

El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional

Recibido 27/02/2013 - Aprobado 10/04/2013

RAÚL CASTAÑO VALLEJO*

1. La justicia penal negociada

Existe en la actualidad una tendencia extendida por los sistemas procesales penales continental-europeos y latinoamericanos en la adopción de los instrumentos correspondientes al procedimiento penal anglosajón, generada por el común diagnóstico que en nuestro país ha reclamado siempre una justicia pronta y eficaz: congestión judicial atribuida a la enorme cantidad de procesos y a la larga duración de los mismos. Sistemas procesales que tradicionalmente han sido considerados inquisitivos, mixtos o inquisitivos- reformados¹, han venido siendo permeados por

* Juez Penal del Circuito de Medellín, Colombia. Magister en Derecho Penal, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Contacto: raulcv77@hotmail.com

1 MÁXIMO LANGER, La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importancia de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado, en: *El procedimiento abreviado*, JULIO B. J. MAIER Y ALBERTO BOVINO (comps.), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 101.

el sistema de negociación de la culpabilidad conocido como *plea bargaining*² con el supuesto cometido de descomprimir el sistema judicial penal y superar la crisis atribuida al ejercicio de un sistema procesal altamente formal, donde prevalece el fin de la verdad material sobre la eficacia y la eficiencia³.

De manera que la implementación de estos sistemas, correspondientes al denominado derecho penal premial y concretamente a la justicia penal negociada⁴,

2 Es un instrumento de negociación sobre la declaración o súplica negociada, afín al sistema adversarial (*adversary system*) de origen anglosajón, “En este diseño procesal la declaración de culpabilidad (*guilty plea*, por oposición al juicio con jurados: *jury trial*) se presenta de tres maneras: puede ser voluntaria o no influida (*voluntary or uninfluenced*), cuando el inculpado confiesa porque su culpabilidad resulta evidente; estructuralmente inducida (*structurally induced plea*), si el acusado se declara culpable y confiesa, para obtener reducción de pena; y negociada (*negotiated plea* o *plea negotiation*), si hay acuerdo con el Fiscal para efectos de que éste sólo denuncie delitos menos graves, o proceda para dejar de lado algunos u omite las circunstancias agravantes y exponga las atenuantes. Esta última modalidad, a su vez, admite dos formas básicas: la *Sentence bargaining* o *sentence concession*, en la que el acuerdo versa sobre la disposición final del caso y el contenido de la condena que va a serle impuesta al acusado, sin alterar los cargos originales; y la *Charge bargaining* o *Charge concession* o *Charge reduction*, que supone la declaración de culpabilidad por parte del encausado y el Fiscal, como contrapartida, modifica la acusación bien para sustituir el delito originariamente imputado por otro menos grave, con el retiro de la acusación formulada por alguno de los cargos —cuando son varios— o desistiendo de formularla; y mediante la combinación en un mismo asunto de ambas posibilidades, con lo cual puede haber una reducción cualitativa o cuantitativa de los cargos”: FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, La justicia negociada: un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema, en: http://www.usergioarboleda.edu.co/santamarta/institucional/escuelas/derecho/eventos/1er_congreso_penal/ponencias/2009_velasquez_justicia_negociada.pdf, (fecha de la consulta: marzo 26 de 2013), pp. 8-9.

3 Sintomático de dicha crisis es la respuesta jurídico-política que aquí y en otras latitudes se ha dado al problema: una irracional inflación legislativa que ha llevado, por ejemplo, a que en los últimos veinte años hayan regido en Colombia cuatro códigos de procedimiento penal, dos códigos penales y dos códigos de menores, además de las normativas complementarias, JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, en: JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS, OCTAVIO GARCÍA PÉREZ (Coord.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*, Madrid, EDISOFER, 2008, pp. 88 y 89. En Alemania ha sido igual la situación, habiéndose expedido ochenta y dos leyes de reforma sobre el procedimiento penal en los últimos treinta años, BERND SCHUNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en: *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 291

4 Propiamente, el Derecho Penal premial es la denominación genérica que se da a formas de levantamiento o atenuación de la pena para los coimputados que colaboran con la justicia penal en el descubrimiento del delito o en la delación de sus autores, por lo que también se les denomina “arrepentidos” y agrupa “normas de atenuación o remisión total de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado”, ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, El coimputado que colabora con la justicia penal, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (fecha de publicación: 22 de mayo de 2005), <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf> (fecha de la consulta: marzo 26 de 2013). De allí que podría clasificarse a la justicia penal negociada como una especie del Derecho Penal premial, dirigida a la compensación punitiva en los procedimientos abreviados por negociación o por allanamiento de los cargos.

obedece no al interés del legislador por hacer vigentes las garantías procesales que emanan de un modelo de derecho penal garantista, sino que tiene propósitos más pragmáticos y que se relacionan con el interés de solucionar problemas que atañen con la praxis judicial, buscando la celeridad en los trámites procesales y el descongestionamiento de la administración de justicia. Se trata del más puro eficientismo que responde a la ecuación de costos y beneficios en busca de resultados tangibles en el plano estadístico bajo la consigna de reducir los procesos y aumentar las condenas, mutándose el verdadero objetivo del proceso penal de la pretensión de justicia a la búsqueda de eficiencia.

Esta solución que se ofrece a la problemática de la administración de justicia repercute de manera negativa en la vigencia de las garantías de los procesados, cuyos derechos procesales son vistos como obstáculos por superar en aras de la consecución de una justicia pronta y eficaz, llegándose incluso al punto de acuñarse el término de *hipergarantismo* para significar un supuesto exceso de garantías procesales nocivo para los fines pragmáticos perseguidos⁵.

Pero si la respuesta a la profunda crisis por la ineficiencia de la administración de justicia ha sido la adopción de un sistema procesal penal edificado sobre la base de un derecho premial, tal parece que la crisis no sólo no ha sido sofocada sino que se ha venido agudizando. Las críticas a un derecho penal de estas connotaciones, donde se persigue la efectividad o el más puro eficientismo⁶ de la administración de justicia a cuenta de ofrecer supuestas ventajas punitivas a los procesados, se mantienen al orden del día, comprendiéndose que no es más que otra manifestación de la misma crisis de legitimidad del sistema penal, pero que esta vez socava con severidad la misma estructura del Estado de derecho liberal.

