

PODERES DE CONTROL DEL JUEZ EN LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO POR ACUERDO Y ACEPTACIÓN DE CARGOS*

*Darío Bazzani Montoya***

Sumario: I. Introducción. II. Sistemas procesales y terminación anticipada del proceso. III. Fines del proceso y verdad consensual. IV. Renunciabilidad a los derechos. V. Principio de oportunidad y negociaciones. A. Antecedentes. Audiencia especial. B. Las negociaciones en la Ley 906 de 2004 y el principio de oportunidad. VI. El control judicial a la terminación anticipada. A. El concepto de violación de garantías fundamentales. B. Facultades del juez para comprobar la no violación de garantías fundamentales. C. La irrevocabilidad. D. Acuerdo sobre los elementos de la responsabilidad. E. El acuerdo sobre la pena

Resumen: La terminación anticipada del proceso desde la perspectiva de los sistemas procesales es manifestación del esquema inquisitivo porque implica la renuncia a la contradicción y al juicio público. En todo proceso, independiente-

* Fecha de recepción: junio de 2009. Fecha de modificación: agosto de 2009. Fecha de aceptación: septiembre de 2009.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia; especialista en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia; especialista en derecho procesal penal en la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" (Italia); candidato al título de Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia; profesor titular del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia en pregrado y posgrado (especialización y maestría). Correo electrónico: dario.bazzani@uexternado.edu.co.

mente de que su terminación sea abreviada o no, el Estado debe probar mas allá de toda duda la responsabilidad del procesado. El control judicial a los procesos que terminan mediante aceptación de cargos o acuerdo implica el ejercicio material de la función de juzgamiento, lo que a su turno exige la comprobación de la prueba como fundamento de la condena. Las modalidades de acuerdo que implican la modificación de la imputación fáctica encuentran fundamento en el principio de oportunidad, lo que significa que su pertinencia debe apoyarse en consideraciones de política criminal desarrolladas legalmente. El concepto de violación de garantías fundamentales como límite a los preacuerdos en la legislación colombiana. La oportunidad para la retractación de la Fiscalía y el procesado. Los impedimentos en caso de frustrarse el acuerdo por improbación del juez. Las modalidades de acuerdo en la legislación colombiana desde el punto de vista del objeto.

Palabras clave: *plea bargaining, sentence bargaining, charge bargaining*, discrecionalidad, oportunidad, impedimento, recusación, retractación, preacuerdo, acuerdo, aceptación de cargos, confesión juicio oral, contradictorio, sistema acusatorio, sistema inquisitivo, pena, elementos de la responsabilidad, Ley 906 de 2004, Ley 600 de 2000, Decreto 2700 de 1991, Ley 81 de 1993, control judicial, control material, sentencia, improbación, consenso, verdad consensual, verdad histórica, verdad real, víctima, inexistencia.

JUDGE'S POWERS OF CONTROL IN ANTICIPATED TERMINATION OF TRIAL DUE TO AGREEMENT AND ACCEPTANCE OF CHARGES

Abstract: The anticipated termination of a trial, from the perspective of procedural systems, is a manifestation of the inquisitive approach, because it implies the renouncing of contradiction and public trial. In all trials, independently of whether or not its termination is brief, the state must prove beyond all doubt the responsibility of the accused. Judicial control of trials that terminate by acceptance of charges or by agreement imply the material exercise of the judgment function, which in turn demands verification of proof as the basis for the sentence. The types of agreement that involve modification of the de facto accusation are based on the principle of opportunity, which means that its relevance must be supported by legally developed criminal policy considerations. The concept of violation of fundamental guarantees as a limit to preliminary agreements in Colombian legislation. The opportunity for retraction by the prosecutor and by the accused. Impediments in the case of the agreement being overruled by the judge. The types of agreement in Colombian legislation from the point of view of the object.

Keywords: *plea bargaining, sentence bargaining, charge bargaining*, discretionality, opportunity, impediment, challenge, retraction, preliminary agreement, agreement, acceptance of charges, confession, oral trial, contradictory, accusatory system, inquisitive system, punishment, elements of responsibility, Law

906 of 2004, Law 600 of 2000, Decree 2700 of 1991, Law 81 of 1993, judicial control, material control, sentence, overruling, consensus, consensual truth, historical truth, real truth, victim, nonexistence.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de dos décadas, la legislación procesal penal colombiana ha incorporado mecanismos de abreviación del proceso, dirigidos a descongestionar la administración de justicia penal, dentro de los cuales, sin lugar a dudas, el aporte estadístico más importante lo constituye la aceptación de cargos con la consecuente terminación del proceso mediante el proferimiento de una sentencia anticipada. Es así como, tanto en Colombia como en aquellos modelos procesales en los que se utilizan tales instrumentos, el porcentaje de investigaciones que terminan con una condena anticipada, obviando la etapa del juicio, llega a un 90% de casos aproximadamente¹. Este simple dato numérico muestra, por sí solo, la importancia de examinar, desde distintas perspectivas, la validez de dichos instrumentos bajo una óptica político-criminal y su concordancia con el modelo de justicia que se persigue, según los postulados de la Constitución Política. Precisamente frente a este último aspecto resulta de trascendental importancia estudiar el tema de los poderes del juez frente a la utilización de mecanismos tales como la aceptación de cargos y los acuerdos o negociaciones dirigidos a obtener una sentencia condenatoria atenuada.

