

La prohibición de los preacuerdos en delitos sexuales contra menores. Una barrera
hacia una política criminal efectiva.



UNIVERSIDAD DE
MANIZALES

Julián Ricardo Moreno Agudelo

Cédula de Ciudadanía No. 16.079.106

Especialización en Derecho Procesal Penal

Universidad de Manizales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Manizales

2021

1. Título

La prohibición de los preacuerdos en delitos sexuales contra menores. Una barrera hacia una política criminal efectiva.

2. Texto de introducción

El sistema penal colombiano contempla en su artículo 348 del Código de Procedimiento Penal -C.P.P.- la finalidad de los preacuerdos, los cuales buscan humanizar la actuación procesal y la pena; así como obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, para ello la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

Sin embargo, la figura de los preacuerdos y las negociaciones, se encuentran prohibidas para conductas cometidas en contra de menores de edad, que para el asunto que nos corresponde, en especial, en conductas que atenten contra la libertad, integridad y formación sexual. Dicha figura, es pues prohibida en virtud del artículo 199.7 del Código de Infancia y Adolescencia -C.I.A., ley 1098 de 2006.

Tal prohibición no solo ha generado retardo en la administración de justicia presentando demora en la solución pronta frente asuntos de tal envergadura, sino que trunca los derechos de las víctimas en cuanto a su no revictimización.

3. Resumen

“El sistema de la ley 906 de 2004 está diseñado para que el derecho penal premial sea, en gran medida, parte estructural de la solución de los conflictos que conoce el derecho penal... Los preacuerdos y negociaciones integran un componente importante de la denominada “justicia consensuada”, que es desarrollo de una política criminal que, al igual que la conciliación y los allanamientos, se encamina a dar solución a conflictos que deriven de la comisión de conductas punibles a partir del consenso o acuerdo entre el titular de la acción penal o entre los particulares involucrados, lo cual implica la cesión, concesión o renuncia de derechos, todo ello en aras de una “justicia pragmática” pero igualmente eficiente.” (Saray Botero Nelson y Sonia Patricia Uribe, 2017, p13-14).

La justicia consensuada debe garantizarse a todos los sujetos que se encuentren inmiscuidos en asuntos penales, es decir, sin exclusión alguna, incluyendo los asuntos de delitos sexuales contra menores, para lograr no solo el alcance de una política criminal eficiente y efectiva, sino ayudar en la descongestión de los despachos judiciales, eso sí, con miras a obtener una verdadera solución de los casos sin pasar por encima tanto de los derechos de los implicados como de las víctimas. Es lograr el punto de equilibrio.

Palabras claves: Preacuerdo, víctimas, justicia, descongestión, política criminal.

Abstrac

The system of Law 906 of 2004 is designed so that the award criminal law is, to a great extent, a structural part of the resolution of conflicts known to criminal law ...

The plea berganing and negotiations make up an important component of the so-called “consensual justice”, which is the development of a criminal policy that, like conciliation and

raids, is aimed at solving conflicts that derive from the commission of conduct punishable by starting from the consensus or agreement between the holder of the criminal action or between the individuals involved, which implies the transfer, concession or waiver of rights, all for the sake of "pragmatic justice" but equally efficient. " (Saray Botero Nelson and Sonia Patricia Uribe, 2017, p13-14).

Consensual justice must be guaranteed to all subjects who are involved in criminal matters, that is, without any exclusion, including matters of sexual crimes against minors, to achieve not only the scope of an efficient and effective criminal policy, but also to help in the decongestion of the judicial offices, with a view to obtaining a true solution of the cases without going over both the rights of those involved and of the victims. Is to achieve the balance point.

Keywords: *Plea bargaining, victims, justice, decongestion, criminal policy.*

4. Los preacuerdos en el sistema penal colombiano.

Como una forma de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, es la razón de ser del instituto jurídico de los preacuerdos entre el ente fiscal y el imputado, pues ello ayuda a efectivizar la administración de justicia en dar una cumplida respuesta frente a conductas que revistan la calidad de delito y ayudar en la descongestión de los despachos judiciales, pues se pretende no llegar al debate probatorio y argumentativo que por antonomasia se efectúa en el estanco del juicio oral, generando

entonces un tratamiento jurídico con miras a una disminución en el quantum punitivo a cambio de que el encartado acepte unos hechos que le han sido endilgados por el ente acusador, renunciando entonces al foro exculpatorio.

