

**LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES DENTRO DEL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO Y SU INCIDENCIA EN LA CIUDAD DE PEREIRA PERIODO
2010-2011.**

PRESENTADO POR:

CLAUDIA YANETH QUINTERO VIVAS

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA COHORTE VI

PEREIRA 2012

**LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES DENTRO DEL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO Y SU INCIDENCIA EN LA CIUDAD DE PEREIRA PERIODO
2010-2011.**

PRESENTADO POR:

CLAUDIA YANETH QUINTERO VIVAS

Trabajo monográfico presentado como requisito para optar al título de especialista
en Derecho Penal y Criminología

Director temático

MG. EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA

Metodólogos

JHONIER CARDONA SALAZAR

WALTER GARCÍA MORALES

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA COHORTE VI

PEREIRA 2012

Nota de aceptación:

Jurado

Jurado

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. DEFINICION DEL TEMA	7
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
1.2...ARTICULACION DE LAS CAUSAS Y SINTOMAS DEL PROBLEMA	7
1.3. FORMULACION DEL PROBLEMA	8
1.4. SISTEMATIZACION DEL PROBLEMA	8
2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION	9
2.1. OBJETIVO GENERAL	9
2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	9
3. JUSTIFICACION	10
3.1. HIPÓTESIS	11
4. RESULTADOS ESPERADOS	12
5. ANTECEDENTES EN COLOMBIA DE PREACUERDOS	13
6. DISEÑO METODOLOGICO	14
7. MARCO TEÓRICO	15
7.1. ARTICULACIÓN DE LOS ASPECTOS TÓRICOS	16
8. MARCO JURÍDICO	21
9. ACUERDOS, ETAPAS Y TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN	22
9.1. NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS PENALES	25
10. LA NEGOCIACIÓN EN LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA	33
11. REFERENTE JURISPRUDENCIAL EN PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-	35

11.1. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 349 DE LA LEY 906 DE 2004.	37
11.2. FALLOS PROFERIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ACUERDOS Y PREACUERDOS.	39
11.3. LA INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS ACUERDOS Y NEGOCIACIONES	42
11.4. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.	50
12. CONCLUSIONES	55
13. BIBLIOGRAFÍA	60

**TITULO: LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES DENTRO DEL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO Y SU INCIDENCIA EN LA CIUDAD DE PEREIRA
PERIODO 2010-2011.**

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de preacuerdos y negociaciones en un Sistema Penal Acusatorio se hace referencia a un componente de la justicia transaccional, que permite la terminación anticipada o abreviada del proceso. Estos preacuerdos se realizan entre la Fiscalía General de la Nación como órgano titular de la persecución y de la acción penal en representación del Estado haciendo las veces de sujeto activo, y el sujeto pasivo que para este caso es el imputado o acusado.

Las partes en la negociación tiene cada una de ellas unos fines, la Fiscalía General de la Nación busca que el imputado o acusado acepte los cargos que le imputa o relacionados en el escrito de acusación, con el fin de obviar el proceso de investigación y varias etapas del proceso, dando aplicación así al principio de celeridad y economía procesal; en cuanto al imputado o acusado representado por su defensor, busca que la Fiscalía elimine circunstancias que acentúen el monto de la pena, dentro de estas circunstancias pueden enumerarse la supresión de agravantes y el reconocimiento de atenuantes; supresión del concurso delictivo; cambio de denominación jurídica, variar el grado de participación, forma de culpabilidad; todo ello en pro de conseguir una rebaja de la pena a imponer como sanción por la realización de la conducta delictiva.

En el Nuevo Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004), se observa que el término preacuerdos hace referencia a las negociaciones que pueden realizar la fiscalía y el imputado o acusado, en donde el resultado buscado es la aceptación de los cargos por parte de éste último y la supresión de circunstancias presentes en el ilícito para otorgar una rebaja en el monto de la sanción penal.

1. DEFINICION DEL TEMA

QUE: EVALUACIÓN DE LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES DENTRO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

DONDE: EN LA CIUDAD DE PEREIRA PERIODO

CUANDO: EN LOS AÑOS 2010-2011

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

PROBLEMA: ¿CUÁL ES LA EFICACIA O DEFICIENCIA EN LA EVALUACIÓN DE LOS PREACUERDOS DENTRO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LA CIUDAD DE PEREIRA PERIODO 2010-2011.?

CAUSAS:

- FALTA DE CONOCIMIENTO ENTRE LAS PARTES
- FALTA DE ASESORIA JURIDICA
- FALTA DE ENTENDIMIENTO ENTRE IMPUTADO O ACUSADO Y DEFENSOR.

SINTOMAS:

- DILATACION EN LOS PROCESOS
- CONGESTION
- POCA CELERIDAD
- TRAMITOLOGIA

1.2...ARTICULACION DE LAS CAUSAS Y SINTOMAS DEL PROBLEMA

LOS PROBLEMAS EN LOS PREACUERDOS DENTRO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO OBEDECEN A:

- CARENCIA DE CONOCIMIENTO ENTRE LAS PARTES
- FALTA DE ASESORIA JURIDICA

- FALTA DE ENTENDIMIENTO ENTRE EL IMPUTADO O ACUSADO Y EL DEFENSOR.

LO CUAL TRAE COMO CONSECUENCIAS:

- DILATACION EN LOS PROCESOS
- CONGESTION
- POCA CELERIDAD
- TRAMITOLOGIA

1.3. FORMULACION DEL PROBLEMA

CUAL ES LA DINÁMICA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LO QUE RESPECTA A LA EFECTIVIDAD O FALENCIAS EN LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES EN LA CIUDAD DE PEREIRA PERIODO 2010-2011.

1.4. SISTEMATIZACION DEL PROBLEMA

- Como está estructurado el sistema penal acusatorio en la ciudad de Pereira?.
- Qué ventajas se presentan en la realización de los preacuerdos dentro del sistema penal acusatorio?.
- Qué falencias y debilidades se presentan en la realización de los preacuerdos dentro del sistema penal acusatorio?.

2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

2.1. OBJETIVO GENERAL

Establecer la dinámica del Sistema Penal Acusatorio en cuanto a los preacuerdos y negociaciones y su incidencia en la ciudad de Pereira periodo 2010-2011.

2.2. ESPECÍFICOS

- Establecer como está estructurado el sistema penal acusatorio en la ciudad de Pereira.
- Determinar las ventajas que se presentan en la realización de los preacuerdos dentro del sistema penal acusatorio.
- Reconocer qué falencias y debilidades se presentan en la realización de los preacuerdos dentro del sistema penal acusatorio.

3. JUSTIFICACION

El presente trabajo se justifica porque resulta importante conocer las disposiciones de carácter legal y jurisprudencial que se tienen en cuenta al momento de adelantar un preacuerdo de acuerdo al Nuevo Sistema Penal Acusatorio, y así poder evaluar su eficacia en la ciudad de Pereira en los años 2010 a 2011, además es relevante establecer para que sirve la celebración de los preacuerdos por parte de la fiscalía como política criminal, esta información puede ser utilizada por los organismos del país a fin de hacer un seguimiento en el Sistema Penal Acusatorio con respecto a su efectividad.

Es importante el desarrollo del tema sobre la eficacia de los acuerdos y negociaciones en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio, teniendo en cuenta que en la última década la lógica y los principios de nuestro proceso inquisitivo reformado o mixto, vigente desde 1940, plasmado en el Código de Procedimientos Penales, han sido penetrados lentamente por instituciones (y principios) del sistema acusatorio, que varían la lógica de la persecución del delito, de su investigación y de su juzgamiento. La moderación del sistema inquisitivo se ha consagrado por vía constitucional y por la recepción de la normativa internacional de derechos humanos en la legislación de segundo rango y la jurisprudencia. Pero también, otros aspectos del nuevo modelo se han ido expresando legislativamente como derecho penal de excepción, reservada a ciertos hechos punibles y expresiones delictivas, a través de figuras como el Principio de Oportunidad y la Terminación Anticipada del Proceso, que abren la puerta a instituciones de la denominada justicia penal negociada, bajo la ecuación mediación ofensor - víctima impensable en un esquema inquisitivo, influenciados también por el movimiento victimológico que pretende recuperar el control de la resolución del conflicto penal para los actores primigenios del mismo. La entrada en vigencia a nivel nacional del nuevo Código Procesal Penal (hasta el 2013) concretiza el nuevo modelo y lógica del sistema penal acusatorio.

Sin embargo, en la práctica la utilización de estas instituciones no sólo requiere el cambio de perspectivas y paradigmas sobre la función del derecho penal y la persecución del delito sino que en términos prácticos requiere la adopción de nuevas técnicas y estrategias de negociación en los procesos de arribo de acuerdos que la ley faculta.

3.1. HIPÓTESIS

En el desarrollo de la presente monografía se busco dar respuesta a la hipótesis propuesta de acuerdo al siguiente supuesto: De acuerdo al artículo 350 de la Ley 906 de 2004, se puede preacordar desde la audiencia de formulación de la imputación; no obstante, nada impide que el fiscal y el imputado puedan iniciar las conversaciones tendientes a preacordar antes de formularse la imputación, evento en que el juez no puede negarse a la aprobación del acuerdo, todo esto teniendo en cuenta que el único referente legal vinculado con la “cantidad probatoria” exigida en materia de preacuerdos y negociaciones, lo contempla el inciso 3° del artículo 327 del nuevo CPP, y se refiere a la improcedencia para la aplicación de este mecanismo cuando no exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, exigencia que impide que una persona inocente pueda llegar a aceptar un preacuerdo o que el juez profiera un fallo de condena en su contra.