Se ha pretendido sentar como un dogma la tesis de que los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal por vía de consenso o acuerdo entre las partes, son propios de los modelos de sistemas acusatorios, lo cual no es cierto. De un sistema acusatorio y su desarrollo de proceso entre partes son características únicamente la separación entre juez y acusador, la igualdad entre defensa y acusador,

5 El término fue empleado como uno de los problemas detectados para un adecuado funcionamiento del sistema penal acusatorio, en el marco del Encuentro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio, convocado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cfr. sus memorias en: <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/ComuniCorte/Prensa/Memorias%20del%20Encuentro%20de%20An%C3%A1lisis%20del%20Sistema%20Penal%20Oral%20Acusatorio.pdf>

6 La eficacia de la administración de justicia en Colombia ha sido siempre entendida como sinónimo de condenas. En efecto, la producción de sentencias condenatorias es el principal factor de medición de la eficacia del sistema penal, cuando en verdad la eficacia debería entenderse en términos de justicia, esto es, el respeto efectivo de los derechos y de las garantías. ALEJANDRO DAVID APONTE CARDONA, *Guerra y derecho penal del enemigo, Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1999, pp. 11-12

la oralidad, la concentración y la publicidad del juicio⁷. Tampoco se puede confundir las formas de negociación y acuerdos con el esquema acusatorio a partir de la idea de la evitación de los juicios como fórmula de economía procesal⁸, pues es la misma estrategia que en no pocas oportunidades se ha empleado en las relaciones de desigualdad entre las partes, propia de los sistemas inquisitivos.

Ciertamente, la exclusión del juicio en el marco de los mecanismos de negociaciones y preacuerdos desvirtúa el esquema acusatorio porque “el juicio oral corporiza, por su estructura contradictoria, recursos para hallar la verdad, que desaparecen en un procedimiento regido por acuerdos”⁹, representando un esquema contrario al adversarial que se pretende caracterizar y resultando afín, más bien, a un muy definido sistema inquisitivo¹⁰.

Es más, puede afirmarse que por esencia el juicio es el verdadero proceso de un sistema acusatorio, siendo el escenario donde las partes se presentan en igualdad de condiciones y se traba el conflicto en presencia de un tercero imparcial, el juez, quien debiendo velar por el respeto de las garantías procesales del acusado percibe con sentido de intermediación las pruebas que se practican en su presencia a efecto de determinar finalmente si la presunción de inocencia fue o no desvirtuada en virtud de la pretensión punitiva impulsada por el acusador. Por lo tanto, se tiene que concluir que los procedimientos especiales que abrevian el proceso penal eliminando el

7 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 747

8 DARIÓ BAZZANI MONTOYA, “La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad”, en: *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal, Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, 2004, p. 259. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia está convencida de las bondades del sistema como fórmula de eficiencia de la administración de justicia penal. Bajo esta idea ha afirmado: “4. El novedoso sistema está diseñado para que a través de las negociaciones se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverá los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa”. La misma Corporación, reproduciendo el pensamiento de la Corte Constitucional cuando repudió la tesis de la fiscalía sobre no acumulación de rebajas previstas en los artículos 269 del C. Penal y 349 C.P.P., porque “desestimularía la terminación temprana de los procesos”, entabando ese procedimiento de desvío, lo cual “podría ocasionar el colapso del sistema, cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales” (MP. Yesid Ramírez Bastidas, 01/06/2006, proceso 24764). En aclaración de voto del M. Mauro Solarte Portilla, a la sentencia 26/08/2005, rad. 21.954, informa: “El *Chief Justice Burger* en el caso *Santonello vs New York* señaló que “una reducción del 90 al 80% en el porcentaje de declaraciones negociadas exigiría que se duplicaran los medios humanos y técnicos (jueces, secretarios judiciales, jurados, etc.), mientras que la reducción al 70% exigiría triplicarlos”.

9 BERND SCHUNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, cit., p. 299.

10 En este sentido, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 748: “La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición”.

contradictorio, como los que son producto de una justicia premial o una justicia penal negociada, representan “una variedad no extinguida de los modelos inquisitivos de enjuiciamiento penal”¹¹.

Es recurrente la justificación político-criminal de la existencia de la justicia penal premial en su necesidad para la subsistencia de los sistemas procesales, pues no resulta posible en la práctica que sistema alguno en el mundo tenga la capacidad económica para llevar hasta el juicio todos los procesos, haciéndose necesario el uso generalizado de un mecanismo como el de las negociaciones de las penas que abrevia el trámite procesal de manera significativa¹², de donde se sigue que la etapa de juicio ha dejado de ser la fase central del proceso penal para convertirse en instrumento simbólico como método de atribución de la responsabilidad penal¹³. Reconociéndose el sacrificio en términos de garantías, se asume el sistema premial como un mal necesario:

Ya hoy las Cortes no ocultan la aceptación y hasta el favorecimiento del sistema de alegaciones pre-acordadas. Se trata de un área donde la realidad se ha impuesto sin mucha dificultad sobre la teoría. A pesar de los reparos morales o ideológicos que pueda haber a la institución de la negociación de alegaciones ante una acusación —que permite una aceptación de alegación por un delito distinto al cometido y se presta para cierto tipo de presiones’—, hoy en día se le acepta como un componente esencial de nuestro sistema de justicia criminal. La peor caracterización se reduce a una especie de mal necesario, por decirlo así...¹⁴.

Ahora, los cuestionamientos relacionados con la inconveniencia de los pactos entre las partes en torno a los delitos y las penas estriban básicamente en el hecho de que tales acuerdos y negociaciones se llevan a cabo en una etapa procesal preparatoria donde la hipótesis del acusador se soporta sobre elementos materiales probatorios,

11 DARIÓ BAZZANI MONTOYA, “Poderes de control del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdo y aceptación de cargos”, en: *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Vol 30, No 89 (2009), p. 150

12 En Estados Unidos el *plea bargaining* se ha convertido en la práctica en una etapa previa al proceso, en donde el proceso ordinario se convirtió en subsidiario del abreviado, el cual se adelanta solo ante el fracaso de la iniciativa de consenso propuesta por el fiscal, calculándose que el 93% de los casos penales es resuelto sin un juicio. Así, DARIÓ BAZZANI MONTOYA, “La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad”, Cit., p. 253; STEPHEN C. THAMAN, “La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos”, en: *Constitución y sistema acusatorio*, KAI AMBOS Y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (compiladores), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 169

13 ALBERTO BOVINO, “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en: *El procedimiento abreviado*, cit., pp. 58-59

14 ERNESTO L. CHIESA APONTE, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Volumen II, Bogotá, Editorial Forum, 1995, p. 425

puesto que la prueba de los hechos se debe producir íntegramente delante del juez en el curso del juicio oral y público, concentrado y con intermediación de las pruebas, siendo este el único escenario donde de verdad se puede desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Por tal motivo se ven afectados los fundamentos del proceso penal cuando a cambio de una rebaja punitiva el acusado lleva a cabo lo que se puede considerar como una confesión magra, renunciando a su derecho de ser presumido inocente, mientras que a cambio de una condena el Estado renuncia a la obtención de la verdad material y al deber judicial del esclarecimiento de los hechos.

No hay duda que con el sistema de acuerdos y negociaciones se pervierte el sistema de garantías inherente al Estado de Derecho porque, en primer lugar, existe evidente desigualdad del acusado frente al poder del acusador público, terminando fácilmente adhiriendo a las condiciones que se le imponen en virtud de la fuerza de la coacción estatal, constituyendo una forma de sometimiento a la que difícilmente se puede negar condicionado por las rebajas punitivas que se le ofrecen o por la amenaza punitiva gravitante, con independencia de su inocencia o su culpabilidad, convirtiéndose el proceso penal en un juego de azar para el procesado que de querer someterse a las reglas del juicio oral se arriesga en caso de ser condenado a una pena mucho más grave que la que obtendría de acceder a una fórmula de negociación. No hay duda que ante los sistemas draconianos de penas que sueles acompañar los modelos de negociación, el procesado se ve obligado a aceptar su responsabilidad, reviviéndose de esta manera la misma idea que estaba en la base del sistema penal premoderno: el ejercicio de la coerción para la obtención de la declaratoria de culpabilidad del individuo¹⁵.