Y ello es así, pues entre las partes negociadoras bien acuerdan sobre la eliminación en la acusación de alguna causal de agravación punitiva o algún cargo en específico y la tipificación de una conducta dentro de su alegación conclusiva con el fin, como se dijo en líneas atrás, de disminuir la pena según lo reglado en el artículo 350, incisos 1 y 2 de la ley 906 de 2004.

Dígase pues que los escenarios para celebrar preacuerdos entre el fiscal y el acusado, según la ley 906 de 2004 se circunscribe a dos oportunidades: **la primera** desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación (artículo 350 de Ley 906 de 2004); y **la segunda** entre el periodo comprendido entre que es presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (artículo 352 de Ley 906 de 2004).

Pero debe decirse que ésta institución jurídica no debe tomarse como una forma de “regalar” la justicia por parte del ente fiscal al momento de realizar los preacuerdos, otorgando beneficios desfazados que pueden dejar un sin sabor de falta de justicia en los ojos de las víctimas, toda vez que éstas tienen derecho a que el dueño de la acción penal adelante una investigación seria y objetiva, para que no se vean quebrantados sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, habida cuenta que ellas no tienen capacidad de veto en las negociaciones entre la fiscalía y el imputado, en aras de propender mejorar sus intereses cuando ven injustificable el pacto el cual se ha llegado, precisamente, porque como bien se sabe, la fiscalía es la dueña de la acción penal. Dígase entonces que, el preacuerdo no puede generar impunidad.

Y es que no debe olvidarse que, en materia de preacuerdos, las víctimas deben ser informadas al menos del acuerdo al cual se pretende llegar, pues tal como lo ha advertido la Corte Constitucional en sentencia SU 479 de 2019, esta advirtió que:

“Con fundamento en lo anterior, esta Corporación declaró esta disposición condicionalmente exequible 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 el juez encargado de aprobar el acuerdo”*. Por último, estableció que propiciar la participación no afecta la autonomía del Fiscal para acusar, ni lo desplaza en el ejercicio de facultades que le son propias:

“(…) 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”

“...(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”.

Entonces, es deber de la fiscalía en aras de alzaprimar esa reparación integral de los perjuicios ocasionados a la víctima y materializando una verdadera política criminal, que puede realizar y efectivizar la figura en comento, humanizando así la actuación penal, que no solo vaya dirigida con miras a imponer una sanción de manera temprana sin acudir al debate probatorio al sujeto que quebrantó las normas de convivencia, sino en la protección de los intereses de las víctimas.

Ahora bien, el juez de conocimiento juega un papel importante en los preacuerdos, pues debe garantizar que se respete tanto el principio de legalidad de las penas, los intereses del imputado o acusado y porque no, las garantías de la víctima.

En ese sentido, es dable que el juez de conocimiento haga un estudio pormenorizado de la figura de los preacuerdos, sus finalidades y límites, teniendo en cuenta entonces los artículos 348, 350 y 351 del C.P.P.

5. Derechos de los menores víctimas frente a delitos sexuales.

Bien se sabe que los derechos de las víctimas en toda actuación penal consisten en que haya verdad, justicia y reparación. **Verdad**, en el entendido que se conozca un acontecer fáctico dañino en contra del afectado, saber a ciencia cierta sobre lo acontecido; **Justicia**, en que se garantice por parte de las autoridades judiciales un correctivo hacia el vulnerador de los derechos de la víctima, en que ésta esté segura que su agresor recibirá una pena ejemplar, que no haya impunidad alguna y se resuelva el asunto de manera temprana y; **reparación**, en que se responda por los daños causados por la conducta delictiva cometida, sin olvidar la garantía de no repetición, esto es, que la víctima esté tranquila en que sus derechos no volverán a ser

quebrantados por el infractor de la ley penal. Así pues, ha decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia SU479 de 2019, en cuanto a los derechos de las víctimas dentro del proceso penal:

- “1) El derecho a que se garantice su acceso a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación;*
- 2) El derecho a expresar sus opiniones y preocupaciones y a ser escuchadas, y a que se les comuniquen todas las decisiones que puedan afectar sus derechos;*
- 3) El derecho a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas, etc.;*
- 4) El derecho a ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación;*
- 5) El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima;*
- 6) El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en la vida íntima de la víctima;*
- 7) El derecho a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria, o desproporcionada de su derecho a la intimidad;*
- 8) El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen;*
- 9) El derecho a que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia.*

10) El derecho a que se garantice su acceso a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación”.