4. RESULTADOS ESPERADOS

Al desarrollar la presente monografía, se pretendió como primera medida indagar y tener claridad sobre un tema de tanta relevancia en la aplicación de la profesión del de la abogacía, como es el tema de los preacuerdos y negociaciones en el Sistema Penal Acusatorio tanto en el caso de actuar como defensor o acusador en el proceso.

Otro de los resultados que se esperó obtener fue el de tener claridad en cuanto al hecho de si es improcedente el preacuerdo cuando la Fiscalía cuenta con evidencia física, elementos materiales de prueba, o información legalmente obtenidos suficientes para acusar, habida cuenta que precisamente uno de los presupuestos para que a posteriori el Juez de conocimiento pueda aprobarlo, es que aquellos se den en forma tal, que quede desvirtuada cualquier posibilidad de atentar contra la presunción de inocencia.

5. ANTECEDENTES EN COLOMBIA DE PREACUERDOS

Terminación anticipada del proceso, desde la propia ley 2 de 1984

Sanción del Decreto 2700 de 1991, se incorporó en su artículo 37 el mecanismo de la terminación anticipada del proceso. Con la promulgación de la Ley 81 de 1993

Decreto 264 de 1993 que concedía beneficios penales por colaboración con la justicia, y traía un trámite que permitía al fiscal renunciar al ejercicio de la acción penal con miras a lograr mayor eficacia a la administración de justicia¹.

Análisis ley 600 de 2000, en su norma 40 determinó que desde la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quedará ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación el procesado podía solicitar por una vez que se dictará sentencia anticipada

6. DISEÑO METODOLOGICO

TIPO DE INVESTIGACION

La investigación es de tipo socio jurídico de forma descriptiva

METODO DE INVESTIGACION

El método es analítico deductivo

INFORMACION SECUNDARIA

Proviene de fuentes bibliográficas, documentales, normativas y jurisprudenciales.

7. MARCO TEÓRICO

PRIMERA VISIÓN

Para poder preacordar o negociar con la Fiscalía, el imputado debe estar asistido de su defensor Y si entre los dos existieren discrepancias, prevalecerá la voluntad del procesado (354 CPP).

No obstante, la Fiscalía puede, si el imputado lo pide, adelantar conversaciones previas con éste sin su defensor, pero para formalizar algún preacuerdo deberá contar con el asentimiento del abogado, como garantía de que el imputado fue debidamente informado acerca de los aspectos fundamentales del proceso y las implicaciones de su aceptación de culpabilidad.

SEGUNDA VISIÓN

C-516/07 La víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el preacuerdo.

Antes de la audiencia preparatoria a la víctima la representa el fiscal; a partir de ahí debe tener representación togada.

TERCERA VISIÓN

Es necesario hablar del respaldo probatorio de la imputación, ya que no es dable suplir la inexistencia de prueba incriminatoria por una imputación en el vacío seguida de un preacuerdo o negociación. Pero no es necesario que la Fiscalía descubra todo lo que tenga contra el procesado para adelantar el preacuerdo. A ese respecto deberá imperar la confianza y será suficiente lo que informe el Fiscal

del caso, pues debe protegerse tan importante información frente al eventual fracaso de las negociaciones.

CUARTA VISIÓN

Preacuerdos y negociaciones

La imputación debe corresponder a la realidad de los hechos jurídicamente relevantes respecto de los cuales se tenga el necesario soporte probatorio y la formulación de los cargos debe hacerse con apego al principio de tipicidad estricta.

A partir de ahí la fiscalía puede y debe ejercer sus facultades negociadoras dentro de un marco de razonabilidad jurídica que flexibiliza el principio de legalidad, pero sin llegar a extremos que desnaturalicen la Administración de Justicia (CSJ, rad. 27337, MP Sigifredo Espinosa, 23/08/07).

Se puede cambiar la adecuación típica del hecho para lograr una pena mas benigna, aún por fuera del respectivo genero delictual, pero sin que ello implique la creación de nuevos tipos penales, y dándole a los hechos invocados en alegación la calificación jurídica que corresponda a la ley penal preexistente (CSJ, rad. 27759, MP Alfredo Gómez Q., 12/09/07 – C-1260/05, MP Clara Inés Vargas).

7.1. ARTICULACIÓN DE LOS ASPECTOS TÓRICOS

Algunos autores, para establecer la clasificación de los estilos de negociación toman en consideración dos variables, la relevancia de la relación y la del resultado¹; en base de ello establecen la siguiente clasificación:

¹ PONTI, Franc. Los caminos de la negociación. Personas, estrategias y técnicas, Ed. Granica, Barcelona, 2002, pp. 25-36; precisa: Negociación colaborativa o cooperativa, es aquella en la cual importa mantener la buena relación futura con la contraparte pero sin abandonar el mutuo beneficio de sus intereses, es decir, las partes trabajan en conjunto para establecer la mejor solución a su conflicto y logrando la satisfacción

- a. Importa tanto la relación como el resultado: negociación colaborativa o integradora.
- b. Importa la relación: negociación acomodativa.
- c. Importa el resultado: negociación competitiva o distributiva.
- d. Importancia relativa de la relación y del resultado: negociación por compromiso.

Así también existen otros autores que establecen una siguiente clasificación basada en la combinación de algunas de las primeras formas de negociar: la cooptencia, negociación que consideramos la más conveniente en emplear para el campo penal debido a las particularidades que presenta y que resultan aplicables en un proceso penal en el que buscamos negociar tanto el imputado como el agraviado para establecer una solución al conflicto.

La aceptación de cargos o los aspectos concertados con la Fiscalía -bien que se trate de la imputación, el grado de participación, de culpabilidad o la pena, etc.- se erigen en garantía de seriedad del acto pactado y constituyen expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, y del principio de buena fe (art. 83 Const. Polt.), única manera de que el sistema acusatorio introducido en la ley 906 de 2004 pueda ser operable, lo cual se trastocaría de permitirse que la defensa no obstante haber aceptado los cargos imputados o la pena pactada, continúe discutiendo su responsabilidad penal, la estimación punitiva acordada o sustitutos penales no convenidos, dificultando así el propósito de política criminal que justifica el método de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de las especies jurídicas creadas para su concesión.

El artículo 293 de la ley 906 de 2004, como el artículo 40 de la ley 600 de 2000, en términos similares a como lo hacía el artículo 37 B. 4 del decreto 2700 de 1991, adicionado y modificado por las leyes 81 de 1993 y 365 de 1997, restringe el interés para recurrir del defensor y el procesado los términos de las aceptaciones

o acuerdos, a través de lo que se ha denominado principio de irrevocabilidad, que implica, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos .

El allanamiento o el acuerdo es vinculante para todos los sujetos procesales, incluido el juez, quien debe dictar la sentencia de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta vicios del consentimiento o desconocimiento de las garantías fundamentales, casos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que la actuación se conduzca por los senderos de la legalidad.

En los fallos anticipados la situación del procesado no queda de ningún modo expuesta al arbitrio de los funcionarios que en ella intervinieron, ni desprovista de las garantías a las que se compromete y está obligado a respetar el Estado. Por tanto, tratándose de nulidades, es un hecho que el procesado y su defensor tienen interés para recurrir en apelación o extraordinariamente en casación, salvo, claro está, que se utilice este motivo de ataque como pretexto para retractarse de la aceptación de cargos o de lo acordado con la fiscalía.

En el precedente que se acaba de evocar, se reiteró que

“cuando el proceso abreviado se adelanta con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para buscar su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como se ha dejado visto, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus

términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada”².

Al hablarse de preacuerdos, debe tenerse muy claro que declararse culpable en la audiencia de juzgamiento (367 CPP) no constituye un preacuerdo o negociación, aunque busca igual finalidad: abreviar el proceso y evitar impugnaciones que lo expandan.

- Da lugar a una rebaja de la sexta parte de la pena en relación con los cargos admitidos, siempre que no preexista un acuerdo aprobado sobre el particular.
- Precipita la sentencia puesto que la audiencia ya no tendrá debate probatorio.

De igual manera, debe entenderse que las garantías fundamentales en el sistema de acuerdos y negociaciones se encuentran definidas de la siguiente manera:

- Art. 351, inc. 4º: Los preacuerdos y negociaciones “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales”
- La C.N. no señala taxativamente cuales derechos constitucionales se consideran fundamentales y por lo mismo protegibles mediante tutela. (SU-111/97 y SU-225/98, ambas con M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)
- T-222/03, MP Eduardo Montealegre : Será fundamental todo derecho constitucional que esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. (Ver T-227/03)
- La víctima también goza de garantías fundamentales.

² Proceso N.º 31684. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Magistrado ponente YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Bogotá, D. C., septiembre primero (1º) de dos mil diez (2010).

Formas y modalidades de los cargos

Un cargo bien formulado debe ser claro, preciso y certero en el tema.

Art. 21 CP: Modalidades de la conducta punible (dolo, culpa y preterintención) La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley. Acción y Omisión. Art. 22 . Tiempo de la conducta punible. Art. 23: la tentativa. Art. 24: Concurso de personas en la conducta punible, 25 a 30 autores, coautores, partícipes (determinador y cómplice). Art 31: concurso de conductas punibles.

Por lo tanto se aprecia que el juez no puede improbar un acuerdo por apreciar jurídicamente los hechos en forma distinta, o por estimarlo inconveniente o por consideraciones distintas a que el mismo irrespeta garantías fundamentales (art. 351, inc. 4º)

Sea que se alcance o frustre el preacuerdo, ninguna de las dos eventualidades da lugar a la separación del fiscal interviniente en esa gestión, porque el cumplimiento de su deber no puede tomarse como ilícito prejuzgamiento o entrometimiento ilegal.