En segundo lugar, termina afectado el principio de culpabilidad por el hecho como medida de proporcionalidad de la pena, pues esta ya no dependerá de una graduación relacionada con la comisión del injusto sino de la habilidad negociadora de la defensa y del acusador¹⁶. Se rompe de esta manera el nexo retributivo que liga

15 FERNANDO DÍAZ CANTÓN, Juicio abreviado vs. Estado de derecho, en: *El procedimiento abreviado*, p. 253. En igual sentido: STEPHEN C. THAMAN, La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos, cit., p. 170

16 Una de las principales críticas que afronta el modelo anglosajón es que las alegaciones preacordadas de culpabilidad permiten la inflación de los cargos contra el procesado: "El fiscal tiene una metodología bien fácil para impulsar las alegaciones preacordadas. Él hace lo que se llama el *overcharging*. Quiere decir incluir cargos adicionales a los que normalmente se justificaban bajo la prueba y bajo la investigación que él tiene en sus manos, para entonces, en un arranque de deseo de allanar la situación, y de que no se celebre el juicio, pues claudica algunos de ellos": Actas del Convenio sobre Alegaciones Preacordadas de Culpabilidad, 1974, Puerto Rico, citado por DARÍO BAZZANI MONTOYA, "La terminación anticipada del proceso penal por consenso y el principio de oportunidad", cit., p. 260. Estas prácticas inadmisibles ya han sido puestas de presente en sistemas como el colombiano y el chileno, cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "La justicia negociada: un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema", cit., pp. 28-29; En palabras de CARLOS DEL RÍO FERRETTI, "El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, Nº 1, abril de 2008, Santiago, 2008, pp. 157-182: "Así, por

la sanción a la conducta punible y que en virtud del principio de proporcionalidad delega en el juez la calidad y la cantidad de pena de acuerdo a la naturaleza y la gravedad del comportamiento¹⁷.

En tercer lugar, la aceptación unilateral de culpabilidad o la celebración de preacuerdos con la fiscalía, supone la renuncia que hace el acusado a derechos que le son inalienables como el de presunción de inocencia y la carga de la prueba a cargo del acusador, con la consecuente afectación del principio *in dubio pro reo*, resultando un imperativo para la conformación del juicio de culpabilidad por parte del juez que esa prueba practicada en su presencia y a cargo del acusador sea objetivamente incriminatoria, lo que se conoce como la exigencia de efectiva prueba de cargo¹⁸.

En cuarto lugar, se diluye el principio de contradicción, puesto que no habiendo juicio oral y público no hay producción probatoria y, en consecuencia, no existe auténtica controversia entre las partes. Desaparece de esta forma el procedimiento fundado en el conflicto, regulado y ritualizado, entre partes contrapuestas, lo que además representa mengua en el derecho de defensa del procesado, pues el escenario para la contienda o controversia es el juicio como tutela de la presunción de inocencia¹⁹.

En quinto lugar, los fines preventivos de la pena se distorsionan habida cuenta que finalmente la sanción no se produce por la conducta punible del autor sino por su comportamiento procesal²⁰: “La pena no depende de la conducta delictiva del procesado sino de la conducta observada en el proceso”²¹. Es evidente que tratándose de una modalidad de derecho premial, no se tiene en cuenta funciones de la pena como la retribución y la prevención sino que lo que se busca es garantizar la eficiencia de la administración de justicia²² y de esta manera bien puede decirse que en un contexto

ejemplo, el caso de fiscales que alegan hechos inexistentes o recortados o hacen calificaciones jurídicas groseramente incorrectas, con las cuales quieren persuadir o compensar las aceptaciones (confesiones) de los acusados: ¿libertad de la aceptación, pero con coacción psicológica?, ¿principio de legalidad procesal y sustantiva, pero alterado de manera ilegal?, ¿igualdad ante (qué) ley penal? Y en este contexto de ¿qué manera se puede entender respetada la presunción de inocencia si lo que se busca es forzar un determinado contenido incriminatorio?”.

17 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 398

18 CARLOS DEL RÍO FERRETTI, “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, cit., p. 177

19 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 613

20 BERND SCHUNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, cit., pp. 299-301; LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 749; FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La justicia negociada: un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema”, cit., pp. 27-31

21 JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, “¿Qué pasa con la pena hoy en día?”, en: *Revista electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Antioquia*, N° 8, Medellín, enero – abril 2012, p. 5.

22 *Ibíd.*, p. 5.

eminentemente utilitarista se coloca el acento en el tema de la *administración* y no de la *justicia*²³, pervirtiéndose los tradicionales criterios del merecimiento y necesidad de pena inherentes a la justicia penal.

En sexto lugar, se resquebraja la vigencia del principio de legalidad penal sustantivo (*nulla poena et nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimine et sine culpa*), cuando la ley permite la tipificación de la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena (En el caso colombiano, artículo 350 – 2 Código de Procedimiento Penal colombiano –En adelante CPP-) o, en otros eventos, la práctica enseña que en el afán de terminar anticipadamente el proceso penal y evadir el compromiso del debate en el juicio oral y público, es frecuente que se acuda por parte de fiscales, con la anuencia de jueces, a la manipulación fáctica de la conducta punible o a atemperar de manera injustificada la gravedad de la calificación jurídica (eliminando de manera unilateral agravantes o introduciendo atenuantes inexistentes, p. ej.). Ello deriva en que mediante el abuso de los métodos de negociación el acusador puede terminar modificando el Derecho penal sustantivo empleando la técnica de rebajas de penas, pues a través de estas prácticas se crean normas penales *ad hoc* aplicables al caso particular, fruto de una acusación que se aparta de lo dispuesto en la ley y que no responden a una correcta sistemática dogmático penal²⁴.

Lo anterior, y en séptimo lugar, conduce al quebrantamiento de los derivados del principio de legalidad: la certeza de la ley penal o la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas y la igualdad ante las mismas, lo que se patentiza en los eventos en que bajo unas mismas circunstancias fácticas se pueden derivar consecuencias penales diametralmente opuestas, cuando, como por ejemplo, en los casos de concurso de personas en la realización de la conducta punible algunos de los intervinientes se allanan o acuerdan con la fiscalía y otros optan por el trámite ordinario del juicio oral y público, derivándose para los primeros una ley penal *ad hoc* y para los últimos una ley penal estricta, cuyas consecuencias punitivas resultan notablemente diferentes.

