

**PREACUERDOS Y LA IMPORTANCIA DE LA VICTIMA EN EL MISMO**

**ESTEFFANIA CASTRO CIFUENTES**

**DIRECTOR ESPECIALIZACIÓN: JORDE EDUARDO MISSAS**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES**

**ESPECIALIZACIÓN PROCESAL PENAL**

**MANIZALES, CALDAS.**

**ENERO 2021**

## **Resumen**

Dentro de la configuración del derecho penal colombiano se han establecido una serie de facultades para que la Fiscalía General de la Nación efectúe, además de la investigación de los delitos cometidos, la posibilidad de realizar negociaciones con los imputados o procesados para reducir los tiempos de los procesos, garantizar la administración de justicia, y permitir al imputado o procesado una rebaja en la pena por su colaboración en el esclarecimiento de los hechos que dieron inicio al proceso.

La víctima cobra un papel muy importante dentro de las negociaciones que se sostienen, y para garantizar un preacuerdo adecuado que permita la reparación integral. Existen diferencias entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en la consideración del papel del juez dentro de los preacuerdos, y con ello, la importancia que el afectado debe tener dentro del proceso, lo cual genera discrepancias en el papel de la fiscalía y del control de legalidad de sus actuaciones.

## **Abstract**

Within the configuration of Colombian criminal law, a series of powers have been established for the Office of the Attorney General of Nation to carry out, in addition to the investigation of the crimes committed, the possibility of conducting negotiations with the accused or processed to reduce the time of the processes, guarantee the administration of justice, and allow the accused or defendant a reduction in the penalty for his or her collaboration in clarifying the facts that started the process.

The victim plays very important role in the negotiations that are held, and to guarantee an adequate preliminary agreement that allows comprehensive reparation. There are differences between the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice in the consideration of the role of the judge within pre-agreements, and with this, the importance that the affected within all

the process, which generates discrepancies in the role of the prosecution and control of the legality of their actions.

### **Palabras clave**

Juez de conocimiento, Fiscalía General de la Nación, Preacuerdos, Procesados, víctimas.

### **Key words**

Judge of knowledge, Office of the Attorney General of Nation, Pre-agreements, Processed, Victims.

### **Introducción**

En Colombia la Constitución de 1991 trajo consigo un Estado Social de Derecho que promovió el respeto y la protección por de sus habitantes, para ello creó instituciones y herramientas jurídicas que permitieran el acceso a la justicia y el respeto por la dignidad humana. Una de las entidades a las que se les adjudicó gran importancia, ya que permite alcanzar estos fines es la Fiscalía General de la Nación, la cual puede dar inicio a un juicio público por la comisión de delitos (Art.250).

Mediante la Ley 906 de 2004 a la Fiscalía se le atribuyen las funciones de iniciar e impulsar ante un juez de conocimiento, mediante un escrito de acusación las acciones tipificables como delitos, y a su vez bajo la concepción del derecho premial, a la realización de preacuerdos para terminar anticipadamente el proceso, con la aprobación del juez quien soporta el principio de la administración de justicia.

Los preacuerdos según los artículos 350 a 352 y 369 de la Ley 906 de 2004 se basan que el procesado acepte los cargos para obtener beneficios legales hasta antes de la iniciación del juicio oral donde las partes pondrán en conocimiento del juez la existencia de esta negociación. Durante todo este proceso debe tenerse en cuenta a la víctima, sus derechos afectados y la imposibilidad de generarle nuevos daños con las decisiones tomadas.

Esto lleva a que el fiscal al momento de presentar la propuesta de un preacuerdo tenga en cuenta a la víctima, y sea discutida su reparación con el procesado o acusado, y de igual forma el juez de conocimiento debe llevar a cabo en su control de legalidad estos aspectos. Bajo las consideraciones de la Sentencia C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional, el juez de conocimiento tiene toda la potestad para realizar los estudios pertinentes que lo lleven a verificar los preacuerdos.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia presenta tres consideraciones diferentes del papel del juez, una de cero injerencias, una de máximo control que responde a la teoría de la Corte Constitucional, y la última solo del control frente a las posibles violaciones de derechos humanos. Estas posturas diferentes entre la misma alta corte y con la Constitucional genera problemas en la aplicación de los jueces de este control, quienes pueden optar por una de las teorías, desconocer las demás y con ello justificar sus decisiones.

Mediante la sentencia SU-479 de 2019 la Corte Constitucional realiza un análisis de las principales consideraciones que deberían llevar a darle la importancia necesaria al afectado de la conducta punible, la cual podría generar los mismos problemas interpretativos mencionados frente al papel del juez en los preacuerdos, si se tiene en cuenta que dentro de su análisis se considera la violación de los derechos fundamentales de la víctima.

Este trabajo se desarrolla primero en las consideraciones generales del preacuerdo, el papel de la fiscalía y las consideraciones de la víctima, posterior a ello se presentan las conclusiones y los aportes personales en el debate de la importancia de los preacuerdos, y de garantizar una reparación integral a quienes han sufrido el daño en sus bienes jurídicos protegidos, lo cual exige una unificación en los criterios de las altas cortes.