Pero cuando se frustra el preacuerdo, lo ventilado en las negociaciones no puede ser utilizado por ninguna de las partes, ni por nadie, en lo subsiguiente del proceso ni en otras actuaciones sobre el mismo hecho o sobre otros.

8. MARCO JURÍDICO

El Acto Legislativo 03 de 2002 dispuso la implementación del nuevo Sistema Penal Acusatorio para toda clase de delitos, asumiendo desde luego que frente a todos ellos podrían realizarse preacuerdos y negociaciones. Por ello en el art. 14 de la ley 890 de 2004, se ordenó un incremento general de las penas consagradas en la parte especial del C.P.

Empero, la tendencia actual del legislador y hasta de la CSJ apunta a prohibir toda suerte de beneficios para ciertos delitos, lo cual atenta contra las posibilidades de realizar preacuerdos, aunque fuesen mínimas las concesiones al imputado o acusado. Por ejemplo:

Ley 1098 de 2006, Art. 199: prohíbe hacer preacuerdos que otorguen cualquier clase de beneficios frente a delitos cometidos contra menores y adolescentes.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (CSJ, rad. 29788, MP Augusto Ibáñez G., 29/07/08) indica que los preacuerdos y negociaciones también están proscritos para delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, extorsión, secuestro extorsivo y conexos, aunque no aparezcan expresamente mencionados en el Art. 26 de la ley 1121 de 2006.

De igual manera se encuentra en sentencias como:

CSJ, rad. 26087, MP. Marina Pulido de Barón, 28/02/07

CSJ, rad 27218, MP Yesid Ramírez B., 16/05/07

CSJ, rad. 25196, MP Sigrifedo Espinosa, 10/08/06.

9. ACUERDOS, ETAPAS Y TÉCNICAS DE NEGOCIACIÓN

Sobre este tema, vale la pena aclarar que estas técnicas no son estáticas sino que, por el contrario, su aplicación es dinámica y se encuentra en constante variación, dependiendo del caso concreto en el que nos encontremos y del objeto que estemos negociando.

La negociación en el ámbito penal no sólo se da cuando el Fiscal se pone de acuerdo con el imputado o su defensa sino también existe una etapa previa en la cual el Fiscal debe ponerse de acuerdo con la víctima y la defensa con el imputado, ello con la finalidad de tener conocimiento de los intereses de las partes enfrentadas (imputado y agraviado) y sobre la base de la cual deben plantear la negociación, ya que la disposición propiamente no depende sólo de ellos (situación más apreciable en el caso de la víctima en razón de la expropiación del conflicto por parte del Estado, en el cual colisionan los intereses de la víctima y del Estado y, consecuentemente, los derechos y exigencias de los agraviados quedan de lado por ser opuestos a los intereses definidos por el Estado en sus decisiones³.

1. Etapa pre-negociadora⁴:

En esta etapa se desarrolla una fase de preparación completa para la futura negociación. Es la etapa en la cual el negociador debe equiparse de todas las armas posibles para ingresar a la negociación y no verse desprotegido ante alguna propuesta de la otra parte si ésta no le es ventajosa.

a. Preparación táctica.- consiste en establecer la estrategia que se empleará en la negociación. Para ello se deben tener en claro: los intereses (de ambas partes), el

³ DEVOTO, Eleonora A., Sobre la mediación penal, algunas consideraciones relativas a su justificación teórica. En:http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/mediacion_penal.html

⁴ PONTI, Franc, op. cit., pp. 43-78.

estilo de negociación que se empleará (negociación situacional⁵), los temas sobre los que voy a negociar (temas específicos que entrarán en debate, organizados en orden de prioridades), crear una opción previsor, es decir, prever qué hacer si no se alcanza el objetivo, establecer hipotéticamente cuáles serán los temas y propuestas que la otra parte someterá a negociación, crear un proyecto del acuerdo ideal que se busca lograr,

b. Preparación creativa.- consiste en crear un mapa basado en cada tema sobre los que se debatirá, dentro del cual se debe establecer una serie de propuestas (lluvia de ideas) para cada uno de los temas, creando de esta manera mayor espacio para negociar. El mapa debe estar estructurado de manera equilibrada y armónica con miras al objetivo que se busca obtener con la negociación.

Se recomienda seleccionar el lugar donde se desarrollará la negociación (preferentemente debe tratarse de un ambiente informal que les brinde las comodidades).

c. Preparación personal.- consiste en la preparación interna (relajación) de la persona que va a negociar. En esta área se debe realizar la gestión emocional (control de emociones), la que consiste en la inversión de roles (percepción), comunicación (verbal o no verbal) y escucha activa, así como el actuar asertivamente. Prepararse emocionalmente para mantener el control en situaciones complejas.

2. Etapa negociadora:

Esta etapa es aquella en la cual se despliega todo el proceso de la negociación, es decir, es este el momento en el que se pone en práctica todo lo ideado en la

⁵ La negociación situacional consiste en la capacidad de cambiar la forma de negociar en función de las circunstancias en las que opere en un determinado momento. En: PONTI, Franc, op. cit., pp. 25-27.

FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, op. cit. p. 77.

etapa de preparación y se desarrollan los temas analizados en el orden que se estableció previamente. Se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) Iniciar esta etapa con una comunicación suave (no temerosa), expresándonos con claridad y seguridad,
- b) Identificar intereses, interactuar, poner en conocimiento de la otra parte cuáles son nuestros intereses y hacer que éste precise los suyos mediante preguntas (desbloquear negociaciones posicionadas),
- c) Una vez conocidos los intereses comunes, debemos iniciar la negociación basada en criterios objetivos (búsqueda de beneficios comunes, ser razonables y no ceder ante la presión),
- d) Escuchar activamente a la otra parte la sustentación de sus objetivos y al mismo tiempo descubrir sus puntos vulnerables¹⁵, e) No alterarse ni reaccionar ante situaciones complejas o posiciones obstinadas sino enfocar la atención y atacar el problema,
- f) expresar la opinión personal sin presionar, es decir, no contradecir a la otra parte sino replantear su propuesta¹⁶ (hacer ver a la otra parte las desventajas de su propuesta y las ventajas de la propuesta propia),
- g) Inventar opciones (articular propuestas) de mutuo beneficio,
- h) No apresurarse con decisiones importantes, se puede solicitar pausas,
- i) Generar acuerdos creativos.

3. Etapa conclusiva de la negociación:

En esta etapa ya sólo resta plasmar el acuerdo, producto de la negociación, en un documento, que como tal, adquiere valor y relevancia para el ámbito en el que se desarrolló. Si en la etapa pre-negociadora se creó el Proyecto de Acuerdo, es en

este momento en el que se empleará dicho proyecto con determinadas variaciones que se produjeron por efectos de la negociación.

9.1. NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS PENALES

1. Desde la perspectiva del abogado con su cliente

No siempre lo considerado por Abogado Defensor como correcto y beneficioso para la negociación, lo es necesariamente los intereses de su defendido. En todo momento el abogado defensor debe evitar la confrontación con el cliente, en su lugar, debe establecer con él una “relación colaborativa”, es decir, un lazo centrado en su posición para favorecer la negociación pues de esta manera se busca identificar cuáles son sus intereses y prioridades para perseguirlas vía la negociación. Para ello, el enfoque se basará en cuáles son las “consecuencias fácticas” de las decisiones que se podrían tomar (se debe informar al cliente sobre los pro y los contra de tomar determinada decisión) y sobre la delimitación de la autonomía (entre el abogado y su cliente).

El abogado defensor no solo utilizará determinadas técnicas y estrategias de negociación con las otras partes (el Fiscal y el agraviado) sino también con su cliente para llegar a un buen entendimiento, entre las que podemos mencionar:

- 1) El abogado debe saber compartir el control, el Abogado defensor no puede actuar unilateralmente, debe compartir opiniones y responsabilidades con su defendido;
- 2) 2) El abogado deberá escuchar a su cliente, pues existe un aprendizaje mutuo, una retroalimentación para la formación de una teoría del caso y para determinar las pautas de cómo y desde qué posición negociar;

- 3) 3) El abogado defensor debe entender que su defendido a veces no estará de acuerdo con ciertas concepciones personales del abogado, por lo que una buena negociación con su cliente es un punto fundamental; y
- 4) 4) Ambas partes deberán debatir constantemente los conflictos que se puedan generar, sea sobre el tratamiento de la negociación, temas externos o de emolumentos.

Estos elementos en conjunto deben formar el planteamiento que el abogado tiene para establecer una mejor relación con su cliente, ya que una correcta química entre ambos es fundamental. El abogado deberá preocuparse por conocer los intereses de sus clientes de manera que cuando se le pregunte por ellos o le toque exponerlos no se vea como un desinformado, nunca deberá considerar que se sabe de antemano cuáles deberían ser o cuáles son los intereses del cliente⁶.

Por otro lado, el abogado debe hacer ver a su cliente que comprender a la contraparte no equivale a coincidir con sus opiniones. Que el cliente llegue a comprender a la otra parte permitirá negociar de manera más eficaz, lo que no quiere decir que se vaya a ceder con facilidad ante las exigencias contrarias. En tal situación, el abogado debe hacer entender a su cliente que todo acuerdo debe satisfacer necesariamente algunos intereses y prioridades de la otra parte, por esto, comprenderlos facilitará la búsqueda de tratos que creen valor.

