

**CRÍMEN, CASTIGO ¿Y PREMIO? – LA VIABILIDAD DEL
BENEFICIO PUNITIVO POST CONDENATORIO EN EL
PROCESO PENAL COLOMBIANO**



**MILLET GARVIN ARREGOCÉS
NICOLÁS ROBLEDO REYES**

Proyecto de grado para optar al título de abogado

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C.
2016**

**CRÍMEN, CASTIGO ¿Y PREMIO? – LA VIABILIDAD DEL
BENEFICIO PUNITIVO POST CONDENATORIO EN EL
PROCESO PENAL COLOMBIANO**



Proyecto de grado para optar al título de abogado

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
BOGOTÁ, D.C. 2016**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: EL CONCEPTO DE JUSTICIA	4
1. La justicia en general	4
2. La justicia penal	6
CAPÍTULO 2: EL PROCEDIMIENTO PENAL	9
1. Noción	9
2. Los sistemas de enjuiciamiento criminal	10
3. Los sistemas de enjuiciamiento criminal en los códigos de procedimiento penal colombianos	12
4. Los principios rectores de la ley 906 de 2004	16
5. Enfoques de justicia a los cuales responde el proceso penal de la ley 906	21
CAPÍTULO 3: LOS BENEFICIOS PUNITIVOS POSTERIORES A LA CONDENA	27
1. Los beneficios punitivos pos condenatorios existentes en el ordenamiento jurídico vigente	27
2. Clases de beneficios por colaboración	29
3. Los beneficios por colaboración en el sistema norteamericano	30
4. La posibilidad de colaborar con la justicia como garantía fundamental del procesado	32
CAPÍTULO 4: OBSTÁCULOS A SUPERAR PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO	34

2. Cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal y la política criminal del Estado	34
3. Los beneficios punitivos posteriores a la condena de cara a los fines constitucionales del proceso penal	40
4. Competencias de la Fiscalía General de la Nación y alcance de las mismas	43
5. Planteamiento de una nueva acepción de acción penal	46
6. La seguridad jurídica y la cosa juzgada	49
7. El enfoque restaurativo de justicia y los derechos de las víctimas	57
CAPÍTULO 5	62
PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	62
1. Propuesta legislativa para la implementación de los beneficios punitivos post condenatorios por colaboración	62
2. Modificaciones y recomendaciones al capítulo sobre beneficios por colaboración	67
CAPÍTULO 6	73
CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFÍA	76
ANEXO 1	80
ANEXO 2	82
ANEXO 3	86

RESUMEN

El trabajo investigativo desarrollado tuvo por objeto principal el análisis de la posible implementación de beneficios punitivos con fuente en la colaboración eficaz de los procesados con la Fiscalía General de la Nación en el marco del derecho procesal penal colombiano, específicamente en el escenario post condenatorio; tema actualmente vigente y discutido en los procesos legislativos del Congreso de la República.

En consecuencia, la monografía que se presenta a la fecha, aporta nuevos instrumentos de análisis en torno a la a viabilidad de la inclusión y aplicación de las figuras de beneficios por colaboración dentro del sistema de corte acusatorio regulado por la ley 906 de 2004, con una descripción adecuada de los obstáculos planteados por el ordenamiento actual, además de los elementos propositivos necesarios para su superación. Para ello, se hace uso no solo de la doctrina, normatividad y jurisprudencia relevante, sino que se extiende al estudio de proyectos legislativos nacionales y a ordenamientos jurídicos extranjeros, culminando con una propuesta legislativa autónoma para la implementación de estas herramientas jurídicas.

Palabras clave: justicia premial, sistema acusatorio, debido proceso, beneficio punitivo, colaboración eficaz,

ABSTRACT

This research was developed primarily engaged in the analysis of the potential implementation of punitive benefits in exchange for substantial assistance of the defendant with the Attorney General's Office under the Colombian criminal procedural law, specifically in the post sentencing scenario; important theme currently discussed in the legislative processes of the Colombian Congress.

Consequently, the paper presented to date, provides new analytical tools around the viability of inclusion and application of the figures of benefits for collaboration within the accusatory system regulated by Law 906 of 2004, and an adequate description of the obstacles posed by the current system, in addition to the propositional elements necessary to properly overcome them. To do so, this paper makes use not only of the doctrine, regulations and relevant case law, but extends to the study of national legislative projects and foreign legal systems, culminating with a legislative proposal for autonomous implementation of these legal tools.

Key words: Premial justice, accusatory system, due process, punitive benefit, substantial assistance

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: EL CONCEPTO DE JUSTICIA	4
1. La justicia en general	4
2. La justicia penal	6
CAPÍTULO 2: EL PROCEDIMIENTO PENAL	9
1. Noción	9
2. Los sistemas de enjuiciamiento criminal	10
3. Los sistemas de enjuiciamiento criminal en los códigos de procedimiento penal colombianos	12

4.	Los principios rectores de la ley 906 de 2004	16
5.	Enfoques de justicia a los cuales responde el proceso penal de la ley 906	21

CAPÍTULO 3: LOS BENEFICIOS PUNITIVOS POSTERIORES A LA CONDENA 27

1.	Los beneficios punitivos pos condenatorios existentes en el ordenamiento jurídico vigente	27
2.	Clases de beneficios por colaboración	29
3.	Los beneficios por colaboración en el sistema norteamericano	30
4.	La posibilidad de colaborar con la justicia como garantía fundamental del procesado	32

CAPÍTULO 4: OBSTÁCULOS A SUPERAR PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO 34

2.	Cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal y la política criminal del Estado	34
3.	Los beneficios punitivos posteriores a la condena de cara a los fines constitucionales del proceso penal	40
4.	Competencias de la Fiscalía General de la Nación y alcance de las mismas	43
5.	Planteamiento de una nueva acepción de acción penal	46
6.	La seguridad jurídica y la cosa juzgada	49
7.	El enfoque restaurativo de justicia y los derechos de las víctimas	57

CAPÍTULO 5 62

PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

1. Propuesta legislativa para la implementación de los beneficios punitivos post condenatorios por colaboración	62
2. Modificaciones y recomendaciones al capítulo sobre beneficios por colaboración	67
CAPÍTULO 6	73
CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFÍA	76
ANEXO 1	80
ANEXO 2	82
ANEXO 3	86

INTRODUCCIÓN

El sistema procesal penal colombiano no es ajeno a la necesidad del despliegue de una actividad punitiva del Estado que permita niveles óptimos de eficiencia en la persecución de los delitos, para lograr la materialización de la justicia como fin constitucional. Para cumplir con dicha finalidad, el Estado colombiano cuenta con una estructura institucional específicamente dedicada a la investigación y persecución de la actividad criminal, que tiene como cabeza a la Fiscalía General de la Nación. En ese sentido, dicha entidad -reconocida como la titular de la acción penal- es la encargada de realizar la investigación de aquellos hechos que revistan las características de un delito y buscar la condena de quien los haya perpetrado, ya sea en calidad de autor, o de partícipe.

Por otro lado, éste órgano también ha sido dotado de diversas herramientas alternativas para el cumplimiento de sus funciones, entre las que se encuentran una serie de facultades discrecionales plasmadas en la Constitución Política de 1991 y en el Código de Procedimiento Penal Colombiano, (ley 906 de 2004), como lo son el principio de oportunidad y los preacuerdos y negociaciones. Es importante advertir que estas facultades podrían catalogarse como propias de un enfoque *premier* de Justicia Penal, de modo que implican el otorgamiento de beneficios en forma de contraprestación a los ciudadanos procesados que, sometidos a los requisitos particulares de cada figura, ejecutan comportamientos que son deseables para el Estado de cara al cumplimiento de sus funciones en el marco de su política criminal. Además, valga aclarar que el ámbito de aplicación de las mismas tiene una limitación temporal, que impide hacer uso de ellas cuando ya ha sido impuesta una condena.

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico penal colombiano no contempla la posibilidad para el procesado de acceder a beneficios jurídicos con posterioridad a la condena como resultado de su eventual colaboración eficaz con la justicia. Sin embargo, ordenamientos jurídicos de otros Estados contemplan esta posibilidad con fundamento en un enfoque particular de justicia, conocido como la “justicia consensuada”, cuyo objeto es esencialmente dejar en manos de las partes la conclusión del proceso, dejando la intervención judicial en niveles mínimos. Lo anterior, visto desde la óptica del premio y el castigo, permite estimular

confesiones, delaciones y, en el general, fórmulas de terminación anticipada del proceso penal dentro del marco de la ya mencionada “Justicia Premial”. Dicha concepción de justicia parte de la base de que es imposible, sin importar el sistema de enjuiciamiento criminal del que se trate, lograr la investigación y juzgamiento de la totalidad de los delitos que el Estado debería procesar, de manera que se hace necesario encontrar herramientas de descongestión del sistema, además de buscar fórmulas alternativas de aplicación del derecho penal, que abandonen su concepción tradicional, orientada al enfoque retributivo de justicia penal.

Así las cosas, para incrementar la eficacia de la actividad de persecución penal adelantada por el Estado en lo referente a la reducción de la criminalidad, la prevención del delito y desarticulación de estructuras de crimen organizado, ha de abandonarse la concepción tradicional de acción penal – bajo la cual el sujeto procesado no participa activamente en la definición de su situación jurídica y el ente persecutor solamente está encargado de buscar una condena en contra del mismo– y reemplazarse por una concepción de participación conjunta, o consensuada, entre el Estado y el procesado que a su vez contemple resultados favorables para este último. Lo anterior, enmarcado en un esquema de concesiones recíprocas que implica para el procesado, o incluso condenado, la obtención de una serie de privilegios como contraprestación a la colaboración eficaz que brinde tanto para la investigación de los hechos que se le endilgan, como la investigación de conductas delictivas perpetradas por terceros (pero sin limitarse exclusivamente a ello).

Dado lo anterior, en aras de lograr mayor eficiencia en la ejecución de la política criminal del Estado, resulta conveniente eliminar la limitación temporal en el ámbito de aplicación de las instituciones propias de los enfoques premial y consensuado de justicia penal, así como dotar a la Fiscalía General de la Nación de un mayor número de herramientas de esta naturaleza. En ese orden de ideas, es apenas lógico afirmar que dada la manera como está estructurado el ordenamiento colombiano, hay lugar a la posibilidad de incorporar instituciones cuya aplicación se haga extensible a un escenario post condenatorio. Lo dicho, sin perjuicio de que para ello primero deben ser superados una serie de obstáculos que la estructura del proceso penal colombiano trae consigo.

En las últimas décadas Colombia ha sufrido un alarmante proceso de congestión judicial a pesar de la voluntad de adoptar y perfeccionar un modelo adecuado de política criminal y un

consecuente esquema de enjuiciamiento de los infractores de la ley penal. Hoy en día, pese a los esfuerzos legislativos, jurisprudenciales y administrativos, el sistema acusatorio que rige la actuación procesal penal no da abasto y refleja además la incapacidad del Estado para combatir eficazmente las estructuras de crimen organizado, que se han constituido en un importante fenómeno delictivo del país, sea que se trate de grupos armados al margen de la ley u organizaciones de delincuencia común. Además, las fórmulas tradicionalmente propuestas para combatir estos flagelos, como por ejemplo aquellas consistentes en la imposición de penas más severas, no han arrojado los resultados deseados. Frente a ello, organismos como la Fiscalía General de la Nación han llegado al punto extremo de afirmar consecuencias como la necesidad de priorización en la investigación de los delitos y la búsqueda de mecanismos alternativos que permitan la terminación anticipada de las actuaciones penales.

La situación descrita, deja en evidencia que nuestro actual sistema de enjuiciamiento criminal, contenido principalmente en la ley 906 de 2004, aun cuando contempla figuras jurídico procesales basadas en la colaboración de los procesados para la consecución de una justicia más eficaz, se queda corto a la hora de responder a los fenómenos delictivos ya mencionados. Esta creciente preocupación sobre el ya inminente colapso del sistema, presente tanto en el sector público como en la academia, ha inspirado la intención de reforma del estatuto procesal colombiano, concretada en la presentación por parte de la Fiscalía General de la Nación del proyecto de ley 021 de 2015 ante la Cámara de Representantes del Congreso de la República. En su articulado, el proyecto dedica un capítulo completo a la posibilidad de aplicación de beneficios por la colaboración eficaz que presten los indiciados, imputados, acusados e inclusive los sentenciados.

Esta intención supone la introducción de una novedosa herramienta para la lucha contra el crimen que, para que cumpla con sus fines, debe ser aplicada cuidadosamente. En ese orden de ideas, la actividad legislativa requiere de un meticuloso estudio, para asegurar que la modificación a la ley procesal se adapte y funcione en forma armónica con nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, es necesario analizar las barreras que, debido a la naturaleza de nuestro sistema acusatorio, podrían truncar la utilización de estas nuevas estrategias y de ser necesario, proponer alternativas viables que superen dichas barreras.

El propósito del presente escrito es el de analizar la viabilidad de incorporar al ordenamiento jurídico colombiano la institución de los beneficios por colaboración, cuya aplicación pueda darse aún con posterioridad a la condena del procesado. Para ello, se hará un estudio de las nociones de justicia que impregnan nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, así como las características del mismo y una revisión de los posibles obstáculos que la naturaleza del sistema pudiere presentar para la implementación de las instituciones en comento. Todo lo anterior para culminar con la presentación de una alternativa legislativa que permita la superación de dichos obstáculos de forma armónica con el resto del orden jurídico.

CAPÍTULO 1: EL CONCEPTO DE JUSTICIA

1. La justicia en general

Si bien la cuestión de la justicia ha sido tratada por numerosas disciplinas y es una de las más debatidas de nuestra historia, no ha sido posible dar una respuesta universal respecto de qué es y cuál es su contenido. Así pues, diversos autores¹ han volcado parte de sus esfuerzos académicos a construir una *teoría de la justicia*, tratando de establecer una serie de criterios que permitan esclarecer su naturaleza y delimitar de manera unívoca su contenido axiológico, solamente para encontrarse con el fracaso de las propuestas absolutas que en tiempos recientes han sido reemplazadas por soluciones relativistas² o eclécticas³ al problema⁴. Por una parte, las teorías relativistas se ocupan de realizar especial énfasis en la idea de que a la justicia es un concepto cuyo contenido es relativo y falible, mientras que las teorías eclécticas se ocupan de armonizar los múltiples enfoques con los que se ha estudiado éste valor, como se verá posteriormente.

¹ Entre los más relevantes encontramos a Platón, Aristóteles, Bentham, Kelsen, Rawls, Habermas, entre otros.

² Al respecto, revisar la conferencia “Qué es la justicia” de Hans Kelsen.

³ Al respecto, revisar el libro “Justicia de justicias: Ética universal y mejoramiento de un mundo plural” de Gabriel Stilman.

⁴ Para efectos de este trabajo, no se hará un recorrido cronológico por todas las distintas propuestas que se han hecho en materia de justicia ni los principales debates teóricos que al respecto se han llevado a cabo, sino que se hará una breve explicación de cada uno de los enfoques que hemos considerado relevantes para nuestros planteamientos.

Pero entonces, es posible determinar en últimas, ¿Qué es la justicia? Siguiendo la teoría relativista de la justicia formulada por Hans Kelsen a mediados del siglo XX, a pesar de que el ser humano ha tratado de formular una concepción absoluta originada en ideas metafísicas o religiosas, la justicia es un valor y por ende un juicio que proviene de la razón humana que está condenado a ser relativo, puesto que es susceptible de variar dependiendo del sistema de valores al que pertenezca (que puede estar sujeto a cambios drásticos según el contexto espacio-temporal en el que se manifieste). Es por eso que según lo esgrimido por el autor austriaco el juicio con que una persona valora una situación como justa no puede osar excluir un juicio de valor opuesto. (Kelsen, 2008). Ahora, así parezca tentador concluir que el aporte fundamental de esta teoría es el de negar la existencia de la justicia como valor o restarle peso específico dentro de la sociedad, su verdadera contribución es enfatizar en su carácter limitado y falible, de modo que sin negar su existencia se entiende que existirán tantas *justicias* como sistemas de valores, y que es posible encontrar múltiples enfoques de justicia al interior del mismo sistema de valores.

En otra instancia, antes que hablar de enfoques de justicia, los autores que se han dedicado a estudiar la materia han preferido plantear subespecies del referido valor, dotándolas de características específicas que permiten separarlas de otras subespecies, de tal manera que las hacen, en cierto sentido, *compartimentos estancos*, o nociones que son independientes entre sí. En ese orden de ideas, es común encontrar referencias a distintos *tipos* de justicia⁵, entre los que se destacan la distributiva, la conmutativa, la retributiva y la restaurativa, entre otros.

Pues bien, a pesar de que la división de la justicia en subespecies es una construcción teórica ampliamente arraigada en la academia, no se considera adecuada, puesto que dado su carácter relativo es perfectamente posible entender el mismo concepto de diversas maneras sin que ello implique división o exclusión. Por tal razón, se formularon las llamadas teorías eclécticas de la justicia, cuyo objetivo principal es el de armonizar la convivencia de las distintas concepciones que se han planteado sobre este mismo valor. Con base en lo anterior, preferimos la expresión “enfoque”, en cuanto hace referencia a una manera determinada de ver o entender un mismo objeto de conocimiento. Por lo tanto, es factible que diversos enfoques de justicia operen

⁵ Ese esquema fue utilizado por primera vez por el filósofo griego Aristóteles, en su obra “Ética a Nicómaco”.

simultánea y coordinadamente dentro de una misma rama del derecho, como se demostrará más adelante.

2. La justicia penal

Aun cuando las preguntas por la justicia han sido objeto de arduas discusiones, es quizá en materia penal y procesal penal en donde las aguas se agitan más agresivamente, pues preguntarse por la justicia y su contenido dentro del contexto de la rama más peligrosa⁶ y polémica del ordenamiento⁷ es particularmente complejo, ya que las respuestas ofrecidas a estas cuestiones, están íntimamente ligadas a la afectación de los derechos fundamentales de las personas. De ahí que

... es sobre la base del derecho penal que se manifiestan y se definen, de la manera más transparente y dramática, las relaciones entre el Estado y el ciudadano, entre la autoridad y la libertad, entre la defensa social y las garantías individuales (Ferrajoli, 2010) .

Ahora, uno de los primeros inconvenientes teóricos que ofrece preguntarse por la justicia dentro del derecho penal es el de determinar si es posible hablar de justicia penal como un enfoque independiente, teniendo en cuenta que esta rama goza de una serie de particularidades⁸ que han llevado a un buen número de juristas a identificarla como un conjunto normativo *sui generis* al interior del ordenamiento jurídico. Así las cosas, será justicia penal aquella cuyo objeto sean las instituciones de naturaleza penal y/o procesal penal, de modo que los juicios de valor que se hagan con base en esa concepción particular de justicia serán susceptibles de

⁶ Debe aclararse que la expresión utilizada hace referencia a la violencia con la que opera el derecho penal, que a pesar de ser adecuadamente limitado y contenido, es el encargado de definir qué comportamientos se consideran especialmente nocivos, para hacerlos merecedores de una respuesta punitiva que siempre afecta los derechos fundamentales de quien viola sus prohibiciones o mandatos.

⁷ Dicha afirmación se sustenta en la idea de que el Derecho Penal tiene la capacidad de vulnerar derechos fundamentales de suma importancia, tales como la dignidad humana, la vida, la libertad y la intimidad, en la medida en que canaliza el poder punitivo del Estado hacia los ciudadanos que transgreden ciertas prohibiciones o mandatos.

⁸ El hecho de que dentro del derecho penal se regulen relaciones jurídicas entre particulares, pero también aquellas que se dan entre el Estado y los particulares en un contexto de subordinación, hace que no sea posible encasillar al derecho penal completamente dentro del derecho privado o dentro del derecho público.

emitirse con base en los derroteros que ofrecen los enfoques retributivo, restaurativo, consensuado y premial⁹.

De acuerdo con lo ya establecido, las reflexiones sobre la justicia que se hagan al interior del derecho penal como parte de la ciencia jurídica pueden desembocar en caminos muy distintos y ofrecer respuestas de todo tipo, en la medida en que la justicia puede manifestarse tanto sustancial como procesalmente. Por ese motivo, hemos decidido circunscribir nuestro estudio a los cuestionamientos sobre la justicia que se realiza al interior del derecho procesal penal entendido como una parte del derecho penal objetivamente considerado. Dicha circunscripción resulta conveniente, puesto que un análisis del alcance sustancial de la justicia penal excedería las pretensiones del presente trabajo, que está encaminado a la elaboración de un estudio de normas e instituciones de raigambre eminentemente procesal. Ahora bien, antes de profundizar en el referido análisis, es necesario brindarle claridad al lector respecto de cuáles son los enfoques de justicia que, a nuestro juicio, conviven en el ordenamiento procesal penal colombiano:

- A. Enfoque retributivo: Es quizá el enfoque de justicia penal más antiguo, tanto así, que durante muchos años fue el único enfoque válido. En términos simples, esta concepción de justicia entiende la pena como una reacción del Estado que se concreta en la imposición de un castigo a quien ha transgredido alguna de las prohibiciones o mandatos contenidos en las normas penales. En ese sentido, la pena es una mera respuesta estatal a la conducta indeseada de uno o varios sujetos, cuyo propósito puede variar dependiendo del paradigma en el que se pose el operador jurídico. En este punto vale la pena mencionar que la teoría de la pena ha evolucionado con el paso del tiempo¹⁰, y que la concepción absolutamente retribucionista de la sanción penal se ha reemplazado por una más moderada, de acuerdo con la cual la pena no se limita a ser una

⁹ Estos son ejemplos de enfoques de justicia que, en vez de operar dentro del ordenamiento universalmente considerado, operan dentro una rama del mismo.