No debe olvidarse que **la efectividad en la investigación y la no tardanza** en la solución del caso hace parte también de los derechos de los menores víctimas en esta clase de conductas, por lo que la nueva política criminal del Estado colombiano plasmada en la ley 2081 del 3 de febrero de 2021 referente de la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos sexuales, atenta flagrantemente las garantías fundamentales de los menores de edad. Dicha ley más que proteger a las víctimas en cierta parte las está revictimizando siendo el producto total de una improvisación legislativa sin tener en cuenta las estadísticas que se presentan frente a la congestión de despachos fiscales y judiciales referentes a delitos sexuales con menores de edad. Ello lo que hace es congestionar más el aparato judicial que una solución al problema. Es producto de un populismo punitivo.

Ahora bien, en tratándose de delito sexuales contra menores, no solo estos derechos resaltados son lo que deben primar para el menor ofendido, sino que también vale tener presente, y con mayor esfuerzo, en no propender por una revictimización, bien sea ante el contacto con su agresor sino repetitivos en la declaración de los hechos que ya ha contado de manera reiterada ante las autoridades de policía judicial, personal médico, psicológico y ad portas de uno judicial ante un funcionario judicial.

Y es que en tratándose de delitos sexuales contra menores, el sistema penal colombiano le ha puesto al juez de conocimientos una serie de deberes en aras de evitar la revictimización del menor. Bermeo, Castro y Castro, (2018) en delitos sexuales y sus particularidades, expresaron:

“Es principio general de la confrontación, que se abre en el Sistema Penal Acusatorio, que las pruebas de cargo o testigos incriminadores, concurren a la audiencia de juicio público, para

ser controvertidos y contrainterrogados, esto como metodología del respeto de garantías, del debido proceso y del derecho de defensa.

Sin embargo, se dan, en este ámbito, excepciones de comparecencia personal de ciertas categorías de testigos como sucede en caso de testigos de referencia y de menores víctimas de delitos (sexuales o de cualquier otro tipo).

Con respecto a las menores víctimas de delitos sexuales, tema que ocupa nuestra atención, el artículo 193 del Código de la infancia (1098 de 2006) prevé que en los procesos judiciales en los que haya víctimas niños o niñas, la autoridad judicial tendrá en cuenta que no se les deben generar nuevos daños (a los niños), en honor a la protección del interés superior del menor, y por lo tanto, su concurrencia a la audiencia de juicio público, resulta exculpante bajo el principio *pro infans*, habida cuenta de que debe promediarse que dicha presencia puede generar lo que ha definido la jurisprudencia como “revictimización”.

La Corte Suprema de justicia, Sala Penal, en varias piezas jurisprudenciales ha sostenido que la comparecencia del menor al juicio público entraña *per se* una forma de revictimización que debe evitarse¹²

(...) ¿En qué funcionario está la determinación de que el menor no concurra al juicio público para evitar su revictimización?

La respuesta la entrega la sentencia del 30 de marzo de 2006, Rad. 24468, MP Édgar Lombana Trujillo, en cuanto que indica que de acuerdo con el “interés superior del menor” consagrado en la Constitución y la legislación, el juez decidirá con argumentación razonada si i) practica su testimonio en la audiencia pública, ii) si lo recauda fuera de la sala de audiencias -

¹ Ver, entre otras, sentencia del 23 de septiembre de 2009, Rad. 23508

² Confirmado posteriormente en sentencia del 10 de marzo de 2010, Rad 32868, MP Sigifredo Espinoza

artículo 383 de la ley 906 de 2004- o iii) si prescinde de la práctica del testimonio en este en juicio.

Ahora, cuando el juez decide no llamar a un menor a rendir testimonio en el juicio oral, pero acepta la declaración que rindió ante expertos forenses o investigadores sobre los hechos cometidos en su contra, esta será una prueba de referencia...”

Con todo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dejado ver que en lo posible se revictimice al menor que ha sido objeto de delito sexual, es decir, tratar que la víctima comparezca a la instancia del juicio oral, precisamente pues a lo largo de la investigación ha tenido que relatar lo sucedido ante diferentes profesionales (médicos, psicólogos, etc).

6. La prohibición legal de los preacuerdos en delitos sexuales. La traba a una política criminal efectiva.

El ordenamiento jurídico colombiano en materia penal, se basa en un pilar fundamental tanto en su parte sustantiva como adjetiva, la cual es la dignidad humana. No obstante, este principio presenta una contradicción en materia de preacuerdos, figura procesal que es prohibida en delitos presentados contra menores de edad, que para el caso que nos interesa, en delitos sexuales, según la ley 1098 de 2006.

