



**LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN MATERIA DE PREACUERDOS Y
NEGOCIACIONES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA: “Una disputa entre la validez y la nugatoriedad del sistema transaccional
penal”**

Autor

Donoban De Jesús Chica Cardona

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Especialista en Derecho Procesal
Penal

Asesor

Luis Eduardo Agudelo, Magíster

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)

Facultad de Derecho

Especialización en Derecho Procesal Penal

Medellín, Antioquia, Colombia

2022

LA INTERVENCIÓN DE LA VÍCTIMA EN MATERIA DE PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: “Una disputa entre la validez y la nugatoriedad del sistema transaccional penal”¹

Donoban Chica Cardona²

“Si las víctimas permanecen en la memoria del hombre, este tal vez tenga fuerzas para configurar el presente y el futuro más humanamente que como lo hiciera en el pasado” (Baptist Mestz,).

1.Introducción

Una de las nuevas tendencias incorporadas tras la introducción de la ley 906 del año 2004 en Colombia, ocupó su atención en las terminaciones anticipadas del proceso penal basadas en la confección de preacuerdos entre la fiscalía, el imputado o acusado y dentro de la cual se destaca el acentuado papel de la víctima como un actor protagónico durante trámite y la ulterior aprobación de las mencionadas negociaciones conforme al nivel de satisfacción de sus derechos; so pena de que aquellas sean desconocidas por el operador jurídico a cargo de la causa. Todas ellas aparejadas a infinidad de tensiones dentro de las cuales se destacan: el acompañamiento de la defensa en su elaboración, el descubrimiento probatorio previo a su suscripción, y la intervención efectiva de las víctimas tendiente a que sus derechos a la verdad, la justicia y reparación no fueran mancillados dentro de dichas terminaciones anormales del proceso penal.

El nuevo rol marcado por el sistema acusatorio con tendencia protagónica hacia la intervención efectiva de la víctima, su injerencia en las mencionadas negociaciones y en específico en lo alusivo

¹ Artículo presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana.

² Es abogado de la Universidad Católica de Oriente. Es Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia. Es magíster distinguido en el área de Derecho Procesal Contemporáneo con énfasis en derecho policivo por la Universidad de Medellín. Abogado litigante y consultor. abogadodonoban@gmail.com.

a los bienes jurídicos colectivos como los atentatorios contra la administración pública - en donde aquella se encuentra representada en el erario público -, y suele hacerse presente a través de un organismo de control como la contraloría general de la República exigen poner la lupa en la efectividad del reconocimiento de sus derechos y en el reintegro económico efectivo con cargo a los recursos públicos en virtud a las sumas de dinero que fueron ilícitamente percibidas. Lo anotado, por cuanto en la mayoría de las veces dichos reintegros no logran hacerse realidad durante el desarrollo del sistema de aceptación o de negociación criminal ya por imposibilidad económica de los imputados o acusados; ora por la ausencia de un rol activo de quien comparece como víctima a reclamar los intereses resarcitorios en favor de la Nación.

Para dicho propósito fue menester valerse de la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia, quien a través de su sala de casación penal en el famoso caso “Nule”, sentará una postura clara frente a la improcedencia de los preacuerdos y negociaciones, y la obligatoriedad de que en ellos quede incorporado el reintegro cierto, en compañía de la cautela que garantice el recaudo vinculado al remanente en beneficio del Estado.

A dichos condicionamientos es que se encuentra atada la validez o nulidad del acuerdo.

Sumario: 1. Introducción. 2. Descripción del problema y pregunta que guía la reflexión. 3. La justicia premial como columna vertebral del nuevo sistema penal acusatorio. 4. ¿y es indispensable el acompañamiento permanente del defensor en la confección de los preacuerdos y negociaciones? 5. ¿la negociación exige como requisito *sine qua non* para su perfeccionamiento el descubrimiento probatorio? 6. Hacia un primer modelo de intervención de la víctima en los preacuerdos y negociaciones: panorama global desde los bienes jurídicos individuales. 6.1. Tropiezos entre la tipicidad y los derechos de la víctima. 7. ¿Y qué hacer con la víctima indeterminada y su intervención en los delitos contra la administración pública? 7.1. Breve análisis del caso Nule. 7.2 Tensiones entre la validez y la nulidad del acuerdo. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía

Palabras clave: administración pública, justicia premial, nulidad, preacuerdos, proceso penal, reintegro, terminación anticipada, validez, víctimas.

2. Descripción del problema y pregunta que guía la reflexión

En la República de Colombia la proliferación del sistema de negociación criminal viene postulándose como la carta de mayor usanza en las distintas actuaciones procedimentales que tienen lugar bajo el modelo de enjuiciamiento adversarial. Tan es así, que aquellas se ofrecen como la única o mejor salida para los distintos sujetos que bajo su condición de procesados ven tras la realización de punibles de alto impacto nacional – delitos contra la administración pública –, la mejor y más provechosa salida a su reproche criminal. Así, aquellos obtienen bajo el modelo de sometimiento unilateral a la justicia – allanamiento –, o en su defecto, a través de la negociación bilateral vía preacuerdos una reducción significativa del quantum de sus respectivas condenas y a cambio del ahorramiento para con el aparato judicial de los distintos costos que aquel suele acarrearle el desdoblamiento del juicio oral. Motivo por el cual, el sistema de negociación implica como suyo una renuncia a los principios de: **i)** presunción de inocencia, **ii)** derecho a la no autoincriminación y **iii)** principio de la jurisdiccionalidad.

Sin embargo, bajo dicho panorama y a pesar de que el artículo 351³ de la normatividad procesal penal colombiana, si bien le otorga la posibilidad a la víctima de realizar sus manifestaciones frente a las negociaciones que se celebren entre la fiscalía y los acusados, su renuencia o rechazo al recibimiento efectivo de la correspondiente indemnización no invalida lo acordado, por lo menos en lo que concierne afectaciones de bienes jurídicos concretos o individuales, *verbi gratia*, la vida. Ello, por cuanto aquella podrá hacer uso del sendero judicial privado tendiente a hacer efectiva su pretensión indemnización bajo el marco cabal de sus expectativas.

Empero la tensión aumenta conforme a los eventos en los que los autores de la conducta punible hubieren obtenido como producto de su accionar criminal un incremento injustificado de su patrimonio, puesto que a pesar de que el canon 349⁴ del Estatuto Procesal Penal venía exigiendo

³ Señala con precisión el inciso final del artículo 351 de la ley 906 del año 2004, al referirse al rol de la víctima en la invalidación del acuerdo so pretexto del monto de la respectiva indemnización que: “Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, esta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes”.

⁴ Es enfático el artículo 349 de la ley 906 del año 2004, al exigir la devolución de lo percibido ilícitamente producto del accionar criminal como requisito *sine qua non* para la aprobación de cualquier tipo de negociación con el ente acusador, al precisar que: “En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese

como requisitos *ex ante* a la aprobación de los preacuerdos el reintegro de por lo menos el cincuenta por ciento de lo percibido y el aseguramiento del saldo pendiente, no obstante; dicha tesis perdía peso cuando lo tratado era la negociación de delitos compuestos por bienes jurídicos colectivos – la administración pública -, en dicho escenario con la adquisición ligera de pólizas se venía defraudando al Estado y al erario público en el reintegro cierto, oportuno y efectivo de las sumas apropiadas ilícitamente, al paso que la devolución del correspondiente remanente se terminaba constituyendo en otro canto a la bandera más.

Lo anterior, llevo al planteamiento de nuestra pregunta de reflexión bajo la siguiente estructura: ¿Cómo puede verificarse la validez o la nulidad de los preacuerdos y negociaciones en el sistema procesal penal colombiano en los delitos atentatorios contra la administración pública?

Pues bien, de cara a la anotada pregunta de reflexión, pasaremos analizar el siguiente desarrollo argumentativo y el cual se dirigió a la obtención de respuestas fiables frente a dicho particular.