Mención aparte merece la consideración de lo que puede ser objeto de consenso o negociación entre las partes, que en el caso colombiano se extiende no sólo a los términos de la imputación, sino también a sus consecuencias, entendiendo como tal la medida de la pena e incluso la concesión de subrogados penales (artículo 351-2 CPP.), lo que resulta bastante discutible desde la constitucionalidad de estos mecanismos procesales. En la práctica esta concepción de las negociaciones y sus alcances determina el desplazamiento de la figura del juez, en tanto en términos generales su

23 PABLO GALAIN PALERMO, "La negociación en el proceso penal", en *Revista de Derecho* N° VII, Montevideo, Universidad Católica/Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 191

24 CARLOS DEL RÍO FERRETTI, "El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias", cit., p. 172

función se ve supeditada a la aprobación de los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado (artículo 351-4 CPP). Y es que los mecanismos de negociación que buscan provocar la confesión magra del acusado y su compensación a través de rebajas de la pretensión punitiva, tienen su correlación en la fórmula de “forzar” al juez a que recoja en sentencia el contenido de la acusación, privándole en la práctica de sus poderes de enjuiciamiento²⁵.

La consecuencia de este estado de cosas es que se quebranta la garantía jurisdiccional, consistente en que el Derecho penal solo se puede aplicar mediante un proceso jurisdiccional ante un juez o tribunal competente (artículo 29-2 Constitución Política). Se compromete, a más de la inderogabilidad del juicio, la infungibilidad de la jurisdicción y sus garantías cuando el juez no interviene en la determinación de la pena y se limita a la aprobación de la medición efectuada entre el acusador y el acusado²⁶.

2. La recepción en el derecho procesal penal colombiano de los mecanismos de justicia penal premial

Pues bien, más allá de todas las circunstancias analizadas y criticadas que en nuestro entender desnaturalizan la concepción de un verdadero modelo de sistema acusatorio cuando se elimina el juicio oral y público como el escenario propicio para adelantar el proceso penal, debe reconocerse que los mecanismos de justicia penal negociada, en apariencia, comportan una atenuación del poder punitivo en razón de la disminución de las penas, por lo que podría entenderse que más que restricciones de los derechos del acusado, constituyen garantías en su favor. Sin embargo, lo que la realidad enseña de manera tozuda es que un modelo procesal penal que se fundamenta en mecanismos de negociación de la responsabilidad penal y de las penas no persigue un tratamiento menos severo para el acusado que se acoge a una de las formas de abreviación del proceso prevista en la ley, sino todo lo contrario, su fin es el aseguramiento de un castigo sin juicio que se traduce en un propósito represivo o punitivo, nunca de garantía para el imputado²⁷.

Prueba paradigmática de ello lo es el sistema penal acusatorio implementado en Colombia, donde se pueden apreciar todos los defectos que se atribuyen al modelo de justicia penal negociada. Y aún más; el sistema procesal penal en Colombia, tal y como ha venido siendo desarrollado por el legislador, con su profusa, caótica y embarullada producción de normas, y por la jurisprudencia, con sus notables incoherencias

25 *Ibíd.*, p. 166

26 LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 398

27 En este sentido, CARLOS DEL RÍO FERRETTI, “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, cit., p. 174

sistemáticas, oculta detrás de unos aparentes postulados garantistas las funciones no declaradas del sistema acusatorio colombiano²⁸: un derecho penal expansionista al servicio de causas foráneas, que emplea de manera falaz un régimen de atenuación punitiva prometido para quien renuncia a la garantía del juicio, institucionalizando el engaño al acusado al promover la inflación de las penas como estrategia de negociación²⁹.

Desde la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se discutió la necesidad de llevar a cabo un radical cambio en material procesal penal que diera lugar a un sistema de carácter acusatorio distinto al sistema inquisitivo para entonces vigente, bajo el entendido de que la función jurisdiccional del Estado en materia penal se encontraba afectada por la ineficiencia, impunidad y falta de garantías en materia de derechos fundamentales.

La estructura general del propuesto sistema penal acusatorio se sustentaba en los siguientes pilares: independencia de la Fiscalía general de la Nación respecto del ejecutivo; monopolio de las funciones de investigación y acusación en cabeza del Fiscal General de la Nación y sus agentes; establecimiento de un procedimiento único para la investigación y juzgamiento de delitos; igualdad de condiciones entre el ente acusador y la defensa durante todas las etapas del proceso³⁰.

Para tal efecto, al tiempo que se dispuso la creación de la Fiscalía General de la Nación, se determinó la implementación de un sistema mixto de corte acusatorio, fruto de lo cual se expidió la ley 600 de 2000, en la que sin embargo siguió prevaleciendo un sistema inquisitivo, sin separación de funciones de investigación y juzgamiento y en el que permanecían invariables las formas escritas, lo que finalmente no rindió los frutos que se esperaba en tanto se hizo verificable que el sistema instrumental penal no alivió sino que estimuló la congestión judicial, resultaba insuficiente para afrontar la gran criminalidad y no era herramienta idónea para atacar la impunidad.

El evidente fracaso de la ley 600 de 2000 generó la necesidad de su modificación, gestándose la reforma de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, relacionados con las funciones de la Fiscalía General de la Nación, a través del Acto legislativo 03 de 2002³¹, lo que se entendió como el tránsito definitivo a la

28 LUIS GONZAGA VÉLEZ OSORIO, *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, Medellín, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012, pp. 53-57

29 La atenuación punitiva prometida resulta ficticia porque se aumentan de manera artificial las penas para lograr a través de la negociación el resultado punitivo deseado, cfr. BERND SCHUNEMANN, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", cit., p. 301.

30 Asamblea Nacional Constituyente, Proyecto de acto reformativo de la constitución N° 11, *Propuesta de Estructura del Sistema Acusatorio*, Hernando Londoño Jiménez, *Gaceta constitucional N°10*.

31 Proyectos de Acto Legislativo 12 y 237 de 2002

implementación de un sistema penal con tendencia acusatoria que recogiera los estándares internacionales en la materia y que respondiera a unos definidos objetivos de hacer más eficiente y eficaz el sistema penal, perseguir y sancionar la criminalidad grave y organizada, hacer más garantista el sistema penal, garantizar los derechos de las víctimas, implementar un programa de justicia restaurativa, mejorar la confianza de la ciudadanía en el sistema penal y mejorar la calidad de las decisiones en materia penal³². Por ello, en el mismo Acto legislativo se dispuso la creación de una comisión del nuevo código procesal penal que dio como resultado la expedición de la ley 906 de 2004, en la que se adoptó un sistema procesal caracterizado por dos aspectos fundamentales: la separación de funciones de investigación y juzgamiento y la implementación de juicio oral, público, contradictorio y concentrado.

Destaca de los antecedentes del Acto Legislativo N° 03 de 2002, que en su proyecto (N° 237 de 2002, Cámara), junto al objetivo de ajustar el proceso al principio acusatorio, el Gobierno Nacional expresó la necesidad de dotar al país de un esquema procesal moderno, ágil, eficiente y respetuoso de los derechos de los intervinientes. Ello, en respuesta a la "dramática situación de la rama penal del poder judicial, toda vez que la inoperancia del sistema hace que, aun a pesar de los múltiples esfuerzos de los funcionarios, las decisiones sean demoradas, es decir, la justicia sea ineficaz"³³.