Dicha norma rectora -dignidad humana- se desarrollaría en las disposiciones expresadas en el artículo 3 –la imposición de la pena responde a principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad- y 4 del C.P. –funciones de la pena de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.- Pero pareciera ser que tales

preceptos solo quedan plasmadas en el papel para esta clase de delitos a los cuales se les veta de efectuar preacuerdos.

Se encuentra así una paradoja en el sistema y en la normas sustantivas y adjetivas de la ley penal, por cuanto el procesado no es tratado con la dignidad humana que también merece al hacerse acreedor de una pena que para esta clase de delitos es alta y que debe purgar en un centro penitenciario que puede presentar hacinamiento carcelario como es de notorio conocimiento. Recuérdese aquella frase respecto del procesado cuando le ponen las esposas: “aunque te las pongan tienes derechos”.

Y pareciera ser que estos no se brindan precisamente por la prohibición que se encuentra en la ley 1098 del 2006: Derechos menguados en lo que atañe a la de dignidad humana de consuno con principios de la sanciones penales y funciones de la pena, previstas en los artículos 3 y 4 del C.P. ya conocidos.

Entonces, la traba a la política criminal, para hacer efectivos los preacuerdos en delitos sexuales contra menores, la encontramos en el numeral 7 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, **delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales**, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.”

Y se dice traba, pues en otrora ya se habían intentado realizar preacuerdo en delitos sexuales contra menores, no obstante, ante tal situación se presentó acción de tutela en contra de las autoridades que habían consentido el pacto allegado entre la fiscalía y acusado por un delito de actos sexuales abusivos que se varió al de acoso sexual agravado. Se trata entonces de la sentencia T-448 de 2018 de la cual es menester referirnos en algunas consideraciones plasmadas por la Corte Constitucional, no sin antes contextualizarnos en los hechos que fueron materia de preacuerdo.

Pues bien, se señaló en dicha providencia que una menor de 8 años de edad, fue víctima de un delito sexual de parte de un docente de la institución educativa en la que estudiaba, habida cuenta que se efectuaron tocamientos en las partes íntimas de la menor, razón por la cual fue materia de denuncia, presentándose de parte de la Fiscalía escrito de acusación por el delito de “*acto sexual en menor de 14 años agravado*”. Sin embargo, posteriormente, se presentó un preacuerdo entre la Fiscalía y el procesado, el cual fue avalado por la defensa técnica del encartado y la representación de la víctima. Negociación que fuere aprobado por el juez de conocimiento.

Tal situación fue objeto de tutela interpuesta por el Ministerio público que fundamentó sus argumentos basados en el articulado 199.7 de la ley 1098 de 2006, pretendiendo entonces que se invalidara el preacuerdo allegado. Decisión que en primera instancia se acogió siendo impugnada por el Juzgado conecedor del preacuerdo, al considerar que el accionante carecía

de legitimación en la causa por activa además de no ser el dueño de la acción penal, argumentos que acogió la segunda instancia revocando la decisión primigenia al considerar improcedente el mecanismo constitucional invocado, y al advertir que no se había producido un preacuerdo con miras a una rebaja de pena sino a un cambio de calificación jurídica y con ella la pena que implicaba el tipo penal, sin concederse rebaja de pena o beneficio alguno.

Allegadas las diligencias a la Corte Constitucional, por tratarse además de un tema relevante, dicha Corporación decidió revocar la sentencia de segunda instancia, pues en efecto se presentaba una vulneración a los derechos de las víctimas, se presentaba una imposibilidad legal de efectuar preacuerdos en materia de delitos sexuales, además el nuevo cambio de calificación jurídica que efectuó el ente acusador se dio sin sustento probatorio alguno, pues el nuevo tipo penal se basó con los elementos materiales probatorios que precipitaron primigeniamente el tipo penal de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, agravado, y no el acoso sexual agravado.

Dígase pues que en esta sentencia, la Corte Constitucional dejaba ver su posicionamiento en cuanto al mínimo de prueba para proceder a un cambio de calificación jurídica -si en materia de preacuerdos se trataría-, la cual se materializaría de manera fehaciente en la SU 479 del 2019, mismas que pretendía necesario tener elementos de juicio para reconocer, en materia de preacuerdos, algunas circunstancias amplificadoras del tipo con miras a la reducción de la pena como lo fuera con las circunstancias contempladas por el artículo 56 del C.P, consideración que no se estuvieron de acuerdo en la sentencia de la Corte Suprema de justicia en el radicado 52227 del 24 de Junio del 2020, la cual pregonaba que de ser así, desde un principio debía reconocerse tal circunstancia por lo que obligar en su mínimo aporte de prueba se desnaturalizaría la razón de ser de los preacuerdos.