3. La justicia premial como columna vertebral del nuevo sistema penal acusatorio

Con la entrada en vigor del Nuevo sistema penal Acusatorio (SPOA), bajo el manto de la ley 906 del año 2004, el paradigma de indagación, investigación y judicialización en Colombia sufrió un giro copernicano, en gracia a la adopción de un modelo procesal de corte acusatorio y con tendencia adversarial, en donde las partes trabadas en la Litis criminal en compañía de la víctima del injusto, estarían destinados a convertirse en los protagonistas de un modelo de justicia negociada, la cual arropada bajo el eslogan de “justicia premial”, sería la principal bandera de trabajo del nuevo sistema de enjuiciamiento delictual, cuyo propósito final se haría consistir en: **i)** la humanización del proceso y la pena, **ii)** el aumento en los índices de celeridad procesal, tras la obtención de una pronta y cumplida justicia, **iii)** la solución ligera, pacífica y ágil de los conflictos sociales ocasionados por el delito, **iv)** el incentivo de la reparación integral de los perjuicios irrogados con el injusto a la víctima o víctimas del delito **v)** y finalmente, la materialización de una participación activa y constante del imputado en lo que respecta a la definición de su caso.

obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente”.

Huelga aclarar, que todo ello se realizaría siempre y en todo caso, conforme a las directivas adoptadas por el órgano de persecución penal frente a dicho particular y respecto a los lineamientos de política criminal⁵ con que cuenta el Estado colombiano, en aras de aumentar los índices de legitimidad respecto a la administración de justicia (Ley 906 del 2004, Art. 348) .

Dicho modelo de justicia transaccional también perseguiría como uno de sus propósitos finales y de manera coetánea, combatir los índices de congestión⁶ y morosidad judicial en los que durante muchos años ha estado sumergida la justicia penal.

Y fue precisamente la necesidad de fortalecer la estructura investigativa a cargo de la Fiscalía y la gran sobrecarga judicial que por hoy acedia a nuestros jueces, que el Estado quiso darles la posibilidad a quienes son objeto de investigación o enjuiciamiento penal, para que a través de un acto libre, consciente, informado, voluntario y sin ningún tipo de estímulo - aceptación simple o allanamiento -, o so pretexto de la entrega de alguna compensación - aceptación condicionada⁷ o preacuerdo – se sometieran de manera temprana a la sanción penal, ahorrándose la consumación de la totalidad de las etapas procesales y ofreciendo a su turno variadas aristas de conciliación, tales como: **i)** una nueva calificación o adecuación de los hechos, **ii)** alteración o modificación en el grado de intervención de la conducta enjuiciada, **iii)** eliminación de agravantes, **iv)** reconocimiento de atenuantes, **v)** y la eliminación de posibles concurso delictuales, entre otras⁸.

Dentro de la advertida tendencia de justicia premial fueron incluidas las figuras del allanamiento, los preacuerdos y las negociaciones como las principales herramientas - modalidades

⁵ El numeral 4 del artículo 251 del texto constitucional, asigna como una función clara a cargo del órgano de persecución penal, la participación activa en el diseño y estructuración de la política criminal del Estado.

⁶ La corte constitucional a través de la sentencia de tutela T- 099 del 15 de abril del año 2021, le confirió seis (6) meses al Consejo Superior de la Judicatura para que le presentará al Gobierno Nacional un plan de descongestión de la jurisdicción penal. Ello luego de confirmar que existen problemas estructurales en la administración de justicia de dicha jurisdicción en todo el país. Dicha decisión fue adoptada luego de conceder la protección a los derechos fundamentales de un ciudadano, quien hace más de seis años presentó un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que lo condeno a doce años de prisión. No obstante, a la fecha de interposición de la acción de amparo, la sala penal del Tribunal Superior de Villavicencio no había resuelto el recurso.

⁷ Para ahondar en la temática ver la sentencia de la corte constitucional C-303 del año 2013.

⁸ Los derroteros base del instituto procesal de los preacuerdos, pueden visualizarse claramente en el artículo 350 del Estatuto Procesal Penal.

- que integran el elenco de los medios de terminación temprana y de negociación del delito. Aquellos es posible visibilizarlos a partir del canon 351 del Código Procesal Penal.

Lo cierto de todo el meollo, es que trátese ya de la aceptación unilateral de cargos - allanamiento - o de la aceptación condicionada y bilateral- preacuerdos -, lo esperado es que entre más tarde el procesado en someterse al accionar de la justicia, menor será el quantum del respectivo reconocimiento punitivo.

Sin embargo, pese a que aquel fue en principio el querer del legislador, la redacción normativa del Libro III, en su TITULO II del Estatuto procesal penal, no se compecede con lo que ocurre en la práctica con dichas figuras procesales, ya que la única que posee poco margen de maniobrabilidad es el allanamiento, respecto a las rebajas que bajo dicha figura son concedidas según el estadio procesal en que se encuentre el encartado, *verbi gratia*, **i**) la mitad de la pena imponible en sede de formulación de imputación, **ii**) una rebaja de la tercera parte de la pena a imponer cuando el allanamiento se configura en fase de audiencia preparatoria, **iii**) y una disminución de una sexta parte, cuando se configura en el juicio oral (Ley 906 de 2004, Art. 351 inc. 1, 356 Núm. 5, 367 inc. 3, 2004) . Cosa muy distinta a lo que ocurre con los preacuerdos y negociaciones, en los cuales el porcentaje de reducción punitiva no se encuentra atado a dichos estadios procesales, sino a las tratativas y condimentos propios del acuerdo, en vista de que hay un mayor despliegue de autonomía y facultad negocial en cabeza del órgano acusador.

Frente a la naturaleza y alcance de las rebajas que suelen ser otorgadas tras el allanamiento, ha venido sugiriendo nuestro máximo organismo de lo constitucional, a través del magistrado NILSON PINILLA PINILLA, que su análisis no es dable efectuarlo en abstracto, sino a partir de una cosmovisión sistemática y en conjunto, en atención a los diferentes estadios procesales en los que es producido el allanamiento y, por ende, sus respectivos descuentos punitivos. Así, cuando más alejado se ubique el proceso penal respecto a su etapa de juicio oral, más benignos serán los correspondientes reconocimientos punitivos (Sent C-645, 2012).

Son pues así, el allanamiento en compañía de los preacuerdos y negociaciones las tres figuras procesales que integran la llamada justicia transaccional en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal colombiano.

Ahora bien, las grandes dificultades por las que ha tenido que transitar el derecho penal premial en búsqueda de sentencias anticipadas que respondan a los anteriores parámetros procesales y constitucionales radican en: **i)** la aún vigente visión del derecho penal del enemigo, **ii)** en la cosmovisión del sistema como escenario de retaliación de las víctimas con ocasión al daño irrogado aquellas, **iii)** y en virtud a las crecientes demandas de punibilidad originadas en los albores propios del expansionismo penal y el populismo punitivo, en donde confluyen actores de diversos ordenes económicos, políticos, sociales y culturales. Para cimentar dicha tesis, vale la pena dar una mirada a los aspectos que en atención al derecho penal y su visión expansionista plantean autores como JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, el cual refiere que:

No es difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal. Creación de nuevos bienes jurídicos – penales, ampliación de los espacios de riesgo jurídico penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía no sería sino aspectos de esta tendencia general a la que cabe referirse con el término expansión. (Silva Sánchez, 1999, págs. 17-18)

Las anotadas circunstancias y sus protagonistas se encuentran en una posición equidistante a la naturaleza jurídica del sistema penal acusatorio de corte adversarial, el cual no puede ser ajeno a algunos de los lineamientos o ingredientes sustanciales propios de la pena, *verbigracia*, prevención general, retribución justa y la prevención especial como los principales ejes de impacto sobre la materia en cuestión (Ley 599 del 2000, Art. 4).

La humanización⁹ del proceso penal y su constitucionalización vienen abogando por un rol activo y protagónico de las víctimas en las distintas fases de la tramitación penal, en donde el

⁹ Un sector de la doctrina nacional adscrito al garantismo circunscribe el concepto de la humanización del proceso penal a la importancia y protagonismo que debe acompañar a la persona como eje articulador del Estado y de sus sistemas de enjuiciamiento. Así, autores como Zaffaroni exponen al respecto que: “Quienes entienden

reconocimiento de sus derechos se presente de manera activa e *in extremo*, bajo estándares de justicia material. Sin embargo, dicha postura ha encontrado detractores, tal es el caso de la Dra. Sonia Esperanza Valencia Gómez y otros, quienes en su tesis de maestría titulada como “Inconveniencia de equiparar preacuerdos y allanamientos, a propósito del reintegro del incremento patrimonial”, han abogado por la falta de protagonismo que según la característica del sistema penal acusatorio debe tener la víctima de cara a los preacuerdos y negociaciones precisando que:

Parece pues, un panorama desalentador, que en las instancias del proceso punitivo pueden llegar a alcanzarse los valores de la verdad, la justicia, la reparación; esto en virtud de que, como tímidamente ya se ha expresado, el escenario criminal busca objetivos diferentes y por consiguiente es necio endilgarle asuntos que por su naturaleza le son esquivos.

