia a través de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, antes de entrar a examinar los preacuerdos como tal, es indispensable caracterizar el sistema en el cual se inserta esta figura, toda vez que dependiendo de la naturaleza o tradición jurídica bajo la cual fue adoptada, su flexibilización y alcance variarán.

Diferenciación entre sistemas

Determinar la naturaleza que subyace al modelo acusatorio colombiano supone, como toda caracterización, una previa comprensión de los principales escenarios conceptuales o tradiciones jurídicas existentes, para luego adecuar y caracterizar el modelo que se examina⁷.

Esto, nos llevará a un ejercicio inicial meramente descriptivo, a través del cual de forma muy sintética presentaremos los rasgos fundamentales del sistema inquisitivo, acusatorio y mixto, para luego concretar cuál es la figura que opera en este momento en Colombia, o al menos, la que se quiso implantar a través de la Ley 906 de 2004⁸.

⁷ En este ejercicio, nos focalizaremos en el sistema de corte inquisitivo y el sistema acusatorio, toda vez que como hemos visto, Colombia a lo largo de su historia se ha situado en una u otra categoría, o haciendo una mixtura de ambos sistemas.

⁸ No es nuestro interés ahondar con un alto nivel de detalle en uno y otro modelo. Lo que queremos es demostrar cómo, dependiendo del modelo que se quiso adoptar, las inclinaciones hacia la flexibilización, y principalmente, la reglamentación del principio de legalidad permiten o restringen la libertad del operador de justicia en la utilización de la figura de justicia transaccional que nos encontramos examinando.

Vale mencionar que este ejercicio es relevante y necesario, si se tiene en cuenta que como bien precisa Luigi Ferrajoli (1995:564), la dicotomía “acusatorio/inquisitivo” es de gran utilidad para designar una “doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de juez; y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio”.

En estricto sentido, lo que indica el teórico italiano es que la división entre sistemas de corte acusatorio e inquisitivo tiene sentido, en tanto permite generar tipologías a propósito de 1) la estructura u organización del sistema de administración de justicia concretado en la figura del juez; 2) y de otro lado el modelo de investigación y juzgamiento concretamente materializado en el juicio. Hecha la distinción conceptual que existe en el tratamiento de cada una de las dos tradiciones jurídicas respecto de los numerales 1 y 2 apenas mencionados, será más sencilla la identificación de los rasgos característicos del modelo colombiano, a efectos de precisar no sólo a cuál de estas tradiciones responde mejor, sino además concretar el alcance de los preacuerdos en razón del tratamiento que reviste la justicia negociada en una u otra tradición jurídica.

No obstante, hay que decir que compartimos la manifestación del profesor venezolano Eric Lorenzo Pérez Sarmiento (2005:3) quien afirma que “(...) hoy día entre los ordenamientos jurídicos contemporáneos no encontramos formas puras de estos sistemas y solo podemos hablar de formas mixtas de ellos, que serán catalogadas como acusatorias o inquisitivas en la medida en que recojan mayoritariamente las características de uno u otro sistema”.

Modelo acusatorio- Modalidades

Previamente, mencionamos la existencia de una díada que puede recoger, a grandes rasgos, los modelos penales imperantes en el mundo occidental. Comenzaremos por delimitar el concepto del modelo acusatorio.

En términos generales, “se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. (Ferrajoli, 1995: 564). Dicho de otro modo, se reconocerá como acusatorio un sistema procesal donde el juzgador tenga una condición pasiva, diametralmente separada de las partes (adversarios), siendo el juicio esencialmente público, oral y fundado, como dice Ferrajoli, en el libre convencimiento del fallador.

Sobre la naturaleza del proceso, que como dijimos se encuentra enraizado en el choque entre las partes intervinientes, puede sostenerse que:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y finalmente, el tribunal que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión, están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (...) y, por otra parte, a la

posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye (Maier, 2002: 444).

En estricto sentido, el modelo acusatorio tiene por característica principal la puja que se da entre partes que se asumen como iguales (defensa y ente acusador), teniendo a un juez neutral cuya intervención en el proceso sólo se presenta al momento de administrar justicia, la que por regla general se fundará en la libre convicción.

Sin perjuicio de lo anterior, vale precisar que como características centrales, de acuerdo a Barreto Ardila (2003:39) se tienen las siguientes: en el sistema acusatorio 1) la jurisdicción es ejercida por tribunales populares; 2) el juez no dispone de oficio, depende de lo pedido por el acusador y los sujetos procesales intervinientes; 3) la detención preventiva tiene el carácter de excepción, siendo la regla general la libertad hasta que se demuestre la culpabilidad del acusado; 4) las pruebas son aportadas por los intervinientes, a fin de que el juez las aprecie de forma libre; 5) los principios de oralidad, inmediatez, concentración, contradicción y publicidad suelen regir la justicia en este sistema; 6) finalmente, también establece que por regla general no hay lugar a la apelación, toda vez que ésta no contaría con los elementos centrales del sistema: oralidad, e intermediación de la prueba.

Para el profesor Eric Lorenzo Pérez Sarmiento (2005:3), a mediados del siglo XX el denominado sistema acusatorio se encontraba totalmente consolidado, así como el juicio oral, definiéndose igualmente los dos modelos acusatorios existentes: el distinguido como de *oralidad plena*, vigente fundamentalmente en los países del llamado *common law* (Gran Bretaña y Estados Unidos) en Alemania y los países escandinavos y el llamado *modelo mixto o acusatorio formal*, establecido en países como Francia, Italia, España, Japón, Rusia, los países de Europa oriental y los países de América Latina que han establecido el proceso acusatorio y el juicio

oral. El profesor Pérez Sarmiento refiere en su obra a México, Cuba, Perú, Uruguay y Brasil dentro de estos últimos.

En el llamado *sistema de oralidad plena*, anota el profesor Pérez Sarmiento los actos de imputación, de formalización de la acusación, de descubrimiento, exclusión y admisión de pruebas que preceden al juicio oral, se cumplen mediante audiencias en las que las partes concurren ante el juez de garantías o de conocimiento, para formular sus pretensiones y en general, para demarcar su teoría del caso. Esto es, en lo sustancial y sin que la denominación referida entrañe la omisión absoluta de trámites escriturales; el proceso se adelanta oralmente, a través de audiencias. Tal es el caso de las entrevistas surtidas en la etapa preliminar o de la documentación de las pericias que se presentarán en el juicio oral.

Por su parte, el *sistema mixto o acusatorio formal*, se caracteriza por la existencia de una fase preparatoria eminentemente escritural y reservada. Así, las diligencias que se adelantan con el propósito de acopiar elementos materiales probatorios contra el indiciado, no pueden ser conocidas por éste ni por su defensa, hasta tanto se emita en su contra, señala el profesor Pérez Sarmiento (2005: 4-7), medida de enjuiciamiento efectivo. A diferencia de lo que acontece en el sistema de *oralidad plena*, no puede esa determinación ser controvertida en audiencia por el afectado.

Modelo inquisitivo

De otro lado, recibirá el nombre de inquisitivo “todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa”. (Ferrajoli, 1995: 564). En ese orden de ideas, inquisitivo será la

característica de los sistemas donde 1) el juez tiene un rol, ya no neutral como en el acusatorio, sino activo en materia de recolección y valoración probatoria; 2) y donde el procedimiento tendrá el carácter de reservado y en un comienzo secreto, coartando el derecho de defensa y contradicción.

En suma, podría decirse que el procedimiento inquisitivo:

Es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absoluta del poder central, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano (...) la característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo (Maier, 2002: 446-447).

Dicho lo anterior, y tal como lo hicimos en el sistema acusatorio, vale la pena referenciar las características fundamentales del modelo. En ese sentido, de acuerdo a Barreto Ardila (2003) las principales características del sistema procesal inquisitivo serán: 1) que la jurisdicción se ejerce por jueces profesionales; 2) el juez es a su vez acusador y fallador; 3) el acusado pasa de ser sujeto del proceso para convertirse en objeto de éste; 4) la regla general es la detención preventiva; 5) el juez puede disponer pruebas de forma oficiosa; 6) el procedimiento es por lo general escrito, y en su fase previa suele ser secreto; 7) finalmente, se asume que existe segunda instancia donde se revisan las actuaciones del juez.

Principales rasgos diferenciadores de los modelos inquisitivo y acusatorio

Como se vio, el sistema penal acusatorio diverge del inquisitivo en dos puntos centrales: 1) el modelo de juez, neutral en el primero y activo e interviniente en el segundo; 2) así como en el tipo de proceso, escrito y secreto en el inquisitivo y oral y público en el acusatorio (entre otros en virtud del principio de inmediación). De este modo:

Es claro que a los dos modelos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales: si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento (Ferrajoli, 1995: 564).

Modelos mixtos

Por supuesto, los dos modelos descritos pueden presentar variaciones, y versiones híbridas divergentes respecto de las tipologías descritas previamente. Es más, como ya se dijo, citando al profesor Pérez Sarmiento, pareciera que no es posible encontrar sistemas puros en la práctica judicial de los países occidentales, lo cual no desdibuja en modo alguno el valor de las tipologías como extremos ideales de las dos ofertas teóricas principales.

En desarrollo de lo dicho, cabe anotar que la doctrina ha reconocido la existencia de modelos mixtos, siempre que no siendo puros, esto es, fieles reproducciones de las tipologías o bien acusatoria o bien inquisitiva, presenten una especie de

sub-modelos que tomen elementos tanto de una como de otra tradición jurídica, para formar un modelo compuesto por ambas figuras.

En general, estas modalidades mixtas suelen:

Dividir el procedimiento en dos periodos principales, enlazados por uno intermedio: el primero es una investigación, a la manera inquisitiva, aunque con ciertos límites, que reconoce la necesidad del Estado, como persecutor penal, de informarse, previo a acusar penalmente a alguien ante un tribunal judicial; el segundo paso, intermedio, busca asegurar la seriedad y pulcritud del requerimiento penal del Estado, antes de convocar al juicio público, evitando, de esta manera, juicios inútiles, y controlar las decisiones del Estado que cierran la persecución penal anticipadamente, sin juicio; el tercero, imitación formal del juicio acusatorio, consiste, principalmente, en un debate público y oral ante el tribunal de justicia, con la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado, que culminará con la absolución o la condena, fundadas únicamente en los actos llevados a cabo durante ese debate (Maier, 2002: 450-451).

Principales rasgos del modelo procesal penal adoptado en Colombia: su evolución

Describimos previamente los modelos acusatorio, inquisitivo y mixto en los términos de los extremos teóricos que determinan las condiciones de uno y otro, según sus respectivas definiciones doctrinarias. Agotado este ejercicio, es indispensable situar la discusión en Colombia. ¿Cuál es el modelo que adoptamos con la Ley 906 de 2004? ¿Cuáles son sus rasgos fundamentales y cómo se puede definir a la luz de las posiciones de la doctrina que rige la materia?

Bajo el modelo colombiano actual, en los términos que bien describe José Cafferata en referencia a la tendencia legislativa en materia procesal para la América de habla hispana, se incorporó:

La idea de poner no sólo la acusación sino también su preparación a cargo de un fiscal, y colocar en el lugar del juez inquisidor (que investiga, concluye sobre los resultados de su propia investigación y se ‘controla’ a sí mismo para no vulnerar derechos acordados al imputado y demás intervinientes), a un juez que [controlara] el resguardo de derechos fundamentales y el mérito de las pruebas (para resolver sobre medidas de coerción personal contra el imputado o para decidir sobre el fundamento probatorio de la acusación) en el curso de la investigación que [realizara] el fiscal. Y que el juicio [fuera] oral, público y contradictorio, con vigencia plena de la inmediación y la identidad física de los jueces, que para tener garantizada su imparcialidad, [carecerían] de atribuciones para ordenar por si mismos (de oficio) pruebas que [pudieran] ser utilizadas por la acusación (Cafferata Nores, 2005: 257).

Como se desprende de la cita anterior, los modelos adoptados en Latinoamérica, y particularmente en nuestro país, se ajustan a los sistemas de corte acusatorio no únicamente por la descripción realizada, sino por la referencia tipológica que fue presentada anteriormente con base en la obra de Luigi Ferrajoli. Asimismo, esta conceptualización es unánimemente reconocida dentro de la doctrina especializada, a pesar de las subcategorizaciones que suelen hacerse de la misma.

Es así, como “durante las discusiones de los proyectos que culminaron con la promulgación de la Ley 906 de 2004, una parte del debate se centró en si debía acogerse el esquema acusatorio “puro”, o si, por el contrario, debía optarse por una variante ‘a la colombiana’” (Barbosa Castillo, 2006:77).

En estricto sentido, el mismo Barbosa Castillo en la obra citada determina que no se puede predicar, en modo alguno, la “pureza” de un modelo acusatorio. Esto, en tanto el “sistema acusatorio” es una categoría desarrollada por vía doctrinaria, que hace referencia a la calidad derivada del principio acusatorio (también creado doctrinariamente) que se concreta en la existencia de partes opuestas y un tercero imparcial quien tiene la función de decidir entre los dos puntos extremos de la confrontación.

Antes de continuar con la determinación de la forma procesal contenida en la Ley 906 de 2004, resulta oportuna la referencia a la evolución del sistema procesal penal en nuestro país, hasta llegar al que ha sido denominado como de tendencia acusatoria.

Los antecedentes legislativos referidos líneas atrás, permiten afirmar que predominantemente, en nuestro país ha regido un sistema mixto, con marcado énfasis en el inquisitivo durante la primera etapa del proceso o etapa de instrucción, y de tendencia acusatoria en la etapa siguiente, esto es, en el juicio.

El Decreto 409 de 1971, establecía la dirección de las dos etapas del proceso por el mismo funcionario, a quien competía igualmente la emisión de sentencia de primera instancia. Los Decretos 050 de 1987, 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, vendrían ya a asignar las dos fases del proceso a funcionarios diferentes e independientes.

El Decreto 050 de 1987, como ya se dijo, adoptando un sistema mixto de procesamiento penal, adscribe algunas funciones judiciales a los jueces de instrucción criminal. A su cargo tenían la instrucción de la actuación, tanto como su calificación, etapas esas en las que por supuesto se disponía igualmente por su parte sobre la libertad del procesado. Este decreto, estableció asimismo un

procedimiento denominado abreviado, para los casos de aprehensión en flagrancia o cuando existía confesión del encartado.

El Decreto 2700 de 1991 determinó la distinción de los hasta entonces jueces superiores como jueces de circuito. Los juzgados de instrucción criminal fueron incorporados a la creada Fiscalía General de la Nación, en calidad de fiscales seccionales, esto es, delegados ante los juzgados penales del circuito, con la función de instruir y calificar el mérito sumarial, bien con preclusión de investigación o con resolución de acusación.

Por último, la Ley 600 de 2000 siguiendo con la tendencia de sistema mixto que venía, dividió el proceso en dos etapas, correspondiendo a la Fiscalía General de la Nación la primera de ellas, esto es, la instrucción, en tanto la segunda competía a los jueces de conocimiento respectivos. La etapa instructiva se caracterizaba por reproducir el sistema escritural y reservado, al paso que la del juicio se entendía pública y parcialmente oral, toda vez que las pruebas se evacuaban en audiencia pública, presentándose igualmente en ésta las alegaciones de las partes y excepcionalmente, la emisión del fallo respectivo, en la misma diligencia.

Precisado lo anterior, es dable reconocer que existen dos formas de concretar los modelos de corte acusatorio: 1) partiendo de los modelos de ascendencia norteamericana (o si se quiere, anglosajona) y 2) partiendo de los modelos de ascendencia continental-europea. Pasaremos a describir sus elementos fundamentales de acuerdo a la descripción que de ellos hace Barbosa Castillo (2005:78).

Como características de los modelos de ascendencia anglosajona, encontramos que a) refieren a un procedimiento que se nutre por patrones ideológicos propios del utilitarismo, según los cuales el sistema no se condiciona por principios de legalidad sino que cuenta con una flexibilidad amplia para la persecución penal; b)

igualmente se rigen por criterios dispositivos, por lo cual se presume igualdad de partes; c) el proceso propiamente dicho se inicia con la acusación, por lo cual antes de la presentación del escrito en el cual se plasma, simplemente no se entiende iniciado el proceso; d) el principio democrático se cumple a través de la intervención de jurados de conciencia, quienes por su propia convicción se encargan de determinar la culpabilidad de un sujeto reafirmando el desapego necesario al principio de legalidad; e) finalmente, encontramos que en estos modelos la tendencia es a que el órgano encargado de ejercer la acción penal haga parte de la rama ejecutiva del poder público, por lo cual tiene responsabilidad política por sus acciones.

Por otro lado, los sistemas de corte continental-europeo, presentan como características a) la preponderancia indefectible del principio de legalidad, el cual sirve de fórmula para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la reducción de márgenes de arbitrariedad; b) se presume la diferencia entre las partes respecto a una supuesta igualdad, por lo cual otorga en muchos casos facultades de intervención al juez en favor del procesado; c) generalmente los procedimientos de corte europeo conciben un trámite de dos etapas separadas: investigación y juicio, generalmente accionadas por órganos diferentes; d) generalmente el ente acusador no es parte de la rama ejecutiva, sino que se vincula o bien a la rama judicial, o bien a un sector independiente; e) finalmente, encontramos que a diferencia de lo que ocurre con los jurados de conciencia, en el proceso continental-europeo los jueces están en el deber de motivar legalmente sus decisiones, a fin de no vulnerar el principio de legalidad.

Con base en los elementos mencionados, característicos de las dos figuras que rigen en materia de sistemas penales (al menos en el mundo occidental), claramente se entiende que “el sistema acusatorio acogido por Colombia en la reforma constitucional se aviene más con los postulados del sistema europeo

continental que con los elementos del sistema anglosajón” (Barreto Ardila, 2003: 41).

Esto es así, principalmente porque en Colombia se ha entendido que sin importar cómo se ejecute la acción penal, ésta siempre deberá estar sujeta a la primacía del principio de legalidad (atenuado o no) con el fin de defender los derechos de los procesados y en general de los ciudadanos:

Nuestro sistema está sustentado en el principio de legalidad, esto es, de sometimiento de las autoridades, y en especial de los funcionarios judiciales al imperio de la ley, al punto que en el artículo I del Acto Legislativo 03 de 2002 (...) se dispone que la ley establecerá los casos en los que la Fiscalía General de la Nación pueda suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en aplicación del principio de oportunidad⁹ (Ibíd.).

Teniendo en cuenta lo anterior, entendemos que nuestro derecho penal deviene de una tradición no equiparable a la norteamericana. Esto es así, porque el corazón de ambas tradiciones, continental y anglosajona, diverge en gran medida en sus bases y fundamentos, que para todos los efectos se moldea a la luz de la potestad que tienen, por un lado el fiscal para iniciar, interrumpir y negociar los términos de la acción penal, y por otro lado, el juez para atarse a criterios de conveniencia y fines del estado o por el contrario a normas regladas que condicionen los posibles términos de una sanción.

⁹ Más adelante veremos que esto se atenúa en lo que atañe a la aplicación de justicia transaccional (preacuerdos y negociaciones) en casi todos los casos. No obstante, estamos de acuerdo con la afirmación, dado que si se mira el intento por reglamentar la figura a través de la directiva 001 emitida por la Fiscalía, claramente salta a la vista que el intento es fundamentalmente un rezago del principio de legalidad.

Por oposición a nuestro sistema 'a la colombiana', "en Estados Unidos, la colocación, en las manos del fiscal, de la posibilidad de acusar o no, y, en el evento de hacerlo, de plasmar mutaciones cualitativas y/o cuantitativas en los cargos impuestos, es, en concreto, una discrecionalidad que es otorgada a ese servidor público" (Muñoz Neira, 2006: 178) incompatible con el modelo reglado que rige en Colombia, modelo además atado estrictamente al principio de legalidad como lo explicamos líneas atrás. Esto, no significa que el fiscal en nuestro sistema carecerá de todo tipo de discrecionalidad o margen de negociación, lo que supone es que el ejercicio libre dentro de los márgenes legalmente establecidos está condicionado por el principio de primacía de la ley y sujeción a dicha legalidad.

Vale precisar que, en estricto sentido, y a pesar de lo que hemos referenciado en atención a la resistencia de concebir una potestad plena al ministerio fiscal en términos de ejecución o activación penal, el principio de legalidad no es el enemigo irrestricto de la posibilidad de negociar los términos de imputación o incluso el desistimiento de la acción. Como se lee de la normativa procesal-penal colombiana, el principio de oportunidad es el caso más claro de resignación de la acción penal¹⁰, y se encuentra cubierto dentro de un modelo de corte acusatorio, por lo cual:

(...) Concebido de esta manera, en su sentido más genérico y simple, no parece que el principio de legalidad, en su versión colombiana, sea algo así como 'el enemigo natural' del principio de oportunidad; si éste

¹⁰ Nótese que no estamos equiparando en modo alguno el principio de oportunidad con la activación o ejercicio de la potestad de negociar los términos de imputación (preacuerdos y negociaciones). En especial, porque somos conscientes que de la figura del preacuerdo se puede disparar el ejercicio del principio de oportunidad. Lo que queremos esbozar es que en el caso más extremo de inactivación de una norma penal, el cual no es otro que el desistimiento a la persecución del delito por razones de conveniencia del Estado, claramente se puede derivar la compatibilidad del principio de legalidad con este tipo de proceso que deriva en la no sanción del procesado. Para mayor claridad, pueden consultarse los términos del principio en el código de procedimiento actual, donde se establecen los parámetros y criterios para su aplicación. Por ser un tema distinto al examinado en este documento no nos ocuparemos de su comprensión exhaustiva.

nos dice que en algunos casos el Estado puede renunciar al ejercicio de la acción penal y en aquél se postula que cualquier sanción, antes de ser impuesta, debe ser consagrada en la ley, no se nota la diferencia de cóncavo y convexo que se nos ha querido vender; por el contrario, ambas definiciones parecerían enteramente compatibles si se tiene en cuenta que, incluso el mismo principio de oportunidad debe someterse a unas reglas preestablecidas, vale decir, a una legalidad preexistente (Muñoz Neira, 2006: 180).

Conclusión de lo anterior no puede ser otra que en Colombia, a pesar de lo que se haya dicho por órganos nacionales, con anterioridad a la aprobación del acto legislativo 003, el modelo que impera es el acusatorio con tendencia continental-europea, por el que si bien es cierto existe un principio de legalidad que es el que orienta el accionar del operador de justicia (fiscal), tiene matices donde se abren márgenes para la negociación.

Y justamente es sobre esto último, es decir, los márgenes de negociación, que se hace preciso ahondar en la finalidad perseguida con la adopción del presente sistema procesal. Solo sabiendo qué era lo pretendido por el legislador, que como ya veremos a nuestro juicio comprende la humanización de la actuación procesal, podremos no sólo tipificar más adecuadamente el modelo colombiano, sino además desentrañar los límites a la aplicación de instrumentos de justicia negociada como lo son en esencia los preacuerdos y las negociaciones.

3. Tránsito del acto legislativo 003 de 2002: una aproximación a la humanización de los procesos y las penas en el corazón de los preacuerdos y las negociaciones

Desde el momento en que se empezó a discutir la aprobación del proyecto de Ley 001 de 2003 en la Cámara de Representantes, a través del cual se reformaría el

Código de Procedimiento Penal, el artículo 386 traía incorporado el concepto de humanizar la actuación procesal y la pena como una de las finalidades de las negociaciones y preacuerdos que se buscaba fueran aprobados por el poder legislativo colombiano. (Gaceta 339 de 2003) Este sentir de la norma estaba motivado por el espíritu resocializador, restaurador y comunicativo que fue presentado dentro del contenido del anteproyecto, el cual desarrollaremos en este documento líneas más adelante.

Además del texto de la norma, el documento de la exposición de motivos ya contenía, en su artículo 351 numeral 10 (referente al principio de oportunidad) una alusión específica al concepto de “humanización”, indicando la restricción a violar el *principio de humanización de la sanción punitiva*. (Gaceta 564 de 2003). El contenido del mencionado principio no encontraba en ese momento un desarrollo concreto, pero a todas luces era un indicio de su existencia y de cómo guardaba estrecha relación con el concepto de los preacuerdos y negociaciones, en tanto el principio de oportunidad, aplicado por la fiscalía, es un cercano pariente de los preacuerdos en los términos que se encontraban en el proyecto de ley y que serían posteriormente aprobados.

El primer debate, arrojó como resultado una aprobación de la redacción inicial no sólo de este artículo, sino del cuerpo completo, en lo que atañe al capítulo de los preacuerdos y negociaciones el cual durante todo el trámite legislativo, solamente experimentó una modificación al texto de la norma, por lo cual en gran medida guardó consonancia con el espíritu inicial de la reforma al código de procedimiento penal.