Respecto de los honorarios, la negociación es otro factor importante, éstos deben estar claros desde el principio, ya que, negociar después de realizado el trabajo es más difícil pues se carece de incentivos sobre todo si no hay expectativas de que se vaya a trabajar juntos en el futuro.

Por otro lado, el abogado no debe buscar la sola aprobación de su cliente (que puede darse por su mismo desconocimiento de la materia), sino que intenta

⁶ GOZAINI, OSVALDO: Formas alternativas para la resolución de conflictos, 1995, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 35.

comunicar con claridad la valoración que hace del caso y formula su propósito de aconsejar juiciosamente para tomar decisiones que sean efectivas.

Ante un cambio de ideas por parte del cliente, lo mejor será la paciencia y esforzarse por comprender lo que sucede. Se le debe hacer ver lo perjudicial que ello puede traer a la negociación, y si todavía no se está preparado para llegar a un acuerdo entonces habrá que abordar el tema de manera explícita.

2. Desde la perspectiva del Abogado con la Contraparte

El objetivo del Abogado Defensor se centrará en establecer una relación de cooperación con las otras partes que permita la creación de un valor agregado, siempre y cuando ello no implique algún detrimento para nuestro cliente. Se debe evitar riesgos de conflicto entre aquellos que intervienen en la negociación, por eso podría ser útil conocer anticipadamente las creencias y formas de pensar de las contraparte, a su vez de adoptar actitudes proactivas (con las que se buscará abrir camino hacia la resolución de problemas), optimistas (para abordar las disputas y tratos buscando acuerdos que generen valor y formular esta búsqueda como una parte esencial de la atención a nuestro cliente) y realistas (que en vez de responder el ataque se debe proteger al cliente mientras se sigue intentando que la contraparte opte por la negociación constructiva).

Un abogado con mentalidad optimista a la vez que realista será menos propenso de perder el equilibrio, lo más útil será creer que casi siempre existe la posibilidad de crear valor, de llegar a un entendimiento, de crear acuerdo. De esta manera, y a pesar de saber que lo habitual en la negociación es actuar con agresividad y reaccionar a los ataques de la otra parte, es menester intentar reorientar el planteamiento contrario, tomando la iniciativa⁷.

⁷ GOZAINI, OSVALDO: Formas alternativas para la resolución de conflictos, 1995, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 35.

3. La toma de iniciativa para la solución del problema.

El primer paso para la resolución de problemas consistirá en abrir el camino para que, en la medida de lo posible,

1) se cree una relación de trabajo colaborativa con la otra parte (Fiscal, Agraviado o el abogado defensor de este último según sea el caso); 2) Se promueva la comunicación efectiva sobre las oportunidades y los riesgos legales y la legislación relevante; 3) se efectivice la comunicación sobre intereses, recursos y prioridades de las partes con el fin de alcanzar acuerdos que creen valor; 4) Estimular el desarrollo de opciones creativas; 5) Minimizar los costos de transacción; 6) Tratar las cuestiones distributivas como problemas compartidos; 7) No perjudicar (en lo posible, mejorar) la relación con los clientes; 8) Defender del abuso a nuestro cliente⁸.

Por ello, no está de más decir que los primeros minutos de la negociación son cruciales, ya que consisten en un envío explícito e implícito de mensajes sobre las valoraciones del oponente, puede darse el caso que la otra parte esté a la defensiva, por lo que se debe tener en todo momento una actitud dirigida a llegar a un acuerdo, que denote la intención de escuchar lo que la otra parte tiene que decir. Ante esta situación, es importante saber cómo le gusta trabajar a las otras partes, haciendo sugerencias sobre los pro y los contra de cada enfoque para luego elaborar un plan.

Por este mismo proceso colaborativo, todo se formula como un problema conjunto, se debe buscar lo aceptable para ambas partes. El deseo de querer buscarle una solución al problema mediante un acuerdo no debe confundirse con una imposición a la otra parte por más que éste sea bueno en sí.

Esa compenetración de los abogados en la elaboración del plan y el proceso genera una mayor disposición a continuar a pesar de futuras complicaciones, ya

⁸ MNOOKIN, Robert H. y otros, op. cit., p. 266.

que cada uno se considerará autor de ambos. La reciprocidad generará que incluso negociadores intransigentes se inclinen por la vía de la resolución de problemas. Sin embargo tampoco se espera que la otra parte adopte siempre un talante únicamente colaborativo, por ello habrá que identificar sus tácticas:

- 1) Exigencias extremas seguidas de concesiones pequeñas y lentas;
- 2) La táctica del compromiso;
- 3) Ofertas de lo tomas o lo dejas;
- 4) Ofertas no correspondidas;
- 5) Resistir; 6) Insultos personales;
- 7) Marcarse un farol, exagerar y mentir;
- 8) Amenazas y advertencias;
- 9) Menospreciar las alternativas o los argumentos de la otra parte y
- 10) El policía bueno y el policía malo.

Descubriendo estas tácticas de “negociación dura” a lo largo de las negociaciones, podemos evitarlas e, incluso, intentar utilizar lo que la otra parte haya dicho para favorecer nuestro enfoque de resolución de problemas, lo que se conoce como el jiu-jit-su de la negociación. Ahora, si lo que se busca es cambiar la actitud del negociante duro, lo que se debe hacer es reorientar hacia la resolución de problemas. Escuchar, reformular e identificar su juego para convencer a la otra parte, cambiar a los jugadores si es necesario mandar al otro abogado a su cliente para que negocien.

4. Formas de resolución de conflictos

Generalmente se piensa que el construir un proceso de negociación que permita estudiar si es posible llegar a un acuerdo lo más pronto que se pueda es el ideal

máximo, sin embargo puede que no sea factible (o ni siquiera deseable) en todos los casos. El abogado defensor, conjuntamente con su cliente, deberá diseñar pronto una estrategia que se ajuste a su situación. Para ello puede hacerse tres preguntas:

1) ¿Es éste uno de los casos en que un acuerdo negociado quizá no tenga sentido aunque la otra parte esté dispuesta a negociarlo? Algunos conflictos pueden amenazar el objetivo principal que se busca; puede ser indispensable crear o defender un precedente legal vinculante;

2) ¿Cómo podemos crear valor minimizando los costos del acuerdo y estudiando acuerdos basados en las diferencias temporales o las preferencias de riesgo? La pronta consecución de un acuerdo negociado debe ser el objetivo, a su vez se debe analizar las distintas decisiones posibles (oportunidades y riesgos); y

3) ¿Es posible que las partes de este conflicto puedan satisfacer sus objetivos si aprovechan las oportunidades de una mayor diversidad de acuerdos? Propio de cuando las partes hayan tenido una relación anteriormente o la puedan tener en el futuro. Se puede llegar a un acuerdo que tenga poco que ver con la disputa legal formal de las partes.

Hay dos modos básicos (“las dos mesas”) de negociación en la resolución de disputas, son marcos de referencia:

La Negociación en la mesa del resultado neto esperado

Como se viene manifestando en diversas oportunidades, la celeridad procesal es uno de los puntos principales que quiere aportar el Nuevo Código Procesal Penal, genera un beneficio recíproco entre todas las partes intervinientes. Por consiguiente, el Abogado defensor debe tener como objetivo conseguir acuerdos negociados tempranos siempre que favorezcan los intereses de nuestro cliente. El problema radica en que casi siempre se consigue tarde y después de concurrir en costes enormes en el difícil proceso de descubrimiento de pruebas, que es donde

se encontrará el arma que fortalezca su posición y debilite la del oponente. La obtención de esta arma es difícil y cara.

El Abogado Defensor tendrá que tomar la iniciativa, primero con su cliente, luego con la otra parte. Revisar la relación que mantenemos con el cliente para verificar si es proclive a un acuerdo temprano. A continuación, debe comprobar sus propios supuestos sobre el cliente y sobre los riesgos que está dispuesto a asumir. Lo más frecuente es que la actitud hacia el riesgo sea distinta, por ello, es importante preguntarse respecto de si el cliente tiene la capacidad suficiente para que podamos confiar en él en cuestiones de riesgos. Si confiamos en que nuestro cliente tiene la suficiente capacidad para calcular los costes y los beneficios de alcanzar acuerdo rápidamente o incluso ante la incertidumbre, podremos asentar nuestra relación con él. Obviamente, antes de ello, el cliente debe conocer toda la información referida a la negociación y los alcances que ésta puede tener, manifestando en todo momento la aceptación y la voluntad de hacerlo.

La cuestión no es que el Abogado deba olvidar ejercer la defensa durante un juicio, sino que la opción por esa vía debe estar correctamente motivada, no ser meramente un acto reflejo. El abogado que considere un acuerdo temprano se puede preguntar legítimamente: “¿Qué beneficios reporta?”, “¿es realmente lo que le conviene a mi cliente?”, “¿me conviene realmente a mí negociar?” Una manera de evaluar el caso de manera eficaz es a través de un análisis de decisiones, es decir, exponiendo las posibilidades y opciones que tiene el cliente.

De esta manera se pueden distinguir entre temas fundamentales (cálculo de la pena, efectividad de la pena, la reparación civil) y factores influyentes (que pueden ser las llamadas consecuencias accesorias). Para analizar la decisión sobre un acuerdo negociado se podría emplear un árbol de decisión, donde una rama representaría el acuerdo negociado, y la otra, ir a juicio. La finalidad de descomponer las opciones de esta manera explícita es ayudar a los abogados y a

los clientes a comparar los beneficios inciertos de ir a juicio con una oferta concreta de acuerdo.