## **La figura de los preacuerdos**

La justicia penal negociada tiene su origen en la época posterior a la segunda guerra mundial dada la crisis en la congestión del sistema judicial por los nuevos tipos penales creados y el aumento de la criminalidad, por lo cual algunos países crearon un sistema acusatorio que posibilitara al ministerio público el ejercicio de la acción penal, y la creación de mecanismos para la terminación anticipada de los procesos mediante negociaciones y concesiones en favor del acusado (Ayala, 2019).

En Colombia para 1984 se introduce esta institución anglosajona para conceder beneficios por las conductas posteriores al hecho punible, regulando la punibilidad en función de la colaboración con la justicia, por ejemplo, con confesiones, o contribuyendo a identificar autores (Gil, 1998). Esto evidencia a la justicia premial, entendida como aquella donde el imputado presenta información que permite esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que llevaron a la comisión de un delito, y en contraprestación se puede terminar de forma anticipada el proceso por la aceptación de la responsabilidad mediante esta negociación.

Con la Ley 600 del 2000 se estableció la posibilidad de emitir una sentencia anticipada por petición del procesado quien, al haber aceptado su responsabilidad, podría obtener la disminución de la pena hasta en una tercera parte. Con el Acto Legislativo 03 de 2002 se incorporó en Colombia un modelo con tendencia acusatoria que incorpora las funciones de la fiscalía, y por medio de la Ley 906 de 2004 se establece dentro del sistema penal colombiano la institución de las negociaciones y preacuerdos, que según la etapa procesal de la que se trate va a garantizar una reducción determinada de la pena.

El proceso penal se desarrolla en las etapas de investigación y juicio. En la primera es la Fiscalía la encargada de indagar y buscar mediante la policía judicial la verdad de los hechos que revistan las características de un delito, encontrar a los autores del delito, y por último ejercer la

acción penal, para ello puede iniciar las acciones de oficio o por medio de denuncias, querellas o petición especial. Posterior a ello en la etapa de investigación se formulan los cargos, se presenta el escrito de acusación, y se realizan los procedimientos que lleven al juicio oral, sin embargo, los procesos pueden terminar de forma anticipada por diversas situaciones como la preclusión, la conciliación, o los preacuerdos (Ley 906, 2004).

Para Zapata (2012) el preacuerdo es “aquel en el cual el Estado renuncia a la acción penal, a la pena o a parte de ella, como contraprestación a la colaboración que el delincuente le pueda ofrecer” (p.4). Este autor señala que la finalidad máxima de la justicia premial es la eficacia de la administración de justicia ya que no se tienen en cuenta funciones retributivas, ni de prevención, sino que garanticen la obtención de resultados en el menor tiempo posible y a bajos costos.

Otros autores como Omaña, Ortíz y Jáuregui (s.f) señalan que este derecho premial es consensual ya que, al permitir la terminación anticipada del proceso, se genera una declaración de responsabilidad jurídico penal donde interviene la fiscalía y el sujeto pasivo de la acción penal. Esto se evidencia en la Ley 906 de 2004 que establece los preacuerdos y las negociaciones como parte de un consenso donde se sanciona la conducta punible y se protegen los intereses de la víctima.

De esta forma se entiende que este mecanismo se encamina hacia la simplificación de los procesos con una terminación anticipada de los mismos, gracias a la supresión total o parcial del debate probatorio dado el consenso generado en las partes del proceso, con lo cual se resuelve de forma expedita el proceso por la aceptación de los hechos relevantes en la acción penal por parte del imputado o acusado, quien obtiene a cambio un tratamiento punitivo menos severo por parte del órgano jurisdiccional (Corte Constitucional, Sentencia C-372, 2016).

Estos mecanismos de justicia consensual permiten una resolución de los conflictos sociales generados por los delitos, ya que en términos de costo beneficio todas las partes tienen sus

intereses representados en la decisión final dado que no se generan penas irrisorias, ni se burlan los derechos de las víctimas, por el contrario, se busca un acuerdo que garantice la confianza en la justicia. Con ello se asegura:

La imposición de una pena como consecuencia de la condena al delinciente, cuando ello sea procedente, con lo cual la sociedad recobra la confianza en el Derecho, el Estado economiza costos humanos y patrimoniales, al ofendido se le colma su interés en la justicia y reparación, y, por su parte, el condenado asegura una rebaja en el monto de su pena (Gómez y Consejo Superior de la Judicatura, 2010, p.114).

Sin embargo, existen algunas situaciones en las cuales es limitada la posibilidad de la realización de los preacuerdos. La primera está contenida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal (CPP) donde se establece que, si el sujeto activo de la conducta punible obtuvo un incremento patrimonial fruto de esta actuación, no se podrá celebrar ningún acuerdo hasta que no se reintegre al menos el 50% del valor y se asegure el recaudo del restante.