En el afán de cumplirse el objetivo trazado de hacer un sistema procesal penal eficiente y eficaz, se crearon mecanismos tales como el principio de oportunidad (arts. 321 y ss., en armonía con la ley 1312 de 2009), la suspensión del procedimiento a prueba (arts. 325 y ss., en armonía con la ley 1312 de 2009), los preacuerdos y negociaciones (arts. 348 y ss.), la conciliación en el marco de la justicia restaurativa (arts. 522 y concordantes) y la mediación (arts. 523), instrumentos de abreviación del proceso penal y que tenía su fundamento en un abierto modelo premial.

3. Allanamientos y preacuerdos en el sistema procesal penal colombiano

Los allanamientos, preacuerdos y negociaciones, tal y como han sido diseñados en el estatuto procesal penal (artículos 351, 352, 356 - 5 y 367, inc. 3°, de la ley 906 de 2004), parecen responder a la idea de la búsqueda de soluciones más rápidas y menos costosas, cometido de la justicia penal actual que se asienta en la extendida fórmula del derecho anglosajón del *plea bargaining* (alegaciones preacordadas de culpabilidad) y que pretende la consolidación de los procesos abreviados sustrayendo el juicio del

32 Son los objetivos identificados por la Corporación Excelencia en la Justicia, a través de su Observatorio Ciudadano al Sistema Penal Acusatorio –CEJOSPA–: CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*, Bogotá, 2011, pp. 16-18

33 Gaceta del Congreso N° 134 de 2002.

proceso penal, modelo de terminación anticipada que sin mayores éxitos en términos de utilidad, que era el cometido propuesto, ha venido siendo implementado bajo distintas modalidades desde hace casi treinta años en el país³⁴. Se enmarca ello dentro de una justicia penal negociada cuyo “objetivo político-criminal se dirige al encuentro de una nueva solución (un escalón intermedio) entre el abandono de la persecución y la persecución, que beneficie a las partes *negociadoras*”³⁵.

Aparte las dificultades terminológicas latentes en el código de procedimiento penal relacionadas con la definición de “los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”³⁶, debe resaltarse que el legislador ha previsto dos formas diferentes bajo esta modalidad de terminación anticipada del proceso penal que conllevan a la admisión de responsabilidad del procesado, quien de esta manera se declara culpable sin la fórmula de un juicio público y oral (a la manera del *guilty plea* en el sistema anglosajón): de un lado, una modalidad de consenso en virtud de la cual las partes llegan a *preacuerdos*, *acuerdos* y *negociaciones* en torno a aspectos fácticos y jurídicos del proceso (arts. 348, 349, 350, 351, 352 y 369 CPP.); y, del otro, la aceptación unilateral de cargos, denominada *allanamiento* (arts. 293, 351, 356 - 5, y 367 CPP.). Ambas figuras hacen parte del Derecho Penal premial, habiéndose entendido que mientras el allanamiento o aceptación de cargos es una manifestación de la justicia premial, los preacuerdos son mecanismos de justicia consensuada³⁷.

3.1 El sistema de rebaja de penas como “premios punitivos” y sus trampas institucionales

Se estableció en la ley, originalmente, una escala gradual de rebajas punitivas que obedecía básicamente a la idea de que cuanto más distante se encuentre el proceso

34 Son muchos los antecedentes legislativos en materia de justicia premial en Colombia, así: la ley 2ª de 1984 (en su artículo 36 estableció rebajas de pena de una tercera parte a la mitad, para “el partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos previstos en este Capítulo”); la ley 30 de 1986 (artículo 46, dispuso disminución de pena por delación de “la mitad (1/2) a las dos terceras partes (2/3)”); decreto 050 de 1987 (C. de P.P., artículo 301, reducción de la tercera parte de la pena por confesión); en los Decretos de Estado de Sitio 180/1988, 2047 y 3033/1990 y 303/1991, se consagraron mecanismos de derecho penal premial; decreto 2700 de 1991 (C. de P.P., artículo 37, se crea la figura de la audiencia especial, mecanismo de justicia premial consensuada); ley 81 de 1993 (artículo 3º, crea la figura de la sentencia anticipada, forma de admisión unilateral de responsabilidad penal, con rebajas de una tercera a una sexta parte según el momento procesal en que el procesado se acogiera); la ley 600 de 2000 (conserva la figura de la sentencia anticipada, artículo 40, y rebaja de pena por confesión, artículo 283).

35 PABLO GALAIN PALERMO, “La negociación en el proceso penal”, cit., pp. 159 y ss.

36 Sobre ello, FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “La justicia negociada: un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema”, cit., pp. 24-27

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia casación de Agosto 23/2005, Rad. 21.954. M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.

del juicio, el allanamiento o el preacuerdo genera un mayor reconocimiento punitivo. De allí que se determinó para los tres momentos en que se posibilita al procesado su allanamiento, rebajas del siguiente orden: si el allanamiento se produce en la audiencia de formulación de imputación amerita un descuento de una tercera parte hasta la mitad de la pena (art. 351 CPP.); el allanamiento que se produzca en la audiencia preparatoria genera un descuento de una sexta parte hasta la tercera parte de la pena (art. 356 – 5 CPP.); el allanamiento producido al inicio del juicio oral, origina un descuento fijo de la sexta parte de la pena (art. 367 CPP.). En lo que respecta a los preacuerdo, bajo esta misma escala de reducción punitiva, se dispuso que los preacuerdos celebrados hasta antes de presentada la acusación comportan una rebaja que igual oscila entre una tercera parte y la mitad de la pena imponible; si el acuerdo se presentan entre la presentación de la acusación y el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, la rebaja será fija de una tercera parte (artículo 352 CPP.); iniciado el juicio oral, la defensa y la acusación pueden presentar ante el juez manifestaciones de culpabilidad preacordadas, caso en el cual, de ser aceptadas, la sanción será la convenida entre las partes (arts. 369 y 370 CPP.). Por supuesto que en todos los eventos de preacuerdos las partes pueden pactar el monto de la pena y de la rebaja dentro de los rangos establecidos.

La meticulosa consagración del régimen de rebajas punitivas obedece claramente al propósito declarado de que el sistema procesal penal de investigación y juzgamiento debía estar asentado sobre la base del derecho penal premial, propio tanto de la justicia premial en sentido estricto como de la justicia consensual o consensuada. A continuación de la aprobación por el Congreso de la República del nuevo código de procedimiento penal (ley 906 de 2004), se dictó la ley 890 de 2004, por medio de la cual se modificó el Código Penal, aumentando las penas para todos los delitos, en una tercera parte respecto del mínimo y la mitad respecto del máximo, incremento punitivo ligado al esquema procesal penal introducido mediante el Acto Legislativo N° 03 de 2002, cuyo art. 4° facultó a la Comisión Redactora para expedir, modificar o adicionar el Código Penal, a fin de armonizarlo con el “nuevo sistema”, y sustentado con el argumento de que

La razón que sustenta tales incrementos (de las penas establecidas en la Ley 599 de 2000, se aclara) está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas, materia regulada en el Código de Procedimiento Penal, que surge como resultado de la implementación de mecanismos de ‘colaboración’ con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan³⁸.