En ese orden de ideas, examinaremos a continuación la vinculación que tienen los instrumentos que permiten la terminación anticipada del proceso, que implícitamente implican la renuncia al juicio, con el sistema procesal acusatorio y los fines constitucionales del proceso penal, para lo cual será necesario referirnos a la renunciabilidad de derechos y a los posibles vínculos entre el denominado principio de oportunidad y la terminación del proceso por consenso.

En una segunda parte, nos ocuparemos del examen en concreto del control judicial, partiendo de los referentes legales y estudiando problemas concretos que se han identificado en la práctica judicial, tales como la oportunidad para hacer viable la retractación, el objeto del acuerdo, en punto a los diversos aspectos que determinan la responsabilidad penal y la pena.

1 ROSANNA GAMBINI. *Il "Plea Bargaining" tra common law e civil law*, Milán, Giuffrè, 1985; M. CHERIF BASSIOUNI. "Linee del processo penale negli USA", en *Prospettive del Nuovo Processo Penale*, Milán, Giuffrè, 1978; ALBERT W. ALSCHULER. "The Trial Judge's Role in Plea Bargaining", en *Columbia L. Rev.*, 76, 1976, 1059-1063, según cit.; SILVIA BARONA VILLAR. *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, entre otros.

II. SISTEMAS PROCESALES Y TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

Tomando por cierto que un sistema procesal acusatorio debe recoger un esquema según el cual exista independencia de funciones de acusación y juzgamiento, igualdad en el ejercicio de contradicción entre acusador y defensa y se asegure el rol del juez como tercero imparcial ajeno al conflicto que se dirime a través del proceso, es fácil concluir que no existe proceso acusatorio donde no se lleve a cabo la etapa del juicio². El juicio es el verdadero proceso en un sistema acusatorio, puesto que es en dicha etapa en donde una vez identificada la pretensión estatal, se traba el conflicto procesal y a partir de allí se pone en funcionamiento la plenitud de las garantías procesales para que la defensa, en condiciones de igualdad, pueda controvertir dicha pretensión, de tal suerte que el juez perciba la prueba con total desprevenición y equidistancia respecto de las partes. El proceso acusatorio es, entonces, sinónimo de juicio imparcial, pero también es equivalente a proceso adversarial, de lo cual se sigue que si no hay contradicción de intereses en un proceso, pierden fundamento los elementos estructurales de un sistema acusatorio.

Esa premisa nos lleva a concluir que los procedimientos especiales que abrevian el proceso a partir de la ausencia de contradictorio no pueden ser examinados a las luces de los presupuestos del sistema acusatorio, pues, por definición, implican una variedad no extinguida de los modelos inquisitivos de enjuiciamiento penal.

Desde esa perspectiva, los controles judiciales sobre la aplicación de mecanismos de terminación anticipada del proceso que implican la renuncia al juicio no pueden ser los propios del sistema acusatorio, sino que combinan todas las herramientas constitucionales con que cuenta el juez para ejercer la función de juzgamiento, independientemente de que desde el punto de vista histórico se le deban a la tendencia acusatoria o a la inquisitiva.

III. FINES DEL PROCESO Y VERDAD CONSENSUAL

Uno de los principales problemas que presenta la adopción de mecanismos dirigidos a abreviar el proceso mediante la renuncia del procesado al juicio es la compatibilidad de los fines constitucionales del proceso con la investigación incompleta o el proceso sin fase instructiva.

2 En extenso pueden consultarse nuestras obras: DARÍO BAZZANI MONTÓYA y otros. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2006, y BAZZANI MONTÓYA. *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

Al Estado social y democrático de derecho se le atribuye el haber adicionado a los fines del proceso la introducción de mecanismos dirigidos a la materialización de los derechos fundamentales. Desde esa perspectiva, los denominados “mecanismos de flexibilización del proceso”, tales como las negociaciones o la confesión simple seguida de sentencia, son una forma de acercarse a la justicia material y lograr el cumplimiento de los fines de la pena, abandonando la vieja concepción retributiva para privilegiar la prevención especial y la resocialización.

No obstante, desde el punto de vista de los derechos de las víctimas y de la prevención general, surge una contradicción casi insalvable: el derecho a la verdad como fin clásico del proceso penal y el desestímulo del juicio como escenario garantista para probar la responsabilidad penal.