Frente a ello la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal ha señalado que no en todos los casos donde se produce el incremento patrimonial se genera un detrimento correlativo para una persona, y tampoco en todos los eventos se pueden realizar actos de disposición. Esto exige diferenciar entre los delitos que afectan el patrimonio económico público y el privado, ya que en los primeros no es admisible el detrimento del erario, por lo cual no puede conciliarse (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 24817, 2006).

En segundo lugar, se debe analizar si el aumento patrimonial de quienes ejecutan las conductas genera un empobrecimiento de quienes las padecen, por tanto, el valor reintegrable debe ser total si el afectado es el patrimonio público, pero estará sujeto a la voluntad de las partes cuando el incremento no sea correlativo en el aumento para una parte, y el detrimento para la otra. Enfatiza por último la Corte que la rebaja debe conllevar la aceptación de la responsabilidad

penal, y no basta con la reparación que se convierte en un requisito de procedibilidad (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 24817, 2006).

La segunda circunstancia que impide la realización de los preacuerdos se encuentra consagrada en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia, el cual expresa en su numeral 7 que “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.

Dicha prohibición se realiza teniendo en cuenta el interés superior del menor, especialmente que las víctimas de los delitos que afecten la integridad, libertad y formación sexual de los menores de edad. Ello exige la imposición de sanciones más severas y la limitación de que se concedan subrogados penales, negociaciones, preacuerdos al autor de tales actos (Corte Constitucional, Sentencia T-448, 2018).

Con la Ley 1121 de 2006 se establece en su artículo 26 que en los delitos de “terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos”, no habrá lugar a ningún beneficio o subrogado legal. De igual forma en la Ley 1761 de 2015 se prohíbe la celebración de preacuerdos en si se comete el delito del feminicidio. Por último, en la Directiva 01 de 2018 de la Fiscalía se establece que no se puede realizar ningún preacuerdo en las imputaciones de las conductas que afecten los bienes jurídicos de “administración pública, administración de justicia, seguridad pública o salud pública” (Lit. B.1).

### **Preacuerdos en la Ley 906 de 2004**

Para la investigación de los hechos que revisten las características de un delito, en el artículo 250 constitucional se facultó a la fiscalía para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de las actuaciones por parte de esta entidad para establecer la posible comisión de un delito lleva a la formulación de imputación, la cual según el artículo 287 del CPP se da “cuando de los elementos

materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”. Es decir, de los hechos que se pueden subsumir en las normas penales.

La importancia de la formulación de imputación con relación a tema tratado es que permite “delimitar los cargos frente a los que podría propiciarse la emisión anticipada de una sentencia condenatoria, bien porque el imputado se allane a los cargos o celebre un acuerdo con la Fiscalía” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 51007, 2019). Para hablar de preacuerdo debe generarse una aceptación del imputado o acusado de su responsabilidad, lo cual permitirá terminar el proceso anticipadamente, para ello, por iniciativa propia o por acuerdo con la fiscalía éste debe aceptar la imputación, entonces:

La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia (Ley 906 de 2004, Art. 293).

Dentro de la Ley 906 se establecen los preacuerdos en el artículo 348, donde se menciona que tienen cuatro finalidades que permiten alcanzar el beneficio de todas las partes involucradas en el proceso que se lleva a cabo, esto es, la víctima, el procesado y el Estado:

Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados por el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso” (Ley 906, 2004, Art. 348).

Es fundamental la consideración del artículo frente a la humanización de las actuaciones durante el proceso penal y de la pena, ya que el derecho penal al ser considerado como el ejercicio de la violencia institucional del Estado de forma retributiva establece un mal (pena) frente a otro que fue cometido (delito). Esto se realiza durante un proceso que finaliza con el reproche social, un escarnio público, y en general la injerencia sobre los derechos fundamentales del procesado, lo que a su vez le genera un impacto psicológico; pero cuando esta persona renuncia al juicio, se libera de toda esa carga (Gómez y Consejo Superior de la Judicatura, 2010):

De ahí que en verdad, el preacuerdo o la negociación tornan en benigno para el procesado, el hecho de la terminación anticipada del proceso; de esa manera, el proceso se muestra para el imputado o acusado, como compasivo y generoso, reciprocidad que deviene de su colaboración con la justicia (Gómez y Consejo Superior de la Judicatura, 2010, p. 110).

Esto demostraría que con los preacuerdos el imputado o procesado tiene la posibilidad además de ahorrarse el proceso penal, del escarnio público, de la presión familiar y psicológica, de obtener una rebaja en la pena, imponiéndosele una sanción inferior, y a su vez la de garantizar unos plazos determinados para beneficiar a quien comete un delito, y desea colaborar con la justicia.

La oportunidad procesal para presentar los preacuerdos es, en un primer momento, “desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación” donde se obtendrá una disminución de la pena de hasta la mitad (Ley 906 de 2004, Art. 350), en el caso que se desarrolle dentro de esta audiencia, se generará una rebaja compensatoria por el acuerdo, según el artículo 351 del CPP.