El abogado debe calcular el éxito, decir, por ejemplo que se cuenta con argumentos sólidos quiere decir que las probabilidades de ganar son muchas. De esta manera se puede determinar qué tan conveniente puede terminar siendo un arreglo. La elaboración conjunta de un árbol de decisiones (en la mesa de negociaciones) puede llegar a ser útil en la medida que permite al abogado averiguar si la contraparte ha desvelado sinceramente lo que piensa sobre las oportunidades y los riesgos del litigio. De igual manera, esta elaboración en conjunto puede ayudar a identificar los hechos conflictivos entre las partes, de manera que estos puedan esclarecerse y superarse.

6. La Negociación en la mesa basada en el interés Una vez resuelta la duda de si se va o no a juicio, el próximo punto de estudio será cuáles son los intereses que se van a negociar. Para ello se debe tratar de convencer de dar ese paso a la contraparte, pudiendo plantearsele lo siguiente:

- Primero, buscar acuerdos puede ser bueno para ambas partes.
- Segundo, buscar acuerdos no exige ni implica un cese del fuego.
- Tercero, hablar de intereses no es signo de debilidad. Puede significar todo lo contrario (signo de fuerza y confianza).

En vez de preguntarle directamente qué le preocupa a la otra parte, el abogado Defensor puede proponer un estudio conjunto sobre qué le preocupa a cada parte y por qué, y qué cree cada una de ellas que se va a conseguir en el proceso.

El Abogado Defensor debe permitir la participación de su cliente en la negociación directa, para ello, antes deben definir cuáles son los intereses que se buscan en determinados casos para que ninguno contradiga el objetivo principal ni la idea común.

Muchas veces la consecución de un acuerdo basado en el interés puede generar mejores resultados que los probables por un juicio. Al realizar un acuerdo de esta manera, las partes pueden abordar intereses que no se podrían atender si se centraran exclusivamente en el resultado neto esperado del litigio. Ningún método de negociación garantiza total efectividad, incluso aquella basada en el interés, pero si las partes no la intentan puede que no lleguen a ningún acuerdo efectivo.

10. LA NEGOCIACIÓN EN LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

En cuanto al tema de la negociación en los acuerdos de terminación anticipada, es importante decir que el carácter adversarial que define al Nuevo Código de Procedimiento Penal ha propiciado la instauración de instituciones propias de la llamada “Justicia Penal Negociada”⁹, en la que términos como negociación y acuerdo tienen una utilización constante. Una de estas instituciones es el llamado Proceso de Terminación Anticipada, que toma como referencias al Patteggiamento italiano, que es el antecedente directo y el Plea Bargaining estadounidense, que aporta la mayor cantidad de técnicas de negociación.

Por lo tanto se debe comenzar precisando que la Terminación Anticipada del Juicio es una institución mediante la cual los procesos podrán (como su enunciado lo indica) terminar de manera anticipada sin la necesidad que se realice la etapa del Juzgamiento. De esta manera el representante del Ministerio Público y el Inculpado (y/o su defensa) pueden llegar a un acuerdo en el que determinarán el alcance de la pena (los años que se impondrán e incluso si es efectiva o no), la reparación civil (se establecerán los acuerdos reparatorios) y las consecuencias accesorias.

De acuerdo con lo anterior, la terminación anticipada es una respuesta a la exigencia social de celeridad y eficacia procesal y que en experiencias de otros países ha tenido un impacto positivo dentro de su sociedad. En nuestro caso, la implementación del Nuevo Sistema Penal Acusatorio ha tenido también una aceptación considerable, teniéndose como el principal camino de terminación del proceso desde la implementación del Nuevo Código.

⁹ Acerca de ciertos aspectos generales de los cambios que ha experimentado el proceso penal continental, SAN MARTÍN CASTRO, César: “Derecho Procesal Penal - Tomo 2” Segunda Edición. Editorial Grijley, Lima, 2004, p. 1410.

Según el Nuevo Código de Procedimiento Penal la Terminación Anticipada puede plantearse "... una vez expedida la Disposición Fiscal... y hasta antes de formularse la Acusación Fiscal", es decir, ya iniciada la Investigación Preparatoria, y puede ser propiciada tanto por parte del Fiscal como del Abogado Defensor.

Pero, en la práctica se ha podido constatar que existen casos en los cuales, habiéndose ya formulado la acusación, se puede llegar a un acuerdo de Terminación Anticipada dentro de la Audiencia de Control de la misma, aplicando el Criterio de Oportunidad. En tal sentido, encontramos en la jurisprudencia una fundamentación para la utilización de este criterio, señalando que se puede instalar la aplicación de un Criterio de Oportunidad, que conforme a otros pronunciamientos en procesos distintos expedidos por ese Juzgado, lo ha interpretado como la posibilidad de aplicar por última vez o el principio de oportunidad o la Terminación Anticipada según fuere el caso, siendo ello así, si es posible aplicar la Terminación Anticipada en esta etapa aún cuando las normas especiales en el que prevé que no debe haber acusación. En cuanto a la reparación civil, el imputado podrá negociar bien con el Fiscal o bien con el Actor Civil constituido, ya que la acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito.

11. REFERENTE JURISPRUDENCIAL EN PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO-

El acuerdo o la negociación comporta: el reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado; la existencia de un fundamento fáctico y probatorio sobre el cual se produce el acuerdo; la renuncia libre, consiente, voluntaria y debidamente informada del imputado o acusado al juicio público, oral, concentrado y contradictorio; los descuentos punitivos derivados del acuerdo. Una vez aprobado el acuerdo se convocará a audiencia para dictar la sentencia correspondiente, mediante la cual se produce la terminación anticipada al proceso

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

En la mayoría de los casos ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto la Corte en sentencia C-409 de 2009 declaró

inexequible la expresión “exclusivamente”, en unidad de materia con el segmento normativo “quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación”, mientras que declaró exequible la expresión “para los efectos de la conciliación de que trata el artículo 103”, en el entendido de que esto no supone que la participación del asegurador se reduzca a conciliar, pues en el evento en que no se llegué a un convenio de reparación, tendrá derecho a adelantar las actuaciones tendientes a proteger civilmente sus intereses en los aspectos atinentes a la cobertura de la póliza, pues su citación al incidente, efectuada con todas las garantías exigidas, lo vincula al mismo y a sus resultados¹⁰.

Como se analizó, la Corte en sentencia C- 409 de 2009 examinó in extenso el contenido y alcance de los artículos 103 y 108 de la Ley 906 de 2004, en punto a la intervención de terceros en el proceso penal, y específicamente, lo atinente a las aseguradoras. En dicha ocasión, fueron retiradas del ordenamiento jurídico aquellas expresiones del artículo 108 del C.P.P. que vulneraban los derechos de las víctimas a ser reparadas integralmente, en tanto que se declaró parcialmente exequible el segmento normativo “para los efectos de la conciliación de que trata el art. 103” del artículo 108 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado en este proceso.” Por lo tanto ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto la Corte ya analizó en detalle la operancia de la figura del tercero civilmente responsable en el nuevo proceso penal.

11.1. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 349 DE LA LEY 906 DE 2004.

a. Texto de la norma acusada.

ARTÍCULO 349. IMPROCEDENCIA DE ACUERDOS O NEGOCIACIONES CON EL IMPUTADO O ACUSADO. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto

¹⁰ Entre muchas otras, sentencia C-898 y C- 1052 de 2001.

del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

La norma en cuestión se encuentra ubicada en el Título II del C.P.P sobre “Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”. En tal sentido, condiciona, que no prohíbe, la suscripción de aquéllos en los casos en que el sujeto activo de la conducta punible hubiese “obtenido incremento patrimonial fruto del mismo”. En tales casos, la Fiscalía y la defensa del imputado o acusado, no podrán celebrar acuerdos o negociaciones, hasta tanto se reintegre, por lo menos, el 50% del valor equivalente al incremento percibido, e igualmente, “se asegure el recaudo del remanente”.

Lo anterior significa que, en los delitos en los cuales el sujeto activo no hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo, el margen de discrecionalidad con que cuentan fiscal y defensa para celebrar acuerdos o preacuerdos será mucho mayor, que no ilimitado tampoco.

En tal sentido, la finalidad de la norma acusada es clara: evitar que mediante las figuras procesales de la justicia negociada, quienes hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos, la mitad de lo indebidamente apropiado, asegurando además el pago del remanente. En otras palabras, se trata de una disposición procesal orientada a combatir una cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados recursos económicos, la cual comprende no sólo los delitos contra el patrimonio económico, como parece entenderlo la demandante, sino toda aquella conducta delictiva donde el sujeto activo obtenga un provecho económico, tales como narcotráfico o lavado de activos, así como delitos contra la administración públicas (vgr. peculado, concusión, cohecho, etc.). De tal suerte que, distinto a lo sostenido por la demandante, el propósito de la norma acusada no es crear una especie de

beneficio o privilegio a favor de las víctimas de quienes se han enriquecido con su accionar delictivo, sino asegurarse que no disfruten de un provecho ilícito.

En este orden de ideas, la norma acusada, antes que buscar como fin principal la reparación de las víctimas de los delitos económicos, lo que realmente pretende es evitar que quienes han obtenido provecho económico mediante la comisión de delitos, puedan recurrir a los instrumentos procesales de la justicia negociada para obtener generosos beneficios punitivos, sin comprometer sus fortunas ilegales.

En suma, la norma acusada no puede ser interpretada de manera aislada, sino como un instrumento procesal que comparte los fines y propósitos generales de la justicia negociada.