En el sistema inquisitivo vigente en Colombia, de tiempo atrás y hasta la Ley 600 de 2000, la posibilidad de optar por la terminación anticipada del proceso, mediante la aceptación de cargos, va desde la indagatoria hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública, salvo que se requiera definir situación jurídica por admitir el delito medida de aseguramiento, caso en el cual la diligencia se practica tras la ejecutoria de dicha decisión³. En dicho modelo procesal, el presupuesto para admitir los cargos por parte del procesado es la prueba mínima que se requiere para vincular legalmente a una persona a una investigación o la existencia de pluralidad de indicios graves u otro medio probatorio que compromete la responsabilidad del procesado, dentro de los cuales, lógicamente, se encuentra la confesión. El problema se presenta en aquellas investigaciones en las que no obstante existir un principio de prueba sobre la responsabilidad penal, el momento en el cual se presenta la solicitud de sentencia anticipada, la actividad investigativa no se ha agotado y la verdad que se conoce en el proceso es una verdad incompleta. El acto de juzgamiento que compete al juez al momento de evaluar la aceptación de cargos y dictar sentencia exige constatar “que no haya habido violación de garantías fundamentales”, lo que implica una cláusula abierta de control judicial que habilita al juez para rechazar aquellas solicitudes en las que es manifiesta la contrariedad entre lo aceptado y lo probado. De todas formas, frente a aquellos aspectos no probados hasta ese momento, quedará la duda de si lo aceptado por el procesado constituye la verdad absoluta y real o sólo parcial de lo sucedido.

En el modelo acusatorio, el problema es mayor. Conforme a la estructura acusatoria de la Ley 906 de 2004, al momento de formularse la imputación se parte del supuesto de que la Fiscalía no sólo ha conseguido la prueba sobre la posible autoría o participación del procesado⁴, sino que ha perfeccionado todos los actos de investigación y se encuentra en capacidad de, una vez surtida la etapa intermedia de medidas cautelares

3 Artículo 40 de la Ley 600 de 2000.

4 Artículo 287 de la Ley 906 de 2004.

tanto personales como reales, presentar el escrito de acusación⁵. Hasta allí, no existe inconveniente desde el punto de vista de la posibilidad de descubrimiento de la verdad, ya que el Estado ha contado con el término de prescripción de la acción penal para investigar lo sucedido y el presupuesto para dar viabilidad a un acuerdo o a un allanamiento a los cargos lo constituiría, en los términos explicados, una investigación perfeccionada que dio lugar a la formulación de una imputación penal⁶.

El problema real se evidencia a partir de la imputación, porque en la estructura acusatoria rige el principio de concentración probatoria en la etapa del juicio oral, el cual tiene por objeto asegurar que el proceso de formación de la convicción del juez se da a través del contradictorio y la intermediación frente a la prueba presentada por las partes en condiciones de igualdad material. Resulta lógico, entonces, pensar en que al suprimirse la etapa del juicio oral y saltar de la aceptación de cargos o de la suscripción del acuerdo a la sentencia, no se permite al juez formarse su propio juicio en torno a la existencia o no de responsabilidad penal, porque no cuenta hasta ese momento con prueba materialmente debatida en el proceso que le permita efectuar una valoración ponderada para llegar a una conclusión en torno a si el procesado debe ser declarado culpable o no. La única forma de sustentar la condena es la confesión del procesado implícita en la aceptación de los cargos, hayan sido producto o no de un acuerdo previo, pues no existen otras pruebas que la puedan corroborar en sentido acusatorio. Lo anterior significa que la estructura de los procedimientos abreviados conserva el rol de juzgamiento que cumple el juez en los procedimientos inquisitivos, pues este se limita a constatar que no existe contraevidencia entre lo aceptado por el procesado y la evidencia que sirvió de fundamento a la imputación o a la acusación, según el caso, dependiendo del momento en el cual se produzca la aceptación de cargos o la negociación⁷. Es decir que además de heredarse la dificultad mencionada respecto de los procedimientos inquisitivos, en el sentido de que no existe certeza para el juez sobre si en efecto se perfeccionó la investigación, se presenta una dificultad adicional porque la prueba que va a servir de base para ser cotejada con la confesión del procesado es prueba sumaria, puesto que para ese momento procesal no se ha activado el derecho de defensa material plena que permita hacer una controversia respecto de la evidencia que recaudó la Fiscalía a efectos de soportar el acto de imputación.