Ahora bien, la pena podrá reducirse en una tercera parte si los preacuerdos se realizan entre la formulación de acusación y hasta que se interroge al acusado al inicio del juicio oral (Ley 906 de 2004, Art. 352) y, por último, podrán presentarse al inicio de la audiencia de juicio oral,

indicando la fiscalía cuáles fueron las manifestaciones de culpabilidad preacordada, y su pretensión punitiva, como lo aduce el artículo 369 del CPP.

Como se enuncia al final del artículo 348 de la Ley 906, la fiscalía y el imputado o acusado pueden terminar el proceso mediante un preacuerdo, lo cual exige la aceptación de la responsabilidad de este último, es decir, “el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga” (Ley 906, 2004, Art. 283), de forma tal que se renuncie a la discusión en el proceso de las pruebas, en pos de admitir que se cometió el delito.

Además, el artículo 351 del CPP establece que “los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan lo quebranten las garantías fundamentales”. Ello evidencia que, en el estudio del beneficio del preacuerdo para el acusado, el juez de conocimiento debe establecer si esta aceptación es voluntaria, libre, informada y espontánea para así convocar a la audiencia que individualice la pena y proferir la sentencia, ya que se ha configurado una confesión, la cual permite deducir que la conducta delictiva se cometió, y que éste es su autor o partícipe (Corte Constitucional, Sentencia C-799, 2005, p. 33).

Esta actuación se realiza en consonancia con la Convención Americana de Derechos Humanos que establece en su artículo 8.2 la posibilidad de que a toda persona inculpada se le presuma su inocencia hasta que no se establezca su culpabilidad legalmente, frente a lo cual tiene el derecho, según el literal g, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable:

En el ámbito de los preacuerdos y las negociaciones, la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare* presupone que se ninguna manera el imputado o acusado puede ser sometido a coacción para forzar una confesión, como tampoco podrá someterse a una alegación de culpabilidad “acordada” que sea producto de una promesa ilegítima de ventajas procesales o que tenga como sustento el engaño

o la mentira, todo lo cual atenta contra el deber de absoluta lealtad, predicable de los funcionarios judiciales (Gómez y Consejo Superior de la Judicatura, 2010, p. 126).

Todo ello teniendo en cuenta que según el artículo 381 del CPP “para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio” (Corte Constitucional, Sentencia C-799, 2005, p. 33). Lo cual exige a la administración de justicia un estudio que tenga en cuenta las garantías del acusado o imputado. Según el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal es labor del juez de conocimiento realizar un control de legalidad:

Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías, de guardar silencio y el juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado” (Ley 906 de 2004, Art. 131).

La tarea del juez es la verificación de si la manifestación de la voluntad del procesado fue libre, voluntaria y que responda a la adecuación típica conforme a los hechos que motivaron el proceso, y que llevaron a la fiscalía a indagar sobre la ocurrencia del hecho, cubriendo los aspectos formales y sustanciales.

En la realización de estos preacuerdos según el artículo 354 del Código de Procedimiento Penal (CPP) es indispensable que participe el defensor so pena de declararse inexistente el acuerdo realizado, esto para que su representado se encuentre debidamente orientado y se respeten sus derechos, en la búsqueda de repararlo, y compensar el daño que anteriormente ya se le había causado apuntando hacia el cumplimiento del principio de favorabilidad para el procesado, y para las víctimas.

## **Facultades de la fiscalía en la celebración de los preacuerdos y control de legalidad**

La fiscalía, según el artículo 350 del CPP puede establecer un preacuerdo según los términos de la imputación tipificando “la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena” (Num. 2), de lo cual se puede inferir que éste no posee la facultad de crear nuevos tipos penales, simplemente va a realizar una adecuación típica frente a la cual posee un margen de apreciación referido a la imputación, donde definirá si establecerlo por una conducta o por otra menos gravosa según los hechos del proceso, siendo imposible una actuación independiente (Corte Constitucional, Sentencia C-1260, 2005).

Esta consideración ha sido consolidada como precedente dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al señalar que las subreglas para la tipificación dentro de los preacuerdos para la fiscalía implican el conocimiento previo de la conducta punible, así:

- (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.
- (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima.
- (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos (Corte Constitucional, Sentencia C-516, 2007, p. 44).

Por último, cabe señalar que mediante la Directiva 01 de 2006 de la Fiscalía General de la Nación se establecen las pautas para la realización de los preacuerdos, los cuales deben recaer sobre los términos de la imputación y la pena por imponer. Frente a la primera, el acuerdo debe realizarse sobre la tipificación de la conducta, pudiéndose acordar una disminución de la pena sin modificar la esencia de la conducta, el objeto material, ni los sujetos; de igual forma puede

convenirse la eliminación de los agravantes, el reconocimiento de atenuantes y en general rebajas punitivas siempre y cuando no se varíe la denominación del delito (Roldán, 2016).