38 Ponencia para primer debate al Proyecto de ley 01 de 2003 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Senado.

De manera que para permitir a la Fiscalía un mayor margen de maniobrabilidad al momento de negociar las penas, se estimó necesario su incremento:

Lo que hay que modificar son algunos artículos del Código, en razón a que como entra a operar el sistema acusatorio será necesario aumentar algunas penas para que haya margen de negociación, porque de lo contrario la sociedad se vería burlada con base en las rebajas que pueda hacer el fiscal³⁹.

En el informe de ponentes de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, de cara al primer debate en esa Corporación -tercero en el trámite legislativo- se expuso el aumento generalizado de las penas en todos los tipos penales bajo el entendido de que:

(...) está ligado a las disposiciones del estatuto procesal penal de rebaja de penas y colaboración con la justicia, que le permitan un adecuado margen de maniobra a la Fiscalía, de modo que las sanciones que finalmente se impongan guarden proporción con la gravedad de los hechos, y a la articulación de las normas sustantivas con la nueva estructura del proceso penal⁴⁰.

Como si se tratara de un bazar gobernado por las leyes de la oferta y la demanda, había que aumentar de forma considerable el precio reclamado (la pena amenazante) para de esa forma luego del trance de la negociación las penas impuestas resultaran siendo las mismas que se habían previsto para cada uno de los delitos. Se trata, sin duda de un engaño institucional⁴¹ que contradice incluso la misma idea de un derecho premial, puesto que la recompensa prometida se convierte en una falacia, lo que finalmente desnudaba la verdadera intención del legislador con la implementación del sistema acusatorio consistente en obtener condenas sacando ventajas de un proceso de negociación viciado, guiado por una inadmisibles lógica mercantil que comporta como fundamento el constreñimiento del procesado, subrayándose de manera puntual el muy criticado efecto coercitivo de las prácticas del modelo de *plea bargaining*⁴²: “es fácil la negociación cuando la pena puede intimidar al delincuente, facilita la investigación y le ahorra gasto al Estado”, se justificaba el ponente de la reforma⁴³.

39 Discusión en segundo debate del Proyecto de ley 251 de 2004 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000. Cámara de Representantes.

40 Gaceta del Congreso N° 178 de 2004.

41 En palabras de BERND SCHUNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, cit., p. 301: “Resulta indudable que mediante el engaño institucionalizado al acusado sobre la verdadera situación no es posible reparar la justicia, sino todo lo contrario”.

42 ALBERTO BOVINO, Procedimiento abreviado y juicio por jurados, en: *El procedimiento abreviado*, cit., p. 63

43 Intervención del Representante Germán Navas Talero, durante el debate en la plenaria 110 del 9 de julio de 2004 de la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 391 del 26 de julio de 2004. Es de

De esta manera entraba en vigencia el nuevo sistema penal acusatorio complementado con el aumento punitivo para todos los delitos, como una forma declarada de intimidar al procesado a fin de forzar su allanamiento a cargos o propiciar los preacuerdos con la Fiscalía. Sin embargo, el engaño institucional no paraba allí. El aumento punitivo que se justificaba en procura de las negociaciones, igualmente tiene aplicación para quienes optaban por la garantía del juicio oral, de donde es pertinente la pregunta de “¿si una persona no acepta negociar la pena, a nombre de qué se le aplicaría el incremento punitivo?”⁴⁴.

3.2 Tendencia reductiva del sistema de “premios punitivos”

Pronto el legislador continuó condicionando el modelo premial que había presentado como la esencia del sistema penal acusatorio implementado. Es así como bajo la demanda de varios sectores sociales, promulgó las leyes 1121 de 2006 y 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), en cuyos artículos 26 y 199, respectivamente, se excluyó de beneficios por allanamientos y preacuerdos a los imputados por delitos de “terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos” y por 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”.

En consecuencia, el derecho penal premial era excluido para quienes eran procesados por estas conductas punibles, lo que en el fondo les podía ser favorable si se tiene en cuenta los defectos advertidos en ese modelo de justicia. Sin embargo, no obstante que la ley 890 de 2004 se promulgó como un accesorio condicionante de la justicia premial para facilitar las negociaciones evitando drásticas rebajas punitivas, no desaparecieron los efectos de su artículo 14, por lo que las penas continuaron incrementadas y así el engaño institucional se hizo latente: se aumentaron las penas con el único fin de negociarlas, pero llegado el momento no se admitía rebaja alguna sobre las mismas por negociación o por allanamiento⁴⁵.

subrayar que pese a sus inconsistencias constitucionales relativas a su proporcionalidad, el art. 14 de la Ley 890 de 2004 se ajustaba a la Constitución, según lo declaró la sentencia C-238 de 2005

44 JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, “¿Qué pasa con la pena hoy en día?”, cit., p. 7

45 No obstante que la ley 1121 de 2006, superó el control de constitucionalidad de la Corte Constitucional, bajo el argumento de que el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa al momento de diseñar el proceso penal, y por ende, de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales (sentencia C-073 de 2010), además que el art. 14 de la ley 890 de 2004 fue declarado exequible por la Sentencia C-238 de 15 de marzo de 2005, debe destacarse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 27 de febrero de 2013, Radicado: 33.254, M. P., José Leónidas Bustos Martínez, decidió trazar una nueva hermenéutica que aconseja la no aplicación por inconstitucional del artículo 14 de la ley 890 de 2004 en relación con los delitos excluidos de beneficios por la ley 1121 de 2006, definiendo que: “habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley

3.3 La ley 1453 de 2011 –Ley de seguridad ciudadana-

Pero faltaba una limitación adicional, que vino por cuenta del art. 57 de la Ley 1453 de 2011 (llamada ley de seguridad ciudadana), cuyo tenor es el siguiente:

“Flagrancia. El artículo 301 de la Ley 906 de 2004 quedará así: Artículo 301. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando: (...) Parágrafo. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.

A golpe de vista se hacen notorias las incoherencias de esta disposición, que, según se sustentó, tuvo como propósito el de modular “los beneficios en caso de flagrancia, pues en la actualidad si se aceptan cargos se puede acceder a la misma rebaja que cuando aquella no se presenta, lo cual es absurdo”⁴⁶. Su primer contrasentido obviamente tiene que ver con el hecho de que tratándose de un mecanismo adscrito a la justicia premial, se quiso introducir la flagrancia como factor diferenciador en la concesión de las rebajas punitivas. En segundo lugar, su aplicación, a la letra de la ley, solo abarca los eventos previstos en el artículo 351 del CPP., esto es, la aceptación de cargos, unilateral o consensuada, producida en el estadio procesal comprendido entre la formulación de la imputación y la presentación de la acusación.