En últimas, todo procedimiento abreviado que implique la supresión del juicio, y más dentro de una estructura acusatoria, aumenta el riesgo de que la verdad consensual o la verdad a medias producto de una investigación terminada anticipadamente como producto de una confesión se distancie de la posibilidad de que mediante el proceso

5 Artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004.

6 Artículo 288, num. 3, artículo 350 y artículo 327 inc. final, de la Ley 906 de 2004.

7 Artículo 351 y 352 de la Ley 906 de 2004.

penal se llegue a establecer la verdad real y que, en consecuencia, la sentencia sea producto de esa determinación⁸.

IV. RENUNCIABILIDAD A LOS DERECHOS

El mundo occidental ha entendido que la garantía de un juicio con debate público, en su visión restringida, es decir, el derecho a ser vencido en juicio, es una garantía renunciable. Con la adopción del modelo acusatorio en Colombia, dicho presupuesto adquiere una relevancia mayor, toda vez que no existiendo contradicción de intereses en un proceso que se tramita bajo el presupuesto de una confesión, no se activan las garantías propias de un juicio acusatorio.

El derecho a ser vencido en un juicio oral, público y contradictorio es una de aquellas garantías renunciables, lo que no implica la renuncia a que la sentencia esté debidamente fundamentada en prueba de responsabilidad penal, conforme lo establece el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual se responde penalmente por la acción u omisión en que haya incurrido el sujeto activo del delito.

De lo anterior se desprende que el juez de conocimiento no puede limitarse a la verificación de que el acto de suscripción de un acuerdo o la admisión unilateral de responsabilidad son voluntarios, inteligentes y conscientes, en tanto renuncia al derecho a ser vencido en juicio, sino que la función de juzgamiento va más allá.

No existiendo posibilidad de formarse un criterio en torno a la responsabilidad del procesado como producto del contradictorio, el juez debe ser especialmente riguroso en la constatación de los elementos que constituyen la responsabilidad penal. No basta, en consecuencia, partir del supuesto de que habiendo una renuncia al juicio, se dan por probados los elementos de la responsabilidad penal, porque, se repite, la garantía de que la condena tenga como fundamento la prueba de responsabilidad penal es irrenunciable.

V. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y NEGOCIACIONES

Un aspecto determinante al momento de determinar el ámbito de control judicial a los acuerdos y negociaciones en torno a la responsabilidad penal es verificar si el fundamento de éstos radica en el denominado principio de oportunidad en materia procesal penal. Si se concluye que se trata de figuras distintas y que el régimen de negociaciones

8 Acerca del conflicto entre verdad consensual y verdad real en TERESA ARMENTA DEU. "Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios", en *Un codice tipo de procedura penale per l'America Latina*, Cedam, 1994, pp. 273 y ss.

está fundamentado en el principio de oficiosidad u obligatoriedad respecto del ejercicio de la acción penal, tal como ocurría entre nosotros antes del acto legislativo 03 de 2002, el control del juez no involucra valoraciones de política criminal ni puede permitir el desconocimiento de prueba que agrave la situación procesal del aspirante a ser sentenciado anticipadamente. Si, por el contrario, optamos por la tesis según la cual está vinculada la terminación del proceso por consenso con el principio de oportunidad, la suscripción de un preacuerdo e incluso el allanamiento a los cargos⁹ pueden desconocer la prueba en torno a algunos elementos que hagan más gravosa la situación del condenado, pues la adopción de la sentencia simplemente corroboraría la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal por parte de su titular¹⁰.

A. Antecedentes. Audiencia especial

En el marco de nuestro sistema inquisitivo, adoptado en el Decreto 2700 de 1991, se consagró la figura de la terminación anticipada del proceso, artículo 37 del Código de Procedimiento Penal. Dicha normatividad daba la posibilidad al fiscal y al sindicado de llegar a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible para ser presentado ante el juez en una audiencia en la que se exigía a este último verificar que fueran correctas y que obrara “prueba suficiente”. No obstante, en la práctica judicial se suscitó una discusión en torno a si el nuevo ordenamiento jurídico permitía la posibilidad de realizar acuerdos en relación con los cargos imputados, dando lugar a una reforma a través de la Ley 81 de 1993, en la que se separaron los institutos de la sentencia anticipada y la audiencia especial, los cuales rigieron hasta la Ley 600 de 2000, en la que se suprimió por desuso el mecanismo de la audiencia especial.

La diferencia central entre estos dos instrumentos de terminación anticipada del proceso radicaba en que la sentencia anticipada partía del supuesto de la aceptación de cargos unilateral del procesado, mientras que la audiencia especial era producto del consenso entre el procesado y el fiscal en relación con los cargos imputados e implicaba una modificación a los mismos¹¹. No obstante, jurisprudencia y doctrina, al unísono, coincidieron en que ambos mecanismos debían respetar la prueba aportada y en que, en consecuencia, debía existir perfecta compatibilidad entre los cargos aceptados y los que hasta ese momento había logrado probar la Fiscalía. No existía, por tanto, incompatibilidad alguna entre el principio oficioso absoluto que regía en el artículo 250 original de la Constitución Política de 1991 y los mecanismos de terminación anticipada del proceso.