Ahora bien, estas facultades del fiscal para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia revisten tres posturas. La primera niega la posibilidad del control material en la acusación y en los acuerdos, la segunda establece la necesidad del control material más o menos amplio en lo relacionado con la tipicidad, la legalidad y el debido proceso, y la última donde el control material es restringido o excepcional, limitado a las violaciones de garantías fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 45594, 2016).

Dentro de la primera postura, la que rechaza cualquier posibilidad del control material se establece que la acusación es un acto de parte y que el juez cumple un papel imparcial, por lo tanto, no debe tener ninguna injerencia en ello, “de permitirse una tal supervisión judicial, la estructura acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular “teoría del caso”” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 40871, 2014).

En la segunda postura del control más o menos amplio es la que se alinea con la Sentencia C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional. La cual permite una intromisión en la acusación y los acuerdos para proteger los fines de la justicia, las garantías de los sujetos procesales y la legalidad. Bajo el entendido que todos los jueces son constitucionales, el control del juez de los preacuerdos no puede ser solo formal, sino que debe verificar que no se afecten los postulados constitucionales:

Cuando el juez del conocimiento (individual o colectivo), que por antonomasia es juez de garantías, es juez constitucional, juez del proceso, advierta que el preacuerdo en su integridad o en algunas de las conductas o circunstancias objeto de la negociación desconoce la Constitución o la Ley, así debe declararlo (...) lo procedente es -y sigue siéndolo- que impruebe el acuerdo, que decrete la nulidad -

total o parcial- del fallo y que ordene rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error in procedendo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 43356, 2016, p. 22).

Dentro de esta posición la víctima juega un papel fundamental, ya que el juez no solo verifica la existencia de elementos materiales probatorios que puedan desvirtuar la presunción de inocencia, sino que debe establecer si se garantizan los derechos a la verdad, justicia, reparación y no de petición; y debe verificar si no se vulneraron otros derechos fundamentales, como la posibilidad de participar en la celebración y aprobación del preacuerdo (Corte Constitucional, Sentencia SU-749, 2019).

La última postura que permite el control material restringido de la acusación y los acuerdos se basa en la interpretación sistemática del estatuto procesal penal, y en los principios del sistema penal acusatorio. En ella la regla es que el juez no puede hacer un control material de estos aspectos, pero que voy vía de excepción debe hacerlo cuando objetivamente se evidencie el quebranto a las garantías fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 45594, 2016).

Para la Corte Constitucional la segunda postura de la Corte Suprema de Justicia es la que más se adapta a los postulados constitucionales ya que el papel imparcial del juez en el modelo acusatorio permite un control material para que la Fiscalía continúe con el impulso de la pretensión punitiva del Estado, con la limitación de analizar los hechos del proceso para establecer una adecuación y juzgamiento de las conductas delictivas (Corte Constitucional, Sentencia SU-749, 2019).

### **El papel de la víctima en los preacuerdos**

Ahora bien, frente a las tres posturas presentadas entre las altas cortes, es necesario realizar un análisis de los preacuerdos a la luz del artículo 354 del Código de Procedimiento Penal respecto a la víctima dentro de la negociación de los preacuerdos, no solo entre la parte imputada o acusada

y la fiscalía, sino con el afectado en consonancia con el control de legalidad del juez de conocimiento.

Se tiene en cuenta que la víctima juega un papel fundamental dentro del proceso penal, y que su protección es un principio fundamental de la administración de justicia, la cual busca resarcir sus derechos volviendo a la situación inicial en la que estaba, o al menos reparándola de forma integral (Ley 906 de 2004, Art. 11). De ello puede decirse que la titularidad para participar en las decisiones que lo afectan en el caso de los preacuerdos no está solo en cabeza del imputado o acusado, sino también de la víctima.

Como se ha mencionado, la Fiscalía o los jueces penales no pueden interpretar y aplicar la normativa de los preacuerdos de forma arbitraria para otorgar tratos diferentes dentro del proceso, por lo cual les es negada la posibilidad de establecer la justicia consensuada sin tener en cuenta las particularidades y diferencias del caso concreto. La posibilidad de realizar preacuerdos está bajo una normativa que les permite negociar de forma razonable y proporcional a los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia SU-749, 2019).

Dentro de estas consideraciones de la necesidad de incluir a la víctima dentro de los preacuerdos se evidencia en el la garantía de los derechos fundamentales que ha desarrollado jurisprudencialmente la Corte Constitucional, más aún con la Sentencia de Unificación 479 de 2019, la cual establece que los fines señalados en la Ley 904 de 2006 para los preacuerdos también deben garantizar el derecho a la justicia, no solo para el acusado, sino para la víctima:

Un preacuerdo en el que se pactó una circunstancia que le resulta favorable al procesado, puede no acompañarse con el deber de debida diligencia que impone el derecho internacional en relación, por ejemplo, con la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos contra la integridad sexual y el derecho de la víctima de violencia sexual a la obtención de justicia. Por lo tanto, una negociación que no satisfaga los fines de los preacuerdos podría correr el riesgo de desprestigiar la

administración de justicia y vulnerar el derecho a la justicia de la víctima (Corte Constitucional, Sentencia SU-749, 2019, p.67).