3.3.1 La flagrancia y su nueva caracterización

En lo primero, la consideración de la flagrancia como factor de graduación de la rebaja punitiva, parece ser que la ley se limitó a reproducir una conocida postura jurisprudencial de la Corte que entiende que en esos casos existe una mínima economía procesal, por lo que el “premio punitivo” no podría ser mayor⁴⁷. Posición que resulta bastante discutible desde el punto de vista de la operatividad del sistema, pues colocados en punto de la formulación de imputación, cuando se empieza a activar la acción penal y la Fiscalía no sólo ha debido conseguir la prueba sobre la posible autoría o participación del procesado, sino que ha perfeccionado todos los actos

890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 --para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo--, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena”.

46 Cfr. Exposición de motivos de la ley 1453 de 2011. Igualmente, la consideración de la captura en flagrancia ha sido un criterio sostenido en legislaciones precedentes a fin de reducir concesiones punitivas a los procesados, en este sentido los artículos 299 del Decreto 2700 de 1991 y 283 de la Ley 600 de 2000.

47 Sentencia de casación de septiembre 5 de 2011, Rad. 36.502, M. P. Alfredo Gómez Quintero: “(...) la Corte ha sentado su criterio relativo a que en los casos de flagrancia, cuando no van acompañados de un plus de colaboración, la rebaja de pena no puede alcanzar el 50%, así la economía procesal sea mayúscula, como por ejemplo cuando la aceptación de cargos se produce a escasas horas de cometido el delito”.

de investigación y se encuentra en capacidad, una vez surtida la etapa intermedia de medidas cautelares tanto personales como reales, de presentar el escrito de acusación, pareciera que tuvo que desplegar un mayor desgaste en los casos donde no existe flagrancia, por lo que si el factor determinante en la graduación de los “premios punitivos” se asocia al tema de la economía en medios y recursos para la administración de justicia, habría que “castigar” con un premio menor a aquel que no fue capturado en situación de flagrancia.

Pero, además, la caracterización de la flagrancia en el Código de Procedimiento Penal, con la modificación llevada a cabo en la misma ley 1453 de 2011, no puede ser un factor confiable para derivar de allí una medida de graduación de las rebajas punitivas siguiéndose criterios de economía procesal. El concepto de flagrancia que por tradición jurisprudencial a efectos de excepción al principio de la reserva judicial de la libertad personal, había sido asociado a los conceptos de actualidad, identificación e inmediatez⁴⁸, ha sido modificada en su propia naturaleza ontológica para incluir dentro de ella hipótesis que lejos están de ostentar esa condición⁴⁹, menoscabándose no sólo la garantía de la libertad individual sino las consecuencias procesales y sustanciales derivadas de esa excepcional forma de captura⁵⁰. Valga decir que por mucho que la ley lo disponga, definitivamente no son situaciones constitutivas de flagrancia todas las que en ella se prevé, por lo que mal puede decirse que en esos casos no habrá desgaste en la administración de justicia en actos de investigación tendientes al establecimiento de los autores de la conducta y su responsabilidad penal. La consecuencia palpable en términos de rebajas de penas por allanamientos y preacuerdos es que se reduce su ámbito de aplicación en la medida en que se amplía impropia y excesivamente la constelación de casos de flagrancia.

3.3.2 La interpretación jurisprudencial del texto del párrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011

El régimen de disminución punitiva establecido originalmente en el código de procedimiento penal, sufre una significativa variación en perjuicio del procesado que acepta renunciar a la garantía del juicio oral cuando se trata de situaciones cobijadas

48 Corte Constitucional. Sentencia C-024 de 1994.

49 “(...) 4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo. 5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible.”

50 Ampliamente, sobre la nueva concepción de flagrancia en el sistema procesal penal colombiano, LUIS GONZAGA VÉLEZ OSORIO, *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*, cit., pp. 155-169

por aquel amplísimo concepto de flagrancia. La ventaja otorgada en materia de negociaciones a la Fiscalía a través de la ley 890 de 2004, se ve ampliada de manera notable por el mismo legislador que en esos casos disminuye el "premio punitivo", empeorándose la situación del ciudadano con las interpretaciones afflictivas que sobre este tema han dado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional al contenido del artículo 57 de la ley 1453 de 2011.

En momentos en que los jueces de la república se debatían en su diaria tarea buscando fórmulas de armonización de este plexo de normas incompatibles entre sí, optando en muchas oportunidades, con justa sindéresis, por echar mano del control difuso de constitucionalidad del artículo 4° de la Constitución Política, no aplicando la norma en cuestión comoquiera que cualquier interpretación resultaba insatisfactoria y lesiva de las garantías del procesado, la Corte Suprema de Justicia no solamente avaló la aplicación del texto estricto del artículo 57 de la ley 1143 de 2011, sino que lo amplió a eventos no establecidos en la ley, haciendo lo propio la Corte Constitucional cuando le llegó el turno de pronunciarse sobre su constitucionalidad.

El asunto es el siguiente:

El parágrafo del artículo 57 de la ley 1143 de 2011, que modificó el artículo 301 del CPP., establece que "(...) La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá $\frac{1}{4}$ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004".

Del principio de gradualidad que rige el derecho premial puede extraerse la siguiente regla: "Cuanto más distante se encuentre el proceso del juicio, el allanamiento genera un mayor reconocimiento punitivo..."⁵¹. De allí que resulta contradictorio que el legislador decidiera disminuir las rebajas punitivas para los eventos del artículo 351 CPP., esto es, para los casos de allanamientos y preacuerdos ocurridos entre la formulación de la imputación y la presentación de la acusación, que ahora sería de hasta la cuarta ($\frac{1}{4}$) parte de la mitad, equivalente a una octava ($\frac{1}{8}$) parte, muy inferior a las rebajas producidas en estadios procesales posteriores como los preacuerdos comprendidos entre la presentación de la acusación y el momento en que el acusado sea interrogado al inicio del juicios, conservándose para este caso la rebaja de una tercera parte ($\frac{1}{3}$), la admisión unilateral de responsabilidad en la audiencia preparatoria con rebaja de de una sexta ($\frac{1}{6}$) a una tercera ($\frac{1}{3}$) parte, y la admisión de responsabilidad al inicio del juicio oral cuya rebaja sería de una sexta ($\frac{1}{6}$) parte.

Esa disposición comportaba evidente inversión de la gradualidad y su aplicación no era posible sin afectar principios como el de la igualdad y el de la proporcionalidad. Sin embargo la Corte Suprema de Justicia moduló, por así decirlo, su aplicación,

51 Corte Constitucional, sentencia T-091 de 2007, donde además se señaló: "Esta conformación de los rangos es compatible, no solamente con una visión integrada de las normas que regulan la materia, sino con el criterio de política criminal que subyace al instituto, consistente en que el tratamiento punitivo más benigno es directamente proporcional al mayor ahorro en recursos investigativos del Estado..."

haciendo extensiva la restricción a las demás etapas procesales, colocando las cosas en un plano de igual, artificial por cierto, pues arguyendo consultar el querer del legislador amplio el contexto de desventajas para el procesado.