¹⁰ Para revisar la evolución histórica de los fines de la pena, conviene revisar el texto “Los fines de la pena” escrito por Nuria Matellanes Rodríguez, como un estudio introductorio dentro de la publicación denominada “Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito”. En el referido escrito se explica en detalle cada una de las teorías que se han formulado al respecto, verbigracia, las teorías absolutas, las relativas y finalmente la teoría dialéctica, cuya autoría corresponde al jurista alemán Klaus Roxin.

expresión de justicia retributiva, sino que cumple funciones preventivas tanto generales como especiales¹¹. En esa medida,

el Derecho Penal tendrá la misión de mantener el orden social y, por tanto, de prevenir delitos (prevención general), pero siempre tomando como objetivo el logro de un beneficio para todos los ciudadanos, incluidos los delincuentes, por lo que se les debe ofrecer alternativas a su comportamiento delictivo, respetando su dignidad y su personalidad (prevención especial) (Gómez de la Torre & Arroyo Zapatero, 1994, pág. 32)

- B. Enfoque restaurativo: “Es un sistema a través del cual las partes que se han visto involucradas (o poseen un interés particular) en un delito, deciden de forma colectiva cómo lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro” (Marshall, 1999, pág. 17). Así las cosas, la finalidad de la justicia restaurativa, -que se planteó como una alternativa de humanización a las corrientes retribucionistas- es la de ofrecer una solución al conflicto humano que se origina con el delito, buscando una reparación efectiva del daño causado por la conducta delictiva consistente en la ejecución de una serie de conductas positivas por parte del victimario, en favor de la víctima. Figuras como la conciliación o la mediación son expresiones claras de justicia restaurativa en el ordenamiento procesal penal colombiano. Sin embargo, la presencia de la justicia restaurativa dentro de nuestro estatuto procesal penal no se agota ahí, ya que la creación del incidente de reparación integral como escenario de discusión de la responsabilidad civil originada en el delito y la posibilidad de la formulación de pretensiones de reparación simbólica que se alejan de la idea habitual de resarcimiento demuestran el ánimo del legislador de darle protagonismo dentro de la ley a este enfoque de justicia.
- C. Enfoque consensuado: Desde el punto de vista del proceso penal, consiste en una serie de herramientas jurídicas de las que disponen las partes del proceso para decidir, de común acuerdo, la suerte del mismo. Este enfoque particular de justicia demuestra los esfuerzos que

¹¹ El planteamiento fundamental de la teoría dialéctica de los fines de la pena consiste en que la pena (como consecuencia jurídica asignada por el legislador a la comisión del ilícito) puede cumplir con varias funciones, cuales son la retribución, la prevención general y la prevención especial. Ahora bien, la manifestación de cada una de esas funciones depende del momento en el tiempo en el que la pena tenga contacto con el ciudadano, ya sea antes de su imposición, durante su imposición y durante su respectiva ejecución.

se han llevado a cabo para estimular las soluciones directas a las situaciones penalmente relevantes, restándole posibilidades de intervención al aparato judicial del Estado.

- D. Justicia premial: Su fuente es la colaboración del procesado con el Estado, otorgándole a éste último una situación ventajosa de índole jurídico, político o económico¹² que justifique la renuncia a la persecución penal adelantada en contra de quien colabora. Su objeto es el estímulo de comportamientos como la confesión, la delación, y en general todos aquellos caminos que permitan lograr una terminación anticipada del proceso penal y/o iniciar nuevas investigaciones criminales, a través del otorgamiento de beneficios punitivos de diversa naturaleza.

El funcionamiento de este enfoque de justicia es deseable en la medida en que ningún sistema de enjuiciamiento criminal es capaz de lograr la investigación y juzgamiento de la totalidad de los delitos que llegan al conocimiento de las autoridades, desembocando en una inevitable realidad: el Estado no puede cumplir al ciento por ciento con la tarea de la persecución del delito. Por ese motivo, la aceptación de cargos por parte del procesado dentro del marco de un preacuerdo, o el acto de colaboración que permita aumentar la eficacia de la persecución penal o reducir el desgaste humano, económico e institucional que ella implica, se convierte en merecedor de un “premio” o contraprestación que se concreta en una disminución en la pena, u otra clase de ventajas.

CAPÍTULO 2: EL PROCEDIMIENTO PENAL

1. Noción

Antes de adentrarnos en una definición de procedimiento penal, conviene hacer una pequeña distinción teórica entre los conceptos “proceso” y “procedimiento”¹³. Pues bien, de manera general, un proceso es una sucesión de actos coordinados cuya finalidad es la aplicación del

¹² La situación ventajosa en que el procesado deja al Estado puede ser de diversa índole. Por ejemplo, el procesado puede evitar el desgaste de la administración de justicia, o aumentar la eficacia de la persecución penal, facilitando la apertura de nuevas investigaciones criminales que ayuden a desarticular el crimen organizado, etc.

¹³ A pesar de la existencia de diversas diferencias teóricas entre los conceptos “proceso” y “procedimiento”, dicha diferenciación no tiene gran efecto en la práctica jurídica; escenario en el que a menudo se tratan como sinónimos.

derecho sustancial, culminando con la expedición de una sentencia; mientras que un procedimiento es la forma como se organizan y se llenan de contenido dichos actos sucesivos y coordinados por la ley. Así las cosas, el proceso penal es la sucesión de actos coordinados que buscan la aplicación de las normas penales, y el procedimiento penal es la organización que las leyes vigentes le otorgan a dichos actos, cuyo propósito general es, en principio, la expedición de una sentencia judicial absolutoria o condenatoria que sea materialmente correcta, esto es, que sea producto de los hechos y las pruebas practicadas durante su vigencia.

2. Los sistemas de enjuiciamiento criminal

De todas formas, si bien es cierto que la finalidad de todo proceso penal es la expedición de la sentencia judicial materialmente correcta, existen numerosos caminos para su consecución; caminos que se conocen como sistemas de enjuiciamiento criminal. A lo largo de la historia, las leyes procesales penales de occidente han oscilado entre los sistemas acusatorios, inquisitivos y mixtos, cada uno con particularidades que a su vez han ido variando dependiendo de la época y el lugar en el que han existido. ¿Cuáles son sus rasgos distintivos?

A. *Sistemas acusatorios*¹⁴: Se caracterizan por:

- I. Separación de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento en autoridades públicas diferentes. La autoridad que investiga y acusa no puede ser la misma que preside el juicio.
- II. Propugna porque las actuaciones se lleven a cabo de manera pública, de modo que las partes, los intervinientes e inclusive los meros interesados en el proceso sepan qué está ocurriendo. De ahí que se identifique a los sistemas acusatorios con los procedimientos orales.

¹⁴ En materia penal, su surgimiento histórico se remonta a la antigua República de Roma, en la que el ciudadano era sometido a un *iudicium publicum*, ante un *consilium* de jueces que solo podían ejercer su función si antes mediaba una denuncia de un particular, que, siendo visto como el titular de la acción penal, debía enfrentarse en pie de igualdad al denunciado. Para mayor información sobre el surgimiento histórico del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, puede consultarse la obra “La casación y el derecho de recurrir en el sistema acusatorio” de Miguel Ángel Rodríguez Vásquez, en el siguiente link <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3553>.

- III. Al haber una clara separación entre el ejercicio de la acción penal (investigación y acusación) y el juzgamiento del procesado, una evidencia física o elemento material probatorio no podrá ser tenido como prueba hasta tanto no se haga la contradicción respectiva, en la fase de juicio oral.
- IV. El juicio se caracteriza por ser una confrontación entre el ente acusador y la defensa, en la que el juez asume un papel pasivo que se concreta en dirigir o presidir el proceso. Así, aquello que se pruebe al interior del proceso depende de las partes y no del juez.

B. *Sistemas inquisitivos*¹⁵: Se caracterizan por:

- I. Las funciones de investigación, acusación y juzgamiento se encuentran concentradas en la misma autoridad pública, normalmente de naturaleza judicial.
- II. Buena parte de las actuaciones se adelantan de forma secreta, sin conocimiento por parte del procesado o demás interesados en el proceso (por lo menos hasta que se surte por completo la fase de indagación). Por esa razón, se suele identificar al sistema inquisitivo con los procedimientos escriturales sometidos a reserva.
- III. Estos sistemas se identifican con la permanencia de la prueba. Eso quiere decir que todo lo que la autoridad judicial haya encontrado durante la fase investigativa, se tendrá como prueba desde el momento en que se encuentre, sin que necesariamente se haya hecho impugnación o contradicción por parte del procesado y su defensa.

¹⁵ Su surgimiento histórico se remonta a la época de la Inquisición, momento en el cual existía un vínculo irrefutable entre la Iglesia Católica y los Estados de la época. Los juicios eran conducidos por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que iniciaba las investigaciones sin necesidad de acusación alguna y las culminaba con una sentencia, tal y como lo imponían los manuales inquisitoriales. Para ampliar la información sobre el sistema de enjuiciamiento inquisitivo y su historia, puede revisarse una tesis de grado titulada “La resistencia del sistema penal inquisitivo. Una perspectiva histórico-jurídica” elaborada por María Helena Ordóñez Gómez y Diego Mauricio Cano Murillo. El texto puede ser consultado en el siguiente link: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS36.pdf>.

- IV. Desde su surgimiento, se han identificado con la búsqueda de la verdad. En esa medida, los sistemas inquisitivos primigenios le daban especial peso a la confesión como prueba reina al interior del proceso¹⁶.
 - V. Las limitaciones a la libertad del procesado se conciben como la regla general, tanto así, que la misma autoridad encargada de investigar, acusar y juzgar, es competente para decretarlas.
- C. Sistemas mixtos: Aparecen como propuestas eclécticas cuyo propósito era reunir lo mejor de los dos sistemas en uno, para aprovechar sus ventajas e intentar prescindir de sus desventajas. No obstante, lo normal en cuanto a los sistemas mixtos se refiere, es que incorporen elementos de los dos sistemas precedentes, pero que cuenten con una tendencia marcada, de modo que, a pesar de su carácter híbrido, cuentan con rasgos que permiten identificarlos como sistemas *de corte* acusatorio o inquisitivo.

3. Los sistemas de enjuiciamiento criminal en los códigos de procedimiento penal colombianos

Antes de iniciar el análisis correspondiente, es necesario poner de presente una circunstancia singular que, a la fecha, se sigue presentando: En Colombia, existen dos códigos de procedimiento penal vigentes y aplicables, y cada uno de ellos obedece a un sistema de enjuiciamiento criminal diferente. Los referidos códigos son, la Ley 600 de 2000 (que obedece a un sistema mixto pero con marcadas tendencias inquisitivas y cuya aplicabilidad se ciñe a hechos penalmente relevantes cometidos¹⁷ antes del 1° de enero del año 2005) y la Ley 906 de 2004 (que obedece a un sistema de tendencia acusatoria y cuya aplicabilidad se ciñe a hechos

¹⁶ Aquí vale la pena remarcar que en una época la preocupación por la verdad fue tal, que se recurría al tratamiento cruel o tortuoso para forzar al procesado a confesar lo que había hecho. Sin embargo, los estudios históricos han encontrado que las personas solían confesar con el único propósito de dejar de ser torturadas, hubieren tenido parte o no, en los hechos endilgados. En la ya citada tesis de grado, se afirma que “muchas veces, se llegaba a tal confesión, mediante amenazas, torturas e inclusive recompensas”. (Ordóñez Gómez y Cano Murillo, 2003, pg. 60).

¹⁷ Para despejar las dudas en torno a la comisión de la conducta punible, conviene revisar las reglas contenidas en el artículo 26 de nuestro código penal.

penalmente relevantes cometidos con posterioridad al 1° de enero del año 2005). Hecha la aclaración, procedemos a realizar las explicaciones del caso:

A. Sistema de corte inquisitivo en la Ley 600 de 2000: Sus rasgos distintivos son:

- I. Si bien la fiscalía está concebida como una autoridad judicial y está encargada de ejercer las funciones de investigación y acusación¹⁸, no es competente para presidir el juzgamiento del procesado. Aun cuando esto pueda entenderse como un rasgo característico de un sistema acusatorio, en el procedimiento contemplado en esta ley, la fiscalía ejerce funciones jurisdiccionales que pueden repercutir en los derechos fundamentales del procesado.
- II. A la fiscalía le corresponde ordenar y llevar a cabo interceptaciones de comunicaciones, allanamientos y capturas, *motu proprio* y sin control judicial alguno. Esa posibilidad de limitar la libertad y la intimidad de los procesados denota la tendencia inquisitiva a la que obedece esta norma.
- III. El procedimiento contemplado en la ley se adelanta de forma predominantemente escritural, con algunas de sus etapas sometidas a reserva. A pesar de lo anterior, el juicio se lleva a cabo a través de la celebración de audiencias públicas, cuyo peso se encuentra evidentemente mermado gracias a la existencia del principio de permanencia de la prueba.
- IV. Opera el principio de permanencia de la prueba, que, como ya se dijo, implica que aquello que haya sido encontrado por el ente investigador durante la etapa instructiva, será tomado como prueba desde el momento de la investigación misma. Por ello, aunque se presente un ejercicio de impugnación o contradicción por parte de la defensa

¹⁸ En el lenguaje propio de la Ley 600, los fiscales delegados proceden a “calificar el sumario”, a través de la expedición de resoluciones de preclusión -que libran al procesado de la persecución penal- y resoluciones de acusación -que suponen un paso a la siguiente fase del procedimiento-.

en la audiencia pública de juzgamiento, este ejercicio no es un requisito para considerar un elemento probatorio como prueba.

- V. Opera el principio de investigación integral, de acuerdo con el cual, la fiscalía está obligada a buscar las pruebas que permitan sustentar la condena del investigado, así como aquellas que puedan favorecerlo y sustentar su inocencia.
 - VI. La posibilidad de ordenar la detención preventiva y así limitar de manera evidente el derecho fundamental a la libertad del procesado se encuentra en manos de la fiscalía y no de otra autoridad judicial.
- B. Sistema de tendencia acusatoria en la Ley 906 de 2004: Sin perjuicio de la profundización que se realizará más adelante, éste código de procedimiento penal se caracteriza por:
- I. Una separación más clara de las funciones de investigación y acusación -que se le asignaron a la Fiscalía General de la Nación- y las de juzgamiento, que son de competencia de los jueces de la República.
 - II. La fiscalía puede realizar allanamientos e interceptaciones de comunicaciones, pero sustentando sus motivos ante los jueces encargados de velar por el respeto y materialización de los derechos y garantías constitucionales de las personas involucradas en el proceso penal, que ejercerán sus funciones con anterioridad y posterioridad al ejercicio de las mencionadas facultades por parte de la fiscalía. Dichos jueces son conocidos como jueces de control de garantías.
 - III. La libertad fue concebida como regla general al interior del sistema. Sin embargo, proceden limitaciones excepcionales que requieren de la intervención de la fiscalía y de los jueces. Así, la libertad puede ser limitada a través de la captura, cuya orden le

corresponde al juez de control de garantías (salvo situaciones excepcionales¹⁹), y las medidas de aseguramiento privativas de la libertad²⁰, cuyo decreto también corresponde a los jueces de control de garantías, pero cuya solicitud corresponde a la fiscalía y a otros intervinientes procesales si ese fuere el caso.

- IV. Se abandona la permanencia de la prueba, ya que los procesos de corte acusatorio propugnan por una construcción de la verdad que sea producto del debate probatorio entre acusador y defensa. En ese sentido, la ley 906 solo permite que un elemento material probatorio o evidencia física se convierta en prueba una vez se haya discutido en juicio utilizando una metodología particular de práctica probatoria conocida como examen cruzado de testigos.
- V. A su vez, se abandona el principio de investigación integral y se reemplaza por el llamado principio de investigación objetiva, puesto que la fiscalía empieza a ser concebida como una parte del proceso penal que busca la satisfacción de un interés determinado, cual es la condena del acusado. Sin embargo, por tratarse de una autoridad pública que debe sujetarse a los derroteros constitucionales y legales, se entiende que debe ejercer sus funciones de manera objetiva, sin privilegiar intereses personales por encima del interés general ni perseguir condenas injustas o improbables. Por ser la persecución penal una función pública que puede violentar los derechos fundamentales de los ciudadanos, debe ejercerse con mesura.
- VI. Como gran avance en materia de justicia restaurativa, esta norma le otorga una importante participación a las víctimas en el proceso penal, permitiéndoles no solo conocer el devenir del mismo sino también participar activamente de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de

¹⁹ Aquí se hace referencia a las situaciones de flagrancia y cuasi-flagrancia que se encuentran reguladas en los artículos 301 y 302 de la Ley 906 de 2004.

²⁰ La ley 906 de 2004 también contempla medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, cuyo decreto también corresponde a los jueces de control de garantías. Su regulación está contenida en los artículos 306 y siguientes del código.

aseguramiento,²¹ entre otras. Ahora bien, a pesar de los avances mencionados, la ley 906 sigue concibiendo a la víctima como interviniente y no como parte del proceso.

- VII. El legislador quiso evitar un procedimiento penal absolutamente severo y rígido. Para ello, diseñó las llamadas “válvulas de escape” del proceso penal, que pueden definirse como herramientas de carácter jurídico que permiten dar por terminado el procedimiento sin necesidad de agotar por completo todas sus etapas. Ejemplos de las referidas herramientas son los allanamientos, los preacuerdos y el principio de oportunidad.
- VIII. Por último, el procedimiento consagrado en la ley 906 privilegia la oralidad y materializa -en la mayoría de sus etapas- el principio de publicidad. Así las cosas, se busca que los participantes del proceso se comuniquen verbalmente entre sí, prohibiendo la formación de expedientes y dejando al mínimo la utilización de los mecanismos propios de un proceso escritural.

4. Los principios rectores de la ley 906 de 2004

El derecho penal no es ajeno a la tendencia de establecer principios que orienten su aplicación, en la medida en que estos dan un sentido interpretativo a las reglas en él contenidas, así como también fungen como criterios para dirimir conflictos normativos y solucionar vacíos legales. En suma, estos principios llenan de contenido constitucional las reglas del procedimiento. Así, se convierten en orientadores de la actividad judicial que siempre debe realizarse dentro de la lógica de lo razonable, es decir, en un ejercicio de ponderación para cada caso concreto. En materia procesal penal especialmente, los principios que rigen la actuación también tienen como finalidad la protección de las garantías de todas las partes e intervinientes en el proceso, toda vez que el proceso penal tiene la potencialidad de generar la mayor afectación a los derechos fundamentales de una persona. Por lo tanto, para efectos del presente escrito

²¹ Las facultades otorgadas a las víctimas y sus representantes han sido ampliadas por la Corte Constitucional, que ha condicionado la exequibilidad de muchas de las normas contenidas en el código a la participación de las víctimas, muchas veces en igualdad de condiciones a las partes del proceso.

resulta conveniente sintetizar de forma sumaria aquellos principios que se consideran elementales para la apreciación del procedimiento penal consagrado en la ley 906 de 2004, dividiéndolos en dos categorías: a) principios sobre la forma del proceso; b) principios para los intervinientes:

A. Principios sobre la forma del proceso

- I. **Contradicción:** en el proceso, las partes tienen derecho a conocer todos los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que vayan a presentarse como pruebas. Así mismo, tienen el derecho a estar presente durante la práctica probatoria y a controvertir cada una de las pruebas mediante el ejercicio de interrogatorio y contra interrogatorio de testigos.
- II. **Inmediación:** el juez que conoce del proceso debe estar presente durante la práctica de probatoria, y tener contacto con las pruebas de forma inmediata en ese momento, pues es su valoración sobre ellas tras el ejercicio de la contradicción, el criterio que ha de llevarlo a proferir una sentencia condenatoria, si se llegó al grado de conocimiento más allá de toda duda respecto de la responsabilidad penal del acusado, o de absolución, si tras el debate probatorio persisten dudas razonables.
- III. **Oralidad:** se establece un sistema de audiencias, donde tanto las alegaciones y solicitudes como las decisiones judiciales deben hacerse de forma oral y no escrita (salvo contadas excepciones). La oralidad no solo tiene como finalidad la celeridad del proceso y el establecimiento de un juicio justo y sin dilaciones, sino que contribuye también a la realización del principio de publicidad.
- IV. **Publicidad:** en principio, las audiencias no pueden hacerse a puerta cerrada o de forma reservada. Se busca con ello garantizar la transparencia de la administración de justicia, constituyéndose como un mecanismo de control del ciudadano para evitar los abusos de autoridad por parte del Estado. Lo anterior, sin perjuicio de contadas excepciones en las que el funcionario judicial considera que la publicidad implica la vulneración de un derecho fundamental que debe ser prioritariamente protegido.

- V. Concentración: también en función de la necesidad de la celeridad del proceso y de un juicio sin dilaciones injustificadas, las actuaciones tienen que llevarse a cabo en forma consecutiva, para que el juez pueda tomar una decisión. Siempre respetando garantías y derechos fundamentales, la totalidad de la actuación procesal debe evacuarse en el menor lapso de tiempo posible.