Teniendo en cuenta estas circunstancias, la Fiscalía General de la Nación ha proferido diferentes directivas que exigen el adecuado relacionamiento con la víctima durante todo el proceso penal. En la Directiva 01 de 2018 se establece que uno de los deberes constitucionales de esta entidad es velar por la protección de las víctimas, solicitando al juez las medidas que sean necesarias para atenderlas, repararlas y restablecer sus derechos. Ello debe considerarse al momento de ofrecer o concretar un preacuerdo.

La víctima, según la Directiva 10 de 2016 tiene el derecho a ser informada y escuchada por el fiscal y por el juez de conocimiento con relación a la celebración y aprobación de los preacuerdos, sin embargo, esta intervención no constituye un veto para la aprobación de estos acuerdos. Para la Corte Constitucional en esta normativa no se establece un mecanismo para la participación de las víctimas, ni siquiera de forma pasiva o mediante el fiscal, lo cual viola sus derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia C-516, 2007).

El papel de la víctima dentro de la celebración de los preacuerdos le permite lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio; con ello se incorpora en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima” (Corte Constitucional, Sentencia C-516, 2007, p. 73), además al momento de celebrarse el acuerdo a la víctima se le debe informar para que intervenga ante el juez de conocimiento al momento en que el preacuerdo sea sometido a aprobación.

Según el inciso sexto del artículo 351 del CPP “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, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes”. De ello se entiende que ella podrá intervenir en la celebración de los acuerdos y preacuerdos debiendo ser

oída e informada de ellos, sin embargo, su participación no afecta la autonomía del fiscal en la acusación, ni en el desarrollo de sus facultades.

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 (Corte Constitucional, Sentencia C-516, 2007).

Mediante la Sentencia C-059 de 2010 se establecieron las sub reglas en la participación de las víctimas en estos procesos, primero su intervención debe ser compatible con el sistema penal acusatorio, segundo debe tenerse en cuenta que no siempre van a coincidir los intereses de las víctimas con los de la fiscalía, y tercero, la víctima tiene el derecho a ser oída e informada acerca de la celebración de los preacuerdos así no tenga derecho de veto. Mediante la Sentencia C-372 de 2016 se agregó que el proceso de negociación no puede ser ajeno a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y excluirlas de ellos, les reprime estos derechos.

La Corte Constitucional enfatiza mucho que en materia de violencia sexual, y dada la violencia de género institucional, el Estado puede ser responsable por realizar actos que obstaculicen y limiten el ejercicio y goce de derechos de las víctimas como a la administración de justicia, por ello en estos casos la persona agraviada debe tener mayor voz en los procesos penales, y en la celebración de preacuerdos que, al terminar de forma anticipada los procesos pueden afectar más sus derechos, y propiciar este tipo de violencia (Corte Constitucional, Sentencia T-735, 2017).

Agrega la Sentencia SU-479 de 2019 que al momento de considerar a la víctima dentro de la realización de los preacuerdos debe tenerse en cuenta el enfoque diferencial, para que el proceso

responda a las necesidades que esta tiene frente a los actos cometidos por su agresor, lo cual lleva al fiscal y al juez de conocimiento a respetar los límites constitucionales y legales en la aplicación de este mecanismo de justicia negociada.

Para jueces penales como el Tribunal Superior de Medellín sala penal, la Sentencia de Unificación 479 de 2019 permite que los jueces se aparten. Para este Tribunal en dicho análisis se desnaturaliza a la justicia premial ya que los preacuerdos son una contraprestación por la aceptación de la responsabilidad, y no puede exigirse su demostración mediante los elementos cognoscitivos dentro de la actuación, porque de ser así, deberían reconocerse de oficio y obligatoriamente en el juicio de tipicidad y no como un allanamiento a cargos (Tribunal Superior de Medellín, Sentencia 2020-199, 2020).

De igual forma se coartaría la facultad de la fiscalía de tipificar la conducta, quien además puede presentar otros diminuyentes punitivos dentro de los preacuerdos, lo cual permite que ellos versen sobre diversos temas si se tiene en cuenta la verificación de la no violación de los derechos y garantías fundamentales (Tribunal Superior de Medellín, Sentencia 2020-199, 2020; Tribunal Superior de Medellín, Sentencia 2019-11103, 2020). Lo cual muestra una orientación hacia la primera postura por parte de los tribunales penales, la cual es ratificada mediante la sentencia 52227 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En ella se señala que la Corte Constitucional ignoró la diferenciación del control material a la acusación y las verificaciones de los jueces para decidir la procedencia de una condena. Si bien el artículo 350 del CPP señala que los preacuerdos deben presentarse ante el juez de conocimiento, el papel de este último es verificar si se cumplen los presupuestos que lleven a emitir una sentencia condenatoria dentro de un trámite anticipado, por lo cual el papel del fiscal no puede tener una verificación material (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 52227, 2020).