Del mismo modo, esto es, desde que se presentó el proyecto y hasta que fue aprobado en el Congreso de la República, lo atinente a la humanización como principio, y como desarrollo de eso que luego aparecería en el primer artículo de la

norma como finalidad de persecución permanente de la “dignidad humana”, se mantuvo sin alteraciones, y fiel al objeto inicial del mismo.

Pero antes de adelantarnos a las conclusiones del proceso legislativo, vale hacer una referencia a la ponencia de segundo debate (Gaceta 104 de 2004), donde nuevamente vuelve el legislador a hacer referencia al principio de humanización de la pena. El artículo en el que se reseña, es el de aplicación del principio de oportunidad, el cual ve una modificación en su numeración por cambios en el conjunto del articulado, pero que en nada tienen que ver con el principio en mención, el cual aparece en el artículo 439, numeral 7º en la propuesta de la ponencia, y numeral 10º en el documento aprobado.

Igualmente, y como ya lo mencionamos, el texto relativo a los preacuerdos y negociaciones sólo ve modificado su contenido en el número del artículo (ya no 386 sino 387). Esta tendencia se mantendrá a lo largo del año – más de un año – de discusión (el proyecto fue radicado el 20 de julio de 2003 y fue sancionado como ley el 31 de agosto del 2004). En el curso del proceso legislativo se evidenciará con claridad cómo las modificaciones sufridas son prácticamente insustanciales, o al menos, sin incidencia respecto de las bases, fundamentos y alcances que hemos identificado en líneas precedentes o que esbozaremos en la segunda parte de este documento, al caracterizar los preacuerdos y negociaciones en Colombia.

Es indispensable mencionar que con el paso del tiempo y el desarrollo legislativo, el hecho de que el contenido de estos artículos haya mantenido su cuerpo incólume deja ver que la finalidad primaria perseguida con su introducción, en gran medida no sufrió alteraciones. Por supuesto, es claro que aún sin que los artículos hubiesen tenido modificaciones, la adición de algún otro numeral fácilmente podría haber cambiado el sentido del contenido de los mismos.

No obstante, hay que anotar que esto no ocurrió así, por lo cual la afirmación precedente conserva validez y vigencia, pudiendo ser aplicada a lo sucesivo de este documento.

Análisis del desarrollo legislativo: una aproximación al concepto de humanización de la Ley 906 de 2004

En nuestra introducción hicimos referencia al rol que, de acuerdo a nuestra interpretación histórico-normativa, desempeñó la humanización como catalizador del proceso de introducción del concepto de preacuerdos y negociaciones dentro de la Ley 906. El tránsito legislativo de la norma en mención, permite entender cómo la búsqueda por la humanización no sólo de la pena, sino del proceso mismo, estuvo inserta en el corazón de la reforma, y a la larga es un eje central que determina los rasgos fundamentales de nuestro modelo actual.

Para reforzar el contenido de dicha interpretación, qué más valioso que referir la fuente del diseño del proyecto de reforma al Código. Así, es de recibo mencionar que en su anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, Granados (et. al, 2003) describieron que un elemento central dentro del diseño de código era su proximidad con el concepto de justicia restaurativa¹¹. Fue así como se describió que el sistema ideado se basaba en tres características fundamentales: ser comunicativo, resolutivo y restaurador.

Por comunicativo, se entendió el “diseño de espacios procesales (conciliación y mediación) [a lo cual agregamos negociaciones] en los cuales se propicie un

¹¹ Como se verá, el concepto de justicia restaurativa aparece no solo en este aparte, sino más adelante en el documento. Queremos dejar claro que al nosotros referir el concepto de justicia transaccional, en modo alguno estamos pugnando con la finalidad perseguida en la ingeniería del proyecto de reforma en mención. No se trata de una puja o reconsideración de la modalidad de justicia que se buscaba (restaurativa), sino es más bien un elemento que complementa esta noción. Si la justicia restaurativa era el objetivo general del documento, lo que defendemos es que se ideó un complemento a través del cual logró una canalización, el cual no es otro que la justicia transaccional o negocial en mención.

diálogo constructivo que facilite el acercamiento, con la ayuda de profesionales de diversas disciplinas, hacia la reconciliación.

Se trata de una estrategia surgida desde el proceso mismo, para el restablecimiento de la verdad, hacer justicia y a través de la reparación, crear las condiciones necesarias para la reconciliación” (Granados, et. al., 2003: xiv).

Asimismo, se adujo en su momento que por resolutive, se entendía el espacio otorgado al proceso con el fin de constituirlo en:

Instrumento efectivo para obtener una verdadera solución al conflicto que subyace al delito, de tal manera que la respuesta obtenida a través del proceso supere la idea de castigo al victimario. Mediante la asignación de nuevos roles para las víctimas, la sociedad y el infractor, se busca dejar atrás ese algo pesimista que supone todo encuentro interhumano, para que las víctimas y los victimarios se conviertan en complementarios (Ibíd.).

Finalmente, encontramos que el proceso debe ser visto como re-creador (o restaurador), es decir:

Un proceso al que se otorgue un mayor contenido humano, mediante un protagonismo controlado a las víctimas y se abran caminos a la reconciliación. El proceso restaurativo surge como la continuación del encuentro producido con el delito, es su fase siguiente (...) así como en el delito se encuentran tres agentes (víctimas, sociedad y victimarios), en el proceso siguen encontrándose los mismos, pero en un nuevo orden de prelación. Todo ello, procurando que al final el victimario pueda *repersonalizarse* y de esta forma, no ser visto como el enemigo de la sociedad, sino como un sujeto dentro de un

entramado completo pero separado del delito. En últimas, el proceso fue ideado, dentro de algunas otras cosas, para materializar el concepto de humanización (Ibíd., xv).

Más adelante, miraremos con detenimiento el concepto abstracto de la “humanización”, a fin de examinar cómo ha sido estudiada por la doctrina especializada una proximidad entre procesado y acusador. Por lo pronto, interesa revisar cómo un sector de ésta ha visto con buenos ojos la adopción del principio de humanización de las penas en Colombia.

Ya referenciamos que para el legislativo colombiano la humanización es, sino el fin más importante, al menos sí, el que primero dio cabida a la adopción del sistema de preacuerdos y negociaciones. En ese orden de ideas, vale la pena resaltar cómo la doctrina ha reconocido que “los procesalistas contemporáneos se preocupan porque el proceso no sea un frío, formalista e inhumano procedimiento, sino que básicamente tenga en cuenta que es obra de personas, para juzgar problemas de personas, por lo que es absurdo deshumanizarlo” (Devis Echandía, 2012:32), pero más absurdo aún, y con esto complementamos el comentario del profesor Devis Echandía¹², no buscar mecanismos para acrecentar la humanización dentro de todas las etapas del procedimiento y mucho más, de las penas.

Ahora, considerando lo dicho, conviene preguntarse por el contenido como tal del principio de humanización: ¿hasta dónde debe llegar y cómo se materializa en la práctica?

Según Devis Echandía (Ibíd.), para materializar este principio es indispensable lo siguiente:

¹² Encontramos vigente el aporte del profesor Devis Echandía en esta obra que siendo una reimpresión de 2012 sintetiza puntos de especial valor para nuestro ejercicio académico.

Mayor intermediación del juez con las partes, para en lo posible conocerlas, entenderlas y comprender el aspecto humano de su problema; menos arrogancia y distanciamiento del juez frente a las partes para un trabajo en equipo, mejor como en una especie de mesa redonda que desde la altura intimidante de su tribuna; más tutela a quienes por pobreza o ignorancia y mala representación profesional se encuentran en desigualdad de oportunidades para una buena defensa (...) libre valoración de la prueba del mismo juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica; aceleración máxima de los trámites mientras la tutela del derecho constitucional de defensa y de un debido proceso lo permitan.

Podríamos seguir citando al profesor Devis, para llegar a la conclusión de que la humanización del proceso, en últimas, refiere a la concientización de que el procesado es en esencia un ser humano y debe ser tratado como tal “puesto que la justicia es para hombres y mujeres, es decir, para seres humanos, ella debe tener un profundo contenido humano y ser practicada de la manera más humana que sea posible” (Ibíd:33).

Ya volveremos sobre la conceptualización del principio de humanización al momento de hacer el examen desde el punto de vista histórico-filosófico. No obstante, antes de profundizar sobre lo anterior, es indispensable examinar la puesta en práctica del principio en mención en desarrollo de la justicia transaccional, el cual se canaliza a través de preacuerdos y negociaciones en los términos que pasaremos a ver.

Para ello, suspenderemos la identificación de los fines por un momento, para concentrarnos en los elementos procedimentales propiamente dichos respecto de los sistemas de justicia negociada, la definición de los preacuerdos, y una retoma del propósito de humanización.

II. Tipología y definiciones desde la jurisprudencia y la doctrina

1. Sistema de justicia penal negociada

Una vez examinados algunos detalles del proceso legislativo y del progreso histórico en materia penal procesal a nivel nacional, es importante dar paso a una aproximación teórica respecto a la forma en que se han fijado tipológicamente los esquemas consensuados de justicia. Por esto, queremos dedicar unas líneas a los modelos de justicia penal negociada, por ser este el escenario en el cual se centran los preacuerdos, ya no respecto a diseño de modelo procesal penal, sino a la puesta en marcha de la institución propiamente dicha.

De acuerdo a la descripción que hacen Garzón (et. al., 2007:43-49) podemos encontrar cuatro formas de categorización de los diferentes modelos consensuados: esquemas de negociación amplia; esquemas restringidos; sistemas mixtos; y finalmente sistemas reglados (o no reglados).

1.1. Negociación amplia

El primer modelo de justicia consensuada que encontramos es el de negociación amplia. A nuestro entender, su nombre es bastante descriptivo ya que se ajusta con precisión al contenido de la categoría. En efecto, la justicia consensuada de negociación amplia hace referencia a un modelo donde la fiscalía cuenta con gran libertad para moverse dentro del espectro de negociación y obtener lo que espera del procesado.

Según lo referencia la doctrina la negociación amplia deja:

Un alto margen de libertad a la Fiscalía o Ministerio Público Fiscal, para que entre en conversaciones, diálogos, debates, discusiones, etc., con el procesado, sobre la calificación jurídica del delito, la eliminación del

concurso de punibles, la supresión de agravantes, calificantes y toda circunstancia jurídica que acentúe la severidad de la sanción penológica, para en su lugar, disminuirla considerablemente con el objeto de lograr la manifestación de culpabilidad por parte del sujeto pasivo de la persecución penal o del ejercicio de la acción penal (Ibíd.,43).

En estos términos, tiene por objeto que el procesado acceda al “reconocimiento de culpabilidad (...) de un delito menor o de uno o varios cargos que se le imputan a cambio de una sentencia más benigna. [mientras] [e]vita un largo juicio y consecuencias más graves” (Ibíd.).

Como elementos fundamentales de esta modalidad, encontramos que, en primer lugar, no existe un monto máximo para la negociación, por lo cual no se le entrega al ministerio público una fijación de topes para negociar.

Asimismo, aplica el principio de *nolo contendere*, de acuerdo al cual el acusado se puede rehusar a contestar la acusación siempre y cuando con su silencio, aduciendo ser inocente que acepta cargos, tome la responsabilidad por un delito imputado. Como consecuencia de lo anterior, este modelo de justicia no exige un soporte probatorio adicional a la declaración del imputado, por lo cual con la sola manifestación del sujeto pasivo de la acción se entiende desvirtuada la presunción de inocencia y no se hace necesaria la aportación al proceso de evidencia física que compruebe la responsabilidad de éste en el caso.

Este tipo de negociación ciertamente se encuentra en la esencia del sistema penal acusatorio de los Estados Unidos. Al margen de las críticas formuladas contra esta forma de terminación anticipada del proceso, lo realmente cierto es que porcentualmente representa un número importante en las condenas de ese país, contribuyendo con ello, de manera asertiva a la descongestión del sistema. “(...)

Según las estadísticas, en especial las de 1994, el 91% de todas las condenas federales fueron el resultado del acercamiento entre la fiscalía y el acusado (Dressler, 1997, citado por Sánchez, 2005).

“No se trata del no ejercicio de la acusación, sino de pactar la acusación y reducirla o mutarla a conveniencia. Los rasgos más sobresalientes de esta política consisten en la ilimitabilidad de la negociación y en la flexibilización del hecho base y de la pena consecuente” (Muñoz Neira citado por Fernández, 2010: 411) “Cuando los legisladores norteamericanos afirman que la negociación de penas no es una especie de terminación anormal de los procesos, sino la justicia penal misma de los Estados Unidos, simplemente afianzan una verdad apodíctica. En los modelos adversariales la negociación se ha convertido en el modo habitual de terminación de los procesos” (Ibíd.).

El sistema de negociación de los Estados Unidos, en esencia reconoce tres clases de acuerdo (i) frente a los cargos (ii) frente a la sentencia y (iii) frente a los cargos y la sentencia. La primera de las modalidades descrita, permite la actualización de cualquiera de las siguientes hipótesis; que se acuerde una negociación horizontal, o lo que es lo mismo, que permita la exclusión de uno o más cargos de la acusación o de la imputación o, que se presente movilidad dentro del mismo tipo penal, excluyendo causales de agravación o calificación. La segunda, evidencia un acuerdo entre fiscalía e imputado respecto de la pena, el compromiso de la primera para no oponerse a la solicitud punitiva de la defensa o, la recomendación por la fiscalía al juez para que se imponga la sentencia negociada (Sánchez, 2005) (Fernández, 2010).

1.2. Sistema restringido

Así como en el numeral anterior mencionábamos que el nombre de la categoría

ilustraba con precisión el contenido de ésta, también en el sistema restringido la apreciación cobra validez.

En efecto, el sistema restringido presenta como característica principal el ser, valga la redundancia, restrictivo de la libertad negocial de la fiscalía en plena consonancia (y observancia) con el principio de legalidad. “En este sistema el acuerdo se realiza únicamente sobre el monto de la pena determinado en la norma procesal penal, esto es, acorde con el principio de legalidad, dado que el fiscal no puede disponer de los delitos, ni de las penas” (Garzón, et. al., 2007: 45).

Respecto a la caracterización de este sistema, encontramos que es muy similar al mecanismo de la sentencia anticipada, y suele ser de gran utilización en contextos como el de Europa continental y Latinoamérica.

Bajo este modelo, al fiscal no se le permite entrar en conversaciones con el procesado ya que es la misma norma procesal la que produce una oferta al procesado en términos de rebaja de la pena. La condición para que opere esta figura es la aceptación del delito por el cual se está adelantando la investigación (o juicio), de lo cual automáticamente se derivará la aplicación del mecanismo de reducción de pena.

Dicho lo anterior, es visible que no hay oferta por parte del operador de la justicia, sino que la posibilidad de aplicar el modelo del sistema restringido está condicionada al ministerio de la ley.

Siendo de aplicación inmediata, sin la intermediación de un operador jurídico, nos es dable preguntar, ¿cómo puede llamarse justicia consensuada? La respuesta radica en que se encuentra una suerte de negociación en el hecho de que el procesado o imputado, al buscar un beneficio derivado de una confesión, atraiga la atención del Estado quien a su vez se beneficia de la disminución de carga

administrativa (economía procesal) por cuenta del proceso. Aceptar o no la aplicación del mecanismo de reducción de la pena está condicionado al deseo del procesado, por lo cual surge a las claras la figura del allanamiento.¹³

Se habla en este sistema de un allanamiento, ya que la declaración por parte del sujeto pasivo de la acción penal al aceptar los cargos se tiene como una confesión simple. No obstante lo anterior, al ser una figura de confesión la que en el fondo opera en el sistema restringido, la sola declaración proveniente del procesado no lleva al juez con grado de certeza a determinar su responsabilidad en el delito que se investiga, razón por la cual el proceso requiere de un soporte material que dé cuenta de la verdad real además del solo reconocimiento de responsabilidad por parte del procesado.

El sistema restringido, entonces, no renuncia a la observancia plena del principio de legalidad en sus dimensiones sustancial y procesal, solamente cede, en cuanto al reconocimiento de la obtención de una rebaja de pena a cambio de la colaboración del procesado para que la actuación procedimental termine sin agotar todas las etapas y así garantizarle al Estado una economía (recursos humanos, pecuniarios, técnicos, etc.) que le permita niveles de descongestión (Garzón, et.al., 2007:47).

1.3. Sistema mixto

El sistema mixto es, en esencia, la combinación de elementos prototípicos de los sistemas de negociación amplia y de los sistemas restringidos, sujetándose

¹³ Este modelo de justicia, como se verá a continuación pero también en la sección dedicada al estudio del allanamiento como un ejemplo de preacuerdo, en términos muy restringidos, ha sido de aplicación en Colombia y en varios países del continente. En la actualidad de nuestro país, como ya se puede ver de lo descrito en este documento, sigue operando esta figura, pero no de manera exclusiva, sino como un complemento a la libertad de negociación más propia del sistema mixto.

también al principio de legalidad muy característico de éstos. Este sistema suele presentarse con frecuencia en sistemas de la Europa continental, así como en legislaciones de América Latina.

Como característica de este tipo de sistema se permite al ministerio público fiscal, siempre y cuando se cumpla con determinados requisitos, la negociación directa con el imputado o procesado (situación que de ninguna manera se admite en los sistemas restringidos puros) sin que esto suponga una amplia discrecionalidad al momento de realizar una negociación.

Correlativamente, se presentan una serie de prohibiciones, dentro de las cuales se encuentran: el respeto por las garantías fundamentales sustanciales; la posibilidad de negociar solo bajo el presupuesto de una evidencia incriminatoria; la radicación de la carga de la prueba sobre el órgano de persecución; la necesidad de que las negociaciones se hagan tomando en cuenta los principios de racionalidad de la pena y necesidad; y finalmente, considerando los intereses de la víctima, a fin de garantizar la justicia material, entre otros.

Asimismo, es indispensable rescatar que esta modalidad de justicia negociada no permite la aceptación del *nolo contendere* en los términos que presentamos hace unas líneas. Lo anterior, en tanto éste se entiende como una renuncia a garantías fundamentales del procesado.

Dicho lo anterior, vale la pena mencionar que de acuerdo a esta modalidad, la negociación de la que pueden ser objeto los sujetos procesales bajo la figura de sistema mixto, puede versar sobre la supresión de agravantes, la calificación, los concursos, los calificantes y en general el cambio de grado de participación en el injusto.

Finalmente, es de recibo mencionar que estos sistemas mixtos acogen el contenido de los sistemas rígidos en lo referente a la sentencia anticipada. De acuerdo a estos modelos, un sujeto procesal podrá acogerse a beneficios derivados de rebaja de pena al aceptar su responsabilidad ante el Estado y en particular ante el juez que administra justicia, por el simple ministerio de la ley y sin intermediación de un agente del ministerio fiscal.

1.4. Sistema reglado o libre

Resulta indispensable también hacer referencia a los sistemas reglados o libres. Esta tipificación es, más que una descripción respecto del contenido sustancial o ideológico que subyace a la libertad o restricción negocial de las partes intervinientes, una descripción formal de las limitaciones por cuenta de la positivización de los márgenes de negociación. “Responde en esencia a si los mecanismos de justicia consensuada se hallan regulados normativamente o si al contrario carecen de contenido mediante normas jurídicas” (Ibíd.,49).

En los términos descritos, los sistemas serán reglados si “el mecanismo consensual se ve representado en normas procesales de garantía que delimiten el poder de decisión e influencia del Ministerio Público Fiscal en el proceso negociatorio, con el objetivo de que se acaten absolutamente los derechos fundamentales que se comprometen en la terminación abreviada de la actuación penal” (Ibíd.).

Por el contrario, serán libres (o no reglados) si:

Admiten una discrecionalidad amplia en cuanto a las causas que puedan originar la procedencia de la alegación preacordada, las materias sobre las que se puede pactar y las consecuencias que puedan llegar a surgir con el convenio (disminución de la pena, forma

de ejecución de la misma, etc.). Las normativas que rigen tales procedimientos son escasas, y se rigen por contenidos establecidos en la pragmática del uso del mecanismo de simplificación procesal o en los contenidos de los precedentes judiciales que imponen límites racionales al ejercicio de la dinámica de negociación (Ibíd.).

2. Definición de los preacuerdos y las negociaciones

Objetivo de los preacuerdos y negociaciones

Antes de examinar la naturaleza de los preacuerdos y negociaciones parece fundamental identificar los objetivos que de éstos deriva la doctrina que estudia la materia. Así, Heliodoro Fierro-Méndez (2012: 139) abre el capítulo relativo a preacuerdos y negociaciones que reposa en su prolífica obra indicando que:

Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; (...) la solución de conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con la conducta punible y lograr la participación del procesado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado puede[n] llegar a acuerdos que impliquen la terminación del proceso.

De la cita precedente, salta a la luz un elemento central dentro de la concepción de los preacuerdos y las negociaciones: el fin principal que se persigue con su adopción dentro del sistema jurídico-penal colombiano – o al menos su mayor novedad respecto a otras instituciones precedentes con efectos similares – es alcanzar la humanización de la actuación procesal y por ende de las penas¹⁴. Por supuesto, a este fin se suman una serie de elementos también benéficos para el

¹⁴ No ahondaremos en esta afirmación toda vez que será objeto de un estudio separado y detallado en la última parte de este documento.

proceso, como lo son la solución de los conflictos sociales, la rápida acción de la justicia, economía procesal, aceleración en la actividad administrativa entre otros, que a nuestro juicio ceden en cierta medida por cuenta del cubrimiento que en general da el objetivo de humanización.

Dicho lo anterior, comenzaremos el ejercicio de este acápite con un abrebocas del alcance que la doctrina ha reconocido a los preacuerdos y negociaciones, precisando la “diferencia” que existe entre un preacuerdo y una negociación, una negociación de un allanamiento, un allanamiento y un preacuerdo, y en general ésta terminología (preacuerdo, negociación y allanamiento) adoptada por el Código de Procedimiento Penal, de cualquier otro vocablo que aluda a algún tipo de justicia negociada o paccionada.

Luego de esto, introduciremos la discusión jurisprudencial, apoyados en sentencias de la Corte Suprema de Justicia y tribunales superiores del país.

Definición doctrinaria de los preacuerdos y las negociaciones

Negociaciones

Según ha sido entendido por la doctrina colombiana, la negociación “hace parte del fenómeno jurídico de los procedimientos abreviados, consistiendo en el juicio que se le hace a un imputado en donde se le impone una pena, por la comisión de un hecho de carácter penal, prescindiendo de la oralidad, la contradicción, la publicidad y la producción de pruebas, previo a la conformidad entre el Ministerio Público y el imputado” (Garzón, et.al., 2007: 1).

Como propósitos fundamentales de estas negociaciones, se ha entendido que cada una de las partes en contradicción tiene unos objetivos diferentes, de lo cual se deriva su carácter consensuado. La fiscalía, por ejemplo, pretende la

aceptación por parte del imputado de los cargos que se le formulan, así como abreviar la actuación penal de tal forma que se evite llegar a juicio (en sí, es una búsqueda de celeridad); por su parte, la defensa quiere lograr una considerable reducción de la pena concediendo la aceptación del imputado, así como también evitando que el proceso llegue a juicio a fin de que se respeten los términos de imputación acordados y se reduzca la incertidumbre para el procesado.

Por supuesto, estos objetivos solo se suman al conjunto de elementos que reposan en el fuero privado de cada uno de los agentes intervinientes. Lo que será fundamental es entender que en virtud del modelo en comento, la motivación del agente por la defensa de unos impulsos interiores basados en un análisis de costo-beneficio, deriva su acción (disposición negociadora) y esto, conlleva la concreción de una negociación.

Adicionalmente, consideramos útil referir la definición que sobre el particular aportan Gómez y Caballero (2010: 43) según la cual:

Como sintética apreciación del tema bien puede decirse que la negociación traduce la aproximación entre negociador e imputado o acusado para determinar propuestas, ofrecimientos, inquietudes, puntos de divergencia, limitaciones de parte y parte. Este forcejeo inicial en temática tan variada como trascendente, es lo que permite advertir la situación en que se colocan los que están en el propósito de llegar a un acuerdo. Lo que precede a este, comportamiento esencialmente dinámico y propositivo, es ni más ni menos una negociación.

Derivado de lo anterior, veremos que la negociación es ese proceso a través del cual, partes con intereses contrapuestos, entran a un debate respecto de las responsabilidades atribuibles al sujeto pasivo de la acción penal, en el que la

fiscalía se encarga de restar elementos punitivos (intensidad del castigo, responsabilidad por determinadas conductas etc.) a cambio del reconocimiento por parte del procesado de un determinado crimen.

Términos en los que proceden las negociaciones

No está por supuesto, resuelta la discusión sobre el alcance del concepto de negociaciones y ya en líneas siguientes retomaremos este punto. No obstante, conviene hacer una aproximación a la figura a través de lo que la doctrina ha identificado como “negociable”, a fin de que a través del objeto del concepto podamos acercarnos a éste último en sí.