En suma, entonces, siendo el proceso penal un escenario de juzgamiento para el infractor, resulta desproporcionado restar derechos a los imputados o acusados bajo la consigna de una “presunta protección a la víctima” cuando alejado el derecho penal para instituirse como un fin de sacar adelante pretensiones económicas de la víctima. (Álvarez Cardona, Madrigal Zuluaga, & Valencia Gómez, pág. 38)

No obstante, importante es resaltar que el legislador colombiano catapultó de un solo tajo el derecho a la reparación integral de las víctimas, la cual comprende modelos de participación activa en sus variados estadios, dado la amplia discrecionalidad que se le otorgó a la fiscalía en sede de los preacuerdos y las negociaciones al no consagrar la participación de aquellas en su confección.

Todo ello, a pesar de que el artículo 11 de la ley 906 del año 2004, en sus literales c) y f) es contemplativo de los derechos de las víctimas a su reparación integral y a que sus intereses sean tenidos en cuenta al momento de adoptar una decisión discrecional asociada al ejercicio de la persecución del injusto (Ley 906 del 2004, Art. 11, 2004).

Según se observa, el canal de la terminación temprana y oportuna de la respectiva actuación penal puede ser un claro escenario para verificar la participación activa de las víctimas, el

que el hombre es para el Estado, se manejan con un concepto trascendente del derecho –el derecho no es para el hombre, sino el hombre para el derecho- y el concepto de bien jurídico desaparecerá, o bien se sostendrá que el único titular de los bienes jurídicos es el Estado y que el hombre mismo es un bien jurídico del Estado. No se penará el homicidio o el aborto porque destruyen un ente repetible en su individualidad y que debe ser tratado como un fin en sí mismo y respetado como tal en la autonomía de su conciencia, sino porque privan al Estado de un soldado, de una fuente de mano de obra, de un contribuyente. Este derecho penal autoritario es completamente ajeno a nuestro sistema jurídico vigente y a los principios que tradicionalmente le rigen” (Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, parte general. Editorial EDIAR, sexta edición, pag 386; Año 2000.

reconocimiento de sus derechos o su posible negación. Ello en tratándose de delitos atentatorios contra bienes jurídicos individuales. Ahora piénsese por un segundo en la problemática que ello puede acarrear para los eventos en los que no se tiene una identificación clara de las personas damnificadas por el delito, dado su indeterminación y en vista de que el injusto recaería sobre bienes jurídicos colectivos, principalmente y para el caso de marras en los atentatorios contra la administración pública.

4. ¿Y es indispensable el acompañamiento permanente del defensor en la confección de los preacuerdos y negociaciones?

Pese a que el canon 354 del Código de Procedimiento Penal, señala la inexistencia de los acuerdos celebrados sin la presencia del defensor, la errática redacción del precepto da a entender que en el evento de llegar a existir un desacuerdo entre el imputado o acusado y su defensor, prevalecerá lo que decida el primero - el cliente -, situación por demás altamente problemática dado al alto nivel de exposición a la violación de garantías fundamentales al que aquel puede verse expuesto al quedar en un contacto directo con el órgano acusador y en virtud al elevado nivel de complejidad y técnica que demanda el sistema penal. Lo anterior, permite comprender que en caso de desacuerdo entre la defensa y el cliente estaría llamada a primar la posición de la defensa material.

Una cosa es que la tendencia transaccional del sistema penal busque una solución pacífica, directa, ágil, reparadora y que clame por la descongestión judicial por la que atraviesa Colombia y otra bien distinta es la expedición de preacuerdos o negociaciones precoces, tendientes a satisfacer estadísticas bien a cargo de la fiscalía; ora en beneplácito del aparato judicial. La posible ausencia del defensor en dicha etapa negocial, podría ir en contravía del tratamiento benigno; cual es la relación de convergencia que en últimas pretende ser alcanzada por el imputado o acusado, de allí que su presencia sea requisito *sine qua non*, para la validez y operatividad del acuerdo, la cual es ulteriormente otorgada por el juez de conocimiento.

Ahora bien, una cosa es el acompañamiento del profesional del derecho en la etapa definitiva del cierre de los preacuerdos y negociaciones, los cuales tiene efectos vinculantes para el resto de la actuación y de cara a la respectiva tasación e imposición de la pena, y otra totalmente distinta

estriba en la posibilidad de que no pueda la fiscalía establecer un primer contacto con el encartado tendiente a ilustrarle posibles caminos de justicia negociada, lo segundo no generaría automáticamente una invalidación de lo hasta allí actuado; a diferencia de la suscripción y el acuerdo definitivo el cual debe estar en todo momento acompañado por el defensor.

Frente a dicho puntual laborío indicó la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en el IV curso de formación judicial inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República, promoción 2009 que:

¿Solo se puede tratar lo de preacuerdos y negociaciones "a través", por intermedio o por la vía de la intervención del defensor? Una interpretación literal apadrinaría una contestación afirmativa, de donde cualquier contacto con el imputado o acusado, a este fin, se mostraría como ilegal y daría al traste, por violación de garantías fundamentales, con el acuerdo que se logre concertar, así sea con ulterior o postrera actuación del apoderado. De entrada y procurando excluir embrollos que dificulten o enreden tan lícito y encomiable trato, es recomendable que no se inicie el mismo sin que esté presente el profesional que asiste y representa al imputado o acusado. Para que acopiar sinsabores y tropiezos sin razón para ello. Mas dada una situación en que se haya desoído esta exhortación, creemos que ello no es motivo para fulminar una sanción de nulidad o desconocimiento de lo actuado. En efecto, es dable distinguir entre las conversaciones previas y el acuerdo como tal, esto es, la conjunción de pareceres para establecer conclusiones ciertas o inmodificables. Lo primero no está vedado porque se hagan sin el concurso del defensor, lo segundo irremediablemente si está por fuera de la legalidad y quebranta una garantía de protección jurídica dispuesta por la ley con múltiples finalidades, todas ellas atendibles. Mal estarían las cosas que, por un exagerado adosamiento a un texto que ofrece valoraciones distintas sin desdibujar o atropellar el querer del legislador, se tenga al imputado o acusado como un incapaz absoluto al punto que nada puede hacer por sí mismo sin que le sirva de traductor o peticionario su defensor (...) (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2009, pág. 56)

Tal y como se observa, la presencia del defensor es indispensable, pese a que el sujeto activo de la conducta tiene capacidad plena para intervenir durante toda la actuación. Más aún, lo aconsejable y para evitar insanas actitudes, es que desde el primer acercamiento que tenga lugar entre el imputado o acusado y el órgano acusador, este presente el profesional del derecho encargado de su defensa. Dicha acotación a más de ser importante de cara a la garantía del derecho fundamental al

debido proceso de los encartados, se hace con beneficio de inventario puesto que aquel no constituye el objeto central del presente trabajo.

5. ¿La negociación exige como requisito *sine qua non* para su perfeccionamiento el descubrimiento probatorio?

Una de las principales características del sistema penal acusatorio colombiano es su carácter reglado y rígido, en donde sus operadores jurídicos por esencia y potencia tienden a volverse quisquillosos en las más de las veces, con ocasión a las actividades y roles que deben desempeñar bajo el desdoblamiento de cada uno de sus estadios, limitándose *stricto sensu*, al rutograma establecido por el legislador frente a dicho escenario.

Así las cosas, bien es sabido que la etapa preprocesal compuesta en su núcleo por la indagación preliminar y la investigación formal propiamente dicha, y cuyo direccionamiento en sede judicial es escenificado ante el juez de control de garantías, se caracteriza por la reserva total en su sistema de evidencia, ya que los elementos de conocimiento (EMP, EF y la ILO), no tendrán que ser descubiertos por la fiscalía según las preceptivas del numeral 2 del artículo 288 del estatuto procesal penal, el cual al referirse al contenido de la imputación desde vieja data le ha venido exigiendo únicamente al órgano persecutor para la realización de dicho acto comunicativo, la determinación clara y precisa de los hechos jurídicamente relevantes, en un luego comprensible, mismo que en ningún momento estará sujeto al descubrimiento de los elementos de conocimientos con los que hasta el momento cuente el ente investigador. Todo ello, salvo las claras excepciones establecidas bajo el mismo decálogo normativo, para efectos de las solicitudes e imposiciones de medidas de aseguramiento (Ley 906 del 2004. Art. 288, Núm. 2).