## **Conclusiones y aporte personal**

En primer lugar, debe señalarse que la diversidad de las posturas entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte constitucional generan un choque de trenes que puede afectar los derechos de las víctimas en la celebración de los preacuerdos, en tanto la improcedencia o no de realizar el control de legalidad por parte del juez puede generarle afectaciones en sus derechos fundamentales, previamente lesionados por el imputado o procesado.

Esto se debe a que la administración de justicia en el ámbito penal intenta resarcir los daños a los bienes jurídicos lesionados para garantizar que las personas confíen en las instituciones públicas al ver que el Estado es capaz de dirigir sus herramientas institucionales en la persecución y sanción de quien rompe con el orden preestablecido. El cambio que se genera inevitablemente va a contar con la participación de al menos una víctima.

Al tener siempre el sujeto activo de la conducta punible, el cual se configura como elemento de la tipificación de los delitos, durante todo el proceso penal que se lleve a cabo, debería ser tenido en cuenta en sus necesidades, intereses, y garantías de no repetir esas conductas que atentan contra sus derechos fundamentales, así como garantizarle una protección especial frente al sujeto activo.

Dentro de esa protección especial debería garantizarse a la víctima la consideración de todos sus planteamientos durante el análisis de un preacuerdo, el cual no debería celebrarse de forma independiente entre la fiscalía y el imputado o acusado, sino que la víctima debería ser efectivamente oída y anotadas sus consideraciones en torno a las posibles rebajas de la pena, y más importante aún, en la tipificación del delito.

Dentro de los fallos de la Corte Constitucional analizados se evidenció que una de las principales problemáticas a la hora de celebrar un preacuerdo era que la tipificación del delito en muchos casos correspondía a tipo penales semejantes al que se cometió, que garantizaban rebajas

en las penas considerables frente a la que realmente debía aplicarse, por ejemplo en los delitos sexuales, lo cual afectaba en mayor medida a la víctima, quien además de sufrir afectaciones en su cuerpo, estaba siendo re victimizada al momento de no considerarse el delito realmente cometido.

De igual forma, si se tiene en cuenta lo enunciado mediante la Directiva 10 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación donde la víctima, pudiendo ser escuchada en la celebración de los preacuerdos no configura su negativa un veto en la aprobación de los mismos, lesiona gravemente los derechos que tienen a la reparación, a la justicia y posiblemente a la no repetición del daño.

Esta Directiva constituiría una violación a los derechos fundamentales de la víctima, quien desde la constitución Política tiene enunciada la garantía de la participación en todas las actuaciones que le competen, lo cual debería ser mayor teniendo en cuenta que se trata de un delito cometido en su contra, y que se está ante un proceso en el cual, una de las finalidades primordiales debería ser la reparación de las víctimas, lo cual está enunciado en el artículo 11 del CPP, pero pareciera que simplemente es un artículo más dentro de esta Ley.

Y, por el contrario, la no consideración de la víctima dentro de los preacuerdo pareciera que busca garantizar dentro del modelo penal establecido la garantía del victimario, y la descongestión judicial mediante la terminación anticipada de los procesos, antes que la salvaguarda de los derechos del sujeto pasivo de delito quien además de padecer un acto gravoso en su persona, no puede participar en la toma de decisiones relacionadas con la imposición de la pena de su agresor.

Si bien en el artículo 351 del CPP se señala que las reparaciones efectivas a la víctima se pueden generar con los preacuerdos, si ésta los rehúsa puede acudir a las vías judiciales pertinentes, lo cual contraría esa finalidad de la descongestión judicial, ya que la víctima podría

continuar con un proceso para garantizar la reparación que considera adecuada, misma que pudo haberse tenido en cuenta al momento de la negociación entre la fiscalía y el victimario en la realización del preacuerdo.

Por ello no es suficiente que la víctima sea escuchada en este proceso, sino que obtenga una participación real dentro de la celebración del preacuerdo, lo cual puede generar una mayor confianza en la administración de justicia, y el respeto por los derechos a la verdad, justicia y reparación dentro de los procesos penales. Ahora bien, referente al papel del juez en la realización del control de legalidad, y la posibilidad de que se revisen los preacuerdos realizados, se adopta la postura garantista de la Corte Constitucional.

Si bien las dos posturas de la Corte Suprema de Justicia que se encaminan al reconocimiento de un control amplio o restringido son consideradas como buenas, en la que se niega la posibilidad de realizar un control material por parte del juez de conocimiento no puede simplemente tener en cuenta el tipo de justicia que se estableció desde la ley 906 de 2004, sino que debe ser armónico con los postulados del Estado Social de Derecho, en el cual prima la dignidad humana.