9 Si se llegase a la conclusión de que el allanamiento a los cargos necesariamente también debe ser consensuado entre el fiscal y el imputado.

10 Bajo el entendido de que el principio de oportunidad no sólo implica la facultad discrecional para no ejercer la acción penal sino que también habilita a la Fiscalía para ejercerla en forma atenuada.

11 Adecuación típica, forma de participación, grado de culpabilidad, circunstancias de agravación punitiva, preclusión de otros comportamientos sancionados con pena menor.

B. Las negociaciones en la Ley 906 de 2004 y el principio de oportunidad

La Ley 906 de 2004 conserva la posibilidad de que el imputado se allane a los cargos formulados por la Fiscalía a partir de la audiencia de imputación, después de formulada la acusación y hasta, incluso, una vez iniciado el juicio oral. Sin embargo, en el título segundo, capítulo único, introduce el mecanismo de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. Más allá de la novedad legislativa, importa resaltar que dicho estatuto de procedimiento penal es desarrollo del Acto Legislativo 03 de 2002, que introduce el modelo acusatorio de enjuiciamiento penal y entre otras creaciones autoriza a la Fiscalía para aplicar, de manera excepcional y reglada, el principio de oportunidad, con lo cual la lectura interpretativa de las normas que posibilitan el ejercicio discrecional de la acción penal varía sustancialmente.

El artículo 350 de la Ley 906 de 2004 recoge lo que en el sistema estadounidense se conoce como el “*plea bargaining*”, bajo la modalidad del “*charge bargaining*”¹². En efecto, el fiscal acuerda eliminar alguna causal de agravación punitiva u otros cargos a cambio de una declaración de culpabilidad por parte del procesado por uno de los delitos imputados o tipifica la conducta de manera más favorable, a cambio de que el procesado acepte su responsabilidad por la nueva imputación más benigna.

Bajo la perspectiva tradicional, esta norma no estaría haciendo cosa distinta que revivir la figura de la audiencia especial, dando la posibilidad al fiscal y al procesado de efectuar un acuerdo sobre elementos de la responsabilidad, e incluso, delitos conexos, no probados, para ser incluidos dentro de la negociación como una concesión del fiscal, quien se compromete simplemente a no continuar investigándolos y anticipar la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

No obstante, si se observa el contenido del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, cuando se refiere a las modalidades de los preacuerdos y negociaciones, expresamente señala que “También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias”, de lo cual se deduce que el objeto de la negociación o acuerdo también lo puede constituir la imputación fáctica, la jurídica y la pena.

Si aceptamos, entonces, que el nuevo Código de Procedimiento Penal establece la posibilidad de ejercer discrecionalmente la acción penal en forma reglada y con fundamento en consideraciones de política criminal, en desarrollo de lo previsto en el inciso primero del artículo 250 de la Constitución Política, y al mismo tiempo consagra la posibilidad de realizar acuerdos modificatorios en relación con la imputación fáctica y jurídica, concluimos que los preacuerdos y negociaciones son una figura sustancialmente distinta de la audiencia especial prevista en la Ley 81 de 1993; si bien ambas se

12 Ver BARONA VILLAR. *La conformidad en el proceso penal*, cit., pp. 62 y ss.; ERNESTO L. CHIESA APONTE. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, vol. III, Forum, 1993, pp. 282 y ss.

refieren a la posibilidad de negociar elementos de la responsabilidad y consecuencias punitivas, los preacuerdos tienen otra base constitucional que es el principio de oportunidad. Si ello es así, fiscal y procesado no tienen la atadura de los hechos probados pues, por una parte, cuando se realiza el acuerdo no existe prueba en sentido formal y material, ya que no se ha surtido la etapa del juicio oral y, por otra parte, la evidencia recaudada por la Fiscalía se puede desconocer en uso de la facultad discrecional que tiene el fiscal de ejercer discrecionalmente la acción penal.

VI. EL CONTROL JUDICIAL A LA TERMINACIÓN ANTICIPADA

Hechas las precisiones que anteceden a este capítulo, examinaremos a continuación los diversos aspectos que competen al juez de conocimiento al momento de ejercer la función de juzgamiento, en relación con la aplicación de procedimientos especiales dirigidos a obtener una sentencia atenuada.

A. El concepto de violación de garantías fundamentales

El artículo 293 de la Ley 906 de 2004 señala que el juez de conocimiento debe cerciorarse de que la aceptación de la imputación es voluntaria, libre y espontánea; el artículo 327 *ibidem* señala que los preacuerdos no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad; el artículo 351 del mismo estatuto establece que los preacuerdos obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales; y el artículo 368 del nuevo estatuto procesal penal establece como condiciones de validez del acuerdo además del ser libre, voluntario e informado de sus consecuencias, el estar acompañado de asesoría por parte de la defensa técnica y reitera el control sobre el no desconocimiento de garantías fundamentales.