B. Principios para las partes y los intervinientes:

- I. Igualdad: En primera medida, dentro del plano de la igualdad *formal*, el Estado debe propender porque todas las personas sean iguales ante la ley y reciban el mismo tratamiento y la misma protección. En segunda medida, dentro del plano de la igualdad *material*, la ley debe dar un trato diferente o de especial protección a aquellas personas que se encuentren en una situación de hecho o de derecho particular. Ahora, al interior del proceso penal, además de respetarse ese principio en su manifestación más general, la igualdad entre las partes supone también una igualdad de armas, lo que significa que las partes, Fiscalía y Defensa, deben estar habilitadas para tener las mismas oportunidades al interior del proceso.
- II. Juez Natural: la ley debe definir cuál es el juez competente para conocer de cada uno de los casos traídos a conocimiento de la jurisdicción. Está ligada a la garantía constitucional del debido proceso y más allá de su manifestación formal en la jurisdicción y competencia, obedece a la necesidad de tener un juzgador imparcial, con dominio de los temas de las causas que son traídas a su conocimiento, que a su vez proporcione la seguridad de un juicio imparcial.
- III. Gratuidad: El acceso a la justicia es gratuita, es un servicio público que presta el Estado en ejercicio de la función pública de administrar justicia con la que debe cumplir.
- IV. Debido Proceso: este principio resulta trascendental para el desarrollo del procedimiento penal y en general para cualquier actuación judicial que adelante el Estado. En virtud de éste y a la luz de lo consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política “nadie podrá

ser juzgado sino por leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. Si bien en sentido amplio podría entenderse que todos los principios rectores del proceso penal tienen como finalidad última resguardar la garantía del debido proceso, en sentido estricto el debido proceso actúa como principio rector de la actuación procesal penal. De éste, tras un desarrollo jurisprudencial y doctrinal, es posible extraer algunos elementos que lo componen:

- a. Formalidades (respeto a las formas de cada juicio): existen ciertas formalidades que deben ser cumplirse en virtud del mandato constitucional, bajo el cual se deben observar la plenitud de las formas de cada juicio. Esta es un principio que no constituye un fin en sí mismo, entendiéndose entonces que las formas están previstas para la protección de las garantías y derechos fundamentales de todos los intervinientes en el proceso.
- b. Presunción de inocencia: es un principio rector trascendental para el desarrollo del debido proceso, pues su consecuencia directa es que se encuentra en cabeza del Estado la carga probatoria para desvirtuar ante un juez competente, la presunción que se tiene sobre la inocencia del ciudadano frente a la ocurrencia de un hecho punible.
- c. In dubio Pro Reo: principio íntimamente ligado a la presunción de inocencia, según el cual toda duda que se presente durante el procedimiento deberá resolverse en favor del acusado.
- d. Cosa Juzgada: un asunto no puede ser sometido a debate judicial más de una vez. Se entiende que una vez se emite una decisión judicial y esta queda en firme, hace tránsito a cosa juzgada y no se puede acudir a la administración de justicia nuevamente para que se pronuncie sobre ese objeto de litigio en particular. En materia procesal penal, el principio de la cosa juzgada implica que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Dicha prohibición de doble investigación, juzgamiento y/o condena, es conocida como el principio de *non bis in ídem*.

- e. Doble Instancia: los intervinientes tienen derecho a someter a revisión del superior funcional la decisión de primera instancia. El desarrollo jurisprudencial colombiano ha reconocido que se trata de un principio de carácter relativo, en la medida en que no toda decisión judicial debe ser necesariamente apelable y que por el contrario el legislador está facultado para prever situaciones en las cuales no es procedente apelar la decisión del fallador. Imparcialidad: el juez penal sólo se encuentra sometido al imperio de la ley. En ese sentido, su decisión sólo debe basarse en la valoración del material probatorio que ha sido introducido en juicio y se ha sometido al ejercicio de contradicción. Su decisión debe abstraerse de la influencia de las partes, de la de sus superiores, de otras ramas del poder público o de la opinión social.

- f. Favorabilidad: como excepción a la aplicación inmediata de la ley en el tiempo y por lo tanto al principio de legalidad, el principio de favorabilidad consagra que una norma posterior a la ocurrencia de los hechos podrá aplicarse a la situación del procesado o condenado de forma preferente a la norma existente al momento de los hechos, siempre y cuando la norma posterior sea más favorable o beneficiosa para el procesado.

- g. Derecho de defensa: tanto en su acepción material como técnica, se considera que este principio constituye, la garantía primordial del procesado al interior de un proceso penal, y es a través de su correcta observancia que ha de materializarse efectivamente el derecho fundamental al debido proceso. En cierto sentido, es a través del ejercicio del derecho de defensa, que se hacen exigibles todas las garantías anteriormente mencionadas. El artículo 8° de la ley 906 de 2004 estipula, acerca del derecho de defensa, entre otras, que el procesado, en pie de igualdad frente a su contraparte, tiene derecho a no auto incriminarse, a guardar silencio, a ser asistido y representado por un abogado, conocer los cargos que se le imputan, a conocer y controvertir las pruebas en su contra, a tener un juicio público y a renunciar a sus derechos de forma libre y voluntaria y en general, a utilizar toda una serie de medios legítimos para obtener a su favor un resultado favorable.

Como se explicará más adelante, el propósito de este escrito se basa en concebir una nueva dimensión del derecho de defensa y dotar al procesado de nuevas facultades que se sumen al catálogo anterior. Lo anterior, solo será viable examinando este principio, que es a la vez garantía y derecho del procesado, bajo la óptica del enfoque de justicia consensuada y en especial el de la justicia premial.

- V. Libertad: la regla general para el procesado es que tiene derecho a enfrentar un proceso penal estando en libertad y sólo en circunstancias excepcionales avaladas por la ley, y bajo criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, podrá este ser privado de su libertad antes de que se profiera una sentencia condenatoria en firme.

5. Enfoques de justicia a los cuales responde el proceso penal de la ley 906

A simple vista, pareciera que el procedimiento de carácter “ordinario”²² que se consagró en la ley 906 de 2004 solo responde al enfoque retributivo de justicia, ya que una vez se entienden agotadas todas sus etapas, se expide una sentencia en la que se decide si el procesado será objeto de una pena que, sin perjuicio de los otros fines que cumple según el código penal, sanciona en forma de “retribución justa”²³ la conducta delictiva.

No obstante lo anterior, uno de los grandes logros de este código de procedimiento penal fue el de armonizar la convivencia y aplicabilidad de instituciones jurídicas que tienen orígenes marcadamente distintos, pues están inspiradas en enfoques de justicia que durante muchos años fueron entendidos como excluyentes entre sí. En esa medida, la ley 906 de 2004 refleja la existencia de la justicia como un valor polifacético que, en últimas, puede ser materializado de diversas maneras, así se manifieste en un mismo proceso penal.

Para empezar, el enfoque restaurativo de justicia permea todas las etapas del procedimiento penal presentes en la ley. Dicha conclusión se sustenta en los siguientes argumentos:

²² El orden concebido por el legislador es el siguiente: 1. Audiencia de formulación de imputación (con o sin captura y/o medida de aseguramiento), 2. Audiencia de formulación de acusación, 3. Audiencia preparatoria, y 4. Audiencia de juicio oral.

²³ Así se expresa el artículo 4° del Código Penal (Ley 599 de 2000) al hacer mención de las funciones de la pena.

- A. La preocupación por las víctimas surge con el reconocimiento de su existencia dentro del proceso, la consagración de la reparación integral como alternativa al resarcimiento tradicional del daño como consecuencia del delito y, la incorporación de los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación que le asisten a la víctima dentro del proceso penal. Ahora bien, debe advertirse que el procedimiento originalmente concebido en la ley 906 de 2004 no daba un papel cardinal a las víctimas dentro de las actuaciones penales y que, en esencia, limitaba su participación a pronunciamientos concretos dentro de ciertas audiencias preliminares aunado a la búsqueda de la reparación integral una vez se hubiere condenado al procesado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional fue reconociendo de manera paulatina la existencia de ciertos derechos fundamentales propios de las víctimas dentro del procedimiento penal. De esta manera, fue modificada la estructura del sistema, en la medida en que la Corte condicionó la constitucionalidad de las normas que lo rigen, a la materialización efectiva de las garantías y derechos de las víctimas, reconocidos con anterioridad en la jurisprudencia constitucional.²⁴
- B. El hecho de que se le haya reconocido una serie de facultades procesales a las víctimas y sus representantes es evidencia de que, en el ordenamiento jurídico actual, la interacción entre defensa y fiscalía no es suficiente para una construcción responsable de la verdad.
- C. La creación del incidente de reparación integral como escenario de discusión de la responsabilidad civil del condenado, demuestra que el proceso penal colombiano no se limita únicamente a las discusiones sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, sino que existen preocupaciones por el conflicto humano que se genera con ocasión del delito y sus repercusiones en las personas que se ven afectadas por éste. Si el respectivo incidente no existiera, aquellos directa e indirectamente afectados por el delito tendrían que iniciar un proceso nuevo ante la jurisdicción civil en el que se debatiría la responsabilidad del demandado utilizando las formas propias de los juicios civiles.

²⁴ Ejemplos de estas decisiones judiciales son las sentencias C-228 de 2002, M.P.S Manuel José Cepeda Espinos y Eduardo Montealegre Lynett ,C-516 de 2007, M.P Jaime Córdoba Triviño; C-209 de 2007, M.P Manuel José Cepeda Espinosa; C-260 de 2005, M.P Clara Inés Vargas Hernández y C-454 de 2006, M.P Jaime Córdoba Triviño.

- D. En materia de reparación del daño, éste código de procedimiento penal se posa en el paradigma de reparación integral, de acuerdo con el cual, el daño que se causa a una persona como consecuencia de la conducta punible debe ser resarcido en su totalidad, bien desde lo patrimonial como desde lo extrapatrimonial. Ahora bien, aunado a lo anterior, el código permite a las víctimas solicitar reparaciones simbólicas que faciliten el perdón, la reconciliación y la reconstrucción del tejido social.
- E. La ley le dedica un libro entero (libro VI) a los programas de justicia restaurativa, otorgándoles una posición cardinal al interior del proceso penal. Según el artículo 518 de la ley, los programas de justicia restaurativa son todos aquellos procesos en los que “la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador”. A su turno, el segundo inciso del artículo entiende por resultado restaurativo “(...) el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”. En este punto vale la pena señalar que aun cuando la finalidad de los programas de justicia restaurativa es la consecución de un resultado restaurativo, el método planteado por la ley responde a un enfoque consensuado de justicia, en la medida en que incentiva la participación activa de los involucrados en el conflicto en la negociación de acuerdos que ofrezcan soluciones al mismo.
- F. La ley establece mecanismos alternativos para la solución de controversias que se suscitan como consecuencia de la comisión de una conducta punible. El artículo 521 de la ley 906 establece que son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación pre procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación. Cabe anotar que las dos conciliaciones mencionadas en dicho artículo obedecen al mismo mecanismo alternativo de solución de controversias y que su distinción se limita únicamente a establecer el momento procesal en que se realizan. Ahora bien, tanto la composición como la mediación son mecanismos de autocomposición, es decir, aquellos mecanismos en los que, aunque

exista un tercero intermediando entre las partes, son ellas mismas las que llegan a un acuerdo que pone fin al conflicto. Tanto la conciliación como la mediación son mecanismos de autocomposición que involucran la presencia de un tercero. La diferencia elemental entre una y otra es que en la conciliación el tercero intermediario es calificado y regulado por la ley, mientras que en la mediación el tercero no es calificado. De hecho, la ley 906 de 2004 establece esta diferencia cuando en su artículo 523 define la mediación como “un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta”. Igualmente, la ley hace una distinción entre los casos en que procede una u otra, distinción que nos abstendremos de analizar en este punto.

Además, como evidencia del enfoque premial de justicia, el código de procedimiento penal colombiano consagra dos instituciones: la aceptación de cargos (unilateral y bilateral) y el principio de oportunidad. A propósito, la aceptación de cargos unilateral, también llamada allanamiento, consiste en la aceptación libre e informada que hace el procesado de los cargos que se le endilgan, bien sea en la formulación de imputación, en la audiencia preparatoria o al inicio de la audiencia de juicio oral, obteniendo una rebaja de pena cada vez menor entre más avanzado se encuentre el proceso al momento de la aceptación.

En cambio, el principio de oportunidad puede entenderse como una facultad discrecional pero reglada de la Fiscalía General de la Nación, que le permite suspender, interrumpir o inclusive renunciar a la persecución penal, con arreglo a unas causales consagradas en la ley y siempre sujetándose a la política criminal del Estado. Los artículos 321 y siguientes de la ley 906 de 2004 -en desarrollo del artículo 250 constitucional- consagran el referido principio de oportunidad delimitando su contenido y sus formas, regulando las causales de procedencia y el control judicial que recaen sobre el mismo.

Dado que la inclusión del principio de oportunidad supone un fenómeno novedoso incorporado en el sistema acusatorio que actualmente rige la actuación procesal, resulta

conveniente revisar brevemente en qué consiste. Lo primero que debe tomarse en consideración, es que el principio de oportunidad ha sido entendido como el otro extremo de la balanza frente al *principio de legalidad*, toda vez que el primero “permite abandonar de forma permanente o temporal la acción penal, mientras el principio de legalidad en materia procesal, en su acepción más genérica, se refiere al deber del Estado de perseguir y sancionar todo hecho punible” (Bernal Cuellar & Montealegre Lynnett, 2013, pág. 491). El principio de legalidad en materia procesal penal puede entonces entenderse como “(...) la prohibición de disposición de la acción penal, de manera que establecida la comisión de un hecho punible e identificado el autor, el Estado tiene la obligación de llevarlo a juicio” (Op. Cit.), lo que implica la existencia de un deber de persecución penal. El principio de oportunidad, por el contrario,

... se basa en el postulado de que la acusación penal requiere no solo que exista suficiente mérito para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que existan razones de oportunidad para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una determinada conducta (Corte Constitucional, Sentencia C – 873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

A menudo se le da a la institución del principio de oportunidad el tratamiento de un mecanismo disponible dentro del catálogo de facultades de la Fiscalía General de la Nación, mas no el tratamiento de un principio que debe irradiar la totalidad de la actuación procesal y la investigación de la comisión de una conducta punible, y que requiere, para su implementación en un sistema que tradicionalmente ha contemplado el deber de perseguir penalmente, una aproximación interpretativa sistemática al proceso diferente a la tradicional, como lo es por ejemplo, el enfoque de justicia premial frente al enfoque de justicia retributiva.

Otro ejemplo característico de justicia consensuada dentro de la ley procesal penal colombiana se encuentra en los artículos 348 y siguientes de la ley 906 de 2004: la aceptación de cargos bilateral, también conocida como preacuerdos y negociaciones, que sin perjuicio de la explicación que será realizada en apartes posteriores de este texto, pueden entenderse como las resultas del proceso de negociación entre las partes del proceso que implican para el imputado declararse culpable del delito que se le atribuye o de uno relacionado que comporte

una pena menor, a cambio de que el fiscal elimine alguno de los cargos imputados o alguna circunstancia de agravación punitiva, o inclusive, proceda a tipificar más laxamente la conducta perpetrada, culminando así en una rebaja de pena. Aunque se discute si los preacuerdos forman parte del principio de oportunidad o no, se considera que sí existen factores que diferencian uno de otro:

Esencialmente, la diferencia radica en que en los preacuerdos no se suspende, interrumpe o renuncia totalmente la acción penal, sino que esta se adelanta con algunas modificaciones o restricciones acordadas con el sujeto pasivo de la misma. Así, en los preacuerdos no hay extinción ni siquiera precaria de la acción penal; por el contrario, esta se ejerce mediante la acusación y el resultado normal de los preacuerdos, a diferencia del principio de oportunidad, es una sentencia condenatoria. (Mestre Ordoñez, 2007, pág. 367)

Pero a pesar de no ser parte del principio de oportunidad, lo que se quiere resaltar es que también se trata de un escenario de disponibilidad de la acción penal que permite atenuar las consecuencias de su ejercicio, como son la atenuación punitiva y el cambio en la calificación jurídica de su conducta. Esto también puede interpretarse como una concepción del principio de legalidad que supera el modelo puramente retribucionista.

El punto al que quiere llegarse es que una misma norma procesal penal puede incorporar instituciones que obedezcan a diversos enfoques de justicia, ya que, al ser manifestaciones válidas del mismo valor es posible que las mismas convivan, sin hacerse jurídicamente excluyentes entre sí. Ahora bien, la cantidad y el alcance de las instituciones jurídicas que hagan parte de enfoques novedosos o *alternativos* de justicia penal dependerán del tratamiento político criminal que se le quiera dar al delito, en el entendido de que un tratamiento político criminal severo va a desembocar en la inexistencia o subutilización de figuras propias de los enfoques premial y consensuado, mientras que un tratamiento político criminal moderado va a definir cuáles son las prioridades estatales en lo que a la persecución penal se refiere y qué tratamiento debe darse a los fenómenos delictivos que causen mayor afectación a la convivencia pacífica, así como va a ocuparse de determinar qué respuesta estatal recibirán aquellos comportamientos ejecutados por parte de los ciudadanos procesados penalmente que resulten provechosos para el

cumplimiento de los objetivos que se han planteado con el plan de política criminal. El capítulo 5 contiene un desarrollo más profundo de esta idea.

CAPÍTULO 3: LOS BENEFICIOS PUNITIVOS POSTERIORES A LA CONDENA

1. Los beneficios punitivos pos condenatorios existentes en el ordenamiento jurídico vigente

De antemano es necesario advertir que la figura de los beneficios punitivos post condenatorios no es ajena al ordenamiento jurídico colombiano, puesto que se encuentra plasmada en tres instituciones de vieja data, que fueron consagradas en los artículos 38 y siguientes y 63 y siguientes del Código Penal actualmente vigente²⁵ (ley 599 de 2000) bajo la denominación de prisión domiciliaria, suspensión condicional de la ejecución de la pena y libertad condicional. Ahora bien, en el lenguaje utilizado en el Código, las dos primeras son concebidas como “mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad”. De todas formas, a pesar de la elección de palabras hecha por el legislador, las referidas instituciones pueden ser entendidas como beneficios punitivos post condenatorios en la medida en que todas implican una mejora en la situación jurídica del ciudadano condenado con anterioridad, aunque debe advertirse que todas ellas proceden en cuanto se cumplan una serie de condiciones objetivas y subjetivas previstas en la ley.

A continuación, se hará una sucinta explicación del contenido de cada una de ellas:

- A. Prisión domiciliaria: Se considera una medida sustitutiva de la prisión intramural y consiste en la reclusión del condenado en su lugar de residencia o morada, o en el lugar que el juez determine. Para conceder la prisión domiciliaria, el juez debe verificar que la pena impuesta no exceda 8 años ni sea consecuencia de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, que el ciudadano haya probado su arraigo social y familiar y que además se obligue a reparar los daños ocasionados con el delito, a someterse a la vigilancia

²⁵ La regulación existente fue modificada por la Ley 1709 de 2014, que en sus artículos 22 y siguientes se ocupó de facilitar a los ciudadanos el acceso a esta clase de beneficios a través del laxamiento de las condiciones subjetivas cuyo cumplimiento era impuesto por el articulado anterior.

del cumplimiento de la pena y a no cambiar de residencia sin que antes medie una autorización judicial.

- B. Suspensión condicional de la ejecución de la pena: Este beneficio supone una cesación de la ejecución de la pena privativa de la libertad, condicionada al cumplimiento de un período de prueba (que en las normas colombianas oscila entre los dos y cinco años) dentro del cual el condenado debe observar una serie de reglas de buena conducta. Éste beneficio solo procede para condenas por delitos cuya pena no excediere cuatro años y puede otorgarse sin necesidad del cumplimiento de otros requisitos si el condenado carece de antecedentes penales. No obstante, en caso contrario, el juez deberá verificar si los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado indican que la ejecución de la pena no se hace necesaria para proceder a la concesión del citado beneficio.
- C. Libertad condicional: Es un beneficio punitivo que se concede al sentenciado que habiéndose comportado adecuadamente en el centro de reclusión ha cumplido tres quintas partes de la pena, siempre y cuando se encuentre probado su arraigo social y familiar y haya reparado o por lo menos garantizado la reparación de las víctimas del delito.

El común denominador que comparten estas tres figuras es que proceden gracias a la observancia de una serie de condiciones objetivas y subjetivas que se enfocan en la pena impuesta, la inexistencia de antecedentes penales y la existencia de buenos antecedentes personales, sociales y familiares, además de comportamientos que el sentenciado debe ejecutar a favor de sí mismo y/o de la víctima, pero nunca a favor de la justicia.

Por otro lado, la clase de beneficios punitivos post condenatorios que resulta novedosa para nuestro régimen procesal penal de corte acusatorio (ley 906 de 2004) es aquella que tiene fuente en la colaboración del condenado con el ente persecutor, erigiéndose como una expresión de los enfoques premial y consensuado de justicia penal, en tanto que obedecen a una lógica de concesiones recíprocas en la que el Estado *premia* al condenado por proveerle información que le resulte verdaderamente útil de cara al cumplimiento de sus fines en lo que a la persecución penal respecta y a la ejecución adecuada de la política criminal. A su vez, dichos beneficios también comportan mejoras en la situación jurídica del condenado y pueden consistir en rebajas

o supresiones punitivas, tratamientos procesales favorables, inmunidades y en general todo provecho o recompensa que una persona pueda obtener en forma de contraprestación por facilitarle al ente acusador el cumplimiento de sus funciones y la ejecución de la acción penal. En este punto se hace pertinente remarcar que la clase de colaboración, las cualidades que debe cumplir, la variedad de beneficios que puede implicar y la forma en que ésta ayuda al ente acusador a desplegar de mejor manera las facultades que están contenidas dentro de una nueva concepción de acción penal, serán explicados a continuación.