11.2. FALLOS PROFERIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ACUERDOS Y PREACUERDOS.

En diversas ocasiones, sobretodo en fallos de control abstracto de constitucionalidad, la Corte ha examinado el tema de los acuerdos y preacuerdos suscritos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual se tiene los siguientes.

En sentencia C-1260 de 2005, el juez constitucional examinó varias disposiciones de la Ley 906 de 2004, que de alguna u otra manera, versan sobre la facultad de celebrar acuerdos y preacuerdos. Así, en primer lugar, analizó la posibilidad con que cuenta la defensa para renunciar a los derechos a la no autoincriminación y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial; todo ello, precisamente, debido a la facultad de acudir a uno de los distintos mecanismos procesales existentes de terminación anticipada del proceso. Lo anterior fue considerado ajustada a la Constitución, por las siguientes razones:

“Para la Corte es claro entonces, 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”¹¹.

Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución.

En el mismo fallo, la Corte examinó las facultades con que cuenta el fiscal al momento de celebrar un preacuerdo con la defensa, desde la audiencia de formulación de la acusación, más exactamente, la posibilidad de que “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en los términos del artículo 350.2 de la Ley 906 de 2004. Para esta Corporación, tal facultad se ajusta a la Constitución de manera condicional, por las siguientes razones:

¹¹ Sentencia T- 794 de 2007.

“Es claro, entonces, que cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo –preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.

La Corte reafirma que la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar

si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.

En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente. (negrillas agregadas).

Posteriormente, en sentencia C- 516 de 2007, la Corte examinó in extenso el tema referente a la intervención de las víctimas en los acuerdos y negociaciones llevadas a cabo entre la Fiscalía y la defensa del acusado. En dicha ocasión, si bien el juez constitucional consideró ajustados a la Constitución los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, referentes todos ellos a los mencionados acuerdos y negociaciones, los hizo de manera condicionada, precisamente, en razón de la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. En palabras de la Corte:

11.3. LA INTERVENCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS ACUERDOS Y NEGOCIACIONES

Cuando se realiza un debate conceptual de esta sentencia se dejó establecido que las víctimas de los delitos son titulares del derecho a un recurso judicial efectivo que les garantice sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Esa intervención debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema de tendencia acusatoria introducido en la Constitución por el A.L. No. 03 de 2002. Pasa la Corte a examinar si el legislador respetó estos parámetros, o si como lo señalan los demandantes incurrió en una omisión legislativa inconstitucional que vulnera los derechos de las víctimas como intervinientes especialmente protegidos en el proceso penal.

Pues bien, artículo 11 que tiene el carácter de principio rector del ordenamiento procesal penal establece que el Estado garantizará el derecho de las víctimas a la administración de justicia, en los términos allí predeterminados. En tanto que el literal f) del mismo precepto destaca el derecho de las víctimas “A que se consideren sus intereses al adoptar una de decisión discrecional sobre ejercicio de la persecución del injusto”. Si bien como se anotó en aparte anterior los mecanismos de negociación no están fundados en la aplicación de un principio dispositivo sobre la acción penal, sino en el consenso y en la disposición sobre algunos aspectos de la imputación, de sus consecuencias, y de las etapas del procedimiento, su aplicación conlleva a decisiones con enorme impacto sobre los derechos de las víctimas.

Si se observa cuidadosamente el texto de los artículos 348, 350, 351 y 352, todos ellos hacen referencia a la intervención de la Fiscalía y el imputado o acusado en la celebración de los preacuerdos y negociaciones. Las únicas referencias expresas a los derechos de las víctimas se encuentran en el artículo 348 que establece como una de las finalidades de los preacuerdos la de “propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto”, y en el artículo 351(inciso 6º) que prevé que “las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes”.

Es evidente que las normas que regulan los preacuerdos y las negociaciones, no contemplan un mecanismo de participación de las víctimas en estas instancias procesales, ni siquiera un papel pasivo o una intervención mediada por el fiscal. Corresponde entonces establecer si tal omisión del legislador, como lo señalan los demandantes es inconstitucional.

En las sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007, con el fin de examinar la constitucionalidad de algunas omisiones legislativas relativas con impacto sobre

los derechos de las víctimas, la Corte adoptó una metodología consistente en resolver cuatro preguntas: (i) ¿Se excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que por encontrarse en una situación asimilable a los que la norma contempla, debería subsumirse dentro de ese presupuesto?; (ii) ¿Existe una razón objetiva y suficiente que justifique esa exclusión?; (iii) ¿Se genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso? y (iv) ¿Esa omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador de un deber constitucional, en este caso del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal?

Para el análisis del cargo bajo examen, orientado a establecer si el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa de naturaleza inconstitucional en la regulación de los preacuerdos y negociaciones (Arts. 348, 350, 351, 352), con poder de afectación del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo para obtener garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, la Corte aplicará el mencionado precedente. Al respecto se considera¹²:

(i) Las normas mencionadas, en efecto, excluyen a la víctima de los actores procesales que pueden intervenir en los preacuerdos y negociaciones. No se contempla un deber del Fiscal de consultar previamente a la víctima sobre la proposición de un preacuerdo; tampoco un deber de comunicación a la víctima de la existencia del preacuerdo una vez se logre; ni se le faculta para intervenir en la negociación; no se prevé un mecanismo de intervención oral o escrita de la víctima ante el juez competente al momento en que el acuerdo es sometido a su aprobación; al condicionar la aprobación del acuerdo por parte del juez de conocimiento a la preservación de las garantías fundamentales, no se hace explícita la extensión de ese control a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

¹² Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1 de junio de 2006, rad. 24.764.

(ii) No se observa una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión de la víctima de la facultad de intervención en los preacuerdos y las negociaciones, como quiera que se trata de actuaciones que se desarrollan en una fase previa al juicio oral, justamente con el propósito de evitar esa etapa mediante una sentencia anticipada que debe ser, en lo posible, satisfactoria para todos los actores involucrados en el conflicto. La garantía de intervención de la víctima en la fase de negociación no tiene entonces la potencialidad de alterar los rasgos estructurales del sistema adversarial, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido. Con la intervención de la víctima en esta fase no se auspicia una acusación privada paralela a la del fiscal, dado que el acuerdo se basa en el consenso, el cual debe ser construido tomando en cuenta el punto de vista de la víctima.

Si bien es cierto que la Constitución radicó en la Fiscalía la titularidad de la acción penal, y que la ley le asigna un cierto nivel de discrecionalidad, propiciar la fijación de una posición por parte de la víctima frente a los preacuerdos y las negociaciones no afecta la autonomía del Fiscal para investigar y acusar, ni lo desplaza en el ejercicio de las facultades que le son propias. Por el contrario, la intervención de la víctima provee a la justicia de información valiosa para determinar si la pena propuesta es aceptable o no en el mejor interés de la sociedad y de la administración de justicia. La inclusión del punto de vista de la víctima resulta también valiosa para rectificar información aportada por la defensa y por la fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad.

(iii) Esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, que deja en manifiesta desprotección los derechos de las víctimas.

(iv) La omisión implica a su vez un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal

que le impide asegurar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. Reitera la Corte que el propio código reconoce el derecho de las víctimas “a ser oídas”, y a “que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto” (Art. 11 d) y f) la Ley 906 de 2004).

De lo anterior surge que, tal como fue diseñado por el legislador, la víctima no tiene ninguna posibilidad de fijar su posición sobre los términos del acuerdo celebrado entre el fiscal y el imputado o acusado, mediante el cual se puede prescindir de hechos que pueden ser relevantes para la víctima en términos de verdad y de justicia, y también puede afectar las consecuencias del delito (Art. 351 inciso 2°) con clara repercusión sobre el derecho a la reparación integral de la víctima.

Teniendo en cuenta que no existe necesaria coincidencia de intereses entre la fiscalía y la víctima, en la etapa de la negociación de un acuerdo, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral pueden resultar desprotegidos en esta fase crucial y definitiva del proceso. La intervención de la víctima en esta etapa resulta de particular trascendencia para controlar el ejercicio de una facultad que envuelve un amplio poder discrecional para el fiscal, sin que con ello se afecte su autonomía ni el ejercicio de las funciones que le son propias. Resulta manifiesto que la omisión del legislador pone en riesgo la efectividad de los derechos de la víctima y significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador en la protección de los derechos de la víctima, y por ello se torna inconstitucional.

La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus

derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado.

Si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Art. 351, inciso 4°).

Así mismo, preservada la intervención de la víctima en los términos de esta sentencia, aún retiene la potestad de aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, o rehusarlas y acudir a otras vías judiciales (Art.351. inciso 6°); así mismo conserva la potestad de impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (Arts. 20 y 176), y promover, en su oportunidad, el incidente de reparación integral (Art. 102).

Por las razones expuestas, la Corte declarará la exequibilidad condicionada, por los cargos analizados, de los artículos 348, 350, 351 y 352 en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal, y oída por el juez encargado de aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías tanto del imputado o acusado, como de las víctimas.

A su vez, en sede de amparo, la Corte ha examinado los institutos procesales propios de la justicia negociada. Así, en sentencia T- 794 de 2007, analizó los fines que se persiguen con la suscripción de acuerdos y preacuerdos:

“En resumen, el acuerdo o la negociación comporta: el reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado o acusado; la existencia de un fundamento fáctico y probatorio sobre el cual se produce el acuerdo; la renuncia libre, conciente, voluntaria y debidamente informada del imputado o acusado al juicio público, oral, concentrado y contradictorio; los descuentos punitivos derivados del acuerdo. Una vez aprobado el acuerdo se convocará a audiencia para dictar la sentencia correspondiente, mediante la cual se produce la terminación anticipada al proceso.