Al respecto, Garzón (et. al., 2007:43) han identificado que son medios para dialogar y pactar, esto es, que son alternativas para la negociación, la puesta en consideración de: a) la supresión de agravantes (genéricas o específicas); b) la eliminación de calificantes; c) el descarte de algún cargo específico; d) la tipificación de la conducta de una manera concreta, a fin de lograr la disminución posterior de la pena; e) la exclusión de la posibilidad de acusar por concurso de conductas para hacerlo por una conducta con menos cantidad de punibles; f) en general las modalidades que las partes identifiquen como caminos para la satisfacción de los objetivos trazados en el marco de su negociación (objetivos que describimos en el párrafo precedente).

Un punto central a tener en cuenta respecto a la posibilidad de realizar negociaciones, es que en los términos de los comentados autores, “tales reducciones penológicas, obedecen única y exclusivamente, a factores de eliminación de condicionantes y circunstancias que acentúan el monto de la sanción penal, de lo que se colige que la norma procesal penal no contiene una cantidad numérica concreta de disminución de la pena (50%, 1/3, 1/6, etc.), sino que esa reducción deviene de la supresión o eliminación de esas cualidades

jurídicas que elevan la gravedad de la sanción jurídica” (Garzón, Londoño y Martínez, 2007:3).

Este último punto será fundamental, entendiendo que la tasación o el monto máximo para la negociación no está condicionado por topes legales de reducción de la pena¹⁵, sino que en realidad se trata de un ejercicio más complejo basado en intereses contrapuestos que derivan la delimitación de la conducta punible, y de esto, eso sí, la tasación correspondiente según los delitos que puedan ser imputados al procesado luego de clarificar los términos bajo los cuales el fiscal procederá con el escrito de acusación.

Preacuerdos

El concepto del “preacuerdo” como tal, aparece con la Ley 906 de 2004 a la que ya hemos hecho referencia. Por preacuerdo, la doctrina y jurisprudencia han adoptado diferentes definiciones. Una de ellas entiende que:

Es la autorización para aproximarse al instituto, para introducirse en él, para dialogar sobre propuestas, ofrecimientos y respuestas afirmativas o negativas a los mismos. O sea, el camino que debe recorrerse y que termina en un resultado negativo (el procedimiento debe continuar de manera normal) o positivo (se logra un entendimiento que impone la terminación temprana del proceso) el cual, cuando es aprobado por el juez del conocimiento debe tomar el nombre de acuerdo, pacto (Gómez y Caballero, 2009: 19).

¹⁵ Esto guarda estrecha relación con la desaparición del sistema de cuartos que hiciera la Ley 890 de 2004 en los siguientes términos: "El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa".

Esta aproximación genérica puede ser de gran utilidad como punto inicial de la discusión, pero en estricto sentido tiene una deficiencia que debe ser advertida, y es la falta de categorización y rigor en la diferenciación con respecto a otros vocablos similares. Con la definición anterior, bien puede darse una confusión entre negociaciones y preacuerdos en términos conceptuales, lo cual desdibujaría la naturaleza de uno y otro, a menos claro está que al legislador esta distinción le fuera innecesaria y por lo mismo la desatendiera.

Veremos cómo esto no es un punto pacífico en la doctrina, y como hay una segunda vertiente que defiende a ultranza la importancia de diferenciar conceptos, mientras otra facción dentro del mismo marco de debate (este primer grupo citado hace unas líneas) pretende una equiparación conceptual, o más que esto, una búsqueda por identificar el sentido práctico de la diferenciación entendiendo que a fin de cuentas la única preocupación deberá ser la esencia y no la forma definitoria lo que marque la pauta.

Según la línea teórica de Garzón (et. al., 2007: 1-3) cuya obra la podemos encausar dentro de este segundo grupo del debate propuesto, los preacuerdos pueden ser de dos tipos: preacuerdos en estricto sentido (*strictu sensu*) y preacuerdos legales.

Preacuerdos en estricto sentido (o strictu sensu)

En primer lugar, tenemos los preacuerdos en estricto sentido. De acuerdo a los autores en mención este tipo de acuerdo supone la existencia de un pacto celebrado entre el Ministerio Público Fiscal e imputado o acusado "con el objeto de acelerar el procedimiento penal con base en un ofrecimiento de reducción de pena fija, cuantificada numéricamente en la norma procesal penal, a cambio de la aceptación de culpabilidad por parte del sujeto pasivo del ejercicio de la persecución o acción penal" (Garzón, Londoño y Martínez, 2007:3).

Como elementos característicos de los preacuerdos en estricto sentido, se encuentra la existencia de un proyecto de convenio suscrito entre la fiscalía y el imputado, el cual procede única y exclusivamente cuando el imputado se allana a la acusación que eleva el ente acusador. En ese sentido, el allanamiento surgirá en el ámbito del desarrollo del proceso penal, contando con una decisión extraprocesal del imputado (fuera de audiencia) a través del acercamiento entre la fiscalía y éste, de lo cual se derivará un pacto que posteriormente será avalado por el juez.

En los casos de los preacuerdos en estricto sentido, el imputado, una vez ha tomado la decisión de allanarse, recibirá un beneficio, esto es, una reducción de la sanción penal, la cual se encuentra específicamente consagrada en la ley penal. En ese orden de ideas, la reducción variará, pudiendo ser de , 1/2 1/3, 1/6 etc.

Preacuerdos legales

En segundo lugar, tenemos los preacuerdos legales. Se entenderá, que un preacuerdo legal es:

Un convenio entre el estado penal e imputado o acusado, sin que intervenga el Ministerio Fiscal en este pacto. Significa que entre Ministerio Público Fiscal e imputado o acusado no existe preacuerdo convencional; en otras palabras, el convenio surge porque la norma procesal penal contempla un ofrecimiento de rebaja de pena directo (sin que medie consentimiento del órgano fiscal), que se ofrece, por intermedio del juez de conocimiento (en nombre de la norma procesal penal) al imputado o acusado para que la acepte o la rechace. Como no interviene en esta clase de preacuerdos el Ministerio Público Fiscal en representación del Estado, entonces se debe entender que es el Estado mismo el que concluye un convenio directamente con el

imputado o acusado (sin que medie la decisión de la fiscalía) (Garzón, Londoño y Martínez, 2007: 5).

El Estado emitirá su voluntad, particularmente, a través de dos instituciones: el Código de Procedimiento Penal con sus reducciones legales, y el juez penal quien, de acuerdo a la etapa en la que se encuentre el proceso, ofrecerá una rebaja en la pena no tanto en nombre de la norma, sino en nombre del Estado como tal.

Dicho lo anterior, encontramos que esta modalidad de preacuerdo, exhibe las siguientes características: en primer lugar, exige que el imputado se allane a los cargos elevados por el titular de la acción penal; de manera paralela, se debe adelantar directamente con un juez, por lo cual se surte dentro de los escenarios normales del proceso penal; igualmente, y he aquí una similitud con los preacuerdos *strictu sensu*, presenta reducciones en cantidades consagradas legalmente, esto es, del 1/2, 1/3, 1/6 etc.; finalmente, y tal vez es esta su característica principal, esta modalidad de preacuerdos no da lugar a la existencia de negociación, por cuando no se puede discutir la eliminación de conductas punibles, calificaciones, agravantes y en general, cualquier otra condición que le sea más o menos gravosa al imputado.

Diferencias entre negociaciones y preacuerdos

Clarificado el alcance de las figuras negociaciones y preacuerdos, es importante examinar cuáles son las diferencias entre éstas, a fin de conceptualizar con mayor claridad el alcance y limitaciones de cada una.

De acuerdo a Garzón (et. al., 2007: 35) “las negociaciones y preacuerdos hacen parte de un instituto jurídico procesal que se va a denominar el *género*

omnicomprensivo de los preacuerdos, dentro del cual se hallan unos subgéneros que a su vez cuentan con sus respectivas especies”.

Esta información ya ha venido siendo tratada en este documento tangencialmente, pero resulta oportuno hacer un breve recorrido por el tratamiento que se le da a cada uno de los conceptos, y destacar cómo hay características identificadoras de cada subgénero – tipificación que valga decirlo no es meramente discursiva–, las cuales se traducen en máximos en materia de reducción de la pena y flexibilidades negociales para los sujetos intervinientes.

Garzón (et. al., 2007) se extienden a lo largo de su obra, intentando reconocer los diferentes sentidos que le son aplicables a cada categoría (subgénero y especie). No obstante, nuestra intención es presentar la discusión en términos globales, para lo cual hemos elaborado un cuadro (**Anexo: Tipología de Negociaciones y Preacuerdos según Garzón et. al.**) en el cual buscamos hacer una conceptualización de la teoría de los autores, a través de sus puntos más significativos.

En el cuadro anexo se puede encontrar que a las categorías que introdujimos líneas atrás, solo resta sumarle los “acuerdos que se presentan luego de la aprobación judicial”. Esta figura, con valor teórico y descriptivo, es la materialización de los preacuerdos o negociaciones precedentes. Es el control de legalidad que realiza el juez, con el fin de determinar si el acuerdo al que han llegado el procesado y la fiscalía tiene un carácter ajustado a la ley y por lo mismo, tiene un valor aplicable al caso concreto.

Esta categoría, a nuestro juicio y más allá de lo que sabemos describen Garzón (et. al., 2007) sólo tiene un carácter tipológico y teórico, en el cual se hace un esfuerzo por separar todos los momentos y etapas del proceso, pero no está contenido como un verdadero tipo de preacuerdo (no debería englobarse dentro

del grupo “género omnicomprendivo de los preacuerdos). La razón es sencilla: la negociación entre procesado y ente acusador se realizó con la intervención de la fiscalía, y como tal, el juez no es un interviniente en el proceso del preacuerdo: no está negociando, debatiendo o agregando elementos formadores de la voluntad. Contrario a ello, es quien con su aprobación convierte en acuerdo el preacuerdo, y por lo tanto su función no es discursiva negociadora, sino, más bien, tiene una labor de ejecución.

Sin perjuicio de lo anterior, tema en el que no entraremos con detalle por desbordar nuestro objetivo, y por ser un esfuerzo inocuo en la medida en que entendemos y sabemos cuál es el fin de la tipología realizada por Garzón (et. al., (2007) lo que es dable rescatar es el esfuerzo por disgregar cada etapa o forma en la que se presenta un preacuerdo, que a nuestro juicio debe, en efecto, así ser entendido por cuanto en la práctica tiene implicaciones diferentes (e incluso divergentes) y por lo mismo asimilables de forma disgregada.

Diferenciación de vocablos: un ejercicio separado de la naturaleza del código de procedimiento penal

Hechas las distinciones a las que aludimos en líneas anteriores, vale la pena, ahora, examinar brevemente si las distinciones terminológicas atrás referidas, son en efecto, legales. La doctrina ha establecido que:

Los términos preacuerdos y negociaciones, por lo mismo que exhiben una clara noción y propósito, esto es, constituir la expresión de una justicia consensuada, convenida, paccionada (pactada), no ofrecen mayores dificultades en su interpretación cabal. Es más, todas estas locuciones y otras de similar contenido y efecto, se pueden emplear indistintamente sin que se desdibuje el tema o pierda su significación. Claro que los técnicos suelen introducir distinciones, más que todo por

erudición o técnica docente, y es así como aluden a preacuerdos convencionales, preacuerdos estrictu sensu, preacuerdos legales (Gómez y Castro, 2009: 18).

Con relación a la visión descrita por los autores, coincidimos en el sentido de que si el legislador no gastó esfuerzos identificando separadamente cada uno de estos vocablos y asignándoles valores distintos dentro del texto de la norma, tampoco el intérprete está en posición de realizar un ejercicio analítico en el sentido de hallar interpretaciones desbordantes del contenido mismo del texto legal.

Lo anterior, de ningún modo supone que los valores asignados (preacuerdos y negociaciones) puedan ser sustituibles por cualquier otro vocablo que induzca a situaciones similares. En ese sentido, disentimos de Gómez y Castro (2009: 43) quienes refieren que:

De manera laxa y sin que ello implique trastornos procesales o de lugar a debates, bien puede hablarse de acuerdo, negociación, pacto, convenio, transacción, avenencia, etc. El código bien pudo titular la institución como negociación o acuerdo o pacto o convenio a secas, o combinar estas expresiones para reforzar el contenido y alcance de la misma. Prefirió referirse simultáneamente a lo que antecede a esa concordancia de voluntades (preacuerdos) y llamar al pacto negociación, todo ello, se repite, sin que esta elección de vocablos fuese a repercutir en distinciones significativas o en efectos trascendentales.

A nuestro juicio, la referencia a transacción, por ejemplo, tiene connotaciones (al menos desde el derecho civil) que a todas luces impiden su equivalencia al concepto de preacuerdo o negociación en los términos de la norma.

En suma, nuestra opinión es que las discusiones terminológicas a las que hay lugar dentro del marco doctrinal, son elementos centrales (y no prescindibles como lo sugiere este sector del cual ponemos como ejemplo a Gómez y Castro) toda vez que de ellas deviene una aplicación de topes sancionatorios demarcados específicamente en la ley, los cuales no existen al momento de negociar la calificación de la pena y los demás elementos constitutivos de la imputación penal.

Importancia de la clasificación de los preacuerdos y las negociaciones

La terminología mencionada, así como la descripción de cada uno de estos elementos, no se debe mirar como un ejercicio netamente académico alejado de la práctica jurídica. Como lo manifestamos en la introducción del documento, este trabajo representa un esfuerzo, por supuesto teórico, pero en esencia, pretende ser un manual o si se quiere una guía práctica que permita divisar desde diferentes ángulos la importancia y la forma en la cual se pueden presentar los preacuerdos.

De todo lo anterior, nuestro interés recae sobre la necesidad apremiante de tomar conciencia de las precisiones teóricas a las que debe haber lugar al momento de aplicar una institución jurídica como la que comentamos. En esos términos, la negociación en esencia debe ser vista como ese proceso dialéctico (en su acepción más amplia) o de discusión entre sujetos con puntos encontrados, con el fin de llegar a un justo medio que satisfaga los intereses de acusado y acusador.

Asimismo, existen modalidades de acuerdos en los cuales, la intervención del sujeto pasivo de la acción penal es menor, y si se quiere tiene un carácter muy restringido, en tanto no discute los hechos por los cuales está siendo procesado, la calificación del delito y en general la tipificación de la conducta, pero que sin embargo, le da réditos por acogerse a la misma: el allanamiento.

Allanamiento

La figura del allanamiento es muy interesante porque a primera vista no se entendería como puede asumirse, un acuerdo o preacuerdo.

No es nueva la inclusión de esta figura dentro del presente documento. En la terminología penal el vocablo “allanamiento” ya se encuentra incorporado desde hace más de veinte años; data desde antes del código penal de 1993. En ese entonces, el allanamiento a los cargos era un fenómeno realmente simple con la finalidad exclusiva de aceleración del proceso penal, descongestión administrativa y eficiencia en la justicia.

Como ya lo mencionamos, y como bien se reconoce en la práctica jurídica, el allanamiento es la aceptación unilateral por parte del procesado de los cargos que se le imputan, y generalmente, tiene por objeto la disminución en la pena.

Dentro del cuerpo normativo actual en materia procesal penal, y según referencia Fabio Espitia (2010: 378-382):

El imputado puede – por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía – allanarse a la imputación; en tal caso se entiende que lo actuado es suficiente como acusación y se remite al juez de conocimiento (...) si constata que el allanamiento es voluntario, libre y espontáneo, el juez de conocimiento debe aceptarlo – no siendo posible a partir de ese momento retractación – y convocar a audiencia para la individualización de la pena y sentencia (...) Así mismo (sic), formulada la acusación, el acusado puede, por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía, allanarse a los cargos (...) otra forma de allanamiento es la declaratoria de culpabilidad en la alegación inicial del juicio oral (...) al momento de dosificar la pena se debe hacer una rebaja sobre la imponible, que

depende del momento procesal en que se haya realizado, y la existencia o no de acuerdo con la fiscalía.

Presentada la tipología y alcance de esta figura, interesa aterrizarla a nuestro objeto de estudio en este documento. Según un sector de la doctrina (Gómez y Castro, 2010: 44-45):

El allanamiento, por lo mismo que resulta en una aceptación incondicional de los cargos que han sido formulados en una imputación o en una acusación y que opera fundamentalmente por causa de la rebaja prometida según el momento procesal en que se dé, no es negociación ya que esta supone una preparación (preacuerdos), un cruce de opiniones y propósitos, una voluntaria y pacífica confrontación de ideas, ofertas y contraofertas, un ir y venir de posibles compromisos, una excitación del fiscal o una iniciativa del procesado o la defensa, que se trata de alcanzar un punto intermedio de avenencia o concordancia, etc., todo lo cual no se da en el denominado allanamiento. (...) se trata de una decisión unilateral del imputado o acusado en cuanto admite los cargos que se le hacen conocer y los elementos de comprobación que los respaldan.

¿Cuál sería entonces la naturaleza del allanamiento si no es, en realidad, una modalidad de preacuerdo? Sobre el particular, y para controvertir la posición de los autores nuestro ejercicio arrojó, líneas atrás, una descripción de la tipología en materia del *género omnicomprendido del preacuerdo*. Con base en este, la descripción que ellos hacen del allanamiento es el de preacuerdo legal o preacuerdo en estricto sentido.

Nosotros coincidimos con esta versión. A pesar de ser una aceptación unilateral, la esencia del preacuerdo no es necesariamente la controversia de posiciones

encontradas, sino que alude más bien a la discusión respecto a los objetivos que subyacen al interés negocial del sujeto pasivo de la acción (además de la fiscalía, pero que en este caso no opera). En ese sentido, existe una figura de preacuerdo, o bien directamente con el Estado (preacuerdo legal), o bien a través del fiscal, caso en el cual estaremos en el escenario de preacuerdo en sentido estricto.

Sin perjuicio de lo dicho, y más allá de la tipología anterior que no desborda lo teórico ya que se asuman o no como modalidades de preacuerdos no cambia en esencia la naturaleza del allanamiento, lo fundamental es que esta figura, a diferencia de lo que ocurre con los preacuerdos, tiene topes legales que determinan la disminución de la pena, dependiendo del momento procesal en el que se reconozca la responsabilidad en el delito imputado y es esto, lo que referenciamos en el presente documento.

Límites

En relación a los límites que pueden concedérsele a un procesado que se acoge a los preacuerdos y negociaciones descritos en la normativa, es indispensable anotar que en este trabajo sólo examinaremos los límites cuantitativos y cualitativos de la calificación, sin entrar a considerar las limitaciones propias respecto a materias que por cuenta de la importancia que revisten para el Estado, no son objeto de preacuerdos o negociaciones¹⁶.

Como lo hemos manifestado a lo largo del documento (pero no sobra repetirlo) no hay limitaciones o topes legales reglados en el Código de Procedimiento Penal, los cuales sean marco o atadura para el fiscal que participa de una negociación con un procesado.

¹⁶ Particularmente, aludimos a la Ley de infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006), a la Ley 1121 de 2006 y a la Ley 1761 de 2015 (Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones).

¿Quiere esto decir que puede negociarse sin limitaciones de ninguna naturaleza? No. No quiere decir que no existan limitaciones de ningún tipo, ya que Colombia se inserta dentro de aquellos sistemas mixtos a los que aludimos en su momento respecto a las modalidades de justicia negociada, por lo cual hay plena sujeción al principio de legalidad, en tanto se trata de una garantía fundamental que tiene eco en la determinación por parte del juez para avalar o rechazar un preacuerdo.

Asimismo, “conviene igualmente señalar, anticipadamente, que a mayor tardanza procesal en el acuerdo o negociación, menores ventajas o beneficios en el convenio. Y así lo debe indicar, también, la fiscalía desde el primer momento de ese contacto con el imputado” (Gómez y Castro, 2010: 46). Por obvias razones, no es lo mismo llegar a acuerdos cuando el proceso está iniciando, a convenirlo cuando está en su ocaso. Esto el fiscal deberá tenerlo en cuenta, no sólo para hacérselo saber al procesado, sino particularmente para tenerlo como referente al momento de participar de una negociación.

En los términos descritos, la única conclusión respecto a los límites de los preacuerdos es la siguiente: no existen limitaciones respecto al marco de negociación deferido a la Fiscalía General de la Nación, pero sí existen limitaciones cualitativas encausadas siempre a la defensa del principio de legalidad.

Asimismo, también habrá limitaciones en materia de salvaguarda de bienes jurídicos que de acuerdo a la concepción del Estado puedan revestir mayor interés, cual es el caso de los abusos sexuales a menores de edad, por ejemplo.

Mínimos

Teniendo en cuenta que en el acápite anterior hacíamos referencia a los límites que normativamente se le asignan a los preacuerdos, surge otro interrogante:

¿El acuerdo puede modificar el mínimo de la sanción? Nos inclinamos por la respuesta afirmativa. Y el razonamiento es bien simple; si el mínimo era lo que merecía el imputado como sanción imponible, ello equivale a decir algo que la institución no ordena, esto es, que cuando se está en la hipótesis del mínimo de sanción no hay negociación posible porque nada hay para ofrecer en el pacto, al menos en este aspecto (Gómez y Castro, 2010: 92).

Esta hipótesis que manejan los autores la encontramos plenamente ajustada a la norma, y además lógica, dentro del contexto de preacuerdos y negociaciones. Una interpretación contraria de la norma, esto es, una limitación a la posibilidad de excluir la aplicación de una pena inferior a la mínima o de incluso eliminar la pena, claramente supondría un desincentivo para el sujeto que está siendo procesado y que se acoge a la negociación cuando el delito que se le imputa está bordeando una pena mínima. ¿Qué incentivo tendría un sujeto para negociar, si de cualquier forma la sanción a recibir por su acción será la mínima, pactando o no con la justicia?

Lamentablemente, y como bien lo advierten Gómez y Castro (Ibíd.), la Corte Suprema de Justicia “de forma unánime y permanente ha venido sosteniendo que no es posible pre-acordar penas que desconozcan el mínimo porque se quebranta el principio de legalidad de la sanción”. A pesar de que esta es la forma en la que se asumen los preacuerdos por nuestra Corte, nos permitimos de manera respetuosa disentir, ya que la norma no hace ninguna indicación en este sentido y a nuestro juicio el intérprete arbitrariamente no puede limitar lo que el legislador no ha limitado.

En efecto, se trata de un rezago de la mentalidad restrictiva que ataba la imposición de sanciones exclusivamente al principio de legalidad, pero que a nuestro juicio ha venido diluyéndose de manera progresiva, a fin de alcanzar una

justicia más inclinada a reducir la sanción y procurar la humanización del proceso y la pena.

En síntesis el sistema procesal penal establecido por la Ley 906 de 2004 no establece limitaciones en materia de negociaciones, no obstante lo cual, el fiscal deberá observar la mínima pena atribuible al delito, a fin de no dejar de castigar la conducta en aplicación de un preacuerdo con el procesado.

Control por parte del juez

No podemos dejar de examinar dentro de este capítulo, el control de legalidad que realiza el juez al someter a su aprobación un preacuerdo concertado entre fiscalía y procesado.

Este deber del juez de conocimiento, quien recibe un preacuerdo de parte de la fiscalía dando cuenta de los términos de la negociación a la que se llegó con el procesado, es en esencia un control constitucional encaminado a evitar cualquier afectación que se pueda causar sobre los derechos de éste, en procura de una sentencia más benéfica.

En este orden de ideas el control constitucional y legal del preacuerdo:

Constituye un procedimiento imperioso que garantiza la plena observancia de las garantías fundamentales del sujeto jurídico penable que ha celebrado una alegación preacordada con la fiscalía, además del control que se ejerce para la verificación de la licitud de la evidencia de cargo, de la existencia y materialidad del hecho con relevancia penal, del vínculo entre sujeto aceptante de responsabilidad penal con el hecho y la prueba, de la posibilidad de configuración de una causal de exoneración de responsabilidad penal, del cumplimiento de los

requisitos formales del escrito de acusación contenido del proyecto de pacto etc., (Garzón, Londoño y Martínez, 2007: 293).

Asimismo, es posible mencionar que en nuestro sistema procesal penal, el control constitucional es el instrumento de la sustancia del acto preacordado. Así, sin el perfeccionamiento realizado por el control referenciado, no nacerá a la vida jurídica el acuerdo, y quedará exclusivamente como un “preacuerdo” inaplicable a la luz de la legislación nacional vigente.

Efectuado el control:

El proyecto de convenio, jurídicamente pasa a ser un verdadero *acuerdo*, puesto que, con la aprobación judicial se cumple el requisito *ad solemnitatem*, produciendo así, los efectos jurídicos insertos por las partes en el acta de negociación, en cuanto a la reducción penológica y aceptación de culpabilidad. Sin este beneplácito judicial, el proyecto de pacto jurídicamente no produce efectos (Ibíd., 293-294).