Obsérvese que la nueva legislación legal en materia de preacuerdos y negociaciones conserva la cláusula general de control judicial utilizada desde el año 1991, según la cual, debe ser rechazado cualquier acuerdo que implique violación de garantías fundamentales.

Tal y como se vio atrás, el fundamento de la sentencia que se profiere anticipadamente como producto de un acuerdo, lo constituye la posibilidad de renunciar al derecho a ser vencido en juicio. Es decir que la primera obligación del juez es el saneamiento del proceso, esto es, constatar que no existe ninguna nulidad procesal en lo actuado, que tiene competencia legal para pronunciarse y que el procesado ha estado debidamente asistido por parte de un defensor técnico. Lo anterior por cuanto si bien dichas garantías hacen parte también del juzgamiento, no son renunciables y constituyen pilar fundamental del derecho a un juicio con cumplimiento de las reglas del debido

proceso. Igual debe decirse respecto de las garantías implícitas en el debido proceso, tales como el principio de favorabilidad.

Igualmente, el juez tiene la obligación de constatar que el acuerdo o la aceptación de cargos se han realizado de manera voluntaria, consciente e inteligente, esto es, sin ningún tipo de apremio o coerción, en condiciones de plena consciencia en relación con la comprensión de los hechos imputados y con la clara advertencia e información suficiente acerca de las consecuencias jurídicas de haberlo efectuado, lo cual implica que el procesado esté debidamente ilustrado acerca no sólo de la irrevocabilidad de su renuncia al juicio, de la imposibilidad de rebatir en un nuevo escenario su responsabilidad por los mismos hechos, sino también de la plenitud de las consecuencias jurídico-penales de la declaración de responsabilidad, tales como la clase de pena, duración posible de ésta, su ejecución, antecedentes penales, etc.

Pero allí no termina la función de control judicial. El acto de juzgamiento, así sea en términos inquisitivos, implica valorar la prueba y llegar a la convicción, más allá de toda duda, en relación con la responsabilidad del procesado. Aunque el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 cuando regula la subetapa de individualización de la pena se refiere a lo que en principio podría considerarse como dos hipótesis distintas, cuando señala que “si el fallo fuere condenatorio o si se aceptara el acuerdo con la fiscalía, el juez concederá brevemente y por un sola vez la palabra [...]”, es evidente que la aceptación de un acuerdo implica proferir una sentencia condenatoria, lo que, al tenor del artículo 381 del mismo estatuto, requiere del conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución, según el cual en Colombia sólo se responde penalmente por el acto cometido.

Lo anterior implica que en el acto de aprobación de un acuerdo o de un allanamiento a los cargos el juez debe examinar que el procesado haya admitido la responsabilidad en relación con hechos que la Fiscalía efectivamente consideró probados al momento de formular la imputación y que, en consecuencia, de encontrar alguna contraevidencia entre dichas pruebas no controvertidas y la confesión del imputado, debe rechazar el acuerdo. De lo anterior se concluye que ante el juez de conocimiento debe presentarse tanto el acto que consigna el acuerdo y la admisión de responsabilidad por parte del procesado, como la evidencia recaudada por la Fiscalía para soportar la imputación o la acusación, según el momento procesal en que se realice la negociación.

Pero ¿qué sucede si, *contrario sensu*, lo que encuentra el juez en el escenario de un preacuerdo es que éste desconoce evidencia en relación con los hechos que, de ser presentada en un juicio oral, podría eventualmente conducir a un cargo más gravoso, por ejemplo, una causal de agravación punitiva como el parentesco, un delito en concurso como el porte ilegal de armas en un homicidio, o la existencia de un elemento que variaría la adecuación típica y respecto del cual hay evidencia, como sería el caso de la relación funcional o la condición de servidor público en un peculado?

Si optamos por la tesis de que el acuerdo está sometido al principio de oficiosidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, las hipótesis descritas conducirían a la improbación del acuerdo por parte del juez; pero si, por el contrario, fundamentamos los preacuerdos como una hipótesis reglada de la oportunidad, el acuerdo puede ser aprobado por el juez, siempre que el sacrificio jurisdiccional esté fundado en las finalidades político-criminales descritas en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, sin importar que el mismo desconozca la evidencia que soportó en su momento la imputación o la acusación. Creemos que esta solución es la correcta, toda vez que el nuevo estatuto procesal debe interpretarse de acuerdo al contenido del Acto Legislativo 03 de 2002.

En conclusión, el concepto de violación de garantías fundamentales debe entenderse en sentido amplio, dejando a salvo y manteniendo incólumes por parte del juez aquellos componentes del debido proceso no renunciables en el proceso penal.

B. Facultades del juez para comprobar la no violación de garantías fundamentales

Si partiéramos de la base de que el rol del juez frente a un preacuerdo es pasivo y de mera constatación formal de los requisitos formales, el papel del juez estaría limitado a aprobar el acuerdo y dictar sentencia condenatoria de conformidad con lo acordado o rechazarlo, disponiendo que el trámite se rehaga como si hubiese existido una manifestación de inocencia.

Por el contrario, hemos defendido la tesis de que el juez es garante del respeto por la totalidad de las garantías fundamentales. Ello implica dotar al juez de plenos poderes para indagar al procesado en relación con cualquier duda que exista respecto del procedimiento llevado a cabo por parte de la Fiscalía para llegar al acuerdo, como de la efectiva responsabilidad de quien admitió los cargos.

Lo anterior resulta compatible con la redacción del artículo 354 inciso 2.º de la Ley 906 de 2004 que establece “si la índole de los preacuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento [...]”, contenido del cual se concluye que si el juez requiere de tiempo para indagar acerca de los presupuestos de validez del acuerdo, no debe citarse a audiencia inmediatamente para efectos de individualizar la pena, sino que podrá el juez utilizar sus herramientas inquisitivas de indagación, para asegurarse de que el acuerdo no violenta garantía constitucional alguna.

Si se asume que el rol activo del juez de conocimiento es activo, debería existir una causal de impedimento para el juez que ha improbadado un acuerdo, ya que la tutela del principio de descontaminación, propio del sistema acusatorio, exige que el juez que va a conocer del juicio oral, en aquellos casos en que se frustró un preacuerdo, ofrezca la garantía de imparcialidad propia del juicio oral.

Por esta razón resulta contradictorio que el artículo 369 inciso 2.º de la Ley 906 de 2004 establezca que en caso de improbación del acuerdo no podrá mencionarse ni será objeto de prueba en el juicio el contenido de las conversaciones entre fiscal y defensor y que no recoja expresamente como causal de impedimento en el artículo 56 de la misma ley el hecho de que el juez haya rechazado un preacuerdo. Con todo, creemos que para garantizar el principio de desprevención podría acudir a la causal sexta, según la cual constituye impedimento el haber participado en el proceso, y a la causal cuarta, consistente en que el juez haya manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso, la cual excluye las hipótesis en las cuales el juez conoció previamente en ejercicio de su función, pero lógicamente en el entendido de que dicho conocimiento no haya contaminado su imparcialidad.

C. La irrevocabilidad

Según el artículo 293 inciso 2.º de la Ley 906 de 2004, a partir de la aceptación del acuerdo por parte del juez de conocimiento no es posible la retractación por parte de ninguno de los intervinientes. No obstante, nada dispone en relación con la posibilidad de retractación entre el momento de suscripción del acuerdo y la audiencia de aprobación de éste.

Consideramos que la respuesta para dicho vacío normativo debe diferenciar dos hipótesis: la primera, cuando la retractación proviene del fiscal, en cuyo caso debe impedirse al acusador la posibilidad de retractarse una vez suscrito el acuerdo, pues a partir de ese momento nace el derecho para el procesado de obtener la sentencia atenuada, siempre que no exista violación de garantías fundamentales y que el acuerdo no violente norma alguna del ordenamiento jurídico. Si, en cambio, la retractación proviene del procesado, debe tenerse como última oportunidad para ella la aprobación por parte del juez de conocimiento, puesto que la experiencia indica que buena parte de los procesados que acuden a estos mecanismos de terminación anticipada del proceso lo hacen por falta de información, por no contar con pruebas que permitan fundamentar su inocencia en el momento de suscribir el acuerdo o de aceptar la responsabilidad, o por ausencia de una debida defensa técnica, aspectos que sólo se pueden evidenciar al momento de aprobación o improbación del acuerdo por parte del juez de conocimiento.

D. Acuerdo sobre los elementos de la responsabilidad

En acápite anterior nos ocupamos de la posibilidad de realizar acuerdos que impliquen la supresión de cargos menores o la supresión de causales específicas de agravación punitiva, lo cual resulta posible aun en caso de existir evidencia que soporte dichos cargos, al amparo del principio de oportunidad.

El problema se presenta frente a la hipótesis que permite degradar el tipo penal, a partir de la posibilidad de tipificar la conducta de una forma específica con miras a disminuir

la pena, por parte del fiscal, a cambio de que el procesado se declare culpable de un delito relacionado de pena menor¹³.

La pregunta que surge es si esa facultad permite degradar el tipo penal bajo el único referente de una punibilidad menor o si existe también limitación entorno a la adecuación típica.

Consideramos que la respuesta acertada a este interrogante debe optar por la segunda tesis. En efecto, la posibilidad de degradar el tipo específico, no obstante existir evidencia que permitiría adecuar la conducta a un tipo más gravoso, tiene fundamento en el principio de oportunidad, pero dicha alternativa tiene una limitante adicional, que se desprende del artículo 29 de la Constitución Política, concretamente, del principio de legalidad y responsabilidad por el acto cometido, que impide que una persona sea declarada responsable y sancionada penalmente por un delito que, así sea más benigno, no cometió, o dicho en otros términos, que su conducta no pueda adecuarse a la descripción típica por la cual finalmente va a responder. Ese es el alcance que creemos debe darse a la expresión delito “relacionado” contenida en el inciso segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004.

Finalmente, el juez debe examinar con cuidado la imputación o acusación, según el caso, a efectos de excluir la posibilidad de lo que la doctrina conoce como inflación o multiplicación de cargos. No debe olvidarse que la posibilidad de negociar los cargos permite la malsana práctica de sobredimensionar la imputación en relación con cargos respecto de los cuales no se tiene evidencia, pero que se suprimen con el ánimo de inducir al procesado a la convicción de que se le está haciendo una concesión real, cuando en estricto sentido la imputación sobre la cual debe partir la negociación es aquella que se encuentra soportada en evidencia. En ese sentido, el juez de conocimiento no debe confiar exclusivamente en la función de control ejercida por parte del juez de garantías al momento de formularse la imputación, pues puede ocurrir que éste haya actuado con ligereza o que tras dicha audiencia se haya modificado la imputación. Es deber del juez de conocimiento constatar que al momento de aceptarse los cargos por parte del procesado, independientemente de que haya existido un acuerdo o no sobre los mismos, éstos se encuentren debidamente soportados en la evidencia recaudada por la Fiscalía.

E. El acuerdo sobre la pena

Los artículos 350 y 351, en concordancia con el inciso primero del artículo 369 y el artículo 370 de la Ley 906 de 2004, establecen la posibilidad de que uno de los objetos de acuerdo sea la pena por imponer. Igualmente señalan que el juez no puede imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal, en caso de improbación del acuerdo.

13 Artículo 350 Ley 906 de 2004.

Lo anterior es consecuencia de entender el principio de congruencia en materia de preacuerdos, bajo una óptica inquisitiva, toda vez que al no existir juicio oral, la renuncia al juicio por parte del acusado lleva implícita la condición de que en caso de ser aceptado el acuerdo su expectativa de pena no va a ser superior a la prometida por el fiscal.

Consideramos que si bien es cierto que existe un principio de congruencia más rígido en materia de preacuerdos que en el proceso ordinario, toda vez que también cubre la imputación jurídica y la pena, esta última debe entenderse en sentido abstracto, ya que no debe despojarse al juez de conocimiento de su función de juzgamiento, la cual implica individualizar la pena que en concreto debe imponerse al condenado. Es decir que el fiscal puede comprometerse a no imputar hechos que configuran circunstancias genéricas de agravación y a no presentar una alegación que contenga elementos que, conforme al artículo 61 inciso 3.º del Código Penal, van a incidir en el proceso de individualización, y deberá advertir la pena posible, dentro del límite mínimo y máximo imponible, pero no podrá despojar al juez de su facultad de graduar e imponer la pena, determinando el *quantum* de ésta, en concreto.

Ahora bien: en los casos en que la pena no haga parte del acuerdo, el juez cuenta con amplia libertad en el proceso de individualización para determinar la sanción imponible dentro de los parámetros legales.

BIBLIOGRAFÍA

ALSCHULER, ALBERT W. "The Trial Judge's Role in Plea Bargaining", en *Columbia L. Rev.*, 76, 1976

ARMENTA DEU, TERESA. "Mecanismos de simplificación del proceso penal: el principio de oportunidad y los procesos monitorios", en *Un codice tipo de procedura penale per l'America Latina*, Cedam, 1994.

BARONA VILLAR, SILVIA. *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

BASSIOUNI, M. CHERIF. "Linee del processo penale negli USA", en *Prospettive del Nuovo Processo Penale*, Milán, Giuffrè, 1978.

BAZZANI MONTOYA, DARÍO. *El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

BAZZANI MONTOYA, DARÍO y otros. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2006.

CHIESA APONTE, ERNESTO L. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, vols. II y III, Forum, 1992 y 1993.

CHILIBERTI, ALFONSO y otros. *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, Giuffrè, 1994.

GAMBINI, ROSANNA. *Il "Plea Bargaining" tra common law e civil law*, Milán, Giuffrè, 1985.

MESTRE ORDÓÑEZ, JOSÉ FERNANDO. *La discrecionalidad para acusar*, 2.^a ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2007.

OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA y otros. *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

PANSINI, GUSTAVO. *L'illusione accusatoria*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.