Antes de ofrecer una explicación sobre el contenido de los privilegios que pueden ser obtenidos por un ciudadano aún con posterioridad a su condena, es pertinente hacer referencia al catálogo de beneficios que estaba contenido en el Título II del Libro III de la ley 600 de 2000, denominado “Beneficio por colaboración”. En el referido conjunto de normas se regulaba la posibilidad de obtener beneficios punitivos con anterioridad y con posterioridad de la condena si el ciudadano hubiere prestado colaboración a la Fiscalía General de la Nación que, como lo expresa el numeral 3 del artículo 413 de la ley, solo se entiende como eficaz en caso de que ésta “(...) al menos haya sido soporte de resolución de acusación, incautación de bienes y establecimiento de las fuentes de financiación o localización del secuestrado...”. A pesar de lo anterior, no existe documentación respecto de las razones por las cuales esta clase de beneficios no fueron incluidos dentro de la ley 906 de 2004.

2. Clases de beneficios por colaboración

Una vez hecho el esbozo general de lo que son los beneficios punitivos post condenatorios (tradicionales y por colaboración), es menester hacer referencia a qué clase de recompensas a las que puede acceder el condenado que ha colaborado eficazmente con la justicia, tomando como base el catálogo incorporado dentro de la ley 600 de 2000:

- A. **Rebaja punitiva:** Consiste en una disminución en la pena impuesta por el juez de conocimiento. Ahora bien, sería tarea de la ley definir en qué términos debe hacerse la correspondiente disminución. Sin embargo, tomando en consideración la estructura normativa de rebajas presente en el Código de Procedimiento Penal, la ley deberá

encargarse de poner a disposición del funcionario que evalúa la posibilidad de otorgar éste beneficio un rango de actuación, de modo que exista un monto mínimo y uno máximo de disminución de la privación de la libertad.

- B. Incorporación del sentenciado al programa de protección de testigos: Teniendo en cuenta que en muchos casos la colaboración con la justicia puede consistir en la delación de terceros, el Estado debe asegurarse que quienes fueren poseedores de la información necesaria para llevar a cabo esta tarea se encuentren sanos y salvos en lo que su vida e integridad personal respecta. Por ese motivo, uno de los beneficios que pueden ser otorgados al condenado consiste en su incorporación al programa de protección de testigos que fue creado por el artículo 81 de la Ley 418 de 1997²⁶ y que es dirigido por la Fiscalía General de la Nación a través de la Oficina de Protección a Víctimas y Testigos (OPVT).
- C. Obtención de los beneficios tradicionales: El sentenciado colaborador también podría ser acreedor de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional o la sustitución de la privación de la libertad intramural por la prisión domiciliaria. La única diferencia con la regulación tradicional, es que la fuente de la obtención del beneficio no es el cumplimiento de las condiciones impuestas en la ley, sino la colaboración eficaz prestada por parte del condenado.

Lo último que debe señalarse en este capítulo del texto, es que nada impide que el ciudadano se haga beneficiario de varias de estas especies al mismo tiempo. Todo dependerá de la solicitud elevada -que ya tuvo que haber tenido en cuenta la cualidad de la colaboración prestada, más la naturaleza de los beneficios solicitados-.

3. Los beneficios por colaboración en el sistema norteamericano

²⁶ La regulación del programa de protección a testigos se encuentra diseminada entre la 418 de 1997 y aquellas leyes posteriores que modificaron su contenido, entre las que se encuentran las leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 975 de 2005 y 1106 de 2006.

El sistema de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio que opera en el ordenamiento jurídico colombiano actualmente, ha recibido gran influencia de ordenamientos jurídicos de otras latitudes, específicamente, de los procesos penales acusatorios de origen anglosajón, como lo es el procedimiento penal norteamericano. Es por ello que varias de las instituciones que pueden encontrarse en la ley 906 de 2004, encuentran correspondencia en aquellas reguladas por las *Federal Rules of Criminal Procedure* (reglas federales de procedimiento penal, dictadas para guiar actuaciones procesales penales en todo el territorio de los Estados Unidos de América, en adelante FRCP). Resulta pertinente hacer una breve relación del origen de estas reglas de procedimiento y su contenido en relación con la institución de los beneficios punitivos post condenatorios por colaboración que se estudia en este texto.

En cuanto a su origen, sea lo primero decir que el Congreso de los Estados Unidos promulgó en junio 19 de 1934 el *Rules Enabling Act*, norma con la que se le otorgaba potestad legislativa a la Rama Judicial para expedir reglas federales de procedimiento civil. Posteriormente, en 1940 el Congreso expidió el *Sumners Courts Act*, que reformaba el *Rules Enabling Act*, habilitando a la Corte Suprema para elaborar un compendio de reglas federales, esta vez en lo relativo a los procedimientos penales. En ejercicio de esta facultad, en 1944 fueron expedidas las ya mencionadas reglas de procedimiento criminal.²⁷

Sobre los beneficios punitivos post condenatorios en particular, la regla 35 del FRCP (en el Anexo 1 de este escrito, puede encontrarse la regulación contenida en la regla, para consulta del lector) dispone que es posible corregir o reducir una sentencia condenatoria en dos casos: el primero hace referencia a la corrección de errores aritméticos, técnicos o de cualquier otra naturaleza, siempre y cuando sean claros; el segundo, contempla la posibilidad de reducir la sentencia en aquellos casos en que el condenado ofrezca *substantial assistance* (colaboración sustancial) a las autoridades encargadas de adelantar la persecución penal, que resulte en la investigación o persecución de una tercera persona.

²⁷ Para consultar las referidas reglas, su origen histórico y sus reformas el lector puede remitirse al archivo virtual de la universidad de Cornell, Nueva York, E.E.U.U. (que puede encontrarse en la siguiente dirección web: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>)

La regla referida contempla dos escenarios de reducción de sentencia: en el primero - señalado como regla general - el gobierno (a través del *Department of Justice*) puede presentar una moción ante el funcionario judicial que conoció del juicio para que este reduzca la pena impuesta, como contraprestación a la colaboración prestada por el procesado, siempre que la solicitud se presente dentro del año siguiente a la declaración de condena; en el segundo - señalado como excepción - la solicitud de reducción de la sentencia puede ser elevada con posterioridad al primer año a partir de la declaración de condena si la colaboración sustancial contiene: i) información no conocida por el condenado sino hasta después del primer año transcurrido a partir de la declaración de condena; ii) información proveída por el condenado dentro del primer año siguiente a la declaración de condena, pero que no fue de utilidad para la entidad persecutora sino hasta después de la expiración de dicho plazo; iii) información cuya utilidad no pudo ser razonablemente anticipada por el condenado sino hasta después de vencido el plazo de un año contado a partir de la declaración de condena, sólo si esta información fue proveída con prontitud a la entidad persecutora, una vez el condenado pudo apreciar la verdadera utilidad de la información.

Sin importar de cuál de los dos escenarios se trate, la regla 35 establece que es posible para el juez reducir la sentencia a un quantum inferior al contemplado como mínimo por la ley para el delito por el que se procesó al ciudadano en el caso concreto.

4. La posibilidad de colaborar con la justicia como garantía fundamental del procesado

De acuerdo con el régimen establecido en nuestra Constitución Política, la garantía fundamental por excelencia es la del debido proceso y se encuentra consagrada en el artículo 29 de la Carta. Según la Corte Constitucional, el debido proceso está conformado por

(...) el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia (Corte Constitucional, sentencia C-341 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo).

A su vez, ese conjunto de garantías está compuesto por:

(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable (...) (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (op, cit.).

Al entender el derecho a la defensa como una prerrogativa de considerable amplitud, consistente en la posibilidad de emplear todos los medios adecuados y legítimos para obtener una decisión favorable, quiere decir que el contenido del derecho no se limita a la oportunidad que tiene la persona involucrada en cualquier actuación judicial o administrativa

... de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga (Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2009, M.P Rodrigo Escobar Gil),

sino que también contempla la posibilidad de acudir a las autoridades para prestar colaboraciones que -como lo anticipa la finalidad de éste derecho- pueden implicar la consecución de una decisión o resultado favorable. En ese sentido, el principal efecto de incluir el derecho de colaboración como parte integrante del derecho a la defensa y así, como una de las garantías propias del debido proceso es que debe contener una serie de mínimos que pueden hacerse respetar acudiendo a la protección judicial, por un lado, para que ésta facultad sea

ejercida adecuadamente y, por otro, para que se garantice la consecución de los efectos favorables que el ordenamiento contempla como recompensa a su prestación.

CAPÍTULO 4: OBSTÁCULOS A SUPERAR PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

1. Planteamiento del problema

La reincorporación de los beneficios punitivos pos condenatorios con fuente en la colaboración dentro del ordenamiento jurídico colombiano no es una tarea sencilla, ni mucho menos pacífica, todo debido a que requeriría de la superación de una serie de obstáculos de carácter jurídico que tendrían la capacidad de truncar su inclusión en nuestro sistema penal. Por ese motivo, hay que revisar si su incorporación se ajustaría a los fines constitucionales de nuestro proceso penal y al plan de política criminal del Estado colombiano; si requiere de un cambio en la concepción imperante de acción penal así como en las competencias de la Fiscalía General de la Nación; si además requeriría sacrificios de la seguridad jurídica y la cosa juzgada y, finalmente, si su existencia atenta contra el enfoque restaurativo de justicia penal y los derechos de las víctimas. En últimas, es importante establecer si la incorporación de esta figura tiene una justificación constitucional.

En ese sentido, en este capítulo se hará una breve descripción de lo que implica cada uno de estos obstáculos, acompañada del planteamiento de las soluciones que significarían su superación.

2. Cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal y la política criminal del Estado

Aun cuando la noción de *proceso* parece ceñirse a un mero conjunto de formalidades que debe cumplirse antes de la expedición de una sentencia judicial, las exigencias jurídicas que el

derecho constitucional -al ser una rama transversal, que impregna todas las demás al interior del ordenamiento- ha traído consigo, han obligado a muchos académicos a preocuparse no solo por el estudio de su contenido y sus características particulares, sino por el de la teleología del mismo. El derecho procesal penal no es ajeno a estas preocupaciones, sobre todo si se tiene en cuenta la correlación que existe entre su aplicación y la afectación de diversos derechos fundamentales de carácter constitucional. Así las cosas, el proceso penal debe apuntarle a la consecución de fines superiores, y no a ser un conjunto normativo que se aplique ciegamente, casi como un fin en sí mismo. Ello, en palabras de la Corte Constitucional, plasmadas en la sentencia C – 038 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, expresadas de la siguiente forma:

Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance.

En sentido similar se expresan Bernal y Montealegre, cuando afirman que:

Las actuales democracias tienen, como característica principal, una clara tendencia a la constitucionalización de todas las ramas del derecho, en especial en lo relacionado con su procedimiento, en la norma superior de la mayoría de los estados, incluso de aquellos con mayor tradición jurídica, está incorporado un catálogo de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, con el fin de impedir que tanto los administradores de justicia, como el futuro legislador desconozcan los derechos fundamentales de las personas. La principal finalidad es buscar la verdadera materialización de dichos derechos, para alcanzar la justicia, reconocida como valor supremo de todo ordenamiento jurídico.

[En esa medida] Los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución condicionan el entendimiento de la estructura del proceso penal. (Bernal Cuellar & Montealegre Lynnett, 2013, pág. 43)(Palabras en corchetes, fuera del texto original).

Siguiendo ese razonamiento es que el autor José Joaquín Urbano Martínez plantea un esquema de estudio de los fines constitucionales del proceso penal que “... se circunscriben a la aproximación razonable a la verdad, el respeto de los derechos de quienes en él intervienen, la realización de la justicia y la flexibilización razonable de las normas penales sustanciales” (Urbano Martínez, 2006, pág. 115)

A continuación, se expone brevemente en qué consiste cada uno de ellos:

- A. Aproximación razonable a la verdad: “La aproximación a la verdad es un fin constitucional del proceso dado que la aplicación del Derecho exige como presupuesto el conocimiento de los hechos sometidos primero a investigación y luego a juzgamiento”. (Urbano Martínez, 2006, pág. 115). Lo anterior quiere decir que el proceso penal debe tener como objetivo el esclarecimiento de los hechos que fundamentan su despliegue, por lo menos hasta donde las pruebas lo permitan. De ahí que se hable de una aproximación razonable a la verdad, y no a una consecución absoluta de la misma.

- B. El respeto de los derechos de quienes intervienen en el proceso: Quizá uno de los aspectos más importantes del debido proceso como derecho fundamental, es que las garantías y prerrogativas que tienen origen en la Constitución Política y en la ley procesal sean respetadas y materializadas por los jueces, tal y como se lo propone el Estado Social de Derecho. Precisamente así lo ha reconocido la Corte Constitucional, al analizar la naturaleza de este derecho fundamental:

El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, siguiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de hechos punibles, con miras a la protección a la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados. (Corte Constitucional, Sentencia T-039 de 1996, M.P Antonio Barrera Carbonell).

- C. La realización de la justicia: El preámbulo de nuestro texto superior entiende la realización de la justicia como una finalidad a conseguir. En esa medida, “(...) el proceso penal se promueve para atender las demandas sociales de justicia y la negación de la impunidad planteadas por el delito, pero también para sostener la presunción de inocencia y amparar a quienes han sido ajenos a la comisión de conductas punibles”. (Urbano Martínez, 2006, pág. 116). En este punto debe resaltarse que la visión de justicia propuesta por Urbano Martínez se queda corta, pues al referirse expresamente a la impunidad y a la protección de la presunción de inocencia, parece posarse únicamente en el enfoque retributivo de justicia que, como ya se ha comentado en apartes anteriores de este trabajo, no es suficiente para dar una explicación satisfactoria de lo que es la justicia penal.
- D. La flexibilización razonable de las normas penales sustanciales: Partiendo de la base de que ningún sistema de enjuiciamiento criminal es capaz de procesar todos los delitos que se cometen en su interior, debe comprenderse que existe una anticipación por “(...) mantener una relación de equilibrio entre los costos político-criminales del funcionamiento del sistema penal, y sus niveles de eficacia”. (Urbano Martínez, 2006, pág. 116). Lo dicho tiene asidero en la idea de que una aplicación absoluta de las normas penales de índole sustancial disminuiría ostensiblemente la eficiencia del sistema, degenerando en un incumplimiento grave de los tres fines constitucionales explicados con anterioridad. Ahora bien, la referida flexibilización no puede hacerse de manera arbitraria, sino que debe acudir a criterios de razonabilidad que se conviertan en una justificación válida para su utilización. En el texto citado, el autor considera que el principio de oportunidad y los preacuerdos, son las manifestaciones de flexibilización que el ordenamiento procesal penal colombiano ha contemplado.

No obstante, en nuestro criterio, otro de los mecanismos de flexibilización de la aplicación de las normas penales de naturaleza sustancial debe ser el de la política criminal, que ha sido definida por la propia Corte Constitucional como:

... el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el

territorio bajo su jurisdicción (Corte Constitucional, Sentencia C-936 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

En todo caso, para asegurar la claridad teórica de este escrito, es preciso hacer una distinción entre la política criminal que se manifiesta en instrumentos jurídicos y aquella que se manifiesta en instrumentos políticos. Así, la primera especie está integrada por las normas jurídicas que:

a) (...) definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. (Corte Constitucional, Sentencia C-936/10. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Así, todas las normas de naturaleza jurídico-penal al interior de nuestro ordenamiento constituyen entonces el acervo de instrumentos jurídicos al servicio de la política criminal del Estado, pues en ellas es posible identificar las características propias de estos instrumentos, definidas en la pre citada sentencia.

En otra instancia, la segunda dimensión de la política criminal -que se manifiesta a través de los instrumentos políticos- es aquella que, en nuestro criterio, direcciona la implementación de mecanismos de flexibilización de la aplicación de las normas penales sustanciales y, en consecuencia, se convierte en uno de ellos. Esta acepción de la política criminal es reconocida por nuestro ordenamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la constitución política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, al manifestar que la Fiscalía General de la Nación “... no podrá (...) suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado **dentro del marco de la política criminal del Estado**” (Negrilla fuera del texto original). Dicha disposición constitucional demuestra que fue voluntad del

constituyente que el ejercicio de la persecución penal no fuera completamente rígido. Todo lo contrario, para éste, el hecho de que existan razones o circunstancias que ameriten un ejercicio moderado de la acción penal fue uno de los motivos de la implementación de un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal en Colombia.

En efecto, la exposición de motivos del proyecto legislativo número 237 de 2002²⁸ de la Cámara de Representantes, indicó que el planteamiento de la implementación de un sistema penal acusatorio en Colombia se cimentaba sobre la enunciación de ciertos principios rectores orientadores de este sistema procesal, entre los que se encuentra

la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad” (ibídem) a través de la consagración de una serie de mecanismos excepcionales al ejercicio tradicional de la acción penal; mecanismos que solo pueden ser puestos en marcha tomando como norte la política criminal del Estado. (Congreso de la República de Colombia, Exposición de motivos proyecto legislativo No. 237 de 2002).

En concordancia con la norma constitucional, el artículo 321 de la ley 906 de 2004 dispone que “La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado”. Complementariamente, el inciso segundo del artículo 330 del estatuto procesal penal establece que “el reglamento expedido por la Fiscalía General de la Nación [refiriéndose al reglamento que debe expedirse para instituir un procedimiento interno en la Fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad] deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado”. (Corchetes fuera del texto original).

Resulta entonces lógico interpretar de estos apartes constitucionales y legales que el Estado, a través de las entidades que de forma permanente o transitoria se encargan de la formulación e implementación de la política criminal (comprendidas dentro de lo que la ley 1709 de 2014 concibió como el Consejo Superior de Política Criminal), son las llamadas a establecer cuáles

²⁸ Éste proyecto se convirtió en el acto legislativo 03 de 2002; norma que introdujo al sistema jurídico colombiano el sistema de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio.

son, en la práctica, las conductas que merecen una persecución penal más rigurosa y por el contrario aquellas que merecen un tratamiento más benigno, entre otras circunstancias relevantes para la materialización de las normas de carácter penal. Es así como este tipo de instrumentos reflejan los intereses estatales en la aplicación de las normas penales, ya que estas últimas, más allá de dictar los parámetros para la cuantificación o dosificación punitiva -que se rige por la observancia del principio de proporcionalidad- no se encargan de hacer estas distinciones dentro de las conductas delictivas existentes.

Esta “separación” al interior del concepto de política criminal resulta conveniente, debido a que si bien la ley tiene vocación de permanencia y generalidad en aras de garantizar la estabilidad jurídica, la determinación del Estado en el ejercicio de su *ius puniendi* se ve influenciada por las cambiantes situaciones sociales y por lo tanto su política en la persecución y sanción de los crímenes preexistentes en la ley varía en la medida en que estos afecten en mayor o menor grado a la sociedad en un contexto espacio-temporal determinado.

Así las cosas, ese ejercicio de priorización de los intereses estatales en la persecución del delito se traduce necesariamente en una directriz que orienta en qué circunstancias y con qué intensidad se debe permitir la flexibilización en la aplicación de la ley sustancial. Bajo esta óptica, dentro del ordenamiento colombiano es posible hacer de la aplicación de ciertas normas e instituciones jurídicas en materia penal y procesal penal algo relativamente maleable, con el objetivo de lograr el cumplimiento de fines superiores que se encuentren justificados constitucionalmente.

3. Los beneficios punitivos posteriores a la condena de cara a los fines constitucionales del proceso penal

Dicho lo anterior, resulta conveniente determinar si una institución jurídica como lo son los beneficios punitivos pos condenatorios con fuente en la colaboración con la justicia cumpliría con los fines constitucionales que persigue el proceso penal en Colombia. Para ello, estos se analizarán a la luz del esquema ya propuesto por Urbano Martínez, enfatizando en sus singularidades:

- A. Respecto de la aproximación razonable a la verdad: Si bien los beneficios punitivos pos condenatorios solo tendrían lugar con posterioridad a la expedición de la sentencia -es decir, una vez se ha hecho toda la discusión probatoria y se ha obtenido una verdad formal al interior del proceso- estos mecanismos podrían servir de incentivo para la ampliación de la información obtenida, o inclusive para el otorgamiento de información novedosa que le permita a la Fiscalía General de la Nación vincular a otras personas a nuevos procesos penales, o inclusive llegar a fortalecer su pretensión de condena en contra de personas que estarían siendo procesadas. De cara a las víctimas, se reforzaría el derecho constitucional que le asiste de saber la verdad en una mayor dimensión.
- B. Respecto de la materialización de los derechos de quienes intervienen en el proceso: no sería posible incorporar una figura de estas características si no se le otorga voz y voto a las partes y a algunos intervinientes procesales para que se manifiesten en torno a la viabilidad de utilización de estas herramientas en un caso concreto. Por eso, aun cuando corresponde a un funcionario judicial definir si la aplicación de la figura es procedente, es necesario que la ley defina con claridad cuáles son los roles que partes e intervinientes deben cumplir para iniciar y culminar su trámite. En esa medida, (y sin perjuicio de las ampliaciones que se harán más adelante) es relevante considerar una repartición razonable de los roles que asumirían las partes y algunos de los intervinientes dentro del proceso, con la finalidad de que los derechos fundamentales de las víctimas y el condenado fueran efectivamente materializados en la actuación:
- I. Condenado y defensa técnica: Sería la encargada de adelantar conversaciones con el fiscal, de modo que pueda realizarse una evaluación preliminar de aquello que el condenado tiene para ofrecer a cambio de obtener algún beneficio. En este caso, se materializaría el derecho del condenado a colaborar con la justicia como parte integrante del derecho fundamental al debido proceso.
 - II. Fiscalía: Una vez evaluada la naturaleza y entidad de la colaboración ofrecida por el condenado, le corresponderá solicitar ante un funcionario judicial el otorgamiento de los beneficios, previa demostración de la colaboración del condenado y su correspondiente

eficacia. En ese sentido, debe justificar ante el juez la procedencia de los beneficios solicitados a la hora de formular su pretensión.