Vale la pena anotar que sobre la participación del juez en la negociación dentro del sistema procesal de los Estados Unidos, señala la profesora Whanda Fernández León (2010: 418) que “(...) Los jueces no participan de las discusiones propias de la negociación. Una vez elaborada el acta por los abogados, se limitan a controlar el *trato*.”; por lo que, se señala por su parte, los términos de la negociación les son vinculantes, salvo que desconozcan garantías del procesado.

No obstante ello, anota Raúl Eduardo Sánchez (2005), citando a Dressler (1997), que en el sistema de negociación de los Estados Unidos el control por el juez, se actualiza fundamentalmente sobre dos aspectos. El primero, refiere a la aprobación o no del preacuerdo, en tanto “(...) no está obligado a aceptar el retiro

de uno de los cargos o el acuerdo frente a la sentencia”. El otro, concretado en una especie de tercero conciliador, que procura el acercamiento de las partes.

Precisada la importancia y alcance del control, habrá que indicar además que este tiene dos dimensiones:

Control formal

“El control de legalidad formal de la alegación de culpabilidad preacordada, aduce, según un considerable sector de la doctrina, a la mera verificación de:

- Los requisitos de forma que se exigen por las normas jurídicas procesales para que la negociación sea válida jurídicamente
- La determinación de la inteligencia y voluntariedad con que el imputado o acusado exteriorizó su decisión de someter su situación penal a la terminación anticipada del proceso penal ordinario como consecuencia de la conclusión de un preacuerdo” (Garzón, Londoño y Martínez, 2007: 302-303).

Control material

Garzón (et. al., 2007: 306-307) citando a Carlos Munisaga y a Julio Quattropani, sostienen que “el tribunal debe proceder, una vez formalizado el preacuerdo a verificar la legalidad del mismo. Este control debe ser amplio, debiendo verificar”(i) (Que) la confesión del acusado sea voluntaria, y presentada con pleno conocimiento de las consecuencias que le traerá, (ii) y con una eficiente tarea de la defensa técnica al respecto.(iii) asimismo la confesión de éste deberá resultar coherente con los hechos y evidencias que resultaron en la investigación."

Más adelante aseveran que además (i) (el) tribunal debe sentenciar según las reglas procesales del juicio común con la única limitación del quantum máximo de la pena. (ii) deberá valorar las pruebas que se le ofrecen y apreciarlas según la sana crítica racional.

Y de manera radical aseguran que "(el) tribunal podrá disminuir la pena, tanto en la especie como en la cantidad, pudiendo por improbable que esto sea, luego de la aceptación de los hechos por parte del imputado, llegar a declarar la absolución".

Es claro que el juez debe hacer un análisis formal y material del pacto que se realiza entre las partes intervinientes en el proceso. Sin embargo, más que el deber del juez respecto al análisis de la formación del pacto, es indispensable conocer cuáles son las razones o motivos que pueden dar lugar a una negativa de su parte, más cuando la ley concede al procesado la facultad de negociar con el fiscal los términos de la imputación.

En consideración a lo anterior, es importante precisar que "el pacto no puede ser improbadado por el juez porque, según su criterio jurídico, reputa la transacción como inconveniente o por otras consideraciones de índole distinta al quebranto de garantías fundamentales, único elemento o factor a considerarse en este aspecto – inciso 4 del artículo 351 ib. -. Las dos situaciones anteriores son consideradas totalmente distintas. La improbación la sujeta la ley, en forma rotunda, a un motivo: el desconocimiento o atropello de las garantías fundamentales. Toda otra consideración está por fuera del tema y no puede tomarse, por importante que sea la lucubración al respecto, como fundamento de una autorización judicial que no ha querido el legislador establecerla bajo esa peculiar óptica" (Gómez y Castro, 2010:89-90).

3. Interpretación Jurisprudencial de los preacuerdos y negociaciones: un ejercicio de análisis de los fallos de altas Cortes y tribunales superiores

De la mano con los lineamientos que hemos evidenciado a lo largo de este documento, es importante presentar ahora el alcance jurisprudencial deferido a los preacuerdos y negociaciones, en punto de establecer su finalidad concreta, su tensión o fractura con el principio de legalidad, los parámetros sobre los que resulta viable la negociación, así como su susceptibilidad o no de control material y no, meramente formal por el juez de conocimiento.

Finalidad concreta de los preacuerdos y negociaciones

Como ha sido dicho por la jurisprudencia nacional, es propósito fundamental de los preacuerdos y negociaciones el de finiquitar los procesos penales, de una manera más eficiente y eficaz, a lo que, agregamos, la humanización en términos de la concepción del sujeto penal, que por lo pronto sólo nos interesa advertir, pero que cobrará relevancia en la segunda sección de este escrito.

Ciertamente, la figura de las negociaciones buscaba impactar de manera importante la congestión judicial y carcelaria, en evidente materialización de una política criminal seria y sensata, así como las inocultables flaquezas que en materia de instrucción y de consolidación probatoria se avizoraban progresivamente y con mayor énfasis en la Fiscalía General de la Nación.

Para nadie es desconocido el letargo y adormecimiento de las actuaciones penales en sede investigativa, habida cuenta de la insuficiente infraestructura humana y de medios de esa institución. Así, se pretendía que el porcentaje de actuaciones que fuesen a juicio se redujera sustancialmente y que sólo de manera excepcional se promoviera la activación del aparato judicial,

preferentemente ante casos que se advirtieran lesivos para bienes jurídicos de elevada sensibilidad como la Administración Pública o el Orden Económico y Social. A ello, se refirió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 21954 del 23 de agosto de 2005, siendo Magistrado Ponente el Doctor Jorge Luis Quintero Milanés:

[E]l sistema está diseñado para que a través de las negociaciones y acuerdos se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverán los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa.

Sin embargo, como se verá más adelante, ese cometido fundamental de la figura de los preacuerdos y negociaciones hasta ahora no ha logrado ser alcanzado, a nuestro juicio, por la difícil extirpación en el sustrato ideológico existente en la judicatura, de su intromisión en el papel o en el rol que corresponde a los fiscales en la dinámica del sistema procesal penal de corte acusatorio. Pero, quizás no puede achacarse sólo a los jueces esa cuota de responsabilidad en el hasta ahora frustrado propósito de los preacuerdos y negociaciones, sino también, a los delegados del Fiscal General de la Nación, los que adheridos a las directivas de esta institución repliegan la verdadera dimensión constitucional y legal del sistema y en el caso de los preacuerdos, de una de sus figuras representativas.

Los preacuerdos ¿fractura o veta al principio de legalidad?

Ya esta discusión se planteó en términos doctrinales algunas líneas atrás. No obstante, el debate también aparece en la jurisprudencia, y consideramos que su explicación se recoge de manera acertada en la Sentencia C-1260 de 2005 en los términos que siguen:

Para la Corte es claro [...] que la posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor (negrillas agregadas). Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el proceso además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución.

En esta medida, resulta válida la afirmación de que los preacuerdos son vetas a la aplicación irrestricta del principio de legalidad. Apuntan hacia una construcción diferente en materia de persecución criminal, dándole la opción, en aras del desarrollo de unos fines constitucionales, de hacerse a un beneficio derivado, bien de la tipificación del delito, de la supresión de agravantes punitivas o en general, de la estructura que libremente el procesado en compañía del operador de justicia puedan determinar.

Pero para que esto pueda ser así, un elemento adicional que debe ser observado con el rigor del caso, guarda relación con la forma de ejecución de los

preacuerdos y la observancia de principios básicos en términos de lealtad procesal y respeto a los términos de la negociación.

Por obvias razones, un acuerdo plagado de engaños o argucias tendientes a la confusión por parte del procesado en aras del reconocimiento de una culpabilidad, de ningún modo, puede ser la mecánica orientadora de la institución en mención.

Los parámetros del preacuerdo

El presente acápite constituye quizás el aspecto nodal de éste trabajo, toda vez que pretende escudriñar acerca del ámbito de movilidad de la Fiscalía General de la Nación en materia de preacuerdos, así como la oponibilidad de lo preacordado frente a los jueces de conocimiento.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, "la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso". Por su parte, señalan los artículos 350 y 351 íd., que "la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación y que, también podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias".

El desarrollo jurisprudencial respecto de los límites de los preacuerdos, enseña con nitidez que el alcance sobre la negociación de los hechos imputados y sus consecuencias, implica una verdadera gama de posibilidades y variables que envuelven el acuerdo sobre los citados extremos, sin que lo propio implique desconocimiento de principios como el del aprestigiamiento de la justicia. Así, resulta factible negociar v.gr. sobre la forma de imputación subjetiva, degradar la categoría de participación en el ilícito, suprimir agravantes o delitos de menor entidad, tanto como preacordar la pena imponible o la concesión de beneficios

como el de la prisión domiciliaria o el permiso para trabajar. Todo ello, por supuesto, con observancia de las exigencias legales respectivas.

Como se indicara en sentencia del 14 de marzo de 2006, de la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado 24052, siendo Magistrado Ponente el doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón; dado que esos institutos hacen parte de un derecho premial, es claro que se admite pactar las consecuencias penales y civiles de la aceptación de cargos, tanto en la cantidad de sanción como respecto de las condiciones para su ejecución (prisión domiciliaria, suspensión condicional de la ejecución de la pena); no permitir este aspecto comportaría un colapso del sistema y el estatuto procesal no previó limitaciones frente a los temas objeto de convenio.

En punto de lo que debe ser materia de esos preacuerdos o negociaciones, ya la Sala tuvo oportunidad de precisarlo cuando a propósito del tema expresó:

(...) Estas negociaciones entre la fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que ‘obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima, sólo que en este caso ésta podrá rehusar los preacuerdos y ‘acudir a las

vías judiciales pertinentes' según lo prevé el inciso final del artículo en mención.¹⁷

(...) Un derecho premial, que admite pactar sobre todas las consecuencias de la aceptación de la imputación, no sólo de las penales sino también de las civiles y, entre aquéllas, además de la cantidad de sanción también respecto de las condiciones para su ejecución; y que apoya su efectividad precisamente en el sistema de negociaciones porque de lo contrario colapsaría, no tolera exclusiones generalizadas como las consignadas en la Ley 733 del 2002, a menos que por razones de política criminal, pensadas y adoptadas dentro de esa nueva realidad, se haga expresa e inequívoca – se insiste- la voluntad legislativa de establecer algunas prohibiciones al régimen de negociaciones.

Por lo tanto, si la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena pueden ser materia de convenio entre fiscalía e imputado y ese preacuerdo obliga al juez a menos que desconozca garantías fundamentales, que la nueva ley no hubiera establecido ninguna cortapisa implica que la prohibición para concederlas respecto de determinados delitos ha desaparecido.

En el mismo sentido, la Casación del 4 de mayo de 2006, con radicado 24.531, Magistrado Ponente doctor Sigifredo Espinosa Pérez, 25196 del 10 de Agosto de 2006 del mismo Ponente y 31063 de Julio 8 de 2009, Magistrado Ponente doctor Jorge Luis Quintero Milanés.

El artículo 351 de la Ley 906 del 2004 no precisó los parámetros para que el juez estableciera el monto de la rebaja a conceder, los que no pueden ser los de los

¹⁷Sentencia de Casación del 14 de marzo de 2006, Rdo. 24.052.

artículos 59 y 60 del Código Penal, como que estos hacen referencia a la conducta misma y no a fenómenos post delictuales como la aceptación de cargos.

Esos lineamientos se desprenden del propio instituto que busca reconocer un mérito por la conducta procesal, es decir, un premio por optar por el camino de materializar los principios de celeridad, eficacia y eficiencia para lograr pronta y cumplida justicia. Por tanto, el fiscal al pactar el monto de la rebaja, o el juez si ello no se hace, deben sopesar el asunto en términos de la oportunidad y la rapidez con que se hizo, la magnitud del ahorro de esfuerzos y recursos investigativos que significó esa actitud y desde ahí ponderar el porcentaje de disminución de la pena ya fijada.

Y finalmente, en sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 27.759, Magistrado Ponente doctor Alfredo Gómez Quintero:

1.6. Los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. ¿Los parámetros del preacuerdo?

El problema jurídico radica entonces en saber **¿cuál es la circunspección del fiscal a la hora de celebrar un preacuerdo?**, tema que resulta definitivo a la hora de celebrarlos:

Cuando la Corte Constitucional revisó el numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, referido a los preacuerdos sobre los términos de la imputación, en sentencia C-1260 de 2005, avaló de forma condicionada la norma impugnada, en favor de la legalidad de los preacuerdos entre la fiscalía y la defensa.

El argumento del fallo de constitucionalidad radica en que es permitido a la Fiscalía tipificar [Léase **imputar**] la conducta dentro de su alegación

conclusiva de forma específica con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar [**no imputar, excluir**] alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda [Léase **imputación jurídica circunstanciada**].

Se trata –insiste la Sala- de hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la Administración de justicia.

1.6.8. Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en **no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica**: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.

Sólo a partir de ese momento, tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de qué es lo que se negocia (los términos de la imputación), y cuál es el precio de lo que se negocia (el decremento punitivo).

Por ello, a partir de establecer correctamente lo que teóricamente es la imputación fáctica y jurídica precisa, resulta viable entrar a **negociar los términos de la imputación**:

Es el momento en que pueden legalmente el fiscal y la defensa entrar a **preacordar las exclusiones en la imputación** porque ya pueden tener

idea clara –uno y otro- de lo que ello implica en términos de rebajas punitivas.

Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera consensuada, razonada y razonable excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- mensurar el costo / beneficio del preacuerdo.

Todo ello dentro de la legalidad, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad.

El parámetro de la negociación de los términos de la imputación no es la impunidad; el referente del fiscal y de la defensa es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia.

De lo anterior, se colige que los límites en términos materiales a la realización de preacuerdos, estriban en la adecuación típica de la conducta penal. Aun cuando el fiscal tiene un amplio margen de movilidad, la interpretación jurisprudencial es clara en el sentido de que los límites a los que se debe ajustar la adecuación se predicen de: 1) conducta jurídicamente relevante; 2) y adecuación con un tipo penal que pueda ser comprensivo de la conducta.

Fuera de lo anterior, como se ha visto, es vasto el espectro sobre los elementos que podrían ser objeto de la negociación, sin que, en últimas pueda rebasar las fronteras de la razonabilidad del preacuerdo y las garantías fundamentales del acusado.

¿Son susceptibles los preacuerdos de control material por el juez de conocimiento?

La práctica judicial ha demostrado que de ordinario el asunto (preacuerdo) sometido al control de legalidad por el juez de conocimiento en punto de su aprobación o no, implica una injustificada e ilegítima intromisión en los términos del mismo, bajo el insustentado argumento de una improcedente “acumulación de beneficios” o quizás, de un “desprestigio para la administración de justicia”.

Como se sabe, de acuerdo con el principio acusatorio corresponde a la fiscalía la carga de la imputación y probatoria contra el acusado. Se conoce igualmente, que en los inicios de la implementación del sistema y aún hoy, aunque con mayor énfasis entonces, era manifiesta la confusión de roles entre juez y acusador, convirtiéndose aquél en ocasiones en coacusador. El juez continuaba atado al Sistema Inquisitivo, invadiendo la esfera y órbita del fiscal, escudado en la pretendida búsqueda de la verdad y la enervación de la impunidad, cuando éstos postulados si bien vigentes, operan dentro del sistema en abstracto, sin que se constituyan en aval para adscribir facultades y competencias que no corresponden al juez. Debe recordarse entonces que es propio del principio acusatorio, la individualización de roles, la separación absoluta en las funciones de acusación y juzgamiento.

Constituye desarrollo y expresión de lo anterior, la no consagración por el legislador del control material del escrito de acusación o su equivalente. Así, se infiere nítidamente de los artículos 339 al 351 de la Ley 906 de 2004,

estableciéndose exclusivamente un examen de naturaleza formal por el juez de conocimiento.

No obstante, y como fue reconocido por la misma Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 39886 del 16 de octubre de 2013, siendo Magistrado Ponente el doctor José Leonidas Bustos Martínez, esa misma Corporación fue refractaria a esa especie de injerencias arbitrarias del juez en la órbita del fiscal, habiéndose permitido incluso la anulación de imputaciones y acusaciones, a consecuencia de lo cual el fiscal a la postre se avocaba a demostrar no su teoría del caso, sino, la de juez; desconociéndose abiertamente el contenido de los mandatos constitucionales (arts. 250 y 252 de la Carta Política).

Así se describe el escenario en esa misma sentencia:

El panorama jurisprudencial actual presenta tres vertientes frente al control judicial de la acusación a saber: 1) por una parte, precedentes de esta Colegiatura han señalado unívocamente que la acusación –en procesos ordinarios-, en tanto acto de parte no tiene control judicial; 2) que cuando la acusación está contenida en un acta de aceptación de imputación la normatividad indica que el contenido de dicho documento no tiene control; y, 3) que el juez de conocimiento puede intervenir por completo lo comprendido en la acusación por la vía de la declaratoria de nulidad de la diligencia en que se formularon y aceptaron los cargos.

Esto último, refleja sin duda alguna, una manifiesta falta de coherencia en el ejercicio del control del que es susceptible la acusación o su equivalente, en tanto, de un lado se tiene claridad sobre el control formal de la acusación propiamente dicha, mientras que cuando se trata de terminaciones anticipadas (léase allanamiento a cargos, aceptación de imputación, preacuerdos) la situación se

torna diferente, con lo que se evidencia un injustificado trato discriminatorio, impidiéndose con ello, el cumplimiento de los objetivos trazados para esa clase de terminaciones por el legislador, pero sí propiciando el letargo en la administración de justicia, la congestión judicial y en el hacinamiento carcelario.

Así, en fase del control de legalidad del preacuerdo por el juez de conocimiento, el que en estricto sentido habría de ceñirse a la verificación de la vulneración o no de garantías de carácter fundamental, se aduce su ilegitimidad, habida cuenta de una supuesta “acumulación de beneficios”, rezagando de una parte, la esencia del principio acusatorio, conforme el cual la acción penal corresponde de manera exclusiva a la Fiscalía General de la Nación, siendo en consecuencia la habilitada para negociar sus términos y de otra; la inviabilidad del control judicial de la acusación, siendo esto último, lo que comporta el escrito contentivo del preacuerdo entre Fiscalía e imputado.

Se insiste entonces, sí el documento contentivo del preacuerdo representa no otra cosa que el equivalente al escrito de acusación (art. 293 Ley 906 de 2004) y siendo que sobre la inmutabilidad de éste último se ha pronunciado reiterada y pacíficamente la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹⁸; no se entiende cómo – por supuesto en abierta confrontación con el principio de igualdad – puede legitimarse la controversia de los términos del preacuerdo por el juez de conocimiento, cuando una postura tal se torna absolutamente improcedente respecto del escrito de acusación.

Sobre éste, ha dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no se cuestiona por el juez de conocimiento si el contenido

¹⁸Cfr Sentencia de 28 de febrero de 2007 radicado 26087, auto de 5 de octubre de 2007 radicado 28294, auto de 15 de julio de 2008 radicado 29994, auto de 6 de mayo de 2009 radicado 31538, auto de 31 de agosto de 2009 radicado 31900, sentencia de 13 de diciembre de 2010 radicado 34370, sentencia 38020 de 2 de mayo de 2012, sentencia de 18 de abril de 2012 radicado 38256, y auto de 18 de abril de 2012 radicado 38521; entre otros.

es completo, si dejaron de incluirse delitos o no con eventual sustento probatorio, si se relegaron circunstancias agravantes o si existe yerro sobre la imputación subjetiva o el grado de participación. La razón, finalmente ha logrado entenderse que todo ello corresponde a un ejercicio discrecional de la Fiscalía General de la Nación.

Para bien de la administración de justicia, puede decirse que la sentencia hito referente al respeto por los términos de los preacuerdos, en tanto equivalentes al escrito de acusación, se identifica en el radicado 39892 del 6 de febrero de 2013, Magistrado Ponente doctor José Luis Barceló Camacho, doctrina que se reitera, entre otros, en los radicados 37951 del 19 de junio de 2013, 41375 auto del 14 de agosto de 2013 del mismo Magistrado Ponente y en sentencia de tutela 69478 del 24 de septiembre del mismo año, Magistrado Ponente doctor José Leonidas Bustos Martínez. Pero, es en el radicado 41570 del 20 de noviembre de 2013, Magistrado Ponente doctor Fernando Castro Caballero en el que con toda firmeza y vehemencia viene a decantarse la postura mayoritaria de esa Honorable Corporación de Justicia, reconociendo el desacierto en su tolerancia a la indebida injerencia en los términos de los preacuerdos, habida cuenta del entendimiento de su control exclusivamente formal, que no material.

Especial reconocimiento merece éste último pronunciamiento, toda vez que en el mismo además del acierto ya citado, se da cabida al análisis sobre la improbación del preacuerdo por una supuesta acumulación grosera de beneficios a la que hiciera referencia la primera instancia, revocando el pronunciamiento y avalando en su lugar la negociación simultánea sobre la degradación de la participación del acusado, el reconocimiento de la prisión domiciliaria y el permiso para trabajar; postura esa que se reiteraría posteriormente en sentencia de tutela 70712 del 4 de diciembre de 2013, siendo Magistrado Ponente el doctor Eyder Patiño Cabrera.

En reciente pronunciamiento, con radicado SP 13939-2014 (42184) con ponencia del H. Magistrado doctor Gustavo Enrique Malo Fernández, se han relevado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia los límites que enmarcan esa intervención del juez de conocimiento al verificarse el control sobre los preacuerdos, atendiendo la naturaleza del sistema premial, tanto como las competencias legalmente establecidas para aquél. Esto es, señalando la oponibilidad y vinculatoriedad del acuerdo para el juez de conocimiento, salvo por supuesto, que desconozca garantías y derechos fundamentales, insistiendo en (i) la plena autonomía del fiscal para negociar o no (ii) su habilitación para modular el acuerdo, sin quebrar el principio de presunción de inocencia, así como para (iii) definir la conducta imputada, sin que le sea permitido “crear tipos penales”.

Se encuentra útil referir igualmente, la marginalidad del juez de conocimiento respecto de las directivas de la Fiscalía General de la Nación en materia de preacuerdos, conforme el artículo 348 de la ley 906 de 2004, en tanto, no se trata, destaca el pronunciamiento, “(...) de un designio imperativo para el juez” como que puede apartarse de ellas; privilegiando como ya se dijo, las finalidades y naturaleza de los preacuerdos.

Recapitulación de los avances en términos jurisprudenciales respecto de los preacuerdos y negociaciones

Ya transitadas las líneas básicas de comprensión de la figura de preacuerdos en sus dimensiones de novedad, surgimiento, desarrollo del principio de legalidad y ejecución con observancia de principios de buena fe procesal, así como su diferenciación con otras instituciones y límites en su aplicación, conviene determinar una tipología de los elementos que constituyen el preacuerdo en sí. O más bien, en desarrollo de lo dicho, intentar una relación de los puntos álgidos en materia de flexibilidad de la figura, así como de alcance, contenido y puntos de obligatoria observación.

Para este fin, en un ejercicio juicioso y magistral realizado por la Corte Constitucional, encontramos la Sentencia C-059 de 2010, antecedente a través del cual la Corte recoge varios elementos que en su criterio resumen la esencia de los preacuerdos, así como sus límites, por lo cual dada su relevancia nos permitimos reproducirla a continuación:

La Corte Constitucional ha considerado en materia de acuerdos y preacuerdos lo siguiente:

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

4. Alcances aplicativos desde la propuesta de la Fiscalía General de la Nación

Como un híbrido entre el avance doctrinal, y el avance jurisprudencial, es importante hacer mención a la directiva proferida por parte de la Fiscalía General de la Nación en materia de fijación de “directrices para la celebración de preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”.

La Directiva No. 001 de septiembre de 2006, comprende nueve reglas o parámetros que quisiéramos comentar – por supuesto no en su totalidad pero sí en los puntos, a nuestro juicio, más relevantes –, a manera de antecedente respecto a los instrumentos aplicativos y los alcances que a la figura se le da por parte del operador jurídico.

Según lo que podemos evidenciar, esta directiva presenta unos puntos positivos, y otros nefastos para la satisfacción de los fines para los cuales fueron creados los preacuerdos. Respecto de los alcances benignos, encontramos en primer lugar, que establece como finalidad el que los preacuerdos y negociaciones sean vistos como instrumentos jurídicos con los que cuenta la entidad para hacer justicia material y efectiva, aplicando criterios de razonabilidad frente a las víctimas.

Así, menciona que “no podrá utilizarse [éste mecanismo] sólo para resolver casos, acelerar la justicia, descongestionar los despachos judiciales, ni como una forma de conciliación o mediación” (Directiva, 2006), lo cual nos lleva a pensar que en esa búsqueda por desarrollar fines más complejos, la directiva puede dar cabida a la aplicación del principio de humanización que bien describimos pero que más adelante entraremos a desarrollar.