Así en la sentencia de casación del 5 de Septiembre de 2011, Rad. 36.502, M. P. Alfredo Gómez Quintero, se concluyó que Con el nuevo mecanismo se varió en la ley el esquema de las rebajas o los parámetros para hacerlas efectivas frente a la captura en flagrancia, porque antes –frente a la aceptación de cargos- entre más cercana o lejana la imputación, la reducción era gradualmente mayor o menor, para cambiarlo ahora, ya no por la gradualidad o avance en la investigación o juzgamiento sino en virtud de una condición personal como la flagrancia (...)

De donde,

(...) los verdaderos sentido y alcance de la restricción de $\frac{1}{4}$ parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos, bien sea por allanamiento, o por preacuerdo con el Fiscal.

Más allá de las graves contradicciones argumentativas que se pueden advertir en esta sentencia, las mismas que pone de presente el salvamento de voto presentado, relacionadas con que inicialmente se apela al principio de gradualidad para desestimar la posibilidad de que la rebaja de la cuarta (1/4) parte solo operara para los eventos del artículo 351 CPP., para luego anunciar su mutación para extender la restricción a las demás etapas procesales, en la práctica la aplicación de la tesis de la Corte se hace insostenible.

La Corte en clara rebeldía con los principios de legalidad, debido proceso y *favor rei*, hace una interpretación tendenciosa del querer del legislador, asumiendo en primer lugar que la rebaja establecida en el parágrafo del artículo 57 de la ley 1453 es de la cuarta parte sobre la pena, no sobre el beneficio como lo expresa la ley; en segundo lugar, que esa rebaja es igual para todos los eventos y etapas procesales donde se establece la reducción punitiva como premio por la terminación abreviada del proceso. De esta manera, contra toda lógica de la ley y de la misma sentencia, se hace evidente que quienes preacuerdan o se allanan en las postrimerías del proceso obtienen la misma rebaja que quienes lo hacen en sus inicios y, más aún, quienes se allanan o celebran preacuerdos en los casos donde existe flagrancia obtienen mayores beneficios que quienes lo hacen en situaciones de no flagrancia, pues finalmente la rebaja de la cuarta (1/4) parte resulta superior a la sexta parte destinada a quien no siendo capturado en flagrancia acepta los cargos al inicio del juicio oral.

En la sentencia de casación del 11 de julio de 2012, Radicado: 38.285, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, se lleva a cabo algunos correctivos sobre la

interpretación hecha en la sentencia 36.502 de 2011, retomándose la gradualidad como principio rector en la concesión de los “premios punitivos” por allanamiento a cargos y preacuerdos celebrados con la Fiscalía, buscando con ello alguna coherencia sistemática pero, igualmente, desnaturalizando el contenido de la disposición legal para hacer extensivo su restricción a etapas procesales de justicia premial no previstas. Se concluye de esta manera que en los eventos de captura en flagrancia, la rebaja punitiva para los preacuerdos y los allanamientos a cargos, será de una cuarta (1/4) parte sobre el beneficio previsto para cada uno de los estadios procesales donde opera la aplicación de tales instrumentos. De esta manera se definió que las rebajas por aceptación unilateral de los cargos serían del siguiente tenor:

Audiencia de formulación Art. 351	Rebaja original ½ (50%)	Rebaja actual 12.5 % (1/4 de la mitad)
Audiencia preparatoria Art. 356 N.5	1/3 (33.3%)	8.33% (1/4 de la tercera parte)
Audiencia juicio oral Art. 367	1/6 (16.6%)	4.16% (1/4 de la sexta parte)

Ahora, tratándose de los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia. Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.

La verdad es que ningún avance significativo se produce en esta decisión, donde igualmente se suplen las incoherencias del legislador en detrimento de los intereses de las personas procesadas. Igual, en este caso cabe la crítica que en el salvamento de voto se hacía de la sentencia 36.502 de 2011: (...) lo consignado por la Sala a manera de propuesta representa ni más ni menos una indebida intromisión en el ámbito de configuración del legislador, como quiera que, so pretexto de consultar su “espíritu” o querer, termina por suplantarlos, al extremo de hacer decir a la norma lo que ella nunca dijo, ni pretendió afirmar.

Lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, en uno y otro caso, ha privilegiado la pretensión de coherencia del sistema premial, construyendo una interpretación que resulta bastante más restrictiva a la planteada por el propio legislador. Por ello no deja de sorprender que bajo similares argumentos la Corte Constitucional haya declarado la constitucionalidad de la norma en cuestión.

En efecto, en la sentencia C-645 de 2012, la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo del artículo 57 de la ley 1453, acogiendo la interpretación última de la Corte Suprema de Justicia. Atendiendo la finalidad del legislador, en aplicación del principio de conservación del derecho, extendió por vía de interpretación constitucional que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo previsto en la ley para el estadio procesal del artículo 351 del CPP, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos o suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación.

El argumento se torna inaceptable: como la norma quebranta el principio de igualdad, en lugar de retirarla del ordenamiento, extiende la restricción de la menor rebaja punitiva a todas las etapas procesales en que tengan lugar los eventos de allanamiento y preacuerdo en casos de captura en las enlistadas situaciones de flagrancia, incluso a etapas que el legislador no consideró.

Por supuesto que un mandato legal como el contenido en el parágrafo del artículo 57 de la ley 1453, más sus interpretaciones expansivas a cargo de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, desdice de los objetivos de hacer más eficiente y eficaz el sistema penal, trazados en la implementación del llamado sistema penal acusatorio en Colombia, dejando como resultado, según la misma realidad judicial lo enseña, una mayor congestión en el sistema de justicia penal. Tal consecuencia es apenas obvia si se tiene en cuenta que para nadie es un secreto que el sistema penal venía resultando eficiente únicamente para los casos de flagrancia en la criminalidad de bagatela, puesto que la evidente debilidad investigativa hace improbable la eficiencia de resultados en las manifestaciones más graves de la criminalidad⁵².

Con ello queda en evidencia que si los propósitos revelados para la implementación de un sistema penal acusatorio se fundamentaban en la idea de la obtención de una justicia penal pronta y eficaz, sacrificándose fundamentales principios y garantías de los procesados y alentándose el modelo de negociación de la pena para la obtención de procesos sin juicio, el resultado para el día de hoy no puede ser peor: se sacrificaron las garantías procesales, se subordinó el derecho penal sustantivo al proceso y se endurecieron las penas, mientras el sistema penal continúa en la misma crisis institucional, colapsado, con mayor congestión judicial y con iguales resultados frente a la lucha en contra de la criminalidad. Debe ser que “como el problema de la justicia penal colombiana es estructural y no de las formas del proceso o de configuración formal de la ley sustantiva, lo que parece estar sucediendo es simplemente la acomodación del nuevo sistema acusatorio a la realidad existente”⁵³.

52 JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de derecho penal”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12 (2010), Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 253

53 *Ibíd.*, p. 252