Situación distinta a la acaecida en fase de audiencia de acusación en donde la fiscalía se encuentra compelida al descubrimiento de los medios de prueba que hará valer en el juicio oral, según exigencias del numeral 5 del artículo 337 *ibidem*.

Dimana de lo expuesto, la clara situación de desventaja que hoy acompaña al imputado en consideración a quien ya ostenta la calidad de acusado, pues el bajo nivel de información y

asesoramiento del primero, respecto a su grado de culpabilidad y su vinculación con los hechos materia de investigación, tienden afectar el principio de igualdad¹⁰ en consideración al acusado, quien por el contrario si tuvo la oportunidad de conocer los elementos materiales de prueba con los que la fiscalía pretendía demostrar su hipótesis acusatoria y su consiguiente responsabilidad penal.

De allí que con el afán de garantizar de manera irrestricta el derecho fundamental al debido proceso bajo sus expresiones de defensa, contradicción e información y atendiendo al derecho a la igualdad como pilares constitucionales del proceso penal colombiano, se abogue bajo los auspicios de una negociación o preacuerdo a que los elementos de convicción le sean enseñados aún inclusive al imputado, tal y como ocurre con el pedimento para la imposición de las medidas de aseguramiento.

Para apoyar dicha tesis, bien vale la pena tener en cuenta los dos primeros incisos del canon 350 del Estatuto Procesal Penal, el cual al referirse a la procedencia de los acuerdos en casa de la imputación puntualiza que:

Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación (Ley 906 de 2004, Art. 350)

Según se aprecia, los preacuerdos en sede de imputación una vez son presentados por el fiscal ante el juez de conocimiento hacen las veces del escrito de acusación, de allí que pueda perfectamente el imputado a través de su defensor realizar las solicitudes propias del artículo 344 *ejusdem*, tendientes a que se emplee por parte de la fiscalía un descubrimiento probatorio, de ser posible *ex ante* a la suscripción del acuerdo o concomitante a su celebración definitiva. Todo ello,

¹⁰ La igualdad allí mencionada se encuentra vinculada a la aplicación irrestricta del principio de igualdad de armas, la cual ha sido paulatinamente reiterada por la corte constitucional a través de sentencias como la C-536 del año 2008, en donde se puntualiza por parte del alto tribunal que. “(...) cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial las facultades en cuanto al material probatorio a recabar de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesa (...)”

le permitirá analizar los alcances de su culpabilidad y le ayudará a solidificar su decisión de sometimiento temprano a la justicia.

La postura allí propuesta, apunta a que atendiendo al espíritu del sistema transaccional penal colombiano y a la constitucionalización¹¹ propia del derecho penal, sea obligatorio el descubrimiento probatorio – Discovery –, como requisito indispensable para el perfeccionamiento de cualquier negociación o preacuerdo con el ente acusador.

6. Hacia un primer modelo de intervención de la víctima en los preacuerdos y negociaciones: Panorama global desde los bienes jurídicos individuales.

A pesar de la implantación que hiciera el nuevo proceso adversativo dentro de su título IV, al regular a las partes e intervinientes y dedicar el capítulo IV de manera exclusiva a las víctimas - reconociendo allí su intervención durante todo el transcurso de la actuación penal-. Lo cierto es que su reconocimiento propiamente dicho a la luz del canon 340 de la ley 906 del año 2004, solo cobra vigencia a partir de la audiencia de formulación de acusación, diligencia en la cual le será así mismo reconocida su representación legal en el evento de que aquella se constituya (Ley 906 de 2004, Art. 340, 2004).

Sin embargo, en la práctica jurídica los roles de la víctima solo empiezan activarse de manera certera a partir de la audiencia preparatoria, dado el nivel de actividad probatoria que caracteriza dicha escena procesal como ante sala del juicio oral, y en vista de que a partir de allí aquella deberá estar acompañada siempre y en todo momento por un profesional del derecho o practicante de consultorio¹² jurídico legalmente reconocido. Ello quiere decir, que, con anterioridad a la

¹¹ Autores como el Doctor Wilson Yesid Suárez Manrique, a partir de artículos como la constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, asumen el proceso de constitucionalización como: “(...) un proceso creciente que, a partir de la Constitución de 1991, se ha venido desarrollando en manera siempre amplificada. En un principio tuvo como principal protagonista a la Corte Constitucional. No obstante, de forma posterior, las demás altas ramas judiciales poco a poco han entrado en sintonía de esa nueva forma de entender el derecho; así mismo, el legislador, la academia y los litigantes han entrado en esta nueva manera de entender el derecho y las relaciones jurídicas. Este proceso de constitucionalización ha estado concentrado en ciertas áreas del derecho, en especial en aquellas en las que es clara la situación de superioridad de una parte respecto de la otra”.

¹² A través de la ley 2113 del pasado 29 de julio del año 2021, se reformó la estructuración y funcionamiento de los distintos consultorios jurídicos que vienen operando al interior de las facultades de derecho legalmente reconocidas en el país, en donde una de sus mayores novedades fue la amplia facultad que se concedió a los

instalación de la audiencia preparatoria, la víctima podrá hacer valer sus solicitudes y derechos en causa propia por intermedio de la fiscalía.

Empero pese al panorama expuesto, menester es acotar que desde la audiencia de formulación de acusación la víctima puede intervenir para efectuar observaciones al escrito de acusación o realizar manifestaciones sobre posibles causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades¹³. Inclusive en la praxis y de manera extensiva los jueces están pidiendo se nombre representante de víctimas desde dicha etapa procesal.

Echemos un vistazo a la redacción del numeral 3 del artículo 137 del estatuto procesal penal, el cual al referirse a la presencia de las víctimas en el proceso penal y apoyando lo dicho refiere que:

3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada. (Ley 906 de 2004, Art. 137, Num 3.)

Aflora de lo expuesto, que la intención del legislador estuvo dirigida a enmarcar el sendero de intervención de la víctima a partir de los actos procesales propios de la audiencia preparatoria y que anteceden al juicio oral, no en vano el artículo 102 *ídem*, resguardo el ejercicio del incidente de reparación integral con posterioridad a los ocho (8) días siguientes de la firmeza del fallo condenatorio. Ello claro está, mediando previa solicitud de la víctima, el fiscal o el Ministerio Público frente a dicho terreno (Ley 906 de 2004, Art. 102). Sin duda, una de las principales críticas que más se le ha venido efectuando al sistema ha sido la desaparición del incidente de tasación de perjuicios al interior del proceso penal, dado su ya mencionada consagración *ex post* y lo cual

practicantes que allí se encuentren adscritos, para el ejercicio de la litigación en materia penal en variadas de sus instancias.

¹³ Al respecto el canon 340 de la ley 906 del año 2004, empieza a sentar el rol de intervención de la víctima al interior del proceso penal colombiano desde la audiencia de formulación de acusación precisando que: “En esta audiencia se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 132 de este código. Se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya. De existir un número plural de víctimas, el juez podrá determinar igual número de representantes al de defensores para que intervengan en el transcurso del juicio oral”.

refuerza la tesis consistente en el hecho de que si bien la víctima no es parte procesal entonces como poder seguir justificando su existencia al interior de la actuación procedimental penal.

Sin embargo, a pesar de que su intervención pareciera una verdad de Perogrullo a los ojos de la legislación procesal penal, como es el caso del artículo 11 *ídem*, en el cual literales como el f) indican de manera vehemente el derecho que les asiste para que sus intereses sean tenidos en cuenta al momento de adoptar una decisión definitiva asociada al ejercicio de la persecución del injusto (Ley 906 de 2004, Art. 11). Lo cierto es que en sede de las negociaciones aquellas no tienen la capacidad de enervar o embotar los preacuerdos definitivos obtenidos entre la fiscalía y el imputado o acusado, mismos que inclusive vinculan al juez de conocimiento con la única clara excepción de que su suscripción pudiera llegar a quebrantar algún principio, garantía fundamental o la estricta legalidad, evento en el cual el operador jurídico se vería abocado a su respectivo rechazo.