III. Víctimas: Siguiendo la tendencia de protección y materialización de los derechos de las víctimas al interior del proceso penal que está presente en la Carta Política y en la ley 906 de 2004, éstas deben tener un espacio de información y opinión respecto del otorgamiento de los beneficios solicitados. Ahora, debe aclararse que esto no implica la existencia de una especie de derecho de veto sobre la solicitud o inclusive sobre la decisión judicial encargada de definir si los beneficios solicitados se otorgan o no, teniendo en cuenta que la fuente de la petición es la colaboración del condenado con las autoridades estatales y no la reparación de los afectados con ocasión del delito. En todo caso, volveremos sobre esta problemática posteriormente.

IV. Juez: Es el encargado de valorar la pretensión elevada por la fiscalía, examinando la naturaleza y la entidad de la colaboración proporcionada por el condenado. De encontrarla suficiente, es el facultado para conferir los beneficios solicitados y vigilar su ejecución. Dicho juez debe velar por el respeto y materialización de las garantías fundamentales de quienes intervienen en el trámite de los beneficios pos condenatorios.

C. Respecto de la realización de la justicia: como se advirtió al comienzo de este texto, se reitera que constituye un pilar central de la propuesta presentada el entender que dentro del proceso penal colombiano coexisten de manera armónica instituciones cuya naturaleza obedece a distintos enfoques de justicia. En efecto, el éxito de la implementación de cada una de las instituciones depende directamente del correcto entendimiento de su origen. Por ejemplo, si el juicio de justicia que recae sobre los beneficios punitivos pos condenatorios por colaboración se hace únicamente desde el crisol del enfoque retributivo de dicho valor, seguramente se llegará a la conclusión de que son un sinónimo de impunidad, o inclusive un incumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado Colombiano, de acuerdo con la primera parte del artículo 2º de nuestra Carta Política, cual es mantener la “vigencia de un orden justo”. Igualmente, a la luz de la justicia restaurativa, la figura del beneficio por colaboración fracasaría en la medida en que no sería un elemento idóneo para la reconstrucción del tejido social a través de la reparación integral de las personas afectadas

por la comisión del delito, cuando la colaboración del condenado no satisfaga las expectativas de las víctimas en términos de verdad, justicia o reparación. En conclusión, se hace necesario entender que este tipo de figuras obedecen a otros enfoques de justicia que son igualmente válidos y cuya realización también está reconocida dentro de nuestro estatuto procesal penal. Por tal motivo, estos mecanismos hacen posible la realización del referido valor.

- D. Respecto de la flexibilización de las normas penales sustanciales: Es quizá el fin constitucional del proceso penal que se ve más claramente materializado por los beneficios punitivos con posterioridad a la condena que tienen origen en la colaboración. Ello es así, en la medida en que - como se verá más adelante- su aplicación supone una separación de las ideas tradicionales que rodean los conceptos de “acción penal” y “cosa juzgada” -que hacen parte de la columna vertebral de lo que se entiende por proceso penal- pero con miras a la consecución de otros objetivos que son indistintamente importantes para el Estado colombiano dentro de su plan de política criminal. En ese sentido, la utilización austera y eficaz de los recursos disponibles para la persecución y prevención del delito, el mejoramiento de la eficiencia en la persecución penal y la realización de la justicia (desde sus múltiples enfoques y manifestaciones) pueden ser logrados gracias a la utilización adecuada de una figura como éstas.

4. Competencias de la Fiscalía General de la Nación y alcance de las mismas

Uno de muchos factores que motivó a la sociedad colombiana a realizar una Asamblea Constituyente para elaborar la Constitución Política de 1991, era el hecho de que el Estado se encontraba en la imposibilidad de investigar la comisión de hechos punibles y perseguir a sus autores de forma eficaz con el sistema de enjuiciamiento criminal imperante para la época. Ello se debía, en gran medida, a que el Estado carecía de una institución que pudiera adelantar las investigaciones en las causas criminales de forma técnica y rigurosa, y por lo tanto se carecía de fundamento para poder procesar a los delincuentes. Esta necesidad derivó en una de las principales modificaciones a la estructura del Estado que la Constitución de 1991 trajo consigo; la creación de la Fiscalía General de la Nación.

La concepción constitucional de la Fiscalía General de la Nación se encuentra consagrada en el artículo 250 de la Constitución²⁹. No obstante la creación de la Fiscalía constituye un hito central en la lucha tanto contra el crimen organizado como contra la delincuencia común, su puesta en marcha no resultó tan positiva como se esperaba. El nivel de criminalidad aún superaba -y sigue superando- la capacidad del ente investigador³⁰, y tras fracasar la idea de dotarlo de un amplio catálogo de funciones jurisdiccionales para hacerla más eficaz (tal y como se hizo con la reforma al procedimiento penal de la ley 600 de 2000), comenzó la iniciativa de variar su naturaleza inquisitiva. En efecto, el proceso de reforma culminó con el ya referido acto legislativo 03 de 2002, que modificaba los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución. Una de las finalidades principales de este acto legislativo, era la de “fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación” toda vez que “el escaso sustento probatorio con el cual se instruyen los procesos es un reflejo del peso que gravita actualmente sobre esta institución: además de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal, debe obrar no sólo como ente acusador sino como defensa y juez, lo que indudablemente entorpece su función principal” (Cámara de Representantes, Ponencia de primer debate del proyecto de acto legislativo de 237 de 2002).

La apuesta por la modificación de la naturaleza de la Fiscalía General de la Nación significó su transformación en un ente eminentemente investigador, cuya principal función es la de acusar ante la justicia penal a quienes son indiciados de la comisión de una conducta punible. Este cambio en su naturaleza quedó fielmente plasmado en el modificado artículo 250 de la constitución política.³¹

³⁰ Según cifras de la Corporación Excelencia en la Justicia, desde el 2009 (año en el que el sistema acusatorio entró a regir en su totalidad en todo el país) se reciben 1'100.000 noticias criminales al año. De la totalidad de procesos iniciados, son evacuados 750.000 por año. Sin embargo, el 70% de procesos que salen del sistema lo hacen por archivo de las diligencias, de modo que en cualquier momento pueden reanudarse. Adicionalmente, de 2005 a 2014, existen 1'700.000 procesos acumulados sin sumarle las noticias criminales que en promedio siguen entrando al sistema. Eso, en términos de carga individual para los Fiscales locales y seccionales, implica que cada uno de ellos soporta una carga de 1.200 trámites.

De los procesos evacuados, solamente cinco por ciento llegan a una sentencia, tres por ciento precluyen y opera la extinción de la acción en el 11 por ciento de los casos.

Cuando se hace una comparación entre la concepción constitucional original del constituyente de 1991 y la concepción actual, a la luz de los motivos que impulsaron la reforma constitucional de 2002, es fácilmente apreciable advertir que se quiso liberar a la Fiscalía General de la Nación del oficio de entrar a decidir sobre la afectación a derechos fundamentales, quedando esta función en cabeza de los jueces por regla general y solo en forma excepcional en cabeza de la Fiscalía. De esta manera el ente acusador quedó habilitado para concentrar esfuerzos en la investigación de conductas punibles y el recaudo y aseguramiento de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida para presentarlos al juez que conocerá de fondo sobre el proceso. En concordancia con el mandato constitucional, el artículo 114 de la ley 906 de 2004 regula de manera bastante similar y sin un desarrollo más profundo las atribuciones de la Fiscalía como parte del proceso.

Es interesante ver que tras la reforma constitucional, se pretende que la Fiscalía General de la Nación realice un análisis o juicio de conveniencia sobre la utilidad de perseguir ciertos delitos, guiada o delimitada esta facultad por las directrices de política criminal del Estado y por los parámetros fijados en la ley. Del texto constitucional se entiende entonces que parte importante de las funciones y competencias de la Fiscalía General de la Nación hoy en día se concentran en la posibilidad de interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal de la cual es titular, cuando lo juzgue conveniente y la ley se lo permita. Esto supone un gran cambio en la forma en la que el Estado colombiano concibe la persecución del delito y abre las puertas a que la Fiscalía General de la Nación pueda actuar no solo dentro del enfoque de la justicia retributiva, e incluso el de la justicia restaurativa, pues una mirada basada únicamente en estos enfoques supondría necesariamente la imposibilidad de renunciar a la acción penal.

De conformidad con lo anterior, a la Fiscalía General de la Nación también le fue asignada una función, que aunque no se encuentra enlistada expresamente en el artículo 250 de la Constitución ni en el 114 de la ley 906 de 2004, resulta de vital importancia para ilustrar cómo actualmente la Fiscalía actúa orientada por finalidades distintas a las de lograr un castigo. Los artículos 348 y siguientes de la ley 906 de 2004 regulan la facultad con que cuentan las partes, esto es la Fiscalía y la Defensa, para celebrar preacuerdos y realizar negociaciones que resulten beneficiosos para uno y otro.

Si bien, en la actualidad las herramientas del principio de oportunidad y de los preacuerdos y negociaciones son bastante limitadas y no son explotadas como su potencial permitiría³², son una muestra evidente e innegable del giro que se pretendió dar a la actividad de la Fiscalía General de la Nación con relación con el ejercicio de la acción penal.

5. Planteamiento de una nueva acepción de acción penal

La principal atribución constitucional de la Fiscalía General de la Nación de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política es el ejercicio de la acción penal, entendido tradicionalmente como la facultad para investigar y acusar al presunto responsable del delito ante la jurisdicción penal, a fin de solicitar la imposición de la pena. La anterior definición permite afirmar que la principal función de la Fiscalía como entidad estatal inicia con los actos de investigación y culmina con la solicitud de imposición de la pena una vez se hayan superado una serie de etapas procesales y, que las facultades legales que se le han otorgado de cara al procedimiento penal consagrado en la ley 906 de 2004 se desprenden de esa gran función de ejercer la persecución penal.

Ahora bien, la reintroducción de los beneficios punitivos post condenatorios por colaboración en nuestra legislación, requiere de la creación de una nueva facultad para la Fiscalía que le permita solicitar ante un juez de la república la aplicación de esta clase de beneficios, para la cual no solo es necesario eliminar la limitación temporal que se ha impuesto al ejercicio de sus funciones dentro del proceso, sino que también debe generarse un cambio en la concepción tradicional y mayoritaria de lo que es acción penal y de las facultades que de ella se desprenden. Así las cosas, es conveniente elaborar una definición de acción penal que se ajuste a las exigencias que la introducción de esta clase de beneficios traería consigo a nuestro ordenamiento jurídico.

³² Según las cifras de la Corporación Excelencia en la Justicia, el principio de oportunidad sólo se aplica en el 0.06% de los casos, lo que hace evidente su subutilización, haciendo caso omiso a los objetivos y las finalidades que guiaron su inclusión al procedimiento penal colombiano.

Para poder elaborar tal definición primero es necesario precisar brevemente qué podría entenderse actualmente por acción penal, para definir si dicha acepción actual plantea obstáculo alguno que impida a la Fiscalía ejercer facultades tendientes a la negociación y aplicación de los beneficios por colaboración. Grandes discusiones han suscitado el esfuerzo de estructurar una definición de lo que es la acción penal y diferentes doctrinantes han hecho propuestas para definirla, algunas de ellas excluyentes y otras complementarias.³³

Pero al margen de la discusión doctrinal que se ha presentado, se considera que la respuesta se encuentra en la primera palabra del concepto, es decir, la *acción*. Desde la teoría general del proceso, es posible definir a la acción como el “derecho subjetivo que tienen las personas de acudir ante los órganos jurisdiccionales, con el fin de hacer valer sus pretensiones” (Vanegas González, 2006, pág. 87) Esta definición se hace extensible a todas las ramas del derecho procesal, no siendo la jurisdicción penal ordinaria una excepción. Así pues, dentro del proceso penal, quien actúa como sujeto activo de la acción (la fiscalía), formula frente al juez, como sujeto pasivo de la acción una pretensión; la de que se pronuncie, a través de una sentencia condenatoria o absolutoria, frente a la pretensión de declarar penalmente responsable a una persona:

En materia penal, el Estado, a través de la Fiscalía, actúa en representación de la sociedad, investigando los comportamientos de connotaciones delictivas y acusando a los infractores ante los jueces penales. Así, cuando resuelve acusar, se dice que está llevando a cabo el ejercicio de la acción penal, pero no solamente como impulso, pues el ejercicio de la acción irradia todo el proceso. (Vanegas González, 2006, págs. 87-88).

Esta última cita reviste gran importancia, en el sentido de afirmar que en el caso de la acción penal como derecho subjetivo del Estado de acudir a la jurisdicción, con base en el *ius puniendi* (derecho a castigar), no se limita al momento único de formulación de la pretensión de condena en la acusación (entendida en sentido amplio, lo que incluiría la audiencia de formulación de imputación de nuestro proceso), sino que dicho derecho subjetivo se extiende a lo largo de todo

³³ En ese sentido, consultar el texto “La Acción Penal en el Sistema Acusatorio”, Vanegas González David, Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké. 2006

el proceso, permitiendo a la Fiscalía, como representante del Estado, ejercerlo desde que se tiene conocimiento de la noticia criminal y hasta que culmine el procedimiento.

Así pues, el primer cambio que debe plantearse a la concepción imperante de acción penal recae en la limitación temporal para su ejercicio. Esto se justifica en la medida en que, bajo la normativa actual, el ejercicio de la acción penal inicia con la acusación (entendida en sentido amplio desde la formulación de imputación), tras la recepción de la noticia criminal (a raíz de la cual se da el despliegue de una serie de actos investigativos en concurso con otras autoridades delegadas para ello) y culmina con la solicitud de condena que se hace en los alegatos conclusivos al cierre de la etapa de juicio oral en el procedimiento penal, tal y como lo impone el artículo 443 de la ley 906 de 2004³⁴ (Todo sin perjuicio de los derechos que la ley le otorga respecto de los recursos consagrados en ella y de las facultades que le asisten al fiscal dentro de la audiencia de individualización de la pena que es regulada por el artículo 447 del código). Esta limitación temporal que se extrae a raíz de una interpretación de dicha facultad que la definición doctrinal jamás impuso. Dicha interpretación impediría a la Fiscalía General de la Nación, como representante del Estado, ejercer su derecho subjetivo para formular pretensiones una vez ha sido proferida una sentencia (condenatoria o absolutoria) que se encuentre en firme. De esta manera, la Fiscalía no podría acudir ante la jurisdicción para pretender de esta que se avalara un acuerdo entre ella y el condenado, porque carecería de dicha facultad.

Por otra parte, el segundo cambio que debe plantearse a la concepción de acción penal consiste en el entendimiento conceptual de la misma, de tal modo que no solamente incorpore atribuciones propias de la persecución y la búsqueda de la condena, sino que dentro de ella también estén comprendidas las facultades que impliquen resultados favorables para el procesado, tales como el archivo de diligencias, la solicitud de preclusión, la petición de

³⁴ La llegada a la solicitud de condena implica haber agotado varias etapas del proceso que hayan permitido depurar el litigio, así como confirmar la intención de la Fiscalía de buscar una condena en contra del procesado. Eso quiere decir que no se puede llegar a la solicitud de condena sin haber realizado una audiencia de formulación de imputación (para vincular al ciudadano al proceso), una audiencia de formulación de acusación (para mostrar la firme intención de persecución de condena por parte de la fiscalía), una audiencia preparatoria (para depurar el conflicto de tal manera que solo lo verdaderamente polémico sea discutido en el juicio oral) y por supuesto, la realización de una audiencia de juicio oral en la que se practiquen las pruebas solicitadas por las partes y algunos intervinientes procesales. Una vez se haya culminado la práctica probatoria es que se presentan ante el juez los alegatos conclusivos, en los que el fiscal -si encuentra mérito suficiente para hacerlo- debe solicitar ante el juez la condena del ciudadano.

absolución y ahora, la solicitud de aplicación de beneficios punitivos post condenatorios con fuente en la colaboración. Nuevamente, entendiendo la acción penal como el derecho subjetivo estatal de acudir a la jurisdicción para pretender una determinada decisión frente a la afectación de derechos fundamentales de un ciudadano que se ha visto comprometido en la comisión de una conducta punible, de forma alguna se puede negar que dicha pretensión pueda ser favorable al procesado. Ejemplos como los mencionados anteriormente dan cuenta suficiente de que una pretensión favorable del ente acusador frente a la situación del procesado en nada contradice la naturaleza del sistema ni confronta el ordenamiento legal vigente.

Así las cosas, una interpretación de la acción penal que refleje los cambios mencionados permitiría entenderla por un lado como la facultad para investigar y sobretodo acusar una persona ante la jurisdicción penal con el fin de obtener una condena, pero también, como la facultad de generar o solicitar de la jurisdicción penal resultados favorables para el procesado cuando existan motivos que lo justifiquen. A su vez, es válido interpretar como suprimida la limitación temporal ya explicada, de modo que en aquellos eventos en que el fiscal decida solicitar ante un juez la aplicación de beneficios por colaboración en favor de un ciudadano previamente sentenciado, estaría ejerciendo la acción penal y no otra facultad. Dicha acepción de acción penal reflejaría la evolución necesaria para considerar la solicitud de aplicación de beneficios punitivos post condenatorios como parte integrante de las facultades constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación.

6. La seguridad jurídica y la cosa juzgada

Quizá uno de los cuestionamientos más importantes que puede hacerse a un beneficio punitivo decretado con posterioridad a la condena surge con las preguntas que se hacen en relación con su observancia del principio constitucional de la seguridad jurídica, sumado al sacrificio de una de las columnas vertebrales del derecho procesal: la cosa juzgada.

En primera medida, debe aclararse cuál es el alcance e importancia del principio de seguridad jurídica para el derecho colombiano. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a su jerarquía dentro del orden jurídico en los siguientes términos:

La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta (...) (Corte Constitucional, sentencia T-502 de 2002, M.P Eduardo Montealegre Lynett).

En la misma providencia, la propia Corte aseveró que “En términos generales [la seguridad jurídica] supone una garantía de certeza”. (Corchetes fuera del texto original). Entonces, ¿En qué se concreta dicha garantía? Según la corporación,

De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. (Corte Constitucional, sentencia T-502 de 2002, M.P Eduardo Montealegre Lynett).

De los apartes jurisprudenciales citados, se concluye que la seguridad jurídica se ve materializada en la medida en que los ciudadanos puedan confiar en que las autoridades estatales (que deben contar con competencias precisas originadas en el orden jurídico) van a aplicar las normas jurídicas de modo uniforme, de tal forma que los conflictos que los propios ciudadanos someten a su conocimiento que tengan fundamento en situaciones fácticas similares no van a ser solucionados de forma diferente e improvisada, y que esos mismos conflictos van a obtener una solución definitiva en un tiempo determinado.

En ese sentido, los beneficios punitivos post condenatorios no violentarían el referido principio si se adaptan a las condiciones que deben cumplirse para que su aplicación -a pesar de tener asidero en la discrecionalidad de una entidad estatal- se haga de la forma más regular y predecible posible. Por tal motivo, las normas que regulen la aplicación de la novedosa institución jurídica deberían ocuparse de las siguientes circunstancias:

- A. Término para su solicitud: Si bien el hecho de que estos beneficios estén llamados a otorgarse luego de la expedición de una sentencia condenatoria, no sería razonable que su solicitud pudiera hacerse en cualquier momento posterior a la imposición de la pena, esto debido a que “(...) En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (...)” (op. cit) y ello opera como garantía de que las competencias y facultades que tienen origen en la ley no puedan modificar situaciones jurídicas que se han resuelto mucho tiempo atrás.
- B. Condiciones requeridas para el ejercicio de la facultad de solicitud por parte de la Fiscalía: En la repartición de roles que se hizo en apartes anteriores de este texto se erigió al fiscal como el funcionario competente para elevar ante un juez de la república la petición de aplicación de una rebaja punitiva a favor de un ciudadano que ya hubiere sido condenado por la comisión de algún delito. Adicionalmente, como ya es sabido, esta facultad sería de aquellas conocidas como discrecionales, en la medida en que se deja al criterio del funcionario la recepción y análisis de la información que el ciudadano ofrece en forma de colaboración, de modo que si la encuentra suficiente, tiene la posibilidad de acudir ante un funcionario judicial para someter la situación a su conocimiento. Sin embargo, para hacer de este procedimiento un evento predecible que elimine a todas luces la arbitrariedad, la propia Fiscalía General de la Nación debería expedir un reglamento interno que defina qué requisitos deben reunirse para que un fiscal haga uso de esta competencia, entre los que debería regularse: un formato de comunicación entre defensa técnica y fiscalía, un procedimiento o conducto regular de carácter interno que le permita al fiscal delegado para el caso obtener la anuencia de la entidad para elevar la solicitud, un plazo de tiempo destinado al conocimiento de la información ofrecida así como su análisis y evaluación, entre otros.
- C. Término para la expedición de la decisión judicial que otorga o niega los beneficios solicitados: La decisión final cuyo objeto es el posible otorgamiento de los beneficios solicitados debe emitirse dentro de un determinado plazo. Lo anterior con el fin de que la situación jurídica del condenado que ya ha colaborado con la fiscalía no quede en vilo y pueda ser resuelta de forma oportuna y cumplida.