Situación que considero extensiva, en el asunto objeto de estudio en tanto permitirse preacuerdos en delitos sexuales con miras a una posible rebaja de pena y así no solo ayudar en la descongestión de las cárceles del país, sino de los propios despachos fiscales y judiciales, aunado a que la víctima tendría pronta justicia y no sería revictimizada en aras de acudir a un escenario de debate probatorio.

Entonces, como lo hemos venido expresando, al presentarse esa traba legal para preacordar frente a esta clase de conductas, y efectivizar una verdadera política criminal, no quedará otro camino que el fiscal del caso reconsidere su imputación y morigere a motu propio su calificación jurídica, expresándola en una nueva con una pena menos gravosa como podría suceder si se imputó por acceso carnal abusivo con menor de catorce años, efectuar su nueva calificación por esta misma conducta pero bajo un error de prohibición vencible o por una tentativa, por citar algunos ejemplos.

En estas circunstancias no se ha presentado una negociación bilateral para mostrar hacia el juez de conocimiento y que precipite, por ostensible, su no aprobación, sino un cambio de *nomen iuris* por un acto unilateral de la fiscalía, pues debe recordarse que la imputación es provisional, ya que a medida que avanza la investigación esta puede variar, ello en virtud del principio de progresividad, con la salvedad entonces que debe respetarse el núcleo fáctico que originó la investigación, teniendo en cuenta, por demás, que ese acto de comunicación *puede ser modificada hasta en los alegatos finales del juicio, únicamente por el fiscal como titular de la acción penal*. (CSJ, rad. 42357 del 28 de mayo del 2014).

Así el procesado, a sabiendas de su conducta, no se atormentará por una pena excesivamente alta como en efecto lo está en las diferentes normativas, sino que precipita su

allanamiento a cargos, efectivizando la razón de ser del derecho penal –solución efectiva de los conflictos sociales de connotación de delito-. No debe olvidarse, entonces, que la finalidad del preacuerdo es lograr humanizar la actuación procesal y **la pena**, preceptos que también deberían ser garantizados para el justiciable en esta clase de conductas.

Como se ha manifestado en líneas atrás, los despachos judiciales presentan congestión, lo cual genera **retraso en la justicia** y, en vez de hacerse su agilidad mediante esta clase de figura procesal –preacuerdo-, el inconsciente colectivo deja ver que, al no alcanzarse ese valor, por ser casos aberrantes, es que debe implementarse la cadena perpetua para disuadir al potencial infractor de la ley penal o el incremento de penas y así llegar a ella, cuando lo cierto es que debe lograrse ese fin, justicia pronta, de que el agresor en verdad recibirá un castigo. Es más de eficacia del sistema, en tanto que al conocerse determinados actos lascivos en contra de la integridad de un menor, la víctima está segura que las autoridades darán con el responsable logrando su enjuiciamiento, que de un derecho penal *increscendo* en donde, por un lado, se incrementan penas y, por el otro, se prohíben beneficios y subrogados penales. Bien expresó Luigi Ferrajoli, en el texto *Derecho y Razón* (P. 385-386).

“la historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la **fábula función de defensa social**, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste

de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.”

Permitir los preacuerdos en delitos sexuales contra menores puede ayudar a hacer más efectiva la administración de justicia, ahorrándose por demás escenarios desgastantes y agilizando la resolución del caso, sin revictimizar por demás a la parte ofendida. Y ello es así, pues piénsese en un delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, delito que de por sí contempla una pena de 12 a 20 años de prisión y en el trascurso del debate probatorio, en virtud de la llamada congruencia flexible, se termina condenando al sujeto agente por un delito de menor sanción penal, es decir, por unos actos sexuales abusivos con menor de 14 años la cual contempla una pena de 9 a 13 años de prisión. Permitiendo los preacuerdos entonces con una rebaja, atendiendo criterios de razonabilidad, necesidad de la pena y proporcionalidad, se estarían agilizando la mayoría de los proceso penales obteniendo pronta y oportuna justicia, pues en sí las víctimas lo que reclaman es eso, al punto que muchas veces no inician el incidente de reparación integral con miras a obtener un beneficio económico o simbólico, sino que desisten de ello conformándose eso sí con una sanción penal que sea ejemplar, y que, itérese, sea proporcional sin ser merecedores de beneficios o subrogados penales, en otras palabras, pese a una aceptación de cargos vía preacuerdo, no se concedería alguna prebenda, debiendo purgar la totalidad de la pena en un centro penitenciario.