Así mismo, la Corte centró su análisis en el tema de los límites existentes a la suscripción de acuerdos, en concreto, en casos de ciertos delitos cometidos contra niñas, niños y adolescentes:

“Significa lo anterior, que frente a la violencia intrafamiliar y particularmente frente a delitos de alto impacto como son los sexuales que atentan contra los derechos humanos fundamentales de los niños, en donde el desequilibrio de poder, temor y vulnerabilidad de las víctimas es evidente, no deben permitirse este tipo de negociaciones entre el fiscal y los acusados. Flaco favor se hacía a la justicia, cuando la pretensión de celeridad y agilidad en el marco del proceso público y oral, propiciaba espacios de desprotección y revictimización de los niños.

Era evidente que en delitos tan execrables como el acceso carnal abusivo con menores de 14 años, gracias a los acuerdos entre fiscalía y defensa, y particularmente con base en beneficios de confesión, se producían condenas irrisorias que fácilmente alcanzaban a poner en entre dicho los beneficios de la justicia reparatoria y generaban desconfianza respecto del sistema de justicia. Según cifras de la Fiscalía en el primer año de implementación del sistema acusatorio, en Bogotá y el Eje Cafetero se adelantaron 13.000 investigaciones por estos delitos, de las cuales llama la atención fueron conciliadas 7000, precluidas 2000, vinculados 48 casos y sólo 4 sentencias fueron condenatorias.

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

11.4. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

En muchas ocasiones, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en relación con la naturaleza jurídica de los acuerdos y los preacuerdos. A efectos de la resolución del caso concreto, se traerán a colación las siguientes decisiones.

En fallo del 10 de mayo de 2006, radicado núm. 25.248, la CSJ se refirió al objeto de los preacuerdos suscritos entre la Fiscalía y la defensa, en los siguientes términos:

“El preacuerdo, para hacer referencia únicamente a la situación planteada en la demanda, tiene como objeto “fijar los términos de la imputación” (artículo 350 ídem), lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado, en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria, de situaciones que, además de gozar de amparo legal y constitucional, cuentan con un mínimo de respaldo probatorio, por lo que el acuerdo debe determinar sin duda alguna la imputación fáctica y jurídica por la que se ha de proferir condena. En consecuencia, debe ser objeto convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas, entre otros aspectos, el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad...”

Posteriormente, en sentencia del 22 de junio de 2006, radicado núm. 24.817, la Corte interpretó el sentido del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, de la siguiente manera:

“Para insistir en las previsiones del artículo 349 de la ley 906 de 2004, no en todos los casos en los que se produce un incremento patrimonial producto de la

conducta punible existe un correlativo detrimento para una persona determinada, y tampoco en todos los eventos en que esto ocurre es posible realizar actos de disposición.

A renglón seguido, la CSJ examina los objetivos buscados por el incidente de reparación integral, de la siguiente forma:

“Aparece claro que el incidente de reparación integral tiene por objeto primordial lograr el acuerdo del declarado penalmente responsable y de la víctima sobre los daños de todo orden causados con la conducta punible, convenio al que obviamente se llega por la confluencia de voluntades, es decir, porque los dos extremos de la pretensión indemnizatoria concilian sus diferencias, sin que pueda afirmarse que se privilegia alguna de las posiciones para obligar a la otra parte a aceptarla”

Y más adelante, establece un paralelo entre la norma acusada y la rebaja de penas por indemnización a las víctimas:

“La identidad de las figuras no es completa, porque mientras la reparación del artículo 269 del Código Penal exige la restitución del objeto material del delito o su valor y la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado, el reintegro que consagra el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal se limita al valor equivalente al incremento percibido, lo que excluye el monto de los perjuicios causados a la víctima y en general todas aquellas sumas que no ingresaron al patrimonio del imputado o acusado”.

Así pues, queda claro que, la restricción que establece el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 a la celebración de acuerdos y preacuerdos no puede confundirse con los fines y los desarrollos del incidente de reparación integral de las víctimas.

Ha insistido igualmente la CSJ que, los preacuerdos y negociaciones celebrados entre la Fiscalía y el imputado deben regirse por los principios de la buena fe y la lealtad procesal, por lo que todo aquello que constituya su objeto, que no viole

garantías fundamentales o se encuentre al margen de la ley, ha de ser incorporado de manera integral al acta correspondiente, de la manera más clara y precisa posible, pues tales acuerdos no pueden servir para sorprender o engañar al imputado o acusado. De allí que la propuesta fiscal debe ser seria, concreta, inteligible y con vocación de aceptación.

Así mismo, en fallos posteriores, la Corte ha insistido en las diferencias existentes entre el requisito de procedibilidad de los acuerdos y las negociaciones, regulado en el artículo 349 del C.P.P., y la reparación integral de las víctimas. Así por ejemplo, en sentencia del 9 de abril de 2008 sostuvo lo siguiente:

“Debe diferenciarse, entonces, en primer lugar, aquellos delitos que afectan el patrimonio económico público de los que lesionan el privado, pues en los primeros pues en los primeros no es admisible la conciliación que consolidaría el detrimento del erario.

“En segundo lugar, cabe distinguir las conductas que producen aumento patrimonial en quienes las ejecutan y un simultáneo empobrecimiento de quienes las padecen, como todas las que afectan el patrimonio económico público o privado, de aquellas que sólo representan incremento para el autor, como, por regla general, las vinculadas al tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito de particulares.

“Con estas precisiones, se concluye, frente al artículo 349 de la Ley 906 del 2004, que el valor reintegrable debe ser total cuando el afectado sea el patrimonio público, cuando el incremento no sea correlato del detrimento de un patrimonio y cuando no exista acuerdo con la víctima privada, pero mediando éste se estará a la libre voluntad de las partes. Idéntica solución cabe admitir respecto de la aplicación del artículo 269 del Código Penal, limitada obviamente a los delitos contra el patrimonio económico.

“A pesar de lo anterior, no existe identidad de causa porque mientras la rebaja de pena del Código Penal procede por la sola reparación, la consagrada en el estatuto procesal opera por la aceptación de la responsabilidad penal, aunque mediada por el requisito de procedibilidad del reintegro”.

Más recientemente, en sentencia del 14 de mayo de 2009, radicado núm. 29.473, la CSJ reiteró sus líneas jurisprudenciales sentadas en la materia, en los siguientes términos

“En tales condiciones, resulta diáfano predicar que en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, surge indispensable dar cabal cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, en tanto que el presupuesto del reintegro constituye motivo de procedibilidad para culminar con la terminación abreviada del proceso.

De otro lado, compete a la fiscalía investigar el acontecimiento delictual, acto en el cual se debe establecer, para estos efectos, si el sujeto activo obtuvo un incremento patrimonial derivado de la comisión de las conductas punibles, máxime cuando éste es un presupuesto de procedibilidad de los acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado, según el caso.

En segundo término, la fiscalía confunde la reparación integral con el mentado presupuesto consagrado en el artículo 349 de la Ley 906, en tanto que el primer instituto opera respecto de “los daños causados con la conducta criminal” y se reclama una vez que se ha emitido el sentido del fallo, según lo preceptuado por el artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004 y a través de un procedimiento contemplado para dicho incidente.

Es decir, la reparación integral a que hace referencia la Fiscalía en el acta de preacuerdo no tiene nada que ver con el incremento patrimonial derivado de la comisión de la conducta punible, en la medida en que este último constituye presupuesto para la celebración de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, según el caso, y sin que tengan cabida aspectos referidos al daño causado con la conducta delictual.

En otras palabras, el reintegro que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se limita al valor equivalente al incremento percibido por el imputado o acusado, según el caso, derivado del comportamiento delincuencia, esto es, que excluye el monto de los perjuicios causados a la víctima”.

En suma, para la CSJ el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, debe entenderse en el sentido de (i) se trata de un requisito de procedibilidad los acuerdos y negociaciones celebradas entre la Fiscalía y el imputado o acusado, según el caso; (ii) resulta pertinente, para su aplicación, tener en cuenta si el delito afecto el patrimonio público o privado; (iii) la devolución del incremento patrimonial producto de la conducta punible no debe confundirse con la reparación integral de la víctima; y (iv) es deber de la Fiscalía investigar el monto del incremento patrimonial antes de celebrar el acuerdo o la negociación.

12. CONCLUSIONES

La aceptación de los cargos formulados por la Fiscalía debe hacerse de una manera libre, consciente y voluntaria, y plenamente asistido por un abogado defensor.

Lo manifestado por las partes en las negociaciones no puede ser usado posteriormente en contra del imputado o acusado.

El acusado o imputado luego de aceptar los cargos no puede retractarse o alegar circunstancias de desconocimiento del preacuerdo, toda vez que su firma queda plasmada en el escrito de acusación (preacuerdo) que se le presenta al Juez de conocimiento para ser valorado y aprobado.

Los preacuerdos tienen como fines esenciales i) humanizar la actuación personal y la pena, ii) obtener una pronta y cumplida justicia, iii) activar soluciones de los conflictos sociales y iv) lograr la participación del imputado en la definición de su caso, por lo anterior se ha venido desconfigurando la legitimidad de los preacuerdos en aras de la aplicación única de los fines. Simplemente se procura preacordar con el imputado sin verificar si las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos si son oportunas para ello.

Igualmente y en aras de lograr la suscripción del preacuerdo por parte del imputado se declina de la participación de la víctima, con el único fin de obtener o presentarle al imputado las concesiones por él requeridas, dejando a un lado la reparación de la o las víctimas, que como la Ley lo ha establecido debe ser integral.

Con los preacuerdos se puede variar la imputación que inicialmente se le haya planteado al indiciado y que posiblemente y en virtud de ella, haya decidido no aceptar los cargos, por tanto se oferta ante el Fiscal la posibilidad de aceptar los cargos con previas negociaciones con el objeto de obtener beneficios y la

terminación más rápida del proceso, siempre y cuando se le modifique la imputación inicial y no sea tan gravosa la misma, es decir, se declara culpable, acepta su responsabilidad para que le concedan subrogados penales.

Sobre el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución¹³, dijo la Corte Constitucional

*"Como lo hacen también los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, enuncia de manera expresa, dentro del haz de garantías procesales, el derecho a ser juzgado tan sólo de conformidad con las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio; el principio de favorabilidad; el derecho del sindicado a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio durante la investigación o el juzgamiento; la publicidad del proceso; la tramitación del juicio sin dilaciones injustificadas; el derecho del procesado a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria y el postulado con arreglo al cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho non bis in idem"*¹⁴

El derecho de contradicción está íntimamente ligado con el de publicidad y ha sido definido como la facultad que tienen los sujetos procesales de aportar y solicitar pruebas, intervenir en su práctica, conocer las que se aduzcan, objetarlas y controvertirlas, como también la potestad de impugnar las decisiones judiciales y rebatir los argumentos que se esgriman en su contra. Si el implicado solicita que se dicte sentencia anticipada durante la etapa de investigación, esto es, desde la audiencia preliminar de imputación celebrada ante el Juez de control de garantías y hasta "el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral

¹³ Sent. T-458/94 M.P. Jorge Arango Mejía.- Sent. C-053/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴ Sent. T-458/94 M.P. Jorge Arango Mejía.- Sent. C-053/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

sobre la aceptación de su responsabilidad...”¹⁵, porque éste ya ha tenido oportunidad de ser oído dentro de la audiencia preparatoria ---renunciando a algunos de los derechos contenidos en la norma 8 del C de P.P., concretamente los señalados en los literales b y k, y de ejercer el derecho de defensa al igual que el de contradicción; de Presunción de inocencia¹⁶, El principio de publicidad se erige como otra garantía fundamental del debido proceso, cuya finalidad es la de evitar que se adelanten investigaciones secretas o diligencias ocultas en detrimento de las personas implicadas, así garantizando lo dispuesto en el artículo 293 del código de procedimiento penal, esto es, verificar que la aceptación es voluntaria, libre y espontánea. Y el de Buena fe y lealtad procesal¹⁷

La ley procesal penal establece dos formas una cuando exista desconocimiento de las garantías fundamentales del imputado o la víctima (cuando no se haya demostrado la cancelación o garantía del pago de los perjuicios), es deber del juez improbar el preacuerdo, por violación al principio de legalidad, con sustento en el artículo 351, inciso 4° del artículo 10 de la ley 906/04, sin que pueda desconocer lo preceptuado en la norma 293, inciso 2 del C.P.P., que señala que el juez únicamente examina el acuerdo para determinar que es espontáneo, libre y voluntario.

En este sentido, resulta oportuno el siguiente criterio de la Corte Constitucional expresado en la sentencia C-805 de 2002:

“(...) tampoco puede desconocerse que la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia son derechos íntimamente vinculados con el principio de legalidad, la observancia del debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a la tutela judicial efectiva, en cabeza no

¹⁵ Artículo 352 de la ley 906 de 2004.

¹⁶ Sent. C-053 op. cit.

¹⁷ Sent. T-191/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

sólo del sindicado o del Ministerio Público, sino también de la parte civil como sujetoprocesal (...)”.

Sin embargo, el Juez de control de garantías deberá aprobarlo, a pesar de que la imputación jurídica sea de menor entidad que lo descrito en la imputación fáctica, aunque se favorezca con una presunta acumulación de beneficios punitivos, porque además del descuento de pena acordado, que puede ir hasta la mitad, según quede acordado entre el imputado o acusado y la Fiscalía General de la Nación, de hecho, se estaría beneficiando de manera adicional con el descuento que pudiera derivarse de la incorrecta, pero acordada, adecuación típica, cuando el error ha sido a favor suyo.

El Acto Legislativo 03 de 2002 dispuso la implementación del nuevo sistema penal acusatorio para toda clase de delitos, asumiendo desde luego que frente a todos ellos podrían realizarse preacuerdos y negociaciones. Por ello en el art. 14 de la ley 890 de 2004, se ordenó un incremento general de las penas consagradas en la parte especial del C.P.

Empero, la tendencia actual del legislador y hasta de la CSJ apunta a prohibir toda suerte de beneficios para ciertos delitos, lo cual atenta contra las posibilidades de realizar preacuerdos, aunque fuesen mínimas las concesiones al imputado o acusado. Por ejemplo:

Ley 1098 de 2006, Art. 199: prohíbe hacer preacuerdos que otorguen cualquier clase de beneficios frente a delitos cometidos contra menores y adolescentes.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (CSJ, rad. 29788, MP Augusto Ibáñez G., 29/07/08) indica que los preacuerdos y negociaciones también están proscritos para delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, extorsión, secuestro extorsivo y conexos, aunque no aparezcan expresamente mencionados en el Art. 26 de la ley 1121 de 2006

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

Al analizar si es improcedente el preacuerdo cuando la Fiscalía cuenta con evidencia física, elementos materiales de prueba o información legalmente obtenidos suficientes para acusar, puede decirse al respecto que el único referente legal vinculado con la “cantidad probatoria” exigida en materia de preacuerdos y negociaciones, lo contempla el inciso 3° del artículo 327 del nuevo CPP, y se refiere a la improcedencia para la aplicación de este mecanismo cuando no exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, exigencia que impide que una persona inocente pueda llegar a aceptar un preacuerdo o que el juez profiera un fallo de condena en su contra.

Por lo tanto debe tenerse en cuenta que la negociación preacordada de culpabilidad, se enmarca en la renuncia del imputado o acusado a los derechos de no-auto incriminación, de tener un juicio público, contradictorio, concentrado, imparcial y con inmediación de las pruebas contemplados en los literales b y k del principio rector del procedimiento contenido en el artículo 8° de la Ley 906/04; renuncia que no está supeditada a criterio alguno de “quantum probatorio” distinto del señalado en el inciso 3° del artículo 327 del CPP acusatorio, debiéndose señalar que en este último caso ello se justifica en tanto que la presunción de inocencia no puede desvirtuarse de cualquier manera o de modo arbitrario.

13. BIBLIOGRAFÍA

BAZZANI MONTOYA, DARIO. La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad. Editado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para el Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, 2004.

Código de Procedimiento Penal

Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa Exposición oral, Dr. Carlos Arturo Torres Poveda.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 1 de junio de 2006, rad. 24.764.

CSJ, rad. 28298, MP. Augusto Ibáñez G., 23/01/08.

DEVOTO, Eleonora A., Sobre la mediación penal, algunas consideraciones relativas a su justificación teórica. En:http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/mediacion_penal.html

FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, op. cit. p. 77.

GIMENO SENDRA, VICENTE Y OTROS, derecho procesal penal. Edit. Constitución y Leyes, Madrid España, 1996, pp. 337 y ss. 14 / 14

GOZAINI, OSVALDO: Formas alternativas para la resolución de conflictos, 1995, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 35.

Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal (CSJ, rad. 29788, MP Augusto Ibáñez G., 29/07/08

Proceso N.º 31684. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL. Magistrado ponente YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Bogotá, D. C., septiembre primero (1º) de dos mil diez (2010).

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Derecho Procesal Penal - Tomo 2" Segunda Edición. Editorial Grijley, Lima, 2004, p. 1410.

Sentencia C-898 y C- 1052 de 2001.

Sentencia del día 19 de diciembre de 2006, del Expediente 576 - 2006

Sentencia T- 794 de 2007.

SU-111/97 y SU-225/98, con M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CONSTANCIA DE REVISIÓN DE FORMA, ESTILO Y APLICACIÓN NORMAS ICONTEC 1486

Después de que el trabajo monográfico con el título “LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES DENTRO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SU INCIDENCIA EN LA CIUDAD DE PEREIRA PERIODO 2010-2011”.fue sometido a la verificación de traslucido de autenticidad en el programa “Copionic”. Realizado por la Dirección de la investigación, previa sustentación en el mes de Octubre de 2012, se hace la certificación de corrección de estilo y forma, así como de las normas ICONTEC Norma 1486, sexta actualización el día 22 de Octubre de 2009, con las siguientes constancias:

AUTORA DEL PROYECTO

CLAUDIA YANETH QUINTERO VIVAS

DIRECCIÓN, ASESORAMIENTO Y REVISIÓN

Director:
Magister Dr. EDGAR AUGUSTO ARANA
Asesoramiento
DR. JHONIER CARDONA SALAZAR
Dr. WALTER GARCÍA MORALES

REVISIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS ICONTEC

PASTORA RODRIGUEZ AGUDELO
C.C. No 42.073.847
Calle 27 No 8-21
TEL 3445986 CEL 3172694102

REVISIÓN CORRECCIÓN Y ESTILO

MARIO PEÑARANDA
Calle 27 No 8-21
Tel 3445986

La impresión del trabajo y la presentación final en dos ejemplares empastados y debidamente estampados y CDS rotulados grabados en formato PDF, se realizó en FOTOCOMPUT S&S Carrera 7ª No 39-52 de la ciudad de Pereira, el día 23 de octubre de 2012.