- D. Señalamiento del juez competente para el otorgamiento de los beneficios: La ley debe determinar cuál debe ser -dentro de toda la gama de jueces penales³⁵- el funcionario judicial encargado de conceder o rechazar la pretensión elevada por el fiscal.
- E. Alcance de las competencias judiciales para aprobar o improbar la solicitud presentada: Correspondería a la ley determinar qué nivel de intervención puede tener el juez competente para otorgar los beneficios en el trámite que se pone bajo su conocimiento. Sin embargo, es pertinente remarcar que debido a las características que debe cumplir un sistema de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio, el rol del juez está sumamente restringido en el entendido de que el cumplimiento de los objetivos del proceso corresponde en gran medida a las partes del mismo. En ese orden de ideas, al juez le bastaría con verificar que la colaboración realizada cumpliera con los requisitos necesarios para hacerse merecedora de uno o unos beneficios, para tomar la decisión en torno a su otorgamiento.
- F. Características que debe tener la colaboración ofrecida para hacer que el condenado sea merecedor de un beneficio: Como la fuente de las rebajas punitivas estudiadas en este trabajo es la colaboración del condenado con la Fiscalía General de la Nación, el legislador debe ser cuidadoso a la hora de definir qué particularidades debe ostentar la información a suministrar para que tanto los ciudadanos como las autoridades puedan fijar razonablemente sus expectativas en torno a la aplicación de esta figura. Dichas particularidades son, en nuestro criterio, las siguientes:
- I. Utilidad: La información suministrada por el condenado debe servirle a la Fiscalía General de la Nación para la consecución de diversos objetivos dentro de lo que es la función de persecución penal. Por esa razón, la colaboración del condenado debe servir para que la entidad amplíe su acervo investigativo en contra de terceras personas, desarticule y someta organizaciones de crimen organizado, realice seguimientos, incautaciones y extinciones de dominio a bienes que hayan sido utilizados como medios comisivos de un delito o que hayan sido obtenidos como consecuencia de la actividad ilícita, dé con el paradero de personas que hayan sido secuestradas, desaparecidas

³⁵ En este punto se hace referencia a los jueces de control de garantías, a los jueces de conocimiento y a los de ejecución de penas y medidas de seguridad.

forzadamente o enterradas en fosas comunes, logre -junto con otras autoridades- la evitación de la comisión de alguna conducta punible o la frustración de un delito que se encuentre en ejecución, e inclusive permita a la Fiscalía desvincular a una persona que está siendo investigada tras comprobarse la ausencia de responsabilidad penal.

- II. Eficacia: La información proveída por el condenado le significará un beneficio punitivo solo en los casos en que los objetivos anteriormente mencionados sean alcanzados, o lleguen a un estadio de inminencia en su consecución. Por ese motivo, es labor del fiscal efectuar una evaluación seria de la información entregada, todo con el fin de fundamentar adecuadamente la solicitud de otorgamiento de beneficios post condenatorios.
- III. Veracidad: Tomando en consideración el hecho de que una institución de justicia premial funciona como aliciente para la ejecución de ciertos comportamientos por parte del procesado, (allanamientos, confesiones, delaciones, etc.) debe hacerse un estudio adecuado y meticuloso de la información entregada por el condenado, en aras de evitar que esta institución jurídica se convierta en un *incentivo perverso*, propio de una situación de *riesgo moral*³⁶. En ese sentido, solo los condenados que otorguen información comprobable y veraz, podrán ser acreedores de algún o algunos beneficios por colaboración.
- IV. Oportunidad: La información facilitada ha de ser pertinente en tanto en cuanto llegue a la Fiscalía General de la Nación en el momento en que ésta la necesita. Por esa razón, no sería razonable que una persona que haya sido beneficiaria de la aplicación del principio de oportunidad o de la celebración de un preacuerdo, obtenga privilegios con posterioridad a la condena con fuente en la misma información.

³⁶ Las nociones escritas en cursiva, son conceptos propios de la ciencia económica. Así, los llamados incentivos perversos son una especie de incentivos que comportan un resultado no deseado, que es contrario a los intereses de quien lo promueve. Por otra parte, el riesgo moral es una situación en la cual un sujeto decide tomar más riesgos en la medida en que será un tercero el que asumirá los costos de los mismos. Dichas nociones tienen especial relevancia en materia de beneficios punitivos post condenatorios, porque se convierten en un claro ejemplo de todo aquello que se quiere evitar durante el trámite de su otorgamiento. Fiscales y jueces deben ser especialmente cuidadosos al a hora de valorar la información, para asegurarse de que solamente se otorguen beneficios a las personas que hayan hablado con la verdad.

- G. Catálogo de beneficios punitivos a los que puede acceder el condenado: Es de vital importancia que la ley se ocupe de enumerar de forma taxativa a qué clase de beneficios puede acceder un condenado que colabore eficazmente con la administración de justicia. En ese listado de beneficios, es perfectamente posible que se encuentren aquellos más tradicionales, como la libertad condicional, la privación domiciliaria de la libertad y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, junto con aquellos de carácter más novedoso, como las rebajas o inclusive supresiones de la pena y las inclusiones en los programas de protección de testigos.
- H. Régimen de recursos: La ley deberá definir si la decisión que aprueba o imprueba el acuerdo es susceptible de recursos y qué autoridad judicial será la competente para resolverlos.
- I. Régimen de revocatoria: Sin duda, la regulación de los beneficios punitivos post condenatorios por colaboración debería ocuparse de establecer si es jurídicamente posible que se revoque el beneficio otorgado, las condiciones requeridas para que eso sea procedente y la designación del funcionario competente para revocar los beneficios en cuestión. Lo anterior obedece a la idea de que los beneficios se otorgan a manera de contraprestación por la colaboración que el sentenciado se obliga a prestar a la Fiscalía y que, como toda obligación, puede ser incumplida por parte de su deudor. Si eso llega a ocurrir, la ley debe contemplar una consecuencia nociva que sirva de incentivo para motivar el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

A su turno, en el terreno de la cosa juzgada nos enfrentamos a un panorama similar, debido a que dentro de todos los ordenamientos jurídicos las sentencias judiciales están llamadas a culminar los procesos con certeza, convirtiéndose en decisiones definitivas, inmutables e inimpugnables, luego del cumplimiento de una serie de condiciones. Por esa razón, la relación existente entre la cosa juzgada y la verdadera seguridad jurídica es innegable³⁷. En ese orden de ideas, será inimpugnable la sentencia que no pueda ser revisada por parte de ningún otro juez -

³⁷ La mayoría de la doctrina considera que cosa juzgada y seguridad jurídica comparten una relación de medio-fin. Así, la seguridad jurídica como principio fundante de todo ordenamiento jurídico solo puede ser conseguida en tanto se produzcan decisiones judiciales que realmente logren cierres definitivos a los conflictos humanos que motivan su expedición.

en virtud de los recursos que la ley consagra para ello-, será a su vez definitiva, la sentencia que resuelve de una vez por todas el conflicto que la generó y, por último, será inmutable la decisión judicial cuyo contenido no puede ser modificado por nadie, ni siquiera por parte de quien la tomó.

Otra orientación teórica fue la tomada por el procesalista uruguayo Eduardo Couture, quien sostiene que la cosa juzgada se caracteriza por la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. Al respecto, Couture recaba que: “La cosa juzgada es inimpugnable, en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia: non bis in ídem. Si ese proceso se promoviera, puede ser detenido en su comienzo con la invocación de la propia cosa juzgada esgrimida como excepción.” (Couture, 1958). Sobre la inmutabilidad, el autor sostiene que “La inmodificabilidad de la sentencia consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada.” (Couture, ob. Cit.). Finalmente, de la coercibilidad afirma que “consiste en la eventualidad de ejecución forzada (...) [La coercibilidad] es una consecuencia de las sentencias de condena pasadas en cosa juzgada. Pero esa consecuencia no significa que toda sentencia de condena se ejecute, sino que toda sentencia de condena es susceptible de ejecución si el acreedor la pide”. (corchetes fuera del texto original) (Couture, ob. Cit.). Ahora bien, para que una sentencia judicial produzca estos efectos es necesario que se cumpla con su ejecutoria. Dicha situación se presenta cuando respecto de la providencia no hay recursos que permitan su impugnación, cuando habiéndolos no fueron intentados por las partes, o, cuando a pesar de haber sido impetrados por las partes, los referidos recursos ya fueron resueltos.

Lo anterior es relevante en la medida en que incorporar en el orden jurídico colombiano una serie de beneficios punitivos post condenatorios con fuente en la colaboración, en especial una rebaja o eliminación punitiva de esta naturaleza, supondría un sacrificio de la cosa juzgada al interior del proceso penal. Ahora bien, la justificación de lo anterior yace en la idea de que, si bien el instituto de la cosa juzgada se encuentra ampliamente protegido, es posible respaldar una excepción al mismo si se encuentran razones constitucional y legalmente válidas para ello. No obstante, antes de analizar cuáles serían esas razones, es pertinente describir cuál es la relación que compartirían los beneficios objeto de este trabajo con el instituto de la cosa juzgada.

Inicialmente, debe señalarse que la sentencia judicial de carácter penal define si el ciudadano procesado por un delito es o no penalmente responsable. De no serlo, la sentencia será absolutoria, librando al procesado de la persecución penal por los hechos que le fueron endilgados. En cambio, de declararse al ciudadano penalmente responsable, el juez debe expedir una sentencia condenatoria cuyo principal efecto es la imposición de la pena que el legislador le ha asignado a la conducta perpetrada por el procesado. De ordinario, cuando estas providencias cobran ejecutoria, producen los efectos de cosa juzgada (definitividad, inimpugnabilidad e inmutabilidad) y dicha situación no puede revertirse a menos que se haga uso de la acción de revisión, o de la tan polémica tutela contra providencias judiciales. Ahora, a pesar de que las dos circunstancias mencionadas son verdaderas excepciones a la cosa juzgada, ambas tienen asidero en el error judicial, ya sea provocado por actuaciones fraudulentas de las partes u otros involucrados en el proceso, o inclusive por conductas fraudulentas o extremadamente imprudentes del propio juez, constitutivas de las llamadas vías de hecho judiciales.

En segundo lugar, la providencia judicial que decreta una rebaja o supresión punitiva pos condenatoria implicaría una modificación sustancial de la sentencia expedida con anterioridad, ello en la medida en que un juez distinto al que elaboró la sentencia mejorará la situación jurídica de una persona cuya condena ya se ha de encontrar en firme, revalorando la cuantificación punitiva con base en la cualidad de la colaboración que ésta haya proveído a la Fiscalía General de la Nación. Eso, sin duda, constituye una marcada excepción a las tres características esenciales de la cosa juzgada, ya que se vuelve a someter a la administración de justicia una cuestión que se había resuelto con anterioridad; se permite que un juez conozca de una providencia ejecutoriada gracias a un acercamiento hecho por las partes y, por último, se permite que ese mismo juez cambie una situación jurídica que ya se encontraba previamente definida por otro. Además, las excepciones señaladas no se fundamentan en errores o actuaciones fraudulentas, sino que deben su existencia a la realización de una conducta provechosa para los intereses de la administración de justicia de cara al cumplimiento de sus funciones y al logro de la eficiencia en su ejecución, todo dentro del marco de los fines constitucionales del proceso penal.

Ambas cuestiones ya fueron tratadas en apartes anteriores de este trabajo y la conclusión a la que se llegó fue satisfactoria en ambos casos. Respecto del cumplimiento de los fines que la Carta Política le ha encomendado al proceso penal, se concluyó que los beneficios punitivos post condenatorios con fuente en la colaboración pueden dar cabal cumplimiento a todos los fines constitucionales estudiados, pero se identifican más concretamente con el fin constitucional de la “flexibilización de las normas penales sustanciales”, en la medida en que suponen el sacrificio de algunas instituciones de cardinal importancia dentro del derecho en general y su rama penal, a cambio de la consecución de un equilibrio en los costos que implica la puesta en marcha de un sistema de enjuiciamiento criminal y los niveles de eficacia en su funcionamiento que se pueden alcanzar. Por otro lado, en lo que atañe al alcance de la eficiencia en el cumplimiento de las funciones propias de la administración de justicia (por lo menos desde la óptica del derecho penal), se concluyó que esta clase de beneficios punitivos permitirían a la Fiscalía General de la Nación iniciar nuevas investigaciones contra terceros, desarticular y someter empresas criminales, perseguir bienes que tengan origen ilícito o hayan sido utilizados como parte de la actividad delictiva, rescatar personas que se encuentren privadas ilegalmente de su libertad y localizar personas cuyo paradero se desconoce, e inclusive llegar a desvincular a algunas personas de investigaciones o procesos penales en curso, etc. Sin duda, todas estas situaciones hipotéticas serían especialmente beneficiosas para el mejoramiento en la ejecución del plan de política criminal del Estado colombiano. En ese orden de ideas, las razones ya explicadas se convierten en motivos suficientes para efectuar un sacrificio excepcional de la cosa juzgada al interior del proceso penal.

7. El enfoque restaurativo de justicia y los derechos de las víctimas

Como se viene sosteniendo, el enfoque restaurativo de la justicia penal prevé como epicentro del proceso penal la existencia de una alteración al tejido social basado en el conflicto entre victimario y víctima, que surge con ocasión del delito. De esta manera, es la reconstrucción del tejido social el principal objetivo de la justicia restaurativa; objetivo que solo puede lograrse a través de un ejercicio de verdadera reparación que el victimario realice en favor de la víctima. De esta manera, la víctima adquiere un papel trascendental a los ojos de la justicia restaurativa.

De ahí que la propuesta de la ley 906 de 2004 tenía entre sus principales objetivos, reforzar la presencia de la justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico colombiano, con miras a buscar la reparación efectiva de quien fuera víctima de un delito. Si bien el artículo 137 de la ley 906 de 2004 reguló la participación de las víctimas en el proceso penal y permitió su intervención a partir de la audiencia preparatoria, originalmente la ley 906 limitó la participación de la víctima a una intervención somera en algunas audiencias preliminares, además de los escenarios de conciliación y mediación previstos en los artículos 518 y siguientes y al escenario del incidente de reparación integral, cuya posibilidad de abrirse existía solo con posterioridad al anuncio del sentido de un fallo condenatorio (actualmente, el incidente de reparación integral sólo puede abrirse en firme la sentencia condenatoria)³⁸. De esta manera, la facultad de intervención de la víctima estaba prácticamente limitada a un ejercicio de reclamación de daños y perjuicios que se podía intentar en distintas etapas del proceso penal.

A raíz de esta situación, la Corte Constitucional-que ya venía reconociendo la importancia de la participación de las víctimas desde la sentencia C – 228 de 2002- comenzó a desarrollar una línea jurisprudencial que reconoció a las víctimas derechos fundamentales que, en su mayoría, de acuerdo a la postura general de la Corte, se veían vulnerados al impedir una mayor participación de las víctimas en cada una de las etapas del proceso. De esta manera, mediante la interpretación de la regulación sobre la participación de las víctimas, se le dio un verdadero alcance a los derechos fundamentales que les fueron reconocidos, mediante su materialización en actos procesales concretos. Si bien no es la intención de este escrito profundizar sobre el desarrollo jurisprudencial de la participación de la víctima al interior del proceso penal, lo cierto es que a partir de providencias hito como las sentencias C – 209 de 2007 y C – 516 de 2007, la Corte Constitucional no solo dio una interpretación amplia sobre la concepción de las víctimas en el proceso sino que estableció la necesidad de que pudieran participar de todas las actuaciones surtidas en el proceso y se les reconoció su calidad de intervinientes especiales, actuando en ejercicio de sus derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación. Esto dijo la Corte Constitucional:

³⁸ Así lo disponen los artículos 86 y siguientes de la ley 1395 de 2010, que se encargó de reformar el capítulo IV de la ley 906 de 2004, que regulaba el ejercicio del incidente de reparación integral.

Los derechos de la víctima del delito a la verdad, la justicia y la reparación integral también se encuentran protegidos en el sistema penal con tendencia acusatoria instaurado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención en los que la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos deberá hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, así como con las definiciones que el propio constituyente adoptó al respecto, v.gr, caracterizar a las víctimas como intervinientes especiales a lo largo del proceso penal, no supeditadas al fiscal, sino en los términos que autónomamente fije el legislador (Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007, M.P Manuel José Cepeda Espinosa).

Tal es el alcance que se le dio a las facultades de las víctimas como intervinientes especiales, que sentencias como la C – 516 de 2007 permitieron su intervención frente al juez encargado de aprobar acuerdos entre la Fiscalía y el Procesado e incluso se estableció como requisito de validez del acuerdo que la víctima fuera informada por la Fiscalía sobre las intenciones de celebrar preacuerdos. Veamos:

La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente, la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado. Si bien la víctima no cuenta con un poder

de veto de los preacuerdos celebrado entre la Fiscalía y el imputado, debe ser oída (Art. 11.d) por el Fiscal y por el juez que controla la legalidad del acuerdo. Ello con el propósito de lograr una mejor aproximación a los hechos, a sus circunstancias y a la magnitud del agravio, que permita incorporar en el acuerdo, en cuanto sea posible, el interés manifestado por la víctima. Celebrado el acuerdo la víctima debe ser informada del mismo a fin de que pueda estructurar una intervención ante el juez de conocimiento cuando el preacuerdo sea sometido a su aprobación. En la valoración del acuerdo con miras a su aprobación el juez velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales tanto del imputado o acusado como de la víctima. (Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M.P Jaime Córdoba Triviño).

El punto al que se pretende llegar es que, a la luz de la creciente posibilidad de la víctima de intervenir cada vez más en el proceso en defensa de sus derechos fundamentales, eventualmente podría constituir un obstáculo para la implementación de mecanismos de justicia consensuada o premial que pudieran suponer mayores beneficios para el procesado o incluso el condenado. Por ejemplo, la posibilidad de que por medio de un programa de beneficios por colaboración una persona condenada a varios años de prisión pudiera ser eximida de la totalidad de la condena inmediatamente generaría la respuesta negativa de la víctima, quien estimaría vulnerado su derecho fundamental a la justicia. La creciente protección de la víctima y la tendencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional a reconocer para esta cada vez más potestades en pro de sus derechos podrían ver en el mecanismo premial del beneficio por colaboración una vulneración a sus derechos y garantías.

Como respuesta a la problemática planteada, se considera que se trata de una discusión ya superada, especialmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en lo relativo a los derechos de las víctimas frente a la facultad de control judicial que recae sobre los preacuerdos, ha dicho lo siguiente:

Porque, debe anotarse, la razón de obligar convocar a la víctima, conforme el sustento de la providencia en cita, radica en facultar que la Fiscalía conozca su criterio y necesidades para que ello pueda ser plasmado en el preacuerdo y así se concilien adecuadamente las posiciones

antagónicas en pugna, independientemente de que el afectado carezca de poder de veto frente a lo finalmente pactado.

...Es por ello que los artículos respectivos advierten de un pacto bilateral en el que intervienen apenas la Fiscalía y el imputado o acusado y su defensor, aunque la Corte Constitucional dispuso en la Sentencia C-516 de 2007, que se citara y escuchara siempre a la víctima, sin poder de veto de parte suya.

...El Fiscal goza de plena autonomía para aceptar o no negociar, y en procura de lograr el acuerdo debe citar a la víctima, pero lo expresado por esta no tiene carácter obligacional, ni puede impedir la presentación de lo pactado³⁹(Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, Sentencia SP 13939 -2014, Radicado No. 42184, M.P Gustavo Enrique Malo Fernández).

Es importante recalcar que esta sentencia se ocupaba de los preacuerdos. No obstante, se considera que la disertación de la Corte supone una respuesta lógica a cualquier inquietud que surja sobre la participación y los derechos de las víctimas frente a la implementación de cualquier mecanismo propio de los enfoques de justicia premial y consensuada.

De esta manera, la postura de la Corte Suprema da la solución que ha sido precisamente implementada por la Corte Constitucional para tratar los preacuerdos frente a los derechos de las víctimas y sus garantías procesales. Es posible superar el problema concediendo a las víctimas la posibilidad de manifestarse frente a un eventual beneficio por colaboración que se negocie entre la Fiscalía y el procesado o el condenado, pero entendiendo que este ejercicio de negociación es bilateral entre las partes y que las víctimas no tendrían en ninguna medida capacidad de vetarlo. Ello encontraría legitimidad en la medida en que, existiendo una condena en firme, habría lugar a buscar la reparación integral y la satisfacción de las necesidades de las víctimas en cuanto a sus derechos de verdad y de reparación, entendiéndose satisfecho su derecho a la justicia con la imposición de una sentencia condenatoria. Cosa distinta es que, bajo los lineamientos de una política criminal interesada en prevenir el delito, combatir la

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia número 42184, del 15 de octubre de 2014, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

criminalidad organizada y los aparatos de macrodelincuencia, el Estado se parta de un enfoque retributivo de justicia para dar paso a nuevas manifestaciones de la justicia premial.

CAPÍTULO 5

PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

1. Propuesta legislativa para la implementación de los beneficios punitivos post condenatorios por colaboración

La Fiscalía General de la Nación radicó ante la Cámara de Representantes el proyecto de ley 021 de 2015 que contiene un conjunto de modificaciones de gran envergadura al procedimiento penal regulado por la ley 906 de 2004. Entre muchas otras modificaciones, la propuesta presentada busca poner en consideración del legislador la reimplementación de los beneficios punitivos post condenatorios por colaboración eficaz con las autoridades. Ese cambio fue incluido dentro del proyecto de ley en el capítulo único del título segundo del mismo que regula el mecanismo en cuanto a su procedencia y sus clases, los criterios de evaluación de la colaboración prestada por el condenado y la verificación o control judicial que debe recaer sobre los mismos junto con todas sus consecuencias jurídicas. (En el Anexo 2 de este escrito, puede encontrarse el capítulo sobre beneficios por colaboración del referido proyecto de ley, para consulta del lector.)

El objeto de éste capítulo es realizar un análisis del articulado en comentario, utilizando como base los criterios esbozados en páginas anteriores, para culminar con unos comentarios en forma de alternativa o recomendación que reflejen las discrepancias que se encuentren entre el proyecto y el estudio decantado en ésta tesis.

- A. Respecto de la regulación sobre la procedencia de los beneficios por colaboración: El artículo 150 del proyecto establece que la ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483A, que consagra la posibilidad para la Fiscalía General de la Nación, realizar acuerdos de beneficios por colaboración con aquellas personas que se encuentren con una sentencia

condenatoria ejecutoriada. Dicho acuerdo debe ser sometido a un control de legalidad por parte del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.⁴⁰

Lo primero que hace el artículo es designar el funcionario competente para acordar el beneficio con el ciudadano previamente sentenciado: el Fiscal General de la Nación o el funcionario que éste delegue para el cumplimiento de esta función. Además, hace hincapié en que la sentencia condenatoria en contra del ciudadano debe encontrarse en firme y que la fuente de la negociación será la colaboración que el sentenciado preste a las autoridades para la consecución de un fin en particular, cual es la eficacia de la administración de justicia. Por un lado, la norma revela que existe una preocupación por la consecución de los objetivos que el Estado se ha planteado alcanzar a través de la administración de justicia en su especialidad penal (reducción de la criminalidad, control del crimen organizado, prevención del delito, etc.); y por el otro lado, la norma evidencia que en vez de utilizar mecanismos de represión propios de un enfoque retribucionista de justicia penal, se opta por soluciones que estimulen las negociaciones autónomas (enfoque consensuado de justicia) y la utilización de herramientas que incentiven al procesado ofreciéndole una contraprestación frente a la realización de ciertos comportamientos por su parte.

En segunda medida, el artículo impone al fiscal delegado para celebrar esos acuerdos que, al momento de negociar, ha de someterse a una serie de directrices internas que emanan del Fiscal General de la Nación en forma de reglamento. Esta limitación es especialmente importante a la hora de garantizar la seguridad jurídica en la aplicación de los beneficios post condenatorios por colaboración, asegurando que los ciudadanos puedan acceder a tratamientos procesalmente favorables en igualdad de condiciones.

Finalmente, al determinar que el acuerdo entre fiscalía y defensa será vinculante para el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, el artículo designa al funcionario judicial competente para conocer del trámite de solicitud de esta clase de beneficios. Ahora bien, hay que mencionar que se respeta la naturaleza del juez penal propio de un sistema de enjuiciamiento criminal de corte acusatorio (pues le impide realizar modificaciones al

⁴⁰ En ese sentido, consultar Anexo 2.

acuerdo) pero va de la mano de la tendencia de otorgarle escenarios de intervención en el evento en que encuentre vulneradas garantías fundamentales de quienes son parte o intervienen en el proceso. En este punto pueden surgir cuestionamientos en torno a cuál será el rol del juez de ejecución de penas en la protección de los derechos de las víctimas cuando tenga que evaluar la solicitud de otorgamiento de beneficios post condenatorios por colaboración, y sobre ello se hará referencia más adelante.

- B. Respecto de los eventos en que procedería la concesión de beneficios por colaboración y los criterios para determinar su eficacia el artículo 151 del proyecto adiciona a la ley 906 de 2004 el artículo 483B que regularía la materia.⁴¹

Esta norma busca determinar en qué casos se considera que el condenado estará prestando una colaboración que permita alcanzar una efectiva administración de justicia. Aunado a lo anterior, el artículo consagra una prohibición de obtención de beneficios post condenatorios si se obtuvo la aplicación de algún mecanismo de terminación anticipada del proceso penal con fuente en la misma información que se quiere ofrecer en forma de colaboración, demostrando que para que la colaboración sea merecedora de una recompensa, debe ser oportuna.

- C. Respecto de la consagración del control judicial: El artículo 154 del proyecto adiciona a la ley 906 de 2004 el artículo 483E, que dicta las reglas relativas al control judicial de los acuerdos.

Lo primero a resaltar es que la norma impone el control judicial tanto formal como material al acuerdo celebrado entre fiscalía y defensa para la obtención de los beneficios por colaboración, y, para ello, dispone un régimen de plazos que limita en el tiempo el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que se consagran en éste artículo. Lo anterior quiere decir que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que se encuentre ejecutando la sentencia del colaborador ha sido facultado para conocer si el acuerdo se ajusta o no a la ley, pero su margen de intervención se ve limitado al análisis de errores

⁴¹ En ese sentido, consultar Anexo 2.

formales y a un estudio confinado de las características materiales del acuerdo, por el hecho de que el artículo 150 circunscribió esta facultad únicamente a los eventos en que el funcionario judicial estime que hay garantías fundamentales siendo lesionadas, porque de lo contrario, el contenido del acuerdo le vinculará y no podrá realizar, *motu proprio*, modificaciones o correcciones a su texto.

Según el artículo en comento, para aquellos casos en que el juez observe errores formales o violaciones a garantías fundamentales, el segundo inciso del artículo dispone que éste funcionario puede formular observaciones al texto del acuerdo para que el fiscal designado, junto con el condenado, realicen las modificaciones o correcciones que sean necesarias. Debe advertirse, además, que en este caso el criterio del juez se encuentra ampliamente protegido, en la medida en que la decisión que impone a las partes modificar o corregir el acuerdo no está sujeta a recurso alguno. Sin embargo, el texto normativo bajo análisis parece otorgarle una alternativa de intervención a los jueces que entienden que el acuerdo celebrado entre las partes no se ajusta a la ley vigente. Para esos casos, el primer inciso de la norma le otorga la facultad de conceder o negar la solicitud presentada por parte del fiscal. Ahora bien, es necesario aclarar que si la decisión final implica el rechazo del acuerdo, las partes pueden utilizar los recursos ordinarios ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial que sea superior funcional del juez que denegó la concesión de los beneficios solicitados.

Lo último que queda por resolver es si existe una antinomia entre lo dispuesto por el último inciso del artículo 150 y el primer inciso del artículo 154, ello en atención a que el primer texto normativo afirma tajantemente que “El acuerdo es **vinculante** para el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, excepto cuando viole garantías fundamentales” (negrillas fuera del texto original), mientras que el segundo texto dispone que “Si el juez encuentra ajustada a la ley la solicitud concederá los beneficios, o de lo contrario negará la solicitud del fiscal.”.

La lectura de las normas citadas no deja duda de que el juez está facultado para aprobar o improbar el acuerdo. No obstante, las dudas yacen en las motivaciones que el funcionario

pueda tener para ello, porque, según el artículo 150, la capacidad de intervención judicial se ve limitada únicamente a los eventos en que el funcionario encuentre que el acuerdo celebrado implica violación de garantías fundamentales; aunque, según el artículo 154, el funcionario también parece ser competente para determinar si dicho acuerdo se ajusta o no a la ley -extendiendo de manera significativa el campo de acción del que goza el juez de ejecución de penas para la evaluación de los acuerdos entre fiscalía y defensa-. El problema de la mencionada contradicción es que la falta de claridad respecto de las competencias judiciales para el control de los acuerdos lesiona gravemente el principio de seguridad jurídica y abre las puertas a la arbitrariedad en el ejercicio de la función judicial. Por esa razón, es necesario acudir a una interpretación que respete la naturaleza del juez propio de un sistema de corte acusatorio, a la vez que garantice la intervención en aquellos casos en que se encuentren violadas garantías constitucionales fundamentales. Así las cosas, una interpretación razonable que permita la convivencia entre ambas normas jurídicas estribaría en que el rechazo del acuerdo solamente procede cuando éste viole garantías fundamentales, pero para aquellos casos en que el juez encuentre otro tipo de errores materiales o formales, deberá hacer uso de su facultad de realizar observaciones al texto del acuerdo para que sean fiscalía y defensa, de manera autónoma, quienes se encarguen de realizar las modificaciones o correcciones pertinentes.

- D. Respecto del régimen de revocatoria el artículo 155 del proyecto adiciona el artículo 438F a la L.906/2004, estableciendo que el funcionario judicial que otorgó el beneficio puede revocarlo cuando se incumplen las obligaciones adquiridas por parte del procesado, o cuando incurre en la comisión de otra conducta punible durante la ejecución de pena.⁴²

Es evidente que se busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se han contraído en función de la colaboración con el ente persecutor haciendo de la revocatoria del otorgamiento de los beneficios la consecuencia nociva por incumplir los compromisos asumidos e inclusive por incurrir en una conducta punible durante el momento de ejecución de la pena. Si se interpreta la expresión “conducta punible” desde su sentido más amplio, se colige que el beneficiario queda vetado no solo de la comisión de comportamientos

⁴² En ese sentido, consultar el Anexo 2.

delictivos, sino también contravencionales. Lo anterior refleja un evidente interés por incentivar al colaborador a mantener una conducta social intachable, demostrando que no existe necesidad de ejecutar la pena en su contra.

- E. Respecto del catálogo de beneficios contenido en el proyecto: Se observa que el último inciso del artículo 152 del texto dispone que “En ningún caso los beneficios podrán significar la exclusión total de la pena, ni se concederán otros posteriores por la misma colaboración”.

2. Modificaciones y recomendaciones al capítulo sobre beneficios por colaboración

En general, la regulación propuesta en el proyecto de ley se ajusta a los lineamientos generales que se han estudiado en este texto, en especial si se tiene en cuenta que las normas jurídicas en discusión han tocado temas fundamentales para entender como adecuada la regulación que se ha puesto en consideración del legislador para retomar figuras procesales polémicas como lo son los beneficios punitivos post condenatorios que tengan fuente en la colaboración con la justicia en nuestro orden jurídico. Sin embargo, algunas de las normas analizadas adolecen de errores que pueden llegar a comprometer la utilidad, coherencia, sistematicidad y estabilidad del proyecto. A continuación, se hará mención de aquellos errores y se esbozará una recomendación para su consecuente superación.

- A. El juez competente: discrepamos en este punto con el proyecto de ley, en el sentido de considerar que el funcionario judicial idóneo para verificar los acuerdos por colaboración perfeccionados entre las partes no es el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, sino que debe ser el Juez de Control de Garantías. La razón es sencilla: si bien a todos los jueces de la República se les ha encomendado la labor de proteger y materializar las garantías fundamentales, al interior de la jurisdicción penal ordinaria los Jueces de Control de Garantías fueron incorporados por nuestro sistema acusatorio con este único objetivo. Como se explicó en capítulos anteriores, resulta perfectamente viable considerar que la posibilidad de colaborar con la justicia se entienda como un derecho de colaboración que a su vez es expresión del derecho de defensa, pilar central de la garantía fundamental del debido proceso.

Es, por lo tanto, por razón de su competencia funcional, un funcionario que se encuentra en mayor capacidad de advertir y evitar violaciones a las garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso. Adicionalmente, la función del Juez de control de garantías no se ve limitada en el tiempo, pudiéndose acudir a él en distintos momentos de la actuación procesal, bajo el fundamento de que las garantías procesales deben observarse a lo largo de todo el procedimiento. Esto, a diferencia del juez de ejecución de penas, que sólo se entiende competente una vez se ha expedido una sentencia condenatoria.

Algunos alegarían que esta posición es contradictoria con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 906 de 2004, que regula las funciones de los Jueces de Ejecución de Penas.⁴³ Sin embargo, no habría contradicción alguna, por cuanto proponemos que, si bien el control judicial para la aprobación del acuerdo de beneficio por colaboración recaerá en el Juez de control de garantías, la labor del Juez de ejecución de penas será la de velar por la ejecución de ese acuerdo que ha sido aprobado previamente.

- B. Momento desde el cual se puede solicitar ante el juez el otorgamiento de los beneficios: el proyecto de ley establece que los beneficios de colaboración podrán concederse únicamente a partir de que exista una sentencia ejecutoriada. Discrepamos también en este punto, considerando que el momento debe ser una vez que se haya proferido la sentencia de primera instancia. La razón también resulta sencilla en esta ocasión, y es que así, con fundamento en el principio de la celeridad procesal, se evitaría en un gran número de casos acudir a la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios para controvertir la decisión frente a una segunda instancia o en un escenario de casación, lo que ahorraría grandes esfuerzos de la administración de justicia y daría fin a los procesos penales más rápidamente. Adicionalmente, aumentaría la posibilidad de que la colaboración que brindada por el condenado no se viera disminuida con el paso del tiempo.

⁴³ Entre otras funciones, el juez de ejecución de penas debe conocer de los trámites sobre la libertad condicional y su revocatoria, de lo relacionado con la rebaja de la pena y redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y de la extinción de la sanción penal.

- C. Inexistencia de la supresión punitiva como beneficio por colaboración: La norma citada contiene una prohibición expresa a conceder la exclusión o supresión de la pena como un beneficio por colaboración, dejando de lado el incentivo de mayor talante para estimular entre los condenados la iniciativa de colaborar con la justicia y así conseguir el objetivo que la misma norma se plantea: aumentar su eficacia

Al respecto, la supresión punitiva consiste en la eliminación jurídica de la pena impuesta en la sentencia condenatoria. Dejando de lado el carácter profundamente polémico que puede ostentar una institución de esta naturaleza, la supresión punitiva sería el beneficio punitivo más envolvente al que puede aspirar el ciudadano que desea colaborar con la justicia, ya que solamente procedería por colaboraciones de especial cualidad, que signifiquen avances significativos en investigaciones o procesos en curso, o que permitan alcanzar objetivos trazados dentro de la política criminal tales como el sometimiento y desmantelamiento de importantes organizaciones de crimen organizado, entre otros ejemplos.

- D. Inexistencia de la inmunidad como parte del catálogo de beneficios ofrecidos: Inmunidad: Si bien la inmunidad como beneficio procesal se encuentra consagrada en el numeral 5° del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal como contraprestación al procesado que asuma el compromiso de servir como testigo de cargo en contra de terceras personas a cambio de que se aplique en su favor ésta manifestación del principio de oportunidad, el legislador se quedó corto a la hora de regular la figura, pues no definió su contenido, ni delimitó las condiciones generales de su eventual aplicación, ni se encargó de hacer distinciones dentro de sus clases.

Ante la ausencia de definiciones dentro de la legislación y la doctrina colombiana, se decidió acudir al proyecto de ley 126 de 2013 (cuyo propósito era realizar modificaciones a la ley 906 de 2004) para hacer referencia al contenido de la figura en comentario. Así las cosas, el proyecto entendía la inmunidad como:

la renuncia que la Fiscalía General de la Nación hace a la persecución penal del procesado que colabora con la justicia respecto de los hechos determinados que tengan las características de delito, en los que haya sido autor, interviniente o partícipe y en los que

como consecuencia de dicha colaboración, exista la posibilidad de autoincriminación. (Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley 126 de 2013).

Además, el Código de Procedimiento Penal vigente menciona que la inmunidad puede ser total o parcial, de modo que la renuncia hecha por parte de la Fiscalía puede cobijar todos los hechos con características delictuales que puedan presentar un riesgo de autoincriminación por parte del colaborador, o tan solo algunos de ellos.

Por otra parte, también es pertinente hacer mención a las distintas clases de inmunidad que se han hecho presentes en legislaciones extranjeras, en particular la de los Estados Unidos, que se convirtió en pionera en asuntos como este desde la expedición de la quinta enmienda constitucional, que se encargó de instaurar a la no autoincriminación como una garantía fundamental del ciudadano procesado penalmente. Así, de acuerdo con los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de ese país, la inmunidad puede presentarse de 3 formas distintas:

- I. Inmunidad de uso: Este privilegio consiste en que no se pueden derivar consecuencias penales del testimonio del ciudadano que ha decidido acudir en calidad de testigo de cargo en contra de terceros (normalmente compañeros en el desarrollo de la actividad criminal). Ahora bien, lo anterior no impide que el ente persecutor utilice pruebas derivadas de ese testimonio para perseguir penalmente al declarante. Ahora bien, con el pasar de los años se determinó que esta clase de inmunidad se erigía como inconstitucional, pues violentaba de manera evidente la garantía fundamental de la no autoincriminación⁴⁴.
- II. Inmunidad de uso derivativo: Comprende el privilegio que emana de la inmunidad de uso y además lo extiende hasta las pruebas derivadas del testimonio del colaborador. Por esa razón, solo sería posible procesar al testigo con pruebas que no tengan vínculo alguno con su testimonio⁴⁵.

⁴⁴ Al respecto conviene revisar la jurisprudencia emanada del caso *Couselman VS Hitchcock*, del año 1892.

⁴⁵ Para ampliar la información sobre este tema, puede revisarse la sentencia del caso *Kastigar VS U.S* del año 1972.

- III. Inmunidad absoluta o transaccional: Es el privilegio más completo de todos, puesto que recoge los beneficios de la inmunidad de uso derivativo, pero además se extiende inclusive hasta las pruebas independientes que el ente persecutor pueda tener en contra del testigo colaborador.

Una vez entendida la figura y explicadas sus distintas especies, conviene aseverar que en lo que concierne a los beneficios punitivos post condenatorios, la inmunidad solamente puede concederse a favor del testigo colaborador por hechos por los cuales esté siendo investigado, más no por hechos por los cuales haya sido previamente condenado. Ello en atención a la idea de que la naturaleza jurídica de la inmunidad es la de ser un beneficio consistente en dejar *indemne* al procesado, y, la condena en estrictos términos jurídicos implica la causación de un daño significativo (debidamente justificado, por supuesto) al ciudadano condenado. Se reitera entonces que esta situación haría compatible la inmunidad con los beneficios punitivos post condenatorios únicamente si se aplica respecto de hechos frente a los que no existe una sentencia judicial.

- E. Término para presentar la solicitud de aplicación de los beneficios: El proyecto de ley no regula de manera suficiente el trámite de concesión de los beneficios post condenatorios, ya que no impone un término que limite la posibilidad de acudir ante el juez competente para que avale los acuerdos perfeccionados. En este punto, se considera adecuado incorporar la regla que al respecto contienen las FRCP, puesto que le da al condenado que desea colaborar hasta un año luego de proferido el sentido del fallo para entregar la información que tenga en su poder, a la vez que contempla una serie de casos excepcionales que permiten obviar el plazo mencionado.
- F. Antinomia existente entre la regulación de procedencia y la delimitación del control judicial sobre los acuerdos: Es preocupante que en el proyecto de ley no haya claridad en torno al verdadero alcance de las competencias de control judicial respecto de los acuerdos en los que se pactan los beneficios a obtener, en especial si la mencionada falta de claridad no emana de un vacío u omisión legislativa, sino que emana de la existencia simultánea de dos disposiciones contradictorias dentro del mismo texto normativo (Artículos 150 y 154). Ahora, a pesar de la

solución interpretativa señalada anteriormente, sería mucho más sencillo eliminar la expresión “Si el juez encuentra ajustada a la ley la solicitud (...)” y sustituirla por algo similar a “Si el juez encuentra que la solicitud no viola garantías fundamentales (...)”. Lo anterior encuentra justificación en la idea de que el juez propio de un sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria debe mantener su intervención en el proceso al mínimo, dejando en manos de las partes y el ejercicio de sus facultades procesales la suerte del mismo. Sin embargo, se reitera que la posibilidad de intervención que surge a partir de la protección de las garantías constitucionales fundamentales es adecuada, puesto que se ajusta a los fines constitucionales del proceso penal.

- G. Regulación escasa en el régimen de revocatoria de los beneficios otorgados: Para que el artículo 155 regule adecuadamente la revocatoria de los beneficios ya otorgados al colaborador, debería ser más específico respecto de qué procedimiento debe surtirse para alcanzar dicho efecto. En ese sentido, a la norma le falta definir cómo se eleva la solicitud de revocatoria ante el juez de ejecución de penas y qué requisitos debe cumplir dicha petición, qué plazo tiene el juez para el ejercicio de sus facultades y, en últimas, si la providencia judicial que revoca los beneficios está o no sujeta a recursos. Igualmente, discrepamos con la idea de que el juez pueda, de oficio, revocar el acuerdo, porque dicha facultad no respetaría la naturaleza propia de un juez como se concibe en un sistema de corte acusatorio, ni respeta el fundamento de una institución jurídica que tiene como base un enfoque consensuado de justicia.

Adicionalmente, se considera que, en observancia de los derechos de las víctimas, a estas les asistiría un especial interés en velar por el cumplimiento de los acuerdos de su victimario con la justicia. De este modo, las víctimas, que aunque por lo expuesto anteriormente no se encontrarían legitimadas para vetar la celebración de un acuerdo por colaboración entre la fiscalía y la defensa, podrían estar facultadas para solicitar al juez de control de garantías la revocatoria del acuerdo, cuando el procesado haya incumplido con sus obligaciones o cuando se viera involucrado en la comisión de una nueva conducta punible.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones frente al proyecto de ley 021 de 2015 de la Cámara de Representantes, se ha realizado una propuesta legislativa alternativa al proyecto

de ley, en lo relativo a su título sobre beneficios por colaboración, la cual podrá ser consultada por el lector en el Anexo 3 de este texto.