Y es que, si de necesidad y de proporcionalidad hablamos, piénsese también en las siguientes conductas punibles que le hubieran sido imputadas al sujeto agente:

Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo con actos sexuales abusivos con menor de catorce años, agravado.

Haciendo la respectiva dosificación de estas conductas, se tiene que el delito que contempla mayor pena es la primera, la cual tiene una sanción de 16 a 30 años de prisión (art 208 y 211 del C.P), ya que el segundo delito presenta una pena de 12 a 19 años y 6 meses de prisión (art 209 y 211 idem). Por ende, debe partirse del primer delito que es el que contempla mayor pena (art 31 idem) y por el concurso de conductas punibles, piénsese que ese otro tanto del que habla el artículo 31 del Código Penal se incremente en 2 años más, quedando como dosificación final, por ese concurso de conductas punibles, una sanción de 18 años de prisión, sin beneficio o subrogado alguno.

En ese sentido, a modo de comparación, y en aras de mostrar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es más gravosa esa clase de conducta en concurso que un homicidio simple que contempla, en principio, una pena de 17 años 3 meses y 28 días de prisión.

Como se observa, hay un desequilibrio en materia de política criminal, habida cuenta que las penas no se ajustan a los criterios mencionados en el artículo 3 y 4 del C.P., pues “las penas se imponen en proporción del delito cometido y no con base en la peligrosidad criminal” (Feijoo Sánchez p.302), sin olvidar por demás que “el tratamiento es un derecho disponible del delincuente una vez que sufre una privación de libertad, no la razón por la que sufre una pena” (idem).

Permitir entonces los preacuerdos en esta clase de conducta, atendiendo los criterios de dignidad humana (art 1 C.P), los principios de la sanciones penales (art 3.idem), bien podría eliminarse el agravante del la primera conducta, partiéndose entonces de una pena de 12 años que por el concurso de conductas el otro tanto sería de 1 año, para quedar en definitiva en una pena de 13 años de prisión. O también en criterios de razonabilidad y necesidad de la pena,

reconocer una marginalidad, que haciendo un proceso de dosificación punitiva conforme los delitos inicialmente referidos, podrían pensarse en una pena de a lo sumo 8 o 9 años de prisión.

Como se advierte, frente a un preacuerdo con el concurso de conductas punibles atrás señalados y reconociendo los efectos punitivos de la circunstancia de marginalidad, sin soslayar las garantías fundamentales de la víctima y teniendo en cuenta lo trascendental de la conducta dañosa, en materia de necesidad de la pena, la razonabilidad y ponderación, bien puede pensarse que, la pena indicada a modo de ejemplo y que no estaría muy lejos dicha tasación de acercarse a la realidad de una eventual sanción en esas circunstancias, la pena impuesta atendería los principios de las sanciones penales y de contera la humanización de la actuación penal derivada de los preacuerdos.

Por otro lado, si de talanquera se habla en aras de una política criminal, **pareciera ser que la legislación colombiana solo permitiera los preacuerdos en virtud del incremento de la pena**, mas no en razón de una rebaja punitiva, pues piénsese en un caso hipotético en el que el procesado es acusado en un concurso de conductas punibles como las arriba indicadas, y en virtud del **preacuerdo sin rebaja de pena por expresa prohibición legal**-una de las modalidades de preacuerdo de consuno con ley 1098 de 2006 que indica que **“No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos** y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado -, el justiciable y la fiscalía llegan al acuerdo de pactar la pena por ese concurso delictual, partiendo del delito con pena más grave que sería el de 16 años de prisión y el otro tanto, en razón del artículo 31 del C.P, el incremento de 6 meses de prisión para quedar su sanción en 16 años y 6 meses de prisión, toda vez que de llegar a la etapa del juicio

oral, de resultar vencido, el togado podría incrementar ese tanto en 1 o 2 años más, y no quedar en la pena que se indicó sino en una de 17 o 18 años.

Entonces, en ese sentido, solo se advierten los preacuerdos en virtud de incremento de pena si se tratan de concursos de conductas punibles, habida cuenta que la ley solo prohíbe el preacuerdo con miras a una rebaja punitiva. Clarísimo ejemplo de un derecho penal *in crescendo* como se indicó en párrafos anteriores.