Frente al panorama expuesto y con una intención reparadora, la corte constitucional intento otear el camino indicando a partir de la sentencia de constitucionalidad C-516 del año 2007, que a pesar de que la víctima no cuenta con un derecho de veto en la fase negociativa que adelanta el órgano de persecución penal, aquella, no obstante; deberá ser oída, con el afán de que sus intereses y su dicho sean tenidos en cuenta frente a la suscripción del acuerdo ulterior. Todo lo anterior, dirigido a minar el terreno de su intervención en sede del juez de conocimiento, quien en últimas será el encargado de verificar que aquel no desconozca o quebrante garantías fundamentales (Sent C-516, 2007).

Amén de lo expuesto, y si bien es usual que las víctimas en los delitos que atentan contra los bienes jurídicos individuales tengan la posibilidad de aceptar las reparaciones integrales que surgen con ocasión a las negociaciones entre el ente acusador y el imputado o acusado, lo cierto es que pueden llegar a presentarse situaciones de rechazo. Sin embargo, de llegar a ser rechazados tales ofrecimientos, la legislación penal les deja el sendero abierto para que activen los mecanismos judiciales correspondientes en defensa de sus intereses económicos, *verbi gratia*; la jurisdicción civil (Ley 906 de 2004, Art. 351).

Ello encuentra tamiz, en el hecho de que si a partir de criterios de tasación razonable y justificada sobre el estimativo de los perjuicios efectuados por la fiscalía - con la intervención de la víctima -, aquella persiste en el reclamo de una cifra mucho mayor, no podría paralizarse la intención negociativa del ente acusador en pretensiones que sobrepasan las barreras y fines teleológicos del derecho procesal penal; so pretexto de retaliaciones o intereses eminentemente particulares a cargo de la víctima. Dichas circunstancias a pesar de los aditamentos abonados por el máximo organismo de lo constitucional, son los que vienen imponiéndose con marcado acento en la práctica judicial.

Se insiste, la existencia del incidente de tasación de perjuicios que es escenificado al interior de los recintos judiciales y con posterioridad a los ocho (8) días de firmeza del fallo condenatorio en asocio con el concepto amplificador que abarca el concepto de reparación integral en el ordenamiento jurídico colombiano, permiten una respuesta razonada por parte del Estado colombiano en el reclamo exorado por la víctima una vez tiene fin la tramitación incidental y en lo que respecta a la indemnización económica *stricto sensu*.

Frente al criterio extenso que implica el concepto de reparación integral la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación lo asume bajo el siguiente tenor:

La CNRR entiende que el concepto de reparación integral supone reconocer las distintas formas de reparación contempladas en la legislación nacional e internacional, especialmente la restitución, que busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación; la indemnización, que consiste en compensar los perjuicios causados por el delito y que generalmente asume la forma de un pago en dinero como reconocimiento de los daños padecidos y para reparar las pérdidas sufridas, la rehabilitación, que se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para restablecer su integridad legal, física y moral después de la violación cometida en su contra; la satisfacción, consistente en realizar actos tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad de lo sucedido; y las garantías de no repetición, que hace referencia a aquellas medidas dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de vulneración de su dignidad y la violación de sus derechos humanos. (Colombia Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2007)

Ello es de suma importancia para los eventos en los que los reclamos económicos de la víctima son desproporcionados frente a la realidad de los perjuicios que le son irrogados con el injusto que

previamente fue materia de condena. Esto, habida cuenta que la reparación integral es un escenario omnicompreensivo que no se limita a la reparación de los meros perjuicios económicos.

6.1 Tropiezos entre la tipicidad y los derechos de la víctima

Algunos sectores de la doctrina nacional adeptos al terreno de la victimología¹⁴, destacan la errática interpretación que en la praxis judicial se le ha venido imprimiendo a los artículos 350 y 351 del C.P.P, ya que al parecer se ha ido cercenando a expensas de la fiscalía principios como el de legalidad estricta y taxatividad de aplicación obligatoria e ininterrumpida en el actual sistema penal acusatorio. Ello, pese a que la única intención de las disposiciones normativas en mención ha sido el cumplimiento del objeto de estudio que siempre ha tenido trazado la criminología y el derecho penal mismo (análisis de comportamiento desviados y prevención del delito), ello por cuanto la intención de querer ver al derecho penal como instrumento de satisfacción de los intereses de la víctima, ha venido de manera paulatina desnaturalizando su objeto de estudio, exacerbando a su paso los ánimos a su alrededor con ocasión a las crecientes demandas de punibilidad que allí gravitan.

Lo anterior, ha llevado a la convicción de que la inclusión latente del rol de la víctima viene menguando de manera coetánea en su ejercicio con el reconocimiento de garantías procesales de los encartados en virtud a su protección reforzada (violencia de género, víctimas menores o en estado de indefensión).

No obstante, las grandes facultades de negociabilidad - con ciertas limitaciones de legalidad inspiradas en el principio de coherencia procesal -, con las que a la fecha viene contando la fiscalía a la hora de obtener la finalización temprana de la contienda penal con el imputado o acusado, y cuyo mayor impacto suele reflejarse en el caso de organizaciones criminales - aparatos organizados de poder-, viene dejando un sabor agridulce en el panorama nacional pues se piensa en la posibilidad de que dichos paquetes de preacuerdos tiendan a no observar las más elementales reglas de imputación fáctica y jurídica, las cuales al ser confeccionadas al amparo de la realidad procesal se encuentran dirigidas a la conservación y respeto de los derechos de las víctimas y a la

¹⁴ Aquella hace alusión a un área de la criminología que se enfoca en estudiar y colocar a la víctima de las causas penales, como uno de los principales objetos de estudio en la verificación y constatación de los hechos con relevancia penal.

observancia de los principios rectores del sistema. Ello, por cuanto el estándar probatorio exigido en el preacuerdo es supremamente bajo.

En dicho terreno tiene lugar la configuración de la comúnmente llamada “ficción legal”, la cual si bien es de ordinaria utilización en materia de negociaciones y preacuerdos, a la fecha se le viene redirigiendo hacia calificaciones jurídicas que no se compadecen con los supuestos factuales materia de la noticia criminal y su ulterior investigación, ya que aquella no se está limitando a eliminar una simple causal de agravación, algún cargo específico o a la variación en la modalidad de participación en la respectiva conducta criminal; sino que por el contrario hace que la negociación descansa sobre una calificación jurídica y fáctica yuxtapuesta a la primigenia. Lo anterior, ha sido dable evidenciarlo no solo por que el fallo no recoja a cabalidad los intereses de la víctima - el cual en últimas no es el objeto primordial del sistema de enjuiciamiento criminal colombiano -, sino porque conforme a los desarrollos que ha tenido últimamente el máximo órgano de la jurisdicción penal se ha venido limitando sus alcances y beneficios solo al quantum de la respectiva condena, pero manteniendo siempre y en todo caso incólume las consecuencias de la calificación dada a la conducta en sede de imputación¹⁵.

Frente a dicho puntual laborío, señalo el Especialista Jon Fredy Peña Bernal, que:

Al estudiar juiciosamente, en detalle, la manera como se hace uso equivocado de la ficción jurídica para reducir la pena, nos encontramos que más bien la aplicación de tal figura conlleva, además, un disminuyente de responsabilidad, por cuanto al imputado o acusado se le aliviana la carga al reimputarle un delito menor, al eliminar un agravante o al radicar su participación como una mera complicidad. El acto delictivo para él, la víctima y la sociedad es desdibujado por aplicación indebida de la ficción; por ejemplo, de un homicidio tentado puede pasarse a lesiones personales, y de esta manera es minimizado el acto restándole importancia al mismo, y a la vez limitando en favor del procesado el margen de responsabilidad pecuniaria ante la víctima, haciendo vigente las palabras de Montaigne, citado por Jossierand: “el perjuicio de uno es el provecho de otro. (Peña Bernal, 2019, pág. 45)

¹⁵ Frente al particular preciso la magistrada Patricia Salazar Cuellar, a través de la SP 5400-2019, Radicado Nro. 50748, el pasado diez (10) de diciembre del año 2019, indicando que: “Si el elemento típico no fue objeto de imputación, tampoco podría ser incluido en la premisa fáctica de la decisión condenatoria por virtud del principio de congruencia que garantiza al procesado que no pueda ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación (art. 448 C.P.P), pues frente a estos se encontraría en evidente indefensión”.