CAPÍTULO 6

CONCLUSIONES

Es necesaria la adopción de una nueva política estatal que permita combatir con más eficiencia el fenómeno delincencial que se presenta en Colombia, toda vez que las formulas tradicionales de enfoque de justicia retribucionista no han dado abasto para investigar, juzgar y castigar a todas las personas penalmente responsables por la comisión de un delito. Existen intenciones legislativas encaminadas a dotar a la política criminal del Estado de un mayor componente del enfoque de justicia consensuada, y en especial de justicia premial, así como de introducir mecanismos en la legislación que ayuden a desarrollar esta visión. Una de estas herramientas, es la de los beneficios por colaboración. Sin embargo, su introducción debe hacerse de forma cuidadosa para que no controvierta el ordenamiento jurídico y sea por lo tanto inviable.

La justicia, entendida como valor fundante del ordenamiento jurídico, no solamente es relativa, sino que puede ser vista desde múltiples enfoques. Así, cada rama del ordenamiento jurídico puede reflejar un enfoque particular de justicia y, por su parte, diversas orientaciones de éste valor pueden convivir armónicamente dentro una misma rama del derecho. Por eso, dentro de la ley procesal penal vigente conviven el enfoque retributivo, restaurativo, premial y consensuado de justicia penal.

En el derecho colombiano, se encuentran vigentes dos códigos de procedimiento penal que hacen parte de distintos sistemas de enjuiciamiento criminal diferentes. En esa medida, la ley 600 de 2000 es expresión de un sistema de corte inquisitivo, mientras que la ley 906 de 2004 es expresión de un sistema de corte acusatorio. Ahora bien, la ley 600 de 2000 cuenta con un ámbito de aplicación bastante restringido y, a medida que han pasado los años, le ha dado paso a la norma más reciente, que es, sin duda, la mayoritariamente aplicada hoy en día. A propósito, la ley 600 de 2000 cuenta con un libro dedicado a los beneficios por colaboración, que, de

acuerdo con sus disposiciones, pueden ser aplicados incluso a ciudadanos condenados. En contraste, la ley 906 de 2004 cuenta con una serie de “válvulas de escape” o mecanismos de terminación anticipada del proceso penal (allanamientos, preacuerdos y principio de oportunidad) que obedecen a los enfoques premial y consensuado de justicia, pero no incorpora en su articulado una regulación sobre los beneficios que puedan ser conferidos al condenado colaborador.

Los beneficios punitivos post condenatorios no son instituciones novedosas para el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior se justifica en la medida en que figuras como la libertad condicional, la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, encontraron lugar en nuestras normas hace mucho tiempo. Sin embargo, aquellos beneficios post condenatorios que se otorgan gracias a la colaboración del sentenciado con las autoridades son ajenos al sistema de enjuiciamiento criminal más utilizado en la actualidad: la ley 906 de 2004.

La garantía constitucional del debido proceso se puede manifestar de diversas maneras, entre ellas el derecho a la defensa que, como ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, permite a cualquier ciudadano involucrado en una actuación judicial o administrativa utilizar todos los medios legítimos y adecuados para obtener un resultado favorable. Siguiendo ese razonamiento es que la posibilidad de colaborar con la justicia puede concebirse como parte de ese derecho a la defensa y, como consecuencia, una expresión del debido proceso que debe ser materializada y, si es el caso, protegida judicialmente.

La reincorporación de los beneficios punitivos post condenatorios por colaboración no es una tarea sencilla, ni mucho menos pacífica, debido a que requeriría de la superación de una serie de obstáculos de carácter jurídico que tendrían la capacidad de truncar su viabilidad en nuestro ordenamiento. Por eso, para lograr su correcta implementación, se requiere tener en cuenta algunas directrices: en primer lugar, se debe tener siempre como norte o propósito en la implementación de este tipo de mecanismos, el respeto por los fines constitucionales del proceso penal, aunado a la consecución de los objetivos de la política criminal del Estado. Adicionalmente, se requiere un trabajo juicioso de reglamentación de los beneficios (en lo

relativo al catálogo de beneficios, los funcionarios competentes para negociarlos y aprobarlos, los términos para hacer uso del mecanismo, entre otros), para no dar rienda suelta a una discrecionalidad absoluta de los operadores jurídicos que puedan vulnerar en últimas las garantías fundamentales de todos los intervinientes, protegiendo así el principio de seguridad jurídica, trascendental para el Estado Social de Derecho. Igualmente, para permitir su correcta implementación, es menester abstraerse de una interpretación del concepto de acción penal que limite al ente acusador, en el sentido de ceñir a este último a ejercer dicha acción para buscar únicamente consecuencias desfavorables para el procesado.

La posibilidad de otorgar beneficios como rebajas o inclusive supresiones punitivas supone un sacrificio de la cosa juzgada al interior del proceso penal, puesto que aquello que ya fue fijado de forma definitiva, inimpugnable e inmutable por parte de un juez de conocimiento va a volver a ser sometido a la administración de justicia para que se haga una revaloración de esa situación jurídica. No obstante, el mencionado sacrificio puede ser razonable si éste parte de razones constitucional y legalmente válidas.

Si bien la jurisprudencia constitucional ha ido reconociendo cada vez más derechos y prerrogativas procesales para las víctimas, éstas no tendrían un poder de veto sobre la negociación de la aplicación de los beneficios por colaboración. A pesar de ello, sí sería posible que se les otorgase la facultad de solicitar la revocatoria de los mismos, si se cumplen las condiciones requeridas para ello.

Existe actualmente una propuesta legislativa que, en rasgos generales, se acopla a las preocupaciones propuestas en este escrito a la hora de considerar los requisitos para poder adoptar correctamente la figura de los beneficios por colaboración con posterioridad a una condena. Sin embargo, algunos aspectos del proyecto podrían ser revisados, especialmente en lo atinente a los funcionarios competentes para adelantar las actuaciones de negociación, aprobación, verificación y revocatoria de los acuerdos, así como a la regulación de los términos para hacer uso de ellos. En este punto resultaría valioso acudir a las experiencias internacionales, como por ejemplo la regulación de los Estados Unidos sobre los beneficios por colaboración post condenatorios.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina y otros

- Bernal Cuellar, J., & Montealegre Lynnett, E. (2013). *El proceso penal, Tomo I; Fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2010). Garantismo Penal. *Isonomía*, 1.
- Gómez de la Torre, B., & Arroyo Zapatero, L. (1994). *Manual de derecho penal, parte general*. Barcelona: Praxis.
- Kelsen, H. (2008). *¿Qué es la justicia?* México D.F: Ariel.
- Marshall, T. (1999). *Restorative Justice an Overview*. Londres: Home Office Research Development and Statistics Directorate. Obtenido en web de:
http://www.antoniocasella.eu/restorative/Marshall_1999-b.pdf
- Mestre Ordoñez, J. F. (2007). *La discrecionalidad para acusar: aspectos generales relacionados con el principio de oportunidad y reflexiones en torno a su reglamentación en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Urbano Martínez, J. J. (2006). Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de oportunidad. *Derecho Penal y Criminología*.

Obtenido en web de:

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/996>

- Vanegas González, D. (2006). *La acción penal en el sistema acusatorio*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Normas Jurídicas

Constitución Política de 1991

Congreso de la República de Colombia, Ley 418 de 1997

Congreso de la República de Colombia, Ley 548 de 1999

Congreso de la República de Colombia, Ley 599 de 2000

Congreso de la República de Colombia, Ley 600 de 2000

Congreso de la República de Colombia, Ley 782 de 2002

Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004

Congreso de la República de Colombia, Ley 975 de 2005

Congreso de la República de Colombia, Ley 1106 de 2006

Congreso de la República de Colombia, Ley 1395 de 2010

Congreso de la República de Colombia, Ley 1709 de 2014

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 038 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 039 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 228 de 2002, M.M.P.P Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T – 502 de 2002, M.P Eduardo Montealegre Lynett

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 209 de 2007, M.P Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 516 de 2007, M.P Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 873 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C – 025 de 2009, M.P Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C - 936 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C – 341 de 2014, M.P Mauricio González Cuervo

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, Sentencia SP 13939 -2014, Radicado No. 42184, M.P Gustavo Enrique Malo Fernández

Proyectos Legislativos

Congreso de la República de Colombia, Exposición de motivos proyecto legislativo No. 237 de 2002

Cámara de Representantes, Ponencia de primer debate del Proyecto de Acto Legislativo de 237 de 2002

Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 126 de 2013 de la Cámara de Representantes.

Congreso de la República de Colombia, Proyecto de ley 021 de 2015 de la Cámara de Representantes.

ANEXO 1

UNITED STATES FEDERAL RULES OF CRIMINAL PROCEDURE TITLE VII: POST – CONVICTION PROCEDURES

RULE 35: CORRECTING OR REDUCING A SENTENCE

(a) CORRECTING CLEAR ERROR. Within 14 days after sentencing, the court may correct a sentence that resulted from arithmetical, technical, or other clear error.

(b) REDUCING A SENTENCE FOR SUBSTANTIAL ASSISTANCE.

(1) *In General.* Upon the government's motion made within one year of sentencing, the court may reduce a sentence if the defendant, after sentencing, provided substantial assistance in investigating or prosecuting another person.

(2) *Later Motion.* Upon the government's motion made more than one year after sentencing, the court may reduce a sentence if the defendant's substantial assistance involved:

(A) information not known to the defendant until one year or more after sentencing;

(B) information provided by the defendant to the government within one year of sentencing, but which did not become useful to the government until more than one year after sentencing; or

(C) information the usefulness of which could not reasonably have been anticipated by the defendant until more than one year after sentencing and which was promptly provided to the government after its usefulness was reasonably apparent to the defendant.

(3) *Evaluating Substantial Assistance.* In evaluating whether the defendant has provided substantial assistance, the court may consider the defendant's presentence assistance.

(4) *Below Statutory Minimum.* When acting under Rule 35(b), the court may reduce the sentence to a level below the minimum sentence established by statute.

(c) **“SENTENCING” DEFINED.** As used in this rule, “sentencing” means the oral announcement of the sentence.

ANEXO 2

ARTÍCULOS 149 A 155 DEL PROYECTO DE LEY 021 DE 2015 DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Artículo 149. El Libro IV de la Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo Título y un nuevo Capítulo, así:

TÍTULO II BENEFICIOS POR COLABORACIÓN EFICAZ CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 150. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo, así:

Artículo 483A. *Procedencia.* El Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para el efecto, podrá acordar uno o varios de los beneficios consagrados en este capítulo con la persona que se encuentre condenada con sentencia ejecutoriada, en razón de la colaboración que preste a las autoridades para la eficacia de la administración de justicia.

Tanto para el trámite como para la celebración del acuerdo, el funcionario deberá sujetarse a las directrices y reglamentos que en la materia establezca el Fiscal General de la Nación.

El acuerdo entre la Fiscalía y el condenado debe ser presentado ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, quien realizará el control formal y material del mismo.

El acuerdo es vinculante para el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, excepto cuando viole garantías fundamentales.

Artículo 151. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483B, así:

Artículo 483B. *Eficacia de la colaboración.* Los beneficios por colaboración se aplicarán en los siguientes casos:

1. Cuando la persona colabore eficazmente con la administración de justicia al suministrar información que resulte veraz, útil, eficaz y oportuna para la justicia y esta sirva directa o

indirectamente como soporte del escrito de acusación o para demostrar la ausencia de responsabilidad de una persona investigada. En estos eventos, el acuerdo podrá consistir en el compromiso del condenado de servir como testigo.

2. Cuando haya suministrado información sobre bienes derivados de la actividad ilícita que conlleve a su incautación o extinción de dominio. En este evento, la información será eficaz si ha sido soporte para la incautación de bienes o la extinción del derecho de dominio o sirva para identificar las fuentes de financiación.

3. Cuando suministre información que permita evitar la comisión de conductas punibles o que el delito continúe ejecutándose.

4. Cuando suministre información que permita ubicar el lugar en donde se encuentra el secuestrado o el desaparecido o la ubicación de fosas comunes.

Parágrafo. No podrá concederse ninguno de los beneficios por colaboración consagrados en este Código cuando, con ocasión de la misma información, el solicitante haya sido beneficiario de un mecanismo de terminación anticipada como un principio de oportunidad, acuerdos entre la Fiscalía y el procesado u otro similar. Tampoco se concederá el beneficio cuando implique retractación de quien lo solicita.

Artículo 152. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483C, así:

Artículo 483C. *Beneficios*. Teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración suministrada, siempre que se cumplan los requisitos legales correspondientes, podrán acordarse uno o varios de los siguientes beneficios:

1. Disminución de la pena impuesta entre una tercera (1/3) y una sexta (1/6) parte.
2. Sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por domiciliaria.
3. Suspensión condicional de la ejecución de la pena.
4. Libertad condicional.
5. Incorporación al programa de protección de testigos.

6. Cambio de centro de reclusión (de igual seguridad en el que se encuentra) o de pabellón donde cumplirá la pena impuesta.

En ningún caso los beneficios podrán significar la exclusión total de la pena, ni se concederán otros posteriores por la misma colaboración.

Artículo 153. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483D, así:

Artículo 483D. *Trámite.* Presentada la petición de colaboración, el Fiscal General o su delegado especial procederán de acuerdo con la reglamentación que, para el efecto, expida el Fiscal General de la Nación.

Si resulta procedente la concesión de beneficios, se elaborará un acta que se remitirá al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para que en el término de diez (10) días hábiles, se pronuncie sobre la viabilidad o no del acuerdo, en los términos del último inciso del artículo 483A.

Artículo 154. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483E, así:

Artículo 483E. *Control judicial.* El acuerdo estará sujeto a control formal y material por parte del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que esté ejecutando la sentencia del colaborador. Si el juez encuentra ajustada a la ley la solicitud concederá los beneficios, o de lo contrario negará la solicitud del fiscal.

Recibida el acta en la que conste el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el condenado, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, en un plazo no superior a días (10) días hábiles, resolverá sobre su procedencia.

De ser necesario, el juez podrá formular observaciones al contenido del acuerdo en lo referente a aspectos formales y violación de garantías fundamentales, evento en el cual devolverá la actuación al Fiscal General de la Nación o su delegado para que realice las modificaciones o correcciones. Esta decisión no admite recursos.

Dentro de un término no superior a diez (10) días hábiles, el Fiscal General de la Nación o su delegado y el condenado realizarán las modificaciones y correcciones necesarias, las cuales serán consignadas en acta complementaria, que será remitida al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Recibida el acta, o el juez decidirá sobre la procedencia del acuerdo en un lapso no superior a diez (10) días hábiles.

Contra la decisión que imprueba el acuerdo proceden los recursos ordinarios ante el tribunal superior del respectivo distrito.

Artículo 155. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483F, así:

Artículo 483 F. *Revocatoria*. El funcionario judicial que otorgó el beneficio, de oficio o a petición de la Fiscalía General de la Nación podrá revocarlo cuando encuentre que se ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas, o se ha incurrido en la comisión de otra conducta punible durante la ejecución de la pena.

ANEXO 3

PROPUESTA LEGISLATIVA ALTERNATIVA AL PROYECTO DE REFORMA

Artículo 149. El Libro IV de la Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo Título y un nuevo Capítulo, así:

TÍTULO II BENEFICIOS POR COLABORACIÓN EFICAZ CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 150. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo, así:

Artículo 483A. Procedencia. El Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para el efecto, podrá acordar uno o varios de los beneficios consagrados en este capítulo con la persona que se encuentre condenada, en razón de la colaboración que preste a las autoridades para la eficacia de la administración de justicia.

Tanto para el trámite como para la celebración del acuerdo, el funcionario deberá sujetarse a las directrices y reglamentos que en la materia establezca el Fiscal General de la Nación.

El acuerdo entre la Fiscalía y el condenado debe ser presentado ante el juez de control de garantías, quien realizará el control formal y material del mismo.

El acuerdo es vinculante para el juez de control de garantías, excepto cuando viole garantías fundamentales.

Artículo 151. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483B, así:

Artículo 483B. Otorgamiento de los beneficios. Los beneficios por colaboración se aplicarán en los siguientes casos:

1. Cuando la persona colabore eficazmente con la administración de justicia al suministrar información que resulte veraz, útil, eficaz y oportuna para la justicia y esta sirva directa o indirectamente como soporte del escrito de acusación o para demostrar la ausencia de

responsabilidad de una persona investigada. En estos eventos, el acuerdo podrá consistir en el compromiso del condenado de servir como testigo.

2. Cuando haya suministrado información sobre bienes derivados de la actividad ilícita que conlleve a su incautación o extinción de dominio. En este evento, la información será eficaz si ha sido soporte para la incautación de bienes o la extinción del derecho de dominio o sirva para identificar las fuentes de financiación.

3. Cuando suministre información que permita evitar la comisión de conductas punibles o que el delito continúe ejecutándose.

4. Cuando suministre información que permita identificar al o a los responsables de la comisión de una conducta punible.

5. Cuando suministre información que permita ubicar el lugar en donde se encuentra el secuestrado o el desaparecido o la ubicación de fosas comunes.

Parágrafo. No podrá concederse ninguno de los beneficios por colaboración consagrados en este Código cuando, con ocasión de la misma información, el solicitante haya sido beneficiario de un mecanismo de terminación anticipada como un principio de oportunidad, acuerdos entre la Fiscalía y el procesado u otro similar. Tampoco se concederá el beneficio cuando implique retractación de quien lo solicita.

Artículo 152. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483C, así:

Artículo 483C. Beneficios. Teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración suministrada, siempre que se cumplan los requisitos legales correspondientes, podrán acordarse uno o varios de los siguientes beneficios:

1. Disminución de la pena impuesta entre una sexta (1/6) parte y la totalidad de la pena.

2. Sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por domiciliaria.

3. Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

4. Libertad condicional.

5. Incorporación al programa de protección de testigos.

6. Cambio de centro de reclusión (de igual o menor seguridad en el que se encuentra) o de pabellón donde cumplirá la pena impuesta.

7. Otorgamiento de inmunidad de uso derivativo o transaccional.

Parágrafo. El beneficio consistente en el otorgamiento de las inmunidades de uso derivativo o transaccional se entenderá como hecho respecto de conductas que se encuentren pendientes de sentencia judicial, ejecutadas por parte del sentenciado colaborador.

Artículo 153. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483D, así:

Artículo 483D. Trámite. Presentada la petición de colaboración, el Fiscal General o su delegado especial procederán de acuerdo con la reglamentación que, para el efecto, expida el Fiscal General de la Nación.

Si resulta procedente la concesión de beneficios, se elaborará una solicitud de beneficios que se remitirá al juez de ejecución de control de garantías para que en el término de diez (10) días hábiles, se pronuncie sobre la viabilidad o no del acuerdo, en los términos del último inciso del artículo 483A.

Para que el Fiscal General o su delegado especial elaboren la solicitud de beneficios, el sentenciado deberá proveer la colaboración dentro del año subsiguiente a la expedición de la sentencia condenatoria, salvo que:

1. La colaboración se haya proveído con base en información obtenida por el sentenciado después de ese plazo.
2. La colaboración se haya proveído con base en información que fue entregada durante el plazo del inciso tercero, pero que no se hizo útil para la Fiscalía general de la Nación sino hasta después de ese plazo.
3. La colaboración se haya proveído con base en información cuya utilidad no pudo ser razonablemente anticipada por el sentenciado durante el plazo del inciso tercero, pero que fue entregada con prontitud a la Fiscalía General de la Nación una vez el sentenciado pudo anticiparla.

Parágrafo. La vigilancia de la ejecución del acuerdo corresponderá al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, que deberá velar por la materialización de los derechos y obligaciones allí contenidos.

Artículo 154. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483E, así:

Artículo 483E. Control judicial. El acuerdo estará sujeto a control formal y material por parte del juez de control de garantías. Si el juez encuentra que el acuerdo no viola garantías fundamentales, aprobará la solicitud.

Recibida el acta en la que conste el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el condenado, el juez de ejecución de control de garantías, en un plazo no superior a días (10) días hábiles, resolverá sobre su procedencia.

De ser necesario, el juez podrá formular observaciones al contenido del acuerdo en lo referente a aspectos formales y violación de garantías fundamentales, evento en el cual devolverá la actuación al Fiscal General de la Nación o su delegado para que realice las modificaciones o correcciones. Esta decisión no admite recursos.

Dentro de un término no superior a diez (10) días hábiles, el Fiscal General de la Nación o su delegado y el condenado realizarán las modificaciones y correcciones necesarias, las cuales serán consignadas en acta complementaria, que será remitida al juez de control de garantías. Recibida el acta, el juez decidirá sobre la procedencia del acuerdo en un lapso no superior a diez (10) días hábiles.

Contra la decisión que imprueba el acuerdo proceden los recursos ordinarios ante el tribunal superior del respectivo distrito.

Artículo 155. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 483F, así:

Artículo 483 F. Revocatoria. Un juez de control de garantías distinto al que otorgó el beneficio, a petición de la Fiscalía General de la Nación o del representante de víctimas podrá revocarlo cuando encuentre que se ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas, o se ha incurrido en la comisión de otra conducta punible durante la ejecución de la pena. Para decretar la revocatoria, deberá surtirse el siguiente trámite:

1. El fiscal o el representante de víctimas deberán elaborar una solicitud de revocatoria que contenga las razones que le sustentan y las pruebas correspondientes. Solo se considera prueba de la comisión de la conducta punible la sentencia condenatoria en firme en contra del colaborador.
2. Recibida la solicitud, el juez de control de garantías dispondrá de no más de diez (10) días hábiles para decidir sobre su procedencia.

Contra la decisión que concede como la que deniega la revocatoria procederán los recursos ordinarios ante el respectivo tribunal superior de distrito judicial.