Por otro lado, es importante indicar que, en otrora, antes de la entrada en vigencia de la ley 1096 de 2006, la legislación penal permitía hacer preacuerdos en esta clase de conductas punibles, sin embargo, las condenas irrisorias ponían en entredicho la justicia, tal como lo afirmaba la Corte Constitucional en la sentencia SU 479 de 2019, citando la T- 794 del 2007, en la que se plasmó tal discernimiento.

Hoy por hoy, se pone entonces la talanquera contemplada en el artículo 199.7 de la ley 1098 de 2006 en materia de preacuerdo frente a delitos sexuales contra menores, atendiendo a posiciones populistas como la de mejorar la justicia y de protección de los intereses de las menores víctimas, pues “el supuesto dominante actualmente es que la prisión funciona, ya no como un mecanismo de reforma o rehabilitación, sino como medio de incapacitación y castigo que satisface la demanda política popular de retribución y seguridad pública” (Garland, 2012, p. 51), tal como hoy ocurre también con la ley 2081 de 2021, por medio de la cual se establece la imprescriptibilidad de la acción penal frente a delitos sexuales contra menores.

Frente a esta nueva ley, bien cabe resaltar algunas líneas, pues en sí también toca asuntos de política criminal.

Pues bien, en la exposición de motivos, dicha ley expresa que: “la legislación penal colombiana debe estructurarse en función de lo dispuesto en el Artículo 44° de la Constitución Política, impidiendo la prescripción de la acción penal dirigida a sancionar la afectación gravosa a los derechos de menores edad, más aún cuando está en juego la no impunidad como criterio básico de la justicia”.

A mí parecer, se presenta un contrasentido. La impunidad se presenta cuando no hay efectividad en las investigaciones y eso se logra capacitando el personal investigativo, ampliando la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación en tanto la creación de nuevos cargos de fiscales, pues es más acertado su ampliación en aras de mitigar la congestión en despachos fiscales que a lo sumo conocen de 900 procesos, que una ley que amplía la carga laboral de las dependencias fiscales y judiciales y la demora en las investigaciones.

Así las cosas, descongestión es sinónimo de pronta justicia y de no impunidad, en tanto la imprescriptibilidad es sinónimo de tardanza en la investigación, de impunidad, de no pronta justicia, de no sanción de funcionarios que dejan vencer los términos de investigaciones que no serán objeto de acciones disciplinarias.

Contrario a la imprescriptibilidad, podríamos fijar, con miras a una verdad, justicia y reparación, la posibilidad de aceptar los preacuerdos con una rebaja de pena razonable, necesaria y ponderada en aras de alzaprimar la verdadera justicia.

Los proponentes de dicha ley, se aferran al interés superior del niño consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política para cimentar la imprescriptibilidad de la acción penal en estas conductas graves, haciendo la comparación con la imprescriptibilidad de los delitos de

guerra, en tanto al parecer le dan más importancia a esta clase de conductas que a las cometidas contra los menores de edad en lo que atañe a delitos sexuales.

Pero si de prevalencia a los intereses de los niños se habla, el tema del castigo contra sus agresores no se soluciona con una ley “draconiana” que impide su prescripción, sino, como se dijo anteriormente, en la creación de nuevos fiscales y de personal investigativo capacitado para la recolección de evidencia, elementos materiales probatorios y de información legalmente obtenida, en aras de dar pronta captura a sus agresores sexuales, llevarlos ante un juez de conocimiento con miras a lograr impartir justicia, que bien puede obtenerse no solo con la condena emitida cuando ha sido vencido en juicio oral sino a través de la aplicación de los preacuerdos con miras a una pena razonable, necesaria y proporcional en consideración con las finalidades de esa figura jurídica.

En la exposición de motivos también se indica que “de todos estos delitos cometidos contra los niños en Colombia, **menos del 5% son denunciados, debido a que suceden en zonas marginales** o son perpetrados por los mismos familiares del menor, y de **los pocos casos que se denuncian**, menos del 1 % termina en una condena real contras el abusador.

En efecto, si no son denunciados por ser zonas marginales y hay pocos casos que se denuncian, puede darse por varios factores:

- No hay la suficiente educación sexual
- No hay alcance de autoridades es zonas marginales o...
- Se ha perdido la confianza en la justicia.