Después de todo, lo que se quiso exponer en esta sección es que, a menor intensidad en la garantía del principio de tipicidad en sede de la justicia premial, menor será el margen de reconocimiento y respecto de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. Dichas veleidades suelen acaecer en las más de las veces en el terreno de la finalización prematura de la tramitación penal vía negociación¹⁶.

7. ¿Y qué hacer con la víctima indeterminada y su intervención en los delitos contra la administración pública?

En lo concerniente a los punibles contra la administración pública consagrados a partir del título XV de la ley 599 del 2000, aquellos no dejan de presentarse como problemáticos, ya que a pesar de proteger al Estado de eventuales detrimentos patrimoniales o de posibles actuaciones indebidas que perjudican en las más de las veces el normal desarrollo de la función administrativa colombiana; también llevan incito la tutela de bienes jurídicos de impacto político, social y económico. Ello, ya que una vez comprometida la prestación del servicio dirigido a la satisfacción del interés general, suele afectarse de manera coetánea el correspondiente entramado social que depende de su gestión.

Las conductas penalmente relevantes consagradas en nuestra codificación penal, atienden a la necesidad del legislador de brindarles no solo un reconocimiento, sino, de infringirles simultáneamente la respectiva cautela a los bienes jurídicos que demandan tal protección, misma que trae consigo una sanción para quienes fueren hallados penalmente responsables del correspondiente ilícito; con observancia del marco legal y constitucional vigente. Los mencionados bienes jurídicos pueden encontrarse estrechamente ligados al reconocimiento de víctimas determinadas o indeterminadas, constituyendo la preocupación del presente

¹⁶ Dicha posición ha venido siendo defendida por el magistrado Eugenio Fernández Carlier en variados salvamentos de voto en materia de preacuerdos, así precisaría recientemente en la SP 2073 – 2020, radicado Nro. 52.227 del pasado veinticuatro (24) de junio del año 2020 sosteniendo: “Qué cantidad debe representar la reducción de sanción el beneficio otorgado por la fiscalía en el negocio jurídico, es asunto que se resuelve no con base en criterios de base fáctica o jurídica para calificar estrictamente la conducta como ya se dijo, ese control debe realizarlo la fiscalía y el juez de conocimiento con base en los fines de los preacuerdos y específicamente con el prestigiamiento de la administración de justicia (artículo 348 del C de P.P.), pues así expresamente fue reglamentado, a cuyo amparo se pueden estimar la naturaleza y circunstancias de la modalidad delictiva”.

artículo el hecho de enfocarse en el abordamiento de la víctima indeterminada y el rol que aquella está llamada a desempeñar en los delitos contra la administración pública.

Ahora bien, es preciso aclarar el término de “víctima indeterminada”, puesto que aquel se encuentra estrechamente ligado al bien jurídico socavado, y si bien se trata de delitos cometidos contra la administración pública en los cuales suelen verse involucradas o afectadas entidades públicas en sus diferentes órdenes, niveles y especialidades, cualquier conducta delictual cometida en desmedro de las mencionadas entidades constituye *per se*; un traspié en clave de función administrativa ocupando mayor atención al momento de la estructuración del juicio de reproche criminal aquellos tipos penales que representan un claro detrimento económico para con el erario público dado la parálisis que suelen sufrir de manera intempestiva la materialización de los fines esenciales del Estado Colombiano, *verbi gratia*, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y categorías axiológicas de rango constitucional (Constitución Política de Colombia, Art. 2, 1991).

Es bajo dicho escenario donde adquiere vigor la injerencia de la víctima indeterminada frente a los delitos contra la administración pública, y en sobremanera en lo alusivo al incremento patrimonial del victimario y al simultáneo detrimento económico de aquella.

Igualmente, vale la pena tener en cuenta los requisitos contemplados en el canon 132 del estatuto procedimental penal, el cual engloba las características que están llamadas a ser satisfechas por quienes deseen ser reconocidos como víctimas al interior del respectivo proceso, a saber:

- i. Debe tratarse de personas naturales y jurídicas. individuales o colectivas. (no hay más sujetos).
- ii. Y que dicho grupo de individuos bajo cualquiera de sus categorías, haya sufrido algún daño directo a consecuencia del actuar delictivo (Ley 906 de 2004, Art. 132)

Ello aplica para todo tipo de delitos, pues son requisitos que deberán al menos sumariamente ser acreditados, en aras de poder ingresar al proceso penal bajo dicha calidad. Para el presente caso, serán las entidades públicas quienes asuman dicha posición en representación de la colectividad.

Por regla general, en aquellos delitos en los cuales se ha presentado un detrimento patrimonial como consecuencia de la conducta oficial de quienes integran las entidades públicas afectadas, suele vincularse como perjudicada a la Contraloría General de la República, quien en dichos casos es la encargada de representar los intereses de la Nación dentro del correspondiente enjuiciamiento penal, los cuales deberán encontrarse enfilados hacia la obtención de la verdad, justicia y la reparación efectiva e *in extremo* del erario público.

Lo anterior no significa que el reconocimiento o la intervención de la Contraloría General de la República como víctima sea total y excluyente, puesto que quienes consideren ostentar dicha calidad se encuentran perfectamente habilitados para probar los presupuestos del dispositivo 132 *ejusdem*; luego entonces, podrán concurrir al proceso penal en la búsqueda de sus intereses; como bien ha sido reconocido por parte de la Corte Suprema de Justicia a través de variados pronunciamientos; con respecto a la posibilidad de concurrencia de múltiples víctimas al interior de la actuación penal.

Frente a dicha posibilidad sostuvo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto AP1157 – 2015, 4 Mar.; 2015; Rad. 44629, sosteniendo que:

Concebir que solo una persona –natural o jurídica– puede ser reconocida dentro del proceso penal como víctima o perjudicada, sería aplicar un enfoque restrictivo de esas acepciones, sobre las cuales en Colombia ha habido evolución legal y jurisprudencial, con miras a situarse armónicamente en los estándares internacionales y en la aplicación de ellos en la normatividad interna, en consonancia con el artículo 93 de la Constitución Política. (Auto Judicial; AP1157, 2015)

Por lo que logró concluir en el caso¹⁷ puesto a consideración que:

¹⁷ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de apelación interpuesto por la bancada defensiva, resolvió confirmar la decisión de fecha 2 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, mediante la cual se reconoció como víctima a la Contraloría Departamental de Córdoba.

De lo anterior se desprende que la procurada limitación para que la contraloría territorial sea reconocida como perjudicada, no existe desde el punto legal, con mayor razón, cuando su interés puede diferir del objetivo que pudiera tener el ente municipal y que hasta ahora no ha manifestado dentro del proceso penal.

Ahora bien, ha de recalcar la Sala que tal reconocimiento no es excluyente ni exclusivo, dado que el ente territorial también puede acudir al proceso, sin que la ley atribuya prelación al interés del órgano de control fiscal frente al de otras entidades que se consideren perjudicadas con la comisión de la conducta punible. (Auto Judicial; AP1157, 2015)

La búsqueda del catálogo de derechos propios de la víctima y en virtud al enjuiciamiento de delitos que soslayan a la administración pública, viene adquiriendo alta valía en el procesamiento de dichas causas penales, en gracia a la imperatividad de contar con un doliente que provea una adecuada defensa técnica y material con cargo al erario público, y al respectivo reintegro demandado por aquel.

El papel de la representación de víctimas al interior del proceso penal que recaiga sobre los mencionados punibles adquiere en la praxis una gran connotación jurídica en lo alusivo a las formas anticipadas o anormales de terminación del proceso penal, llámese aceptación unilateral de cargos (allanamiento) o de la aceptación condicionada y bilateral (preacuerdos), comoquiera que la víctima cuenta con la posibilidad de intervenir en dicha fase de negociación u oponerse a su aplicación cuando esta vulnere sus derechos dentro del respectivo trámite. Adicional a esto, será la misma jurisprudencia la que a través de su desarrollo normativo, impondrá unos requisitos adicionales para la implementación de estas dos modalidades de culminación anormal de la actuación dentro de la llamada justicia premial.

A partir del artículo 349 de la ley 906 del año 2004, podemos determinar con precisión un requisito adicional por parte del legislador respecto a los preacuerdos y las negociaciones que se llegaren a surtir entre la Fiscalía, el imputado o acusado en consideración a dicha clase de delitos, ya que aquellos se encuentran permanentemente sometidos al reintegro total del incremento patrimonial fruto del actuar delictivo o en su defecto al reintegro del 50% en compañía del aseguramiento en el recaudo del remanente. Lo advertido, siempre y cuando se

trate de punibles en los cuales el sujeto activo de la conducta hubiere obtenido un incremento patrimonial injustificado (Ley 906 de 2004, Art. 349).

Tal y como se observa, el rol activo de las víctimas en dicho tipo de injustos, se encuentra condicionado a una auténtica defensa técnica de las entidades encargadas de fungir bajo dicho rol en representación de la ciudadanía. Aquellas deben garantizar el reintegro *ex ante* a la suscripción del acuerdo y prever por la garantía cabal del aseguramiento del remanente *ex post* a su suscripción, con el propósito de que lo allí acordado conserve su validez. Sin embargo, en el ambiente siguen reinando discusiones sobre si podría ser admisible el recaudo del remanente a través de una garantía real y no personal.

7.1 Breve análisis del caso Nule

Advertidos como se encuentran los lineamientos concretos que dan cuenta de la intervención de la víctima en los delitos contra la administración pública, se hace menester dilucidarle al lector un claro ejemplo del tratamiento jurisprudencial que ha venido siendo sentado frente a dicho particular por el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria en su rama penal; esto es, en tratándose de la decisión que fuera adoptada por la Corte Suprema de Justicia en la SP.1496-2017, el pasado 27 de sep. 2011, Rad. 29831, cuyo Magistrado ponente fuera el Dr. JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, (Caso Nule).

En dicho terreno afincaremos nuestro análisis bajo los dos derroteros que conformaron la columna vertebral del fallo en mención, a saber: **i)** el reconocimiento de las víctimas respecto a sus derechos a la verdad, justicia y reparación, **ii)** y el cambio de postura que fuera adoptada por dicho organismo judicial en lo atinente a la justicia premial y su aterrizaje en el allanamiento en sede de formulación de imputación; en compañía de los preacuerdos y demás negociaciones que son efectuadas entre la fiscalía y el imputado o acusado con observancia irrestricta de los requisitos establecidos en el dispositivo 349 del C.P.P.

7.1.1 El reconocimiento de las víctimas respecto a sus derechos a la verdad, justicia y reparación

Ante el cargo formulado por la Contraloría General de la República en calidad de víctima legalmente reconocida al interior del mencionado proceso, a través del cual se opusiera a la rebaja de pena del 50% que fuera otorgada a los acusados por parte del *ad quo* y confirmada posteriormente a cargo del fallador de segundo grado, por haberse configurado el sometimiento a cargos en la etapa de formulación de imputación; el máximo organismo de la justicia ordinaria luego de realizar un sesudo examen de lo preceptuado en el artículo 351 del Estatuto Procesal Penal y de lo contemplado en la sentencia C - 516 del año 2007, la cual con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, abogaría por que la víctima pueda hacer parte de la confección de la negociación que ocupa la atención de las partes procesales, debiendo ser siempre y en todo caso debidamente informado por los órganos que en dicho escenario cumplen función jurisdiccional (Sentencia C-516, 2007).

Indicaría así, que la Contraloría General de la Republica actúa debidamente legitimada y conforme a lo contemplado en los parámetros de los *artículos 11, 132 y siguientes de la ley 906 del 2004*, al igual que con base a lo establecido *por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 del 2007*, motivo por el cual y teniendo en cuenta lo pregonado por los artículos *348.350.351 y 352*, se le venía excluyendo a dicho interviniente y no se le estaba teniendo en cuenta como un actor procesal propiamente dicho, con poder de intervención en los preacuerdos, acuerdos y negociaciones celebradas entre la fiscalía y los imputados o acusados, reconociendo así la importancia en la efectividad cierta y material de sus derechos fundamentales. (Sent SP 1496-2017, 2011)

Fueron dichos elementos los que llevaron al órgano casacionista al reconocimiento de dicho reparo y a casar así el cargo postulado por la víctima.

7.1.2 El cambio de postura que fuera adoptada por la Corte Suprema de Justicia en lo atinente a la justicia premial

En dicho escenario tanto el fallador de primer grado como el de segundo basaron su decisión en el hecho de que la condicionante impuesta por el canon 349 de la codificación

procesal penal, solo operaba en atención a los preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre el órgano de persecución penal y el imputado o acusado, y no en los eventos de la aceptación unilateral de cargos -pura y simple-, que tuviera lugar en la audiencia de formulación de imputación.

Sin embargo, indicaría el órgano de casación que sin importar la modalidad de la figura negociativa, la etapa procesal en la que ella se presente o el eventual ahorro para el Estado colombiano en su labor investigativa, es un imperativo que acompaña a los allanados en dicha clase de punibles, en proceder a la respectiva reparación de los daños irrogados a las víctimas tras el crimen admitido.

Adviértase conforme a lo expresado que la defensa de los acusados siempre estuvo dirigida hacer valer la rebaja del 50% de la pena con el advenimiento del allanamiento en la fase de formulación de imputación y con la simple indemnización que a juicio de aquellos se entendía satisfecha una vez efectivizado el pago de póliza suscrita con compañía aseguradora; situación está que no fuera avalada por la Corte, habida cuenta que durante ningún intervalo del proceso se logró acreditar por parte de los procesados, que en efecto el reintegro materializado hubiera sido el equivalente al 50% del respectivo incremento patrimonial percibido por aquellos con ocasión al ilícito, al igual que el reintegro efectivo del remanente, motivo por el cual y a su sentir no lograron ser satisfechos los requisitos contemplados en el dispositivo 351 de la ley 906 del año 2004.

Es así como la corte realiza un serio cambio jurisprudencial, estableciendo con esto que el allanamiento a cargos ha de verse como: “*una de las modalidades de preacuerdos entre el imputado y la fiscalía*” - auténtica negociación -, con todo lo que ello implica en cuanto a los derechos y al reconocimiento de las víctimas. Para sentar dicha postura, se estuvo inclusive a lo dispuesto “primigeniamente” y desde vieja data en una de sus líneas, tales como la Sentencia - CSJ SP 14 de Dic 2005, Rad. 21347, presidida por el aquel entonces magistrado ponente Yesid Ramirez Bastidas.

Del panorama recreado solo queda plantearse la siguiente cuestión: ¿habría la Corte adoptado dicho cambio de postura en un caso menos emblemático y polarizado que el de los hermanos Nule?

7.2 Tensiones entre la validez y la nulidad del acuerdo

Una vez suscrito el acuerdo entre la fiscalía, el imputado o acusado, es menester que aquel cuente con la aquiescencia del juez de conocimiento, tendiente a obtener su respectiva aprobación o rechazo, caso en el cual, de no obtenerse el visto bueno del órgano sentenciador, deberá procederse por parte de los interesados a subsanar lo enrostrado por aquel, so pena de que el principio de jurisdiccionalidad recobre su validez.

Al respecto es enfático el inciso 5 del artículo 351 de la obra procedimental penal, al señalar el carácter vinculante que traen aparejadas las tratativas penales para con el operador judicial - de conocimiento -, el cual solo se podrá apartar en el evento de que aquellas violenten o quebranten algún tipo de garantía fundamental (Ley 906 de 2004, Art. 351, 2004). Es indispensable que, una vez obtenido el visto bueno del operador jurídico, se convoque a expensas de este a la audiencia de lectura y sentido del fallo, mismo que en todo caso deberá seguir los lineamientos de lo acordado entre las partes.

Ahora bien, es importante hacer hincapié en que el control de legalidad efectuado en dicho escenario por parte del fallador se encuentra dirigido en sobremanera al reconocimiento basto de los derechos de las víctimas, en procura de que sus pedimentos indemnizatorios sean reconocidos en los límites señalados por el legislador; en tratándose de delitos atentatorios contra la administración pública y en los que el sujeto responsable de su comisión hubiere obtenido un rédito patrimonial producto del actuar delictivo.

Así las cosas, si no se constata el reintegro del 50% del valor percibido con ocasión a la comisión del injusto, y si no es dable verificar de manera certera el aseguramiento jurídico que dé cuenta del recaudo del excedente, no podrá impartirse el visto bueno frente a lo acordado, dado que aquel estaría viciado de nulidad.

Aun así, una vez verificado el quebrantamiento de las garantías fundamentales de que a bien son titulares las víctimas, aquellas tendrán dos claras opciones: **i)** aceptar lo negociado, **ii)** o rehusarse, caso en el cual tendrán las demás vías judiciales con el camino habilitado para dichos efectos (Ley 906 de 2004, Art. 351).

Sin embargo, en el caso de los delitos mencionados, la existencia de tarifa legal en la etapa indemnizatoria obliga *ex ante* al fallador a verificar el reintegro sobre el 50% en compañía del recaudo vinculado al remanente. Todo ello, sin distinción a si se trata de la figura del allanamiento, el preacuerdo o las negociaciones, según lo ha dejado claramente sentado el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria bajo las líneas ya expuestas.

Obsérvese que la validez de lo negociado encuentra tamiz en su doble afirmación en sede procesal y en lo concerniente a delitos atentatorios contra la función administrativa colombiana, y que impliquen como suyo un claro detrimento patrimonial; ya que si bien las víctimas tienen la posibilidad de no aceptar el terreno áridamente acordado; no obstante, el juez de la causa se encuentra obligado a repeler cualquier tipo de negociación que no se ajuste a las reglas del reintegro estricto establecido en el canon 349 *ídem*.

La constitucionalización del derecho procesal penal que por hoy impera en nuestro sistema jurídico colombiano, será sin duda una de las herramientas que llenen de vigor y activismo judicial a los distintos jueces de conocimiento a la hora de efectuar el control *ex officio* frente a los preacuerdos y demás manifestaciones de culpabilidad anticipadas o preacordadas.

Finalmente, deberá resaltarse que de llegar a ser rechazo el acuerdo en la etapa de juicio oral, aquel deberá seguir siendo adelantado en todo caso por el juez y se entenderá para todos los efectos procesales y probatorios que nunca hubo una manifestación de culpabilidad, dado que en su lugar se reafirmaría la presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad, previo a la práctica del correspondiente arsenal probatorio. Inclusive, las manifestaciones que allí hubieren sido expresadas, no podrán ser tenidas en cuenta bajo ninguna circunstancia en la práctica de pruebas (Ley 906 de 2004, Art. 369). ¡Al parecer las tensiones seguirán estando a la orden del día!

8. Conclusiones

-El nuevo modelo acusatorio y su tendencia adversarial se ha venido imponiendo en la práctica judicial como una de las salidas de mayor usanza en el litigio criminal colombiano. La necesidad de humanizar la actuación procedimental penal y obtener una respuesta célere y efectiva del Estado colombiano hacia el esclarecimiento de las distintas investigaciones puestas a su conocimiento, son el resultado de combatir la trivial congestión judicial que durante años ha venido asechando a la jurisdicción penal y la importancia de aumentar los índices de tutela judicial efectiva en dicho ramo del derecho.

-El reconocimiento de las garantías propias de las víctimas y el acompañamiento permanente de una defensa técnica y material lograrán acercarlas en la mayor medida de las posibilidades al concepto de “reparación integral”. Lo anterior, dejando claro siempre y en todo momento de que el trámite incidental y su tasación razonada no solo tienen como propósito la simple y llana compensación económica; so pretexto de sacrificar – ante la inconformidad del valor otorgado -, los fines misionales del *ius poenale* de naturaleza públicos.

- En sede de la justicia premial y aún en tratándose de la fase de imputación, el descubrimiento probatorio se postula como una garantía primordial que acompaña a los justiciables de poder conocer en detalle el estado de la investigación penal al que a bien han decidido someterse prematuramente. Lo anterior, como expresión por antonomasia del derecho fundamental al debido proceso, y de su coetánea renuncia al derecho de defensa y contradicción.

-El rol de injerencia de los damnificados al interior del sistema negociativo penal ha venido solidificándose. Por regla general, y en el caso de los delitos atentatorios contra los bienes jurídicos individuales, aquellos tienen la posibilidad de adherirse a lo acordado o excepcionalmente negarse a su aceptación, para ulteriormente hacer uso de las restantes vías judiciales tendientes a satisfacer en mayor proporción sus

pretensiones indemnizatorias. Sin embargo, en sede de dicha clase de punibles no tienen la capacidad para enervar lo allí negociado.

-Figuras como la “readecuación típica”, insertas en el título II contentivo de los preacuerdos y negociaciones, han originado en la práctica judicial una permanente tensión entre el principio de legalidad estricta y los derechos propios de la víctima. El cambio de calificación jurídica es un claro ejemplo de la ruptura en la cuerda procesal materia de litigación y la posterior reclamación indemnizatoria por parte de aquellas.

-La intervención de la víctima en los delitos contra la administración pública, pasará de ser indeterminada o colectiva, en los eventos en que el operador jurídico a cargo del desdoblamiento de la acción vele por la efectiva restitución de las sumas de dinero que fueran ilícitamente percibidas y garantice en el acto la cautela del correspondiente remanente. Para efectos de lo anterior, nuestros altos organismos judiciales a partir de casos emblemáticos como el discutido caso “Nule”, ya han venido generando unas puntadas claras para la aprobación de dichas negociaciones bajo dicha clase de punibles. Todas ellas, condicionadas al reintegro cierto y porcentual bajo cualquiera de las modalidades del paquete negociativo consignado en nuestra legislación procesal penal y las cuales se encuentran dirigidas a la validez de lo ya acordado¹⁸.

-La distancia entre la validez y la nugatoriedad de los acuerdos o prebendas surgidos entre el órgano de persecución delictual, el imputado o acusado, encuentra su equilibrio a partir de un activismo judicial sólido y comprometido con el reconocimiento *in extremo* de los derechos de las víctimas bajo el modelo constitucional en vigor. Frente a dicho puntual laborío el órgano de cierre en materia

¹⁸ A partir de la sentencia SP14496-2017 con radicado No. 39831, la Corte Suprema de Justicia de manera desafortunada abandono la edificada posición jurisprudencial que durante años había construido frente al allanamiento, empezando a equiparar de manera infortunada dicha figura unilateral con el preacuerdo que celebran las partes, imponiendo en el acto y como requisito para el primero de los mencionados institutos la aplicación irrestricta de las reglas vertidas en el artículo 349 del Estatuto Procesal Penal.

penal aún se encuentra en mora, dado las grandes dificultades que trae aparejadas la estructura formal y rígida del sistema adversarial colombiano.

9. Referencias

- Álvarez Cardona, J. C., Madrigal Zuluaga, J., & Valencia Gómez, S. E. (s.f). *Inconveniencia de equiparar preacuerdos y allanamientos, a propósito del reintegro del incremento patrimonial*. Medellín. Recuperado el 2 de Julio de 2022
- Auto Judicial; AP1157, 44629 (Corte Suprema de Justicia 4 de Marzo de 2015).
Recuperado el 2 de Julio de 2022
- Colombia Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. (2007). *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*. Colombia: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Recuperado el 2 de Julio de 2022
- Constitución Política de Colombia, Art. 2. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogota: LEYER. Recuperado el 30 de Mayo de 2021
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2009). *Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano*. Bogota: Consejo Superior de la judicatura.
Recuperado el 6 de Septiembre de 2021, de
<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Preacuerdos%20y%20negociaciones.pdf>
- Ley 599 del 2000, Art. 4. (24 de Julio de 2000). *Congreso de la República de Colombia*.
Recuperado el 6 de 09 de 2021, de Secretaria del Senado:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Ley 906 de 2004, Art. 351. (31 de Agosto de 2004). *Congreso de la República de Colombia*. Recuperado el 16 de Septiembre de 2021, de Secretaria de Senado:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Peña Bernal, J. F. (2019). Los preacuerdos: legalidad, ficción y reducción de la pena. *Derecho penal y criminología*, 45. Recuperado el 6 de Septiembre de 2021, de <file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-LosPreacuerdosLegalidadFiccionLegalYReduccionDeLaP-7726668.pdf>
- Sent C-645 (Corte constitucional 23 de Agosto de 2012). Recuperado el 6 de Septiembre de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-645-12.htm>
- Sent SP 1496-2017 (Corte Suprema de Justicia 27 de Septiembre de 2011). Recuperado el 16 de Septiembre de 2021, de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/SP-14496-2017-39831-Allanamiento-a-cargos-Devolucio%CC%81n-50-Nule.pdf>

Sentencia C-516 (Corte Constitucional de Colombia 11 de Julio de 2007). Recuperado el 6 de Septiembre de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-516-07.htm>

Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas. Recuperado el 2 de Julio de 2022