El segundo punto de la directiva, establece que para la concreción de un preacuerdo, se deberán examinar determinados factores relevantes, dentro de los

cuales se encuentran “la concurrencia de circunstancias (...) personales del imputado o acusado y su historial delictual, los derechos e intereses de las víctimas, el grado de afectación y la relación que tuvieran con el imputado o acusado. Asimismo, se tendrá en cuenta la actitud demostrada por el imputado o acusado de asumir la responsabilidad por su conducta, el arrepentimiento y el esfuerzo en compensar a la víctima, o cooperar en la investigación o en la persecución de otros delitos” (Directiva , 2006).

No obstante, en su intento por reglar la actividad del operador y restar márgenes de discrecionalidad, la Directiva establece ciertos lineamientos que a nuestro entender tienen implicaciones nefastas para la correcta utilización del instrumento. Para ejemplificar brevemente lo dicho, haremos referencia a la previsión según la cual" cuando se trate de un concurso de conductas punibles no podrá preacordarse la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia, atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo” (Directiva , 2006).

En nuestro sentir, en ese ejercicio la Fiscalía General de la Nación ha desbordado su función de partícipe en el diseño de la política criminal, trascendiendo a la formulación de regulaciones que podrían integrarse a las previsiones legales en materia de preacuerdos negociaciones, y que por su sustancialidad y repercusiones, corresponderían a una tarea de orden legislativo.

Así, conforme con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional, se reconoce que el concepto de *política criminal* debe comprender la respuesta penal al *fenómeno criminal*¹⁹.

Esto es, se trata de una acepción que implica o mejor, que entraña la forma en la que el Estado decide hacer frente a ese fenómeno social.

¹⁹ Corte Constitucional. Junio 20 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Rdo C-646/01

De igual forma, la Corte Constitucional se muestra vehemente y radical en la adscripción de esa tarea, la de la formulación de la *política criminal* al legislador, en tanto se corresponde con *el principio democrático* y de la *soberanía popular*²⁰.

El ejercicio de esa facultad, señala la Corte, encuentra fundamento en la *cláusula general de competencia*, según la cual, corresponde al órgano legislativo *hacer las leyes*. El *principio de legalidad* se encuentra entonces vinculado al *principio de la representación popular en la definición de las políticas criminales*.

En desarrollo de lo anterior, el legislativo se halla legitimado para determinar v.gr. la *improcedencia* de la figura de los preacuerdos en determinados eventos o quizás, su *modulación*, en tanto es manifiesto su reflejo e implicaciones en la obtención de una pronta y cumplida justicia, en el hacinamiento carcelario y en la descongestión del sistema de justicia.

La jurisprudencia constitucional ha señalado dentro de los principales e ineludibles lineamientos en la libertad de configuración legislativa en materia penal, *la existencia de parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido que se ajuste a la Constitución*²¹. Esto es, que ello obedezca a la *juiciosa ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso*²².

²⁰ Corte Constitucional. Junio 13 de 2013. .P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Rdo. C-334/13

²¹ C-1404/00

²² C-1404/00.

“ *La dosificación de las penas se deja en manos de legislador, quien según el tipo de delito y las circunstancias de la realidad nacional, fija unos topes a las penas aplicables, desde luego con estricta sujeción a los mandatos de la Constitución, de manera análoga a como acontece con la función que le compete cumplir al juez, a quien corresponde determinar según los hechos, la sanción que en cada caso particular deba imponerse...un adecuado sistema de política criminal, debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad...*” *El quantum debe atender los fines de represión de la comisión de nuevos delitos. La dosificación de las penas se deja en manos de legislador, quien según el tipo de delito y las circunstancias de la realidad nacional, fija unos topes a las penas aplicables, desde luego con estricta sujeción a los mandatos de la Constitución, ...*”(C-565/93)

No obstante, y como se indicara en reciente pronunciamiento por la Sala de Casación Pena de la Corte Suprema de Justicia:

La reciente política criminal se caracteriza por ser reactiva; carente de fundamentación empírica; incoherente; alejada de una perspectiva de derechos humanos; tendiente al endurecimiento de penas; poco reflexiva frente a los desafíos del contexto colombiano y subordinada a la política de seguridad-- Las iniciativas legislativas en materia penal y procesal penal, a la batuta de un exacerbado populismo punitivo, han venido restringiendo las posibilidades de aplicación de mecanismos de justicia premial, sin considerar que, lejos de avanzar en el afianzamiento de una pronta, cumplida y adecuada justicia, están perjudicando la funcionalidad del sistema y consolidando su inoperancia. La Corte reitera su llamado de atención a las instancias legislativas y gubernativas competentes, a fin de que, de una vez por todas, la política criminal en Colombia transite por los senderos que dictan tanto la Constitución como la racionalidad instrumental de las medidas procesales implementadas con ocasión del Acto legislativo N° 03 de 2002. Se trata, entonces, de lograr coherencia, consistencia y permanencia en los lineamientos para el tratamiento de los fenómenos delictivos, sin desconocer que la fijación de las penas debe responder a criterios de proporcionalidad y que el sistema penal ha de articular con fina precisión las medidas penales sustanciales con los efectos que, a través del proceso, pretende materializar el Estado social y democrático de derecho. (Cas. Penal 33254 del 22 de febrero de 2013) (Resaltado agregado)

Reflexión final: discusiones y planteamientos sobre preacuerdos y negociaciones que desembocan en la necesidad de plantearse la humanización como una propuesta teórica, y como fundamento de la implantación de este modelo de justicia.

Una vez perfilado el marco general de los preacuerdos y negociaciones desde el punto de vista netamente jurídico haciendo un análisis de las fuentes principales y auxiliares del derecho, consideramos importante cerrar este acápite con una reflexión que explique al lector las razones por las que hemos tomado la decisión de no concluir la investigación agotando estas fuentes, sino que contrariamente, y como fruto de este primer ejercicio nos precisan a la formulación de un análisis complementario sobre la humanización de las penas.

Tal como se ha visto hasta el momento, nos hemos planteado varias preguntas e interrogantes, los cuales sin duda han al menos generado inquietudes en lo que respecta a la finalidad de preacuerdos y negociaciones en consonancia con lo que ha sido aprobado por el Congreso de la República, y que hoy en día se encuentra vigente en nuestro país.

En un ejercicio sistemático, indagamos sobre los antecedentes de justicia penal negociada, haciendo un tránsito por las diferentes legislaciones que imperaron en Colombia buscando desentrañar el fin último de la legislación, cual no fue otro que el de dar celeridad a los procesos penales, pero también aportar en la humanización de las penas en lo que tiene que ver con la graduación de las mismas, y de forma especial, la humanización del proceso penal como un todo que desgasta a la administración de justicia, a la víctima y al mismo procesado.

Esta aproximación a la finalidad del proceso de acuerdo con lo que hemos presentado en este documento, está directamente conectada con los límites de los preacuerdos y negociaciones que en esencia es el objetivo de nuestro trabajo. Lo

anterior, no solo porque se trata de una finalidad subyacente, sino porque es lo que da sentido a la adopción de este instrumento de justicia transaccional y que presenta una diferencia entre las apuestas anteriores y la apuesta de la Ley 906.

La motivación principal para desarrollar la sección “B” de este documento, nace fundamentalmente de la intención de presentar al lector un panorama menos descriptivo y más analítico, que ambienta el escenario idóneo para la ejecución práctica de los preacuerdos y negociaciones en el marco de la justicia penal negociada, esto es, justicia transaccional.

Para nosotros es claro que el análisis de los preacuerdos y las negociaciones no se aísla materialmente de la finalidad que persigue – humanización –, o al menos que según el análisis efectuado hasta el momento pretende perseguir. ¿Cómo hacer entonces para interpretar esta institución y sus límites sin hacer un ejercicio interpretativo de la humanización del proceso y de las penas?.

Consideramos que respecto de la última pregunta la respuesta no puede ser menos que negativa: no es posible entender los límites de los preacuerdos sin desentrañar su finalidad, puesto que existe un círculo virtuoso en la relación de causalidad: no se pueden entender los límites de los preacuerdos sin examinar la humanización, puesto que la humanización es la fuente del surgimiento de los preacuerdos, y es a su vez, la que fija los límites previamente referidos.

En suma, la interpretación cabal de la justicia transaccional aterrizada a preacuerdos y negociaciones, y por añadidura la fijación de sus límites, es indivisible de la finalidad perseguida puesto que de no analizarse, se prescinde de un elemento determinante para entender su alcance y el ámbito de acción que tiene el fiscal al momento de entrar a negociar con el procesado.

Salta a la vista que no es suficiente un análisis empírico donde se constata una ejecución práctica de los preacuerdos y negociaciones, puesto que si lo que se quiere es aproximarse a entender cómo se aplican, pero fundamentalmente dar un diagnóstico sobre las limitaciones o libertades que tiene el operador de justicia al momento de preacordar, se debe mirar con lupa el objetivo del legislador antes de poder establecer un marco de negociabilidad.

Nos interesa pues entender el alcance de la humanización²³, porque este término ha sido utilizado en diferentes escenarios con implicaciones disímiles. Importa pues acotar el alcance de la finalidad que encontramos en la adopción de este mecanismo, y para ello, es indispensable entender a qué se quiso referir el legislador, o mejor, cómo ha sido interpretado por la doctrina este principio de humanización aterrizado a la pena y al proceso penal.

Por supuesto, entrar en la cabeza del legislador es un trabajo prácticamente imposible que no pretendemos desarrollar. No obstante, en un ejercicio propositivo queremos examinar el concepto de humanización, su ámbito de aplicación y su ejercicio práctico entre otros, con lo cual entendemos que aportamos al debate y fortalecemos nuestra tesis central de investigación intentando clarificar ese círculo virtuoso al que hemos hecho referencia.

²³Cuando se piensa en ahondar en un campo que pertenece más a la criminología o inclusive a la sociología jurídica como lo es por supuesto examinar la finalidad, no tanto del proceso penal como sí de la adopción de un mecanismo de justicia negociada, pareciera que el estudio puramente jurídico se desdibuja y se solapa con una intención, como se decía, principalmente sociológica. Nuestro ejercicio, sin embargo, es eminentemente jurídico y se desprende de la pregunta de investigación que se presentó al comienzo de este documento. Disentimos entonces de este parecer, puesto que la ciencia jurídica al final recae – como todas las humanidades – en el hombre, y más puramente en como las normas llegan al hombre.

En este momento de la historia, donde las ciencias sociales y las humanidades han experimentado una fusión interdisciplinaria recibiendo aportes inclusive de la economía (macro y micro), la participación de la sociología en el derecho es un tema apenas natural, que además enriquece el debate y que fortalece las posturas de análisis jurídico. De ahí, la importancia de apostar por este ejercicio en la sección “B” del presente documento.

B. Segunda sección

Ya pudimos ver que en términos generales, los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el procesado carecen, al menos legalmente, de límites en cuanto a la negociación de los hechos imputados y las consecuencias jurídicas de los mismos, dejando a salvo su prohibición respecto de determinados tipos penales o bienes jurídicos, como arriba quedara indicado.

A sabiendas de que no es dentro del articulado que encontraremos una limitación respecto al ámbito de movilidad de la Fiscalía General de la Nación y que más allá de sí la Fiscalía internamente puede o no fijar unas directrices concernientes, a estrategias tanto negociales como a topes para llegar a un acuerdo, consideramos que tal vez el punto de inflexión que puede darnos una luz respecto a los máximos, o mejor, a las directrices orientadoras de los preacuerdos, son justamente los principios que dieron origen a la figura en mención.

Ya dijimos al comienzo de este trabajo, y lo repetimos porque consideramos crucial su interpretación y adecuada utilización, tal vez los límites en la aplicación de la figura no son otros distintos a la humanización de la actuación procesal en su conjunto, y en particular de la pena²⁴. No en vano, se ha podido desprender de este documento la existencia de lo que hemos calificado como un círculo virtuoso, en el cual la finalidad delimita la institución y la institución no sería tal sin la finalidad perseguida.

²⁴ Vale tener presente que nuestro documento no examina el fin de la pena per se. No obstante, como ya lo veremos unas líneas más abajo, el derecho procesal y el derecho sustancial en materia penal tienen líneas muy delgadas siendo el procesal en gran medida una expresión de principios sustanciales. El hecho de que el legislador en el Código de Procedimiento Penal haya hecho alusión al principio de humanización tanto de la actuación procesal como de la pena en sí misma, no es accidental sino que a nuestro juicio, tiene todo el sentido en la medida en que ambos son expresiones de una manifestación global de política criminal del Estado.

Considerando lo anterior, nos permitiremos empezar este ejercicio haciendo una explicación sobre las razones que sustentan la identificación del principio de humanización que ya ha sido transversalmente referido en el presente trabajo.

1. Humanización

Cuando leemos el articulado en el que se encuentra el capítulo sobre preacuerdos y negociaciones en el sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004, rápidamente nos encontramos con que en el artículo 348 aparece lo siguiente:

Finalidades. **Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena;** obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso (negrilla fuera del texto original).

Ya antes, en el mismo código y particularmente en el artículo 324 numeral 6, se había hecho mención al principio de humanización, particularmente, en lo referente a la aplicación del principio de oportunidad en los siguientes términos: “Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique **desconocimiento del principio de humanización de la sanción**” (negrilla fuera del texto original).

Nunca antes, como lo mencionamos ya en el acápite de reconstrucción histórica, pero como además es claro por cuenta de los objetivos que ya hemos también descrito en el documento, había sido el legislador tan enfático en la apertura de

una figura de justicia negociada o transaccional amparada en la búsqueda por humanizar el sistema procesal penal. Es evidente, en el caso de las finalidades de los preacuerdos, por concentrarnos en el caso que examinamos, cómo la humanización aparece en la primera línea y como primer elemento de persecución por parte del operador de justicia. No obstante, también se replica y refuerza en otra figura de corte acusatorio como lo es la aplicación del principio de oportunidad, entendida paralelamente en éste, como un pilar central dentro de los marcos de aplicación del principio rector que tiene resonancia puntual en estas dos normas, pero que sin duda está consagrado en el espíritu de la reforma procesal penal colombiana.

Dicho lo anterior, ¿Cómo aterrizar el principio de humanización a un contenido material más concreto? Esto es, ¿Cuáles son sus limitaciones y cómo se puede conceptualizar para su tangible utilización?.

La respuesta a estos interrogantes en principio no parece muy alentadora. Pese a su mención explícita en el cuerpo normativo de la Ley 906, la definición y alcance del principio de humanización no aparece en el articulado del Código de Procedimiento Penal, y tampoco se deduce fácilmente de los debates que tuvieron lugar en el seno de la rama legislativa.

Conscientes de estas limitaciones, nos apoyamos en una definición doctrinaria que encontramos vigente y ajustada no sólo al espíritu que acompañó los procesos de reforma, sino que además por ser tan general se corresponde sin lugar a dudas con lo que buscaba el legislador. Así, **“la palabra humanización que aparece en el título de este trabajo (...) Debe entenderse como hacer algo más humano, más comprensivo para el hombre”** (Sampedro Arrubla, 2003: 7), lo cual significa, en los términos de Sampedro, una reorientación de los paradigmas normativos hacia una comprensión del ser humano en su conjunto, identificando sus necesidades y debilidades a efectos de poder ajustar la

aplicación de la ley a esos puntos humanos que en esencia deben ser los que orienten el procedimiento penal.

Asimismo, es también “la reformulación de las ideas básicas que orientan el proceso para lograr un esquema procesal que se base [además] en las víctimas y que reconozca su protagonismo, que tenga como objetivo fundamental, sin descuidar [por supuesto] al delincuente y sus derechos, escuchar, comprender y atender sus necesidades” (Ibíd.).

En síntesis la humanización del procedimiento penal y de la pena como lo entendemos en este documento, y como argumentamos, debe ser entendido atendiendo al sentido literal de las palabras, justamente versa sobre la comprensión del sistema en función del ser humano y no únicamente del sujeto sobre quien recae la acción penal, sino también sobre las demás personas que en mayor o menor grado se ven afectadas por el curso del proceso. Es así como las víctimas y la sociedad civil se suman a este grupo de sujetos que deben ser considerados en este esfuerzo por humanizar el sistema, en tanto son verdaderos agentes del mismo.

Lo esbozado con anterioridad, es solo un abrebocas conceptual, del cual esperamos haber abonado el terreno para el debate, el cual se delimitará y complejizará en el acápite siguiente y en el curso de toda la sección que nos encontramos desarrollando.

2. Fundamento y objetivo de la humanización

Ya habíamos resaltado la trascendencia de la conceptualización de la humanización. Sin embargo, el debate que nos ocupa sólo tiene una pequeña faceta conceptual (ya aproximada) y se debe nutrir sin duda alguna, de elementos más complejos como lo son la identificación del fundamento legal y normativo de

la apuesta humanizadora y más aún, la respuesta a la pregunta acerca de cómo se desarrolla esta humanización a la luz del marco constitucional y normativo, particularmente desde el área del derecho penal. Este será el objetivo que abordaremos en esta sección.

Así, presentaremos el proceso de humanización que encontramos o bien subyace o está gestándose con ocasión de la aplicación de la normatividad penal vigente en Colombia a la fecha, desarrollándolo de la siguiente manera: 1) en primer lugar, examinaremos el alcance estructural o procesal que debe respaldar el objetivo de humanizar las penas en Colombia a la luz del marco constitucional; 2) línea seguida, explicaremos cuál ha sido el contenido material que históricamente se le ha dado a la pena, reforzando la sección número 1 con una reflexión a propósito del papel de las víctimas dentro del modelo de Estado Social de Derecho; 3) posteriormente, examinaremos la necesidad de encaminar esfuerzos hacia la consolidación de una base social que deberá acompañar el esfuerzo estructural a fin de que el proceso pueda realizarse con una expectativa de éxito más alta; 4) finalmente, haremos una descripción del desarrollo psicosocial que será preciso implementar, a fin de que la humanización de la pena pueda volverse una realidad.

Las secciones uno y dos del presente acápite, como se verá más adelante, no son ruedas sueltas dentro del engranaje que constituye esta apuesta por la humanización de las penas. Contrario a ello, a nuestro juicio son verdaderos instrumentos complementarios de los que depende el éxito de este reto de humanización. Si los dividimos es únicamente para presentar los elementos de uno y otro, pero confiamos en el tercer punto del documento estar en capacidad de demostrar cómo éstos van de la mano.

3. Introducción: la relación entre el derecho procesal y el derecho penal (sustancial) a la luz de la normatividad constitucional

El título que lleva esta sección no es circunstancial. Nuestra intención con el nombre de este acápite del documento responde a dos elementos fundamentales: el primero de ellos tiene que ver con la concepción del derecho como una herramienta de creación de realidad; el segundo apunta hacia la importancia del derecho procesal penal como un complemento a la materialización de los principios orientadores de la política criminal dentro del marco de un estado social y democrático de derecho, como lo es el colombiano.

a. El derecho procesal como herramienta de consolidación del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho (lectura desde el derecho sustancial)

Una lectura simple del modelo de Estado que rige actualmente en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, deja ver que el Estado persigue una serie de fines, y que estos, deben estar armonizados con el sistema normativo del país. Tan es así, que existe en Colombia una Corte encargada de velar por el estricto cumplimiento a las directrices constitucionales, haciendo regularmente revisiones no sólo al estado de cosas constitucional, sino además a las leyes que son aprobadas por la rama legislativa a través del llamado control de constitucionalidad.

Siendo claro lo anterior, es no sólo entendible sino además obligatorio asumir que los códigos, decretos y en general toda la cadena del sistema de normas que bien ha llamado Hans Kelsen la “pirámide normativa”, halla su base en la constitución del país, y en esa misma línea debe ser una expresión de los fines que persigue el Estado.

Así, por deducción, la normatividad penal en sentido amplio debe desarrollar plenamente lo que en los fines constitucionales se establece. También:

Teniendo como punto de partida que la configuración del estado de derecho como social y democrático determina el marco general dentro del cual el ser humano puede desarrollar su personalidad, la afirmación en el sentido de que la persona humana y su dignidad constituyen el principio y el fin del Estado social y democrático de derecho no es simple retórica sin ningún contenido; por el contrario, su reconocimiento implica importantes consecuencias para la dinámica de las relaciones sociales, pues supone la estructuración de una forma de organización política que tiene como razón de ser la creación de un medio idóneo para asegurar el desarrollo del ser humano en la vida en sociedad (Sampedro Arrubla, 2003: 32).

Si el ser humano es el eje fundamental del Estado, no está de más comprender que el desarrollo de la normativa penal debe ser un reflejo e inclusive una expresión de ese interés por el ser humano, constituyéndose como un bastión para el desarrollo del ese pilar constitucionalmente reconocido.

A partir de esta idea se puede señalar que el ordenamiento jurídico debe tener como centro de atención al hombre y estar identificado por su contenido social, lo que lleva a considerar que los ciudadanos y las autoridades deben asumir un papel activo, a la vez que un compromiso permanente en la promoción de los derechos fundamentales, en la **superación de la idea de Estado de derecho como expresión de la legalidad abstracta**, y en la consideración del ser humano como un individuo de carne y hueso, individual o colectivo, sujeto de derechos y responsable frente a sí mismo y a sus semejantes” (Sampedro Arrubla, 2003: 32) (negrilla fuera del texto original).

El punto señalado en negrilla reviste para nosotros un interés particular. Ya en la primera sección, en la cual hicimos referencia al sistema histórico-normativo colombiano, mencionábamos que uno de los temas centrales en esa construcción y paulatina flexibilización de la normatividad procesal penal colombiana, era justamente la desaparición progresiva del rígido principio de legalidad que orientó por décadas el accionar del Estado en materia de persecución del delito y diseño de política criminal. Con la entrada en vigencia de las legislaciones posteriores a la Constitución de 1991, e incluso con la normativa que antecedió en apenas diez años a la constituyente, ya se perfilaba un replanteamiento de la figura del principio de legalidad como centro de discusión sobre la forma en la que se procedía ante una persona que cometiera un delito.

La cita del profesor Sampetro Arrubla es interesante en la medida en que deja ver cómo la misma constitución del año 1991, en la cual Colombia adoptó un tipo de ingeniería constitucional amparado en el modelo de “Estado Social y Democrático de Derecho”, necesariamente trajo consigo un replanteamiento no sólo del espíritu de la sociedad, sino de las instituciones que venían de la mano con ese cambio en lo fundamental, en la base de la “pirámide”.

b. El concepto de Estado Social y Democrático de Derecho

Recordando lo mencionado anteriormente, es apenas lógico dedicar unas líneas a precisar el alcance del concepto Estado Social y Democrático de Derecho, entendiendo que es un elemento central en la discusión respecto del principio de humanización como bien lo hemos indicado y como lo precisaremos con mayor detalle más adelante.

Tradicionalmente, la doctrina de las ciencias sociales ha hecho una división en materia de la configuración moderna del Estado en Estado Democrático (liberal) y Estado Social. Así, dentro de esta categorización se entendía que:

(...) Los valores básicos del Estado democrático-liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. [En desarrollo de lo anterior, se entendió que] El Estado Social democrático y libre no solo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que **individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro**. Así, no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (Negrilla fuera del texto original) (García-Pelayo, 1975: 26).

Con la entrada en juego del concepto de Estado Social, el individuo recobra un valor material, y empieza a ser visto como parte central dentro de los fines del Estado. Es por esto, que García-Pelayo precisa que la sociedad y el individuo son categorías con implicaciones recíprocas: ambas se realizan correlativamente, siempre que se entienda que es la realización de la agregación de individuos lo que permite hablar de la realización de la sociedad en su conjunto.

Ahora, siendo claro que la realización es bifocal (individuo y sociedad), ¿Cómo entender la realización de ambas categorías? Ya sabemos que individuo y sociedad no son objetos aislados, por cuanto van de la mano dentro de la consecución de los fines del Estado Social.

Para que la realización pueda efectivamente ser desarrollada, es necesario sumar un elemento que empieza a ser evidente con el ocaso del siglo XIX y la llegada del XX. Bien mencionaba García-Pelayo (1975:26-27) que “mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana,

ahora [esto es con el Estado Social] se piensa que la dignidad humana (...) es una condición para el ejercicio de la libertad”, y es esta libertad la que permite la realización del ser. Asimismo, “mientras que el uno se limitaba a asegurar la justificación legal formal, el otro [Estado Social] se extiende a la justicia legal material” procurando que las formas y las leyes respondan a objetivos tangibles y concretos.

Parte del éxito de la figura radica en que en esa búsqueda por llegar a resultados tangibles, hace una apuesta por la flexibilización de las normativas con el ánimo de dar respuesta a las demandas sociales que en el curso dinámico de una comunidad se van perfilando.

Ahora, como bien se puede notar, el término “dignidad humana” es central en la configuración de la realización del ser humano en tanto ésta se encuentra puesta al servicio de la libertad, elemento indispensable para que el Estado Social pueda tomar su debida forma. El proceso humano es fundamental, y es este el punto de convergencia sobre el que volveremos adelante.

Nótese que en las líneas previas, citando a García-Pelayo hemos hecho una categorización del Estado Social. No obstante, hemos dejado por fuera lo atinente al Estado de Derecho propiamente dicho²⁵.

Según observa el mismo autor:

El Estado de Derecho significa, así una limitación del poder del Estado por el Derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio dándole forma de ley: invirtiendo la famosa fórmula decisionista: *non*

²⁵ Respecto a la condición de democrático, consideramos que no es necesario hacer alguna mención específica. Es claro que esta denominación responde al sistema de escogencia de los líderes políticos principalmente, sumándosele por supuesto algunos valores de repartición de la riqueza que encontramos subsumida dentro de la misma denominación del Estado Social.

ratio, sed voluntas facit legem, podría decirse que para la idea originaria del estado de Derecho *non voluntas, sed ratio facit legem*. Por consiguiente, si bien la legalidad es un componente de la idea del Estado de Derecho, no es menos cierto que éste no se identifica con cualquier legalidad, sino con una legalidad de determinado contenido y, sobre todo, con una legalidad que no lesione ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar (García-Pelayo, 1975: 53).

En el caso concreto, la expresión Estado Social y Democrático de Derecho tiene implícitas las dos facciones: por un lado, defiende un modelo de Estado comprensivo de la individualidad en pro de la comunidad (el individuo al servicio del colectivo y viceversa) junto con una intervención del Estado encaminada a la salvaguarda de la dignidad, y si se quiere dignificación del ser humano, todo esto, aunado a los principios propios del Estado de Derecho que suponen justamente la legalidad sometida a la persecución de unos fines fundamentales y constitutivos, que para el caso colombiano confluyen con los del modelo social.

c. El Estado Social y Democrático de Derecho al servicio de la humanización del proceso penal y de la pena

Cambios en política pública, consolidación de derechos fundamentales y derechos sociales, creación de órganos encargados de velar por el ciudadano y por los bienes colectivos, son solo algunas de las expresiones novedosas que naciendo de esa adopción de un nuevo modelo constitucional, significaron un replanteamiento de los objetivos del Estado. Así también, el derecho penal sufrió grandes modificaciones que pasaron por el nacimiento de la Fiscalía General de la Nación, pero que más allá de esas grandes reformas que llamaremos

“procedimentales”, dieron un giro a la forma en la que se había desarrollado hasta ese momento la persecución del delito.

El reconocimiento y autodenominación de Colombia como un Estado Social y Democrático de Derecho se perfiló, como con acierto lo menciona el profesor Sampedro (2003:32), en un giro de ciento ochenta grados en materia de interpretación del delito, configuración del “delincuente” y experiencia del proceso penal en sí orientándose ahora hacia una apuesta por el hombre como un fin en sí mismo, el hombre como un presupuesto central dentro de las bases mismas del Estado.

Atrás decíamos que la dignidad humana, orientada hacia la consecución de una verdadera libertad era un pilar central en la configuración del Estado Social de Derecho. Esto es válido y vigente, siempre que se entienda que esa dignidad humana trae consigo la necesidad de adoptar una serie de mecanismos tendientes a la puesta en práctica de esta finalidad.

No podemos perder de vista que también hace poco decíamos que la normatividad dentro del Estado de Derecho debe ser un reflejo de los fines superiores perseguidos por éste, lo cual en el caso concreto se aterriza en la persecución de la implementación material de una serie de principios que convergen en el modelo constitucional adoptado. Esto, por supuesto, tiene lugar en la discusión por la normatividad que debe acompañar dentro del ordenamiento jurídico a la constitución.

Si la normatividad penal debe estar en consonancia con la Carta Política, y está carta a su vez, por ser Colombia un Estado Social de Derecho, debe ser reflejo de la persecución de aquellos fines que ya indicamos pero que para retomar, aluden a la apuesta por el hombre en sí mismo (sociedad al servicio del individuo e individuo al servicio de la sociedad), necesariamente dicha normativa en mayor o

menor medida debe ser también un desarrollo de esos fines esenciales del Estado.

En ese orden de ideas, la determinación del contenido y la orientación del ordenamiento jurídico el Estado social y democrático de derecho permite:

Superar las concepciones tradicionales, al tiempo que realiza un esfuerzo en la reelaboración de conceptos básicos con el propósito de asegurar las condiciones indispensables para que las personas tengan una vida digna que les permita su desarrollo como seres humanos. Por ello, la reducción de la persona [en el marco del derecho penal] a un simple objeto o categoría, los tratos crueles, la muerte o las necesidades y expectativas de quienes se encuentran en situación de inferioridad, o produzcan su marginación, son conductas que desconocen los valores sobre los que se fundamenta este modelo, e impiden su desarrollo (Sampedro Arrubla, 2003: 32).

Bajo estos preceptos, no sobra recalcar que la construcción del Estado va de la mano con el reconocimiento de unos fines ya previamente pactados en la carta magna que orienta su operación. Paralelamente, tenemos que el Estado cimienta sus bases en el reconocimiento y la apuesta por la persona humana y esta, tiene que recaer en las diferentes áreas del derecho que en los términos de Kelsen, siendo derivadas de la punta de la pirámide, deben estar armonizadas con los presupuestos normativos que se encuentran en el tope del ordenamiento.

El derecho penal, comprensivo del derecho sustancial y el procesal, estando cobijados por esta figura de dignificación del ser humano deben ser reflejo y expresión de dicho concepto y por supuesto de su contenido material. Por lo mismo, sólo leyéndolos en consonancia con los pilares del Estado Social y Democrático de Derecho pueden ser asumidos como un todo y ser entendidos

como expresión de un objetivo de ingeniería constitucional fundamental en la garantía de los presupuestos constitutivos del Estado.

Lo anterior, no escapa al poder legislativo colombiano, y justamente, es esto lo que da lugar a que desde el artículo primero de la Ley 906, se incluya el principio de dignidad humana en los términos siguientes: “[l]os intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana”.

Ahora, no debe pensarse que por el hecho de haber referido la dignidad humana como un concepto abstracto dentro del catálogo de fines perseguidos por el Estado en este modelo descrito, se ha perdido de vista que el centro de nuestro proyecto gira en torno a la humanización, y no tanto a la dignificación humana per se.

Por obvias razones, encontramos lógico que al buscar un objetivo de humanización, lo que se pretende es la búsqueda de un trato más justo y más “humano” como bien lo indica el profesor Sampedro. Siendo esto claro, la humanización de las penas es un desarrollo de esa lucha por la dignificación de la humanidad en los procesos judiciales en general, siendo esta dinámica de búsqueda por lo humano, lo que en el fondo se pretende en el alcance por la humanización. En estos términos, entendemos que para los efectos de este escrito, pueden ser asumidos como términos similares, sustituidos entre sí, sin alterar el contenido sustancial del documento.

De otro lado, una pregunta necesaria que vale la pena examinar tiene que ver con la sustancialidad subyacente a los procesos para activar la ley material, esto es, por la sustancialidad de la ley procesal, particularmente en materia penal. Se ha entendido que el derecho procesal y el derecho sustancial no solo son instrumentos separados, sino que además, el primero es el que en esencia deberá desarrollar el contenido material constitucional, mientras el segundo, es visto como

una herramienta de la puesta en marcha del primero, absteniéndose de ser un verdadero reflejo de presupuestos sustanciales como lo es la humanización.

A continuación, nos propondremos evidenciar las razones por las que consideramos que esto no sólo no es así, en tanto el derecho sustancial y el procesal se encuentran ligados materialmente, sino porque el derecho procesal no es un instrumento operacional del derecho penal sustancial, sino una figura crucial tendiente a la humanización del sistema penal como un todo.

d. Importancia de la relación entre el derecho procesal penal y el derecho penal sustancial

Cerramos el numeral precedente diciendo que el derecho penal sustancial y el derecho procesal se encontraban ligados. La primera pregunta que deviene del planteamiento indaga si: ¿es relevante tomarlos como uno solo a efectos de entender que ambos desarrollan los fines constitucionales? La respuesta es sí.

Decimos que es relevante entender que ambos hacen parte de un todo (sistema penal) porque son dos instrumentos paralelos que garantizan, cada uno desde su área, pero en pro de un mismo sistema, la humanización del mismo y el acatamiento a los fines constitucionales. Si se vieran aisladamente, podríamos decir que la aplicación humana del uno no conllevaría la del otro, pero esto, a todas luces, no es así. Una interpretación humana del derecho procesal penal, supondrá una interpretación humana del derecho sustancial y viceversa, porque ambos instrumentos están ligados a pesar de que son disciplinas diversas y es fundamental entender que esto es así.

Consideramos que esto que apenas expresamos hace un momento, halla asidero en el pensamiento de Sampedro Arrubla (2003: 168), quien sostiene que:

Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal, como lo sostienen G Quintero Olivares, F. Morales Prats y J.M. Prats Canut, deben plantearse en dos ámbitos diferentes; en el jurídico-formal, en el cual el derecho procesal se presenta con características de función y de estructura normativa claramente diferenciadas del derecho penal, y similar con otros derechos procesales con los que comparte algunos principios; y en el de la política criminal, en el que tanto el derecho penal como procesal penal comparten la realización legislativa de la política criminal.

El primer punto de análisis deja ver que el derecho procesal, como herramienta de aplicación del derecho sustancial, es un elemento básico que tiene fines aun cuando autónomos, en principio asumidos como meramente instrumentales del derecho sustancial penal. Así, sostiene el citado autor que “en el ámbito jurídico-formal, el derecho procesal penal posee dos caracteres que determinan la relación a la que nos estamos refiriendo: la instrumentalidad y la autonomía” (Sampedro Arrubla, 2003:168). Para todos los efectos, la instrumentalidad conduce a entender el derecho procesal como un medio para hacer observar el derecho penal, y en síntesis se entendería como el instrumento para la aplicación de las normas sustanciales que componen el sistema penal.

Vale aclarar que esta percepción no da lugar a entender el derecho procesal como un instrumento derivado del sustancial, sino más bien, como un instrumento paralelo ya que “no solo se ocupa de la organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales sino que se constituye como un sistema de garantías orientado a hacer posible la obtención de una efectiva tutela de los derechos de la personas que permita la creación y mantenimiento de condiciones de paz en la comunidad” (Sampedro Arrubla, 2003:168).

Simultáneamente, y recuérdese que hace un momento hablábamos de las características del derecho procesal en función del derecho penal sustancial como una relación sí instrumental, pero además como una caracterización autónoma, también es importante mencionar que:

La existencia de esta intensa relación entre el derecho penal y el procesal penal no impide que uno y otro mantengan su autonomía. El proceso como afirma G Leone, obedece a exigencias propias y a cánones particulares, sobre los cuales no ejerce influencia esencial la contemplación de la relación sustancial (...) [Así], esa íntima relación entre el derecho penal y el procesal penal no significa dependencia: el derecho procesal penal sirve al derecho penal en cuanto actúa sus normas, pero vive independientemente, con normas propias y principios rectores que recíprocamente se influyen con los de las otras ramas jurídicas, consecuencia de la unicidad del orden jurídico (Sampedro Arrubla, 2003:169-170).

Y es esta autonomía, así como la existencia de cánones interpretativos y constitutivos diversos, lo que permitirá que el derecho procesal pueda ser interpretado como un verdadero instrumento de desarrollo de los fines constitucionales.

Si estuviéramos hablando de un derecho estático, cuyo único fin es impartir directrices procedimentales carentes de contenido sustancial en alguna medida, no tendría sentido aducir que el derecho procesal es hermano del derecho sustancial en materia penal, pero que uno y otro son instrumentos de implementación y desarrollo de, lo que para este caso, hemos referido como la humanización del sistema.

Lo anterior, nos acerca a la segunda dimensión que con tino reseña el profesor Sampedro (2003:170), sosteniendo que:

“En el ámbito de la política criminal, el derecho procesal penal comparte con el derecho penal la función de realizar legislativamente la política criminal del Estado; para ello, establece el principio de legalidad, con el cual se hace necesario que la ley describa de manera inequívoca las conductas que son objeto de reproche penal (garantía criminal) y las penas con que se conminan esas conductas (garantía penal). Sin embargo, esto no es suficiente, pues en las sociedades democráticas el mencionado principio exige que la actuación de la norma penal se realice a través del proceso como cauce natural de las acciones de control de la criminalidad (garantía jurisdiccional). Estos aspectos del principio de legalidad refuerzan la inescindible relación entre derecho penal y el procesal penal, estructuran ambas disciplinas como parte de los instrumentos de control social orientados al diseño, creación y realización de pautas que dirijan la justicia en el ámbito penal.

Del principio de legalidad, que como hemos dicho en esta sección y en el documento, se ha interpretado de manera flexible en atención a los fines constitucionales, y en materia penal (con la Ley 906) dadas las particularidades de la justicia penal negociada ha ido perfilándose hacia una mayor libertad por parte del operador de justicia siempre que se presenten determinadas circunstancias, no olvidarse que sigue siendo un instrumento central en la consolidación del derecho penal y de las políticas criminales del Estado.

La reinención de los límites a dicho principio, así como su atenuación, dan cuenta de una manera de rediseñar la forma en la que se da aplicación a la ley que a una desaparición del principio de legalidad. No en vano la legalidad siempre ha ido de la mano del “Derecho”, en tanto alude a la obligación de sujetar la actividad del

operador de justicia a normas regladas dentro de un sistema normativo, que sin duda conserva utilidad hoy día.

No debe pensarse que por el hecho de que el principio de legalidad se haya visto atenuado con la aparición de la justicia penal negociada, esto resta importancia al derecho procesal penal como instrumento al servicio de la garantía de los fines constitucionales, y particularmente al Estado Social de Derecho en los términos antes descritos. Antes bien, el hecho de que se haya presentado una atenuación al principio de legalidad, deriva de las disposiciones que el sistema procesal penal identificó y generó en el seno de la rama legislativa colombiana. Tan es así, que el principio de humanización de la actuación procesal y de la pena, entendido como un límite a la justicia penal negociada, aparece citado en el mismo acápite de “Preacuerdos y Negociaciones” del código de procedimiento penal, para luego ser nuevamente citado en la sección destinada al Principio de Oportunidad del cual ya nos ocupamos, pero que referenciamos nuevamente con el fin de dejar ver que por el hecho de tener una graduación no deja de ser un instrumento evidentemente central en la garantía de los fines del Estado.

Hoy, más que nunca, “el derecho procesal penal y su objeto, el proceso penal, hace parte fundamental en el sistema penal como complemento del derecho sustancial en la prevención y sanción de la criminalidad, es decir, como instrumento de control social del delito” (Sampedro Arrubla, 2003:171). El hecho de que el derecho procesal se perfile como una nueva delimitación mucho más amplia y flexible es una apuesta por una política criminal nueva, la cual no nace por cuenta de un cambio en la tipificación de las conductas, sino en una persecución y sanción diferente de lo que tradicionalmente venía siendo la regla en el sistema colombiano.

De acuerdo a la visión de Sampedro Arrubla (2003:168), visión que hay que decir, compartimos en gran medida, el proceso:

Se presenta como un espacio en el que se debe procurar un encuentro creativo entre los protagonistas del suceso criminal, que constituya el punto de partida para la reconstrucción del tejido social quebrantado por el delito. Así, el proceso en general, y concretamente el penal, debe entenderse como un escenario en el que se desarrolla **un encuentro interhumano, afectante y conflictivo**, entre las víctimas, la sociedad por y con sus representantes y los victimarios, el cual se orienta a la recreación de nuevas formas de convivencia futura.

Sólo entendiendo que el derecho procesal penal no es una excepción a este presupuesto constitucional y a lo que podríamos llamar una humano-concepción de la pirámide normativa nacional, podremos ver que no sólo con la aparición de la Ley 906 del 2004, sino con la adopción del principio de humanización de la actuación procesal y de la pena, es viable la identificación de los límites que existen en materia de justicia penal negociada, y en estricto sentido, la realización de acuerdos entre los afectados por la comisión de un delito.

Siendo cierto lo anterior, ¿Cómo saber los límites, no tanto a la justicia penal negociada, sino a la concepción humana de la misma pena? Esta, y algunas preguntas conexas, intentaremos responderlas en el acápite subsiguiente.

4. Contenido histórico-material de la pena como reconstrucción de la concepción del castigo: una lectura en los términos de Michel Foucault

El tránsito hacia la humanización del proceso penal y de la pena, tal como lo hemos mencionado en este documento, tiene una serie de avances e implicaciones atadas a la configuración del sistema procesal y a la forma como se han ido asumiendo los fines del Estado.

Sin embargo, es importante entender las razones que han motivado el hecho de procurar, ya no el castigo indiscriminado del “delincuente”, sino más bien una apuesta por una reconfiguración del concepto de castigo, el cual ha derivado en que incluso actualmente, se prefiera la exculpación por cuenta de unos fines superiores que exceden el simple hecho de someter a una persona a una pena desproporcionada.

En este breve acápite, quisiéramos reconstruir el cambio en los fines de la pena, ya no tanto en los procedimientos, sino más bien en lo que se busca con el castigo al criminal. Es importante evidenciar el proceso que ha tenido este elemento porque el fin perseguido con la pena es, en parte, una de las razones por las cuales dentro de ese gran objetivo de humanización, ha sido necesaria una reconfiguración con el ánimo de hacer del castigo una experiencia menos gravosa para los agentes que intervienen en el mismo.

Confiamos en que de la mano de Michael Foucault en su obra *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*, así como en algunos ensayos paralelos, estaremos en condiciones de precisar las diferentes etapas que a la fecha nos llevan a un procesado no solamente ausente de reclusión en muchos casos, sino además libre o con castigos que no coartan en muchos aspectos el ejercicio de la libertad.

Sea lo primero, referirnos a los tres momentos (o tecnologías) que entiende Foucault existen en materia de progresión del castigo: suplicio, castigo ortopédico y disciplina.

Tecnologías de castigo: ¿humanización de la pena?

[L]a primera de estas tecnologías es el suplicio, cuya característica central consiste en escenificar un combate (...) que acontece en la tortura infinita a la que un poder sin contrapeso somete a un cuerpo

mínimo. En esta escena, el poder captura al cuerpo en un sistema de dolor prolongado que hace suya una ecuación entre la gravedad de la falta y el sufrimiento físico que habrá de recibir el condenado (Castro Orellana, 2008: 143).

Esta tecnología, ya más anecdótica históricamente, disponía “el cuerpo como blanco mayor de la represión penal” (Foucault, 2002:16). Bajo la lógica de esta época, se castigaba con la mayor severidad posible a fin de utilizar al sujeto penado como ejemplo para suprimir otras conductas “desviadas” por parte de los súbditos. Esencialmente, este modelo defendía la figura del rey y procuraba su sostenimiento en el trono.

No obstante, la barbarie en la ejecución de la pena sobre el cuerpo del condenado, suscitó muchas reflexiones y resistencias por parte de algunos teóricos de la época²⁶, lo cual generó que paulatinamente el suplicio fuera suprimido, dando paso a nuevas formas de castigo y penalidad.

Es así como “desaparece, pues, en los comienzos del siglo XIX, el gran espectáculo de la pena física; se disimula el cuerpo supliciado; se excluye del castigo el aparato teatral del sufrimiento. Se entra en la era de la sobriedad punitiva. Esta desaparición de los suplicios se puede considerar casi como conseguida alrededor de los años 1830-1848” (Ibíd., 21-22).

Por cuenta del descrédito que ha sufrido la utilización indiscriminada del cuerpo del supliciado como el instrumento de penalización por excelencia:

El castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. Lo cual lleva consigo varias consecuencias: la de que

²⁶ Principalmente, resalta Cesare Beccaria, quien en su obra “De los Delitos y De las Penas” fija una serie de presupuestos que retomaremos más adelante en un acápite destinado al alcance doctrinal de la humanización.

abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen; la mecánica ejemplar del castigo cambia sus engranajes (Ibíd., 17).

Ahora, el hecho de que el objeto del castigo, o incluso la metodología o el objetivo perseguido fueran sustituidos por instrumentos o herramientas diferentes, por obvias razones, y aun cuando ya no era el suplicio la mecánica de castigo utilizada a comienzos del siglo XIX, la sociedad necesitaba tener instrumentos de represión, lo cual explica la necesidad de apelar a una nueva tecnología de castigo. “[A]bandonar la tecnología del suplicio no va a significar castigar menos, sino intentar establecer una nueva tecnología que sea capaz de castigar mejor” (Castro Orellana, 2008: 145).

Pero, ¿cómo encontrar una mejor manera de castigar? ¿Cómo lograr que el cuerpo del condenado no deba ser supliciado, pero aún así apuntalar métodos más eficientes?:

Si no es ya el cuerpo el objeto de la penalidad en sus formas más severas, ¿sobre qué establece su presa? La respuesta de los teorizantes – de quienes abren hacia 1760 un periodo que no se ha cerrado aún – es sencilla, casi evidente. Parece inscrita en la pregunta misma. Puesto que ya no es el cuerpo, es el alma. A la expiación que causa estragos en el cuerpo debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones (Ibíd., 24).

Nace de esta forma la tecnología del castigo ortopédico:

El nuevo criterio para que opere la justicia es la “humanidad” que comparten todos los individuos que integran el contrato social. De ahí que al castigo ya no le interese únicamente el crimen y desee intervenir sobre su repetición posible en un mecanismo de contención del futuro. Para efectuar esta operación, como se comprenderá, ya no basta establecer un delito específico y castigar en proporción al perjuicio; ahora, resulta preciso conocer al delincuente como individuo e intervenir dicha región de su vida interior donde supuestamente nace la amenaza (Castro Orellana, 2008: 149).

Esto, lo que lleva es a una nueva conceptualización del sujeto, a una persecución más íntima y si se quiere más invasiva, donde lo que se persigue es a la persona en sí, no una conducta, no un cuerpo, sino la esencia:

[E]l alma del delincuente no se invoca en el tribunal a los únicos fines de explicar su delito, ni para introducirla como un elemento en la asignación jurídica de las responsabilidades; si se la convoca con tanto énfasis, con tal preocupación de comprensión y una tan grande aplicación “científica”, es realmente para juzgarla, a ella al mismo tiempo que al delito, y para tomarla a cargo en el castigo (...) al inscribir solemnemente las infracciones en el campo de los objetos susceptibles de un conocimiento científico, proporcionar a los mecanismos del castigo legal un asidero justificable no ya simplemente sobre las infracciones, sino sobre los individuos; no ya sobre lo que han hecho, sino sobre lo que son, serán y pueden ser (Foucault, 2002:25-26).

Como se verá, el grado de humanidad logrado con la supresión del suplicio, es solo una cortina de deshumanización en lo que atañe al respeto por el sujeto en sí. La apuesta de lo humano por lo humano que referimos líneas atrás, carece de aplicación y protagonismo bajo esta figura de castigo. El sujeto es visto como un

mal, no se examina la conducta como si se hiciera en la tecnología del suplicio, sino que se identifica en el agresor un mal que recae en el mismo “ser” del delincuente.

De más está decir que con la llegada de esta tecnología el castigo y la persecución, siempre orientados a la prevención de lesiones futuras a los bienes sociales, genera la aparición de perfiles fisiológicos de delincuentes. Tipologías de hombres “potencialmente delincuentes” o propensos a la comisión del delito empiezan a ser pan de cada día, lo cual da cuenta de la falta de humanidad subyacente a esta aparente propuesta de aplacamiento de los métodos inhumanos de castigo.

Asimismo, vale decir que incluso en esta época donde el objeto de castigo fue gradualmente “sustituido”, al menos en lo atinente a discurso e inclusive a objetivos en materia de política criminal, la acción sobre el cuerpo no pudo ser eliminada de manera definitiva no sólo por la reacción socialmente negativa, sino por el hecho de que el cuerpo sigue siendo el objeto material en el que descansa el alma y por esta razón también se ve sometido a ciertas purgas. Bien identifica Foucault (2002: 23) que:

En cuanto a la acción sobre el cuerpo, tampoco ésta se encuentra suprimida por completo a mediados del siglo XIX. Sin duda, la pena ha dejado de estar centrada en el suplicio como técnica de sufrimiento; ha tomado como objeto principal la pérdida de un bien o de un derecho. Pero un castigo como los trabajos forzados o incluso como la prisión – mera privación de la libertad²⁷ –, no ha funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimenticio, privación sexual, golpes, celda.

²⁷ La prisión, como instrumento de castigo, se ajusta más a la tercera tecnología como pasaremos a ver.

Con el paso del tiempo, también esta tecnología de castigo ortopédico pierde vigencia y fuerza. La persecución del alma del sujeto, así como los fines preventivos en materia delictiva se ven desplazados por cuenta del fracaso en llevar a la práctica resultados fehacientes. De esta manera, nace una nueva forma de castigo”. Se trata de una tercera tecnología política que ya no se interesa por el sujeto físico, donde falta y dolor se unen en la misma materialidad, ni tampoco por el sujeto de derechos que al romper el pacto social se convierte en una amenaza que es preciso controlar. La tecnología de la disciplina aspira a un sujeto obediente, sometido por el uso de su cuerpo a un estado de docilidad que minimiza, desde la lógica de la prevención, toda su potencial peligrosidad (Castro Orellana, 2008: 149).

Servirse de esta tercera tecnología es usual en la aplicación de medidas carcelarias. No es exclusiva por supuesto, pero sí es lo que materialmente suele confluir con la tecnología de la disciplina.

Lo que se pretende entonces con esta modalidad de castigo es la obtención de un sujeto dócil, obediente, sin voluntad. El hecho de que el hombre se someta a una serie de reglas y estándares de obediencia es un logro enorme en la búsqueda por suprimir las conductas desviadas. Ya ese objetivo abstracto de prevención a través de la cura del alma y la supresión de los daños futuros está casi por fuera del discurso de la nueva tecnología del castigo. La meta, palabras más o menos, es lograr que el sujeto enajene su desviado albedrío, a fin de someterse, a través del uso (o más bien, desuso) del cuerpo, a unos estándares que eviten su potencial peligrosidad. Esto, por supuesto, solo se logra aislando al delincuente y en esa medida previniendo, eso sí, la comisión de otros crímenes.

Nótese que en esta tecnología, aun cuando en esencia sigue habiendo una lógica de prevención, los supuestos que dan lugar a ella no son idénticos a los que

aplicaban bajo la tecnología del castigo ortopédico. Aquí, la prevención se materializa en la exclusión del sujeto como resultado de una tecnología que busca la obediencia y la sumisión, no así a una búsqueda por identificar en la psiquis del delincuente una causalidad.

Ahora bien, respecto a la utilización del cuerpo bajo esta modalidad de castigo, sigue siendo este el objeto material en el cual recae la acción penal. Diríamos que es mucho menos fuerte de lo que fuera en la tecnología del suplicio, por ejemplo, pero sigue castigando el cuerpo en su proceso preventivo. No obstante, “la crítica que ha solido hacerse al sistema penitenciario, en la primera mitad del siglo XIX (la prisión no es lo suficientemente punitiva: los presos pasan menos hambre, menos frío, se hallan menos privados en resumen que muchos pobres o incluso obreros) indica un postulado que jamás se ha suprimido francamente: es justo que un condenado sufra físicamente más que los otros hombres” (Foucault, 2002: 23).

Y muy de la mano con esta primera crítica al sistema carcelario, que será latente durante el periodo en mención, aparecen también otras resistencias que paulatinamente han sido tomadas como algo natural o “menos malo”. Es así como “lo que a comienzos del siglo XIX y con otros términos se reprochaba a la prisión (constituir una población “marginal” de “delincuentes”) se acepta ahora como una fatalidad; no sólo se acepta como un hecho sino que se considera como un dato primordial” (Foucault, 1996: 40).

Ya desde este periodo se evidenciaba que el sistema no era la respuesta ideal para castigar, pero con el paso de los años se empezará a identificar en la utilización de la tecnología de la disciplina un instrumento menos dañino, el cual a pesar de no ser ideal sí se ajusta a las necesidades de la sociedad²⁸.

²⁸ La teoría de Foucault es muy rica en materia de crítica al sistema penitenciario y a la utilización de la cárcel como medio de castigo. Nosotros, en este trabajo, no podemos ni queremos ahondar en demasía sobre este elemento dado que no se ajusta a los objetivos que perseguimos con el documento. Como ya mencionamos, la inclusión del debate que plantea Foucault solo la utilizamos

5. Hacia una verdadera humanización del castigo: una apuesta por instrumentos de justicia penal negociada

“[L]a atenuación de la severidad penal en el transcurso de los últimos siglos es un fenómeno muy conocido de los historiadores del derecho. Pero durante mucho tiempo, se ha tomado de una manera global como un fenómeno cuantitativo: menos crueldad, menos sufrimiento, más benignidad, más respeto, más “humanidad”. De hecho, estas modificaciones van acompañadas de un desplazamiento en el objeto mismo de la operación punitiva. ¿Disminución de intensidad? Quizá. Cambio de objetivo, indudablemente (Foucault, 2002: 23-24).

Teniendo en cuenta que la forma en la que se ha articulado el castigo ha pasado por un ejercicio de suplicio, donde el cuerpo es el instrumento sobre el que recae la sanción, para luego dar lugar a un escenario donde el alma del condenado es la que recibe la atención y debe ser corregida, nos encontramos actualmente, en un escenario donde toda sanción se reduce a unos efectos sobre la obediencia o docilidad del condenado. Ya no interesa tanto el sujeto como tal, sino su eliminación de la sociedad por cuanto se trata de una amenaza que debe ser controlada. No se elimina, no se corrige, sino que se reduce y concentra en una institución que no pretende su corrección sino su aislamiento del todo social.

Buena razón tiene la doctrina al percibir que en este caso:

como puente para plantear una serie de reflexiones acerca de cómo se deberá tejer una verdadera humanización de la pena, partiendo del hecho de que en el curso de los años – Foucault, quien dice no tener pretensiones historiadoras pero que sin duda es quien mejor reconstruye los medios de castigo – el tránsito de apuestas “humanizadoras” no ha sido tal, sino que más bien ha sido una sustitución de tecnologías que no apuntan al bienestar del ser. Con esta presentación, nuestra idea es dejar ver que el principio de humanización de la actuación procesal penal y de la pena, adoptado en Colombia, tienen una serie de retos por delante que deben evitar la comisión de “errores” como ya ocurriera en el pasado, al menos en lo relativo a la verdadera humanidad en la forma de castigar.

No existe un proceso de humanización en el tratamiento político de los cuerpos; sino que tiene lugar una serie de desplazamientos tácticos que obedecen a estrategias más o menos productivas o eficientes. Lo que significa, con otras palabras, que las transformaciones en las formas de penalidad no se deben a una renovación de la percepción moral. Por el contrario, los desplazamientos se explican por un problema de física política, por la relación entre el poder y los cuerpos (Castro Orellana, 2008: 143).

Es muy importante no perder de vista que una dulcificación en el método de castigo no comprende una humanización de la pena (ni del procedimiento en función de la pena). En la obra de Foucault, y es justamente esta la razón que motiva su inclusión en este documento, que en nada trata sobre criminología sino que se concentra en el principio de humanización como instrumento orientador y limitante al ejercicio de la puesta en marcha de justicia penal negociada, tiene que ver por un lado con la necesidad de activar, a través del operador de justicia, una reconceptualización de la forma en que se percibe al criminal y al objetivo que se quiere alcanzar con la adopción de una determinada pena o sanción; paralelamente, a sabiendas de que no hay por lo pronto, una alternativa legal que pueda sustraer el uso de la prisión como instrumento de castigo a una conducta inaceptable por el ordenamiento constitucional y legal²⁹, al menos sí plantea una reflexión respecto a la forma de percibir al delincuente y la utilización de instrumentos paralelos que de acuerdo con la normatividad vigente pueden sustraer al operador de justicia de utilizar las cárceles.

El principio de humanización como ya lo dijimos previamente, supone pensar en la solución más benéfica para el ser humano por el ser humano. Ya vimos con el texto de García-Pelayo en lo relativo a los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, y en el pensamiento de Sampedro Arrubla, como lo fundamental de

²⁹ Al menos de acuerdo a la normatividad vigente en Colombia

acuerdo al mandato constitucional es pensar en el hombre por el hombre. Si sabemos que en el uso de las modernas tecnologías de disciplina el interés no está en el ser humano sino en el control sobre el cuerpo del potencial reincidente agresor, tal vez la cura, y el límite de los preacuerdos y negociaciones, se vuelca sobre este precepto de humanización como una alternativa a la reconfiguración del procesado.

No queremos indicar con lo anterior que el límite u objetivo de la justicia penal negociada pueda ser entonces la eliminación de la prisión y la búsqueda por no encarcelar a quienes quieran o puedan hacerse con el beneficio de un preacuerdo o negociación. Lo que indicamos es que en lo posible, orientados por el principio de humanización, tal vez la mejor alternativa es la de pensar en el bienestar del ser humano, esto en desarrollo, sí, de los fines del Estado, pero teniendo en cuenta que el objetivo del legislador desde el momento en que se adoptó el principio en mención fue la disposición por humanizar el proceso penal en su conjunto, y en alguna medida la humanización en la interpretación del procedimiento y de los agentes que en él intervienen.

Volviendo a traer a Michel Foucault (1996: 154):

Los individuos que forman parte de esta sociedad se reconocen en tanto que tales como sujetos de derecho, por lo que son susceptibles de ser penalizados y castigados cuando infrinjan alguna norma. (...) en esto no hay nada escandaloso, pero el deber de la sociedad es hacer que los individuos concretos puedan reconocerse de hecho como sujetos de derecho, lo que resulta difícil si el sistema penal que se utiliza es arcaico, arbitrario e inadecuado respecto de los problemas reales que se plantea la sociedad.

La cita previa ilustra con gran precisión determinados puntos que no podemos perder de vista. Los individuos, en tanto miembros de la sociedad, se reconocen como sujetos de derecho. No obstante, al ser sancionados por el sistema punitivo, entienden que en gran medida se abrogan sus derechos en sí, y justamente, esto es lo que no debe suceder. El hombre no pierde su condición de sujeto de derechos, así como tampoco carecerá de humanidad, por el hecho de caer dentro de una conducta delictiva. La finalidad de supresión o aislamiento que adopta el modelo de castigo, en nada se compadece por lo pronto con los fines mismos de la humanización, lo cual es un reto que una sociedad moderna debe afrontar de cara al futuro.

Tal vez entonces, el mejor camino o alternativa para el logro de estos objetivos más humanos consiste en “proponer que nos planteemos seriamente la idea de un derecho penal que definiría claramente lo que en una sociedad como la nuestra puede ser considerado objeto de castigo; proponer la idea misma de un sistema que defina las reglas del juego social” (Foucault, 1996: 155); y esto, no solo de cara a las conductas delictivas, sino más bien al objeto final que se persigue con la sanción. Tomar en cuenta que el sujeto que comete un delito no puede ser el mismo objeto de castigo, no puede ser eliminado y deshumanizado en el proceso de protección de la sociedad, más especialmente, cuando vimos que la sociedad en su conjunto es la agregación de individuos, pero que estando en un Estado Social de Derecho, el individuo es tan valioso como la misma sociedad.

La justicia penal negociada tendrá que ser entonces la ventana para la aplicación de una verdadera humanización de la pena. Es necesario que se tomen en cuenta ciertas pautas tendientes a la concreción de verdaderos instrumentos humanizantes, y que se empiece a dar respuesta vía directa operador jurídico (como garante y ejecutor de los fines del Estado) – criminal – víctima, a los retos que trae este proceso o esta apuesta por un derecho penal y procesal penal más humano.

6. Una aproximación al contenido de la humanización

Hemos hablado de los fines constitucionales del Estado. También hemos hablado de la función que cumple la humanización del proceso penal y de la pena como principio de derecho procesal penal, al servicio de la puesta en práctica de una justicia penal negociada. Resta ahora, antes de pasar a las estrategias para que se convierta en una realidad este objetivo, examinar cómo se debe entender la humanización en sentido estricto, y cómo se debe orquestar una articulación normativo-práctica para que sea viable la realización de un proyecto humano plausible en el contexto actual.

En los términos de Foucault desarrollados hace unas líneas, vimos que una condición infranqueable es la autodeterminación del delincuente como un sujeto de derecho. Este, vale repetirlo, es el presupuesto inicial y tal vez el elemento central en la reconfiguración del individuo en consonancia con la finalidad de las penas. Si el individuo que comete un delito, y las autoridades del Estado comprenden que éste es sujeto pleno de derechos dentro del marco constitucional, habrá un avance en términos de identificación de la humanización de la pena.

“El humano autor de *De los delitos y de las penas* tiene demasiada razón en quejarse de que castigo es muy a menudo superior al crimen, y no rara vez pernicioso para el Estado, cuyo bien debe ser su único objeto” (Voltaire, 2000, pág. 129), por esto mismo, el sistema debe estar en capacidad de no responder de la misma forma a quien ha cometido un delito, partiendo del hecho de que una agresión que recibe una respuesta con una magnitud similar o peor, muy seguramente presentará una ruptura en la apuesta del andamiaje constitucional implicando resultados perniciosos. Esto mismo, es lo que lleva a entender que incluso estando “la espada de la justicia (...) en nuestras manos, (...) debemos más a menudo quitarle el filo que afilarla” (Voltaire, 2000:147).

Y esto es así no solo por el hecho de que la humanización se inserta dentro del corazón de los objetivos constitucionales y penales vigentes, cuando menos en nuestro país, también lo es en atención al fin mismo de la pena porque como bien lo expone Beccaria (2000:51):

Es evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido (...) el fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.

A lo anterior, vale agregar que la escogencia de la pena y la paliación de esta no solo debería orientarse hacia una causación del menor dolor sobre el cuerpo del reo, sino también sobre el alma y dignidad del mismo.

Asimismo, es interesante regresar sobre el pensamiento de Beccaria para enfatizar en lo siguiente: “los países y tiempos de los más atroces castigos fueron siempre los de más sanguinarias e inhumanas acciones; porque el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador regía la del parricida y del matador” (Ibíd.,79). ¿Qué ilustra esto? Sencillamente, que el recrudescimiento de las acciones penales sólo tiene implicaciones negativas sobre la conducta del criminal. Bien menciona el mismo autor que “al paso que los castigos son más crueles, los ánimos de los hombres que, como los fluidos se ponen a nivel con los objetos que los rodean, se endurecen” (Ibíd., 80).

Esta frase no es meramente discursiva o descontextualizada. Obras muy interesantes de sociología han hecho afirmaciones del tenor de lo siguiente: “[h]ace ya un largo tiempo que en todo el orbe se cuestiona el funcionamiento de

los sistemas penales. La historia ha contado los abusos del aparato penal, los horrores de la cárcel y permanentemente la violación de derechos humanos y de garantías procesales” (Rosales, 2002: 289).

“Mas actualmente, se ha opinado que tal crisis está vinculada a la *expansión del sistema penal*, al abuso de las normas penales, al recurso penal como medio de primera mano y sobre todo al desbordamiento connatural a la institucionalización de la violencia que ha comportado dejarle al Estado la función penal” (Bergalli, 1996).

La expansión del sistema penal se ha vinculado a la *expansión del derecho penal* como su ideología de sustento, entendida esta como el proceso mediante el cual “se amplían los tipos delictivos, se agravan los existentes, se crean nuevos bienes jurídicos, se extiende la consideración del riesgo penalmente relevante y cobran laxitud tanto las reglas jurídicas de imputación delictiva como las líneas político criminales garantistas” (Rosales, 2002, págs. 289-290) implicando esto el recrudecimiento de la actuación penal, error cometido ya en el pasado y que con acierto anotaba Beccaria hace ya más de dos siglos.

¿Por qué sucede lo anterior? Siendo coherentes con la línea presentada en este documento, en nuestro criterio el recrudecimiento del sistema responde a la falta de humanización en la aplicación del sistema. Es cierto que el sistema penal en general presenta fallas. También es cierto que la cárcel puede no ser el mejor instrumento de castigo a pesar de que incluso en estos tiempos se percibe como un mal menor por las causas que ya explicamos e implicando las consecuencias también descritas.

No obstante, existen instrumentos de flexibilización amparados en la elasticidad que actualmente supone el principio de legalidad, y a nuestro entender el hecho de que las fallas se sigan presentando en gran medida tiene que ver con la

inaplicación de principios más humanos en lo que atañe al tratamiento a un delito y a la persona que le comete.

Bien ha dicho la literatura especializada que un elemento importante es la posibilidad de un recurso a fin de evitar la necesidad de un castigo. Así, Voltaire mencionaba: “Asegurad, lo mejor que podáis, un recurso para los que se conduzcan mal, y no tendréis que castigar” (Voltaire, 2000: 129). Si a quien ha incurrido en un delito se le ofrece una alternativa menos gravosa que la sujeción a un sistema como el de las tecnologías de obediencia, procurando un trato humano pensado en pro del ser individual y a la sociedad como agregación de seres humanos, muy seguramente, se creará una relación virtuosa que conllevará una mejor administración de justicia y un respeto por la dignidad de los agentes intervinientes.

7. Consideración a las víctimas

Por supuesto, una apuesta por la humanización del sistema penal y procesal penal no puede circunscribirse de manera exclusiva a los intereses del procesado. Si bien es cierto es éste sobre quien recae la acción penal, en los términos que ya describimos en este acápite, también las víctimas del delito deben ser un elemento a tener no solo en cuenta, sino a quienes asignar una posición privilegiada en lo que atañe a la aplicación del principio de humanización como limitante a los preacuerdos y negociaciones.

Esta visión descrita sin duda alguna, no es ajena al Código de Procedimiento Penal de la Ley 906, que como se puede evidenciar atribuye una posición preponderante a las víctimas por sobre otros modelos que antes imperaban en Colombia, en los que ni siquiera aparecían dentro de las partes del proceso penal, sino que eran meros observadores. Desde estos modelos antiguos, el Estado monopolizaba los intereses de las víctimas y ejercía las acciones correspondientes

contra el victimario sin siquiera otorgar la vocería al afectado por la conducta criminal.

El principio de humanización no puede permitir esta ausencia, y es por ello, que a nuestro entender, vale la pena volver sobre la propuesta del profesor Sampedro Arrubla, respecto a que las víctimas en el proceso deben ser tenidas en cuenta al momento de hacer una valoración de la aplicación del principio de humanización de la penas.

Acierta Sampedro al sostener que siendo que las víctimas son el verdadero sujeto sobre el que recae el delito, a menudo no son tenidas en cuenta sino que se perciben como un instrumento dentro de una lesión al bien superior que “pertenece” al Estado. Aun cuando en esencia todo delito lesiona un bien general que es el Estado Social de Derecho en los términos que vimos, dado además que el Estado es el garante del buen funcionamiento de la sociedad y tiene obligaciones respecto del cumplimiento estricto de los presupuestos constitucionales, es indispensable que en esa lucha por la equidad se defiendan los intereses de éstas para que la humanización del proceso penal no solo sea comprensiva del victimario, sino también de la(s) persona(s) que sufre(n) el delito.

Ahora, ¿Cómo definir a las víctimas?:

Para establecer quiénes son las víctimas del delito ayuda mucho tomar como punto de partida los valores que fundamentan el Estado social y democrático de derecho, y con el propósito de llegar a un concepto que contribuya a la realización de la justicia, mediante el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos humanos, efectuar una reflexión que tenga como base la dignidad y el respeto por el ser humano, al considerar como víctimas del delito a todas aquellas personas que

deben soportar las consecuencias del mismo, y facilitar la atención de sus expectativas y necesidades (Sampedro Arrubla, 2003: 33).

Esta visión omnicomprensiva, romántica en demasía, parece no compadecerse con una práctica real dado que llevaría a sugerir que víctima será toda persona que de acuerdo a sus propios parámetros, pueda autodeterminarse como afectado de un delito determinado.

En ese sentido, nos parece más ajustada la visión del derecho penal, el cual “opera con un concepto limitado de víctimas del delito entendiendo que la víctima es el titular del bien jurídico protegido o sujeto pasivo de la infracción; [mientras] a su lado se encuentran los perjudicados con el delito, es decir, aquellos que se ven directa e indirectamente afectados por el delito, pero que no son sujetos pasivos” (Sampedro Arrubla, 2003: 36).

Delimitando el concepto de víctima, es indispensable tener en cuenta que en este intento por identificar los límites a la aplicación de justicia negociada y en particular la humanización de las penas:

Emprender el estudio de la humanización del proceso penal y buscar reformular sus conceptos fundamentales desde la victimología es un sendero que tiene como referencia obligada el olvido y la marginación a que tradicionalmente se ha sometido a las víctimas del delito; es un hecho que nadie quiere identificarse con los perdedores del drama criminal, con los vencidos, pues, además de tener que sufrir el impacto del delito, deben enfrentar la indiferencia de insensibilidad del sistema legal y soportar la ausencia de solidaridad en la comunidad. El derecho penal, como sostiene A. García-Pablos citado por Sampedro Arrubla (2003: 50) , parece hallarse sesgado y unilateralmente dirigido a la

persona del infractor, relegando a la víctima a una posición marginal: al ámbito de la prevención social y del derecho civil sustantivo y procesal.

Esto no sólo es desacertado sino inadmisibles, por lo cual el intento por hacer más humano el sistema tiene que ponderar la búsqueda no solo de la satisfacción, valga la redundancia, humana del proceso, sino además la afectación a la dignidad humana de la víctima y a su condición en sí.

“[P]aradójicamente, los sistemas penales que buscan su desarrollo en el marco de la democracia, que como hemos dicho, se deben basar en el respeto absoluto por la dignidad humana, han fijado su atención más en la persona del victimario que en la de las víctimas y, preocupados por asegurar sus derechos a través de la implementación del llamado “*garantismo penal*”, han marginado a las víctimas, desconociendo que su presencia es fundamental para comprender integralmente el fenómeno social del delito. Podemos afirmar que el desarrollo del derecho penal y procesal penal moderno ha estado marcado por el olvido del ser, por los derechos pendientes de los “*vencidos*” (Sampedro Arrubla, 2003: 54).

En esta apuesta reformadora y renovadora, una configuración y participación activa de las víctimas es obligatoria y necesaria, a fin de que el resultado pueda ser la humanización del proceso en general.

8. Estrategia para una aplicación humana de los preacuerdos y negociaciones

Hemos visto que la adopción del principio de humanización, entendido en el marco de esa reconstrucción histórico-filosófica que nos permitimos abordar en este trabajo, comprende una reconfiguración de los objetivos de la pena, y del retorno a una apuesta de lo humano por lo humano.

Además, pudimos ver cómo en ese proceso de construcción, es indispensable que el operador de justicia (fiscal) se revista de una función de garante del orden constitucional, pero no únicamente de la aplicación irrestricta de la normatividad penal, sino haciendo un examen de los fines perseguidos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, haciendo uso de los instrumentos con los que cuenta para lograr hacer más humano el proceso penal.

Línea seguida, es un reto para el operador, así como para el delincuente, apostar por una flexibilización de los marcos regulares y tradicionales derivados del principio de legalidad, para situarse en un escenario favorable para el procesado, pero también para la sociedad en su conjunto representada por el fiscal. Es evidente que el operador de justicia en el curso de un proceso penal no se representa a sí mismo, sino que es una personificación de unos objetivos de antemano determinados por el Estado, y como tal debe perseguirlos; pero así como el operador tiene una serie de retos, también el procesado debe asumir su rol dentro de ese conglomerado social, autodeterminándose como un sujeto de derechos, miembro y más que miembro, parte fundamental del engranaje social: el individuo como fundamento del todo, y el todo como la agregación de esas piezas fundamentales.

También es necesario que en ese proceso de humanización, la víctima empiece a ser considerada como un agente vital para la satisfacción del principio en mención. Es claro, de acuerdo a lo que establece la normatividad penal colombiana, que la víctima no tiene voz dentro de la formulación y adopción de los preacuerdos. No obstante, la jurisprudencia, así como la doctrina, convergen ideológicamente en que para el éxito de una justicia transaccional, es indispensable que quien ha padecido los efectos del delito no sólo participe sino que sea considerado en el desarrollo de los acuerdos a los que se pueda llegar.

En síntesis, una tri-articulación del Estado (fines constitucionales) – víctima – victimario debe ser la que oriente el principio de humanización. Por lo mismo, los límites a la aplicación de la justicia penal negociada, siempre que se busque el desarrollo de unos objetivos más humanos que se correspondan con la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho, deberán ser el resultado de una ponderación entre los intereses del Estado, las preocupaciones y heridas causadas sobre la víctima, y por supuesto la determinación de los fines y necesidades del victimario.

Siempre que este ejercicio de ponderar los requerimientos en los tres frentes procesales descritos se pueda desarrollar con éxito, sin duda, estaremos más cerca de experimentar un crecimiento verdaderamente humano en la concepción del castigo, y del procedimiento penal como herramienta fundamental en el curso y desarrollo de la política criminal.

Vale la pena recordar, a fin de que el discurso esbozado no pierda sentido, que esta reconceptualización humana del proceso en general, rige y conserva vigencia especialmente en materia de derecho procesal penal en tanto éste no es una manifestación incólume y estática de un instrumento de activación para el ejercicio de lo sustancial. Como ya dijimos, el derecho procesal penal es un derecho vivo en sí mismo, que desarrolla ciertamente la política criminal del Estado y por ende, las disposiciones del orden constitucional.

9. Reflexiones en torno a la humanización de la justicia transaccional: aprendizaje y referencia en los modelos de justicia transicional.

Esta sección final no es un ejercicio con pretensiones de agotamiento académico del tema. Es una corta reflexión y si se quiere una intuición respecto del

aprendizaje que puede ser extraído para efectos del objeto del presente trabajo de los modelos de justicia transicional.

Es casi unánime en la literatura el hecho de que en los procesos de transición generalmente ha imperado la reconciliación como fuente y premisa base, donde sin duda alguna, suele hacerse un esfuerzo por dignificar y rescatar un proceso mucho más humano y tendiente a la tranquilidad de los agentes intervinientes dentro de esas dinámicas conflictivas. Si aceptamos que esta es la base de estos procesos, podemos aprehender de ellos una serie de aprendizajes significativos y convertirlos en fuente de referencia para los actuales modelos de justicia ordinaria.

Creemos, y valga repetirlo se trata de una intuición que nos permitimos referir como puesta o punto referencial para el desarrollo de ejercicios académicos posteriores, que de los modelos de justicia transicional puede derivarse un aprendizaje significativo respecto a la dignificación de las partes, una dignificación que pasa por la reivindicación de su condición humana, pero también una reconfiguración de los papeles de víctima y victimario de los que queremos en este acápite presentar unas breves reflexiones con miras a un estudio mucho más detallado.

Como bien apunta Jon Elster (2006:15), “la justicia transicional se compone de los procesos de juicios, purgas y reparaciones que tienen lugar luego de la transición de un régimen político a otro”, en los cuales agregamos, suelen mediar experiencias reconciliatorias que han llevado a la construcción de una sociedad a priori más justa edificada sobre el reconocimiento de las víctimas (y victimarios).

Aun cuando dijimos que no es nuestra intención un ejercicio profundo, intuitivamente estas figuras presentan un escenario ideal del cual pueden conjeturarse un sinnúmero de buenos referentes para que también puedan ser adoptados en el marco de la justicia ordinaria.

De la lectura marginal de Elster, hecha con el ánimo de satisfacer únicamente un interés muy personal, más que conclusiones ofrecemos algunos interrogantes que surgen de la mano con lo que hemos abordado en este trabajo: ¿Cómo puede una sociedad desprenderse del ropaje del castigo, y perdonar crímenes atroces por fines superiores como la paz? ¿es la paz más importante que valores tales como el perdón, la reconciliación, la tranquilidad o el derecho a la verdad de las víctimas? ¿Qué tan edificador es el castigo del victimario para las víctimas? ¿Cómo se compaginan los modelos de justicia transicional con los paradigmas de punición y castigo que vimos en Foucault?.

No nos encontramos en este momento en capacidad de presentar un catálogo de experiencias que permitan responder estas preguntas, no tanto por la algidez del tema, sino porque al no ser éste el objeto de nuestro trabajo lo más viable será solo dejar planteada una “intuición” a fin de poder en un futuro retomarla y ahondar en esta materia.

Según hemos dicho, consideramos que la mejor manera de reivindicar un marco de justicia es a través del reconocimiento del victimario como ser humano (a partir de los procesos de humanización que ya hemos descrito). Si se da este reconocimiento, un elemento particularmente edificador es el del perdón y la reconciliación como baluarte en la edificación de lazos sociales más sólidos.

Consideramos que el castigo no puede ser la base sobre la que se construya un verdadero tejido social, por lo cual la justicia transicional es una herramienta si bien residual, en tanto es justamente la sustracción de algunos procesos de la justicia ordinaria a una justicia especial, muy valiosa como instrumento referencial cuyos fundamentos y objetivos pueden aportar para la humanización y fortalecimiento de lo que hemos descrito en esta lectura como justicia

transaccional – inserta por supuesto dentro del marco general de la justicia ordinaria –.

Valdrá la pena, pues, volver sobre esto en un estudio posterior, y la inclusión de este acápite busca justamente incentivar a los lectores para ahondar en la materia y procurar un enriquecimiento del estado del arte de cara al futuro.

C. Conclusiones

Durante el proceso de construcción de este documento, hemos visto cómo la apuesta del legislador por un esquema procesal penal de corte acusatorio, influenciado por el modelo europeo-continental, pone sobre la discusión una tendencia hacia el privilegio del principio de legalidad por sobre la discrecionalidad del operador de justicia.

Con el fin de presentar un comentario respecto a la escogencia de este sistema, más allá de si estamos o no de acuerdo, lo cierto es que es consecuente con la forma en la que tradicionalmente Colombia se ha aproximado al procedimiento penal en sí.

No obstante lo anterior, este trabajo nos ha servido para ver cómo la existencia de ese principio de legalidad se ve atenuada no solo por la aparición de instrumentos de justicia penal negociada (aparición que históricamente antecede a la vigencia de la ley 906), sino que debe ser ponderado a la luz de los fines constitucionales superiores, así como ceder un espacio también a la necesidad de desarrollar un principio incorporado y perfeccionado a partir de la adopción del nuevo sistema procesal penal.

Es en ese espacio de atenuación a la irrestricta aplicación del principio de legalidad que toma relevancia la humanización del sistema procesal penal. Siendo

evidente que en el curso del proceso penal nace la alternativa de negociar y preacordar con un procesado, los términos no solo de la aplicación de la ley sino además la sanción a recibir por la comisión de una conducta punible, es indispensable fijar unos parámetros para que el operador de justicia pueda actuar en consonancia con las demandas que el mismo sistema impulsa.

Para mal o para bien, la normatividad no estableció topes mínimos o máximos en términos de lo razonablemente aconsejable para negociar con el procesado. Si bien es cierto jurisprudencialmente se dijo que el mínimo sobre el que se puede negociar es el mínimo de la pena, así como también en materia de directivas de la Fiscalía General de la Nación se han fijado barreras a los términos bajo los cuales puede desarrollarse la negociación, lo cierto es, que la norma no fija dichos parámetros y a nuestro juicio es responsabilidad del operador de justicia en lo que a su sana interpretación del ordenamiento jurídico, así como a unos intereses superiores pueda interpretarse, establecer las limitaciones a dichos términos.

Por supuesto, el legislador sí determinó que en lo que atañe a la salvaguarda de determinados bienes, como por ejemplo el abuso sexual a menores de edad, por cuestiones superiores se abstrae del ámbito de posibles sujetos de negociación quienes hayan cometido este tipo de delitos. Pero más allá de esto, son excepciones puntuales que mínimamente afectan la cabal interpretación de la finalidad del instituto.

No habiendo límites claramente determinados, ¿cómo establecer parámetros que sirvan de guía y referente para orientar la actividad del operador? A nuestro entender, la mejor alternativa se encuentra en la apelación a los principios que determinaron la adopción del nuevo sistema procesal penal, así como a una lectura pormenorizada de la normatividad constitucional.

Sea lo primero mencionar que Colombia es, como lo dijimos en este documento, un Estado Social y Democrático de Derecho. En ese orden de ideas, el país está obligado a la garantía y observancia de ciertos principios y fines, que a todas luces apuntan al valor del hombre por el hombre, al ser humano individualmente considerado como un baluarte dentro de la construcción de la sociedad en su conjunto. Bajo esta figura, el individuo es un fin en sí mismo, y su defensa es tanto o más importante que la de la sociedad.

Siendo cierto lo anterior, encontramos que la normatividad procesal penal hace una lectura de esta situación, y comprende que la mejor manera de desarrollarla es fijando como presupuesto orientador el principio de humanización del proceso penal y de la pena. Y si esto es así, la identificación de los parámetros para orientar la actividad del operador cierra su círculo justamente con el principio en mención.

De lo anterior, se desprende lo que referíamos en la reflexión final de la sección “A” de este documento, donde nos referíamos la existencia de un círculo virtuoso asociado a la indivisibilidad de la institución de los preacuerdos y negociaciones, respecto de la finalidad por este perseguida. No en vano, decíamos que no se podían entender los límites de los preacuerdos sin examinar la humanización, puesto que la humanización es la fuente del surgimiento de los preacuerdos y es a su vez la que fija los límites previamente referidos.

Sin perjuicio de la veracidad de dicha afirmación, que reiteramos e insistimos tiene plena validez, el hecho de contar con dicho principio sin la debida acotación no resuelve con particular detalle nuestro interrogante. Sabemos que existe un principio, pero no cuál es su alcance y su materialización.

De acuerdo a lo que pudimos avanzar en este trabajo, el objeto del principio de humanización es justamente esa apuesta por el hombre, a lo que agregamos que

en materia de delimitación del marco de negociación no puede ser algo distinto a un esfuerzo por ponderar los intereses del Estado en cuanto a prevención y sanción de la pena, pero además la garantía de la observancia de los pilares del Estado Social de Derecho, esto visto en consonancia con el hecho de tener un victimario sujeto de derechos con todo lo que esto implica, y además una víctima con tantos o más derechos que el victimario, demandando el restablecimiento de su dignidad que se ve diezmada con el padecimiento de una carga (un delito) en su contra.

En ese orden de ideas los límites a la aplicación de la justicia penal negociada o justicia transaccional, concretamente aterrizada en la utilización de la figura de preacuerdos y negociaciones, siempre que se busque el desarrollo de unos objetivos más humanos que se ajusten a esos presupuestos fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, deberán ser el resultado de ponderar los intereses de éste, las afectaciones causadas sobre la víctima, y, lógicamente, la determinación los intereses y necesidades de quien comete el delito.

Si recordamos nuestra pregunta inicial, la cual fue formulada de la siguiente manera: ¿cuáles son los límites fijados a la Fiscalía General de la Nación para establecer preacuerdos y negociaciones con los procesados (marcos interpretativos de justicia penal negociada o transaccional), y cómo son éstos valorados a la luz del objetivo de humanización del proceso penal y de las penas?, la respuesta puede ser la misma hipótesis de la cual partimos, según la cual basándonos en la existencia de un principio de humanización de las penas y la actuación penal en general, los límites fijados a los preacuerdos y negociaciones (justicia penal negociada o justicia transaccional) no se encuentran reglados, sino que son el resultado de una ponderación³⁰ entre los fines esenciales del Estado, las necesidades de las víctimas y la sociedad civil.

³⁰ Los ejercicios de ponderación no son nuevos en el sistema jurídico colombiano. Antecedentes hay a granel, pero el que más claramente ilustra el tema de ponderación de derechos no puede ser

Habiendo realizado un ejercicio de la magnitud del que efectuamos, nace lógicamente una crítica a esa respuesta que en un primer momento dimos y que resultó ser la conclusión del trabajo. Si es el principio de humanización el límite a los preacuerdos, ¿cómo determinar que este límite no sea ultrapasado, comprometiendo garantías de las víctimas, por ejemplo, o incluso intereses constitucionales? ¿Cuál es el límite, ya no a los preacuerdos o a la justicia negociada, sino más bien al principio de humanización?

Sin duda, somos muy conscientes que este trabajo plantea este y muchos otros interrogantes, los cuales quedarán en el tintero esperando ser abordados en trabajos posteriores.

No sobra mencionar que en una rueda de prensa del 16 de abril del año 2012, el Fiscal General de la Nación Eduardo Montealegre, anunció lo siguiente³¹:

Una de las tareas fundamentales que como Fiscal General de la Nación le he asignado al actual Vicefiscal es el de que tenemos que revisar integralmente toda la política de preacuerdos y ejercicio del principio de oportunidad. El señor Vicefiscal empezará en el día de hoy a trabajar conjuntamente con un equipo al interior de la fiscalía para revisar y examinar los criterios que ha utilizado la Fiscalía General de la Nación en materia de preacuerdos y oportunidades. Expediremos una directiva nacional en ese sentido y a partir de esa directiva general para todo el país, tomaremos decisiones para los casos particulares.

otro que el ejercicio que adelanta la Corte Constitucional cuando hay dos derechos protegidos por la carta en tensión. No queremos decir con esto que el ejercicio sugerido al fiscal suponga una ponderación en los mismos términos que lo hace la Corte, pero sí que ya existe una tradición dentro del sistema jurídico doméstico donde hay casos exitosos producto de esta herramienta interpretativa.

³¹ Boletín 402 de la Fiscalía General de la Nación. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-expedira-una-directiva-nacional-en-la-que-define-politica-de-preacuerdos-y-principios-de-oportunidad/>. Fecha de consulta: febrero de 2014

Lamentablemente, al momento de elaboración del presente documento esta directiva no se ha expedido, razón por la cual no puede ser objeto de estudio. Sería muy interesante en un futuro ejercicio, además de dar respuesta al interrogante en mención, examinar cuál fue la orientación que se le dio a esta nueva directiva, para de paso precisar si el alcance de este análisis cubre de algún modo los presupuestos que esperan ser satisfechos con lo que en su momento prometió el Fiscal General de la Nación.

En principio, el hecho de que se delimiten pautas para los preacuerdos y negociaciones no tiene por qué ser un instrumento destructivo para el objetivo que tanto hemos mencionado aquí. Lo fundamental será que toda decisión que se tome, apunte hacia esa construcción humana de la forma en la que se debería percibir la justicia.

Anexo

1. Tipología de Negociaciones y Preacuerdos según Garzón et. al.

	subgéneros	especies	Características
	manifestación de culpabilidad por iniciativa propia ante el director del proceso o preacuerdos por iniciativa directa de la	Manifestación unilateral de aceptación de cargos por la oferta derivada de la ley y promovida por el	Es un convenio entre el estado penal y el imputado o acusado, sin la intervención de la fiscalía. El convenio surge por la existencia de la norma penal, de la cual se deriva un ofrecimiento de rebaja directo el cual se ofrece por intermedio del juez. La formación del acuerdo nace por

	<p>ley o simplemente <i>preacuerdos legales</i></p>	<p>juez de conocimiento o</p>	<p>la mera voluntad del procesado en aceptar o rechazar la oferta de reducción de la pena. El acuerdo es, en ese sentido, un preacuerdo “legal” celebrado entre el estado penal y el imputado o acusado, para lo cual se exige que el imputado se allane a la totalidad de los cargos formulados por el titular de la acción penal.</p> <p>El beneficio recibido por el allanamiento se debe ajustar a unos topes (máximos) legales, por cuanto el preacuerdo es la manifestación del sometimiento a una prerrogativa legal condicionada a esos máximos establecidos en la norma.</p>
	<p>preacuerdo ente las partes ó <i>preacuerdos convencional</i> es (entre imputado o acusado y fiscalía)</p>	<p>preacuerdos en estricto sentido</p>	<p>Es un proyecto de convenio entre la fiscalía y el imputado. Procede solamente cuando el imputado se allana a la imputación efectuada por el fiscal.</p> <p>A diferencia del preacuerdo legal, en este tipo de preacuerdo se da un allanamiento extraprocesalmente (aunque en el</p>

<p style="text-align: center;">género omnicomprensivo de los preacuerdos</p>			<p>curso del proceso) por medio de diálogos informales que se dan entre fiscalía e imputado. Una vez éste se ha celebrado, dará lugar al nacimiento del control material por parte del juez.</p> <p>Así como ocurre en los preacuerdos legales, también en los preacuerdos en estricto sentido el beneficio percibido se debe ajustar a unos topes (máximos) legales.</p> <p>Del mismo modo, no habrá lugar a discusiones en torno a calificación, concurso de penas, eliminación de agravantes etc.</p>
		<p>negociaciones</p>	<p>La negociación es un fenómeno jurídico abreviado, el cual puede ser definido como “el juicio que se le hace a un imputado, en donde se le impone una pena, por la comisión de un hecho de carácter penal, prescindiendo de la oralidad, la contradicción, la publicidad y la aportación de pruebas, previo a la conformidad del ministerio público y el</p>

		<p>imputado. La negociación consiste en una serie de conversaciones que se dan entre fiscalía e imputado”. (Garzón Marín, Londoño Ayala, & Martínez Martínez, Negociaciones y preacuerdos T. I, 2007, pág. 39)</p> <p>Toda negociación requiere, luego de concretada, una aprobación judicial.</p> <p>Al ser una negociación bilateral entre el acusado y la fiscalía, las negociaciones podrán dar como resultado pactos sobre la supresión de agravantes, eliminación de calificantes, prescindencia de cargos, tipificación de la conducta de una manera particular a fin de minimizar la pena, exclusión de la posibilidad de acusar por concurso de conductas punibles etc.</p> <p>Teniendo en cuenta que la negociación deriva en una disminución o eliminación de las condiciones bajo las cuales se</p>
--	--	---

			<p>hace la imputación de la conducta, es importante resaltar que no existe un tope máximo, ya que estos topes (legales) hacen referencia a la graduación de la pena al momento de emitir un juicio. En ese sentido, la norma no contiene cantidades numéricas concretas.</p> <p>En general, responde a los siguientes objetivos:</p>
		<p>Por parte de la fiscalía</p>	<p>Lograr la aceptación de cargos.</p> <p>Conseguida la anuencia del imputado o acusado, abreviar la acción penal intentando que el caso no sea llevado a juicio oral.</p>
		<p>Por parte del imputado</p>	<p>Lograr una disminución de la pena con base en la acusación de la fiscalía.</p> <p>Evitar que el caso llegue a audiencia</p>

				de juicio oral a fin de disminuir el azar del proceso.
	Acuerdos, que se presentan cuando los preacuerdos <i>strictu sensu</i> o negociaciones obtienen la aprobación judicial		El acuerdo se origina cuando los preacuerdos legales o convencionales obtienen la aprobación judicial. Es la manifestación del control de legalidad del preacuerdo. En estricto sentido, esta categoría es el perfeccionamiento de los preacuerdos y se presenta con la aprobación judicial, por lo cual sólo hasta este momento se tendrá certeza de que lo preacordado es, en efecto, un acuerdo como tal. Del mismo modo, sólo hasta que exista este control judicial se tendrá un documento que dote a lo pactado de una verdadera certeza jurídica.	

|

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Granobles, H. J. (2006). *Garantismo penal en el proceso acusatorio colombiano*. Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez.

Amaya Velosa, C. E. (2011). *Fortalezas y debilidades del nuevo código de procedimiento penal (ley 906 de 2004)*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Barbosa Castillo, G. (2006). Estructura del proceso penal aproximación al proceso penal colombiano. En R. Uprimny, G. Barbosa, A. Aponete, O. J. Guerrero, D.

Bazzani, & J. J. Urbano, *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal* (págs. 65 - 106). Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Barreto Ardila, H. (2003). Principios del derecho procesal penal en el sistema acusatorio para Colombia. En J. Bernal Cuellar, *Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano* (págs. 39 - 54). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Beccaria, C. (2000). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza Editorial.

Bernal Cuéllar J. & Montealegre Lynett E. (1995). *El Proceso Penal*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Berttiol, G. (1997). *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.

Cafferata Nores, J. (2005). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del puerto s.r.l.

Castro Orellana, R. (2008). *Foucault y el Cuidado de la Libertad: Ética para un rostro de arena*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.

Devis Echandía, H. (2012). *Principios Fundamentales del Derecho procesal penal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez & Pontificia Universidad Javeriana.

Elster, J. (2006). *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Buenos Aires : Katz Editores.

Espitia Garzón, F. (1998). *Instituciones de derecho procesal penal*. Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

_____. (2010). *Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio*. Bogotá : Legis Editores S.A.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Fierro-Méndez, H. (2012). *Manual de derecho procesal penal. Sistema acusatorio y juicio oral y público*. Bogotá: Leyer Editores.

Forero Ramírez, J. C. (2005). Derechos de las víctimas en el nuevo sistema acusatorio. En F. Bernate Ochoa... [et al.], *Sistema penal acusatorio* (págs. 164 - 190). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Foucault, M. (1996). *La Vida de Los Hombres Infames*. Buenos Aires: Altamira.

_____. (2002). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina S.A.

García-Pelayo, M. (1975). *El estado social y sus implicaciones*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Garzón Marín, A., Londoño Ayala, C. A., & Martínez Martínez, G. C. (2007). *Negociaciones y preacuerdos T. I*. Bogotá : Ediciones Nueva Jurídica.

_____. (2007). *Negociaciones y preacuerdos T. II*. Bogotá : Ediciones Nueva Jurídica.

Gómez Velázquez, R. G., & Castro Caballero, F. A. (2009). *Preacuerdos y Negociaciones en el Proceso Penal Acusatorio Colombiano. Documento de Trabajo*. Bogota : Publicación Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" Consejo Superior de la Judicatura.

_____. (2010). *Preacuerdos y Negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Gordillo Santana, L. (2007). *La justicia restaurativa y la mediación penal* . Madrid: Iustel.

Granados Peña, J. E., Sampedro Arrubla, J. A., Riveros Barragán, J. D., & Hartmann Arboleda, M. (2003). *Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal. En desarrollo del Acto Legislativo N° 003 del 19 de diciembre de 2012*. Bogotá: Legis Editores S.A.

Guerrero Peralta, O. J. (1998). *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal* . Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez .

_____. (2005). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* . Bogotá : Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez & Ediciones Nueva Jurídica.

Martínez Ravé Gilberto. (1992). *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá : Temis

Maier, J. (2002). *Derecho procesal penal* . Buenos Aires : Editores del Puerto s.r.l.

Muñoz Neira, O. (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Santiago: Editorial Legis.

Nores, J. C. (2005). *cuestiones actuales sobre el proceso penal* . Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. .

Ornoz Santana, C. M. (2009). *El juicio oral en mexico y en iberoamerica*. México D.F. : Cardenas Velasco Editores S.A. DE C.V. .

Ramírez Bastidas, Y. (2005). *Sistema acusatorio colombiano - Ley 906 de 2004 -*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Rodríguez Justiniano, I. (2005). *Oralidad en el proceso penal y la justicia penal alternativa*. Mexico: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Rosales, E. (2002). Sistema penal y relegitimación procesal. En R. Briceño-León, *Violencia, sociedad y justicia en América Latina* (págs. 289-305). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires : Editores del Puerto s.r.l.
Sampedro Arrubla, J. A. (2003). *La humanización del proceso penal*. Bogotá : Legis Editores S.A.

Sánchez Sánchez, R.E. (2005) Negociación y Preacuerdos En F. Bernate Ochoa... [et al.], *Sistema penal acusatorio*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké. Universidad del Rosario.

Sintura Varela, J. C. (2005) Evolución del Sistema Penal Acusatorio En F. Bernate Ochoa... [et al.], *Sistema penal acusatorio*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké. Universidad del Rosario.

Tocora, F. (2005). La reforma procesal penal en América Latina . *Capítulo Criminológico* , 445 - 468.

Voltaire. (2000). Comentario sobre el libro "De los delitos y de las penas" por un abogado de provincias. En C. Beccaria, *De los delitos y de las penas* (págs. 125-174). Madrid: Alianza Editorial.

Jurisprudencia y otros

Sentencias Corte Constitucional

- Sentencia C-1260 de 2005
- Sentencia C-516 de 2007
- Sentencia T-794 de 2007
- Sentencia C-059 de 2010

Sentencias y Autos Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal -

- Sentencia de agosto 23 de 2005.
- Sentencia de 14 de diciembre de 2005. Radicación 21.347
- Sentencia del 10 de mayo de 2006
- Sentencia del 4 de mayo de 2006. Radicación 24.531.
- Sentencia de 14 de marzo de 2006. Radicación 24052.
- Sentencia del 1º de junio de 2006. Radicación 24764.
- Sentencia del 10 de agosto de 2006. Radicación 25196.
- Sentencia del 28 de febrero de 2007. Radicación 26087.
- Sentencia del 23 de agosto de 2007. Radicación 27337.
- Sentencia del 12 de septiembre de 2007. Radicación 27.759.
- Auto de 5 de octubre de 2007. Radicación 28294.
- Sentencia del 8 de julio de 2008. Radicación 31063
- Auto del 15 de julio de 2008. Radicación 29994.
- Sentencia del 27 de octubre de 2008. Radicación 29979.
- Auto del 6 de mayo de 2009. Radicación 31538.
- Sentencia del 8 de julio de 2009. Radicación 31280.
- Auto del 31 de agosto de 2009. Radicación 31900.
- Sentencia del 13 de diciembre de 2010. Radicación 34370.
- Sentencia del 5 de septiembre de 2011
- Sentencia del 18 de abril de 2012. Radicación 38256.

- Auto del 18 de abril de 2012. Radicación 38521.
- Sentencia del 2 de mayo de 2012. Radicación 38020.
- Sentencia del 6 de febrero de 2013. Radicación 39892.
- Sentencia del 19 de junio de 2013. Radicación 37951.
- Auto del 14 de agosto de 2013. Radicación 41375.
- Sentencia de Tutela del 24 de septiembre de 2013. Radicación 69478.
- Sentencia de Segunda Instancia del 16 de octubre de 2013. Radicación 39886.

Sentencias Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal -

- Sentencia del 20 de Septiembre del 2005
- Sentencia del 14 de Septiembre del 2005. Sentencia del 23 de Septiembre del 2005

Gacetas del Congreso de La República

- Gaceta 339 de 2003
- Gaceta 564 de 2003
- Gaceta 104 de 2004