Y esta dignidad no puede ser únicamente orientada hacia las garantías del infractor de la ley, sino que debe observar la posibilidad de que la víctima obtenga una reparación adecuada. Esta reparación debe responder a los postulados constitucionales que permitan al juez de conocimiento analizar si la adecuación típica que realizó la fiscalía realmente se relaciona con los hechos objetos del proceso, y si no se generan beneficios inadecuados por un cambio en la consideración del tipo de delito cometido.

De igual forma, la posibilidad de que el juez realice un control a las decisiones tomadas dentro de los preacuerdos responde a la posibilidad de que los jueces se equivoquen en sus actuaciones, situación que puede pasar a cualquier servidor público; decisión que podría llevar a una errónea

interpretación de la ley por parte del juez si no pudiera realizar el análisis prestablecido, lo cual ineludiblemente afectaría a la víctima.

Es necesario también que la Corte Suprema de Justicia unifique criterios para que los jueces penales puedan establecer una línea jurisprudencial que les garantice el adecuado juzgamiento de los delitos, y en especial de las posibles reducciones del proceso penal por una confesión anticipada que reduzca la posibilidad de las partes de presentar apelaciones, y de nuevo congestionar el sistema de justicia.

De igual forma, con la unificación de criterios podría establecerse si realmente hay un choque de trenes que debería ser discutido entre las altas cortes, o si por el contrario la perspectiva de la salvaguarda de los derechos fundamentales del procesado y de la víctima tienen una igualdad de consideración dentro del proceso penal, para garantizar la humanización de la pena, y el respeto por la persona que ha sido lesionada en sus bienes jurídicos.

### **Referencias**

Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 4 de julio). Constitución Política de Colombia.

Ayala, S. (2019). *Los preacuerdos: una solución eficaz al conflicto penal o un facilismo jurídico*.

Trabajo de grado para optar por el título de pregrado. Universidad de Santander,  
Bucaramanga. Recuperado de

<https://repositorio.udes.edu.co/bitstream/001/4137/1/Los%20Preacuerdos.%20Una%20soluci%C3%B3n%20eficaz%20al%20conflicto%20penal%20o%20un%20facilismo%20jur%C3%ADdico.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 600 de 2000] DO: 44.097.

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2002). Por el cual se reforma la Constitución Nacional. [Acto Legislativo 03 de 2002] DO: 45.040.

Congreso de la República de Colombia. (31 de agosto de 2004). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004] DO: 45.658.

Congreso de la República de Colombia. (29 de diciembre de 2006). Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. [Ley 1121 de 2006] DO: 46.497

Congreso de la República de Colombia. (6 de julio de 2015). Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely). [Ley 1761 de 2015] DO: 49.565.

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2016). Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2016] DO: 46.446.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-799. [M.P. Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-1260. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia C-516. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-059. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-372. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-735. [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo].

Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia T-448. [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo].

Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia SU-479. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2006). Sentencia 24817. [MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2006). Sentencia 43356. [MP. José Leonidas Bustos Martínez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2014). Sentencia 40871. [MP. José Leonidas Bustos Martínez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2016). Sentencia 45594. [MP. José Francisco Acuña Vizcaya].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2019). Sentencia 51007. [MP. Patricia Salazar Cuellar].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2020). Sentencia 52220. [MP. Patricia Salazar Cuellar].
- Fiscalía General de la Nación. (1 de julio de 2016). Por medio de las cual se compilan los derechos procesales de las víctimas en el sistema penal acusatorio. [Directiva 10 de 2016].
- Fiscalía General de la Nación. (23 de julio de 2018). Por medio de la cual se adoptan lineamientos generales para imputar o preacordar circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 56 del Código Penal. [Directiva 01 de 2018].
- Gil, E. (1998). *Negociaciones de pena*. Señal Editora: Medellín.
- Gómez, C y Consejo Superior de la Judicatura. (2010). *Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a16/12.pdf>
- Omaña, C., Ortíz, P y Jáuregui, S. (s.f). Preacuerdos: oportunidad procesal en el sistema penal colombiano y beneficios para el procesado. Universidad Libre (Online). Recuperado de <https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/11710/PREACUERDOS%20E>

N%20EL%20PROCESO%20PENAL%20COLOMBIANO%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Organización de Estados Americanos (OEA). (1969). Convención Americana Sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica), (Disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)).

Roldán, G. (2016). *Límites al poder dispositivo y control judicial a los preacuerdos en aplicación del estándar de prueba para condenar*. Trabajo de grado para optar por el título de maestría. Universidad de Medellín, Medellín. Recuperado de [https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4182/T\\_MDP\\_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4182/T_MDP_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Tribunal Superior de Medellín. (2019). Sentencia 2019-11103. [M.P Nelson Saray Botero].

Tribunal Superior de Medellín. (2020). Sentencia 2020-199. [M.P Rafael Delgado Ortíz].

Zapata, J. G. (2012). ¿Qué pasa con la pena hoy en día? *Diálogos de Derecho y Política*, 9(3). Recuperado de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/12318/11167>