Con todo, frente a la prohibición legal de efectuar rebajas de pena por virtud de los preacuerdos, lo que se está logrando es que los procesados salgan en libertad derivado del

vencimiento de términos, no se agilice la resolución de los casos que llegan a los despachos judiciales a consecuencia de delitos sexuales o se den sentencias absolutorias a consecuencia de la retractación de la víctima o la imposibilidad ya física de acudir a los estrados judiciales, bien sea porque la víctima cambio de lugar de domicilio que haga imposible su ubicación o ya por falta de interés, lo que generaría también absoluciones habida cuenta que la mayoría de los casos se presentan por el solo relato de la víctima que queda plasmada en entrevista forense, y ante su no comparecencia ante un judicial, en el entendido que la fiscalía solo contaría con pruebas de referencia, la consecuencia lógico jurídica sería una sentencia de no condena, pues tal proveído no puede estar cimentado solo en pruebas de referencia. (art 381 C.P.P).

7. Conclusiones

1. Los preacuerdos en materia de delitos sexuales sí serían posibles efectuarse, sin embargo, estos deberían ser realizados con miras a tener una sanción penal que no sea desfasada ni irrisoria y que no ponga en entredicho la administración de justicia, al punto de perder la confianza en sus jueces y fiscales.

2. De permitirse los preacuerdos en esta clase de conductas, con miras a obtener el procesado un beneficio punitivo, la dosificación de la pena habrá de tenerse en cuenta con los criterios plasmados en le artículo 61 del C.P, es decir, referente a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ha de cumplir en el caso concreto, sin obtener esos sí algún beneficio o subrogado penal, purgando la pena a cabalidad.

3. En todo caso, los preacuerdos deberían ceñirse a criterios de verdad, justicia, reparación, garantía de no repetición y dignidad humana.

4. Es deber de la fiscalía tener su arsenal probatorio, su mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación de la conducta y su tipicidad, tal como lo establece el inciso 3 del artículo 327 del C.P.P, en aras de no comprometer la presunción de inocencia del implicado, pues puede ocurrir que, pese a presentarse preacuerdo, el acusado puede ser absuelto por falta de prueba, habida cuenta que su máxima procesal de presunción de inocencia no desaparece, pese a una aceptación temprana de cargos.

5. Permitir el preacuerdo frente a esta clase de delitos en verdad efectiviza la razón y la naturaleza jurídica de los preacuerdos de lleno y, de contera, la humanización de la acción penal, fundado en el respeto de la dignidad humana.

8. Aportes Personales

Para superar esa prohibición legal que se presenta en materia de preacuerdos frente a delitos sexuales contra menores y no desprestigiar la administración de justicia, el preacuerdo no deberá contener penas irrisorias o beneficios exacerbados, pues es claro que conductas sexuales atentatorias contra menores es una actuación grave; ahora, la pena producto del consenso debe estar dirigida por los principios y funciones de las sanciones penales, las cuales se encuentran señaladas en el artículo 3 y 4 del Código Penal, guiándose por demás de los criterios de dosificación contemplados en el artículo 61 de la misma obra, sin perseguir mermar la carga laboral aplicando preacuerdos irrazonables, más bien que estén encaminados a garantizar la verdad real y la justicia material.

Ante la prohibición legal de realizar preacuerdos, el ente fiscal, de manera objetiva puede hacer una modulación de su hipótesis delictiva con miras a reducir el impacto de la pena a imponer a un sujeto que ha sido acusado de delitos sexuales contra menores, y con ello en cierta manera, en virtud del principio de dignidad humana, humanizar la actuación penal que persigue la figura de los preacuerdos.

9. Bibliografía.

- SU 479 DE 2019. Corte Constitucional.
- T-448 de 2018. Corte Constitucional
- Corte Suprema de Justicia, rad. 42357 del 28 de mayo del 2014.
- Corte Suprema de Justicia, rad. 52227 del 9 de julio del 2020.
- Ley 906 de 2006
- Ley 599 de 200.
- Nelson Saray Botero -Sonia Patricia Uribe Ramírez. Preacuerdos y Negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. Uniacademia Leyer 2017.
- Genaro Bermeo Torres, Kenny Johan Castro Castro y Marín Castro. Delitos Sexuales y sus particularidades. Con énfasis en los delitos de acto y acceso sexual con menores de catorce (14) años. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2018.
- David Garland. La Cultura del Control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Gedisa Editorial. 2012.
- Bernardo Feijoo Sánchez. La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general. B de F Ltda. 2014.

- Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial