

ALEJANDRO FELIPE SÁNCHEZ CERÓN

**ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS A PARTIR DE UN DESCUBRIMIENTO
PROBATORIO ANTICIPADO**

(Doctorado en Derecho)

**Bogotá, D.C. Colombia
2014**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO**

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretario General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

Director del doctorado: **Dr. Edgar Cortés Moncayo**

Director de tesis: **Dr. Gerardo Barbosa Castillo**

Examinadores:
Dra. María Victoria Parra
Dra. Carmen Eloísa Ruíz
Dr. Miguel Córdoba
Dr. Ricardo Posada
Dr. Alberto Suárez

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vii
CAPÍTULO PRIMERO	1
ARGUMENTOS QUE PRETENDEN LEGITIMAR ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS SIN DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO..	1
I. LA INFLUENCIA DEL MODELO NORTEAMERICANO RESPECTO AL OCULTAMIENTO PROBATORIO EN ALLANAMIENTOS Y ACUERDOS	1
II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA IMPEDIR EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO EN COLOMBIA.....	9
III. LA EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA COLOMBIANA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS	18
IV. LAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE APLICAR UN MODELO DE NEGOCIACIONES Y ALLANAMIENTOS SIN DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO.....	51
V. CONCLUSIÓN.....	65
CAPÍTULO SEGUNDO	67
MODELOS DE PROCESO PENAL, ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS.....	67
I. PROCESO INQUISITIVO	67
1. La inquisición como enfoque teórico procesal.....	71
2. La inquisición como noción cultural.....	73
II. EL PROCESO PENAL MIXTO.....	75
III. EL PROCESO PENAL ACUSATORIO	80
A. LO ACUSATORIO DESDE LA PERSPECTIVA CONTINENTAL EUROPEA.....	80

B. LO ACUSATORIO DESDE LA TENDENCIA NORTEAMERICANA .	87
1. La referencia al modelo procesal penal de los Estados Unidos	87
2. La visión usual del modelo procesal penal de los Estados Unidos y su difusión a otros países	90
3. El papel de las negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad en el sistema procesal penal de los Estados Unidos.	92
a. El control externo sobre el ejercicio de los actos dispositivos de las partes: el control electoral.	94
b. Más allá de los juicios orales y públicos.	96
c. La igualdad de partes en la negociación.....	99
4. La importancia de lo pragmático en el modelo procesal de los Estados Unidos	105
IV. CONCLUSIÓN.....	111
CAPÍTULO TERCERO	113
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, ACUERDOS, ALLANAMIENTOS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO.....	113
I. ALGUNOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	113
II. ALGUNOS FUNDAMENTOS PROCESALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	117
III. LA LEGALIDAD PROCESAL.....	123
IV. “CRISIS DE LA LEY”	127
V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICA SUSTANCIAL.....	129
A. LA SUPERACIÓN DE LA NOCIÓN CLÁSICA DE LEGALIDAD A PARTIR DE LA TEORÍA DEL DERECHO.....	129
B. LA IMPORTANCIA DE LA DISCUSIÓN TEÓRICA FRENTE A LA PROPUESTA DE DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO EN LOS ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS.....	147

VI. CONEXIÓN ENTRE DERECHO PROCESAL, PRINCIPIO DE LEGALIDAD, ACUERDOS, ALLANAMIENTOS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO.....	152
VII. CONCLUSIÓN.....	158
CAPITULO CUARTO.....	159
SUSTENTO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PARA INCORPORAR EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO COMO FUNDAMENTO DE ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS	159
I. LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL PROBATORIA DE LA PROPUESTA	159
II. UN DESCUBRIMIENTO PROBATORIO SIN CONTRADICCIÓN	176
III. EL CONCEPTO MATERIAL DE IMPUTACIÓN COMO PUNTO DE REFERENCIA	180
IV. DIFERENTES MOMENTOS DEL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO.....	187
A. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO ANTERIOR A LA IMPUTACIÓN FORMAL	187
B. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO DESDE LA IMPUTACIÓN.....	199
1. CASOS DE FLAGRANCIA Y BAGATELAS	199
2. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO EN OTROS ASUNTOS.....	210
V. POSIBLES OBJECIONES.....	212
1. LAS DIFICULTADES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL TERRORISMO	212
2. LA DETENCIÓN PREVENTIVA, NEGOCIACIONES, ALLANAMIENTOS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO	224
3. VÍCTIMAS, NEGOCIACIONES, ALLANAMIENTOS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO	229

VI. LA NECESIDAD DE AMPLIAR LAS FORMAS DE CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS NEGOCIACIONES Y ALLANAMIENTOS.....	238
VII. CONCLUSIÓN.....	257
CONCLUSIONES	261
BIBLIOGRAFÍA.....	266
ANEXO	312

INTRODUCCIÓN

En esta tesis se analizan las figuras de los acuerdos y allanamientos en perspectiva de sustentar que tales institutos deben respaldarse en un descubrimiento probatorio anticipado desde la investigación penal. Lo anterior, considerando la influencia actual del modelo procesal de los Estados Unidos, por lo cual se incentiva la aplicación de esas figuras como instrumentos eficientes de administración de justicia, sobre la base de mantener en secreto el trabajo investigativo de la fiscalía, hasta que el juicio se presente.

Para efectos de lo expuesto, se apoyará el planteamiento según el cual, actualmente se presenta un fenómeno de internacionalización del derecho procesal penal norteamericano, representado en la implantación de instituciones de dicho modelo en varios países que tradicionalmente profesaban esquemas calificados de inquisitivos o mixtos. Esta adaptación se ha impulsado con el objetivo de abandonar viejas fórmulas inquisitoriales, como la importante influencia de la fiscalía en la definición del proceso; el carácter esencialmente documental de la actuación; la facultad del acusador de practicar pruebas e imponer medidas jurisdiccionales con la trascendencia de afectar bienes reales o personales del investigado *–la libertad–*; entre otras expresiones de una historia procesal continental europea.

Si bien, el interés por el modelo norteamericano se ha centrado en la fase del juicio oral; en la forma pública, contradictoria y concentrada que proporciona el espacio para que las partes, con igualdad de armas, se enfrenten ante un juez imparcial que al final define el conflicto; al mismo tiempo, se incorporan otros instrumentos que impiden que ese ejercicio en la práctica se concrete. Los institutos de las negociaciones y declaraciones unilaterales de

culpabilidad, <<*plea bargaining*>> o <<*plea guilty*>>, o más conocidos en Colombia como acuerdos y allanamientos, aparecen como figuras relevantes dentro de la dinámica procesal norteamericana y si bien, muchos de los esquemas foráneos habían desarrollado instrumentos con características semejantes, con el auge actual del derecho norteamericano se estima que el escenario ha variado y que la incorporación de estos mecanismos ha alcanzado su punto más elevado de desarrollo.

La tendencia norteamericana, como se observará, impulsa las figuras de la investigación secreta y de las negociaciones o declaraciones unilaterales de culpabilidad, con el objetivo de hacer del derecho procesal penal un instrumento eficiente de justicia. Estas herramientas, se aprecian como importantes expresiones de un modelo de adversarios en donde los contrincantes actúan en silencio, a fin de sorprender a la contraparte, asegurando su rendición frente al Estado, que en contraprestación reduce la pena. El panorama expuesto, admite que se negocie o declare la culpabilidad a partir de investigaciones que se mantienen en secreto, tanto para la parte involucrada, como respecto del juez que transformará esos actos en pronunciamientos jurisdiccionales. Estas circunstancias, llevadas a la práctica, generan que la realidad del proceso no se vea expuesta en los juicios orales y públicos, sino en los acuerdos o declaraciones unilaterales de culpabilidad, donde la voluntad de las partes y, en muchas ocasiones, exclusivamente la del fiscal, cobran significativa importancia.

Bajo este horizonte, la presente investigación se concentrará en responder el siguiente interrogante: Los acuerdos y allanamientos frente al modelo procesal penal colombiano *¿Deben respaldarse en un descubrimiento probatorio anticipado?*

Si bien, el descubrimiento probatorio anticipado es un asunto que afecta las figuras de las negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad, como también la opción en la cual los implicados deciden por el juicio oral; esta investigación, se centrará en acreditar que el tema es especialmente relevante frente a los citados institutos, al constituir la forma más difundida de tratamiento procesal de los conflictos penales, esencialmente en aquellos países con instituciones adaptadas del modelo penal acusatorio estadounidense.

El problema propuesto se resolverá considerando el caso colombiano donde el modelo procesal ha sido influenciado por el estadounidense, como puede observarse en las reformas constitucionales y legislativas que tuvieron ocurrencia a partir del año 2002; en las discusiones que las precedieron y la bibliografía que con posterioridad se ha publicado, sin descartar que los resultados de la investigación tengan aplicación en cualquier otro sistema que, en virtud de la difusión de las ideas procesales norteamericanas, hayan incorporado o estén en el trámite de implantar reformas del mismo estilo.

La tesis, de otra parte, no busca imponer soluciones o desacreditar versiones diferentes; intenta generar espacios de reflexión respecto a: i) la posibilidad de encontrar alternativas distintas a la investigación penal secreta como soporte de los allanamientos o negociaciones; y, ii) la viabilidad de considerar a la investigación secreta como la única posible cuando se incorporan sistemas penales acusatorios o, si por el contrario, se pueden concebir otras opciones intermedias sin resquebrajar el carácter acusatorio de los modelos de juzgamiento.

La justificación para abordar este interrogante se encuentra en la influencia que, como se analizará, actualmente ejerce el esquema procesal de los Estados Unidos, donde figuras como el secreto de la investigación, el <<plea

bargaining>> y el <<*plea guilty*>> ocupan un espacio de marcada repercusión. Tanto en ese país, como en los que provienen de la tradición continental europea, se discute acerca de la racionalidad y legitimidad de tales instituciones, haciendo énfasis, entre otros aspectos, en si su aplicación representa un retroceso a figuras inquisitoriales o, por el contrario, reflejan medios democráticamente admisibles frente a una criminalidad desbordada e incontrolable con las herramientas tradicionales.

De manera similar, se reflexionará hasta qué punto una cultura ligada a determinada concepción del principio de legalidad, puede ser impactada por una propuesta procesal donde, si bien no se desconoce el mencionado postulado, sí se le concibe desde otros fundamentos y perspectivas. Se sustentará que son posturas aproximables en el tiempo, pero teniendo en cuenta que obedecen a ciertas condiciones culturales y políticas que también deben adaptarse para no generar consecuencias perjudiciales. En cierta forma, se sostendrá que es admisible acoplar una concepción del principio de legalidad que avale, desde el punto de vista procesal, los modelos de negociaciones y allanamientos, siendo decisión autónoma de cada sociedad determinar si ello se hace con un anticipado descubrimiento probatorio o a partir de una investigación secreta. No obstante, se planteará preferible, frente a la realidad colombiana, un esquema donde la concreción y defensa del principio de legalidad, desde la perspectiva procesal, se ejecute a partir de acuerdos y allanamientos respaldados previamente por la posibilidad de conocer los materiales probatorios, la evidencia física o información recaudados durante la instrucción.

Como hipótesis, se estima que es posible desarrollar un modelo procesal donde se pueda negociar u obtener declaraciones unilaterales de culpabilidad con respaldo en el descubrimiento anticipado de los medios probatorios y, que al mismo tiempo, conceda mayor respaldo tanto a las

partes como a la institucionalidad, respecto a que tales figuras no sólo propician un modelo más eficiente del sistema penal, sino que también redundan en unos contenidos mínimos de justicia material.

No obstante, se consideran posibles objeciones enfocadas, por ejemplo, desde los riesgos frente a contextos de criminalidad organizada o de terrorismo, o por la eventual fuga o manipulación probatoria que el investigado pueda ejercer. Al respecto, se plantea que este tipo de situaciones pueden configurarse como excepciones sujetas a desarrollo legislativo o por el camino de la ponderación judicial aplicada en cada caso concreto. Sin embargo, como regla general, se sostiene que el descubrimiento probatorio desde la investigación constituye un instrumento no sólo garantista, sino también eficiente de administración de justicia, si se entiende que un componente importante de su actual funcionamiento gira en torno a figuras como las declaraciones unilaterales de culpabilidad y los acuerdos.

En otras palabras, es constitucionalmente factible establecer un modelo procesal donde se permita el descubrimiento probatorio desde la investigación y al mismo tiempo se avalen negociaciones o declaraciones unilaterales de culpabilidad, no sólo para lograr una administración más eficiente del sistema, sino también para aplicar criterios materiales de justicia.

Ahora bien, el plan de redacción de esta tesis, se concreta de la siguiente manera:

Un primer capítulo, encaminado a determinar que el secreto en la investigación constituye un referente general del proceso penal estadounidense y que se ha extendido a otros países como Colombia. Adicionalmente, que tal presupuesto de la investigación tiene un peso

importante frente a las instituciones de los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad.

Se apreciará, que un esquema tradicionalmente calificado de inquisitivo, ofrece mejores posibilidades de descubrimiento probatorio en la fase de la investigación. Se dirá también, que acoger enfoques procesales diferentes obedece a ciertos matices históricos y culturales, relacionados con la manera en que se ejerce el control político y la concepción que igualmente adquiere el principio de legalidad según cada realidad social. Este asunto se retomará en los capítulos II y III.

El capítulo II, expondrá que, superado el modelo inquisitivo, las tendencias procesales subsiguientes, tradicionalmente conocidas –*modelo mixto y acusatorio, en sus vertientes continental europea y norteamericana*-, discuten actualmente sobre la forma de incorporar los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad a sus concepciones particulares de proceso acusatorio, debate que permite apreciar que no existen conceptos unificados sobre la forma de aplicar esa interacción, tanto desde el plano teórico como práctico.

El capítulo III, presentará una propuesta de acoplamiento entre los modelos de negociaciones o declaraciones unilaterales de culpabilidad con el principio de legalidad. Lo anterior, a partir de una comprensión de este postulado que va más allá del reduccionismo legalista, para explicar cómo dicho principio ha avalado interpretaciones más abiertas en las cuales la discrecionalidad del operador juega un papel importante. Al sostener que, tanto el derecho procesal como la teoría del derecho, han encontrado en la ley espacios flexibles para que criterios políticos jueguen un papel relevante, esto permitirá plantear que las negociaciones o declaraciones unilaterales de culpabilidad pueden ser asumidas como una expresión de discrecionalidad.

Se trataría, por decirlo así, de generar un nuevo escenario procesal para que el principio de legalidad se concrete de forma transparente en los acuerdos y allanamientos.

Se plantea además, que ese entendimiento del principio de legalidad, a nivel procesal, está mejor solventado si desde la fase investigativa se concede la posibilidad de acceder a las evidencias, información o materiales probatorios, de tal manera que el acto dispositivo sometido a aprobación judicial, no se represente como una opción administrativa o política; sino que, se exponga como una forma jurisdiccional de concretar el principio de legalidad. En otras palabras, se sostendrá que una alternativa en la cual las partes pueden negociar o declararse unilateralmente culpables, sin la oportunidad de conocer previamente los medios o elementos probatorios, si bien, puede considerarse razonable, debe analizar cuidadosamente las consecuencias frente a abusos del poder o actos arbitrarios.

Del mismo modo, se analizará el escenario constitucional y procesal adecuado para propiciar un descubrimiento probatorio a favor del imputado y de la institucionalidad. Se trataría de un espacio transparente, donde los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad se desarrollen no solamente como un instrumento de descongestión; también como una forma legítima y garantista de administrar justicia en un modelo de Estado constitucional, social y de derecho. Igualmente, se analizarán propuestas especiales frente a posibles riesgos de obstrucción a la justicia, asunto que será atendido considerando la inclinación actual por imponer medidas de aseguramiento y cómo ello avalaría, a manera de compensación procesal, habilitar el descubrimiento anticipado de los materiales probatorios. Al respecto, se sostendrá que un modelo de Estado donde el derecho penal se amplifica y las políticas preventivas no esperan a la definición judicial de los

conflictos, debe compensar procesalmente al implicado, concediéndole mejores herramientas frente a alternativas como las de allanarse o negociar.

Igualmente, en ese mismo capítulo, se analizará el papel de las víctimas al admitirse la posibilidad de anticipar el descubrimiento probatorio. Se sostendrá que, como no se trata de adelantar la contradicción en sede de investigación, el descubrimiento probatorio anticipado puede cobijar igualmente a la víctima para que sus intervenciones procesales estén mejor sustentadas desde la perspectiva de sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Lo anterior, sin desconocer las críticas que ha merecido el empoderamiento actual de la víctima, mismas que serán consideradas para moderar sus posibilidades respecto al descubrimiento anticipado.

También y siguiendo dentro del mismo capítulo, se expondrán algunas ideas que podrían facilitar técnicamente el descubrimiento probatorio anticipado. Se observarán propuestas que han sido acogidas en otras especialidades – *civil y justicia administrativa*-, donde paulatinamente se acude a medios tecnológicos para propiciar un acceso más efectivo a las actuaciones. Al respecto, se sustentará la posibilidad de recurrir a opciones electrónicas que no impliquen congestionar los espacios físicos institucionales, a través de consultas virtuales u otros medios similares, con la debida protección de la reserva sumarial. En ese sentido, se mostrará cómo este tipo de alternativas se han puesto en práctica en otros contextos, tomando como referente la experiencia y legislación recientemente incorporada en algunos Estados de Norteamérica.

De otra parte, se plantearán diferencias entre la imputación material y la imputación formal, y las implicaciones que ello tiene respecto al descubrimiento probatorio anticipado. Se sostendrá que la consideración de

hasta qué punto el ente acusador debe actuar en secreto, ha de apreciar el derecho del imputado a que no se adelanten procesos sin su conocimiento; y para ello, debe tomarse como punto de relevancia un concepto material de imputación, en contraste con su concepción formal.

Se afirmará también, que el descubrimiento probatorio anticipado con miras a lograr acuerdos o declaraciones de culpabilidad más transparentes, admitiría excepciones. En ese sentido, se consideran situaciones relacionadas con criminalidad organizada o terrorismo, donde podrían establecerse, vía legislativa o por valoración judicial, reglas de restricción al material investigativo, tanto para la defensa como para las víctimas. Se estima que, eliminar absolutamente la opción de mantener en reserva los elementos materiales probatorios o de información, no sería consecuente con los derechos de la sociedad y de las víctimas, que en determinadas circunstancias o frente a cierto tipo de conductas, deben tener una relevancia superior.

Por último, se observará cómo la tendencia actual, incluso en los países de tradición anglosajona, se inclina por incorporar modelos de descubrimiento probatorio anticipado, como uno de los instrumentos para hacer más transparentes y, al mismo tiempo, eficientes, los institutos de acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad.

Para alcanzar el plan descrito, el trabajo se sustenta básicamente en diferentes fuentes doctrinarias, tanto nacionales como extranjeras, con énfasis en aquellas referidas al derecho norteamericano, continental europeo y latinoamericano. También, se analiza jurisprudencia colombiana, proveniente de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. A nivel extranjero, se estudian algunos fallos de Tribunal Supremo de los Estados Unidos y particulares decisiones y pronunciamientos de tribunales

internacionales. Como soporte cuantitativo, se consideran datos estadísticos reportados por organizaciones no gubernamentales y entidades oficiales, nacionales y extranjeras. La información se analiza cualitativamente y a partir de este ejercicio hermenéutico, se desarrolla teóricamente la propuesta según la cual, las instituciones de los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad, pueden tener mejor respaldo constitucional si están precedidas de un descubrimiento probatorio anticipado.

Igualmente, para la consolidación teórica del trabajo, se consideraron las críticas, sugerencias y aportes de los doctores Mauro Solarte Portilla y Henry Leonardo Murillo Torres, ex funcionarios de la rama judicial colombiana; de Orlando Muñoz Neira, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá; de los profesores de la Universidad Externado de Colombia: Gerardo Barbosa Castillo, José Joaquín Urbano Martínez, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Ángela María Buitrago, Jorge Fernando Perdomo y Carlos López Cadena; de Evelio Jesús Yera y Luís Manuel Pérez, Fiscales Federales de los Estados Unidos; de Máximo Langer, profesor de la Universidad de California; de Susan Haack, profesora de la Universidad de Miami; de Kevin Scruggs, abogado de la *American Bar Association*; y de Mario Corigliano, abogado y estudiante de doctorado de la Universidad de Buenos Aires.

CAPÍTULO PRIMERO
ARGUMENTOS QUE PRETENDEN LEGITIMAR ACUERDOS Y
ALLANAMIENTOS SIN DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO

La concepción según la cual, para negociar u obtener declaraciones de culpabilidad, se precisa ocultar las evidencias probatorias a la contraparte, expone una forma específica de concebir el “sistema penal acusatorio” que tiene fuerte influencia en una corriente procesal penal norteamericana. En este capítulo se expone cómo, a nivel estadounidense, tal conceptualización se ha concretado y, de otra parte, la forma en que se incorporó jurídicamente ese pensamiento a nivel colombiano, tanto en el contorno normativo como jurisprudencial, a fin de reflejar las consecuencias que esta dinámica ha conllevado.

I. LA INFLUENCIA DEL MODELO NORTEAMERICANO RESPECTO AL OCULTAMIENTO PROBATORIO EN ALLANAMIENTOS Y ACUERDOS

Mayoritariamente, se defiende que la posición según la cual, para negociar o aplicar métodos dispositivos en el proceso penal es posible acudir al ocultamiento de los elementos materiales de prueba o de información recaudados durante la investigación, resulta un postulado propio del modelo acusatorio, especialmente en la corriente influenciada por los Estados Unidos. En efecto, LANGER afirma que “...en la jurisdicción del common law, el derecho a la divulgación no hace referencia a ningún lugar privilegiado. La importancia histórica del juicio por jurado como el momento de adjudicación crucial en el proceso penal, le quitó el énfasis a la importancia de la fase previa al juicio y contribuyó a mantenerla relativamente informal y flexible”¹.

¹ LANGER, Máximo, ROACH, Kent, Rights in Connection with Criminal Process (with Kent Roach), in Handbook on Constitutional Law (edited by Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders,

Coincidiendo con este planteamiento, GÓMEZ-JARA DÍEZ, señala que: “*En ese sentido, se ha considerado que el juicio oral es el pináculo del “proceso” constitucional, pero de manera previa al juicio oral el imputado, en comparación con el demandado civil, goza de menos derechos de audiencia*”²; razón por la cual, no sorprende la afirmación particular del Juez STEWART en *Gerstein Vs. Pugh* (1975), al apuntar que “*...la Corte [Suprema de los Estados Unidos] ofrece menos protección procesal a una persona en la cárcel que la se requiere en ciertos casos civiles*”³.

La lectura del proceso penal en clave norteamericana, tiende a asimilar el elemento “*acusatorio*” con lo dispositivo, en una identificación que, como lo sostiene ARMENTA DEU, rememora los orígenes históricamente privados del derecho penal y, en esa lectura, refuerza los rasgos relacionados con “*...la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, la disponibilidad de la prueba por las partes y la posición pasiva del juez en la búsqueda y recogida de las pruebas, aspectos que en efecto coinciden con una configuración adversativa.*”⁴

Routledge, forthcoming 2012). [traducción propia] [citación propuesta por LANGER, Máximo] Documento remitido vía mensaje electrónico: LANGER, Máximo, remisión de documentos relacionados con el “plea bargaining”, mensaje enviado a: SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe, 30 de octubre de 2012. [citado en diciembre de 2012] Comunicación personal. Igualmente: LANGER, Máximo, *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure*, 34 *AMERICAN JOURNAL OF CRIMINAL LAW* 223 (2006). [citación propuesta por el autor] [Traducción propia] Documento remitido vía mensaje electrónico: LANGER, Máximo, remisión de documentos relacionados con el “plea bargaining”, mensaje enviado a: SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe, 13 de marzo de 2012. [citado en diciembre de 2012] Comunicación personal.

² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Los procesos civil y penal en EEUU, convergencias y divergencias. Perspectiva del abogado penalista, en: *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?*, Teresa Armenta Deu (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 49.

³ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Fallo *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103 (1975). [Traducción propia]

⁴ ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 34. Apunta igualmente sobre cómo se ha ampliado el concepto de lo acusatorio URBANO MARTÍNEZ: “*En el mismo sentido, los sistemas acusatorios se relacionan con el principio de oportunidad para la investigación del delito y la acusación, la disponibilidad de la acción penal por las partes, la verdad formal, la proscripción de las pruebas de oficio y de la variación de la calificación jurídica de la conducta y la no afectación de la imparcialidad del juzgador.*” URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *La nueva estructura probatoria*

La restricción sobre el acceso a las evidencias previo al juicio, adicionalmente se justifica adicionalmente en el modelo de proceso adversarial de Estados Unidos, a partir del presupuesto según el cual *“(e)n los sistemas adversariales, cada una de las partes en las controversias públicas y privadas plausiblemente podría afirmar que los resultados de sus investigaciones eran suyos y “el factor sorpresa era una de las armas aceptadas en el arsenal de los adversarios”⁵.*

De esta forma y a pesar que a nivel federal se impusieron unas normas mínimas de divulgación probatoria, concretadas en el canon 16 de las Reglas Federales de Procedimiento Criminal, en ellas se indica que el incumplimiento de sus contenidos genera consecuencias siempre y cuando los casos lleguen al debate probatorio propio del juicio, en donde, si una de las partes incumple su obligación de descubrimiento, el juez puede *“(C) prohibir a esa parte la introducción de la evidencia no revelada”⁶*. Se trata de una regla que se puede observar razonable frente al esquema adversarial propio de los Estados Unidos, de tal manera, que se traduce en una especie de pacto de caballeros bajo el postulado: *“si revelas tus cartas te muestro las mías”*. Adicionalmente, la regla opera a nivel federal⁷, de forma que en los asuntos estatales, según algunos autores, el margen de libertad podría ser más amplio⁸.

La defensa, en ese entendido y a nivel federal, no tiene un derecho a conocer los materiales probatorios de la parte acusadora, a menos que esté

del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio, Segunda Edición, Bogotá, Editorial Nueva Jurídica, 2012, p. 63.

⁵ LANGER, Máximo, ROACH, Kent, Rights in Connection with Criminal Process, Op. Cit.

⁶ El texto integral de la Regla 16 aparece como ANEXO 1 de esta investigación.

⁷ En ese mismo sentido, a nivel federal rigen unas reglas básicas para la fijación de la sentencia o “GUIDELINES”, las cuales, según lo apunta FISHER, tampoco han logrado contener el “triumfo” actual del sistema de negociaciones y el poder que sobre el mismo ejerce el fiscal. En ese sentido, FISHER, George, Plea Bargaining’s triumph. A history of plea bargaining in America, Stanford University Press, Stanford, 2003, p. 230.

⁸ Al respecto, se puede consultar: LANGER, Máximo, Rethinking Plea Bargaining: Op. Cit.

dispuesta a exponer los suyos; si no es así, la divulgación previa para el ente acusador no es obligatoria. De otra parte, las consecuencias de la no divulgación, si se rompe el pacto de juego limpio entre las partes, se proyectarían en la fase del juicio, no frente a eventos de salidas distintas al debate contradictorio, como lo serían los *plea bargaining* o los *plea guilty*, figuras que ocupan un nivel aproximado del 95% de la forma en que se tramitan los procesos penales en Estados Unidos⁹.

A pesar de algunos esfuerzos a nivel jurisprudencial por ampliar la garantía de descubrimiento a favor del procesado¹⁰ y de aislados intentos de instituciones como la *American Bar Association* y el *American College of Trial*

⁹ El porcentaje ha sido tomado de: BAR-GILL, Oren and GAZAL, Oren, "Plea Bargains Only for the Guilty" (2004). Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 481. [en línea] <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/481> [traducción propia] [Citado en diciembre de 2012]. Según una reciente sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, apoyada en otras investigaciones, las cifras corresponden a: 97% a nivel federal y 94% a nivel estatal; ver: CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Fallo Missouri v. Galin E. Frye, No. 10–444. Argued Oct. 31, 2011. Decided March 21, 2012.

¹⁰ En CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Fallo Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963), No. 490, argued March 18-19, 1963, decided May 13, 1963, sobre el punto se dijo: "*Ahora sostenemos que la supresión por parte de la fiscalía de la evidencia favorable previa petición del acusado viola el debido proceso donde la evidencia es sustancial ya sea para la culpabilidad o para la pena, independientemente de la buena fe o mala fe en el acusador.*" [traducción propia] Un grave inconveniente en la aplicación del fallo es que dejó en manos de los fiscales la definición de aquello que resultaba o no "*favorable*" al acusado, de tal manera que muchos se reservan el derecho a reservar la evidencia, bajo la excusa de que la misma no es "*favorable*" al implicado sino que "*favorece*" a la fiscalía o, simplemente, no es trascendente en el trabajo de preparación de la defensa, por lo que es posible ocultarla. Al respecto, ver: YAROSHEFSKY, Ellen, Ethics and plea bargaining. What's Discovery Got to Do With It?. [En línea] <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_cjmag_23_3_yaroshefsky_authcheckdam.pdf> [Citado el 7 de enero de 2013] [Traducción propia]; igualmente, apunta GÓMEZ-JARA DÍEZ: "*Este mecanismo [la obligación de revelar la "evidencia favorable" por parte de la fiscalía] resulta un tanto arbitrario ya que la decisión de qué puede considerarse como prueba exculpatoria es tomada por el propio fiscal y no puede ser revisada por el órgano judicial. Únicamente cuando con posterioridad al juicio la defensa descubre por otros medios –en muchas ocasiones, por mera casualidad– que existieron determinadas pruebas exculpatorias que la acusación no reveló a la defensa teniendo conocimiento de las mismas, se puede revisar judicialmente el criterio erróneo del Ministerio Fiscal al no haberlas proporcionado a la defensa.*" GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Op. Cit., p. 52. En ese mismo sentido, ver: EDITORIAL, Justice and Open Files, *En: The New York times, The Opinion Pages*, New York, 26 de febrero de 2012, [en línea] <http://www.nytimes.com/2012/02/27/opinion/justice-and-open-files.html?_r=0> [citado el 3 de septiembre de 2013]

Lawyers en ese mismo sentido¹¹, se expresa que en líneas generales la negociación o los actos de las partes previos al juicio, se realizan sin contar con tal respaldo informativo¹². En el año 2002, la Suprema Corte de los Estados Unidos expresó que no existe un derecho constitucional a un descubrimiento probatorio anticipado para efectos de negociar o declararse culpable; según la posición de la Corte, la esencia de tales actos procesales, se sustenta en el secreto y en la voluntariedad del sujeto que a ellos se acoge; de tal manera, que una posición contraria puede afectar gravemente un componente esencial del sistema de justicia, por el cual se tramitan la mayoría de casos penales. En extenso, afirmó en *United States Vs. Ruiz* (2002):

¹¹ Al respecto y en una investigación sobre los intentos realizados en Estados Unidos por ampliar, unificar y consolidar la garantía de un “archivo abierto” como sustento de los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad en los Estados Unidos, puede consultarse: YAROSHEFSKY, Ellen, *Ethics and plea bargaining. What’s Discovery Got to Do With It?*. Op. Cit.

¹² Expresa LYNCH: “*En nuestro sistema, los imputados, habitualmente, tienen que tomar decisiones críticas sobre si aceptar la atribución de culpabilidad del fiscal antes de que se pueda requerir cualquier información significativa sobre la prueba obtenida por él. Los fiscales, entonces, pueden hallar culpable a un imputado sin darle una oportunidad de ofrecer prueba de descargo, o de señalar las debilidades de la prueba del Estado.*” LYNCH, Gerard E., PLEA BARGAINING: El sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos. [en línea] <<http://upauderecho2.blogspot.com/2008/05/plea-bargaining-el-sistema-no.html>> [Citado en diciembre de 2012]; igualmente, anota PIZZI: “*...nuestro sistema procesal convierte la revelación de información proveniente “del otro bando” en un juego en el que cada uno quiere conseguir tanta información como sea posible y dar al contrario cuanto menos mejor.*” PIZZI, William T., *Juicios y Mentiras. Crónica de la crisis del proceso penal estadounidense*, traducción de Carlos Fidalgo Gallardo, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 150. La limitación de información no sólo afecta a la parte, también al juez: “*Creo que es más probable que la reticencia judicial [del juez penal], refleja la pobreza de información de los jueces. En los casos civiles el juez supervisa y tiene acceso a descubrimiento. En materia penal el juez ve mucho menos.*” EASTERBROOK, Frank H., *Criminal procedure as a market system*. [en línea] <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/724247?uid=3737808&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21100974255153>> [traducción propia] [citado en diciembre de 2012].

Un estudio comparado respecto a las posibilidades de información en diferentes sistemas jurídicos: LANGER, Máximo, ROACH, Kent, Op. Cit.; según estos autores: “*En los Estados Unidos, desde Brady v Maryland, la concentración del derecho constitucional de descubrimiento ha sido sobre la evidencia favorable para el caso del acusado, no sobre cualquier prueba o evidencia que avance como un asunto secundario como una violación de derechos. Además, el derecho constitucional de descubrimiento ha sido concebido como un derecho al juicio (EE.UU. v Ruiz). La jurisprudencia de los Estados Unidos sigue proporcionando matices divergentes en la definición de qué material deberá descubrirse y cuando debe ser descubierto.*” Igualmente: YAROSHEFSKY, Ellen, *Ethics and plea bargaining. What’s Discovery Got to Do With It?*. Op. Cit.

Al mismo tiempo, la obligación constitucional de proporcionar información de la acusación durante el plea bargaining o antes de entrar a una declaración de culpabilidad, podría interferir seriamente con el interés del Gobierno en asegurar la obtención de declaraciones de culpabilidad que están objetivamente justificadas, son deseadas por los acusados y ayudan a garantizar una eficiente administración de la justicia. La regla del Noveno Circuito¹³ arriesga prematuramente la divulgación de información de los testigos del Gobierno, la cual, según nos dice el Gobierno, podría "alterar las investigaciones en curso" y exponer a un daño grave a los posibles testigos. [...]

En consecuencia, el requisito del Noveno Circuito podría obligar al Gobierno a abandonar su "práctica general" de no "descubrir para un acusado que se declara culpable, información que podría revelar la identidad de los informantes cooperantes, investigadores encubiertos u otros testigos potenciales." Esto podría requerir del Gobierno dedicar muchos más recursos para la preparación del juicio antes que a la negociación de los cargos, privando así al proceso de negociación de penas de sus principales ventajas de ahorro de recursos. O podría llevar al Gobierno, en lugar de ello, a abandonar su fuerte dependencia a la negociación de cargos en un gran número -el 90% o más- de los casos criminales federales. No podemos decir que la exigencia del debido proceso en la Constitución obliga a semejante cambio radical en el proceso penal en orden a lograr así un beneficio constitucional relativamente pequeño.

Estas consideraciones, tomadas en conjunto, nos permiten concluir que la Constitución no exige que el Gobierno descubra material de evidencia de la acusación previo a entrar en una negociación de cargos con un acusado.¹⁴

En esa perspectiva, se ha aceptado que los mecanismos dispositivos concretados en figuras como los <<plea bargaining>> o <<plea guilty>> son "un componente esencial de la administración de justicia", tal como quedó

¹³ Se revisaba una decisión del Noveno Circuito de Apelaciones donde impuso la obligación a la Fiscalía de revelar información relacionada con informantes y testigos que sustentaban la acusación.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Fallo United States v. Ruiz (O1-595) 536 U.S. 622 (2002) [Traducción propia]

escrito por el Tribunal Supremo en la Sentencia Santobello Vs. New York¹⁵. Al mismo tiempo, la regulación sobre la apertura probatoria frente a tales actos es mínima y ello genera lo que algunos califican como un sistema especial de administración de justicia, en el cual el fiscal ocupa un papel preponderante y donde los derechos de los procesados se reducen drásticamente. En ese sentido “...muchos de los casos son procesados bajo el Prosecutorial Adjudication System sin que la defensa hubiese tenido la oportunidad de examinar o contradecir los elementos de prueba sobre los cuales el fiscal, ejerciendo como juez, basa su decisión”¹⁶, al punto que ello repercute en la violación de otros estándares, como aquél según el cual, para condenar se debe estar más allá de la duda razonable, al mismo tiempo que se afecta la presunción de inocencia, pues con la imputación basta para que le corresponda a la defensa convencer al acusador de no proponer el caso a juicio, eventos que lo terminan transformando en un “adjudicador” de justicia, con posibilidades más amplias si se compara con el rol del juez, ya que formalmente no está obligado a motivar sus decisiones o a dar cuenta del sustento o solidez probatoria de sus imputaciones¹⁷.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Fallo Caso Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971) [Traducción propia]

¹⁶ LANGER, Máximo, Rethinking Plea Bargaining: (...). La fundamentación de esta conclusión parte de sostener que en materia de plea bargaining opera un Prosecutorial Adjudication System, refiriéndose a una especie de sistema de administración de justicia altamente dependiente del fiscal y donde los derechos del procesado están más limitados que en el sistema de administración judicial que depende del juez; tales limitaciones se reflejan en situaciones como las siguientes: “Pero si un fiscal no quiere reunirse con un abogado defensor o sólo da al abogado defensor de un tiempo muy limitado para presentar su posición, estos defectos no proporcionan ninguna base legal reconocible para desafiar la decisión del fiscal que ejerce como juez. Esta audiencia también carece de cualquier elemento de la publicidad y la formalidad que el derecho a una audiencia incluye bajo la Constitución de los EE.UU., muy similar a sistemas inquisitoriales y a varios regímenes de procedimiento administrativo en los Estados Unidos. Por último, en cuanto a los derechos a un proceso legal y a tener la evidencia que pueda reunirse a su favor, los abogados diligentes de la defensa tratarán de explorar estas posibilidades en el Prosecutorial Adjudication System mediante la ejecución de sus propias investigaciones. En última instancia, sin embargo, el éxito de esos esfuerzos dependerá de la buena voluntad de los testigos pues en la actualidad el Sistema no reconoce formalmente esos derechos.” Op. Cit. [traducción propia]

¹⁷ Ibídem.

De cierta forma, el modelo procesal está diseñado para que una gran cantidad de los casos terminen antes del juicio, pero reduciendo los espacios no sólo de discusión probatoria, sino de conocimiento probatorio. Se sustenta como un esquema informal de operatividad, que puede ser consonante con una perspectiva que a nivel global representa, a su vez, un escenario donde lo jurídico se caracteriza por la flexibilidad o el ejercicio creativo en el que trabajan los operarios¹⁸. Puede respaldarse la afirmación de URBANO MARTÍNEZ según la cual, la lectura actual en materia de negociaciones, acuerdos o declaraciones de culpabilidad, parte de unos postulados dogmáticos donde se “*vacían las competencias de la jurisdicción*”¹⁹ y donde, como lo apunta ARMENTA DEU, la tendencia se caracteriza por “*...el abandono a la determinación de la verdad, sustituido por cualquier objeto de acuerdo, y la renuncia al proceso, como ideal para la consecución de tutela estatal y paradigma de protección y garantías jurisdiccionales para los ciudadanos*”²⁰.

En el plano europeo, la tendencia norteamericana del ocultamiento probatorio en la investigación ha recibido atención por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos como *Edwards and Lewis v. The United Kingdom*, donde respaldó el derecho de los acusados a conocer las evidencias probatorias que soportan la acusación y postuló que sólo de

¹⁸ Sobre estas características que se presentan como elemento general del sistema de justicia en los Estados Unidos: NEUBORNE, Burt, *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, traducción de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Editorial Civitas, 1995; SCHWARTZ, Bernard, *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, traducción Enrique Alonso, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1980; MUÑOZ NEIRA, Orlando, *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*, Bogotá, Legis, 2006; CARRIO D., Alejandro, *El enjuiciamiento penal en Argentina y en Estados Unidos*, Buenos Aires, Eudeba, 1990; DÍEZ-PICAZO, Luis María, *El poder de acusar*. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2000; POSNER, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, trad. Victoria Roca Pérez, Madrid, Marcial Pons, 2011; entre otros.

¹⁹ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, *Op. Cit.*, p. 72.

²⁰ ARMENTA DEU, Teresa, *Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extra jurisdiccionales*, en: *La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?*, Teresa Armenta Deu (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 253.

forma excepcional tal práctica tendría validez por motivos especiales como el interés público²¹.

En definitiva, el asunto actualmente ha llamado la atención tanto a nivel de los Estados Unidos como en otros continentes; tal vez, por la influencia que el modelo procesal norteamericano viene alcanzando²², razón por la cual, en el escenario colombiano las discusiones al respecto no pueden pasar desapercibidas.

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA IMPEDIR EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO EN COLOMBIA

La experiencia colombiana luce ilustrativa sobre la forma en que se aplica el criterio de restricción a los elementos materiales probatorios, evidencia física e información, obtenidos durante la investigación, a partir de lo que se considera son exigencias propias de un modelo penal acusatorio.

En efecto, Colombia introdujo un grupo de reformas a nivel constitucional y legal para incorporar un “nuevo” modelo de proceso acusatorio²³, producto

²¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Fallo Edwards and Lewis v. The United Kingdom, 22 July 2003.

²² Apunta KARL-HEINZ GÖSSEL, sobre la influencia en Alemania del modelo procesal de Estados Unidos: “Y aún otra cuestión muy grave [refiriéndose a los problemas actuales que afronta el derecho procesal penal alemán], que no es otra que esa funesta influencia de los Estados Unidos de América en relación con el proceso penal, de ese sistema procesal de la justicia negociada, del acuerdo en el seno del proceso penal.” GÖSSEL, Karl-Heinz. Entrevista, traducción de Miguel Polaino-Ortiz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. [Consulta en línea] <<dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2602046.pdf>> [Consultada, 12 de enero de 2012]

²³ Se precisa apuntar que, para autores como RICARDO POSADA MAYA, no existe, para el caso colombiano, novedad en la incorporación de un modelo acusatorio de proceso; al contrario, según las consideraciones finales de su estudio sobre los modelos procesales penales en el país, en gran parte de su historia procesal, la tendencia acusatoria fue preponderante. En sus palabras: “**En primer lugar, no se puede afirmar que la Ley 906 de 2004 constituya un cuerpo normativo totalmente novedoso en la legislación nacional, pues recuérdese que Colombia ha contado con sistemas acusatorios (no puros) desde que se consagró el sistema penal senatorial, primero en la Constitución de 1821 y luego en las demás constituciones (20 de mayo de 1853, 22 de mayo de 1858, artículo 47, 8 de mayo de 1863, 4 de agosto de 1886, 7 de agosto de 1991) y en casi todos los Códigos de procedimiento penal de Colombia**

de lo cual se expidió el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 o nuevo Código de Procedimiento Penal²⁴. Entre las disposiciones que desarrollan el “nuevo sistema acusatorio”, se estipuló, en el Acto Legislativo citado, que constituye deber de la fiscalía: “3. Asegurar los elementos materiales probatorios garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción” –Artículo 2º- y en el inciso final del mismo artículo, se sentó expresamente el parámetro según el cual, el ente acusador sólo debía “suministrar” elementos materiales probatorios e informaciones, “(e)n el evento de presentarse escrito de acusación”. Indica la citada norma: “En el

hasta hoy, salvo los estatutos de guerra de 1987, 1991, 2000 y las reformas procesales de los años 50 del siglo XX. Es más, el nuevo sistema constituye un retorno muy interesante a algunas tendencias del sistema procesal mixto de corte acusatorio, desarrolladas con cierta amplitud en algunos estatutos colombianos anteriores, sin desconocer, desde luego, avances muy novedosos en materia de oralidad, intermediación, sistemas de negociación y el sistema probatorio, que finalmente fungen como instrumentos de desarrollo procesal orientados a alcanzar un sistema de procedimiento más ágil y expedito. De este modo, solo a guisa de ejemplo, no se puede afirmar en términos históricos que la separación entre acusador, investigador y juez del conocimiento o entre juez de control y acusador sea completamente ajena a las ideas procesales en nuestro medio. De hecho, es posible indicar que la concentración de poderes que permitió estructurar códigos procesales con actuaciones multilaterales de jueces, se reduce –fundamentalmente- a un término más bien corto pero intenso en nuestra historia reciente.” POSADA MAYA, Ricardo, Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano, p. 38. [Consulta en línea] <http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_m_revista/archivos/derechopub/pub109.pdf> [Consultada el 13 de enero de 2013]

²⁴ El proceso comenzó con la reforma constitucional concretada en el ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002; dicho Acto, en el artículo 4º transitorio, señaló que para incorporar las reformas ahí impuestas, se necesitaban presentar “...los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema” [subrayas fuera del original], y en el inciso 4º de la misma disposición expresó que con el fin de conseguir la transición hacia “...el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios (...)” [Subrayas fuera del original], indicando también después que “(e)l Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio” [Subrayas fuera del original]; como datos relevantes de esta reforma se tiene que redefinió las funciones de los órganos jurisdiccionales –artículo 1º- y readecuó las funciones de la Fiscalía, otorgándole especialmente la de aplicar el principio de oportunidad previa verificación judicial –artículos 2º y 3º-. Igualmente, se elevó al plano constitucional los principios de publicidad, oralidad, intermediación, contradicción y concentración, esto según el numeral 4º del artículo 2º.

La idea que los cambios adoptados implicaban la adopción de un “sistema acusatorio” se consolidó desde el origen histórico del proyecto de reforma constitucional; en ese sentido, se puede constatar de: COMISIÓN PREPARATORIA PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO, Acta No. 06 Reunión Comisión Preparatoria, Bogotá, 27 de febrero de 2002; Carta al Presidente de la República, dirigida por el Fiscal General de la Nación, 25 de abril de 2002; CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta No. 134 de 2002, Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara de Representantes.

Como último paso en el proceso reformativo, se expidió la LEY 906 DE 2004 O NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, norma que se encabezó precisamente con la expresión “SISTEMA ACUSATORIO”.

evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado. [Subrayas fuera del original]

Desarrollando lo anterior, el artículo 288 del Código de Procedimiento Penal, expresa que la imputación delictual no implica que el actor tenga la posibilidad de conocer los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información en poder de la fiscalía. Según la citada disposición:

ARTÍCULO 288. CONTENIDO. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente: [...]

2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento. [Subrayas fuera del original]

La norma fue demandada por inconstitucional y entre los argumentos del accionante se mencionó que su contenido vulneraba el derecho de defensa, pues convertía en secreta la labor investigativa²⁵. La disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional y, el fundamento para ello consistió en que la restricción probatoria impuesta, estaba en consonancia con el “nuevo sistema penal acusatorio”, en tanto en este modelo la información de la fiscalía sólo se muestra a la contraparte cuando existe

²⁵ Expresamente, mencionó el demandante, según se extrae del cuerpo de la sentencia respectiva: “Si desde la formulación de la imputación y hasta antes de presentarse el escrito de acusación (art. 350), pueden, fiscal e imputado, a través de su defensor, llegar a un acuerdo en el que el imputado se declare culpable, no se entiende cómo puede el imputado allanarse a la imputación si no conoce cuáles son las pruebas que lo incriminan y qué delito resulta de la presentación y existencia de dichas pruebas”. Agrega que lo consagrado en los apartes acusados y el artículo 350 que lo complementa, es un escalonamiento de oportunidades que se le brindan al imputado para que se declare culpable con la trampa de ocultarle las pruebas y las evidencias sobre las cuales se sustenta la imputación en la medida que se podrá formular cargos por delitos más graves o inexistentes e incluso simular poseer pruebas.” CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-1260 de 2005.

acusación y con el fin de preparar el escenario del juicio oral. En ese sentido, se indicó como *ratio decidendi* del fallo:

La implementación del nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria implicó cambios estructurales en el sistema de investigación, acusación y juzgamiento. Uno de ellos, fue precisamente en materia del descubrimiento de las pruebas al señalar el inciso final del artículo 250 Constitucional, que “En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”, lo cual implica que las pruebas habrán de practicarse dentro de la etapa de juzgamiento con todas las garantías procesales propias como las de publicidad y contradicción²⁶. [Subrayas fuera del original]

Según esta interpretación, no es posible conocer elementos materiales probatorios desde la investigación, pues en la configuración del nuevo sistema acusatorio, el debate probatorio sólo tiene cabida al momento de producirse el juicio oral. La restricción al conocimiento probatorio en momentos anteriores a la acusación, a partir de esta lectura, constituye una exigencia inherente del Sistema Acusatorio²⁷.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-1260 de 2005.

²⁷ También ha dicho la jurisprudencia: “*De otro lado, como se verá, tres son los momentos procesales básicos –pero no los únicos– que se relacionan primordialmente con el descubrimiento probatorio: i) cuando el Fiscal remite al Juez el escrito de acusación con sus anexos, al cual pueden acceder los intervinientes (artículo 337 ibídem); ii) dentro de audiencia de formulación de acusación (artículo 344 ibídem); y iii) en desarrollo de la audiencia preparatoria (artículos 356 y 357 ibídem).*” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, Fallo 25920, 21 de febrero de 2007. No obstante, a forma de óbiter dicta, la Corte Suprema precisó que por cuestiones de diligencia la Fiscalía debería dar la oportunidad al implicado de conocer, previo a la acusación, las evidencias probatorias: “*En condiciones normales, es de esperarse que la defensa realmente acceda al escrito de acusación y sus anexos antes de realizarse la audiencia de formulación de acusación (artículo 338 ibídem), lo cual implica una conducta diligente del Fiscal, de la defensa y del Juez de conocimiento.*” El criterio según el cual el eje central del proceso está en el momento del juicio oral, aparece ratificado en fallos de casación de la misma Corporación, como el 32196 de 20 de enero de 2010 y el 32556 de 20 de enero de 2010.

En ese mismo año, la Corte Constitucional emitió la Sentencia C-1194 de 2005, donde revisó el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal relacionado con la fase del descubrimiento probatorio²⁸ y, no obstante puntualizar que existía el derecho a no ser juzgado con base en “*pruebas ocultas*”, aclaró que en la sistemática del proceso acusatorio implementado con la citada codificación, el descubrimiento probatorio sólo tiene lugar a partir del momento de la acusación²⁹. Igualmente, la Sentencia C-799 de 2005, en la cual la Corte indicó que si bien, según el inciso 1º del artículo 8º de la Ley 906 de 2004, el derecho a la defensa puede ejercerse a partir de la imputación, ello era “*sin perjuicio del ejercicio oportuno, dentro de los cauces legales, del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación*”, siendo que, al definir las actividades concretas que podían ejecutarse en pro del citado derecho, no abarcó ninguna que diera sustento a

²⁸ Dice la citada norma: “**ARTÍCULO 344. INICIO DEL DESCUBRIMIENTO.** Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.”

²⁹ Indicó la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: “De la sucinta exposición del proceso penal que acaba de hacerse es posible evidenciar que el procedimiento del descubrimiento de la prueba tiene lugar principalmente en la etapa de la acusación, concretamente en el contexto de la audiencia de acusación, cuando la Fiscalía presenta ante el juez los elementos de convicción y el material probatorio que pretende hacer valer como prueba en el juicio oral” y, también señaló: “La plena vigencia del deber constitucional integrado al texto de la norma legal permite a la Corte concluir que, presentado escrito de acusación, en la audiencia de acusación, la Fiscalía General de la Nación debe suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado, pero que –adicionalmente– la defensa también podrá pedir el descubrimiento de elementos probatorios específicos y de material probatorio que tenga conocimiento que está en poder de la Fiscalía.” Sentencia C-1194 de 2005

la posibilidad del descubrimiento de las evidencias probatorias durante la investigación³⁰. Al contrario, sometió el ejercicio del derecho de defensa antes de la imputación, a los “cauces legales”, con lo cual avaló la restricción del conocimiento probatorio en dicha etapa procesal, pues el artículo 288 ibídem así lo determina.

Posteriormente, en la Sentencia C-536 de 2008 la Corte Constitucional dio la impresión de ampliar el espectro del derecho de defensa, anotando que era posible adelantar la contradicción probatoria desde la investigación, pronunciamiento que no tuvo mayor relevancia, tal vez porque resultaba innecesario para efectos de resolver los problemas jurídicos que fueron planteados en la demanda que debió atender y, por lo mismo, cumple las condiciones para ser calificado como un *óbiter dicta*³¹.

³⁰ El alcance del derecho de defensa, según la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, se destaca por los siguientes actos: “Entre este conjunto de derechos encontramos entre otros: El derecho a guardar silencio y que éste no se utilice en su contra. El derecho a conocer la razón por la cual se realiza la captura. Así mismo, a entender la razón a través de un intérprete si le es imposible hacerlo por los órganos de los sentidos o hacerlo oralmente. El derecho a cuestionar la propia privación de la libertad. El derecho a ser conducido ante un juez en el término de treinta y seis horas que estipula la Constitución. El derecho de no autoincriminación. El derecho a ser representado por un abogado de confianza. El derecho a comunicarse efectivamente con su abogado. El derecho a que se le nombre un abogado de oficio si la persona capturada no cuenta con recursos para costearse uno propio. El derecho a disponer de un término razonable para preparar su defensa.” Empero, también dijo la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: “La correcta interpretación Constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal. Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de investigada, a imputada, a acusada y a condenada; sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa. No es de relevancia para el ordenamiento Constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá, es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional ha defenderse. En conclusión, no permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, tenga ésta el carácter de pre-procesal o procesal, es potenciar los poderes investigativos del Estado sin razón Constitucional alguna en desmedro del derecho de defensa de la persona investigada.”

³¹ Según este pronunciamiento: “2.1.4 De las anteriores consideraciones, esta Sala concluye que dada la finalidad constitucional del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas, el cual busca

La cuestión quedó más clara en la Sentencia T-920-08, cuando mediante demanda de tutela una persona reclamó protección constitucional. Tras haber sido objeto de allanamiento a su domicilio, solicitó copias del proceso a la fiscalía para conocer los motivos de tal actuación, asunto que fue negado por el ente acusador en virtud de la reserva de las diligencias. La Corte Constitucional, para resolver sobre la tutela, explicó que el acceso a la investigación había variado entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004, ello considerando que *“la naturaleza adversativa del nuevo sistema transformó las funciones de las autoridades judiciales y el vínculo de éstas con las partes e intervinientes”* y, por lo tanto, la jurisprudencia según la cual una persona podía ejercer el derecho de defensa sin importar que el ente acusador le informara oficialmente de una investigación en su contra, *“...no implica: (i) anticipar la etapa del descubrimiento de las pruebas ni (ii) efectuar solicitudes que puedan entorpecer las labores de la Fiscalía de adelantar y continuar la investigación”*, reiterando que el citado derecho en la investigación se encontraba limitado a ciertos actos concretos³². Igualmente,

mantener el equilibrio de la contienda y de garantizar la vigencia del plano de igualdad en el debate, la defensa debe estar en posibilidad de ejercer las facultades que le han sido otorgadas por la misma ley para el recaudo, solicitud y contradicción de pruebas, tanto en la etapa de investigación como en la etapa de juicio, y ello sin ninguna limitante por parte de su contraparte, esto es, del ente acusador, sino con las limitantes propias del Estado de Derecho respecto de la afectación de terceros y la afectación de derechos fundamentales, control que le corresponde ejercer a un juez de la República, en la etapa de investigación al juez de control de garantías y en la etapa de juicio al juez de conocimiento.” [Subrayas fuera del original].

Se dice que se trata de un obiter dicta, en la medida en que la sentencia revisó la constitucionalidad del artículo 268 de la LEY 906 DEL 2004 O CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, que faculta al defensor a realizar su propia investigación y recaudar medios de prueba, pero se discutió si para el análisis técnico de los medios o materiales encontrados debía acudir únicamente al Instituto de Medicina Legal y, también, si para que tal Instituto colaborara con la defensa esta parte requería llevar una certificado o constancia de la fiscalía. La Corte consideró que ello resultaba inconstitucional por violar el principio de igualdad de armas. En ese mismo sentido, declaró inexecutable el numeral 9 del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007, que disponía que las autoridades públicas o privadas estaban obligadas a colaborar con la defensa, siempre y cuando ésta portara una certificación o constancia de la fiscalía. Observados los problemas jurídicos que se trataron, resultaba innecesaria la consideración expuesta en el aparte antes subrayado.

³² Mencionó los siguientes *“(i) derecho a ser representado por un abogado, entre otras, para que buscara, identificara empíricamente, recogiera y embalará “elementos materiales probatorios y evidencia física”; para que (ii) solicitara al juez de control de garantías la evaluación de las actuaciones que hubieren afectado sus derechos fundamentales y para que (iii) verificara si la ejecución del presunto allanamiento del que fue objeto su vivienda, cumplía con las condiciones*

en esta sentencia, la Corte Constitucional sostuvo que es la fiscalía quien puede determinar qué información es fundamental para la investigación y por ello resulta reservada, aunque bien podría proporcionar otra, según las circunstancias específicas del caso concreto³³.

En posterior fallo, el C-127 de 2011, la Corte Constitucional fue más enfática en señalar que el descubrimiento probatorio sólo opera con posterioridad a la acusación –*salvo casos de pruebas anticipadas*–, pues si bien ratificó la vigencia del derecho a defenderse inmediatamente se tenga conocimiento de una investigación penal, al mismo tiempo, aclaró que la fase de descubrimiento probatorio tiene como escenario principal el juicio oral y que sólo ahí podría presentarse una “plena” garantía al derecho de defensa³⁴.

Se puede apreciar, entonces, que la Corte Constitucional expresa confianza en que será el juicio oral el espacio estelar para que la defensa se active a plenitud³⁵, de tal manera, que en esa etapa tendría lugar el debate

establecidas en la Ley 906 (arts. 219 ss), especialmente, conforme al derecho previsto para el indiciado en los artículos 231 y 238, y al control que debía ejercer el juez de acuerdo al artículo 237 del Código.”

³³ Sobre el punto, indicó: “*Si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal impide el acceso del indiciado, por regla general, a las evidencias y elementos materiales probatorios hasta que se realice la audiencia de formulación de acusación, también es necesario reconocer que para que éste pueda ejercer en debida forma el derecho de defensa, puede tener acceso a algunas diligencias ejecutadas en la indagación. Por tanto, cuando un indiciado requiera el acceso o las copias de una carpeta en donde se consigne el programa de indagación, es necesario que la Fiscalía distinga explícitamente, a partir de la Ley 906, cuáles elementos se encuentran cobijados por la reserva y cuáles no*”.

³⁴ Apuntó la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA en este pronunciamiento: “*...la determinación de que el material de convicción o evidencia, que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan en el proceso de investigación, deberá ser descubierto ante el juez de conocimiento, en el transcurso del juicio oral, público, donde la controversia y la contradicción tienen lugar, y en consecuencia, la garantía del derecho de defensa es plena, sin perjuicio (i) de que si alguna de las partes encuentra material probatorio y evidencia física muy significativos que deban ser descubiertos, así lo soliciten al juez para que éste decida si es excepcionalmente admisible o debe excluirse, oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y a la integridad del juicio; y (ii) de la práctica de prueba anticipada en casos de extrema necesidad y urgencia para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, caso en el cual de todas maneras deberá efectuarse una audiencia para garantizar el contradictorio, de conformidad con los artículos 274 y 284 del Código de Procedimiento Penal.*”

³⁵ En la Sentencia C-303 de 2013 de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, ese criterio se ratifica: “*(iii) aunque en esta audiencia [la de imputación] el presunto infractor de la ley penal no*

probatorio, por lo que el descubrimiento de las evidencias solo estaría justificado para preparar esa etapa procesal. No habría lugar al descubrimiento, si el mismo no estuviera enfocado al momento de juicio, de forma que, en la fase investigativa, sin conocer aún la suerte de la instrucción, no resultaba razonable la apertura probatoria de lo actuado.

La anterior idea, además, tiene aparente respaldo en el numeral 3º del artículo 125 de la Ley 906 de 2004 referente a los deberes y atribuciones de la defensa, según el cual, ésta conocerá *“todos los elementos probatorios, evidencia física o informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado”*, *“(e)n el evento de una acusación”*, en parangón con el artículo 142 ibídem, sobre los *“Deberes específicos de la Fiscalía General de la Nación”*, numeral 2º, según el cual la obligación de suministrar elementos probatorios, evidencia física e información, se concreta *“...ante el juez de conocimiento”*. Y más específica aún es la Directiva No. 001 de septiembre de 2006 *“Por medio de la cual se fijan directrices para la celebración de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o acusado”*³⁶, de conformidad con la cual: *“(c)omo la negociación puede frustrarse en cualquier momento, el fiscal se abstendrá de revelar posibles testigos u otros actos de investigación pendientes”*³⁷.

puede controvertir ni modificar los términos de la imputación, tiene la posibilidad de hacerlo durante todo el procedimiento penal; es decir, la defensa material no se ejerce en dicha audiencia, sino justamente a partir de ella.” Según el comunicado de prensa No. 20 de mayo 22 y 23 de 2013.

³⁶ Esta Directiva fue expedida por la Fiscalía General de la Nación, según la autorización que le concedió el inciso 2º del artículo 348 del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO –O LEY 906 DE 2004-, según el cual: *“El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.”*

³⁷ También, en el Manual sobre la *“Prueba en el Proceso Penal Colombiano”*, mediante el cual la Escuela de Criminalística y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación capacita a los fiscales al servicio de esa institución, explícitamente se enseña: *“Conclusión: Aunque la actividad defensiva puede iniciarse desde la etapa de indagación, ello no implica que el descubrimiento probatorio comience desde ese momento, ni significa que la Fiscalía, al solicitar la intervención del juez de control de garantías frente a un acto de investigación u otra actuación que implique la afectación de derechos fundamentales, esté obligada a descubrir todos los medios de acreditación recaudados.”* FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Escuela de Estudios e Investigación Criminalísticas y Ciencias Forenses*, Luis Fernando Bedoya Sierra, Bogotá, 2008.

En definitiva, la fundamentación constitucional y legal actual en materia de acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad no admite el descubrimiento probatorio anticipado, quedando por establecer qué ha sucedido a nivel de justicia ordinaria.

III. LA EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA COLOMBIANA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS

El seguimiento de la evolución jurisprudencial a nivel de justicia ordinaria sobre el tema de acuerdos y allanamientos, expresa que no existe un escenario de plena consolidación de los criterios aplicables al respecto. Puntualmente y como posteriormente se observará, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el tema no es pacífico, situación que puede explicarse, pues si bien, dentro de poco se cumplirán diez años de la vigencia de la Ley 906 de 2004, los cambios impuestos por esta normatividad fueron de tal impacto y generaron tan alto grado de expectativas, que no han permitido aún un desarrollo armónico y tranquilo.

A lo anterior, debe anotarse que, frente al tema puntual de la posibilidad de descubrir elementos materiales probatorios como respaldo adecuado a una negociación o allanamiento, el asunto, en términos de Wittgenstein, parece alejado del “*juego del lenguaje*” de los intervinientes en el sistema jurídico procesal penal colombiano. Se asume, que por cuestiones del “*Sistema*”, como lo diría la Corte Constitucional en la Sentencia C-1260 de 2005, antes analizada, el asunto del descubrimiento probatorio es un punto reservado exclusivamente para la fase del juicio oral³⁸.

³⁸ Como también se explicó, esa posición ha sido igualmente respaldada por en la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, por ejemplo, en Fallo de Casación 25920 de 21 de febrero de 2007 y en Fallo de Tutela de 21 de febrero de 2012, radicación 58827.

No obstante, lo anterior no ha impedido la discusión, a nivel de justicia ordinaria, sobre los límites que rigen a las negociaciones y allanamientos y sobre las posibilidades que tienen los jueces para controlar o intervenir en tales actos, derivando esto en diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que permiten identificar, hasta el momento, la presencia de dos periodos. En el primero de ellos, que va desde el año 2006, con los iniciales acercamientos de la Corte Suprema al tema, hasta aproximadamente el 2012, donde se respaldó la posibilidad de una intervención más amplia y activa del juez frente a los acuerdos y allanamientos, en pro de lograr justicia material, propiciar la verdad y el respeto por las garantías fundamentales, especialmente el principio de legalidad. Esta primera aproximación al asunto, no obstante, a partir del año 2012 cambia, para sugerir, que si bien el anterior criterio de intervención se mantiene, los requisitos para que pueda operar son exigentes y estrictos, pues como elemento fundamental del sistema penal acusatorio, las partes y los operadores judiciales deben respetar lo acordado o dispuesto por las partes.

Una apreciación del primer periodo de desarrollo jurisprudencial, tiene que partir por considerar que también en éste, se destacó que el juez debía respetar los términos acordados por las partes; en efecto, en el Fallo de Casación 24764 de 1º de junio de 2006, al referirse a la posibilidad que tiene el juez de encauzar lo acordado por las partes en la negociación, específicamente sobre el *quantum punitivo* que debía considerarse en la sentencia³⁹, la Corte Suprema apuntó que ello resultaba improcedente, por las siguientes razones:

³⁹ En el caso concreto las partes consideraron que habían acordado el mínimo de la sanción a imponer, mientras que para el juez no existía acuerdo expreso sobre ese tópico, lo cual autorizaba a acudir al sistema de cuartos.

Surge patente, entonces, el yerro denunciado, pues desentrañado el objeto material del acuerdo, desatender su espíritu es, ni más ni menos, contrariar la voluntad de las partes, por lo que proferir sentencia en contravía de lo pactado por el Fiscal con el imputado y su defensor, específicamente la imposición de la pena mínima, equivale a emitir un fallo desbordando el marco de la acusación, pliego de cargos que en este caso, se repite, lo constituye el acta de preacuerdo. No se trata de una determinación de extrema laxitud, sino de la necesidad de acompasar el nuevo sistema penal en su contenido sustancial al principio rector que lo inspira, el respeto por la dignidad humana -Arts. 1°, 5°, 7° y 10°-.⁴⁰

No obstante, en estos primeros desarrollos jurisprudenciales, la Corte Suprema también precisó que para negociar se necesitaba un “*mínimo de respaldo probatorio*”⁴¹, de tal manera que sólo la presencia de ese respaldo mínimo impedía que posteriormente se discutieran los términos de lo acordado. Bajo esta argumentación, en el asunto fallado el 10 de mayo de 2006, radicación 25389, donde el procesado, después de haber acordado con la fiscalía, pretendió discutir la materialidad del delito en la fase de fijación de la pena, la Sala Penal apuntó:

El preacuerdo, para hacer referencia únicamente a la situación planteada en la demanda, tiene como objeto fijar “los términos de la imputación” (artículo 350 ídem), lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado, en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria, de situaciones que, además de gozar de amparo legal y constitucional, cuentan con un mínimo de respaldo probatorio, por lo que el acuerdo debe determinar sin duda alguna la imputación fáctica y jurídica por la que se ha de proferir condena.

⁴⁰ La Corte casó la decisión por estimar que en la actuación se constataba un acuerdo sobre el tópico en disputa –la sanción mínima de la cual debía partirse-, por lo que procedió a dictar la sentencia de reemplazo en la que ajustó la pena a la sanción mínima que las partes acordaron.

⁴¹ El presupuesto del “*mínimo respaldo probatorio*” también ha tenido acogida en la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, al respecto, en la Sentencia C-936 de 2010, sobre el principio de oportunidad y la posibilidad de que sea aplicable para delitos de lesa humanidad, apuntó: “*En tercer lugar, no obstante que la norma se inserta dentro de la regulación del principio de oportunidad penal, se aparta de los principios que lo orientan como es aquél relativo a la preservación de la presunción de inocencia y la necesidad de “un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipificación”.*”

También, resaltó que una negociación en el proceso penal no podía operar bajo los mismos términos de un acuerdo civil, pues debía tenerse en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y la imputación jurídico penal que realmente correspondía a esa realidad –*principio de legalidad*–.

Reiteró los anteriores postulados en Fallo de Casación de 19 de octubre de 2006, radicación 25724, donde realizó fuertes reproches a los fiscales y jueces que intervinieron en un allanamiento, en el cual las evidencias probatorias daban cuenta que la víctima no “*estaba*” en incapacidad de resistir frente a un delito de acceso carnal abusivo, sino que fue “*puesta*” en esa condición por el victimario⁴², siendo que, desconociendo tal escenario fáctico y la correcta aplicación típica, aquél recibió una pena más benigna. Si bien, la Corte Suprema no afectó la sentencia por respeto al principio <<*no reformatio in pejus*>>, estimó oportuno, en una labor que calificó como “pedagógica”, explicar que los institutos propios de la justicia premial – *acuerdos y allanamientos*–, no pueden aplicarse “a cualquier precio”:

El descuido, que no puede ser enmendado en casación por respeto al artículo 31 de la Constitución Política, también debe ser cargado a los jueces, pues tratándose de su función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento, su labor no puede ser la de simples observadores. Equivocadamente algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales

⁴² “Una lectura desprevenida de los artículos 207 y 210 del Código Penal, permitía inferir, sin mayor esfuerzo intelectual, que aquellos acontecimientos se adecuaban a la primera disposición (obviada por los funcionarios) y no a la última (escogida por el fiscal y avalada por los jueces), como que aquella describe el acceso carnal cuando el agente activo “*pone*” a la víctima en incapacidad de resistir”, en tanto que ésta define el acto cuando la víctima “*está* en incapacidad de resistir”.

La diferencia es clara: el artículo 207 sanciona las maniobras del agresor para llevar a la ofendida a ese estado de indefensión, en tanto que el 210 tiene que ver con la víctima que ya se encuentra en esa situación, es decir, que el victimario no influye en ella, pero la aprovecha.

Y si la fiscalía y los jueces dieron por probado el uso de una pastilla e inyecciones con las cuales el acusado puso en estado de inconciencia a su hija (conducta que el médico admitió), constituye una verdad indiscutible que la joven no estaba en esas circunstancias, sino que su padre la puso en ellas, esto es, que la conducta se tipificaba en el artículo 207, no en el 210.”

(artículos 6° y 351, inciso 4°, del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran las de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamentales por el artículo 29 de la Carta Política. (...)

Y se hace esta aseveración porque la “justicia consensual, premial, pactada”, no puede ser adoptada a cualquier precio, dejando de lado la legislación sustantiva, que en modo alguno fue derogada por la Ley 906 del 2004.

En similar sentido, en Fallo de Casación de 12 de septiembre de 2007, radicación 27759, que resolvió un caso en el cual, no obstante que la descripción de los hechos insinuaba que el delito consistió en una tentativa de homicidio agravado, las partes acordaron que la conducta se imputaría como lesiones personales⁴³, la Sala Penal compartió el criterio del juez de segunda instancia que invalidó lo acordado, apuntando que la negociación no puede convertirse en un “*festín de regalías*”:

...los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad [...] (l)os preacuerdos y negociaciones en materia penal no tienen la misma fuente civilista en la que el comprador adquiere ciertos bienes que acceden la cosa principal objeto del contrato.

*El parámetro de la negociación de los términos de la imputación **no es la impunidad**; el referente del fiscal y de la defensa **es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia.**-Negrillas propias del texto-*

⁴³ Según los hechos expuestos en la decisión: “...el día 27 de septiembre de 2005, hacia las 20 horas, en la calle 124 con carrera 111, vía pública del barrio Fontibón de esta ciudad, cuando los acusados XXX y YYY hurtaron la suma de cinco millones de pesos al señor Didier Alexander Gaviria, para lo cual utilizaron armas de fuego, propinándole cinco heridas en miembros inferiores y una en la región precordial, cerca al corazón, lesiones que fueron catalogadas por medicina legal como mortales, que ameritaron una incapacidad de 20 días a la víctima, la cual fue atendida oportunamente o de lo contrario hubiera perdido la vida.”

Al mismo tiempo, resaltó el papel fundamental que debía tener el principio de legalidad en la aprobación de los acuerdos, en tanto que *“(l)a teleología de los preacuerdos y de la aceptación pura de cargos radica en que deben tramitarse con total apego a la legalidad, porque de otra manera no pueden ser aprobados por el juez.”⁴⁴*

De la misma forma, en Fallo de 15 de julio de 2008, radicación 28872, la Corte Suprema casó una sentencia dictada a partir de un allanamiento, por encontrar contrario al principio de legalidad que una persona acepte cargos por una conducta agravada, cuando la agravante imputada no tiene ningún respaldo fáctico. En efecto, en el caso estudiado, una persona atentó contra la vida de otra utilizando un arma de fuego y, bajo esas circunstancias, le fue imputado el cargo de homicidio pero agravado por utilizar medios que generan peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad –*numeral 3º del artículo 104 del Código Penal*-. La Corte Suprema encontró que en el caso concreto el uso del arma de fuego no encuadraba en la agravante aplicada⁴⁵, y explicó que en tales situaciones los jueces podían anular el acto de allanamiento a cargos, pues más allá de la voluntad de las partes, prevalece el compromiso jurisdiccional con las garantías fundamentales. El juez, según esta decisión, no puede ser un *“simple convidado de piedra”*:

En segundo término, es desacertado afirmar que el juez de conocimiento no puede decretar la nulidad del acto de allanamiento, pues, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, cuando por decisión voluntaria del imputado se pone término a la investigación de manera anticipada, la actuación de la autoridad

⁴⁴ Las subrayas son propias del texto.

⁴⁵ Según la Corte: *“Así las cosas, y a la luz de los principios de terminación o taxatividad, como concreción del axioma constitucional de la legalidad, se tiene que la prohibición penal quedó delimitada, por disposición expresa del legislador, a la comisión y verificación de esas conductas, y no se hizo mención alguna a utilizar o usar. Entonces, al no haber sido prevista la utilización o el uso del arma como conducta punible autónoma, no es posible permitir que quede subsumida por el tipo penal de homicidio agravado.”*

judicial se contrae a dictar sentencia de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta nulidad del acto, o que sea manifiesta la vulneración de garantías fundamentales.

El juez en esos eventos no es un simple convidado de piedra que pueda limitar su actuar a individualizar pena. El debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial, como postulados superiores, exigen su plena observancia.

En esa misma dirección, en Fallo de Casación de 27 de octubre de 2008, radicación 29979, frente al cuestionamiento sobre si estaba permitida una participación activa del juez en pro de impulsar un ajuste en los términos del acuerdo, la Corte Suprema negó tal opción por estimarla contraria al principio acusatorio; pero, señaló que ello no impedía su intervención para respaldar la garantía de estricta jurisdiccionalidad, lo cual podía concretarse en rechazar el acuerdo, cuando por ejemplo, encontraba incongruencias desde el punto de vista de la imputación fáctica o jurídica, pues no podía sustentarse una condena a partir de verdades consensuadas o meramente formales. En ese sentido, expresó:

En este orden de ideas, ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales.

(...)

En este orden de ideas, si en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el nomen iuris de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo

subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación.

En esta decisión, también se resalta que, a diferencia del modelo procesal de tendencia norteamericana, en el colombiano el juez no es simplemente un protocolizador del carácter voluntario del negocio, pues también tiene compromisos con la verdad de lo sucedido:

...el principal reparo que, desde la doctrina (y en particular desde la teoría del garantismo penal), se le ha hecho al sistema de justicia consensuada estadounidense radica en el hecho de que la ausencia total de un control distinto a la verificación de la aquiescencia del imputado riñe con uno de los fundamentos democráticos de la legitimación del poder judicial, consistente en la función de averiguar la verdad procesal conforme a las garantías del debido proceso: (...)

En esa misma línea, en Fallo de Casación 31280, de 8 de julio de 2009, la Corte Suprema insistió en que la negociación requiere un grado mínimo de “*verisimilitud*” sobre la ocurrencia de la conducta imputada, correspondiéndole al juez descartar que el acto consensual esté impulsado, por ejemplo, por fines exclusivamente estadísticos o utilitaristas. En el caso estudiado, una persona se presentó voluntariamente ante las autoridades al día siguiente de cometer un homicidio y posteriormente se allanó al cargo de homicidio simple; su defensa, después, solicitó verificar si el procesado había actuado en legítima defensa y apuntó que el allanamiento obedeció a presiones ejercidas en contra de su representado. No obstante que ese alegato no fue acogido por el juez de conocimiento, al momento de la redosificación de pena, la fiscalía solicitó reducir la sanción porque el acto se cometió con exceso de legítima defensa, petición no aceptada en las instancias ordinarias. La Corte Suprema cuestionó la precaria labor

investigativa del acusador y que haya permitido un allanamiento en condiciones de incertidumbre sobre las verdaderas circunstancias que rodearon la comisión de la conducta⁴⁶, insistiendo en que, para una declaración anticipada de culpabilidad, se requiere un “grado racional de verosimilitud”; en ese sentido, precisó:

Aparejado a ello, si bien por esa misma asunción temprana de la responsabilidad penal, no se cuentan con suficientes elementos probatorios, pues precisamente la economía por no adelantar el juicio es la que se le premia al procesado con la rebaja punitiva, es claro que tal admisión de culpabilidad debe contar con un grado racional de verosimilitud.

La Corte Suprema, entonces, casó la decisión y redujo la condena, tras considerar que sí se presentó un exceso en legítima defensa⁴⁷.

⁴⁶ Apuntó al respecto: “El anterior recuento procesal le permite a la Sala evidenciar la ligereza o premura con la que actuó la Fiscalía, por cuanto era necesario para el momento de formulación de imputación haber ofrecido mejores elementos de juicio.

Si bien es cierto que el hecho objetivo de haber causado la muerte a otro no se trasmutó, es claro que una conducta amoldada a una descripción típica en ocasiones puede resultar no delictiva, por ello, el funcionario investigador debe distinguir entre establecer la muerte violenta de un hombre por otro y averiguar las circunstancias en que la misma se produjo, verificando si mediaron actos que le restaban toda ilicitud o que degradaban la responsabilidad.

Efectivamente, para el momento de la formulación de imputación la Fiscalía debió contar con el estudio de las particularidades del hecho, no con una apreciación en abstracto ante la muerte violenta de una persona, sino en concreto, no como hubieran podido ser los sucesos, sino como los apreciaron los protagonistas y lo develaban los datos objetivos.

Es sabido que la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente legitima el accionar del sujeto y conlleva la anulación del juicio de antijuridicidad, eximente de responsabilidad que no tiene cabida ante la desproporción en alguno de sus requisitos, bien entre la acción violenta y la reacción defensiva o en los medios elegidos para contrarrestar la agresión, obviamente, según las particularidades de cada caso, constituyéndose el exceso en la defensa legítima en una circunstancia calificada de la responsabilidad ante la menor graduación del injusto, pues el comportamiento de todas formas es delictivo, sólo que se disminuye o atenúa la pena.

En este caso, la falta de precisión del suceso permite deducir que el procesado no recibió, en principio, información veraz de las consecuencias de sus actos, precisamente por la precariedad investigativa del ente acusador para ese momento.”

⁴⁷ La Corte expuso que no anulaba lo actuado para que se volviera a realizar una correcta imputación, porque de procederse de tal forma el implicado debía soportar nuevamente la actuación, situación que no era necesaria pues si se aplicaba la diminuyente por exceso en la legítima defensa directamente por el juez de casación, el afectado obtendría inmediatamente la libertad por pena cumplida; explicó la Sala Penal: “Además, la inicial deficiencia en la labor investigativa de la Fiscalía redundaría en últimas en mayores cargas para el sujeto pasivo de la acción judicial penal al verse nuevamente avocado al proceso, máxime cuando al comparar las consecuencias de la segunda proposición condicional relacionada con

El mismo día en que se profirió la anterior decisión, esto es, el 8 de julio de 2009, la Corte Suprema también dictó la Sentencia de Casación 31531, en la cual se pronunció sobre la posibilidad de que, no obstante mediar un allanamiento, el juez contara con la competencia de declarar la inocencia del procesado, porque, por ejemplo, encuentra que la conducta cometida no cumple con el principio de lesividad. En efecto, según el caso que resolvió la Corte Suprema, una persona se allanó al cargo de porte de estupefacientes, en la modalidad de “llevar consigo”, bajo el siguiente soporte fáctico: “*El cinco (5) de agosto de dos mil ocho (2008), siendo las 4:25 de la tarde, en el sector de la carrera 18 con calle 51 de Armenia, agentes de la Policía Nacional sorprendieron al señor XXX cuando portaba 1.3 gramos de cocaína que llevaba en dos papeletas.*”

La Corte Suprema, más allá de los cargos que el defensor propuso en casación, consideró oportuno revisar oficiosamente el asunto, tras constatar una vulneración a las garantías fundamentales del procesado. Según la Corte, el asunto ameritaba una “*variación de un precedente jurisprudencial*”, pues hasta ese momento:

Tratándose de la Ley 906 y las sentencias producidas como resultado de las políticas del consenso o justicia premial, esto es, aceptación de cargos, preacuerdos y negociaciones (arts. 351, 352, 356 nral. 5º y 367 ejusdem), se ha sostenido de manera reiterada por jurisprudencia que la única opción que tiene el juez es la de proceder a dictar una sentencia de condena con la rebaja que corresponda o la de anular la actuación ante la evidencia de un error antecedente en la formulación de cargos.

Entonces, se requería modificar la tesis para precisar que en las salidas anticipadas de acuerdos y allanamientos, el hecho de renunciar a la práctica

aceptar la diminución de responsabilidad se advierte que el resultado de la libertad de XXX se obtendría ya no por una falla del sistema judicial, sino por el hecho evidente de haber cumplido la pena como pasa a explicarse: (...)”

de la prueba y al juicio oral, no implica ceder el derecho a un debido proceso y al “*debido probatorio*” -(*necesidad, licitud, legalidad de la prueba*)- como soporte de la sentencia penal⁴⁸; todo ello, enmarcado en el principio de prevalencia del derecho sustancial, de tal manera que, así medie un acuerdo o allanamiento, el juez puede absolver al procesado, si encuentra las siguientes situaciones:

Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena (necesaria, proporcional y razonable), o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía in malam partem, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del non bis in ídem, o en la que se hubiera consolidado una violación manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad (Sic) material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva, o por desconocimiento del principio de in dubio pro reo.

⁴⁸ En el año 2005, con la Sentencia C-1195, la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, al declarar exequible las expresiones: “*procederá a aceptarlo*” y “*sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes*” contenidas en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, también insinuó que no obstante presentarse un allanamiento a cargos o un acuerdo, el juez estaba facultado para definir el caso de conformidad con el conjunto de medios probatorios y que sólo se podía condenar si el conocimiento estaba más allá de toda duda: “*En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley. (...)*

“En todo caso, es oportuno señalar que según lo previsto en el Art. 380 de la Ley 906 de 2004 el juez deberá valorar en conjunto los medios de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida, conforme a los criterios consagrados en la misma ley en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del Art. 381 ibídem, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”

En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas.

Hasta ese momento, adicionalmente, la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema sobre intervención judicial en acuerdos y allanamientos, seguía los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en precedentes como la Sentencia C-1260 de 2005, en la cual analizó la posibilidad que tiene el implicado de renunciar a los derechos a la no autoincriminación y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial, descartando que ello quebrante disposiciones constitucionales:

*Para la Corte es claro entonces, que la posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la **celebración de acuerdos** entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor (negrillas agregadas).*

Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos (Sic) además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución.

Esta argumentación le permitió a la Corte Constitucional concluir que no le estaba permitido al fiscal “*construir tipos penales*” trastocando los elementos fácticos y reales de la conducta:

...la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor.

En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente.

Igualmente, la jurisprudencia ordinaria tenía como punto de referencia la Sentencia C-516 de 2007 de la Corte Constitucional, atinente a los derechos de las víctimas en el proceso penal, en la cual, además de precisar que los acuerdos son instrumentos de simplificación procesal y no de disposición de

la acción penal⁴⁹, señaló que la intervención de la víctima propicia que lo acordado esté lo más cerca posible a la verdad: *“La inclusión del punto de vista de la víctima resulta también valiosa para rectificar información aportada por la defensa y por la fiscalía que puede conducir a evitar una sentencia injusta que no se adecue a la verdad de los hechos y su gravedad.”*

En esta decisión, también se recalcó que los derechos de las víctimas implican límites a las partes en el acuerdo, específicamente, en los alcances de imputación de la conducta:

Si bien como se anotó en aparte anterior los mecanismos de negociación no están fundados en la aplicación de un principio dispositivo sobre la acción penal, sino en el consenso y en la disposición sobre algunos aspectos de la imputación, de sus consecuencias, y de las etapas del procedimiento, su aplicación conlleva a decisiones con enorme impacto sobre los derechos de las víctimas.

En una retroalimentación de criterios, la Corte Constitucional también acogió los desarrollos jurisprudenciales decantados sobre el tema de acuerdos por la Corte Suprema de Justicia, al proferir la Sentencia C-059 de 2010 y definir una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 349 de la

⁴⁹ Al respecto, señaló: *“No incorporan [Los acuerdos] el ejercicio de un poder dispositivo sobre la acción penal, sino la búsqueda, a través del consenso, de alternativas que permitan anticipar o abreviar el ejercicio de la acción penal”.*

En una posición contraria a lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, en Fallo de 8 de octubre de 2008, radicación 30267, sostuvo que los acuerdos sí expresan una disposición de la acción penal: *“De otro lado, si la terminación abreviada lo es por la senda del preacuerdo o la negociación, la Sala ve claro que ninguna injerencia puede tener la víctima en los términos del acuerdo, en la medida en que es un acto de disposición de la acción penal, exclusivo y excluyente de fiscal e imputado, que -hasta antes de su aprobación por el juez de conocimiento- puede dar lugar a la retractación por parte de alguno de los intervinientes, descartándose como tal a la víctima, pues exótico sería siquiera pensar que ésta pueda retractarse de algo donde no ha tenido participación.”*

Es claro que se trató de un obiter dicta, en tanto el tema a resolver consistía en determinar si era posible un incidente de reparación integral cuando el fallo de primer grado es absolutorio y el de segunda instancia condenatorio y, en caso afirmativo, cómo procesalmente debía actuarse, para garantizar los derechos de las víctimas.

Ley 906 de 2004⁵⁰. La Corte Constitucional, citando entre otros el Fallo de 10 de mayo de 2006, radicación 25389⁵¹ de la Corte Suprema de Justicia -antes estudiado-, realizó un resumen de las características del modelo de acuerdos que rige en Colombia:

La Corte Constitucional ha considerado en materia de acuerdos y preacuerdos lo siguiente (i) la existencia de estas figuras no vulnera, per se, el derecho fundamental al debido proceso; (ii) el fiscal no cuenta con una libertad absoluta al momento de adecuar la conducta punible; (iii) a los hechos invocados en su alegación conclusiva, el fiscal no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente; (iv) la intervención de las víctimas en los acuerdos y preacuerdos debe ser compatible con los rasgos esenciales del sistema penal de tendencia acusatoria; (v) no existe una necesaria coincidencia de intereses entre la víctima y la Fiscalía, situación que debe ser tomada en cuenta en materia de preacuerdos; (vi) si bien la víctima no cuenta con un poder de veto de los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa, tiene derecho a ser oída e informada acerca de su celebración; (vii) en la valoración del acuerdo, el juez velará porque el mismo no desconozca o quebrante garantías fundamentales del imputado y de la víctima; y (viii) en determinados casos, el legislador puede restringir o incluso prohibir la celebración de acuerdos o preacuerdos.

Se apreciaba así, hasta ese momento, un acercamiento de criterios entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en lo referente a los límites que podía aplicar el juez frente a los actos dispositivos, con miras a

⁵⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, “ARTÍCULO 349. IMPROCEDENCIA DE ACUERDOS O NEGOCIACIONES CON EL IMPUTADO O ACUSADO. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese 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.

El problema constitucional que resolvió la Corte Constitucional, consistió en definir si esta disposición generaba un trato discriminatorio e inconstitucional frente a los delitos que no implicaban incremento patrimonial y donde no se podía acceder a una rebaja por devolución y aseguramiento de las sumas apropiadas.”

⁵¹ En la Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA se lo menciona, por equivocación, con el radicado 25248.

hacer efectivos los derechos de las víctimas y las garantías fundamentales, especialmente el principio de legalidad.

Luego, en el año 2012, el desarrollo jurisprudencial fue impactado por nuevos razonamientos que sugieren posibilidades más restrictivas de intervención del juez en los acuerdos o allanamientos. De hecho, sin que expresamente mediare una corrección o variación jurisprudencial al respecto, la Corte Suprema de Justicia entró a aplicar nuevos parámetros de análisis como el “*deber de lealtad*”, la “*ontología del sistema*”, la “*sistemática procesal*” o la “*filosofía*” del modelo acusatorio, los cuales, en una morigeración de postulados anteriores, otorgan mayor espacio a las partes y menos margen de maniobra al juez⁵².

Así, en Auto de Casación 33145 del 17 de octubre de 2012⁵³, la Corte Suprema encontró oportuno aclarar que los acuerdos deben sujetarse a un “*deber de lealtad*”, a partir del cual, lo acordado es vinculante tanto para las partes como para el juez:

Por esto tiene establecido que la limitación al derecho a controvertir los aspectos aceptados o concertados con la Fiscalía, se erige en garantía de seriedad del acto consensual y expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, única manera de que el sistema

⁵² La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, ha venido entendiendo que una característica básica del sistema procesal adversarial, consiste en que la intervención judicial es “*la mínima posible*” frente a la forma en que se produce la verdad, esto es, con el debate contradictorio propio de las partes: “3. *La defensa demostró que el juzgador intervino en múltiples ocasiones en la práctica de las pruebas, algunas de las cuales, en verdad, se muestran cuando menos inconvenientes. No obstante, ya se dijo y se reitera, esas posturas no incidieron negativamente en los derechos de la parte defendida, lo cual no impide que la Corte haga un llamado de atención para que los jueces se abstengan de incurrir en esas prácticas, extrañas en un proceso eminentemente de adversarios como el de la Ley 906 del 2004, cuya esencia llama a que la intervención judicial sea la mínima posible, en la medida en que su convicción, su conocimiento, debe formarse a partir de las pruebas que los contrarios practiquen en su presencia.*” Fallo de casación penal de 18 de abril de 2012, radicación 38020.

⁵³ Es preciso apuntar que en este Auto se inadmitió una demanda de casación por falta de interés de la parte recurrente, en tanto discutió en casación temas que no propuso al juez de segunda instancia.

pueda ser operable, pues de permitirse que el implicado continúe discutiendo ad infinitum su responsabilidad penal, no obstante haber aceptado los cargos imputados, el propósito político criminal que justifica el sistema de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a través de los acuerdos, y de obtener ahorros en las funciones de investigación y juzgamiento, se tornaría irrealizable. [...]

Cabe advertir que la aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

Igualmente, al encontrar la Corte Suprema que el sistema de justicia penal no avanzaba según las expectativas de descongestión que suponía la incorporación del sistema penal acusatorio, comienza a expresar un especial interés por impulsar las salidas rápidas de los acuerdos y allanamientos, formulando reclamos, en principio al ejecutivo y al legislativo, por restringir la utilización de estas figuras en casos específicos como, por ejemplo, los delitos que involucran menores de edad⁵⁴. En el año 2012, sus esfuerzos

⁵⁴ En el Fallo de Casación 29053, de 5 de noviembre de 2008, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, al analizar un caso de un delito sexual cometido contra un menor de edad, llamó la atención a la forma en que el legislador restringía la posibilidad de negociar o allanarse en este tipo de conductas, precisando que de seguir en esa tendencia muy pronto el sistema judicial entraría en colapso: *“Lo anterior, sin perjuicio de advertir cómo de manera paulatina últimamente el principio acusatorio se ha venido a menos, a través de la introducción de múltiples excepciones a la que, en un comienzo, no solamente se consideró como regla general sino también columna vertebral del nuevo sistema de procesamiento penal, esto es, la posibilidad de lograr el proferimiento de fallos de conformidad con el acusado, el allanamiento a cargos o la celebración de acuerdos y preacuerdos con la Fiscalía”.*[...]

“La Corte hace saber que de continuar esta tendencia [prohibir las negociaciones o beneficios por allanamientos], los procesos penales que en condiciones de normalidad deberían terminar a la mayor brevedad posible a través de sentencias anticipadas proferidas de conformidad con el imputado, por fuerza de una normativa expedida sin contar con estudios criminológicos, sociológicos o estadísticos previos que le sirvan de fundamento, deben continuar su curso en etapa de juicio, surtir todas las fases ordinarias del trámite, y llegar incluso a casación, con el resultado de generar mayores grados

por brindar un tratamiento más rápido a los conflictos penales, se extienden al interior de la justicia ordinaria, gestando una postura en la cual defiende con más vehemencia la tesis según la cual, el juez no puede intervenir en los actos de parte, describiendo como tales a la formulación de acusación, al allanamiento y a los acuerdos.

Así, en Fallo de Casación de 6 de febrero de 2013, radicación 39892, la Corte Suprema señaló que el acuerdo y el allanamiento se asimilan al acto de acusación y por ello, no pueden ser objeto de cuestionamiento por las partes o el juez –*el acto de acusación sólo es materia de aclaración, adición o corrección, según el artículo 339 de la Ley 906 de 2004*^{55 56}-. En el caso concreto, la Corte Suprema cuestionó que los jueces hubiesen anulado un acto de imputación y, en consecuencia, el allanamiento que posteriormente se realizó, por estimar que debió imputarse por la conducta de homicidio agravado y no en la modalidad simple, acogiendo así la tesis de la víctima y del ministerio público. La anulación de la imputación condujo a que el caso se tramitara por la vía ordinaria, donde en primer grado el acusado fue

de congestión en los despachos judiciales, incluyendo por supuesto a la Corte, con evidente perjuicio para los derechos de las víctimas, los acusados y el conglomerado en general, pues mientras la sentencia no se encuentre en firme, no resulta de obligatorio cumplimiento.”

Este criterio sobre el fin práctico de los acuerdos y allanamientos frente al grado de congestión del sistema de justicia penal, fue reiterado en el Fallo de Casación de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, radicación 33254, de 27 de febrero de 2013.

⁵⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO: “Artículo 339. Trámite. Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. (...)”

⁵⁶ Apuntó la decisión al respecto: “1. La jurisprudencia ha trazado una línea de pensamiento, conforme con la cual la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal.

Lo anterior, porque la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar. En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.”

condenado por homicidio simple, para luego en segunda instancia recibir sanción por la modalidad agravada. La Corte Suprema casó la decisión, tras considerar que la agravante aplicada no tenía sustento probatorio ni jurídico:

No admite discusión, en consecuencia, que no existían elementos probatorios ni jurídicos para estructurar la agravante del estado de indefensión o inferioridad respecto del homicidio cometido en XXX, razón por la cual las partes e intervinientes y el juez de conocimiento estaban impedidos para intervenir en la adecuación típica de la Fiscalía, que fue admitida por el procesado en el acto de imputación de cargos, razón por la cual el juez de primera instancia acertó al descartar el homicidio agravado y deducir el simple, reconociendo, a su vez, el descuento punitivo por el allanamiento que se hizo en la primera fase del proceso.

En la decisión, se cuestiona al juez por haber impedido el allanamiento, insistiendo en que debió respetar la imputación jurídica y fáctica propuesta por el ente acusador; pues si bien, se permite un control jurisdiccional para proteger “intereses superiores”, tal intervención debe estar probatoriamente acreditada:

La trasgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente y mejor.

Ahora bien, la citada providencia se profiere en sede de casación y luego de que se tramitó la plenitud del proceso ordinario, situación que le permitió a la Corte Suprema determinar que no existían pruebas frente a la calidad agravada de la conducta. Pasó por alto la Corte, no obstante, que tal grado de consolidación probatoria no existe en el momento de la imputación, en el

cual, además, el fiscal no está obligado a dar a conocer las evidencias que soportan la respectiva imputación. Esto llevaría a suponer que, siguiendo ese criterio jurisprudencial, al no existir tal nivel de soporte probatorio en la imputación, difícilmente el juez puede ejercer control material sobre el acto dispositivo.

En esa dirección, mediante Fallo de Casación de 19 de junio de 2013, radicación 37951, donde le correspondió resolver sobre si resultaba ajustado que frente al allanamiento a dos cargos diferentes⁵⁷, se avalara esta figura respecto a uno de ellos y se invalidara con relación al otro, la Corte Suprema⁵⁸ apuntó que la intervención del juez en la actuación quebrantó “*la lógica conceptual y de roles del sistema acusatorio*”, en tanto:

(...) una vez definida la formulación de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía y particularmente cuando han sido aceptados por el imputado, no tiene cabida en el modelo acusatorio que el juez se ocupe de aquello que no le compete. Por tanto, cuando invalida la imputación para que en su lugar sea complementada como en su opinión corresponde, está, nada menos, que controlando materialmente la acusación.

Así mismo, en Auto de Segunda Instancia, de 14 de agosto de 2013, radicación 41375, donde le correspondió analizar si el acto de acusación podía ser objeto de nulidad por el juez de conocimiento⁵⁹, la Sala Penal

⁵⁷ Estímulo a la prostitución de menores y trata de personas.

⁵⁸ Es preciso apuntar que la Corte dejó en firme la decisión, pues si bien se incurrió en un yerro, el mismo resultaba intrascendente: “5. De esta manera se tiene que, pese a quebrantarse la lógica conceptual y de roles del sistema acusatorio en punto a la calificación jurídica de la conducta, no se conculcaron las garantías fundamentales del implicado, toda vez que su derecho de defensa puede ejercerse a plenitud en la actuación derivada de la ruptura de la unidad procesal, lo que incluye la posibilidad de interponer los recursos de ley, y la condena emitida en su contra se ajusta al contenido de la manifestación de aceptación de responsabilidad. Entonces, se insiste, no se vislumbra la trascendencia necesaria para retrotraer las diligencias, ello sin mencionar lo precisado por los no recurrentes en el sentido de la existencia del instituto de la acumulación de penas, el cual acarrea que eventualmente dicho asunto culmine con un resultado idéntico a aquel aquí propuesto desde el inicio.”

⁵⁹ Se trataba de una fiscal a quien se acusó de tener “...nexos con XXX, alias “XXX”, jefe de la banda criminal “Los Urabeños”, pues al parecer acordaron adelantar operaciones mancomunadas de

aprovechó la oportunidad para:

...consolidar su posición relativa a que el escrito de acusación, por su naturaleza, no es susceptible de ser declarado nulo en tanto, como petición de parte, no podría estar afectado de invalidez y sobre todo cuando las pretensiones de los distintos intervinientes en el proceso delineado en la Ley 906 de 2004, no están sometidos a control material por la judicatura.

En esta decisión, con apoyo en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, según el cual: “*Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación*”, la Corte Suprema extendió el anterior criterio también a las salidas anticipadas del proceso, señalando que:

...ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio”, advirtiendo que todo esto como parte de una “ontología del sistema penal acusatorio” o de una concepción propia de una “perspectiva sistémica” del modelo acusatorio colombiano.

No obstante, aclaró que ante eventos de “*extrema connotación*”, es posible la intervención del juez para proponer aclaraciones al acto. En ese sentido, expresó que: “*...puede excepcionalmente el juez requerir su aclaración formal a unos lineamientos que habiliten su comprensión. Pero esto, se*

narcotráfico, le brindó información acerca de las gestiones estatales encaminadas a materializar las órdenes de captura libradas en su contra y lo asesoró para la postulación ante Justicia y Paz de varias personas que con él actúan en la clandestinidad. Adicionalmente, las averiguaciones dilucidaron la manera en que la funcionaria agotó contactos con autoridades públicas y personas particulares para anunciarles que serían objeto de señalamientos de apoyo a grupos paramilitares en procesos penales con el fin de presionarlos, ya bien fuera en la toma de decisiones o para la entrega de dinero, además en múltiples actuaciones a su cargo supuestamente profirió algunas providencias contrarias a derecho que favorecieron a miembros de organizaciones al margen de la ley, se abstuvo de emitir determinaciones respecto de personas privadas de la libertad en aras de propiciar el vencimiento de términos, destruyó diferentes piezas procesales y alteró su contenido, entre otras irregularidades.”

resalta, solo ante un escenario que conjure la finalidad del juicio por la presencia de aspectos objetivos que conlleven a que sea inútil su realización”.

Ese criterio aparece consolidado en el Fallo de Tutela 69478 de 24 de septiembre de 2013, en un caso donde le correspondió a la Corte Suprema determinar si resultaba acertado que un tribunal improbara un acuerdo por no compartir la calificación de cómplice dada a la imputada y estimar que, según la realidad expuesta en la actuación, realmente se trataba de un fenómeno de coautoría⁶⁰. Por mayoría de una de sus Salas de Tutelas, la Sala Penal consideró que una intervención de ese estilo violaba el debido proceso de la imputada, pues representaba una intervención indebida del juez en un asunto de estricta competencia de las partes. Para esa Sala, una interferencia de ese tipo quebranta los presupuestos propios de la “*filosofía*” y de la “*teleología*” del sistema acusatorio⁶¹:

⁶⁰ Según los hechos tratados en el caso: “...el 3 de octubre de 2012, encontrándose de su lugar de residencia (...) [xxx] le solicitó a su empleada de servicio (...) que le permitiera llevar a su hija a un control médico de desarrollo e higiene oral, petición a la cual accedió autorizándola (...). No obstante, la indiciada en lugar de hacer lo dicho la llevó a almacenes éxito (...) donde le compró un disfraz, salieron y se montaron en una camioneta de color rojo (...) la llevaron a un lugar donde había cama, televisor y baño, le hicieron poner el disfraz y le quitaron su ropa, luego un sujeto que era el supuesto médico la acarició (...). Posteriormente, sacaron a la niña (...) abordaron un taxi y llegaron a la casa siendo las 3:00 pm”

⁶¹ No obstante, la misma CORTE SUPREMA COLOMBIANA, SALA PENAL, a manera de *obiter dicta*, en Fallo de Casación de 27 de febrero de 2013, radicación 33254, había expuesto un criterio diferente, expresando que las figuras dispositivas, específicamente los acuerdos y allanamientos, no son parte estructural o fundamental del modelo acusatorio, sino instrumentos con fines netamente utilitaristas: “La concesión de rebajas de pena por aceptación unilateral o preacordada de cargos, hay que decirlo, no es inherente a la caracterización acusatoria del proceso --cuyos rasgos definitorios se reducen a: i) el ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez; ii) la delimitación del proceso en fases de investigación y juzgamiento, conferida a organismos diferentes, con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador, y iii) la relativa vinculación del Tribunal a las pretensiones de las partes---. Sin embargo, la correcta funcionalidad de los allanamientos y preacuerdos --así como del principio de oportunidad-- sí constituye un componente de suma importancia para el logro de una justicia eficaz y eficiente, como lo pretendió el constituyente derivado.

No obstante, haciendo abstracción de dicha realidad y denotando una absoluta falta de consistencia en la política criminal --caracterizada por ser reactiva; carente de fundamentación empírica; incoherente; alejada de una perspectiva de derechos humanos; tendiente al endurecimiento de penas; poco reflexiva frente a los desafíos del contexto colombiano y subordinada a la política de seguridad-

Dicho de otra manera, la teleología del sistema procesal penal que el legislador acogió a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y que se implementó mediante la Ley 906 de 2004, propende por superar la concentración de poderes del funcionario judicial que ordenaba y practicaba pruebas, controlaba la acusación y juzgaba; así como también a propiciar la terminación de la mayor cantidad posible de procesos por la vía de preacuerdos y aceptaciones de imputación.

Bajo este panorama, se concluye que las decisiones judiciales cuestionadas, en efecto, desconocieron el derecho fundamental del debido proceso, por cuanto se profirieron al margen de la filosofía así como de las normas y la jurisprudencia vigente que regulan la limitación del juez en ejercicio de la función del control de la terminación del proceso como consecuencia del preacuerdo, lesionando así la garantía procesal de la imparcialidad de la cual es titular la demandante.

La decisión, no obstante, reconoce que el asunto referente a los límites del juez y de las partes frente a un acuerdo o declaración de culpabilidad no está claramente precisado en la jurisprudencia, de tal forma que “*la postura no ha sido pacífica*”, convalidando lo anterior el salvamento de voto que a la providencia hizo el magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, para quien existen fundamentos normativos y jurisprudenciales que permiten la intervención del juez cuando el acto de negociación atenta contra el principio de estricta tipicidad:

El límite sobre el cual ha de realizarse la transacción que para el preacuerdo permite el artículo 350 del C de P.P., no es otro que el de la tipicidad estricta, esto es, la calificación jurídica que le corresponde a la conducta óptica. Si la tipicidad adolece de algún error, el fiscal unilateralmente puede ajustarla, pero siempre conforme a derecho, pues no puede considerarse como parte de la justicia premial la tipificación arbitraria de la conducta, de darse este último supuesto el operador de justicia debe ejercer control

*las iniciativas legislativas en materia penal y procesal penal, a la batuta de un exacerbado populismo punitivo, han venido restringiendo las posibilidades de aplicación de mecanismos de justicia premial, sin considerar que, lejos de avanzar en el afianzamiento de una pronta, cumplida y adecuada justicia, están perjudicando la funcionalidad del sistema y consolidando su **inoperancia**.*”

material en el ámbito legal con trascendencia en el orden constitucional (C. S. de J., Sentencia de 1º de junio de 2006, M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, Rdo. 24.764).

Ese mismo enfoque mayoritario, también aparece en la decisión de Segunda Instancia 39886 de 16 de octubre de 2013, donde la Corte Suprema resolvió una apelación frente a la decisión de un tribunal consistente en no precluir una investigación penal contra un juez que fue acusado de los delitos de prolongación ilícita de privación de la libertad, prevaricato por acción y abuso de función pública. Según los hechos del caso, el juez investigado penalmente, en un asunto que tuvo bajo su conocimiento, invalidó una imputación por estimar que la conducta cometida correspondía al tipo de hurto y no al de receptación que imputó la fiscalía. Para efectos de resolver, la Corte enfatizó en que uno de los elementos “*ontológicos*” del principio acusatorio, consiste en “*la separación definida de los roles*” entre acusador y juez⁶² y este “*...se desdibuja cuando el juzgador se ocupa de corregir, cuestionar o enmendar –a su manera- el contenido de la acusación*”, aclarando que la primera tendencia jurisprudencial antes reseñada, donde se avalaba una intervención del juez en tales asuntos, constituía una expresión “*equivocada*” del sistema acusatorio:

Se dice equivocada porque cuando el juez se ocupa de este tipo de menesteres, la lucha contra el crimen y la impunidad, invade las responsabilidades del fiscal y así desvertebra el sistema adversarial ya que destruye el principio acusatorio, puesto que se acerca de manera inapropiada al cometido institucional y misional de una las dos partes en contienda.

Apuntando que una separación fuerte entre los roles de acusador y juez, deviene en un postulado aplicable tanto para escritos de acusación como en

⁶² Preciso: “*Este último, la separación definida de los roles, resulta ser el toque distintivo más importante, por tanto se ubica la carga de la imputación y de la prueba en cabeza de la Fiscalía como parte del principio acusatorio, concepto que no estuvo ausente en la configuración de nuestro modelo adversarial, sino que alentó su adopción, tal como se puede comprobar en sus discusiones*”.

acuerdos y allanamientos⁶³, la Corte Suprema insistió en que ello corresponde a la “sistematicidad” del modelo acusatorio y es coherente con los efectos utilitarios que también persigue:

Con dicha licencia para invalidar las formulaciones de imputación libremente aceptadas por el procesado, se desvertebra la sistematicidad del proceso adversarial, en tanto se coloca al juez en la condición de co-acusador ya que se le autoriza a que exprese, con carácter vinculante, su propia teoría del caso, invadiendo la órbita requirente que le está asignada con exclusividad al fiscal; y, de paso, se produce una consecuencia altamente nociva para la operatividad del esquema, pues se altera el flujo de casos que se espera se tramiten por la vía del proceso abreviado, sin dejar de mencionar las enormes dificultades en que queda la Fiscalía en materia de demostración de una teoría del caso que no es la suya, sino la del juez que decretó la nulidad.

Precisó, en igual sentido, que una intervención del juez en los acuerdos o allanamientos “desnaturaliza el proceso adversarial (...) ampliando de manera considerable la congestión judicial [y] contribuye[ndo] a la crisis carcelaria y por ende a la reducción de credibilidad en el sistema judicial penal;(...)”.

A partir de lo expuesto, la Corte Suprema estimó que en el caso estudiado, el juez investigado incurrió en una “equivocación realmente grave”, tras haber “...variado la imputación fáctica, al ordenar, como consecuencia de la nulidad, que se le imputaran cargos a XXX, no por la conducta de

⁶³ Apuntó al respecto: “Luego, la conclusión preliminar es que el escrito contentivo de la acusación – en lo referente a procesos ordinarios- no tiene control material por parte del juez de conocimiento. No obstante lo anterior, de la sistemática procesal surge incuestionable que el acta en que se recoge la aceptación de la imputación realizada, equivale al escrito de acusación, tal como lo determina el artículo 293 de la Ley 906 de 2004.”

receptación sino por el delito de hurto”, apuntando, adicionalmente, que se trató de un error en la “concepción jurídica y filosófica del sistema”⁶⁴.

Nuevamente, el magistrado EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER aclaró el voto, resaltando las posibilidades de control judicial que pueden aplicarse frente a acuerdos y allanamientos, en la misma línea expuesta en su aclaración a la Decisión 69478 de 24 de septiembre de 2013⁶⁵. En esta

⁶⁴ Le reprochó, específicamente: “Bajo estos parámetros equivocados de comprensión, un juez preocupado por la protección de la sociedad y por el éxito de la lucha contra la impunidad y sobre todo, por la concreción de un derecho a la justicia –la expectativa cierta de la víctima de que su ofensor será sancionado con una pena proporcional al daño que causó-, no podría, ni permitir que la condena fuera más baja de lo “justo” ni que la sentencia no abarcara todos los delitos que él advierte, y menos aún otorgar libertades, máxime cuando puso en duda su posible competencia para concederla.”

⁶⁵ Según la aclaración de voto: “2. En el sistema acusatorio las garantías fundamentales de las partes o intervinientes no pueden ser vulneradas en los procesos abreviados u ordinarios de la Ley 906 de 2004. El ordenamiento jurídico en esa materia le impuso al juez el deber de hacer control material para salvaguardarlas.

Y ello es así mientras la Carta Política establezca que el Estado Colombiano es de derecho (artículo 1°), que la Constitución es norma de normas (artículo 4°), que debe prodigarse en los procesos judiciales igualdad de trato jurídico (artículo 13), que el juzgamiento tiene que adelantarse en forma debida y con respeto por las garantías establecidas para las partes e intervinientes (artículo 29), asignándose a los jueces y magistrados el sagrado deber de administrar justicia (artículo 103, modificado por el 1° del Acto Legislativo 03 de 2002), misión en la que ha de hacerse prevalecer el derecho sustancial (artículo 228).

Y, también lo es así, que el control constitucional del juez implica control material, porque para que en los procesos penales se realice la justicia como valor, garantía y derecho fundamental, los principios referidos en el párrafo anterior también los ha desarrollado la Ley 906 de 2004 y las normas que la han modificado, al establecer que los jueces deben orientar sus decisiones por el “imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (artículo 5°), la legalidad (artículo 6°), el respeto de los derechos fundamentales “de las personas que intervienen”, la eficacia de la justicia, la prevalencia del derecho sustancial, la no autorización de acuerdos o estipulaciones que impliquen “renuncia de los derechos constitucionales”, la facultad de corrección de los jueces de garantías y de conocimiento debe circunscribirse a los “derechos y garantías de los intervinientes” (artículo 10° y 136), que las víctimas conozcan la verdad, se administre justicia en el problema jurídico en el que están inmersos y se respete el derecho a la reparación, además “que se consideren sus intereses al adoptar una decisión” (artículo 11), la aceptación de cargos y las negociaciones deben “aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento” (artículo 348), de tal manera que “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales” (artículo 351 inciso 4°), previsión esta que está estrechamente ligada con el principio general que la Fiscalía debe adecuar “su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley” (artículo 115) y como deber específico debe “[P]roceder con objetividad” (artículo 142).

La Ley 906 de 2004 prohibió en los procesos penales los controles sobre el error en el nomen iuris, la congruencia y las garantías fundamentales en los procesos ordinarios y abreviados. Los principios y las reglas señaladas le permiten al fiscal ser el titular de la acción penal y al juez como el que tiene el deber de administrar justicia en el caso concreto, al primero lo faculta para promover la investigación

ocasión, estuvo acompañado por la magistrada MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ, quien manifestó no compartir la posición mayoritaria según la cual resultaba “equivocada” la primera tendencia jurisprudencial sobre las posibilidades de intervención judicial en acuerdos y allanamientos. Al respecto, apuntó:

Definitivamente no puedo compartir las afirmaciones encomilladas [refiriéndose a las expresiones que calificaron “equivocada” la anterior tendencia] en cuanto estimo que, subrayo, por manera alguna la sistemática del proceso acusatorio y el rol que desarrolla el juez en su seno, determinan un distanciamiento de su compromiso en la lucha contra la criminalidad y la impunidad y, todavía menos, que ello sea exclusivamente del resorte de la Fiscalía General de la Nación como desatinadamente allí se asegura. Peor aún: que el afianzamiento del sistema precipite hacia un juez invidente, cuya función exclusiva sea la de sopesar en forma mecánica las teorías del caso y las pruebas ofrecidas por las partes, obrando como mero solucionador de un conflicto que le es totalmente ajeno.

La nueva tendencia, sin embargo, continuó su consolidación en la Decisión de Segunda Instancia de 20 de noviembre de 2013, radicado 41570, donde, al revisar un Auto de un Tribunal que improbo un acuerdo por estimar excesivas las concesiones dadas al procesado⁶⁶, la Corte Suprema sostuvo

comunicando los supuestos de hecho con trascendencia en el ámbito penal y de ahí en adelante la relación jurídica procesal que surge genera derechos, obligaciones y deberes procesales que cuidadosamente deben ser ejercidos por el juez, el fiscal, las demás partes e intervinientes para el servicio de la justicia material.”

No obstante, indicó que se trató de una aclaración de voto, pues comparte que una intervención judicial en materia de acuerdos y allanamientos, requiere de un fundamento probatorio debidamente acreditado: “La trasgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como ocurrió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente y mejor.”

⁶⁶ “Postula el Tribunal, que al hacer un control material de los términos en que quedó fijada la negociación, se advierte que las “sanciones convenidas son manifiestamente ilegales”, pues a más de concederle al procesado una disminución de hasta la mitad de la pena por la degradación de autoría a complicidad en el cargo que por concusión éste aceptó, se “descartó” la circunstancia de mayor punibilidad relativa a la coparticipación criminal que le fuera adicionada en la acusación,

que la revisión de legalidad de este tipo de actos procesales, debe partir de un marco estricto de verificación de garantías fundamentales, sin que puedan invocarse otras razones superiores:

Es decir, contrario a lo considerado por el a quo, el pacto no puede ser improbadado por la autoridad judicial por consideraciones de índole distinta al quebrantamiento de garantías fundamentales, único factor a considerarse en este aspecto, y como quiera que el Tribunal no acreditó que el acuerdo celebrado el 8 de abril del presente año entre la Fiscalía y el acusado vulnerara algún principio o derecho, no le era dable improbar los términos de tal negociación por razones de conveniencia, haciendo alusión a que se trataba de “beneficio[s] excesivos... que desluce[n] el nombre de la administración de justicia”.

Y, en un caso de allanamiento⁶⁷, donde previo a que se dictara sentencia se allegaron elementos probatorios que sugerían que la conducta procesal del imputado estuvo influenciada por presiones de un superior político y jerárquico –*un alcalde*-⁶⁸, la Corte Suprema ratificó que en este tipo de actuaciones las únicas razones válidas para interferir jurisdiccionalmente radican en “*vicios de consentimiento o vulneración de derechos*”⁶⁹, agregando que tales vicios deben analizarse según los conceptos de error,

ocasionando “una triple rebaja que, a la luz de la normativa y la jurisprudencia... no resulta admisible”, en tanto el Juez al quedar atado a “unos guarismos determinados” se le “cercen[ó] la posibilidad de fijar los ámbitos de movilidad y ponderar aspectos” tales como la gravedad de la conducta, misma que de haber sido correctamente reconocida en el acuerdo obligaría a la autoridad judicial a situarse en los cuartos medios, cuyo mínimo es de 73 meses y 16 días.”

⁶⁷ El imputado se allanó a cargos por los delitos de peculado por apropiación en concurso con falsedad en documento público.

⁶⁸ Según la sentencia: “*Previamente a que tuviera lugar dicha audiencia [la de lectura del fallo], el delegado del Ministerio Público, el 19 de noviembre de 2010, presentó un escrito ante el Juez de conocimiento en el que informaba que de acuerdo con la declaración rendida por el procesado ante la Procuraduría Provincial, dentro del trámite propio de la acción disciplinaria, éste había manifestado que su aceptación de responsabilidad fue el producto de “presiones, manipulaciones y ofrecimientos de dinero” por parte del alcalde del municipio de Restrepo, para lo cual allegó copia de tales declaraciones, así como de un recibo de consignación a favor de la Fiscalía General de la Nación por el monto de \$23.000.000 correspondiente al dinero que presuntamente recibió del burgomaestre para que se achacara toda la responsabilidad en el hecho y no lo involucrara.*”

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, Fallo de Casación, radicación 39834, de 20 de noviembre de 2013.

fuerza y dolo, desarrollados en los artículos 1508 a 1510 del Código Civil⁷⁰. Concluyó que, bajo ese contexto, “... [d]e los motivos que aduce el procesado como la causa para que se allanara a cargos, ninguno corresponde a error, fuerza o dolo”, agregando en ese sentido que:

(...) ni el pago de una suma de dinero, ni el presunto desconocimiento de las consecuencias que acarrearía la declaración de culpabilidad, estructuran un vicio en el consentimiento por parte el aquí acusado, en primer lugar, porque el ofrecimiento del dinero que finalmente recibió, no estuvo acompañado de violencia física o moral que le infundiera temor, al extremo que no tuviera otra salida que la de inculparse de los hechos para evitar responsabilizar de los mismos al alcalde local, sino que fue el resultado de la aceptación de una propuesta que le hizo el mandatario municipal por conducto de uno de sus asesores.

En esa misma dirección, aparece el Fallo de Tutela 70712 de 4 de diciembre de 2013, Sala de Tutelas No. 1 de la Sala Penal de la Corte Suprema, en una intervención frente a los casos del denominado “*Carrusel de la contratación*”⁷¹, donde revocó un Auto del Tribunal Superior de Bogotá que anuló un acuerdo que la Fiscalía suscribió con un concejal involucrado en tales hechos. El Tribunal estimó que la conducta se imputó como cohecho propio e interés indebido en la celebración de contratos, sin agregar la agravante relacionada con la afectación de bienes destinados a utilidad

⁷⁰ Invocó, al respecto, jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA sobre la materia: “*La Corte Constitucional [fallo C-993 de 2006] al resolver una demanda de inconstitucional contra los artículos 1509 y 1510 de dicho estatuto, tuvo la oportunidad de reiterar la definición de tales conceptos así:*

“La fuerza o violencia es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma.

El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca un error en él.

El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento”.”

⁷¹ Se trató de un enorme escándalo de corrupción que involucró a un alcalde de la Capital Colombiana, a concejales y a contratistas que, alrededor de los años 2008 a 2011, se apoderaron, mediante maniobras contractuales ilícitas, de miles de millones de pesos que estaban dirigidos a satisfacer diferentes necesidades de la comunidad.

común o a la satisfacción de las necesidades de la colectividad⁷² y considerando al autor interviniente cuando realmente debió ser calificado determinador o autor. Señalando la Corte Suprema lo que calificó como la *“Postura dominante”* sobre la intervención de los jueces en materia de allanamientos y acuerdos, anuló esa decisión por considerar que se apartó de *“uno los presupuestos esenciales del sistema acusatorio”*, desconociendo el *“carácter vinculante del precedente jurisprudencial dominante de la Corte Suprema de Justicia, sin señalar las razones de tal proceder”* y, asumiendo el *“rol de co-acusador al mutar la imputación de la fiscalía agravando la situación jurídica del accionante, lo cual desconoce por completo el principio de imparcialidad que caracteriza el sistema acusatorio.”*

Posturas confirmadas recientemente en Fallo de Casación de 16 de julio de 2014, SP 9853-2014, Rad. (40871), donde insistió en que una intervención del juez de conocimiento imponiendo otro criterio de tipificación distinto al que las partes proponen en el acuerdo, configura una irregularidad procesal grave porque atenta contra la estructura propia del Modelo Penal Acusatorio:

Ahora bien, en el presente asunto, la Sala ha podido establecer que los jueces de instancia se negaron a aceptar el segundo preacuerdo y la aceptación de cargos realizada en la audiencia preparatoria, con lo cual ejercieron control material de la acusación agravando el derecho fundamental al debido proceso previsto para formas abreviadas de terminarlo al suplantar al fiscal en la función de acusar.

(...)

De manera que no cabe duda que el control material de la acusación realizado por los juzgadores, se convirtió en una irregularidad sustancial que afectó gravemente el debido proceso, por cuanto impidió la terminación anticipada del proceso, presupuesto operativo del sistema adversarial, de imprescindible acatamiento para el éxito del ejercicio del ius puniendi en dicho modelo procesal.

⁷² CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, artículo 58-1.

Y, sintetizando la nueva tendencia jurisprudencial, se profiere el Fallo de Tutela STP9865-2014, radicación No. 74450, 22 de julio de 2014, que amparó los derechos fundamentales de un procesado que preacordó con la Fiscalía, entre otros puntos, la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, beneficio que el juez de segunda instancia no aprobó, por estimar que la “*gravedad de la conducta*” impedía acceder a tal prerrogativa. La Corte, haciendo una recapitulación de la nueva tendencia jurisprudencial, concedió la protección por estimar que tal intervención judicial devenía contraria a la naturaleza de los acuerdos en el marco del Modelo Procesal Acusatorio y, además, desconocía los nuevos antecedentes jurisprudenciales que, también dijo, resultaban vinculantes. Razonó así la Sala:

En ese orden, la superposición de la valoración respecto de “la modalidad y gravedad de la conducta punible”, realizada por el juez de conocimiento, no es aceptable por cuanto se traduce en la negación de la facultad de la Fiscalía para negociar los subrogados, quien podría estipularlos, pero inconsistentemente la eficacia y la legalidad de lo acordado quedarían expuestos a la contingencia de la subjetividad del juzgador.

En concordancia, sino se evidencia una situación excepcional, consistente en la vulneración de una garantía fundamental o el incumplimiento de los requisitos objetivos y otras restricciones legales, únicas situaciones que justificarían la anulación del preacuerdo, el juez de conocimiento está sometido a la fuerza vinculante de lo acordado. Así mismo, la Fiscalía debe tener en cuenta que ninguna estipulación que incorpore subrogados penales tendrá la solidez suficiente para recibir la aprobación judicial, si con ellas se desconocen los requisitos objetivos trazados por la norma, tales como antecedentes penales, quantum punitivo, reincidencia o expresas prohibiciones legales, entre otros.

Como se puede apreciar, la tendencia a partir del año 2012 condujo a reforzar la autonomía de las partes y a hacer más estrictas las condiciones para que el juez intervenga en los acuerdos o declaraciones de culpabilidad,

apoyada esta posición en lo que se estima son los elementos “*filosóficos*”, “*ontológicos*”, “*sistemáticos*” o “*teleológicos*” del modelo procesal acusatorio.

Una propuesta gráfica sobre la evolución y tendencia jurisprudencial en vía ordinaria de los controles que puede aplicar el juez sobre acuerdos y allanamientos⁷³, puede organizarse en torno al siguiente interrogante:

¿Pueden los jueces penales intervenir y controlar los actos procesales de acuerdos y allanamientos?

<p>Amplia posibilidad de intervención, a partir de un mínimo respaldo probatorio, en pro de los derechos de las víctimas y las garantías fundamentales, especialmente la de estricta tipicidad.</p>	<p style="text-align: center;"> Fallo casación 1º-junio-06 (R.24764)</p> <p style="text-align: center;"> Fallo casación 10-mayo-06 (25389)</p> <p style="text-align: center;"> Fallo casación 19-oct-06 (25724)</p> <p style="text-align: center;"> Fallo casación 12-sept.-07 (25759)</p> <p style="text-align: center;"> fallo casación 15-jul-08 (28872)</p>		<p>Posibilidad restringida de intervención a partir de elementos probatorios sólidos; de lo contrario, debe atenerse a lo acordado o dispuesto por las partes respetando la teleología o filosofía propia del sistema penal acusatorio.</p>
--	--	--	--

⁷³ Para el efecto, nos apoyamos en el esquema que para la elaboración de líneas jurisprudenciales propone el profesor LÓPEZ MEDINA, en su texto: El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de las sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, Bogotá, Legis, 2006. No obstante, se aclara que no se propone la definición de “*sub reglas constitucionales*”, sólo la identificación de una tendencia jurisprudencial sobre el punto analizado.

	 Fallo casación 27-oct-08 (29979)	 Auto casación 17- oct-12 (33145)	
	 Fallo casación 8-jul-09 (31280)		 Fallo casación 6- feb-13 (39892)
	 Fallo casación 8-jul-09 (31531)		 Fallo casación 19- jun-13 (37951)
			 Auto segunda instancia 14- agos-13 (41375)
			 Fallo tutela 24-sept-13 (69478)
			 Segunda instancia 16- oct-13 (39886)
			 Auto segunda instancia 20- Nov.-13 (41570)
			 Fallo casación 20- nov-13 (39834)

		 Fallo de tutela 4-12-13 (70712)	
		 Fallo Casación 16-06-2014 (40871)	
		 Fallo Tutela 22-06-2014 (74450)	

Ahora bien, es preciso señalar que el interrogante formulado y las respuestas que ha merecido, parten de consideraciones genéricas sobre la intervención judicial frente a acuerdos y allanamientos, bajo el entendido que el juez debe resolver sobre la legalidad de tales institutos, según los presupuestos conceptuales vigentes, dentro de los cuales no se concibe la posibilidad de adelantar un descubrimiento de las evidencias probatorias como una alternativa para una mejor intervención jurisdiccional en tales asuntos.

IV. LAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE APLICAR UN MODELO DE NEGOCIACIONES Y ALLANAMIENTOS SIN DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO

Desde la perspectiva práctica, la evolución del sistema procesal penal colombiano, sugiere que, como ha ocurrido en Estados Unidos, una gran cantidad de asuntos no llegan al punto del juicio, donde se supone, debe concretarse el debate respecto a los materiales probatorios o de información. En Colombia, en el 92.5% de los casos, según el último informe de la

Corporación Excelencia en la Justicia⁷⁴ y otras investigaciones específicas que al respecto se han realizado, como el trabajo de LÓPEZ MEDINA con destino al Consejo Superior de la Judicatura⁷⁵, los asuntos no llegan a juicio

⁷⁴ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA – EMBAJADA BRITÁNICA, Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, Bogotá, Editorial Kimpres Ltda., 2011, p. 48. Se apunta en este informe: “[m]ás de un 90% de las sentencias han sido condenatorias y de ellas, un 79,8% fue producto de la aceptación de cargos, el 12,7% de un preacuerdo y el 7,5% del juicio oral” A.A.V.V, Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, (...) Op. Cit., p. 48.

Igualmente, revela que: “Los delitos con mayores sentencias, según datos del Consejo Superior de la Judicatura, son el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (27,7%), hurtos (20,9%), fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones (13,1%) y homicidios dolosos y culposos (6,7%).” Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio (Boletín de actualización 2010-2011), Bogotá, Editorial Kimpres Ltda., 2012, p. 12.

A nivel de Estados Unidos, se tiene que autores reportan que el 95% de asuntos se tramitan vía guilty plea o plea bargaining, en ese sentido: BAR-GILL, Oren and GAZAL, Oren, Op. Cit. [en línea] [citado en noviembre de 2012].

En España autores reportan las siguientes cifras: “...según las estadísticas elaboradas por la Fiscalía General del Estado, entre un 60 y 70 por 100 de asuntos se resuelven por medio de conformidad.” BACHMAIER WINTER, Lorena, Acusatorio versus inquisitivo. Op. Cit., p. 42.

Con independencia de las altas cantidades de casos que se efectúan mediante estas alternativas, es importante observar cómo en algunos de ellos se reportan prácticas inadecuadas y que atentarían contra los derechos de los procesados. recientemente en un estudio del Ministerio Público del año 2009, dando cuenta de cómo se privilegiaban los resultados pragmáticos sobre cualquier otra consideración en el momento de la negociación; apuntó el mencionado informe:

“Claro está, que en estas instancias, se presentan grandes vacíos entre teoría y práctica, no siendo siempre “equitativo” en sentido integral el acuerdo (grado de culpabilidad versus naturaleza de la pena), al predominar ante todo, para la mayoría, la búsqueda de “resultados” producto de las dinámicas creadas en las instituciones (Fiscalía, Defensoría, etc.).

“...
“Ocurre ocasionalmente observar fiscales que incrementan la gravedad de la tipificación, en aras de presionar al acusado y al defensor a negociar, optando por aplicar el adagio popular según el cual “más vale un mal arreglo que un buen pleito”, cumpliendo con ello parcialmente con el cometido de la ley... Pedro fue acusado por su suegra de haber “abusado sexualmente de su hija”; los elementos de pruebas apuntaban claramente a unos actos sexuales abusivos en menor de catorce años. Sin embargo, se le acusó de acceso carnal abusivo y de secuestro “porque los hechos ocurrieron en el carro del agresor cuándo éste la invitó a comer un helado a unas cuadras de la casa”.” A.A.V.V., Tejidos de realidad, aspectos procesales, psicosociales y de salud mental del Sistema Penal Acusatorio, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2009, p. 69 – 71.

Coincide con los resultados de este informe el abogado litigante y profesor Darío Bazzani Montoya, para quien el sistema de negociación se ha convertido en un “juego de póker”. Entrevista no estructurada de carácter focalizado, Bogotá, 15 de septiembre de 2010.

⁷⁵ Reporta en su investigación: “...los juicios orales (momento procesal en el que, por excelencia, se practican pruebas) no se están llevando a cabo con gran frecuencia en Bogotá. Esto no es una coincidencia o una desventura en la investigación y, por eso, como conclusión, quisiera llamar la atención sobre este pequeño punto que ya fue explicado en la anotación mencionada. Hay una falla en el sistema que hace que sólo se procesen las flagrancias, las confesiones y los delitos bagatela.” LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El proceso penal entre la eficiencia y la justicia, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p. 132.

y terminan en las figuras de allanamientos y negociaciones, aspecto recientemente admitido por jueces y fiscales⁷⁶. En estos eventos, los involucrados han sido procesados, restringiéndoles la posibilidad de conocer de forma oficial los elementos materiales de prueba o la información que sustentó la condena, punto donde los descuentos de pena que se conceden entran a jugar un papel importante⁷⁷. Ahora bien, más allá del argumento que

⁷⁶ Según se dijo en el Primer Encuentro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio (2012): “Una preocupación generalizada consiste en que el sistema ha funcionado únicamente en asuntos de delincuencia menor y en eventos de terminación anticipada del proceso, sin que aún se evidencien avances significativos en delitos de mayor entidad, como crimen organizado, delitos de cuello blanco y corrupción.” Primer Encuentro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio, [Memorias] Corte Suprema de Justicia, Cartagena, 3 y 4 de diciembre de 2012. [Consulta virtual] <<http://www.corte.suprema.gov.co/webcsj/Documentos/ComuniCorte/Prensa/Memorias%20del%20Encuentro%20de%20Análisis%20del%20Sistema%20Penal%20Oral%20Acusatorio.pdf>> [Citado el 12 de febrero de 2013] No obstante, para otros en materia de descongestión judicial, las salidas anticipadas del proceso no han producido la solución esperada: “Ahora bien, en cuanto a los otros objetivos del sistema salta a la vista que los despachos judiciales no se han descongestionado, que un fiscal en promedio puede tener más de 500 “investigaciones”, que no han despegado los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, que el principio de oportunidad tiene una minúscula aplicación que no llega ni al 1%, que en materia de preacuerdos las prohibiciones consagradas en el Código de la Infancia y Adolescencia (artículo 199) han congestionado más el sistema y no han redundado en beneficio de los menores sino de los posibles sujetos activos del delito; que la conciliación pre – procesal no ha oxigenado el sistema.” FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, Sistema penal acusatorio en Colombia: Expectativas, fracasos y propuestas. **En:** Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana, Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 2013, p. 88. Es necesario aclarar que el autor no expone datos sobre el punto.

⁷⁷ En efecto, según el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, los descuentos por allanar o acordar se aplican en la siguiente forma: “ARTÍCULO 351. MODALIDADES. La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación. También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

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.

ARTÍCULO 352. PREACUERDOS POSTERIORES A LA PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN. Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

se concentra en la cantidad de casos que no llegan a juicio, también habría que reflexionar sobre ese proceder, así los guarismos fueran mínimos, considerando que es prudente esperar que un Estado que se reputa democrático y liberal, cuente con un sistema de justicia que opere bajo criterios razonables de adjudicación de culpabilidad, máxime si se trata de asuntos que involucran la libertad de los asociados⁷⁸. Las situaciones que en la vida real se presentan, no pueden pasar desapercibidas bajo el argumento según el cual, será el juicio el punto de éxtasis del modelo, pues como lo apunta URBANO MARTÍNEZ, actualmente el sistema “(p)roclama como premisa el derecho a un juicio con todas las garantías, pero se esfuerza para que la gran mayoría de casos se decida mediante una renuncia del imputado a ese derecho”⁷⁹.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

ARTÍCULO 353. ACEPTACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LOS CARGOS. *El imputado o acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado.”*

Por virtud del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, conocida en Colombia como “Ley de seguridad ciudadana” en casos de flagrancia “La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.”

⁷⁸ En ese punto, RUÍZ VADILLO plantea la discusión sobre hasta qué punto un Estado legítimo puede combatir el crimen valiéndose de métodos ilegítimos; según este autor: “Actuar, quienes representan al Estado, sin una legitimidad que debe ser formal y material, como lo hace el delincuente, supone quedar desde ese momento, deslegitimado. Muy al contrario, las autoridades, los agentes de la autoridad han de realizar siempre su actividad con estricta sujeción al principio de legalidad con todo lo que ello representa, que es mucho (arts. 103 y 106 CE).” RUIZ VADILLO, Enrique, Constitución y enjuiciamiento criminal. [en línea]. < http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/94_10037_20_Ruiz_idc75655.pdf> [citado diciembre de 2012]. Igualmente, existen evidencias en casos particulares que cuestionan la justicia de la negociación, en Estados Unidos, por ejemplo, se reportan casos muy dicentes donde acusados fueron presionados, vía aumento de la sanción, a declararse culpables y posteriormente mayores investigaciones acreditan que realmente no incurrieron en ningún delito; en ese sentido, ver: FIELDS, Gary y EMSHWILLER, John R, Federal Guilty Pleas Soar As Bargains Trump Trials. [en línea] <http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443589304577637610097206808.html?mod=googlenews_wsj> [citado diciembre de 2012]; a nivel colombiano, se han presentado situaciones, también puntuales, donde acusados se declaran culpables y sólo investigaciones posteriores a esa declaración acreditan que podría haberse cometido una injusticia; al respecto, es bueno analizar el caso que conoció el Tribunal Superior de Bogotá el 23 de julio de 2009, radicación 110016101657200800177-01, magistrado ponente Dr. Carlos Héctor Tamayo Medina.

⁷⁹ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Op. Cit. p. 25.

La restricción al conocimiento de los elementos materiales probatorios y de información durante la investigación, se incorporó y sustentó a partir de la implementación del sistema acusatorio promovido por la reforma constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002, misma con la que se pretendía superar el anterior modelo que estaba reglamentado en la Ley 600 de 2000 o anterior Código de Procedimiento Penal. Esta última codificación estipulaba un procedimiento esencialmente escrito, donde la fiscalía tenía la posibilidad de practicar pruebas en la fase de investigación, las cuales podían permanecer hasta la fase del juicio, por lo que no era necesario someterlas a nuevo debate en esa etapa, ostentando también la competencia para decidir autónomamente sobre medidas cautelares tanto personales –*detención preventiva*- como reales, características por las que fue calificado de obedecer a una tendencia inquisitiva.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, en contraste, se incorporó un sistema esencialmente guiado por los postulados de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración, donde a la fiscalía le limitan relativamente sus posibilidades de intervención directa en los derechos fundamentales del procesado, en algunos casos, exigiendo autorización judicial previa⁸⁰ y en otros, bajo la figura de control judicial posterior⁸¹, al paso que los resultados investigativos no tienen la fuerza de pruebas, pues no está permitida –*como regla general*⁸²- la contradicción en la

⁸⁰ Ver CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, Capítulo IV, Libro II.

⁸¹ Ver CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, Capítulo II, Libro II.

⁸² Es preciso apuntar que, como lo refiere la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, el principio de permanencia de la prueba no desapareció del todo en la Ley 906 de 2004, pues los materiales probatorios y las evidencias recaudadas en la investigación pueden ser punto de referencia para “*imponer medidas restrictivas del ejercicio de los derechos fundamentales*”; en ese sentido, apuntó la mencionada Corporación: “*Las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien*

fase investigativa, de tal manera que para que alcancen tal condición, los elementos de convicción deben ser introducidos en la etapa del juicio oral y en ella sometidos a la refutación respectiva⁸³.

URBANO MARTÍNEZ resalta, que desde la configuración procesal original que partió de la Constitución Política de 1991, el modelo se inclinó por un esquema acusatorio, mas en ese momento el factor determinante fue el de la “permanencia de la prueba”, esto es, que los medios de convicción recaudados en la investigación podían ser tomados como pruebas al momento de definir la suerte del procesado. En ese sentido, si bien la etapa de juzgamiento postulaba los principios de oralidad, inmediación y concentración, estos perdían cualquier repercusión pues imperaba la versión oficial que desde la instrucción figuraba en el expediente escrito⁸⁴.

sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral. En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.” Fallo C-591 de 2005. [Negrillas fuera del original]

De tal forma que, por ejemplo, la definición de asuntos tan relevantes como la imposición de una medida de aseguramiento, pueden definirse a partir de la “*controversia pertinente*” de los “*elementos de conocimiento necesarios para solicitar la medida y su urgencia*”, según el artículo 306 del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, de tal forma que, respecto a temas tan específicos como el citado, lo actuado en sede de investigación puede constituir prueba permanente frente al caso concreto que el juez debe resolver.

⁸³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, artículo 377.

⁸⁴ “*En estas condiciones, como quiera que el trabajo preinvestigativo e investigativo de la Fiscalía, vinculaba a los jueces y Tribunales, era posible que la sentencia que ponía fin al proceso tuviera como fundamento el trabajo probatorio de la parte acusadora. Ello explica que, por lo menos en los primeros años de vigencia de ese sistema procesal, la práctica probatoria inherente a la etapa de juzgamiento haya sido casi inexistente y que los jueces y Tribunales se hayan limitado a tramitar un juicio formal al final del cual se emitía una sentencia que tenía como soporte la prueba practicada antes del juicio*”. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Op. Cit., p. 107; en ese sentido, este autor que parece coincidir con ILLUMINATI, para quien lo determinante a la hora de diferenciar entre inquisitivo y acusatorio se centra “*...en el mayor o menor peso que tengan las pruebas practicadas fuera del juicio oral y sin contradicción, respecto a la fundamentación de la sentencia*” ILLUMINATI, Giulio, El sistema acusatorio en Italia. En: Proceso Penal y Sistemas Acusatorios, Coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 141.

Frente a los postulados de la Ley 600 de 2000, es decir, al modelo cuestionado de inquisitivo, la Corte Constitucional había defendido el derecho del implicado a conocer los elementos probatorios que estaban en poder de la fiscalía, así incluso formalmente no existiera imputación o comunicación oficial de la investigación. En ese sentido, manifestó:

...se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de la investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues este también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando⁸⁵.

Esa posición la ha mantenido recientemente, refiriéndose a procesos donde se aplica el anterior sistema de enjuiciamiento, para decir que el derecho a conocer los “*fundamentos probatorios*”, no significa conocer una relación verbal de las supuestas pruebas, sino que, se traduce en la posibilidad real y concreta de acceder al registro físico del expediente, ello en desarrollo del principio de “*igualdad de armas*”⁸⁶.

Empero, como antes se apreció, en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional ha sostenido que el imputado, así formalmente el Estado no le haya comunicado la investigación que en su contra se adelanta, tiene el derecho a intervenir en las actuaciones en esa fase instructoria, cuando

⁸⁵ Sobre esto, ver: CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Fallo C-150 de 1993; esta posición coincide con la expuesta por la misma Corporación, en las Sentencias C-412 de 1993, C- 1711 de 2000, C-033 de 2003 y C-096 de 2003.

⁸⁶ Al respecto, ha expuesto “*En conclusión, es posible afirmar que tanto la etapa de investigación previa como la de instrucción dentro del proceso penal, en sí mismas, constituyen un medio de defensa, pues en virtud de ellas se empiezan a determinar los hechos, se recolecta el material probatorio y se definen los cargos que le van a ser imputados a la persona, razón por la cual resulta evidente la importancia de que el indiciado tenga acceso a las pruebas que sustentan la mencionada imputación.*” CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-436 de 2009.

aquellas no requieren autorización judicial previa sino control posterior⁸⁷. Bajo ese entendido, consideró que si el investigado tenía conocimiento de tales actuaciones, podía activar inmediatamente su derecho de defensa, pues no obstante que tales prácticas investigativas recibían control posterior por un juez de garantías, la función de éste, en ningún caso, justificaba la anulación de los poderes defensivos del implicado. Frente a esto sostuvo:

...la defensa de los derechos de los implicados no puede ser sustituida o reemplazada por la labor fiscalizadora del juez de garantías, pues su función está concentrada en evitar las posibles arbitrariedades en el proceder del organismo investigador, en tanto el objetivo de la defensa va más allá, en el sentido de buscar también desde el comienzo de la actuación, desvirtuar la validez de la evidencia o material probatorio que preliminarmente compromete al individuo con la comisión del delito que se investiga⁸⁸.

No obstante, el fallo no le concedió al investigado la posibilidad de conocer las evidencias probatorias; sólo el derecho a participar en la audiencia de control posterior en caso de así solicitarlo. Según la sentencia, las normas que regulan las actividades investigativas y que no exigen control previo del juez de garantías, se reputan válidas.

⁸⁷ Entre estas diligencias se destacan: registros y allanamientos, retención de correspondencia, vigilancia de cosas, análisis e infiltración de organización criminal, actuación de agentes encubiertos, búsqueda selectiva en bases de datos y exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado. Ver el Capítulo III del Libro II de la Ley 906 de 2004 o CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO; integralmente corresponde a: Inspección del lugar del hecho, inspección de cadáver, inspecciones en lugares distintos al del hecho, aseguramiento y custodia, exhumación, registros y allanamientos, retención de correspondencia, vigilancia de cosas, análisis e infiltración de organización criminal, actuación de agentes encubiertos, entrega vigilada, búsqueda selectiva en bases de datos, exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-025 de 2009. Según este fallo, las normas que regulan las actividades investigativas que no exigen control previo del juez de garantías, se reputan válidas “...siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.”

...siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

Lo anterior, no necesariamente implica que en tal audiencia pueda conocer las evidencias probatorias recopiladas y así lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en un Fallo de Tutela de 21 de febrero de 2012, radicación 58827, donde aclaró que la presencia del indiciado en tal acto de control judicial no representa adelantar el descubrimiento probatorio, sino verificar que en el momento de la recaudación probatoria no se hayan afectado, más allá de lo legalmente autorizado, las garantías fundamentales del investigado⁸⁹. La jurisprudencia ha reforzado que, sólo desde la acusación, sale a la luz pública “*lo que está tapado o cubierto*”⁹⁰.

⁸⁹ En el caso concreto la parte demandante exigía el derecho a conocer las evidencias recaudadas en un acto de investigación consistente en una búsqueda selectiva en base de datos. El juez de garantías le concedió el derecho a participar en la audiencia de control judicial respectivo, pero no así el derecho a conocer las evidencias probatorias. El asunto arribó a la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, para que definiera si con tal proceder se vulneró el derecho al debido proceso, aspecto descartado bajo las siguientes consideraciones: “*Desde esa lectura, se puede apreciar sin dificultad los errores conceptuales que se configuran en los planteamientos de la demanda que pretenden extender la audiencia de control de legalidad a ciertos fines que procesalmente le son impropios, como por ejemplo, discutir sobre la “motivación, conducencia y pertinencia de la prueba”, cuando, se reitera, desde el punto de vista del proceso adversarial aún no hay prueba y más allá de que en el ejercicio investigativo se interfiera razonablemente en los derechos fundamentales del accionante, por ejemplo en su intimidad, no puede obligarse a anticipar un debate sobre factores que son ajenos a la afectación de la citada garantía sino que giran sobre puntos que en el probable futuro guiaran las tesis propositivas o defensivas de las partes.*

“*En ese sentido, que la evidencia encontrada resulte relevante, conducente e impertinente, nada dice respecto al grado de interferencia que se presentó sobre la garantía fundamental que sirvió de baremo para que el juez avalara la “búsqueda selectiva en base de datos”, sino que hace relación con el resultado de lo encontrado en tal acto, punto que no se discute en fase preliminar sino, en su momento, como parte del debate probatorio propio del juicio.*

“*Así mismo, sobre la idoneidad o posible sospecha que pese sobre quiénes practicaron las diligencias investigativas y la afectación concreta que ello pueda tener sobre lo encontrado, el asunto podría resultar relevante al momento de incorporar la prueba a la realidad procesal, donde bien podría plantearse el asunto como de relevancia constitucional –ilicitud del medio- o como minador de su fuerza de convicción a través del ejercicio de oposición; es decir, se trata, otra vez, de posturas*

La afirmación según la cual, en el sistema acusatorio el debate probatorio sólo puede darse en la fase contradictoria del juicio, implícitamente ha justificado la restricción que impide conocer los elementos de prueba durante la investigación. Lo relevante de la situación es que una gran cantidad de asuntos no llegan a una acusación formal⁹¹, en tanto si el caso avanza hasta esa fase, como regla general, se reduce la rebaja de pena que podría recibirse, pues de un descuento inicial de hasta el 50%, se pasa a una reducción de hasta la tercera parte⁹².

Se genera entonces, un gran margen de casos donde es factible, a partir de la imputación, imponer condenas sin haber concedido a la contraparte la

defensivas que no hacen relación con el fin de la audiencia judicial atacada sino con etapas procesales diferentes.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, Fallo de Tutela 58827, de 21 de febrero de 2012.

⁹⁰ “1. No admite discusión que, con un momento inicial en el escrito de acusación y final en la audiencia de formulación acusatoria, la Fiscalía está obligada a descubrir las pruebas que pretende hacer valer en el juicio. Así deriva de los artículos 337 y 344 del Código de Procedimiento Penal.

La razón esencial del instituto apunta a garantizar el pleno ejercicio del derecho a la defensa, en su vertiente de contra-probar, en el entendido de que la acusación saca a la luz pública lo que era secreto, desconocido, lo deja manifiesto, patente (descubrir es destapar lo que está tapado o cubierto), a efectos de que la parte contraria, con ese conocimiento y dentro de un término razonable, pueda elaborar su estrategia defensiva.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, Auto de segunda instancia de 07 de diciembre de 2011, radicación 37596.

⁹¹ La acusación da inicio a la tarea del descubrimiento probatorio. Así, según el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO: “ARTÍCULO 337. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN Y DOCUMENTOS ANEXOS, entre los elementos que el acto acusatorio debe contener se encuentran el relacionado con el descubrimiento probatorio:

“5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

a) Los hechos que no requieren prueba.

b) La trascipción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.

c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.

d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.

e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.”

f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.

g) Las declaraciones o deposiciones.”

⁹² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, artículo 351.

posibilidad de conocer las evidencias probatorias⁹³. En otros contextos se ha cuestionado la constitucionalidad y racionalidad de tales prácticas procesales⁹⁴. Las mismas, se dice, podrían ser contrarias al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de los Derechos Humanos, incorporadas para el caso colombiano mediante las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, cuerpos normativos que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁹⁵.

⁹³ Sobre la fuerza procesal de la imputación ha expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL: *“En el desarrollo de aquellas se tiene que la imputación fáctica y jurídica formulada por la Fiscalía en la audiencia establecida para tal efecto, precedida de la noticia criminal y el adelantamiento de las pesquisas correspondientes, se ubica en el ámbito de la posibilidad (si ocurre A, puede ocurrir B), entendida por regla general como una situación de incertidumbre propia de lo incipiente del diligenciamiento, momento en el cual se hace necesario ahondar en la búsqueda de diversos elementos materiales probatorios y evidencia en procura de constatar o infirmar la acreditación de la materialidad del delito y la responsabilidad del inculcado.*

“Ya cuando se trata de la acusación, el grado de conocimiento es sustancialmente diverso, pues opera según el artículo 336 de la legislación procesal penal de 2004 en el terreno de la “probabilidad de verdad”, (siempre o casi siempre que se presenta A, entonces, sucede B), motivo por el cual, como acto culminante de la investigación adelantada por la Fiscalía, cobra un especial carácter de inmutabilidad, salvo las expresas excepciones definidas por el legislador (v.g. La petición de absolución perentoria contenida en el artículo 424 de la Ley 906 de 2004 o las aclaraciones, adiciones o correcciones a las que se refiere el artículo 339 de la misma normatividad), en cuanto se convierte en ley del proceso, a la vez que delimita el contexto dentro del cual habrá de librarse el debate oral.

“Finalmente, el fallo de condena debe edificarse a partir de la certeza racional (si ocurre A, entonces, necesariamente acontece B), esto es, desde la convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda” (artículo 7° de la Ley 906 de 2004), pues tratándose de una providencia absoluta, bastará la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, aquellas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que deben ser suficientemente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, para acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.” Fallo de Casación de 4 de febrero de 2009, radicación 30043.

⁹⁴ Ver al respecto: BINDER, Alberto M., Justicia Penal y Estado de Derecho, Op. Cit., 2006, p. 273 – 274; BOVINO, Alberto, Procedimiento abreviado y juicio por jurados, Op. Cit., p.69-70; BIGLIANI, Paola, El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino, Op. Cit., p. 161; VEGEZZI, Santiago, Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino, Op. Cit., p. 341; IMAHORN, Javier H., ¿Es inconstitucional el trámite del juicio abreviado en el procedimiento penal? [en línea]. <http://cdi.mecon.gov.ar/cgi-bin/pppp.exe?rec_id=075502&database=pppp&search_type=link&table=all&lang=spa&format_name=SFALL> [citado en diciembre de 2012]

⁹⁵ Según lo ha expuesto la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA; al respecto, Sentencia C-025 de 2009.

En efecto, según el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1, "*Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*". Igualmente, en su art. 14.2, estipula que la presunción de inocencia se mantiene "*...mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley...*". En el art. 14.3., literal g), señala como derecho de toda persona el de: "*... no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable...*". Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica- sigue iguales lineamientos en el art. 8.2: "*...toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se establezca legalmente su culpabilidad...*"; en art. 8.2., literal g) estipula: "*...derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable*" y, en el art. 8.3., precisa que: "*...La confesión del inculpado sólo es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza...*".

Revisados algunos pronunciamientos de organismos internacionales, también se encuentran elementos con miras a cuestionar prácticas procesales donde se omite la activación de un verdadero juicio para reemplazarlo con mecanismos donde no existe el derecho a conocer las evidencias probatorias, ni tampoco acceso efectivo a una audiencia. En ese sentido, puede observarse el caso Figueredo Planchart v. Venezuela, 2000, resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se señaló:

La Comisión observa que al momento de los hechos, el proceso penal ordinario en Venezuela podía comenzar de oficio, por denuncia o por acusación; sin embargo, una vez iniciada la averiguación sumarial, ésta era secreta y de plazo indefinido en

los casos que no había detenido. En el caso sub lite está ampliamente probado que desde que se dio inicio a las investigaciones en noviembre de 1992, hasta el 22 de junio de 1994, --después de dictado el auto de detención-- el procesado no tuvo acceso al expediente acusatorio tanto del Contralor como del Fiscal. Al ser secreta esta primera etapa del proceso --llámese primera etapa a pesar de los casi dos años transcurridos-- el inculpado no tuvo acceso al proceso y por ende no pudo contribuir al esclarecimiento de los hechos. En efecto, el hecho de que la legislación penal venezolana de ese momento haya dispuesto que las diligencias del sumario sean secretas, no sólo imposibilitó que el interesado pueda conocer la verdad de lo que ocurrió en la investigación, sino que además prohibió su colaboración o participación en la misma. El interés del inculpado porque se haga justicia en su caso puede contribuir a la profundidad de las investigaciones y al esclarecimiento de los hechos. Así, en esta etapa crucial de la investigación, cuando la memoria de los testigos está fresca y cuando aún es posible practicar pruebas periciales o inspecciones judiciales que permitan recoger evidencias de descargo a favor del imputado, la falta de acceso al proceso iniciado por el Estado ha contribuido a la falta de transparencia procesal en el presente caso.

Pronunciamiento donde se enfatiza que el derecho a conocer las evidencias probatorias se debe respetar desde la investigación⁹⁶ y, que se une a otros

⁹⁶ La Comisión se realizó las siguientes preguntas: "preguntó "[d]e conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana, ¿Cuál es el ámbito de aplicación de las garantías judiciales en el presente caso? ¿Se aplican, por ejemplo, al antejuicio o a los procedimientos administrativos?". Al responder este interrogante, se apuntó: "En este sentido, la Comisión observa que ni el artículo 8 ni el 25 de la Convención establecen en qué etapa del proceso de sustanciación de una acusación penal el indiciado queda habilitado para ejercer sus derechos a la defensa y al debido proceso. (...)

84. No obstante, la Corte Interamericana ha interpretado los artículos 8 y 25 de la Convención como derechos que no consagran medios de naturaleza judicial en el sentido estricto, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.

85. Igualmente, la Corte Europea de Derechos Humanos al analizar el artículo 6(1) de la Convención Europea similar al 8(1) de la Convención Americana, señaló que "[e]n una sociedad democrática y dentro del sentido de la Convención, los derechos del juicio justo ocupan un lugar tan preeminente que, en consecuencia, cualquier interpretación restrictiva no se compadece con los propósitos y fines del artículo 6(1) de la Convención [Europea]". Este enfoque es consistente con el énfasis que la Corte Interamericana otorga al debido proceso dentro del contexto de una sociedad democrática. [...]

87. La Comisión observa que tanto la jurisprudencia del sistema europeo como la del interamericano establecen claramente que la aplicación por parte de los Estados de las garantías del debido proceso no pueden estar limitadas ni restringidas a la fase final de un proceso penal, menos aún si la fase preliminar tiene consecuencias jurídicas sobre los derechos civiles del presunto imputado. Así, por ejemplo, la Corte y la Comisión Europea de Derechos Humanos consideran que los siguientes

casos internacionales sobre derechos humanos, que aportan elementos importantes a la hora de reflexionar sobre la práctica de imponer condenas restringiendo la posibilidad de verificación probatoria⁹⁷. El asunto, según ALBERTO BOVINO, “...no puede eludirse ilegítimamente denominando “juicio” a algo que no lo es”⁹⁸ o cambiando un sistema de presos sin condena por otro de presos sin juicio, como lo apunta BINDER⁹⁹.

derechos deben ser aplicados a las actuaciones preliminares de un proceso penal: 1) derecho a la asistencia de un abogado, derecho a tiempo adecuado y facilidades para preparar una defensa, derecho a la auto-defensa, derecho de ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación, derecho a interrogar testigos, derecho a permanecer en silencio, y derecho a la asistencia gratuita de un intérprete. El principio general, tal como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, es que las garantías del debido proceso se aplican a las actuaciones anteriores al juicio, incluyendo las investigaciones preliminares, "si y en la medida [en] que la equidad del juicio pueda verse gravemente perjudicada por una falla inicial en su cumplimiento."

⁹⁷ Según el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, institucionalizado en virtud del art. 28 del PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, caso Garfield Peart y Andrew Peart v. Jamaica, 1995, respecto al pleno conocimiento de las evidencias del ente acusador, determinó: “El Comité observa que el testimonio del único testigo ocular presentado en el juicio tenía suma importancia a falta de cualquier otra prueba que lo corroborara. El Comité considera que, al no ponerse en su poder la declaración del testigo ante la policía se había obstaculizado gravemente la defensa en su examen del testigo, impidiéndose así la celebración de un juicio imparcial de los acusados. El Comité considera, por consiguiente, que los hechos que tiene ante sí revelan una violación del apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto. [...]El hecho de no haber puesto a disposición de la defensa la declaración del testigo de cargo ante la policía obstaculizó la defensa en su examen del testigo en violación de lo dispuesto en el apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.”

Igualmente, en el Caso Abdool Saleem Yasseen y Noel Thomas v. Guyana (1998), apuntó el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: “7.10. Con respecto a los diarios y documentos judiciales que no fueron presentados a juicio, el Comité observa que los autores aducen que dichos documentos podían contener elementos potencialmente exculpatórios. A falta de explicaciones del Estado Parte, el Comité considera que debe tenerse debidamente en cuenta la alegación de los autores y que la falta de presentación en el último juicio (1992) de documentos policiales de que se dispuso en el primer juicio (1988), y que pueden haber contenido pruebas a favor de los autores, constituye una violación del apartado e) del párrafo 3 del artículo 14, pues ello quizá haya entorpecido la preparación de su defensa por los autores.”

Sobre el derecho a que el juicio implique la garantía a una audiencia oral, el caso Rodríguez V. Colombia, 2002, donde el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS dijo: “El Comité observa que, para satisfacer los derechos de la defensa garantizados en el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, especialmente sus disposiciones d) y e), todo juicio penal tiene que proporcionarle al acusado el derecho a una audiencia oral, en la cual se le permita comparecer en persona o ser representado por su abogado y donde pueda presentar evidencia e interrogar a los testigos.”

⁹⁸ BOVINO, Alberto, Procedimiento abreviado y juicio por jurados, Op. Cit., p. 69-70.

⁹⁹ BINDER, Alberto M., Op. Cit., expresamente indica: “No sería ganancia para el movimiento de reforma de América latina que cambiemos la vieja situación de los presos sin condena por una nueva realidad de los condenados sin juicio, ya que ellos podría ser distinto...” P. 273 – 274.

Como se observará más adelante, tanto el sistema norteamericano como los de origen continental europeo que han incorporado acuerdos o declaraciones unilaterales de culpabilidad, formalmente establecen algunos parámetros de control judicial para evitar injusticias al momento en que las partes negocian o se allanan. No obstante, en esta investigación se postulará que más allá de ese control en esencia vertical del Estado, también se requiere implementar una forma de control horizontal, esto es, enfocado desde la contra parte, a quien debe permitírsele, como regla general¹⁰⁰, el conocimiento de los elementos materiales probatorios o de información.

Para respaldar este argumento y como se aprecia una tendencia a considerar como consustancial para el “sistema acusatorio” el que se apliquen institutos dispositivos o alternos al juicio oral, desde una perspectiva en la que también suele defenderse que ello legitima proteger la investigación; es importante entrar a analizar, a partir de los distintos modelos procesales conocidos, si en éstos se contemplaban instrumentos de acuerdos y declaraciones de culpabilidad y bajo qué parámetros se entienden tales institutos.

V. CONCLUSIÓN

Una corriente procesal impulsada desde Estados Unidos, aplica y respalda una concepción teórica en la cual está justificado negociar u obtener declaraciones unilaterales de culpabilidad a partir del secreto de la actividad investigativa, en la medida que ello se estima connatural a un modelo de adversarios que están habilitados para usar las mejores armas con el fin de sorprender y derrotar a su contraparte.

¹⁰⁰ Con lo cual se confirma, de entrada, que podrían resultar aceptables ciertas excepciones, siempre y cuando se controlen por un juez, según también se postulará en esta investigación.

Para el caso colombiano, esta visión teórica se reprodujo como parte de la justificación para reformar el modelo procesal que operó hasta el año 2004, intentando superar un esquema calificado de inquisitivo, para aplicar otro más moderno que fortaleciera los postulados de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración, de tal manera que, bajo ese paradigma, no era necesario anticipar el descubrimiento probatorio desde la instrucción, pues sería el juicio el escenario natural para ello.

No obstante, si bien el punto de gravedad ha sido puesto en el juicio, la realidad apunta a que una gran cantidad de asuntos, en virtud de los estímulos punitivos que suelen aplicarse, no arriban hasta esa instancia y culminan en fases previas donde lo que imperan son los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad, institutos que se sustentan en el secreto probatorio.

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELOS DE PROCESO PENAL, ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS

En la medida en que las figuras de acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad se representan como parte de los instrumentos propios del derecho procesal penal, en el presente capítulo se expone la forma en que los diferentes modelos procesales penales, tradicionalmente conocidos, han interactuado con tales instrumentos, la naturaleza que les conceden, las críticas que han merecido y los controles que les imponen.

En ese sentido, desde el proceso llamado inquisitivo, pasando por su conceptualización mixta, hasta llegar a la acusatoria, con las tendencias continental europea y norteamericana, se expondrá el espacio que han merecido los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad, a fin de que ello permita, en los capítulos subsiguientes, ubicar en contexto la tesis propuesta con el modelo procesal vigente en el plano colombiano.

I. PROCESO INQUISITIVO

Más allá de la discusión conceptual sobre si es preciso hablar de un verdadero “proceso inquisitivo”¹⁰¹, es posible identificar un referente histórico

¹⁰¹ Según MONTERO AROCA, es imposible referirse al concepto de “proceso” y al mismo tiempo afirmar que este puede ser inquisitivo; las dos ideas, el proceso y lo inquisitivo, en su criterio, configuran una profunda contradicción: “*El sistema inquisitivo responde a un momento histórico en el que los tribunales imponían las penas, pero todavía no por medio del proceso. (...) El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como actus trium personarum, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes imparciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan indudablemente a la conclusión de que este sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inquisitivo se resuelve así en una contradictio in terminis.*” MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 28 – 29; este argumento también es compartido por ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La

que vincula tal esquema a un instrumento, inicialmente exclusivo de la Iglesia Católica y que después fue ampliado a los Estados Nacionales, dirigido a centralizar el poder eclesiástico y político, como una forma de control social en la tardía edad media europea¹⁰², resultando de ello, una combinación de política, derecho y religión que describe FOUCAULT:

*Cuando la Iglesia se convirtió en los siglos X, XI y XII, en el único cuerpo económico, político y coherente en Europa, la inquisición eclesiástica fue al mismo tiempo indagación espiritual sobre los pecados, faltas y crímenes cometidos, e indagación administrativa sobre la manera en que eran administrados los bienes de la Iglesia, cómo se reunían los beneficios, cuánto se acumulaba y cuánto se distribuía, etc.*¹⁰³.

garantía constitucional del proceso y el activismo judicial - ¿Qué es el garantismo procesal?, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Bogotá, 2011, p. 65.

¹⁰² Para una mayor profundidad sobre los contornos históricos que rodearon el proceso inquisitivo, la tesis doctoral de: DE MATA VELA, José Francisco, La reforma procesal penal de Guatemala, del Sistema Inquisitivo (juicio escrito) al Sistema Acusatorio (juicio oral), España, 2007. Trabajo de grado (doctor en derecho), Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de derecho. [en línea] <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5238/jfmv1de1.pdf?sequence=1>> [citado 5 de noviembre de 2012]; este autor destaca como elementos característicos del referido momento histórico: “Las fuentes del modelo inquisitivo de enjuiciamiento criminal pueden ser rastreadas en la tardía Edad Media en Europa y, más precisamente, en la regulación eclesiástica de lo que se ha denominado como la inquisición. El contexto político en que este sistema se desarrolló fue en el de la expansión de la Iglesia Católica, la que necesitaba consolidar y centralizar su poder. (...) En cuanto al ámbito de competencia del sistema inquisitivo, en principio, se tuvo la pretensión de regular el castigo de conductas que eran consideradas como atentados en contra de doctrinas básicas de la religión católica, tales como la brujería y la herejía, pero, en la práctica, también cubrió hechos que hoy en día son considerados seculares, dándole un verdadero carácter mixto a su competencia. Posteriormente, en los siglos XV, XVI y XVII, se verifica el surgimiento de los Estados nacionales. Estos, al igual que la Iglesia Católica siglos antes, enfocan sus esfuerzos en concentrar el poder político y, nuevamente, una de las herramientas empleadas en este proceso de centralización fue el uso del procedimiento inquisitivo.” p. 73-75; comparte esta perspectiva histórica LÓPEZ MEDINA, para quien: “El sistema dispositivo, visto desde la perspectiva de los poderes centrales, resultaba más apropiado para una organización feudal y desconcentrada del poder. Pero las nuevas instituciones centralizantes (Iglesia y Estado) precisamente querían empezar a dirigir y coordinar la dispersa sociedad feudal de una manera mucho más asertiva. (...) Las instituciones centralizantes reclamaban para sí la posibilidad de decir el derecho uniformemente a través de nociones como las de “orden público” o “razón de Estado”. Curiosamente, el primer derecho occidental que llegó a funcionar dentro de esta lógica de centralización del poder fue el derecho canónico.” LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El proceso penal entre la eficiencia y la justicia, Op. Cit., p. 54; coincide igualmente: GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, Segunda Edición, 2007, para quien: “La inquisición es un Tribunal insoportable en todas las formas de gobierno”, p. 486.

¹⁰³ FOUCAULT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, México, Gedisa, 1985, p. 81.

Bajo tales concepciones, el inquisitivo no constituyó un modelo contradictorio, sino una forma de ejercicio del poder que disimuló su carácter autoritario en una mixtura de religión, política y derecho. A la Iglesia y al Estado no se les litiga, se les obedece, como lo describe LÓPEZ MEDINA¹⁰⁴:

La Iglesia o el Estado encontraban la verdad y aplicaban el derecho, pero no litigaban contra sus súbditos o fieles. No había razón, de otro lado, para desconfiar del poder autoritario de los poderes inquisidores. Había de ellos una concepción paternalista, en el sentido de que el poder paterno era absoluto pero benevolente: por definición no quería ni podía causar daño a los sujetos de sus inquisiciones.

En estos términos, la inquisición configuró un método unilateral de decisión gubernativa que pretendía arribar a la verdad material, para lo cual podía valerse de cualquier mecanismo, incluyendo la tortura. Se afirma que:

La finalidad básica de la persecución penal en el procedimiento inquisitivo es el logro de la verdad histórica o real, con lo que consecuentemente se consagra un sistema de persecución penal de oficio (...) Debido a que la averiguación de la verdad histórica se transforma en la finalidad del procedimiento penal, la confesión del imputado pasa a constituirse en el principal medio de investigación de aquella¹⁰⁵.

En ese entendimiento, no cabían las salidas negociadas entre el inquisidor y la persona objeto de inquisición, pues ello derivaría en una alteración de la verdad real, con lo que se perdería el fin del método aplicado. Otras fuentes, no obstante, sugieren que la búsqueda de la verdad material se constituyó en un elemento retórico y que realmente el inquisidor, en virtud de su poder,

¹⁰⁴ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El proceso penal entre la eficiencia y la justicia, Op. Cit., p. 55.

¹⁰⁵ DE MATA VELA, Op. Cit., p. 77. Descripción histórica que igualmente recalcan BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, T. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Quinta Edición, 2004, p. 132; MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal, T. I, Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto, Segunda Reimpresión, 2002, p. 854 y MUÑOZ CONDE, Francisco, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 117.

podía establecer con amplitud la verdad de los acontecimientos, con el agregado que, quien era sometido a la *inquisitio*, se inclinaba fácilmente a aceptar esa configuración para librarse de la tortura. Bajo este enfoque, BECCARIA señalaba que lo menos importante para el inquisidor era la verdad:

*El juez se convierte en enemigo del reo, de un hombre encadenado, entregado como presa a la sordidez, a los tormentos y al más terrible porvenir; no busca la verdad del hecho, sino que busca en el prisionero el delito; y lo asedia y cree perder si no lo logra; y perjudicar aquella infalibilidad que el hombre se atribuye en todas sus cosas*¹⁰⁶.

Así mismo, MONTESQUIEU apuntaba que la limitación tradicional según la cual, “...los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley”¹⁰⁷, se justificaba a fin de restringir al poder judicial, logrando que sus juicios fueran la representación exacta de “...un texto preciso de la ley”¹⁰⁸, pensando que ello constituiría el único camino para “... suplir a la tiránica magistratura de los éforos y a los inquisidores venecianos”¹⁰⁹.

En ese sentido, puede sugerirse que en la raíz histórica del método inquisitivo no se respetaban límites institucionales o garantías básicas en favor del afectado, de tal forma que en los asuntos penales éste no tenía posibilidades de proponer una salida negociada al conflicto penal, subsistiendo únicamente la alternativa del sometimiento al poder unilateral y arbitrario del inquisidor.

¹⁰⁶ BECCARIA, Cesare, De los delitos y de las penas, Tercera Edición, Bogotá, Temis, 2006, p. 87.

¹⁰⁷ MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, traducción de Nicolás Estévez, Buenos Aires, Editorial Claridad S.A. 1971, p. 194.

¹⁰⁸ *Ibíd*em, p. 189.

¹⁰⁹ *Ibíd*em, p. 190.

A pesar de lo anterior, las configuraciones actuales del proceso penal proyectan ciertos matices de raíz inquisitiva, bien sea desde una orientación teórica o desde el ejercicio de ciertas prácticas procesales que tienen asiento en la configuración inicial del método inquisitivo. Puede hablarse, bajo este contexto, de una doble representación de las ideas inquisitivas: como enfoque teórico procesal y como una noción cultural.

1. La inquisición como enfoque teórico procesal

La inquisición, como elemento teórico procesal, constituye una herencia del método inquisitivo históricamente sustentado en la edad media. Este sirvió para aplicar, de manera concentrada y jerarquizada, el poder de la Iglesia y del Estado frente a sus súbditos, a quienes les “expropiaron”¹¹⁰ la titularidad de sus conflictos penales. Nace así, la idea de oficialidad de la acción penal y, si bien al surgir el Estado liberal el poder autoritario del soberano fue suplantado por el sometimiento a la ley¹¹¹, este nuevo esquema no superó la concepción oficialista del poder de persecución penal que siguió, ahora bajo otros principios, en manos del Estado y alejado del dominio dispositivo de las partes.

Esa idea oficialista de la acción penal, configuró un elemento teórico de la noción procesal penal que se acomodó sin dificultad al principio de legalidad propuesto como esencial para el funcionamiento del Estado liberal. Manifiesta MAIER que *“...sino se está dispuesto a rechazar la persecución penal pública de los hechos punibles, parcial o totalmente, a la manera de la primera idea de la Ilustración, tampoco conseguiremos desprendernos totalmente de la Inquisición”*¹¹², planteamiento con el que coincide

¹¹⁰ Utilizando la expresión de MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal, Op. Cit., p. 21 – 22.

¹¹¹ MONTESQUIEU, Op. Cit.

¹¹² MAIER, Julio B. J., El sistema Acusatorio en Iberoamérica, (...) Op. Cit., p. 199.

BACHMAIER WINTER, indicando que, superando la noción negativa que se tiene de lo inquisitorial, “...todo Estado moderno pone en marcha de oficio la maquinaria estatal de investigación del hecho delictivo”¹¹³ y GUASP también apunta: “Esto es lo que explica la introducción del sistema o principio inquisitivo (“*untersuchungssystem*”) en el proceso penal, cuando el poder público estimó que no podía quedar al arbitrio privado la determinación y castigo en su caso de una conducta sancionada en normas jurídicas de carácter penal”¹¹⁴.

En ese contexto, el mantenimiento de la intervención estatal en los conflictos penales, deviene en un elemento teórico procesal que subsiste en la actualidad¹¹⁵. De alguna u otra forma, así exista polémica sobre los límites del modelo procesal aplicado, en todos los esquemas actuales se admite la participación estatal de una autoridad superior –*que no suprema*– y distinta a los asociados.

¹¹³ BACHMAIER WINTER, Lorena, Acusatorio versus inquisitivo. Op. Cit., p. 27.

¹¹⁴ GUASP, Jaime, Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1943, p. 32.

¹¹⁵ Incluso en aquellos que se catalogan de “*modelos puros*”, con la aclaración que a nivel doctrinal y jurisprudencial se ha expuesto sobre lo difícil que resulta calificar a un modelo procesal con ese adjetivo. En ese sentido: URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Op. Cit., p. 71; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, Fallo de Segunda Instancia, radicación 27608 de 26 de octubre de 2007; igualmente, la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, en Sentencia C-144 de 2010 explicó que: “...el sistema procesal penal colombiano es de tendencia acusatoria, pero no se ha concebido como una fórmula inalterable frente a la cual el legislador pierde poder de configuración para convertirse en un mero reglamentador del modelo arquetípico inserto en la Constitución. Al contrario, dentro del marco dispuesto en ella, el legislador tiene la potestad de perfilar, ahondar o separarse de ciertas características del sistema, en la medida en que no se afecten de modo ilegítimo los derechos fundamentales, ni tampoco las garantías básicas y estructurales del procedimiento incorporadas en el Acto Legislativo No. 3 de 2002.” Refiere igualmente el exmagistrado de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA y profesor JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, sobre el sistema acusatorio colombiano, que éste “*sabe a café y suena a vallenato*”. Intervención como jurado de tesis doctoral de DAZA GONZÁLEZ, Alfonso, La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, mayo 6 de 2010.

2. La inquisición como noción cultural

La segunda expresión vigente de la inquisición se representa en sus efectos culturales. Lo que se sostiene con esta idea, es que existe una simbología inquisitiva con la capacidad de predeterminar la actuación de los operarios del sistema, impidiendo o transformando el efecto de las normas positivas reformadoras¹¹⁶.

DE MATA VELA, en ese sentido, se refiere a una “mentalidad inquisitiva”¹¹⁷, que se vería reflejada en múltiples factores, entre los que destaca: una actitud formalista, burocrática, ritual, rutinaria, que opera por medio de un lenguaje “oscuro” y donde la delegación es la regla general en el trabajo diario¹¹⁸. A estos elementos, otros autores agregan: la estructura vertical del aparato administrador de justicia, el control burocrático de los superiores jerárquicos sobre los inferiores¹¹⁹, el sistema escrito –*el expediente*–, la centralización del poder, la preeminencia del secreto, “...*la falta de control de gestión, despreocupación por los resultados, despersonalización*”¹²⁰, entre otros elementos semejantes.

La mentalidad inquisitiva proyecta, a su vez, un determinado discurso por quien la práctica. Son unos “discursos ocultos”¹²¹, con la capacidad de bloquear o alterar los verdaderos efectos de las normas positivas, como lo

¹¹⁶ El asunto también podría asumirse como un problema propio de la razón, cuando “...*sin notarlo ella misma, introduce subrepticamente por debajo de esa engañosa ilusión, afirmaciones de muy otra especie, añadiendo, y esto a priori, a conceptos dados otros enteramente extraños, sin que se sepa cómo llega a hacerlo y sin dejar que venga ni siquiera a las mientes semejante pregunta.*” KANT, Manuel, *Crítica de la razón pura*, versión española de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, México, Editorial Porrúa, 2012, p. 32.

¹¹⁷ Para este autor, luego de estudiar varios modelos procesales en Latinoamérica, se ha “...*pretendido poner en práctica un Código Procesal Penal de proyección acusatoria con una mentalidad inquisitiva*”. DE MATA VELA, Op. Cit. p. 65.

¹¹⁸ DE MATA VELA, Op. Cit., p. 91-92.

¹¹⁹ MAIER, Julio B. J., Op. Cit., p. 202.

¹²⁰ BINDER, Alberto M., *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Op. Cit., p. 151 - 179, 180 - 280.

¹²¹ Utilizando el término que ofrece RODRÍGUEZ ROSALES, Héctor E., Op. Cit., p. 125.

describe LÓPEZ MEDINA: “...un sistema acusatorio/adversarial puede ser leído desde las prácticas judiciales inquisitivas, hasta el punto que el efecto neto de la reforma legislativa se diluye en prácticas forenses y judiciales de signo contrario”¹²², de tal suerte que ello explicaría por qué normas que se extraen de otras culturas ofrecen gran resistencia o se distorsionan en la realidad¹²³, sugiriendo que, para lograr un cambio en la práctica normativa, el énfasis debe ser puesto en la parte cultural: “El sistema de capacitación tiene que remover una cultura y construir otra, tiene que destruir instituciones e ideas profundamente arraigadas en nuestra cultura jurídica y, en cambio, sustituirlas con otras que, sólo en la medida en que se institucionalicen y se instalen dentro de nuestra cultura jurídica lograrán realmente realizarse”¹²⁴.

Esa expresión inquisitorial del proceso, adicionalmente, permite que sobrevivan “connotaciones obsoletas”¹²⁵ del mismo, que en determinados momentos históricos toman fuerza para servir de soporte a regímenes autoritarios¹²⁶. Se trataría de esquemas arraigados en los operarios del

¹²² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El proceso penal entre la eficiencia y la justicia, (...), Op. Cit., p. 43.

¹²³ Refiere RODRÍGUEZ ROSALES “...el consumidor del texto no sólo descifra el texto, sino que entra en comunicación con él, trata con el texto, dialoga, se relaciona y se diferencia. Cuando el texto es de otra cultura, los enunciados y sus códigos no se transportan, sino que se integran pero reelaborándose, interpretándose” RODRÍGUEZ ROSALES, Héctor E., Op. Cit., p. 119.

¹²⁴ BAYTELMAN A., Andrés, Capacitación como fútbol. [en línea] <<http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/570.pdf>> [Citado noviembre de 2012]; con esta posición coincide: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El proceso penal entre la eficiencia y la justicia, Op. Cit., p. 41.

¹²⁵ Expresión tomada de JUNG, Heike, El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos, traducción de Rodrigo Aldoney Ramírez. En: Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 101.

¹²⁶ Por ejemplo, según VOGLER, Europa experimentó a mediados del siglo XX, el resurgimiento del método inquisitivo a través de las ideas de Garofalo y Ferri, para quienes resultaban inadmisibles las salidas acusatorias o adversariales pues dependían de las partes y convertían al juez en una simple marioneta: “...el procedimiento penal debería ser una “investigación científica”, conducida por un juez con conocimientos de biología, psicología y psicopatología, con el fin de determinar a qué “clase antropológica” pertenece el imputado” VOGLER, Richard, Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal, traducción de Guillermo Orce. En: Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 192. Igualmente, sostiene que el esquema inquisitivo fue aplicado en las doctrinas propias de los modelos procesales imperialistas de

sistema, que se expresan no sólo en elementos de técnica procedimental – escritura, control burocrático, rechazo a la oralidad, intermediación laboral, etc.-, sino también, en doctrinas que impiden el desarrollo y aplicación de nuevos conceptos procesales.

La fuerza cultural de estas ideas, permite comprender por qué históricamente los acercamientos iniciales a un modelo procesal acusatorio se hicieron bajo el calificativo de “mixto”. En efecto, si bien se pretendieron superar las expresiones autoritarias y antiliberales del *Ancien régime*, los primeros pasos en ese camino, estuvieron acompañados de una fuerte carga de instituciones nacidas y aplicadas dentro del periodo histórico inquisitorial.

Se precisa, por lo expuesto, entrar a observar cómo puede entenderse el concepto “mixto” del proceso penal y, en esa lectura, cómo podrían explicarse institutos como los acuerdos y declaraciones de culpabilidad.

II. EL PROCESO PENAL MIXTO

Como antes se anunció, la idea de un proceso penal mixto identifica un esquema donde la fase investigativa resulta inquisitiva, siguiendo en ese sentido los referentes que, según DE MATA VELA, provienen de la edad media y la influencia católica en el surgimiento del modelo procesal penal continental europeo¹²⁷. Ajustados tales esquemas al sistema jurídico

Alemania y la Unión Soviética: “En 1929, los soviéticos lograron deshacer todas las reformas adversariales promulgadas por el zar NICOLÁS en 1864 y reemplazar su sistema penal por la máquina de matar inquisitiva que constituyó el arma preferida de Stalin durante el Gran Terror. Entre 1933 y 1936, los nazis llevaron a cabo una reconstrucción inquisitiva similar en Alemania y en Italia un nuevo código fascista, el *Codice Rocco* de 1930, fue descrito como “impregnado con la idolatría de la autoridad. Los siguieron España en 1936 y Francia en 1940 y 1941, mientras que Latinoamérica no se quedó demasiado atrás. Para ese entonces, la adversarialidad estaba absolutamente extinguida en Europa continental y en la mayoría de regiones del mundo fuera de Gran Bretaña, América del Norte y el Commonwealth británico.” *Ibíd.*, p. 194.

¹²⁷ “El Procedimiento Penal Inquisitivo fue organizado sobre la base de los mismos principios del Sistema Inquisitivo Canónico. No es el objetivo de este trabajo detenerse en una descripción detallada

adoptado por los Estados Nación, se consolidó una fase instructiva donde el investigador –*la fiscalía*– actúa en secreto y, en esa forma, recolecta materiales probatorios o información, que luego evalúa para definir si el asunto merece ser llevado a juicio. El fiscal goza de ciertos poderes de tipo jurisdiccional, como el de imponer medidas cautelares personales –*detención preventiva*– o reales –*cancelación de registros de propiedad inmueble o secuestro de muebles*–, así como el de compeler la presencia de los testigos y del procesado, sujeto con el cual puede discutir probatoriamente, generando elementos de convicción que servirán para definir el ciclo investigativo y que, adicionalmente, permanecen con calidad de pruebas durante toda la actuación. La herencia histórica del modelo católico-inquisitivo, como lo aprecia DE MATA VELA, no obstante su morigeración frente a sistemas jurídicos post medievales, mantuvo una trascendente influencia en esta etapa¹²⁸.

*del modelo inquisitivo, pero sí interesa destacar algunas de sus características centrales, en cuanto ellas permiten explicar con especial fuerza algunos elementos característicos del sistema que ha regido en Chile y América Latina desde la colonia. Es así como Langbein, siguiendo a Schmidt, señala que dos principios cardinales e interconectados del sistema fueron el *offizialprinzip* (“el deber de los órganos estatales de conducir los procedimientos *ex officio*”⁴²) y la *Instruktionsmaxime* (“referida al deber de esos órganos de investigar judicialmente por sí mismos... y de establecer los hechos sustantivos y la verdad objetiva”).*

La finalidad básica de la persecución penal en el procedimiento inquisitivo es el logro de la verdad histórica o real, con lo que consecuentemente se consagra un sistema de persecución penal de oficio, según hemos visto precedentemente. Por otra parte, el procedimiento es llevado a cabo en forma secreta, incluso para los imputados, por medio de una encuesta o expediente en el que se va dejando constancia escrita de todas las actuaciones y diligencias realizadas y que permiten, una vez finalizada la investigación, resolver el asunto a un inquisidor (juez) que cuenta con las funciones de investigación y resolución concentradas en su persona, privándolo así de cualquier posibilidad de ser imparcial en su decisión final.

Debido a que la averiguación de la verdad histórica se transforma en la finalidad del procedimiento penal, la confesión del imputado pasa a constituirse en el principal medio de investigación de aquella, ya que evidentemente resulta ser la fuente más directa de conocimiento de los hechos acaecidos, a tal punto que incluso se le llama “la reina de las pruebas”. Todo ello, sumado a la concepción ideológica preliberal que subyace al modelo, cuanto concibe al individuo como un objeto de la persecución penal estatal y no como un sujeto de derechos frente al Estado, lleva a la legitimación de la tortura como metodología de investigación indispensable para obtener la confesión y llegar así al esclarecimiento de la verdad.” DE MATA VELA, Op. Cit.

¹²⁸ *Ibíd.*

En la fase de juzgamiento, el fiscal pasa a ser parte y entra a regir el principio acusatorio, emergiendo la contraparte, la defensa, que estará en las mismas condiciones del acusador, ubicados los dos adversarios frente a un tercero imparcial que resolverá el litigio. En esta segunda parte, las facultades de disposición sobre las medidas cautelares se trasladan al órgano jurisdiccional, como también la dirección probatoria de la actuación. El conjunto de las dos etapas procesales así concebidas configuraba, entonces, la versión inicial del proceso penal “mixto”¹²⁹.

Más allá de esa concepción inicial, no puede desconocerse que el proceso penal guarda una faz inquisitiva en la etapa de la investigación y ello es así, tanto en el modelo norteamericano, como en el esquema continental europeo, según lo manifiesta GÓMEZ COLOMER: *“Esta primera fase está en principio caracterizada por principios del sistema inquisitivo, pero, o bien se aplican a aspectos concretos del procedimiento, o bien no se dan en toda su pureza, hallándose influidos por los opuestos principios del sistema acusatorio”*¹³⁰.

No obstante, a diferencia de las ideas inquisitivas originales, lo anterior no implicó un poder omnímodo de la fiscalía en la investigación, pues garantías básicas como la libertad y la legalidad, marcaron un factor distintivo respecto

¹²⁹ A pesar de lo expuesto, para algunos el proceso penal no puede admitir la nomenclatura inquisitiva en ningún sentido. En términos de MONTERO AROCA, un proceso “...si no es acusatorio no es proceso”. MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal, Op. Cit., p. 98. Y en forma similar ALVARADO VELLOSO afirma que “...no resulta factible concebir racionalmente un sistema mixto” ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal? Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2011, p 49. Coincidiendo con lo anterior, también, ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ: *“Con influencias y aportes esenciales del derecho canónico y de la cultura medieval, la llegada del Estado absoluto supuso un giro sustancial en el sistema de enjuiciamiento penal: la iniciativa del proceso no se abandona a la popular o privada, sino que se asume tanto las facultades de iniciativa como las de aportación de pruebas. La escritura y el secreto serán características de este procedimiento. La escritura y el secreto serán características de este procedimiento. El juzgador no asume la posición de tercero imparcial. La verdad: en este sistema inquisitivo no cabe hablar de proceso.”* SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, El debido proceso penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2001, p.187.

¹³⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Derecho jurisdiccional, T. III, Op. Cit., p. 123.

a otros regímenes procesales como los de carácter civil o administrativo¹³¹. En efecto, en un conflicto civil y por la protección amplia a la libertad de disposición que tiene el individuo, se le concede a éste un gran margen de maniobra para definir qué elementos necesita para soportar su caso, qué actividades debe desplegar para conseguirlos y qué tiempo tardará en preparar la demanda. En el derecho procesal penal, por los bienes jurídicos en juego, el intermediario estatal, el fiscal, tiene restringidas sus posibilidades frente al poder de someter a una persona a la “*pena del banquillo*”¹³². Enviar a alguien a juicio, al menos desde la perspectiva europea, como lo plantea SFERLAZZA, se asume como una cuestión de la más alta seriedad e importancia¹³³.

Por manera que, considerando que actualmente la tarea de recolectar materiales de prueba e información se encarga a un ente oficial –*acusador, fiscal, ministerio público*–, para luego proponerlos ante un juez, puede sostenerse que la mayoría de modelos procesales admiten el calificativo de “mixtos”¹³⁴. El punto importante, entonces, estaría en determinar qué nivel de

¹³¹ Así se desarrolla en GIMENO SENDRA, Vicente, CATENA MORENO, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Derecho procesal, Op. Cit. p. 235.

¹³² Sobre este punto específico y las implicaciones de la fase preliminar en el proceso penal, también puede verse MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia, El derecho jurisdiccional, T. I, Op. Cit., p. 119.

¹³³ “*En efecto, el envío a juicio, por la publicidad que caracteriza al juicio, constituye ya un sufrimiento para el imputado inocente y acarrea sacrificios económicos constituidos por los gastos procesales; por lo tanto, es un daño que se puede evitar. A tal fin, se predispone una “audiencia preliminar” en la cual el juez examina las pruebas recogidas por el Ministerio Público y decide si enviar a juicio al imputado o dictar sentencia de no ha lugar (Sentencia de libertad por falta de elementos para procesar).*” SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 68.

¹³⁴ Sostiene BACHMAIER WINTER, Lorena: “*Superados los métodos cruentos e inadmisibles del proceso inquisitivo medieval, pervive en la época moderna, sin embargo, la idea de que un órgano ha de recabar las pruebas –así como procesarlas, estudiarlas, analizarlas, contrastarlas–, con el fin de realizar la reconstrucción, o aproximación, de los hechos y decidir si existen suficientes elementos para someter a juicio a un determinado ciudadano. La investigación por parte de órganos del Estado es un rasgo netamente inquisitivo que se encuentra presente tanto en los procesos encuadrables dentro del adversary system –aunque con diferente alcance cuanto a la búsqueda de la verdad– como en los demás sistemas denominados mixtos.*” BACHMAIER WINTER, Lorena, Op. Cit., p. 31.

Igualmente, apunta AMBOS, Kai: “*Por lo tanto, la única diferencia con el proceso inquisitivo stricto sensu –al margen de la inmediatez y de la publicidad del juicio oral–, radicaría en la intervención adicional de la fiscalía. En otras palabras, rigen los conocidos principios (principio de averiguación,*

restricciones convencionales son impuestas al acusador en esa tarea investigativa, para así apreciar si dentro de la “mixtura”, la tendencia que se impone es inquisitiva o acusatoria¹³⁵.

Bajo este parámetro, un modelo procesal en el cual el acusador goza de poderes jurisdiccionales que lo facultan a practicar pruebas, a ordenar medidas cautelares personales o reales, a determinar libremente qué investiga y a definir autónomamente la forma en que culminarán tales actuaciones, lo que incluye la decisión de llevar o no el caso a juicio, podría catalogarse de un proceso “mixto” con fuerte influencia inquisitiva.

En cambio, un modelo procesal donde se reducen al mínimo las posibilidades del fiscal en la fase preliminar, de tal suerte que sólo puede recoger materiales probatorios y, ante la evidencia del delito, está obligado a llevar a su contraparte a un juicio público, oral, concentrado y contradictorio, para que sea un tercero imparcial quien resuelva al respecto, podría clasificarse como un esquema “mixto” con trascendente influencia acusatoria.

Frente al punto de los allanamientos o declaraciones unilaterales de culpabilidad, las dos concepciones igualmente resultan relevantes. En ese sentido, cuando la práctica de los acuerdos o declaraciones de culpabilidad está rodeada de un escenario procesal donde la actividad del fiscal tiene carácter jurisdiccional, con la capacidad de practicar pruebas y mantener en secreto la instrucción, ordenar medidas cautelares personales y reales, gozando también de la facultad de negociar o lograr declaraciones de

de oficialidad y verdad material), complementados con el principio acusatorio y con la inmediación, oralidad y publicidad del juicio oral. En definitiva estamos ante un proceso mixto –que, tal y como habían reclamado los reformadores, principalmente ZACHARIAE-, configurado como inquisitivo-acusatorio.” AMBOS, Kai, Op. Cit., p. 69.

¹³⁵ ILLUMINATI determina la clasificación de los modelos “...por el mayor o menor peso que tengan las pruebas practicadas fuera del juicio oral y sin contradicción, respecto de la fundamentación de la sentencia”, ILLUMINATI, Giulio, Op. Cit., p. 141.

culpabilidad, entonces tales institutos abreviados tendrían una fuerte influencia inquisitiva, así en forma posterior un juez conceda aprobación a los mismos.

En contraste, cuando las negociaciones, acuerdos o declaraciones de culpabilidad se generan en un ambiente en el cual rige la transparencia probatoria y existe constante intervención del juez frente a los encuentros de las partes, estando ellas en igualdad de armas y posibilidades procesales, entonces, se trataría de esquemas dispositivos y de abreviación con fuerte contenido acusatorio.

La cuestión sobre cuál de las dos posibilidades adoptar tiene un trasfondo político, histórico y cultural, que varía según cada realidad social concreta. En este contexto, el desarrollo procesal penal identifica dos corrientes, una de origen continental europea y otra de tendencia norteamericana, las cuales pretenden, cada una a su estilo, aplicar modelos penales acusatorios. En ambas corrientes, como pasa a observarse, los institutos de los acuerdos y allanamientos han sido objeto de una interesante discusión.

III. EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

A. LO ACUSATORIO DESDE LA PERSPECTIVA CONTINENTAL EUROPEA

La conceptualización de lo acusatorio no es una tarea fácil y, no constituye el objeto de esta investigación sentar la última palabra sobre este tópico. El concepto acusatorio, como lo expone LORENA BACHMAIER WINTER, “...*no está previamente definido y no existe consenso acerca de su significado*”¹³⁶.

¹³⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena, Op. Cit., p. 47. Coincide sobre la amplitud que puede implicar el concepto acusatorio también ARMENTA DEU, Teresa, Juicio de acusación, imparcialidad del

Es posible, que aquello que en determinadas culturas denominan acusatorio en otras sea considerado inquisitivo y viceversa, sin que se puedan clasificar a los unos de retrógrados y a los otros de avanzados, pues bien pueden estar utilizando el concepto para referirse a situaciones diferentes. Al final, como lo sostiene KAI AMBOS, más allá de la perfección conceptual, lo importante es considerar las ventajas y desventajas prácticas que arroja cada uno de los modelos¹³⁷, posición que apoya también LANGER: “...*en tanto esas topologías son herramientas descriptivas para analizar los procesos penales reales, el modo en que definamos estos tipos puros no es verdadero ni falso, sino más útil o menos útil para que cumplan su objetivo*”¹³⁸.

Una concepción amplia de lo acusatorio, por ejemplo, podría explicar que las negociaciones o allanamientos se aprecien como institutos representativos de lo acusatorio¹³⁹, sin descartar que en otros contextos culturales la misma práctica pueda calificarse de inquisitiva. Se trataría de una variación en el plano cultural que impide generar las mismas lecturas o que, como antes se observó, depende de la importancia que en cada modelo se le conceda a la parte inquisitiva o acusatoria. De esta forma, separar lo descriptivo de lo

acusador y derecho de defensa. **En:** Proceso Penal y Sistemas Acusatorios, Coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 109; ASENSIO MELLADO, José María, Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Madrid, 1991, p. 11.

¹³⁷ AMBOS, Kai, El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. **En:** Proceso penal y sistemas acusatorios, Lorena Bachmaier Winter, Coord., Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 72.

¹³⁸ LANGER, Máximo, La dicotomía acusatorio – inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. [en línea] <http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/acusatorioinq_uisitivo.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

¹³⁹ Desde el esquema de los Estados Unidos, por ejemplo, se sostiene que: “...*si el proceso penal es una disputa entre dos partes, es natural que ellas puedan negociar sobre aquélla, poniéndose total o parcialmente de acuerdo sobre cuál es el objeto de la controversia o sobre si siquiera existe alguna. Éste es uno de los elementos que explica por qué el plea bargaining –cuya práctica en el sistema estadounidense es relativamente reciente–, es ampliamente aceptado por los operadores de este sistema jurídico –jueces, fiscales y abogados defensores–*” LANGER, La dicotomía acusatorio – inquisitivo (...), Op. Cit.

normativo, o lo técnico de lo ideológico, como lo sugiere ILLUMINATI¹⁴⁰, contribuiría mejor a un acercamiento a los modelos, pues de lo contrario se entraría en una discusión que poco aportaría a los objetivos prácticos que en definitiva cada sistema busca¹⁴¹.

En el plano europeo, sin embargo, la posibilidad de admitir el poder dispositivo de las partes como concepto integrante del modelo acusatorio, ha ofrecido resistencia. Se expone, que el carácter acusatorio de un modelo procesal implica su vinculación con el “principio acusatorio”, axioma que en términos de GÓMEZ COLOMER: “...exige fundamentalmente que una persona distinta de quien tiene la potestad de juzgar formule una acusación contra otra persona (“nemo iudex sine actore”, “ne procedat iudex ex officio”)^{142_143}

Bajo esta lectura, hay quienes ven en los institutos de acuerdos y allanamientos, figuras que en lugar de desarrollar el principio acusatorio lo contradicen. Desde esa perspectiva, por ejemplo, apunta FERRAJOLI: “La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio

¹⁴⁰ Según este autor: “La tradicional dicotomía alude, en efecto, a dos modelos hipotéticos, que son el resultado de un proceso de generalización realizado sobre la base de algunos elementos tomados de los ordenamientos jurídicos existentes o de los procesos que pueden ser históricamente reconstruidos. De ello se deduce que no se trata del análisis de un fenómeno normativo, sino más bien de la definición de una escala de valores ideológicamente orientada.” ILLUMINATI, Giulio, Op. Cit., p. 136.

¹⁴¹ Apunta LANGER en ese sentido diciendo: “...al confundirse el plano descriptivo con el normativo, la discusión sobre la inclusión o no de determinados elementos en estos tipos ideales pasa por determinar si éstos son o no normativamente deseables. Se disminuye, así, el potencial de estas herramientas descriptivas que podrían ser de enorme utilidad para analizar las problemáticas que presentan los sistemas legales.” La dicotomía acusatorio – inquisitivo (...), Op. Cit.

¹⁴² GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, El juicio oral. **En:** Derecho Jurisdiccional, T. III, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 233.

¹⁴³ Para MONTERO AROCA lo importante no es el carácter acusatorio de un procedimiento, sino su sentido contradictorio: “El acusatorio no es un principio procesal en sentido estricto, en cuanto que se refiere principalmente al modo de conformar el órgano jurisdiccional, a quién debe juzgar; el de contradicción es un principio procesal, dado que su contenido afecta al modo de conformar el proceso estrictamente hablando. Sin el principio de contradicción no habría proceso y, consiguientemente, no podría ni aún plantearse la vigencia del acusatorio.” MONTERO AROCA, Juan, Derecho jurisdiccional, T. III, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 28.

*contradictorio característico del método acusatorio*¹⁴⁴, visión que comparte GUERRERO PERALTA, cuando afirma que: “*Los pactos y la discrecionalidad de la acción penal son restos del carácter originariamente privado en la instauración de la acción. Y los acuerdos entre partes son exactamente lo contrario a un juicio contradictorio*”¹⁴⁵ y, también BAZZANI MONTOYA, al concluir que resulta “*...cierto que una de las características fundamentales del esquema acusatorio es aquella de asegurar el contradictorio.*”¹⁴⁶

Desde este enfoque, la posibilidad que las partes puedan libremente decidir sobre sus derechos o sobre el objeto del proceso, debe apreciarse por fuera del principio acusatorio, como un desarrollo propio del principio dispositivo característico del derecho civil, donde los sujetos tienen, por regla general¹⁴⁷, la capacidad de disponer de sus derechos, opción que les fue “expropiada” en el derecho penal¹⁴⁸.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p.748.

¹⁴⁵ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, Segunda Edición, 2007, p. 141.

¹⁴⁶ BAZZANI MONTOYA, Darío, Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2006, p. 230.

¹⁴⁷ Existen espacios en el derecho civil en los cuales también se aplican criterios propios del proceso penal; en ese sentido SOLÉ RIERA explica: “*Tampoco sobre este particular [refiriéndose a la aportación de parte] puede hablarse en términos absolutos; basta comprobar qué sucede con las acciones de impugnación de paternidad, o el proceso de incapacitación, para concluir que en el juicio civil también hay investigación de oficio que supera los estrictos cauces de la delimitación privada del objeto de ese proceso*” SOLÉ RIERA, Jaume, Convergencias y divergencias entre los procesos civil y penal. Perspectiva del abogado civilista, en: La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?, Teresa Armenta Deu (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 128.

¹⁴⁸ Al respecto, apunta MONTERO AROCA: “*1) No existe relación jurídica material penal entre los que han intervenido en la comisión del delito, bien como autor, y 2) El ofendido, y menos el perjudicado, por el delito no son titulares de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena. La aplicación del derecho penal ha sido asumida en exclusiva por el Estado, de modo que los particulares no tienen derechos subjetivos de contenido penal. Con el ruego de ser entendido, puede decirse que el Estado produjo cierta “expropiación” de los derechos subjetivos penales, de modo que éstos no existen en manos de los particulares. El único que tiene derecho a imponer penas es el Estado, y para él no se trata de un verdadero derecho, sino de un deber que ha de cumplirse conforme al principio de legalidad y sin intervención de discrecionalidad alguna.*” MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal (...), Op. Cit., p. 21 – 22.

No obstante, para otros, aplicar cualidades dispositivas en el proceso penal acusatorio es algo admisible, a partir de un Estado que decide intervenir en asuntos públicos y refleja la capacidad democrática de una sociedad para encontrar respuestas innovadoras a sus conflictos¹⁴⁹. Se plantea que, de hecho, cuando el legislador puede legítimamente definir qué asuntos penales deja a la libre disposición de los particulares –*delitos querellables*–, esto permite admitir que existen determinados espacios dispositivos en el derecho penal. En sentido semejante, se explica que a lo largo de la historia ha resultado normal acudir a alternativas dispositivas, de tal manera que no existe motivo para negarse a ensayar otras opciones intermedias, donde lo disponible encuentre cabida, atendiendo a fines superiores propios de un Estado democrático. En resumen, como lo sostiene ASENCIO MELLADO:

*...no habría obstáculo alguno para que el legislador fuera más allá en los delitos de naturaleza pública dado que la catalogación de un delito como público o privado, la determinación de los cauces procesales apropiados en cada caso, etc., no se pueden hacer depender de máximas irremovibles, sino de circunstancias de carácter social, político, económico, histórico, etc., y, esencialmente, de factores de política criminal.*¹⁵⁰

Igualmente, se afirma que un modelo de Estado social y democrático reclama que su carácter intervencionista también se refleje en los asuntos penales y, bajo esa óptica, ello legitima las salidas procesales de las negociaciones y declaraciones de culpabilidad, como institutos enfocados a intereses

¹⁴⁹ Adicionalmente, tendría sustento en quienes, incluso desde el plano continental europeo, defienden que el origen de lo acusatorio proviene de un momento histórico donde los conflictos penales fueron un asunto de partes y, por ende, de carácter dispositivo o privado. En ese sentido, explica ASENCIO MELLADO: “*El principio acusatorio fue la consecuencia, en los albores de un Derecho penal incipiente, de la atribución al delito de naturaleza privada, hecho éste que se manifestaba tanto en la reserva a los particulares sin excepción y, en concreto, en un momento inicial al perjudicado y ofendido, de la persecución penal, cuanto en la existencia exclusiva de Tribunales de corte popular, no permanentes, a los cuales, en buena lógica, y precisamente por tal carácter, no se les podía exigir la tramitación de un procedimiento de oficio, ni la recogida de material procesal.*” ASENCIO MELLADO, José María, Op. Cit., p. 15.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 28.

superiores plasmados constitucionalmente frente al proceso acusatorio. De modo semejante, expone ALMEIDA SILVA:

Por tanto, al parecer, el mayor desafío asignado al legislador reformista consiste en diseñar un modelo de proceso penal que una tanto las necesidades más urgentes y coyunturales de aceleración y simplificación del procedimiento como la no menos importante exigencia de conformar este modelo de enjuiciamiento penal con los valores constitucionales que informan el proceso penal en el marco del Estado social y democrático de Derecho¹⁵¹.

Bajo esta lectura, se sugiere que es posible, dentro del enfoque continental europeo del proceso acusatorio, justificar los actos dispositivos de las partes¹⁵². En ese entendido, si determinada sociedad, en un estado específico de su desarrollo histórico, concede a las partes posibilidades de negociar o de disponer de los asuntos penales, ello no significa privatizar el derecho penal, sino permitir una decisión democrática que opta por entregar a sus autoridades concretos medios de acción para manejar los conflictos penales, como también sucede en otros escenarios del derecho público¹⁵³.

¹⁵¹ ALMEIDA SILVA, Kédyma Cristiane, La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal, Madrid, 2008. Trabajo de grado (doctor en derecho), Universidad Carlos III, Facultad de derecho, p. 64-65. [En línea] <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/5484>> [Citado en diciembre de 2012]

¹⁵² Se afirma al respecto que: “Efectivamente, es conocido que los ordenamientos jurídicos que adoptan un sistema procesal acusatorio, además prevén mecanismos de simplificación que reservan el procedimiento más garantista sólo a los casos realmente controvertidos y a los crimines graves.” SFERLAZZA, Ottavio, Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada, México, Distribuciones Fontamara S.A., 2005, p. 104.

¹⁵³ Sobre este punto, considera ASENCIO MELLADO: “El problema, no obstante, de la admisión del concepto de pretensión penal no reside en la discusión acerca de la titularidad del interés en el derecho de pena, donde cabe sostener las más variadas posturas, cuanto en las consecuencias del sistema procesal penal en el que se inscriben ciertos elementos o postulados; esto es, en definitiva, y cualquiera que sea la posición que se adopte, qué poder de disposición sobre el derecho de penar se confiere a las partes acusadoras por un lado, y, por otro lado, qué papel ha de desempeñar la titularidad como elemento cualificador de la idea misma de pretensión.” MELLADO, José María, Op. Cit., p. 37; en sentido similar: MORENO CATENA, Víctor, El papel del Ministerio Fiscal en el Estado Democrático de Derecho. [en línea] <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/13021/1/papel_moreno_CDP_2002.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

Esta propuesta, adicionalmente, tendría mayor respaldo en aquellos modelos estatales que se inclinan por la intervención activa en los diferentes asuntos propios de la esfera individual, haciendo que el criterio de lo “social” intervenga incluso frente a intereses particulares¹⁵⁴. Si ello es así, esa intervención con miras a proteger fines constitucionalmente superiores, también justificaría espacios de discrecionalidad en contextos públicos como el derecho penal¹⁵⁵.

El escenario así expuesto, permite apreciar en la corriente continental europea una discusión respecto al alcance del término acusatorio y a la apertura que aquél puede avalar a fin de operar bajo un contexto más flexible y dinámico, en donde jueguen un papel importante institutos como la oportunidad, las negociaciones o las declaraciones unilaterales de culpabilidad.

¹⁵⁴ Refiriéndose al binomio disponibilidad e indisponibilidad en el derecho civil, apunta SOLÉ RIERA: “Una vez más, estamos ante una declaración de máximos, que debe rebajarse ante determinadas manifestaciones del objeto del juicio. Piénsese en los juicios con un objeto indisponible (acciones sobre el estado civil de las personas). No rige tampoco respecto de las normas de procedimiento que adquieren el carácter de *ius cogens*; rige, aunque limitadamente, en materia de iniciativa probatoria.” SOLÉ RIERA, Jaume, Op. Cit., p. 128. Sobre el mismo asunto puede consultarse también: MARTÍN PASTOR, José, Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil, en: La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?, Teresa Armenta Deu (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 143.

¹⁵⁵ Al respecto, refiere GONZÁLEZ ÁLVAREZ: “ii) El contenido del derecho de acción es libertario y social. No es únicamente un derecho que genera el obrar negativo del Estado (no interfiere con la libertad del justiciable traducida en dispositividad procesal) sino también del obrar positivo estatal (el Estado debe proporcionar a los ciudadanos un servicio estatal de justicia adecuado).” GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal. [en línea] <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0C CYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffichero_articulo%3Fcodigo%3D3700455&ei=RWM2UPG7M4Sa8gSf-4DoAQ&usq=AFQjCNH0cq7lzlDk7G4Nf8ik7yVKrEwztQ&sig2=HfM1wEmuO_YVwvrTTvTvUw> [Citado en diciembre de 2012]. HEGEL, igualmente, sostenía: “Porque el delito, en sí ofensa infinita, debe ser medido como existencia según las diferencias cualitativas y cuantitativas (§ 96), lo que entonces es determinado esencialmente como representación y conciencia de la validez de las leyes; la peligrosidad para la sociedad civil consiste en una determinación de su magnitud o, también, una de sus determinaciones cualitativas. Esa cualidad o magnitud, empero, es variable de acuerdo a la constitución de la sociedad civil y en cuya condición es repuesto el derecho a castigar, tanto un hurto de algunos centavos o de un nabo con la muerte, como un robo que ascienda a más de cien veces tales valores, con una pena benigna. El punto de vista de la peligrosidad para la sociedad civil, mientras parece agravar los delitos, en vez, es principalmente lo que ha mitigado su castigo. Un código penal, por lo tanto, pertenece especialmente a su época y a la condición en el tiempo, de la sociedad civil.” HEGEL, Guillermo Federico, Filosofía del derecho, traducción de Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires, Editorial Claridad, p. 201.

En ese contexto, la posibilidad de que el principio acusatorio tenga como eje central al principio dispositivo, se aprecia relacionada con un tema de decisión política¹⁵⁶, de tal forma, que ampliar o reducir las facultades dispositivas de las partes en el proceso penal puede asumirse, desde el enfoque continental europeo, como un asunto de alternativas estratégicas¹⁵⁷.

Adicionalmente, la apertura actual a la discusión sobre si son posibles en un contexto de modelo acusatorio de talante continental europeo, las negociaciones o declaraciones unilaterales de culpabilidad, también está alentada por referentes propios del modelo procesal norteamericano, lo que invita a una revisión de sus presupuestos procesales, específicamente los relacionados con las figuras del *plea bargaining* y el *plea guilty*, como son conocidas en esa tendencia procesal.

B. LO ACUSATORIO DESDE LA TENDENCIA NORTEAMERICANA

1. La referencia al modelo procesal penal de los Estados Unidos

Si bien, la aplicación del principio acusatorio asume formas diferentes dependiendo de cada país¹⁵⁸, para los objetivos del presente trabajo la referencia será el modelo norteamericano por tres razones básicas:

¹⁵⁶ Apunta SFERLAZZA: “Las razones del rechazo de un rígido principio dispositivo están en la naturaleza y en la finalidad del proceso penal, cuya finalidad es establecer los hechos del delito y la relativa responsabilidad con base en las pruebas; porque las partes en conflicto pueden, en concreto, no ser iguales sobre la capacidad y los medios, el legislador atribuye al juez un poder sustitutivo (de suplencia) que incide sobre la iniciativa probatoria.” SFERLAZZA, Ottavio, OP. Cit., p. 71.

¹⁵⁷ Según ARMENTA DEU, la tendencia actual se inclina cada día más por aproximar el proceso penal al proceso civil: “A partir del siglo XIX se han observados (sic) imparables aproximaciones entre el proceso civil y penal en los que se detecta como nota común corresponder a los efectos de acuerdos en uno y otro campo. Con la llegada del siglo XX su uso se incrementa exponencialmente en el marco del proceso penal a través del <<absprache>>, el <<patteggiamento>>, las <<conformidades>> y otras denominaciones de un mismo fenómeno”. ARMENTA DEU, Teresa, Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal..., Op. Cit., p. 249.

¹⁵⁸ Para apreciar como este principio se ha expresado en diferentes culturas y países, se pueden estudiar las siguientes fuentes: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica, Granada, Editorial Comares, 1996; CARRIO D., Alejandro, El enjuiciamiento penal en Argentina y en Estados Unidos, Buenos Aires, Eudeba, 1990; CHIESA APONTE, Ernesto L., Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Bogotá,

La primera, en ocasión a la influencia que desde la Segunda Guerra Mundial ejercen en el mundo los Estados Unidos de Norteamérica y que se trasladó al plano del derecho procesal, como lo describe GIMENO SENDRA: “...tras la salida de Europa de la Segunda Guerra Mundial, debido a los horrores causados por los fenómenos totalitarios y a la consiguiente ratificación de Convenios de Derechos Humanos, los Estados europeos procedieron a reformar los Códigos Procesales Penales en el sentido de fortalecer el acusatorio en la fase instructora”¹⁵⁹, aspecto igualmente destacado por GUERRERO PERALTA refiriéndose a la experiencia de los procesos de Nuremberg y “la aplicación directa de la justicia de los países vencedores en las zonas de ocupación norteamericana y británica”¹⁶⁰, de tal manera que,

Editorial Forum, 1995, T. II y III, 1995; DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, Justicia criminal consensuada (algunos modelos de derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; DE MATA VELA, José Francisco, Op. Cit.; BIGLIANI, Paola, El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino. En: El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005 y de esa misma compilación: AMAYA CÓBAR, Edgardo, El procedimiento abreviado en el proceso penal de El Salvador; Mariano; LOARCA, Carlos, El procedimiento abreviado en Guatemala; CÓRDOBA, Gabriela E., El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación y LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar; RIEGO, Cristián, El procedimiento abreviado en Chile; igualmente, TIEDEMAN, Klaus, El nuevo procedimiento penal europeo, [en línea] <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/klaus%20tiedemann.pdf> [citado diciembre de 2012]; TINOCO PASTRANA, Ángel, El sistema judicial penal en el common law y el principio de oportunidad, Sevilla, 1999. Trabajo de grado (doctor en derecho), Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho. [en línea] <http://Fafondosdigitaless.us.es/media/thesis/913/B_TD-290.pdf> [Citado diciembre de 2012]; se destaca, desde el punto de vista de la comparación descriptiva normativa, el trabajo de CORIGLIANO, Mario E., Resoluciones alternativas del conflicto penal. Juicio abreviado, Buenos aires, 2010. Trabajo de grado (título de especialista en derecho penal), Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, mensaje electrónico enviado a: ALEJANDRO FELIPE SÁNCHEZ, 1º de abril de 2012 [citado diciembre de 2012] Comunicación personal.

¹⁵⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, Constitución y proceso, Madrid, Tecnos, 1988, p. 198.

¹⁶⁰ En extenso, agrega este autor: “Alemania se muestra como el arquetipo en la decisión relativa a la recepción de los modelos procesales extranjeros. El caso germano resulta importante desde dos aristas. En primer lugar, la experiencia de los procesos de Núremberg y la aplicación directa de la justicia de los países vencedores en las zonas de ocupación norteamericana y británica representan un punto de partida ejemplar para la reflexión sobre el encuentro de los dos sistemas; en segundo lugar, la extensa literatura jurídica que produce este país puede dar noticia del papel que han desempeñado las categorías del derecho procesal penal anglosajón trasladadas a su semejante continental.

“En cuanto a lo primero, se destaca que una vez terminada la Segunda Guerra Mundial se renovó la discusión por una reforma del proceso penal alemán y particularmente de la fase oral, según los modelos del derecho angloamericano. Sobre todo quienes habían trabajado como defensores ante los tribunales militares reconocían en el proceso extranjero (no obstante las fuertes críticas a la experiencia de Núremberg) una forma simplificada y directa de adelantar las causas penales. Aunque

desde ahí, la influencia de ese país en los aspectos jurídicos, como sucedió también en otros ámbitos, ha ido en aumento¹⁶¹.

En segundo lugar, porque actualmente la cultura jurídica norteamericana llama cada vez más la atención entre quienes predicán un pensamiento continental europeo y por ello, autores como ALEJANDRO NIETO sugieren que *“hoy vale lo que está escrito en inglés como antes la autoridad científica era la que se expresaba en latín”*¹⁶², opinión que comparte LÓPEZ MEDINA al estimar que *“[e]ramos, en un principio, copias europeas y ahora, quizás, copias norteamericanas”*¹⁶³, planteamientos que si bien pueden ser discutidos, ello no implica que sean omitidos.

Por último, en tanto referirse a ordenamientos jurídicos foráneos y a la forma en que operan, no sólo exige el tradicional análisis comparado de carácter normativo; también amerita encontrar aquellos factores culturales determinantes para que cierto sistema jurídico sea lo que es en la vida real, asunto donde muchas veces la práctica puede resultar distante a lo señalado o descrito en las fuentes formales¹⁶⁴.

la época no resultaba propicia para una reforma total del procedimiento penal, lo cierto es que las preocupaciones teóricas se cifraron en el punto de la práctica probatoria en los dos sistemas.” GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr20.pdf>> [citado en diciembre de 2012]

¹⁶¹ En ese sentido: SCHÜNEMANN, Bernd, ¿Crisis del procedimiento penal? Op. Cit.

¹⁶² NIETO, Alejandro, El arbitrio judicial, Op. Cit., p. 319.

¹⁶³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Teoría impura del derecho, Bogotá, Legis, 2005, p. 13.

¹⁶⁴ Sobre el particular, LÓPEZ MEDINA explica que *“[e]l derecho comparado ha sido, desafortunadamente, atóxico. Su misión principal ha consistido, hasta ahora, en comparar normas y no las teorías del derecho que sustentan la comprensión de normas en diferentes jurisdicciones”,* *ibídem*, p. 74; sobre el derecho norteamericano menciona este autor: *“...es inmensamente más importante entender por qué un abogado norteamericano posee una cultura jurídica “postrealista” antes que empaparse de los detalles normativos, por ejemplo, del derecho estadounidense de contratos. Sólo lo primero ayudaría, realmente, a comprender qué está pasando por la cabeza del abogado extranjero”* *ibídem*, p. 82; igualmente, menciona GÓMEZ-COLOMER, que *“[e]s en este sentido poco fundada la crítica de quienes toman o desechan los modelos que proporciona el Derecho comparado para hacer propias las opiniones según sus intereses. El Derecho comparado nos debe servir para «comparar», es decir, informarnos bien sobre cómo se solucionan los mismos problemas que nosotros tenemos en otros países, y nada más. Pero criticar por ejemplo a Alemania por*

2. La visión usual del modelo procesal penal de los Estados Unidos y su difusión a otros países

La doctrina generalmente destaca ciertas características del sistema procesal penal de los Estados Unidos que hacen hincapié sobre la informalidad, el pragmatismo, el antiformalismo y la flexibilidad que rige en el trabajo de los fiscales¹⁶⁵. Este último aspecto, el de la flexibilidad con la que actúan los acusadores norteamericanos, es uno de los puntos que más se subraya, como puede observarse en los trabajos doctorales de TINOCO PASTRANA¹⁶⁶ y de CABEZUDO RODRÍGUEZ¹⁶⁷, al lado de los aportes de ALEJANDRO CARRIÓ¹⁶⁸, NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA¹⁶⁹, ALBERTO BOVINO¹⁷⁰ y ANGELA J. DAVIS¹⁷¹, que resaltan cómo las posibilidades de control judicial frente a los marcos de discrecionalidad del fiscal están limitadas, destacando, en conexión directa con lo anterior, el carácter descentralizado con que opera el ente acusador y la autonomía que igualmente lo protege.

haber optado por la instrucción a cargo del Fiscal, el país desencadenante en la Europa continental de toda esta problemática, carece de sentido, porque para poder hacerlo con fundamento hay que ser (jurista) alemán.” GÓMEZ-COLOMER, Juan-Luis, Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad. *En*: Fundación Dialnet. [en línea] ISSN-e 1888-7740, No. 2004-2004 <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4074042>> [Citado diciembre de 2012]

¹⁶⁵ Por ejemplo, señala MUÑOZ NEIRA: “*Ese fiscal no tiene que preocuparse por la doctrina del delito masa o del delito continuado, sino que, dependiendo de las políticas internas de su oficina, de la seriedad del caso, de la disponibilidad y la colaboración del procesado y, en fin, de su discrecionalidad, podrá optar por imputar uno o más cargos. Igualmente, si una persona ha cometido lo que nosotros conocemos como hurto agravado y calificado, el fiscal puede acusar sólo por hurto agravado, sin la calificante, o incluir la calificante, o acusar por hurto simple. Cuando sea preciso evaluar la gestión de ese fiscal, nadie lo va a excomulgar de la comunidad jurídica a título de “ignorante”, por no haber hecho una completa “adecuación típica” de la conducta.*” MUÑOZ NEIRA, Orlando, *Op. Cit.*, p. 219.

¹⁶⁶ TINOCO PASTRANA, Ángel, *Op. Cit.* p. 251.

¹⁶⁷ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Op. Cit.*

¹⁶⁸ CARRIO D., Alejandro, *Op. Cit.*

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1997.

¹⁷⁰ BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*. [en línea] <http://www.robertexto.com/archivo7/persec_penal.htm> [citado en diciembre de 2012]

¹⁷¹ DAVIS, Angela J, *Arbitrary Justice. The power of the American Prosecutor*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Estas mismas fuentes, apuntan que esa amplia libertad de acción del fiscal, tiene como límite el control electoral de los ciudadanos, quienes por voto popular determinan los funcionarios encargados de la responsabilidad de acusar y, también, por esa vía, se reservan el poder de castigar electoralmente los eventuales excesos u omisiones en que puedan incurrir los elegidos¹⁷².

Igualmente, los argumentos favorables dan cuenta de la rapidez con que opera el sistema de justicia, la oralidad y publicidad de sus actuaciones, aspectos que conllevan transparencia en la gestión del Estado frente al conflicto penal¹⁷³. El pragmatismo, uno de los puntos que también se subraya, tiende a alejarse de los conceptos dogmáticos que caracterizan a los países de tradición continental europea y, por ello, propende porque los operarios del sistema sean más “prácticos” y menos “teóricos”¹⁷⁴.

¹⁷² Apunta MONTERO AROCA sobre el papel fundamental que esa responsabilidad política tiene frente a la estructura del sistema procesal estadounidense: *“Esta responsabilidad política no puede olvidarse cuando se hace referencia al modelo norteamericano del proceso penal y, sobre todo, cuando se pretenden importar elementos o partes de ese modelo (especialmente quién realiza la instrucción o la llamada “justicia penal consensuada”) a otros países en los que el Ministerio Público no es en sí mismo poder político, sino que se integra en la órbita del Poder Ejecutivo. Por otro lado, tampoco debe olvidarse esa responsabilidad política cuando se aspira a un Ministerio Público con estatuto jurídico personal independiente, pues puede ocurrir que, al final, nadie responda políticamente de cómo se ha promovido la acción de la justicia penal al servicio de los intereses generales.”* MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal, (...) Op. Cit., p.76-77. Y, sobre el mismo punto, ARMENTA DEU coincide en sostener que, para la configuración de la negociación de cargos, el control político o electoral resulta fundamental a fin de comprender la legitimación de ese modelo procesal: *“En aquellos países como los Estados Unidos de Norteamérica donde la sociedad cuenta con un elemento de control cual es la elección democrática de los perseguidores públicos (“attorney” o “persecutor”), resulta plausible la aplicación a la persecución penal de criterios de oportunidad y la concesión de un mayor ámbito de facultades.”* ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal, Barcelona, J.M. Bosch Editor S.A., 1995, p. 43 – 44.

¹⁷³ Al respecto, se dice: *“Conviene recordar que los sistemas acusatorios pretenden fundarse en el concepto de transparencia; que nada ocurra a espaldas de las personas, que todo el mundo tenga derecho a saber qué fue lo que ocurrió, evitar lo que se denominan acuerdos a escondidas, tras las puertas, donde la gente no puede controlar; que se precluyan indebidamente investigaciones; que se reduzcan cargos o, finalmente, que se hagan determinaciones de culpabilidad sin que puedan ser controvertidas por la opinión pública”.* GRANADOS PEÑA, Jaime, El sistema acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General de la Nación, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 21.

¹⁷⁴ Quienes difunden el modelo a otros países explican: *“...el sistema tradicional de enseñanza del derecho en Chile es un modelo de transmisión de conocimientos de carácter discursivo, enciclopédico,*

Este esquema se complementa con un trabajo de capacitación que habitualmente es apoyado por las embajadas de Estados Unidos en cada territorio receptor. Se encarga la misión a fiscales adscritos a las representaciones diplomáticas o que, para fines específicos –*conferencias, talleres, módulos, etc.*–, se desplazan con el objetivo de capacitar a los operarios del sistema intervenido¹⁷⁵. Los capacitadores, dada su estructuración operativa, reproducen su práctica diaria en el manejo del sistema procesal, resaltando las ventajas que el mismo comporta, generalmente en términos de eficiencia para la administración de justicia¹⁷⁶. Una de las figuras más impulsadas, son los acuerdos –*plea bargaining*- y las declaraciones unilaterales de culpabilidad –*plea guilty*-.

3. El papel de las negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad en el sistema procesal penal de los Estados Unidos.

Si bien, es difícil hablar de un único modelo de proceso penal en Estados Unidos, ya que cada Estado puede definir ciertos parámetros especiales de procedimiento y, al mismo tiempo, estos diferir de aquellas reglas que se

marcadamente conceptual y abstracto, que en el caso al menos de nuestro derecho procesal penal, tiene además ingredientes que lo deterioran: su falta de vigencia -su aislamiento del resto del mundo y de los desarrollos no sólo teóricos, sino también empíricos en torno a los sistemas de justicia criminal comparados- su tradicional incapacidad de innovar y su renuencia a hacerse cargo del sistema penal en su conjunto, construyendo una “dogmática” aislada del funcionamiento concreto del sistema, de la información empírica en torno a él y de su carácter político.” BAYTELMAN A., Andrés, Capacitación como fútbol, Op. Cit., y en ese mismo sentido: BAYTELMAN A., Andrés, DUCE J., Mauricio, Litigación penal juicio oral y prueba, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

¹⁷⁵ Así, por ejemplo, ha ocurrido en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, donde el investigador se desempeña laboralmente.

¹⁷⁶ Generalmente son fiscales federales y estatales los delegados para fines de capacitación en los diversos territorios receptores del modelo. Sobre el particular, Kenneth Blanco, Fiscal General Adjunto de la Embajada de los Estados Unidos en Colombia, recalca que: “*El Sistema acusatorio les da una oportunidad significativa para una mayor efectividad y respuesta inmediata en sus serios esfuerzos para combatir la compleja actividad criminal y en particular las organizaciones criminales. Un sistema acusatorio implica el compromiso del sentido común y el pragmatismo con los derechos legales y la doctrina. Sin embargo, requiere confrontar los formalismos, permitir el ejercicio de la agilidad inherente del sistema acusatorio. Requiere una toma de decisiones sólida y rápida, funcionarios de justicia responsables y un reconocimiento de que el equilibrio entre los derechos de los acusados y las víctimas no es fácil ni perfecto.*” BLANCO, Kenneth, justicia y globalización. En: Revista Corte Suprema de Justicia, Colombia, diciembre, 2010, Año 13, No. 30, págs.: 10 y 11.

aplican a nivel federal¹⁷⁷, la doctrina ha delineado ciertas características comunes que pueden dar razón de algunos matices compartidos¹⁷⁸. LANGER, en esa perspectiva, señala como elementos característicos que se aplican a la mayoría de jurisdicciones penales en los Estados Unidos: a) la actividad investigativa, tanto de la fiscalía como de la defensa, se ejecuta utilizando herramientas informales y no reglamentadas; b) en un número muy alto de casos, el ente acusador y la contraparte pueden intercambiar ideas sobre posibilidades de negociación del conflicto; c) después del intercambio de ideas, el fiscal posee autonomía para decidir sobre negociar o seguir con la etapa del juicio; d) por regla general, si el fiscal se decide por el juicio, el acusado es declarado culpable; e) en la mayoría de situaciones, el control judicial para verificar la voluntariedad de las negociaciones resulta “superficial” y f), la tendencia general indica que los fiscales tienen una influencia sustancial en las decisiones del juez o del jurado¹⁷⁹.

Las figuras de los *plea guilty –declaración de culpabilidad–* y los *plea bargaining –declaración de culpabilidad basada en la negociación–* son relevantes en el esquema procesal de los Estados Unidos, de tal manera que el 95% de los casos penales terminan por esas vías¹⁸⁰.

¹⁷⁷ “En el nivel de los Estados cada cual tiene sus propios criterios, por ejemplo Georgia que se caracteriza por ser bien conservador, se sanciona con prisión el robar autos, en cambio en California, tradicionalmente liberal, el robar autos te brinda la oportunidad de libertad probatoria.” YERA, Evelio Jesús y PÉREZ, Luis Manuel, Fiscales Federales de los Estados Unidos, entrevista no estructurada de carácter focalizado, Bogotá, 20 de septiembre de 2011.

¹⁷⁸ Afirma DÍEZ-PICAZO, Luis María, Op. Cit., p. 77, que: “...es lícito hablar, en singular, del proceso penal norteamericano. Ello se debe, sobre todo, a la existencia de una única cultura jurídica en el ámbito nacional; esto es, tanto los ciudadanos como específicamente los operadores jurídicos han mantenido tradicionalmente un conjunto relativamente uniforme de representaciones mentales, actitudes y pautas de comportamiento en relación con el derecho.”

¹⁷⁹ LANGER, Máximo, Rethinking Plea Bargaining: (...), Op. Cit.

¹⁸⁰ El porcentaje ha sido recopilado de: BAR-GILL, Oren and GAZAL, Oren, Op. Cit., que a su vez, indica que los tomó de: “U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Compendium of Federal Justice Statistics, 2001, 2 (2003) (“the proportion of convicted defendants who plead guilty increased from 87% during 1990 to 95% during 2001”); U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, State Court Sentencing of Convicted Felons, 2000, 43 (2003) (95% of felony convictions in State courts were achieved through guilty plea).” Según una reciente sentencia de la CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, apoyada en otras investigaciones, las cifras corresponden

Esa situación, ha generado una discusión en torno a los límites y controles que operan cuando se acude a tales salidas y si en verdad corresponden al desarrollo de un esquema acusatorio, pues pareciera, que más allá de un conflicto de partes, lo que existe es la supremacía de una de ellas –*la fiscalía*– sobre la otra –*el acusado*–. Para autores como LYNCH, por ejemplo, cualquier observador externo que aprecie cómo funciona en la práctica el modelo norteamericano, “...*identificaría seguramente al proceso interno de la agencia persecutoria como el juicio "real" o procedimiento por el cual la sociedad decide un caso*”¹⁸¹.

Sobre los límites impuestos a la aplicación de tales figuras, dada la importancia que tienen frente al modelo, se han analizado los siguientes aspectos:

a. El control externo sobre el ejercicio de los actos dispositivos de las partes: el control electoral.

Se resalta como característica del sistema y específicamente de los actos dispositivos, que el fiscal, desde el punto de vista práctico, no ostenta mayores límites externos frente al ejercicio de sus competencias; bien sea que éstas se expresen en la no presentación del caso al órgano jurisdiccional o, exponiéndolo de una forma diferente a como tuvo ocurrencia en la realidad a través de una decisión unilateral –*guilty plea*– o, por un acuerdo celebrado con la contraparte –*plea bargaining*–. El ejercicio de estas dos posibilidades y de la característica apuntada, aparece desarrollado con mayor profundidad en los trabajos de TINOCO PASTRANA¹⁸², CABEZUDO RODRÍGUEZ¹⁸³,

a: 97% a nivel federal y 94% a nivel estatal; ver: MISSOURI v. Galin E. FRYE. No. 10–444. Argued Oct. 31, 2011. Decided March 21, 2012.

¹⁸¹ LYNCH, Gerard E., Op. Cit.

¹⁸² TINOCO PASTRANA, Ángel, Op. Cit.

¹⁸³ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, Op. Cit.

ALEJANDRO CARRIÓ¹⁸⁴, NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA¹⁸⁵ y ALBERTO BOVINO¹⁸⁶.

Esa amplitud en el poder del fiscal, se suele mitigar en razón a la fundamentación generalmente electoral de su cargo, misma que le impide una total libertad, pues los votantes están en la capacidad de castigarlo si ejerce inadecuadamente sus competencias¹⁸⁷. Ese planteamiento, no obstante, ha sido objeto de cuestionamiento, dado que las reacciones electorales frente a los desmanes de los acusadores se producen demasiado tarde y no tienen la fuerza suficiente para impactar su carrera política. FRANK H. EASTERBROOK, uno de los defensores más reconocidos del modelo tradicional del *plea bargaining* en los Estados Unidos, admite que la legitimidad en la discrecionalidad del fiscal no radica en las posibles restricciones electorales: “...el mecanismo de elección es demasiado torpe para sancionar determinadas decisiones de los fiscales. [...] “el momento en que los votantes se conecten al aumento de la delincuencia por las travesuras del fiscal, si es que alguna vez eso sucede, llegará demasiado tarde”¹⁸⁸ y, por su parte, ANGELA J. DAVIS, agrega cómo la escasa información que los electores tienen respecto a la función acusadora y sobre los deberes, funciones y responsabilidades del fiscal, son otro factor que impide que el mecanismo electoral sea realmente una forma eficiente de controlar su poder¹⁸⁹.

¹⁸⁴ CARRIÓ D., Alejandro, Op. Cit.

¹⁸⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, Op. Cit.

¹⁸⁶ BOVINO, Alberto, La persecución penal pública en el derecho anglosajón, Op. Cit.

¹⁸⁷ Sobre esto: MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal, Op. Cit. p. 76 – 77; ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal, Op. Cit., p. 43 – 44 y también DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, Op. Cit., p. 61.

¹⁸⁸ EASTERBROOK, Frank H., Op. Cit.

¹⁸⁹ DAVIS, Angela J, Arbitrary Justice. The power of the American Prosecutor, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 183.

En igual sentido, otros estudios foráneos que sobre el modelo procesal norteamericano se han realizado, parecen coincidir en que el control externo sobre los poderes del fiscal es más una formalidad que una realidad y, sobre tal punto, a la tesis doctoral de CABEZUDO RODRÍGUEZ nuevamente se remite¹⁹⁰.

b. Más allá de los juicios orales y públicos.

Tradicionalmente, se piensa que el modelo procesal penal estadounidense está basado en audiencias donde la oralidad juega un papel importante y que, por ese medio, garantiza ampliamente el principio de publicidad. Empero, como antes se apreció, tal versión comprende un 5% de la realidad procesal norteamericana, existiendo cuestionamientos sobre si, incluso en ese mínimo porcentaje, se cumplen con esos postulados, o si hasta la figura del juicio oral está lejos de representar el esquema promocionado¹⁹¹.

Como lo sostiene el profesor de la Universidad de Pensilvania STEPHANOS BIBAS, se tiende a centrar la atención en el panorama de mayor impacto mediático, pero se descuida la forma real y usual en la que funciona el sistema norteamericano: *“Los estudiosos suelen centrarse en los delitos más graves con las mayores penas: homicidios, violaciones y robos. La mayoría de los casos penales, sin embargo, implican faltas o delitos menores, como hurtos menores, que suelen llevar a sentencias cortas”*¹⁹² y, asumiendo esa perspectiva, se puede apreciar que el mayor número de sentencias se

¹⁹⁰ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, Op. Cit.

¹⁹¹ Al respecto, la crítica que de esa versión *“Hollywoodense”* realiza PIZZI, William T., Juicios y Mentiras. Crónica de la crisis del proceso penal estadounidense, traducción de Carlos Fidalgo Gallardo, Madrid, Editorial Tecnos, 2004 y, también a BERGMAN, Paul, La defensa en el juicio. La defensa penal y la oralidad, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1989.

¹⁹² BIBAS, Stephanos, Plea bargaining outside the shadow of trial. [en línea] <http://www.pbs.org/wgbh/pa_ges/frontline/shows/plea/etc/bargain.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

producen por vías diferentes a los juicios orales y provienen de actuaciones donde impera el secreto, la informalidad y la desregulación.

En esa medida, LYNCH califica el esquema procesal norteamericano de inquisitivo, por fundarse en una noción de fiscal poderoso que aprovecha la sorpresa y el secreto para someter a su contraparte, quien en corto tiempo y sin armas, termina generalmente entregado para evitar un sufrimiento mayor, de manera similar a la forma en que, en la edad media, el torturado cedía a las pretensiones del verdugo. En su criterio, se trata de un modelo menos transparente que aquellos calificados de inquisitivos en otros continentes, pero donde al menos el investigado tiene acceso a un expediente escrito¹⁹³. La crítica es respaldada por JOHN H. LANGBEIN, en su conocido artículo “*Tortura y plea bargaining*”¹⁹⁴, así como por GABRIEL IGNACIO ANITUA,¹⁹⁵ FERRAJOLI¹⁹⁶, GUERRERO PERALTA¹⁹⁷, WILIAM PIZZI¹⁹⁸ y con PETER H. SOLOMON, cuando sobre la aplicación del *plea bargaining* en Rusia¹⁹⁹, señala cómo en ese país, con una tradición procesal fuertemente inquisitiva,

¹⁹³ Apunta LYNCH: “...en realidad se asemeja, para la mayoría de los acusados, mucho más a lo que los abogados considerarían como un sistema inquisitivo, antes que al modelo de justicia acusatoria idealizado en los libros de texto. [...] En un sistema típicamente inquisitivo, los imputados tienen acceso al expediente compilado por las autoridades. En nuestro sistema, los imputados, habitualmente, tienen que tomar decisiones críticas sobre si aceptar la atribución de culpabilidad del fiscal antes de que se pueda requerir cualquier información significativa sobre la prueba obtenida por él. Los fiscales, entonces, pueden hallar culpable a un imputado sin darle una oportunidad de ofrecer prueba de descargo, o de señalar las debilidades de la prueba del Estado.” LYNCH, Gerard E., Op. Cit.

¹⁹⁴ LANGBEIN, John H., *Tortura y plea bargaining*. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005, p. 15.

¹⁹⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio, La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. [en línea] <http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=45> [Citado en diciembre de 2012]

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Derecho y razón, Op. Cit. p. 748.

¹⁹⁷ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal (...), Op. Cit., p. 141.

¹⁹⁸ PIZZI, Wiliam T., Op. Cit., p. 150.

¹⁹⁹ SOLOMON, Peter H., *Plea Bargaining Russian Style*. [traducción propia] Documento remitido vía mensaje electrónico de: MAYA, Delio, “*Solicitud de información*”, mensaje enviado a: SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe, 8 de octubre de 2013. [Citado 11 de octubre de 2013] Comunicación personal.

se garantiza, como mínimo, el acceso al expediente y un control efectivo del juez sobre los actos dispositivos:

En este contexto, el retorno ruso al modelo inquisitorial para resolver los cargos criminales pero no en una disputa, no es necesariamente algo malo. En el plea bargaining americano, la principal revisión de la evidencia usualmente tiene lugar durante las informales (y no transparentes) discusiones entre acusador y defensa y no en las salas de audiencias. Al menos en la versión rusa del plea bargaining se requiere que el juez revise el archivo del caso y coincida en que las evidencias son suficientes y claras, una obligación que está típicamente ausente en los países que practican el common law.”

Esa faz *neo-inquisitiva* de las negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad, aparece sugerida también por ALBERT W. ALSCHULER y su investigación “*Plea Bargaining and its History*” (*Plea bargaining* y su historia)²⁰⁰.

No obstante, para otros resulta exagerado calificar de inquisitivo al modelo de negociaciones o declaraciones de culpabilidad de los Estados Unidos. En ese sentido, LANGER acude a un argumento de legitimidad estatal para advertir que los fiscales norteamericanos lejos están de ser comparados con inquisidores medievales, pues responden a escenarios donde, al contrario de procurar encontrar la verdad material, uno de los fines teóricamente defendidos en la inquisición, prefieren soluciones más flexibles y en las que juegan criterios de justicia, amén de no considerarse jueces, sino agentes estatales cumpliendo funciones oficiales²⁰¹.

²⁰⁰ ALSCHULER, Albert W., *Plea Bargaining and Its History*. [en línea] <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1122051?uid=3737808&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101124707841>> [Citado en diciembre de 2012]; Igualmente, respaldarían esta comparación: MOLINA LÓPEZ, Ricardo, *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*, Medellín, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2010 y en BOVINO, Alberto, *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*. **En:** B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.) *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005, p. 53.

²⁰¹ LANGER, Máximo, *Rethinking Plea Bargaining: (...)*, Op. Cit.

Desde otra perspectiva, hay que considerar también que el tradicional modelo procesal continental europeo configura una fase investigativa basada en el secreto. Apunta, por ejemplo GÓMEZ COLOMER que “... (c)uando la Ley dice que las diligencias del sumario serán secretas se está refiriendo al público, con lo que dice que no existe publicidad en sentido estricto. La publicidad aparece sólo después de la apertura del juicio oral”²⁰². Sin embargo, como igualmente lo destaca el citado autor, la falta de publicidad en la fase preliminar se proyecta hacia los extraños, es decir, al público en general y con cierta, pero no absoluta reserva, para el sumariado o investigado²⁰³. Es esta posibilidad la que se encuentra restringida en el sistema estadounidense, generando reclamos para que se concedan mayores espacios de transparencia en ese modelo de justicia²⁰⁴.

c. La igualdad de partes en la negociación

El artículo de FRANK H. EASTERBROOK²⁰⁵ deviene en uno de los fundamentos teóricos que respalda la asimilación del sistema procesal penal norteamericano a un modelo de mercado, en donde las partes pueden negociar racionalmente sus opciones²⁰⁶. Es preciso aclarar, previo a su análisis, que si bien su título corresponde a “*Criminal procedure as a market*

²⁰² GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Derecho jurisdiccional, Op. Cit., p. 123.

²⁰³ BECCARIA enseñaba que el secreto era el “más poderoso escudo de la tiranía”; Op. Cit., p. 24.

²⁰⁴ Señala PIZZI, William T., Op. Cit., p. 150: “*En cualquier sistema pueden producirse condenas injustas, pero problemas como éstos son menos probables cuando todas las pruebas relacionadas con el caso están a disposición de ambas partes en un único expediente. En lugar de eso, nuestro sistema procesal convierte la revelación de información proveniente “del otro bando” en un juego en el que cada uno quiere conseguir tanta información como sea posible y dar al contrario cuanta menos mejor.*”

²⁰⁵ EASTERBROOK, Frank H., Op. Cit. En igual sentido, sobre como el libre consenso es vital para los acuerdos: SANDEFUR, Timothy, In Defense of Plea Bargaining. [En línea] <<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>> [Citado 8 de octubre de 2013]; Crítica que pueda hablarse de verdadero consenso en el plea bargaining: MANCO LÓPEZ, Yeison, La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano. [En línea] <<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/14146/12506>> [Consultado 9 de octubre de 2013]

²⁰⁶ Así lo califica GRAHAM, Kyle, Crimes, Widgets, and Plea Bargaining: An Analysis of Charge Content, Pleas, and Trials. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004194> [Citado en diciembre de 2012]

system” –Proceso criminal como un sistema de Mercado²⁰⁷–, lo que pareciera anticipar una visión general del sistema procesal norteamericano, realmente su contenido se centra en las figuras de los *plea bargaining* y *plea guilty*, aspecto que sugiere, otra vez, que en ese país la idea del sistema procesal está más ligada a tales institutos que a fases posteriores como la del juicio oral²⁰⁸.

Para EASTERBROOK, las partes en la negociación pueden escoger racionalmente sus alternativas, es decir, decidir libremente entre negociar o ir al juicio, evaluando, en el momento de tomar la decisión, que cuentan con recursos escasos –*tiempo y dinero*- y que deben distribuirlos de la forma más adecuada posible. Ahora bien, que sea racional no significa que se dé entre partes iguales. Según el autor, la igualdad es un principio demasiado costoso económicamente para el sistema, por lo que “...uno puede explorar todo el cuerpo de la ley penal, sin encontrar un principio que señale que quienes han cometido delitos deben ser tratados por igual. [...]La desigualdad por lo tanto está integrada en el sistema desde el principio”²⁰⁹ y, por ello, está justificado que el “*precio del delito*” lo fije el Estado y que la otra parte, teniendo como base ese precio, calcule racionalmente sus posibilidades.

Según EASTERBROOK, no es viable una intervención estatal para conjurar el desequilibrio propio de la negociación, porque la desigualdad es una situación de la vida práctica que va más allá de las estructuras procesales: se

²⁰⁷ [Traducción propia]

²⁰⁸ La negociación en Estados Unidos es la justicia misma, así lo afirma MUÑOZ NEIRA: “Hay un acuerdo muy general en señalar que, de los casos penales, menos de un 10% llega a juicio, mientras que un 90% se soluciona a través de negociaciones, de acuerdos entre la fiscalía y acusado, que luego son sometidos a aprobación judicial. La negociación de penas no es, pues, una especie de terminación “anormal” del proceso penal: es la justicia penal misma en Estados Unidos.” MUÑOZ NEIRA, Orlando, Op. Cit., p. 210.

²⁰⁹ EASTERBROOK, Frank H., Op. Cit. [traducción propia].

es desigual tanto para negociar como para ir a un juicio público y oral²¹⁰. Adicionalmente, no es dable una intervención del juez cuando éste no tiene ninguna información que le permita participar, en virtud del secreto en que las partes, especialmente, la fiscalía, han actuado, destacando que los jueces civiles tienen más información sobre sus casos que los jueces penales: *“Creo que es más probable que la reticencia judicial [del juez penal], refleja la pobreza de información de los jueces. En los casos civiles el juez supervisa y tiene acceso a descubrimiento. En materia penal el juez ve mucho menos”*²¹¹, aspecto también resaltado por GÓMEZ-JARA DIEZ, al afirmar que *“...en el ámbito penal se cuentan con menores <<derechos de audiencia>> que en el procedimiento civil, sobre todo en las fases previas al juicio.”*²¹²

En este contexto, el Estado es un monopolizador del mercado penal, “compra” los delitos y ese monopolio le concede el poder de fijar el precio para la negociación. El modelo funciona si hay libertad en la fijación del precio, pues como en cualquier otro mercado, los sistemas de control fracasan. Bajo esa visión, algunos plantean que la historia de los *plea bargaining* y los *plea guilty* marchó paralela al origen histórico capitalista de los Estados Unidos. Al respecto, describe VOGLER:

Tiene sus orígenes en el desarrollo de la economía capitalista de Inglaterra y no es coincidencia que haya sido creada por los mismos abogados del common law que representaron a los empresarios en el mismo país que tomó la delantera de la Revolución Industrial. Es esencialmente una aproximación del libre mercado al sistema penal, basado en la negociación individual,

²¹⁰ Un argumento en ese mismo sentido, se encuentra también en MONTERO AROCA, Juan, Proceso (civil y penal) y garantía, el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p.102.

²¹¹ EASTERBROOK, Frank H., Op. Cit.

²¹² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Op. Cit., p. 49.

*libertad de contratar y el concepto de un individuo portador de derechos*²¹³.

Una versión que es desvirtuada por ALBERT W. ALSCHULER en su estudio “*Plea Bargaining and Its History*” [*Plea bargaining y su historia*],²¹⁴ donde reporta una época amplia de la historia de los Estados Unidos en la cual su sistema de justicia subsistió sin utilizar tales figuras que, al contrario, eran reprochadas por la judicatura²¹⁵. Esta situación se mantuvo hasta que, por los incrementos en la criminalidad a consecuencia de la penalización de las bebidas alcohólicas y, luego, por el aumento en el consumo de drogas después de la segunda guerra mundial, los fiscales encontraron en la negociación un instrumento efectivo de lucha contra la delincuencia.

La afirmación según la cual, el modelo de negociaciones es esencial a la cultura capitalista estadounidense, también es objetada en el estudio de STEPHEN J SCHULHOFER –“*Is Plea Bargaining inevitable?*” (*¿Es el Plea Bargaining inevitable?*)²¹⁶ y la información que reporta CABEZUDO RODRÍGUEZ en su tesis doctoral²¹⁷, donde resaltan ciertas jurisdicciones estatales que han eludido sin inconvenientes tales institutos.

Sin embargo, como antes se dijo, el aumento en los niveles de criminalidad rápidamente consolidó la idea según la cual, el sistema de justicia no podía sobrevivir sin aplicar las citadas figuras, tesis que recibiría respaldo oficial por

²¹³ VOGLER, Richard, Op. Cit., p. 190.

²¹⁴ ALSCHULER, Albert W., Op. Cit.; esta comparación también aparece en: ANITUA, Gabriel Ignacio, Op. Cit.; MOLINA LÓPEZ, Ricardo, Op. Cit. y en BOVINO, Alberto, Procedimiento abreviado y juicio por jurados, Op. Cit., p. 53.

²¹⁵ FISHER, no obstante, considera que no existen evidencias empíricas contundentes como para afirmar que el *plea bargaining* no fue parte esencial de la historia procesal anglosajona, máxime cuando, en sus principios, el “procedimiento penal” era algo informal y, por ello, es posible la negociación se expresa en prácticas extra-oficiales. En ese sentido, FISHER, George, Op. Cit., p. 154.

²¹⁶ SCHULHOFER, Stephen J., *Is Plea Bargaining Inevitable?* [en línea] <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1340824?uid=3737808&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21100973904063>> [traducción propia] [Citado en diciembre de 2012]

²¹⁷ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Op. Cit.

la judicatura norteamericana en el Fallo Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970), hasta el punto en el que actualmente se acepta que tales medidas configuran “*un componente esencial de la administración de justicia*”, tal como quedó sentado en Santobello v. New York²¹⁸. Se trataría de una perspectiva más cercana a la visión del libre mercado procesal, pero bajo la condicionante según la cual, el ente acusador lejos está de ser igual a su contraparte y, por el contrario, entiende que su enorme poder puede resultar relevante en la negociación.

Ahora bien, recientes estudios han mostrado que no siempre la superioridad del fiscal es determinante a la hora de negociar o conseguir declaraciones unilaterales de culpabilidad. Al respecto KYLE GRAHAM²¹⁹, a partir de datos extraídos de la justicia federal norteamericana, acredita que existen especiales circunstancias en las cuales, ni la presión del fiscal y ni siquiera la alta probabilidad de condena, inciden en la decisión del acusado. Igualmente, evidencia cómo ocurren ciertos episodios, en los cuales también se presenta una alta probabilidad de absolución y a pesar de ello, la fiscalía evita negociar. Estos aspectos serán analizados en el Capítulo Cuarto de este trabajo.

Adicionalmente, la defensa de los acuerdos y declaraciones de culpabilidad a partir de criterios racionales propios del mercado de bienes y servicios, desconoce los factores humanos que pueden estar implicados. STEPHANOS BIBAS apunta cómo determinados componentes: la edad, el sexo, la detención preventiva, los déficits de información, la reincidencia, los incentivos laborales que para un fiscal tienen los resultados, los recursos económicos que representa llevar el caso a juicio (*la capacidad económica de pagar detectives privados*), pueden influir trascendentalmente en la

²¹⁸ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, caso Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971) [traducción propia].

²¹⁹ KYLE, Graham, Crimes, Op. Cit.

negociación, de tal manera que sería exagerado asimilar esta figura en el proceso penal, con los contratos propios del derecho civil. Según este autor, son necesarios instrumentos de intervención, pues si *“(n)o podemos demoler el edificio enorme del plea bargaining, [...] al menos debemos sacar a la luz y reformar sus defectos e injusticias”*²²⁰.

El criterio de desigualdad del proceso penal de Estados Unidos, como lo refiere LANGER, es uno de los elementos con los cuales la cultura continental europea y latinoamericana no está familiarizada y que impacta ese sistema de justicia, considerando que existe un aparato acusador y de policía respaldado presupuestalmente, compitiendo con unos acusados, que por regla general, carecen del debido soporte económico²²¹, a lo que se suma el hecho que, según reportan algunas investigaciones, la mayoría de personas sometidas a la justicia norteamericana son afro descendientes e hispanos²²².

²²⁰ BIBAS, Stephanos, Op. Cit.; comparte este interés por hacer del modelo de plea bargaining más justo: LANGER, Máximo, Rethinking Plea Bargaining: (...) Op. Cit.; en el mismo sentido: SANDEFUR, Timothy, In Defense of Plea Bargaining. Op. Cit.

²²¹ Indica LANGER: *“De los 97.500 millones de dólares que los Estados Unidos gastan anualmente en el sistema criminal, más de la mitad se destina a las policías y fiscalías -quienes, conjuntamente, investigan, preparan y persiguen los “casos de la acusación”. En cambio, los sistemas de defensa de indigentes -que, en 1992, asumieron la defensa de aproximadamente el 80% de los acusados de haber cometido delitos-63 sólo reciben un 2% de ese presupuesto para investigar y preparar los correspondientes “casos de la defensa”. Dadas estas claras desigualdades materiales, no es difícil imaginar en qué condiciones llegan, en la mayoría de los casos, el fiscal y el defensor a negociar reconocimientos de culpabilidad a cambio de desistimientos de cargos y/o reducciones de pena. Éste es, entonces, uno de los principales problemas que presenta la práctica del plea bargaining en Estados Unidos. Pero esta desigualdad también tiene obvias consecuencias en los juicios.” La dicotomía acusatorio – inquisitivo (...) Op. Cit.*

²²² Así lo reportan GROSS, Samuel R., JACOBY, Kristen, MATHESON, Daniel J., MONTGOMERY, Nicholas, PATIL, Sujata, Exonerations in the United States 1989 through 2003. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=753084> [Citado en diciembre de 2012] *“...los negros y los hispanos representan cerca del 62% de todos los prisioneros estadounidenses”* [traducción propia]; igualmente, apunta GROSS: *“Nosotros sabemos que los que estaban involucrados en delitos de armas de fuego y posesión de drogas en la mayoría de escándalos de policía que han sido expuestos [porque después se descubrió que eran inocentes], eran mayoritariamente miembros de grupos vulnerables: minorías raciales o étnicas, emigrantes ilegales y miembros de pandillas.”* GROSS, Samuel R., Convicting the innocent (2007) [Consulta virtual] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1100011> [Traducción propia] [Citado 12 de febrero de 2013]; en sentido similar, ver: SAVITSKY, Douglas, Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine

4. La importancia de lo pragmático en el modelo procesal de los Estados Unidos

El modelo procesal penal de los Estados Unidos puede concebirse como una expresión de la visión cultural y teórica que en ese país profesan del derecho, conectada también con su ascendencia anglosajona. Se trata de un sistema jurídico que cree en el derecho de manera distinta a como lo hace la corriente continental europea. Se defiende el sistema de reglas o, mejor, el principio de legalidad, por decirlo al estilo continental europeo, bajo una perspectiva más dinámica, flexible y constitucional, de tal manera que los jueces ocupan un lugar preponderante en la concreción de aquello que es vinculante jurídicamente para los ciudadanos, según las decisiones políticas y democráticas que éstos han asumido²²³.

Más allá de atarse a determinados contenidos conceptuales, los operarios tienden a dar respuestas creativas y efectivas de conformidad con las particularidades del caso concreto. En ese sentido, las negociaciones en el modelo norteamericano pueden ser consideradas parte de esa expresión de creatividad y pragmatismo, lo que bien puede aparecer de antemano conflictivo con otros sistemas jurídicos, donde generalmente se estima censurable que los operarios recurran a soluciones por fuera de los estrictos contornos que marcan las reglas aplicables del caso concreto.

of racial stratification and overcrowding in the United States prison system, Center for the Study of Economy and Society, Department of Sociology, Cornell University, 2012, remitido por ESPINDOLA RUBIO, Nidia Patricia, funcionaria de biblioteca Universidad Externado de Colombia, “*Solicitud bibliográfica*”, mensaje electrónico enviado a SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro, 3 de septiembre de 2013 [citado 10 de septiembre de 2013]

²²³ Ver al respecto: NEUBORNE, Burt, *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, traducción de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Editorial Civitas, 1995 y SCHWARTZ, Bernard, *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, traducción Enrique Alonso, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1980.

Es entendible que un fiscal norteamericano exprese, al momento de negociar con el acusado, los contenidos de justicia que se predicen en su sistema jurídico, a partir de parámetros de imparcialidad, competencia y fines constitucionales frente a los cuales se siente vinculado²²⁴. No resultaría, por lo tanto, atinado cuestionar la forma en que operan los fiscales norteamericanos, porque sus actuaciones no coinciden con los conceptos de legalidad y garantías que se profesan desde una teoría procesal foránea²²⁵.

Es preciso considerar, que desde su práctica procesal, también han realizado importantes contribuciones con el fin de impedir cualquier abuso o injusticia al momento de negociar o declararse unilateralmente culpable, aspectos que bien podrían ser enriquecedores frente a los esquemas procesales de otras culturas jurídicas. Las discusiones, por ejemplo, que la crítica norteamericana ha expuesto a los déficits de información de las partes, especialmente del acusado, al momento de negociar, o la influencia de los factores personales –*sexo, edad, reincidencia, recursos económicos*–, como elementos destacados por STEPHANOS BIBAS²²⁶, así como las investigaciones que enseñan cómo en determinado tipo de delitos es indiferente la presión que la fiscalía ejerza frente a la eventual negociación²²⁷, precisan ser consideradas para lograr mejores aplicaciones de tales modelos en los sistemas foráneos.

Igualmente, su postura pragmática conforme a la cual, es difícil rechazar la idea de salidas alternativas al proceso penal ordinario, tampoco puede ser

²²⁴ “El fiscal [estadounidense] no tiene ningún tipo de influencia política, es difícil remover a un fiscal federal; a nivel estatal los fiscales de distrito son elegidos pero históricamente con eso no ha habido problemas y si existe un caso polémico no es suficiente para remover a un fiscal, deben ser varios casos. Hay fiscales que llevan 18 años. Hay miles de casos al año y no se avalúa la gestión por un solo caso.” YERA, Evelio Jesús y PÉREZ, Luís Manuel, Op. Cit.

²²⁵ Es posible en el modelo estadounidense, por ejemplo, que el procesado, por sugerencia de sus abogados, suscriba un acuerdo con la fiscalía y al mismo tiempo se declare inocente, sin que esta última posición sea considerada relevante por el juzgador, tal como se resolvió por la CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS en el Fallo North Carolina v. Alford.

²²⁶ BIBAS, Stephanos, Op., Cit.

²²⁷ Sobre este asunto: KYLE, Graham, Op. Cit.

descuidada. Si bien, puede sostenerse como un ideal que toda condena penal previamente esté respaldada en la plenitud de un juicio oral, público y concentrado, en cierto modo, tal planteamiento suena excesivo frente a una realidad donde la criminalización se desborda²²⁸, se acude al sistema penal como si se tratara de un moralizador social²²⁹ y la responsabilidad política de los gobernantes se desplaza al sistema judicial que, carente de un esquema de “políticas públicas”, se limita a responder sancionatoriamente²³⁰. Se trata de una situación frente a la cual el derecho procesal penal difícilmente expone alternativas distintas a las sancionatorias, de modo que, una negociación si se construye a partir de una base transparente, devendría más sustentable que el pleno del juicio.

Tal vez pueden parecer fuertes, pero no por ello deben ignorarse las palabras de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *BORDENKIRCHER v. HAYES*, cuando sostuvo que “(c)omo quiera que sea la situación en un mundo ideal, el hecho es que las declaraciones de culpabilidad a menudo acompañadas de declaraciones negociadas son componentes importantes del sistema de justicia criminal de este país”²³¹, a tal punto que ahora el asunto puede ser importante a nivel mundial, hecho que exige abandonar las discusiones abstractas y concentrarse en los fenómenos concretos a los que

²²⁸ Al respecto: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ¿Tiene futuro la prisión preventiva?: Conferencia. [en línea] <<http://www.youtube.com/watch?v=ASG5ahbTM5w>> [citado en diciembre de 2012]; igualmente, apunta ALEJANDRO APONTE: “El argumento no es meramente pragmático, ciertamente ningún sistema penal, de ningún país y menos uno aquejado por tan graves y masivos delitos como el nuestro, puede dar cuenta de todo aquello que se produce socialmente como delito”. APONTE, Alejandro David, Principio de Oportunidad y Política Criminal, de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2010, p. 26.

²²⁹ En ese sentido GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Dónde va el derecho actual?, Chile, 11 de septiembre de 2010, Conferencia. [en línea] <<http://www.youtube.com/watch?v=eWPZSkW-00Y>> [Citado en diciembre de 2012]

²³⁰ Sobre el punto: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El populismo penal. [en línea] <<http://new.pensamientopenal.com.ar/15082007/miranda.pdf>> [Citado en diciembre de 2012] y SIERRA PORTO, Humberto Antonio, La administración de justicia en el Estado Social de Derecho Privatizado. [en línea] <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=129016876010>> [Citado en diciembre de 2012]

²³¹ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, caso *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978) 434 U.S. 357, decidido 18 de enero de 1978. [traducción propia]

se enfrenta el sistema judicial con los limitados recursos que le son proporcionados²³².

Los intentos de la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas por hacer del modelo de negociaciones un mecanismo más transparente, no pueden pasar desapercibidos, pues a pesar de las críticas expuestas contra su esquema, es necesario reconocer que, dada su experiencia, han reforzado su sistema de garantías para dirigirlo especialmente al espacio real en el que se desenvuelve su modelo de justicia procesal: los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad. En efecto, en una de las últimas decisiones, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró que si un procesado rechaza, por una indebida asesoría, un acuerdo que le era favorable y prefiere un juicio donde es sancionado con más severidad, tiene derecho a que se anule el proceso y a que se conceda nuevamente la opción de negociar²³³.

²³² Indica URBANO MARTÍNEZ: “...se mantienen sobre el sistema acusatorio altísimos niveles de exigencia, pero los recursos que se le asignan a la administración de justicia, como tercera rama del poder público, apenas llegan al 1.2% del presupuesto.” La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio, Op. Cit., p. 26. En el caso español, apunta MONTERO AROCA: “En algunos países, incluida España, el porcentaje del presupuesto del Estado dedicado a la que podemos llamar Justicia, en términos generales, no supera el 1 por 100, lo que puede traducirse diciendo que el grado de interés por esa Justicia, medido en parámetros económicos, es ínfimo. No puede aceptarse que, primero, el Estado diga que destina a la Justicia menos del 1 por 100 de los recursos económicos y que, luego, pretenda que el sistema penal se adecue a esa limitación, pues con ello lo que está haciendo es convertir en imposible el cumplimiento de la función.” MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal, Op. Cit., p. 83.

²³³ Ver CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Fallo Blaine Lafler v. Anthony Cooper, No. 10–209. Argued Oct. 31, 2011. Decided March 21, 2012, la posición mayoritaria se sustenta en las doctrinas de STEPHANOS BIBAS y se destaca en el fallo: “Si un acuerdo ha sido ofrecido, el acusado tiene derecho a la asistencia efectiva de un abogado en la consideración de si lo acepta. Si este derecho es negado, el perjuicio puede demostrarse si la pérdida de la oportunidad de la declaración conduce a un proceso que resulta en una condena sobre cargos más graves o a la imposición de una pena más severa” [traducción propia]; salvó voto el juez Scalia y como doctrinante de apoyo citó a ALSCHULER; resultan muy interesantes las críticas que el disidente hace sobre la fuerza que ha tomado el Plea bargaining en Estados Unidos y cómo, en virtud de este fallo, se convirtió esta figura en derecho constitucional y la perversión que ello implica para el sistema, alabando, curiosamente, el principio de legalidad de tendencia europea. También, sobre esa misma línea, véase CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Fallo Missouri v. Galin E. Frye. No. 10–444. Argued Oct. 31, 2011. Decided March 21, 2012. Sobre estos fallos, también ver: FIELDS, Gary y EMSHWILLER, John R, Federal Guilty Pleas Soar As Bargains Trump Trials. [en línea] <http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443589304577637610097206808.html?mod=google_news_wsjs> [Citado en diciembre de 2012]

Aclarando, como se dijo renglones atrás, que no se trata de copiar al pie de la letra sus precedentes sin consideración de las diferencias sociales, culturales y jurídicas, donde tales posturas pueden tildarse de exageradas – *como en efecto lo hace el propio Juez Scalia en sus salvamentos de voto frente a las sentencias comentadas*²³⁴–.

Igualmente, en este enfoque, el ahorro de recursos económicos para la administración de justicia no puede ser un punto menospreciado, pues como lo plantea BACHMAIER WINTER:

*(n)o podemos obviar la realidad de una situación de recursos limitados –al menos ésa es la experiencia en materia de administración de justicia- y, dentro de ese contexto, ha de intentarse arbitrar sistemas que, dentro del respeto a las garantías y derechos fundamentales, permitan canalizar los conflictos penales de la manera más eficaz, tanto en términos económicos como de los fines generales y concretos del proceso penal*²³⁵.

La tendencia deficitaria del sistema de administración de justicia, generalmente obliga a que, más allá de la pretensión de hacer lo correcto, muchas veces se prefiera lo económico. La clave está en buscar mecanismos para que, sin dejar de pensar en los recursos financieros, igualmente se considere, en lo que más sea posible, lo justo.

Pero incluso desde la perspectiva económica, un modelo más transparente de acuerdos y declaraciones de culpabilidad puede ser más rentable, como lo señala ELLEN YAROSHEFSKY: *“Esto [la opción de un “archivo abierto”] también puede resultar en un ahorro de tiempo y costos porque las declaraciones de culpabilidad pueden ser obtenidas antes si los acusados*

²³⁴ *Ibíd.* Sobre los efectos de estas decisiones a nivel de aplicación en casos posteriores por los jueces, ver: FIELDS, Gary y EMSHWILLER, John R, Decisions Open Door to Appeals of Plea Bargains. [en línea] <<http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443624204578058872890444016.html>> [Citado en diciembre de 2012]

²³⁵ BACHMAIER WINTER, Lorena, Op. Cit., p. 44.

*oportunamente pueden ver las evidencias del gobierno.*²³⁶ Igualmente, lo anterior podría evitar acciones extraordinarias –piénsese en instrumentos constitucionales como la tutela o la revisión-, con la capacidad de provocar la anulación de procesos y sentencias derivadas de acuerdos o declaraciones de culpabilidad, obligando a la costosa repetición de las actuaciones. En ese sentido, respecto a los procesos civiles en Estados Unidos, explica GÓMEZ-JARA DÍEZ que la garantía de información disponible para las partes es la que evita que la mayoría de asuntos lleguen a juicio:

*Entrando en la fase inicial del procedimiento, probablemente una de las características más llamativas de las diferencias entre los procesos civil y penal en el ordenamiento estadounidense sea la información disponible para las partes en la fase previa del juicio oral. Así, en el lado civil la fase previa implica obligatoriamente, primero, una disclosure y, segundo, un discovery en el que el juzgado obliga a remitir numerosos documentos y a contestar a determinadas cuestiones bajo juramento de forma amplia; ello conlleva, en muchos casos, que se llegue a un acuerdo o que se dicte una resolución preliminar que pone fin al procedimiento (summary judgement).*²³⁷

Tampoco puede descuidarse el tema de la eficiencia en la justicia. Generalmente, se sostiene que el sistema ideal es aquél que permite una solución rápida y al mismo tiempo justa. Si bien es admisible decir que no necesariamente la justicia de la decisión depende del diseño del procedimiento²³⁸, sí es conveniente que éste se ajuste a condiciones

²³⁶ YAROSHEFSKY, Ellen, Ethics and plea bargaining. What's Discovery Got to Do With It?. Op. Cit.

²³⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Op. Cit., p. 51.

²³⁸ “Prima facie podríamos afirmar que un procedimiento equitativo tiende a producir resultados justos. Una primera intuición nos muestra que si garantizamos la equidad de los procedimientos se alcanzan resultados justos. Sin embargo, eso no es siempre cierto porque es posible que un procedimiento no equitativo produzca resultados justos y un procedimiento equitativo produzca resultados injustos. Pongamos ejemplos para aclarar la distinción. Supongamos que cuatro personas –tres chicos y una chica- deciden constituir una sociedad para hacer deporte. Cada una de ellas es propietaria de un 25% del capital y por unanimidad diseñan los estatutos en los cuales cada uno tiene un voto y las decisiones se toman por mayoría. La primera decisión importante es comprar un campo y construir una pista de tenis. Se adopta la decisión por unanimidad. Una vez realizada la operación,

técnicas que podrían conducir a soluciones más rápidas y, dependiendo del contexto histórico y cultural, más equitativas. Evitar el “reduccionismo normativista”, como lo plantea CALSAMIGLIA, implica combinar lo jurídico con razones pragmáticas, pero a partir a una adecuada ponderación de los factores en juego²³⁹. Los límites entre eficiencia y garantía no son objetivos, pero, es viable identificar extremos de los cuales sí es necesario huir, pues como lo sostiene SFERLAZZA, el modelo inquisitivo puro era por demás eficiente, pero no el más recomendable en términos de justicia y democracia²⁴⁰.

IV. CONCLUSIÓN

los socios se reúnen para redactar un reglamento de uso de la pista. Los tres chicos deciden por mayoría que la chica no puede jugar nunca. El procedimiento es equitativo, y, sin embargo, el resultado que produce es manifiestamente injusto. Este es un contraejemplo la tesis procedimental de justicia.

“Pero –al mismo tiempo-, sería posible un procedimiento no equitativo que produjera resultados justos como por ejemplo, que decidiera uno solo y que el contenido de la decisión fuera que todos tienen las mismas oportunidades de jugar y que por tanto la chica tiene los mismos derechos que los otros. En este caso tenemos procedimientos no equitativos que producen un resultado justo.” CALSAMIGLIA, Albert, Racionalidad y eficiencia del derecho, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 1997, p. 81.

En sentido similar, anota MONTERO AROCA: *“En España se ha comprobado en las últimas décadas como las peticiones de independencia hechas por los Fiscales han coincidido con los momentos en que los Gobiernos estaban dando órdenes ilegales, lo que sucedía en los últimos años del franquismo y en la mayor parte de la etapa socialista, mientras que cuando el Gobierno mantenía sus órdenes e instrucciones dentro de la legalidad las peticiones de independencia se acallaban.”* MONTERO AROCA, Juan, Proceso (civil y penal) y garantía (...) Op. Cit., p. 649.

Y, también, afirma POSADA MAYA: *“(…), que no empero existan modelos procesales más proclives al garantismo, no necesariamente un sistema procesal resulta más respetuoso de las garantías, por el hecho de asumir dicho modelo, porque ello depende del desarrollo material de las mismas y de la voluntad política de hacerlas respetar dentro del sistema penal, sobre todo, por los operadores del sistema.”* POSADA MAYA, Ricardo, Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano, p. 6. [Consulta en línea] <http://derechopublico.uniandes.edu.co/componen ts/com_revista/archivos/derechopub/pub109.pdf> [Consultada el 13 de enero de 2013]

²³⁹ *“Poner el acento en la eficiencia no quiere decir dar la preeminencia a este valor sobre todos los demás. Vuelvo a insistir sobre este punto porque el derecho no sólo debe conseguir unos objetivos a un coste mínimo, sino que, además, esos objetivos deben ser justificables. El valor eficiencia es importante, pero hay otros más importantes aún. La legalidad, la previsibilidad, la seguridad jurídica, la irretroactividad de las leyes y tantos otros principios jurídicos son también importantes. (...) La eficiencia es un componente de la idea de justicia, pero no es el único criterio de justicia.”* CALSAMIGLIA, Albert, Justicia, eficiencia y derecho. [En línea] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1048059> [citado en noviembre de 2012]

²⁴⁰ SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 65.

Revisadas las posibilidades de interacción de los modelos de proceso penal, tradicionalmente difundidos con los institutos de los acuerdos y declaraciones de culpabilidad, se puede afirmar que, superada la etapa inquisitiva inicial, los diferentes esquemas procesales actualmente afrontan una interesante discusión sobre la forma en que tales instrumentos pueden ser incorporados en la dinámica propia de un concepto acusatorio de proceso.

El debate se presenta tanto desde los escenarios teóricos como desde las implicaciones prácticas que expresaría la entrada en juego de criterios dispositivos en el proceso penal, aspecto en el cual se observan desde posturas de resistencia absoluta frente a esa alternativa, por encontrarla contraria al principio acusatorio, como otras que le conceden espacio, bien sea dentro de un marco constitucional intervencionista –*a nivel continental europeo*-, o como expresión de una lectura privatista del derecho procesal penal –*en el contexto norteamericano*-.

La discusión, tanto en el plano continental europeo como en el norteamericano, no ofrece, por el momento, respuestas definitivas, pero ha generado interesantes aportes que deben ser considerados en el caso colombiano.

CAPÍTULO TERCERO

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, ACUERDOS, ALLANAMIENTOS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO

La discusión que atañe a la incorporación de figuras como los acuerdos y declaraciones de culpabilidad en los diferentes contextos, suele estar rodeada por el debate en torno a los alcances que en cada sociedad tiene el principio de legalidad. En ese sentido, se afirma que desde la perspectiva de una sociedad democrática y liberal, el citado principio restringe al máximo las posibilidades discrecionales de las partes, aspecto que, desde el enfoque procesal penal, resulta de gran trascendencia, en tanto marcaría limitaciones a la aplicación de institutos como los acuerdos y allanamientos, al ser entendidos como espacios donde el juez y las partes pueden operar con amplias posibilidades de acción.

En este capítulo, se expondrá que es posible un acoplamiento entre el principio de legalidad, enfocado desde una perspectiva tanto procesal como teórica, y los institutos de acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad, siendo que un descubrimiento probatorio anticipado constituye un punto fundamental para que ese encuentro se genere en condiciones más prudentes y controlables.

I. ALGUNOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si bien, es preciso atender el planteamiento de ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, según el cual “[n]o es tarea fácil trazar la historia segura del

*principio de legalidad*²⁴¹, la Ilustración suele exponerse como el punto de partida histórico de mayor relevancia²⁴². Desde esa perspectiva, MONTESQUIEU postuló la importancia de la ley como respaldo de igualdad y libertad de los asociados, determinando que las actuaciones de las autoridades debían ceñirse estrictamente a los textos legales emanados de órganos legislativos de origen popular, enfoque que debía constituir el límite de los poderes constituidos. Según este autor *“La salvación del pueblo es la suprema ley”*²⁴³ y con ello sustentó las bases de la doctrina legalista como un pilar del sistema de garantías del ser humano.

La fuerza de este pensamiento impactó en la labor judicial, por cuanto atendiendo a textos legales que indicaban qué podían o no hacer los asociados, se suponía que ninguna posibilidad discrecional tenían los jueces en los casos donde el destino de las personas estuviera en debate. La restricción al poder judicial fue planteada en términos tan extremos que se llegó a sostener que *“(d)e los tres poderes de que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo”*²⁴⁴, aspecto que, igualmente se vio reflejado en el

²⁴¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, Op. Cit., p. 16.

²⁴² *Ibídem*, p. 17. Es preciso aclarar que otros autores exponen un punto de referencia diferente e históricamente anterior; en ese sentido, sostiene CORNEJO VALDIVIA: *“...podemos decir que es factible hallarlo [el origen histórico del principio de legalidad] en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan sin Tierra hace concesiones a los nobles de Inglaterra y entre otras libertades, la Carta Magna expresa que “nadie podrá ser arrestado, aprisionado, sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país”, y además el Rey reconoce que sólo el Parlamento podrá dictar Leyes penales. Posteriormente el principio es recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual se señala “La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad”, “Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido”, “Nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”, “Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”. El principio de legalidad también fue recibido por la Constitución de los Estados Unidos (1787), así como hoy lo tenemos consagrado en la mayoría de las Constituciones de Latinoamérica.”* CORNEJO VALDIVIA, Oscar G., El principio de oportunidad en la legalidad del proceso penal. [en línea] <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Ponencia_Chile.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

²⁴³ MONTESQUIEU, Op. Cit, p. 497.

²⁴⁴ *Ibídem*, p. 191.

derecho procesal, pues se afirmó que los juicios debían consistir en una representación de “...un texto preciso de la ley”²⁴⁵.

Para tal expresión del movimiento ilustrado, sólo un órgano judicial limitado al extremo, casi nulo, como literalmente se sustentó, impediría reproducir los vicios del *Ancien Régime* caracterizado por una “...tiránica magistratura de los éforos y a los inquisidores venecianos”²⁴⁶, doctrina que en ese orden de ideas, calificó la función de los jueces con la conocida frase según la cual éstos son sólo “...la boca que pronuncia las palabras de la ley”²⁴⁷.

Este pensamiento se trasladó al derecho procesal penal, donde BECCARIA observó las ventajas del principio de legalidad como reacción urgente frente al sistema metafísico-religioso que hasta el momento imperaba.²⁴⁸

El escenario justificó históricamente por qué se prohibió a los jueces interpretar la ley²⁴⁹ y, ante la imposibilidad de acudir a consultar su espíritu, se les concedió una herramienta acorde con las nuevas necesidades de la legalidad: el silogismo, de tal suerte que “(e)n todo delito debe hacer el juez un silogismo perfecto”²⁵⁰.

²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 189.

²⁴⁶ *Ibíd.*, p. 190.

²⁴⁷ *Ibíd.*, p. 194.

²⁴⁸ Descrito de una manera que simplemente estremece y permite comprender por qué se le brindó tanta importancia al nuevo instrumento ilustrado: “*Quien lea este escrito, observará que he dejado de lado un género de delitos que ha cubierto a Europa de sangre humana [refiriéndose a los pecados], y alzó aquellas funestas piras en que servían de alimento a las llamas los cuerpos humanos vivos, cuando era jocoso espectáculo y grata armonía para una ciega multitud oír los sordos y confusos gemidos de los desdichados que salían de entre los torbellinos de negro humo, humo de los miembros humanos, entre el chirriar de los huesos carbonizándose y el freírse de las vísceras aún palpitantes.*” BECCARIA, Cesare, *Op. Cit.*, p. 80.

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 13.

²⁵⁰ *Ibíd.*, p. 13. Según ALEJANDRO NIETO, el silogismo fue el producto de la “*ingenua Edad de la Razón Ilustrada*” NIETO, Alejandro, *Op. Cit.*, p. 37.

El camino fue evolucionando e implicó para los juristas un esfuerzo por establecer conceptos para resolver los conflictos interpretativos, pero restringiendo los criterios voluntaristas a partir de marcos conceptuales sistemáticos y coherentes que partieran del sistema legal; llegó así el método exegético y muy pronto, la denominada jurisprudencia de conceptos francesa²⁵¹, que pretendían reforzar, no sobrepasar, el papel del mencionado principio de legalidad.

Este esfuerzo por mantener el sentido original del pensamiento ilustrado, se proyectó tanto en el plano del derecho sustancial como en el procesal penal, cobrando fuerza en el momento actual donde procesalistas como MONTERO AROCA afirman: *“El único que tiene derecho a imponer penas es el Estado, y para él no se trata de un verdadero derecho, sino de un deber que ha de cumplirse conforme al principio de legalidad y sin intervención de discrecionalidad alguna”*²⁵².

²⁵¹ Para diferenciarla de la Jurisprudencia de conceptos alemana, pues según lo indica la doctrina: *“En otro contexto, la Jurisprudencia de Conceptos desarrollada en Alemania durante el siglo XIX tuvo similares pretensiones, pues también quería eliminar la discreción judicial y la voluntad en la aplicación del derecho. Según este enfoque, el derecho es un sistema coherente, por lo cual era posible resolver racionalmente todos los problemas jurídicos a través de una combinación de aquellos conceptos que habían sido construidos y jerarquizados en forma estrictamente formal a partir del material jurídico.*

“No obstante, existen entre ambas escuelas diferencias importantes, pues la exégesis se desarrolló en Francia en el marco de un proceso de codificación y como consecuencia de una revolución liberal, lo cual explica el culto a la ley, que tenía para esta doctrina un doble encanto: era expresión de una voluntad política democrática y consecuencia de un proceso de racionalización y sistematización del derecho. Por eso la exégesis tiene una visión eminentemente estatista del derecho, al punto de que podría ser definida como un positivismo legalista. En cambio, la jurisprudencia de conceptos se desarrolló en Alemania, que no había conocido revoluciones liberales de los alcances de la Revolución Francesa de 1789, ni una codificación que pretendiera sistematizar las herencias del derecho romano y germánico. Esta escuela no rinde entonces culto a la ley sino a la racionalidad del derecho en sí, por lo cual tiende a asumir una cierta visión iusnaturalista. Con todo, ambas escuelas expresan la pretensión de la ciencia jurídica dominante en Europa continental en el siglo XIX, a saber, la pretensión de excluir, por medio de una racionalidad rigurosamente formal, toda voluntad en los procesos de aplicación del derecho.” UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, Op. Cit, p. 143-144.

²⁵² MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal, Op. Cit., p. 21 – 22.

II. ALGUNOS FUNDAMENTOS PROCESALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A partir de la consolidación del pensamiento ilustrado, se asignó al derecho procesal la misión de impedir que las pasiones del juez se impusieran sobre el texto legal, tarea nada fácil en una sociedad que pretendía abandonar los rezagos de un pasado autoritario y oscuro. El proceso, entonces, se entendió como ese escenario en el que las normas democráticas entrarían a operar sin interferencia de la voluntad del juzgador, quien solo figuraría como un “operador”, en la misma lógica de aquél que realiza un ejercicio matemático, una concepción en la cual “*los problemas jurídicos no se deciden, se resuelven*”²⁵³, por lo que se requería un modelo procesal que facilitara tales contenidos dogmáticos y así, bajo ese contexto, comenzó a operar la ciencia procesal.

Para algunos²⁵⁴, se podría ubicar a OSKAR VON BÜLOW como de los primeros que pretendió dotar de consistencia sistemática a la naciente teoría del derecho procesal²⁵⁵. Ahora bien, según GOZAÍNI, BÜLOW constituyó

²⁵³ AGUILÓ REGLA, Josep, Imparcialidad y aplicación de la Ley. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/2/ens/ens11.pdf>> [Citado en diciembre de 2012]

²⁵⁴ Para mayor profundidad al respecto: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2005; MONTERO AROCA, Evolución y futuro del derecho procesal, Bogotá, Temis, 1984; FIX-ZAMUDIO, Héctor, El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/30/art/art3.pdf>> [Citado en diciembre de 2012]; y, GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, Op. Cit.

²⁵⁵ En su “*Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*” propuso una visión que, en términos de FIX-ZAMUDIO, revolucionaría el mundo del derecho procesal, al sentar la diferencia entre aquellos presupuestos que permitían el surgimiento del proceso –presupuestos procesales–, con aquellos otros que hacían relación a la posibilidad que la pretensión prosperara –presupuestos sustanciales–. En ese sentido, de acuerdo con FIX-ZAMUDIO, la teoría de BÜLOW indicó el nacimiento del concepto de autonomía de la acción y por ello significó “...*para los estudios procesales un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo*”. Al respecto, ver: Fix-Zamudio, Op. Cit.. Sobre la importancia de BÜLOW para el mundo procesal, también apunta MONTERO AROCA: “...*la doctrina alemana comprendió, a mediados del siglo XIX, que el proceso no es un mero devenir fáctico, sino jurídico, que no es una mera relación fáctica, sino jurídica, que afecta a las esferas jurídicas de las partes haciendo surgir derechos, modificándolos y*

“...un punto de arranque insoslayable”²⁵⁶, pero no el nacimiento de la ciencia procesal, pues hasta ese momento, lo único que se practicaba era un “procedintalismo”, una especie de “tramitología” sin interés académico y que sólo se asimilaba en el ambiente laboral –justificación histórica de las prácticas académicas o conocidas, en nuestro país, como “judicaturas”²⁵⁷-; esa situación se mostraba coherente con el pensamiento ilustrado que le imputaba al proceso el ser instrumento de aplicación subsuntiva de la ley, por lo que, se pensaba, no requeriría mayores esfuerzos teóricos²⁵⁸.

La realidad, cada vez más compleja de la que en su tiempo caracterizó la revolución ilustrada, como lo indica GOZAÍNI, muy pronto mostró que la práctica procesal requería justificaciones teóricas especiales, pues la “tramitología” y la exégesis eran insuficientes para afrontar los nuevos retos de la vida moderna²⁵⁹. Este nuevo discurso, como lo explica MONTERO

extinguíendolos. De ahí el descubrimiento de BÜLOW de que el proceso es una relación jurídica de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes.” MONTERO AROCA, Juan, Evolución y futuro del derecho procesal, Op. Cit., p. 51; se comparte la importancia dada a BÜLOW, pues en el momento en que éste demostró las diferencias entre presupuestos procesales y requisitos sustanciales, prácticamente dejó todo listo para que nuevos interesados entraran a desarrollar otros aspectos fundamentales que esa diferencia generaba, tales como la “...teoría de la competencia, de los poderes de tribunal, de la legitimación procesal, de los requisitos del objeto litigioso civil, etc...” BÜLOW, Oskar Von, Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, 1868. [En Línea] <http://www.ijf.cjf.gob.mx/Bibliotecadigital/von_b%C3%BClow.asp> [Citado en diciembre de 2012]; todo ello requería asumir que los requisitos para obtener la pretensión no eran los mismos que se exigían para trabar correctamente la relación procesal, como él mismo apuntó: “...la única condición esencial previa para la investigación es considerar a esas teorías desde el punto de vista de la relación procesal y de los presupuestos procesales y eliminar totalmente del sistema procesal civil las excepciones procesales [forma en que se venían proponiendo los vicios en el procedimiento, como si se tratara de aspectos propios del derecho en discusión].” Ibídem.

²⁵⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Op. Cit., p. 29.

²⁵⁷ Sobre este punto: MONTERO AROCA, Evolución y futuro del derecho procesal, Op. Cit., p. 14.

²⁵⁸ Es preciso aclarar que otros autores, como MONTERO AROCA, han dotado de más importancia a los alemanes en la consolidación de la ciencia procesal: “ALCALÁ-ZAMARA ha destacado la influencia de WACH sobre CHIOVENDA, poniendo también de manifiesto que la renovación del derecho procesal en el mundo se debe a los procesalistas alemanes (o mejor, germánicos), no es menos cierto que su difusión se debe a los italianos, los cuales la italianizaron y la difundieron pasada por su tamiz, y sin duda el autor más difundido ha sido CHIOVENDA.” MONTERO AROCA, Evolución y futuro del derecho procesal, Op. Cit., p. 52.

²⁵⁹ Citando a Cueto Rua, explica GOZAÍNI: “Dice el profesor argentino que hacia fines del siglo XIX estalla la crisis. El método exegético ha extenuado sus posibilidades. La voluntad del legislador es un

AROCA, implicó abandonar la técnica de los comentarios derivados por exégesis y pasar a la idea del sistema²⁶⁰, cuestionando la pretensión según la cual el juez, es una máquina de aplicación del derecho.

Esa reacción, se precisa aclarar, no denigró de la fuerza e importancia del principio de legalidad, sólo agregó otros métodos teóricos que le aportaron a su aplicación un marco de acción más razonable y sistemático. El movimiento no pretendía impulsar el papel creativo de los jueces, ni despreciar el contenido legal, únicamente ajustar los procesos de decisión a métodos más realistas que la exégesis²⁶¹.

En ese sentido, por ejemplo, CALAMANDREI reivindicaría la importancia de las leyes y cuestionaría el espaldar científico que la Escuela del Derecho Libre le proporcionó a la doctrina jurídica Nazi. Según este autor, siempre y cuando se actúe dentro de un marco liberal y descartando los modelos ideales, las leyes son más confiables que las doctrinas que potencializan el espíritu voluntarista del juez: “...frente al sistema de la creación judicial del derecho, frente a esta dinámica y romántica, los ordenamientos

concepto demasiado explotado y no suministra ya la riqueza de respuestas exigida para un mundo cada vez más dinámico y complejo. En Alemania se viven las consecuencias nocivas del excesivo manipuleo conceptual, y se hace evidente que el criterio legislativo no puede ser el de la mera pureza y el de la abstracción no contradictoria [...] Los juristas inician una reacción contra las formas dogmáticas, tanto racionalistas como exegéticas, que predominaron a lo largo de casi cien años. Hauriou, Geny, Saleilles, Duguít, encabeza la reacción en Francia. Kantorowicz, Heck, Ehrlich, en Alemania. Todos ellos describen con vigor las limitaciones de la jurisprudencia tradicional, su creciente inoperancia para hacerse cargo de los acuciantes problemas sociales, la necesidad de prestar atención a los fenómenos reales de la coexistencia humana, y de decidir los conflictos teniendo en vista los valores humanos y las exigencias de los hombres.” Op. Cit., p. 29.

²⁶⁰ “...el sistema sustituye la exégesis. [...] Los procesalistas elaboran sistemas científicos, intentando acomodar la ley dentro del sistema [...] el procesalista no se limita a descubrir las formas procedimentales, sino que hace teoría del proceso”, MONTERO AROCA, Juan, Evolución y futuro del derecho procesal, Op. Cit., p. 57 y 59.

²⁶¹ Lo apuntó CHIOVENDA con toda precisión: “De la sentencia no nace ninguna nueva obligación del condenado, sino un nuevo poder del vencedor, que no es ni una novación de la acción, ni una fracción del poder anterior a la sentencia, con esta efectivamente consumada. Se ha consumado la relación entre la voluntad del particular y la voluntad de la ley.” CHIOVENDA, Giuseppe, La acción en el sistema de los derechos, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1986, p. 25.

*constitucionales fundados en la separación de poderes, otorgan la preferencia al sistema estático y “racionalizado” de la creación legislativa del derecho, que pretende realizar de manera absoluta la separación entre justicia y política*²⁶².

Aun cuando la fuerza de la legalidad se mantiene, el derecho procesal empieza a romper la idea exegética y subsuntiva de la aplicación normativa²⁶³. MAURO CAPPELLETTI, heredero de la tradición procesal italiana, confronta el principio de legalidad con la realidad social y destaca los conflictos sociales, morales y políticos en que puede verse implicado el juez al momento de decidir, por lo que, el proceso se configura en el marco más garantista para enfrentar tales disyuntivas, pero sin pretender que el texto legal sea el puerto seguro que en un principio supuso la idea tradicional ilustrada. El proceso y la ley vendrían a ser, en el nuevo paradigma procesal, un *“Cabo de las Tempestades”*²⁶⁴.

²⁶² CALAMANDREI, Piero, Proceso y democracia, Op. Cit., p. 69. Es preciso apuntar que para CALAMANDREI la definición de proceso respalda la versión tradicional de la legalidad, al describirlo como *“...un engranaje de silogismos, o una simple operación aritmética”* Ibídem, p. 38; en ese mismo sentido y del mismo autor: Elogio de los jueces escrito por un abogado, traducción: Santiago Sentís Melano, Conrado Finzi y Niceto Alcalá – Zamora, impreso en México, Oxford University Press, 2001. Sobre el pensamiento de Calamandrei, escribe MAURO CAPPELLETTI: *“Él solía recordar que la misma palabra sentencia viene de sentir, igual que la palabra sentimiento. (...) El sentimiento del juez: la simpatía, la antipatía por una parte o por un testigo; el interés, el desinterés por una cuestión o argumentación jurídica; la apertura hacia un tipo evolutivo, histórico, sociológico de interpretación de las leyes, antes que hacía una interpretación rígidamente formal; el interés o el fastidio frente a una compleja vicisitud del hecho; y así sucesivamente discurrendo.”* CAPPELLETTI, Mauro, Proceso, ideologías y sociedad, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 4.

²⁶³ FRANCESCO CARNELUTTI subraya que la actividad del sentenciador se asemeja más a la de un artista que a la de un mecánico: *“Más allá de la técnica y de la ciencia está el arte, el cual supera la regla, guiada por la intuición, como dicen los lógicos, o también por la inspiración, según los poetas. Sin el arte no se hace derecho; y esta es la mayor dificultad de hacerlo”* CARNELUTTI, Francesco, Cómo nace el derecho, traducción: Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bogotá, Temis, 1989, p. 81.

²⁶⁴ Según este autor: *“Si es verdad que las concepciones filosóficas, políticas, culturales e ideológicas penetran, directamente o por vía del derecho sustancial, en el proceso y en su reglamentación concreta, imprimiéndole ciertas direcciones, significados, desarrollos que la mera letra de la norma jamás sabría revelar; si esto es verdad, entonces parece también segura la insuficiencia metodológica de cierto formalismo dogmático como el que surge a menudo de los estudios que a nosotros los juristas nos son familiares. [...] “El procedimiento no es pura forma. Es el punto de choque de*

Los países latinoamericanos se integraron a este movimiento procesal por la intermediación de doctrinantes españoles²⁶⁵, perdiéndose en el camino los contornos políticos que lo rodearon; el discurso se centró en el procedimiento y en las colecciones conceptuales preocupadas en los asuntos de técnica – *excepciones, incidentes, recursos, términos, etc.*²⁶⁶.-, fenómeno que también fue reportado en Europa²⁶⁷, donde además se presentó, como lo reporta GIMENO SENDRA, un fortalecimiento de las garantías del “*derecho al proceso <<debido>>*”, las cuales, como precisa este autor “*...fueron instauradas por el movimiento liberal e impulsadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (como reacción frente al horror cometido por la*

conflictos, de ideales, de filosofías. Es el “Cabo de las Tempestades” donde la Rapidez y la Eficiencia deben confluir y entrelazarse con la Justicia; es también el “Cabo de Buena Esperanza” donde la Libertad Individual debe enlazarse con la igualdad. El procedimiento es en verdad el espejo fiel de todas las mayores exigencias, problemas y afanes de nuestra época, del inmenso desafío de nuestra época.” CAPPELLETTI, Mauro, Op. Cit., p. 27 y 90.

²⁶⁵ Así lo explica GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: “*Toda Latinoamérica fue recipiendaria de España. Sus instituciones, leyes y hasta las conductas sociales se fueron reproduciendo en nuestras tierras y modelaron la idiosincrasia de los pueblos. Nos cuesta aún tomar distancia de la “madre patria”, costumbre que se observa en las repeticiones de leyes que allí se dan y nuestros legisladores por aquí promueven como una forma de modernizar instituciones que ya no tienen el mismo sesgo de identidad. “Esto sucedió con el derecho procesal. En efecto, la ciencia procesal tardó en llegar a las universidades, porque tanto en los orígenes como en la evolución del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX se reiteraban los estudios del procedimiento civil.”* Op. Cit., p. 189.

²⁶⁶ Un enfoque que se concentró más en “*los principios del procedimiento*”, que en los “*principios del proceso*”. GOZAÍNI refiriéndose a éstos, explica que se relacionan con “*...la forma como se deben cumplir los actos procesales; el modo de expresión; la instrucción progresiva de la causa (preclusión); la sustanciación de peticiones (contradicción necesaria); la proximidad de las actuaciones con el órgano que resuelve (inmediación); el sistema de aportación de medios y fuentes de prueba; la valoración de ésta; el saneamiento por el Juez de los actos viciados; el impulso de la causa; entre otras más que limitan el modelo de trámite.*” GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Introducción al derecho procesal constitucional, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006, p. 128.

²⁶⁷ Según SALVATORE SATTA se presentó en determinado momento una crisis del proceso y su alejamiento de la práctica: “*Si la doctrina hubiese sentido la exigencia de fundar sus dogmas sobre la experiencia, todo esto no habría ocurrido y no continuaría ocurriendo. Pero la verdad es que, salvo laudables excepciones, la doctrina permanece fiel a su formación culta y no puede renunciar a considerar la ley en sí misma, como decía Taulier, reduciendo el derecho a un sistema lógico formal.*” SATTA, Salvatore, Soliloquios y coloquios de un jurista, traducción de Santiago Santís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 31. Igualmente, MONTERO AROCA reclama por mantener la concepción política del proceso: “*...la técnica ha seguido produciendo libros y artículos de la más variada índole, que son y serán siempre necesarios para hacer frente a los problemas concretos de la realidad, pero es la tendencia política donde está el futuro del derecho procesal (jurisdiccional), y lo está porque solo desde el reconocimiento de que esta rama de la ciencia jurídica ha de convertirse en el derecho del poder judicial se vislumbra verdadero progreso.*” MONTERO AROCA, Juan, Evolución y futuro del derecho procesal, Op. Cit., p. 78.

*implantación de los Estados Totalitarios), como consecuencia de la suscripción por los distintos Estados europeos de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos*²⁶⁸.

No obstante, ubicar al derecho procesal distanciado de la exégesis y del literalismo, permite espacios de encuentro entre realidad social y norma, de tal manera que ello, simultáneamente, puede legitimar ciertos contornos de discrecionalidad en los cuales, por ejemplo, resulta razonable que las partes negocien los conflictos penales y el juez apruebe lo acordado. Sería tal propuesta coherente con los antecedentes del derecho procesal y con un principio de legalidad que admite la posibilidad de la discrecionalidad, compartiendo lo expuesto por BERNAL CUELLAR y MONTEALEGRE LYNETT cuando sostienen que:

*...la flexibilización del principio de legalidad por razones de política criminal no excluye la discusión de nociones que han sido clásicas en el constitucionalismo moderno, como son la igualdad en la aplicación de la ley y la indisponibilidad de la acción penal por cuenta de las autoridades encargadas del ejercicio, con miras a la realización efectiva de los fines que se propone el derecho penal sustantivo*²⁶⁹.

En esa medida, desde el plano procesal, puede ser razonable disponer del objeto del proceso penal, sin que ello implique irrespetar el principio de legalidad; al contrario, bien fundada técnicamente esa alternativa, tal opción se estima acorde con las bases del derecho procesal y del principio de legalidad.

²⁶⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, CATENA MORENO, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Derecho procesal. Proceso Penal, Op. Cit., p. 22.

²⁶⁹ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, Op. Cit., p. 182.

III. LA LEGALIDAD PROCESAL

La fuerza del principio de legalidad impactó de forma especial el derecho penal y el procesal penal, por intermedio de una serie de sub principios que inicialmente se concretaron, según CORNEJO VALDIVIA, de la siguiente forma:

...que una imposición de pena presupone una ley penal (nulla poena sine lege), que la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine) y que el hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) esté condicionado por la pena legal (nullum crimen sine poena legali). [...] este principio dio origen a cuatro prohibiciones fundamentales: la aplicación retroactiva de la ley penal (lex praevia); la aplicación de normas que no sean las escritas (lex scripta); la conocida prohibición de aplicación de la analogía en materia penal (lex stricta) y la aplicación de cláusulas legales indeterminadas (lex certa)²⁷⁰.

Sin embargo, en el derecho procesal penal también suele hablarse del principio de legalidad procesal, de acuerdo con el cual, es deber del Estado perseguir oficiosamente los delitos y llevar los casos hasta el punto en el que un juez resuelva definitivamente sobre la responsabilidad del procesado. Este principio se compone de dos presupuestos: el primero, indica que la gestión del Estado debe ser obligatoria en cualquier circunstancia en la que se considere existe violación de las normas penales y, como segundo aspecto, que esa actuación, una vez iniciada, no puede detenerse sino hasta que jurisdiccionalmente se resuelva al respecto.

²⁷⁰ CORNEJO VALDIVIA, Oscar G., Op. Cit.; para una explicación más amplia del contenido de tales sub principios: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, Op. Cit.

JAMES GOLDSCHMIDT se refirió a esa versión de la legalidad procesal²⁷¹ y ALBERTO BINDER la desarrolla indicando que se trata de la “...obligación que pesa sobre los funcionarios públicos de ejercer la acción penal en todos los casos previstos en la ley como delitos, salvo las excepciones también establecidas (acción privada o acciones sujetas a autorización particular o estatal)”²⁷², sin desconocer que otros autores le agregan otros elementos como la claridad en las formas, de tal manera que “...la persona que pretende pedir justicia sepa exactamente cuáles son los actos que debe realizar para obtenerla, qué derechos y qué cargas le comporta la condición de parte procesal”²⁷³.

A pesar de estas apreciaciones, hay quienes cuestionan su configuración, en el entendido que se podría confundir el principio de legalidad con el de oficialidad de la acción; ALMEIDA SILVA al respecto destaca que:

*(e)n efecto, la regla del ejercicio obligatorio de la acción penal no deriva necesariamente del principio de legalidad, sino más bien del principio de oficialidad. Este principio es el que informa en los sistemas jurídicos del occidente la potestad punitiva del Estado y que, vía de regla, confiere al Ministerio Público la titularidad exclusiva para el ejercicio de la acción penal, a depender del modelo de proceso penal diseñado por el legislador, según la línea de política criminal que orienta el sistema de justicia penal de cada país*²⁷⁴.

²⁷¹ GOLDSCHMIDT, James, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Barcelona, Bosch, 1935, p. 73.

²⁷² BINDER, Alberto M., La implementación de la nueva justicia penal adversarial, Op. Cit., p. 96.

²⁷³ MONTERO AROCA, Juan, Derecho jurisdiccional, T. I, Op. Cit., p. 359; la Corte Constitucional colombiana, en esa misma línea de pensamiento, define el principio de legalidad como el que “obliga a las autoridades estatales a investigar y sancionar cualquier delito que se cometa en su territorio”. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-673-05.

²⁷⁴ ALMEIDA SILVA, Kédyma Cristiane, Op. Cit.

Crítica que también aparece en DÍEZ-PICAZO, al indicar que:

...principio de legalidad no es necesariamente sinónimo de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal siempre que se esté en presencia de una notitia criminis. (...) a efectos constitucionales, no parece correcto equiparar legalidad con obligatoriedad de la acusación pública; y ello, sencillamente, porque es posible que la propia legalidad provea ciertos márgenes de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal”²⁷⁵.

Y más definitivo en los cuestionamientos resulta MORENO CATENA, para quien:

Con frecuencia se sostiene que el principio de legalidad, de necesidad de ejercicio de la acción penal para el Ministerio Fiscal, responde a exigencias constitucionales (DE LA OLIVA, ANDRÉS IBÁÑEZ), y se hace derivar de los artículos 9.3 (principio general de legalidad), 25.1 (legalidad de las penas) y 124 (el Ministerio Fiscal debe promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad), además de acudir al artículo 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 117.1 (los jueces y magistrados están sometidos al imperio de la ley). Por lo tanto, resulta necesario intentar algunas precisiones al respecto.

“En primer lugar, parece evidente que tanto la legalidad que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, como el artículo 25.1 se vinculan con el principio de legalidad penal (nullum crimen, nulla poena sine lege), pero no se refieren al ejercicio de la acción penal, cuya obligatoriedad tiene rango legal (art.105 de la Ley procesal), pero no viene exigido por la Constitución.

“En segundo lugar, la referencia al artículo 124 del texto constitucional, donde se regula el Ministerio Fiscal, no puede acogerse del modo en que viene formulado, no sólo porque la norma fundamental inmediatamente después de ordenar que el fiscal promueva la acción de la justicia en defensa de la legalidad añade «y del interés público tutelado por la ley», de modo que ese interés ya no es exactamente la ley o, al menos, no aparece explícita y directamente en la ley porque, si así fuera, el inciso holgaría. Pero es que, además, el Ministerio Fiscal, que sin duda

²⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis María, Op. Cit., p. 166.

ha de ser guardián de la ley, debe atender la satisfacción de otros intereses, como el interés social al que también menciona el artículo 124, de modo que una lectura completa del precepto constitucional conduce a atribuir al Ministerio algo más y algo distinto del mero ejercicio del principio de legalidad²⁷⁶.

Ahora bien, cuestionar que el ejercicio oficial y oficioso de la acción penal conlleve una configuración especial del principio de legalidad frente al derecho procesal penal, no resulta una cuestión de puridad conceptual; constituye un paso importante en la medida que, al proceder de tal forma, se abren las puertas para que entren ciertas posibilidades de discrecionalidad que, desde la visión tradicional, son cuestionadas e incompatibles con el mencionado principio.

Decir, en ese sentido, que del principio de legalidad no se sigue que obligatoriamente deban perseguirse todas las conductas que pudieran configurar violaciones a la ley penal, implica aceptar que, por ejemplo, si las partes actuaron negociando el caso, entonces no desconocieron ese principio porque no dispusieron sobre la tipicidad previamente definida. Refiriéndose a cómo lo anterior avalaría una comprensión más adecuada del principio de oportunidad, explica PERDOMO TORRES:

...las conductas que el legislador ha sancionado en las normas penales y las exigencias de punibilidad nunca se modifican o fundamentan nuevamente en el momento de su aplicación. Desde la perspectiva del principio de oportunidad el aplicador del derecho resuelve solamente acerca de la persecución o no del hecho delictivo, y no acerca de su existencia y subsunción en un tipo penal determinado²⁷⁷.

²⁷⁶ MORENO CATENA, Víctor, El papel del Ministerio Fiscal en el Estado Democrático de Derecho, Op. Cit.

²⁷⁷ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del “*ius puniendi*” y su renuncia, Op. Cit, p. 74.

Bajo este enfoque, la legalidad procesal como esa composición que integra oficialidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, no constituiría una expresión especial del principio de legalidad²⁷⁸, sin que ello signifique que este principio deje de tener cobertura frente a las normas procesales. En otras palabras, la definición legal de las reglas que deben cumplirse para tramitar un caso penal, aspecto que comprende los tiempos, los espacios, las formalidades procesales, etc., en cuanto que aparecen en normas positivas, cumplen con la expresión general del principio de legalidad, esto es, dotan de certeza, previsibilidad y generalidad a lo que es materia de regulación, denotando con ello, que se respetan los criterios históricos y teóricos de la mencionada garantía. No se necesita, desde el punto de vista procesal penal, añadir un amplificador al principio de legalidad que incorpore el ejercicio obligatorio de la acción, para que la garantía citada juegue el papel importante que le compete en un Estado liberal y de derecho.

IV. “CRISIS DE LA LEY”

En las fuentes consultadas²⁷⁹, se refleja la tendencia por parte de un sector amplio de la doctrina, de hablar de “*crisis de la ley*”. La citada crisis, en pocas

²⁷⁸ Con respeto de las posturas que defienden su integración con la mencionada garantía o su derivación de la misma.

²⁷⁹ Para más profundidad al respecto: CIARAMELLI, Fabio, Instituciones y normas, sociedad global y filosofía del derecho, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 169; BINDER, Alberto M., presentación del libro Litigación Penal, juicio oral y prueba. En: BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, 2006, p. 29; BINDER, Alberto M., La implementación de la nueva justicia penal adversarial, Op. Cit., p. 103; ANITUA, Gabriel Ignacio, Op. Cit.; MARCHISIO, Adrián, Op. Cit., p. 46-47; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, El principio de legalidad penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004; RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo, “*Crisis de la Ley*”, principios constitucionales y seguridad jurídica. [en línea] <http://universitas.idhbc.es/n03/03-03_rodriguez.pdf> [Citado en diciembre de 2012]; FARALLI, Carla, La filosofía del derecho contemporáneo, los temas y desafíos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; CALAMANDREI, Piero, Proceso y democracia, trad. Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960; CAFFERATA NORES, José I., La reforma procesal en América Latina, Op. Cit., p. 79 y, del mismo autor: Temas de derecho procesal penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El sistema penal y el discurso jurídico. En: La justicia penal de hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 1999; PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Organización judicial y ministerio fiscal. [En línea] <<http://mingaonline.uach.cl/sciel>>

palabras, trasluce un contexto donde, por múltiples fenómenos, se proyecta una visión empobrecida del principio de legalidad, que obligaría a acudir a herramientas flexibles como lo serían, en el escenario procesal penal, los principios de oportunidad o los institutos de acuerdos y allanamientos.

Tal perspectiva se respalda en los fenómenos de la “*cifra negra de la criminalidad*”, refiriéndose a aquellos eventos en los cuales, para salvar las estrictas formalidades que encierra un proceso penal, bien sea desde la base policial, o por decisión del fiscal, se excluyen determinados casos del sistema jurídico procesal, sin que tales actos pasen por filtros de control u otros mecanismos que permitan dotarlos de mayor respaldo jurisdiccional; la elevada congestión del aparato judicial, sobrecargado por lo que algunos califican un manejo populista del derecho penal²⁸⁰, contribuirían a crear campos “subrepticios” donde el principio de legalidad está ausente y pierde la importancia con que fue concebido desde la Ilustración²⁸¹.

[o.php?pid=S0718-09501995000100003&script=sci arttext](http://www.astrea.com.ar/results.php?searchType=standard&autor=bovino+alberto+&temas=&titulo=&year=&subtitulo=&editorial=&coleccion=&isbn=&palabras_claves=&buscador_selectAdvance=Cualquiera+de+las+palabras&authorsInitials=ABC&rpp=10#) > [Citado en diciembre de 2012]; LAVEDRA, Ricardo R., La reforma del sistema de enjuiciamiento y la consolidación de la democracia. [en línea] <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050512>> [Citado en diciembre de 2012]; BOVINO, Alberto, HURTADO, Christian, Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de política criminal. En: Editorial Astrea [Base de datos en línea] http://www.astrea.com.ar/results.php?searchType=standard&autor=bovino+alberto+&temas=&titulo=&year=&subtitulo=&editorial=&coleccion=&isbn=&palabras_claves=&buscador_selectAdvance=Cualquiera+de+las+palabras&authorsInitials=ABC&rpp=10# [Citado en diciembre de 2012]; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del “*ius puniendi*” y su renuncia. En: Revista Derecho Penal y Criminología, Volumen XXIV, Número 74, enero-diciembre 2003, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 53; LAPORTA, Francisco, El imperio de la ley una visión actual, Editorial Trotta, Madrid, 2007; entre otros.

²⁸⁰ Sobre el punto, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El populismo penal, Op. Cit., y, también, GARGARELLA, Roberto, Los errores del populismo penal. [en línea] <http://www.cafexmediadigital.com.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=3066&Itemid=48> [Citado en diciembre de 2012]

²⁸¹ Al respecto, apunta ALEJANDRO APONTE: “*El argumento no es meramente pragmático, ciertamente ningún sistema penal, de ningún país y menos uno aquejado por tan graves y masivos delitos como el nuestro, puede dar cuenta de todo aquello que se produce socialmente como delito*” APONTE, Alejandro David, Op. Cit., p. 26. Refiere también ARMENTA DEU: “*¿Qué cabe esperar del incremento de leyes y del descenso de procesos? ¿Un descenso de la litigiosidad o incluso de las controversias? No parece que sea así en una sociedad más compleja y en la que afortunadamente todavía se facilita el acceso a la justicia.*” ARMENTA DEU, Teresa, Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal..., Op., Cit., p. 254.

La crisis obligaría a responder con instrumentos ágiles y flexibles que reemplazarían esos métodos subrepticios con otros de tipo institucional que, sin dejar de ser pragmáticos, queden dotados de cierta transparencia en su aplicación, alternativa de solución que también se representa en una consagración positiva, pero, partiendo de un marco legal amplio que garantice un mayor espacio de acción para el fiscal y, como contracara, más restricciones a los poderes del juez²⁸².

Flexibilizándose la visión procesal del principio de legalidad, se supone, se logrará también una combinación entre eficiencia y transparencia, bajo una ponderación más ajustada de las normas jurídicas a las realidades sociales de la actualidad. La crisis de la legalidad devendría, así, en un fenómeno que exige respuestas innovadoras a los problemas de la sociedad moderna. Los acuerdos, negociaciones o allanamientos, harían parte de esa gama de soluciones frente a la “crisis de la ley”.

V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICA SUSTANCIAL

A. LA SUPERACIÓN DE LA NOCIÓN CLÁSICA DE LEGALIDAD A PARTIR DE LA TEORÍA DEL DERECHO

El reforzamiento histórico de la concepción que ligaba la legalidad a la idea según la cual, el juzgador no tenía ninguna posibilidad de interpretar la ley y que, por tanto, sus poderes se limitaban a su aplicación mecánica, derivó en

²⁸² Para mayor comprensión de estas propuestas: MORENO CATENA, Víctor, Algunas notas sobre la instrucción en el proceso penal y en el juicio por jurados. [en línea] <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/12962/1/algunas_moreno_EDJ_2003.pdf> [Citado en diciembre de 2012] y, del mismo autor: El papel del Ministerio Fiscal en el Estado Democrático de Derecho. Op. Cit.; igualmente, ver: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, el principio de oportunidad reglada, su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español. En: La reforma del proceso penal, Madrid, Ministerio de Justicia, Artes gráficas Suárez Barcala, 1990, p. 303.

una concepción exegética del derecho. Esto condujo a un modo de pensar en el que cualquier ejercicio discrecional resultaba riesgoso y contrario al principio de legalidad, idea que con el tiempo se fue reforzando culturalmente, como lo explica ALEJANDRO NIETO²⁸³.

El progreso de la sociedad y el aumento de su complejidad económica, política y cultural, indicaron que el sentenciador difícilmente podía enfrentarse a los casos que se le presentaban con el arsenal restringido de la literalidad; así, por ese camino, comenzaron a consolidarse una serie de teorías que dotaron al principio de legalidad de nuevas herramientas conceptuales, con miras a superar los marcos de la exégesis.

Sin pretender realizar una exposición integral de las diferentes posturas teóricas que se han propuesto al respecto, en tanto no constituye el objetivo de este trabajo, se mostrará cómo, de alguna forma u otra, éstas han contribuido, desde el derecho sustancial, a erradicar la tradicional concepción de acuerdo con la cual, el derecho y la discrecionalidad resultan incompatibles y por tanto debe negarse cualquier influencia voluntarista en la práctica jurídica. Para tal objetivo, se trabajaron las siguientes perspectivas teóricas, las cuales se presentan intencionalmente como elementos desorganizados y sin secuencia lógica aparente, para precisar que no se las concibe como elementos superpuestos, donde unas superan a otras; sino, como una constelación de teorías disponibles para el operador y a las cuales acude frecuentemente de forma expresa o implícita. Bajo esta introducción, se pueden observar las siguientes perspectivas teóricas²⁸⁴:

²⁸³ *“La causa ideológica de esta transformación es bien conocida: los ilustrados centraron su atención en la arbitrariedad, pero no en la del juez sino en la del tirano y, al combatir ésta, incluyeron también en sus ataques el arbitrio judicial, bien sea por un error intelectual o, lo que parece más probable, por considerar al juez un instrumento del tirano. Y para remediar toda suerte de arbitrariedades sustituyeron el arbitrio por la sumisión estricta a la ley, de la que nada temían, puesto que en un sistema constitucional la ley ya no iba a ser obra del tirano sino del pueblo.”* NIETO, Alejandro, Op. Cit., p. 212.

²⁸⁴ La clasificación siguiente, sigue sin ser estricto en ello, la propuesta de AGUILÓ REGLA, Josep, Op. Cit.

POSITIVISMO FORMALISTA

Hijo directo y cercano de la Ilustración. La Ley como límite al poder, Gobierno de Leyes, Derecho siguiendo los criterios de las ciencias naturales; el derecho es completo y cerrado. La decisión judicial es un procedimiento de investigación, no de creación. El Juez es la boca muda que pronuncia el derecho, con el auxilio del método jurídico tradicional. AUTORES CONSIDERADOS: Se suele identificar a Kelsen; desde el plano procesal: Beccaria.

POSITIVISMO NORMATIVISTA

El derecho es cuestión de normas (reglas) y no de hombres, pero se admite su complejidad. En casos difíciles se acude a la discrecionalidad que está fuera del derecho. AUTORES CONSIDERADOS: Hart, Ross, Alchourrón, Bulygin, Schmill.

POST-POSITIVISMO (CONSTITUCIONALISMO)-PRINCIPIALÍSTICA

El derecho no es una cuestión cerrada, existen los principios; la aplicación de principios no es algo extrajurídico sino que expresan un sentido de aplicación jurídica.

Versión Amplia

La aplicación de principios y valores se hace de una forma amplia y siguiendo los fines constitucionales. AUTORES CONSIDERADOS: Ferrajoli; Zagrebelsky

Versión restringida (metodológica)

La aplicación de principios tiene un método racional y produce resultados controlables y predecibles. AUTORES CONSIDERADOS: Dworkin y Alexy.

Versión Norteamérica

Los límites del derecho, llámense reglas o principios, pueden ser alterados por el medio que las aplica, es decir, por el juez; la argumentación y los controles racionales son solo una falacia; el derecho está conectado con múltiples factores: psicológicos, culturales, políticos, mediáticos, etc. AUTORES CONSIDERADOS: Duncan Kennedy, Alejandro Nieto, Posner.

EL REALISMO

Versión Escandinava. AUTORES REPRESENTATIVOS: Karl Olivecrona.

Lo observado en la teoría jurídica enuncia cómo, inclusive desde el positivismo, se consideró la influencia que la discrecionalidad jugaba en el sistema jurídico, así fuera para tratar de contenerla; lo importante, inclusive para las concepciones positivas, era determinar los momentos en que la actividad creadora del juez podía tener espacios para actuar y definir teóricamente, si al acudir a esa alternativa, estaba aplicando derecho o si, en ese ejercicio, se veía obligado a recurrir a otras fuentes de tipo extrajurídico.

Tampoco la tesis positivista de KELSEN, con su visión de la completitud del derecho y su diferencia entre lo jurídico –normativo– y lo extrajurídico –la política, la moral, la sociología, etc. –, desconocía el valor de la discrecionalidad en el acto de la decisión judicial²⁸⁵. En la *versión Kelseniana*, el ejercicio discrecional estaba avalado, en tanto había un sistema jurídico jerárquicamente organizado que así lo permitía y que no admitía lagunas; ello, justificado a partir de la regla según la cual, lo que en el Sistema no estaba prohibido, jurídicamente estaba permitido²⁸⁶.

²⁸⁵ En su Teoría Pura del Derecho apuntó que: “...inclusive en el caso en que el contenido de la norma jurídica individual que deba producir el tribunal se encuentre predeterminado por una norma jurídica positiva general, tiene que dejarse a la función productora del derecho del Tribunal [al resolver los casos] un cierto espacio de juego para su discrecionalidad. La norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto.” KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, traducción de Roberto J. Vernengo, México D.F., Editorial Porrúa S.A., Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 253-254.

²⁸⁶ “...el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aún en el evento en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante privado o el acusador público, no habrían cumplido. Ya que en esa hipótesis su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida.” *Ibidem*, p. 254; en explicación coincidente, indica BOBBIO: “En una teoría del derecho y del estado que parte de la primacía de la norma sobre el poder no puede existir un poder que no sea jurídico, es decir regulado por el derecho, donde por “regulado” debe entenderse o bien autorizado por una norma que atribuye poderes (*ermächtigende norma*), o bien eventualmente vinculado por normas imperativas.” BOBBIO, Norberto, Kelsen y el poder de lo jurídico. En: El lenguaje del derecho, compiladores: Eugenio Bulygin, Martín D. Farrell, Carlos S. Nino, Eduardo A. Rabossi, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 75-76; en ese mismo sentido, SCHMILL, Ulises, El juez y las lagunas del derecho, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 2008: “Si el sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con la solución normativa, simplemente la conducta que se considere es una conducta que le está permitida al sujeto, por el principio de permisión débil. Si el

Como lo expresan UPRIMNY YEPES y RODRÍGUEZ VILLABONA²⁸⁷, generalmente se identifica a la teoría Kelseniana con la pretensión conforme a la cual, el derecho y la legalidad no admiten ninguna posibilidad discrecional, siendo que, por el contrario, el criterio de lo discrecional aparece relacionado en la Teoría Pura del Derecho, así estuviera atrapado en los límites de aquello que el sistema permite; es decir, en el momento en el cual el sistema guarda silencio o avala una opción creativa del juez.

Un punto importante en la teoría Kelseniana es aquél que vincula las facultades discrecionales del sentenciador a la idea de completitud del sistema jurídico y niega que formen parte de su cuerpo valores políticos, sociológicos, morales, etc., a no ser, que así lo avale el propio ordenamiento; empero, quedaba el interrogante sobre por qué el sistema jurídico como tal existe. En otras palabras, qué fuente le concede facultades para funcionar y regir la actividad de los asociados y le otorga legitimidad al juzgador, cuestión que devenía vital en la medida en que, si se piensa que la fuente primigenia, la escala suprema de donde proviene el ordenamiento es a su vez otra norma, se cae en una ideologización del derecho que termina concibiéndolo como algo dado, un “dios” al que simplemente se obedece,

sistema de reglas es deficitario en relación con las razones subyacentes, entonces, de cualquier manera existe una descripción del sistema señalando que una cierta conducta está permitida, en la medida en que no es obligatoria ni prohibida.” P. 126.

²⁸⁷ Apuntan estos autores: “Más sorprendente para muchos lectores colombianos es que un autor como Kelsen, que algunos consideran como el gran defensor de la seguridad jurídica, asuma también que la interpretación es una actividad discrecional del juez quien, por medio de una opción valorativa, crea una norma singular dentro del marco de posibilidades que inevitablemente le brinda la norma superior. El acto judicial es entonces para Kelsen una decisión, y no una actividad puramente cognitiva, pues una norma inferior –como la sentencia– no puede ser lógicamente deducida de otra superior –como la ley–; es necesaria siempre la mediación de una voluntad humana, y por ende la presencia de una conducta que puede ser profundamente política en sentido estricto, por lo cual, según este autor, no hay una diferencia sustancial sino simplemente de grado entre la actividad del legislador y la del juez, pues ambos toman opciones dentro del marco de competencia que ha estructurado la correspondiente norma superior. Toda interpretación es entonces, hasta cierto punto, política, por lo cual la seguridad jurídica pretendida por la exégesis, según la cual toda norma sólo admite una interpretación correcta, no es más que una ilusión que debe ser desechada por una teoría científica del derecho.” UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, Op. Cit., p. 156.

desapareciendo cualquier distinción entre acatar al juez y al asaltante que dotado de un arma presiona para obtener las joyas. Trasladado el debate al tema de los acuerdos y negociaciones en el derecho procesal penal, se trataría, por ejemplo, de reflexionar sobre la legitimidad que tiene el fiscal para decirle al acusado: “o te allanas o te aumento al doble la pena”. Cuál sería, en términos teóricos, como lo plantea LANGER, la diferencia entre el ladrón que le concede a la víctima las opciones: “*La bolsa o la vida*”²⁸⁸.

Si en una visión diferente, se piensa que detrás de la norma constitucional, lo que existen son hechos históricos o acontecimientos sociológicos del pasado, ciertos actos humanos o institucionales que hacen creer legítima y válida la actuación del fiscal y no así la del ladrón, siguiendo con el ejemplo, reprochando a cualquier soberano que se considere con el poder de señalar el derecho, porque en su sangre lleva genes reales o porque así lo manda una autoridad espiritual, entonces, esa sociedad que repudia tales formas de expresión del poder, representaría, a su vez, cierta pretensión de corrección moral. Esto podría conducir al plano del derecho natural y, en ese entendido, el marco jurídico que se profiera es legítimo, siempre y cuando coincida con los valores morales que lo inspiraron.

Si ese es el escenario, también resultaría cuestionable que alguien, a quien se dota de competencia en términos democráticos, considere que tiene la capacidad de actuar por fuera de tales límites. El marco de competencias no sólo refiere a un hecho jurídico –*la norma*–, sino también a toda la fundamentación, en cierto sentido jurídico-moral, que avala que sea el juez o, si el modelo lo admite, el fiscal, quien decide los casos y no así el vecino de

²⁸⁸ LANGER, Máximo, Rethinking Plea Bargaining: (...) Op. Cit.

la esquina²⁸⁹. Esa fundamentación del sistema jurídico, si bien no es desconocida por KELSEN, en su visión normativista no es relevante.

Este debate sobre la relación de los hechos y el derecho, mismo que no ha concluido y que esta investigación tampoco se propone terminar, encierra a su vez, importantes repercusiones frente al escenario práctico del proceso penal. En ese sentido, si no existe una legitimación de las actuaciones del fiscal cuando este decide actuar discrecionalmente, bien sea alterando el derecho vigente –*no acusar a pesar de que se violó la norma penal “X”*- o creando nuevo derecho –*no acusar por la violación de la norma penal “X” sino por la violación de la norma penal “Y”*-, ello puede significar que el fiscal tiene la capacidad de sorprender a las partes con normas que no estaban vigentes al momento en que se presentó el conflicto, por fuera de los criterios de igualdad, seguridad jurídica y generalidad, que se supone operan en un Estado de derecho –*principio de legalidad*-.

En la propuesta de KELSEN, esa discusión se salva a partir de la fórmula según la cual, lo que no está prohibido está permitido, no obstante, otros autores han mostrado cuestionamientos a tal argumento; apunta BULYGIN al respecto:

Lo que no está prohibido, está permitido” es una proposición normativa y “permitido” significa “no prohibido” (permisión negativa o débil), entonces el principio es analítico y como tal necesariamente verdadero, pero absolutamente trivial, pues lo único que dice es que: “Lo que no está prohibido, no está

²⁸⁹ La discusión aparece así propuesta en ROSS, Alf, Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho, traducción Julio Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimpresión, 1961; según lo refiere este autor: “De nuevo ¿a qué se debe que las opiniones de ciertas personas tengan el carácter y efecto de una sentencia en la manera descripta, mientras que las opiniones de otras personas son apenas sus opiniones y nada más? La diferencia, obviamente, no depende de una cualidad mística depositada por la naturaleza de B, en contraste con la C, sino que es exclusivamente de naturaleza jurídica. El poder del juez es una competencia jurídica, su calidad de juez es una cualidad jurídica, el concepto de “fallo” es un concepto jurídico.” P. 80.

prohibido”. Esto es, no dice nada sobre ningún sistema jurídico y es naturalmente compatible con la existencia de lagunas y, por ende, totalmente inocuo. Si, en cambio, significa permisión positiva o fuerte, entonces el principio dice que si una conducta no está prohibida, entonces hay una norma que la permite. Esto es claramente falso: de la mera inexistencia de una norma prohibitiva no se puede inferir la existencia de una norma permisiva²⁹⁰.

Estas dificultades fueron consideradas por HART, quien abandonó la idea de completitud y planteó que, en ciertas ocasiones, cuando el operador se enfrenta a casos difíciles donde el lenguaje normativo ofrece diversas alternativas, la discrecionalidad que en tal evento se aplica queda por fuera del derecho²⁹¹.

La visión teórica de HART resulta relevante para el objetivo de este trabajo de investigación, pues los autores que se han acercado al modelo de negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad en los Estados Unidos, destacan que su teoría le proporciona un respaldo importante a la práctica de los citados institutos procesales²⁹². En efecto, si se parte de que su visión positivista asimila la discrecionalidad judicial a la discrecionalidad

²⁹⁰ BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 2006, p. 78.

²⁹¹ Al respecto anotó: *“En estos casos [los difíciles] resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto.”* HART H.L.A., *El concepto del derecho*, traducción de Genero R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 164. Para algunos, Hart abrió la puerta a la variante metodológica del positivismo, así lo considera BULYGIN: Desde Hart la discrecionalidad es una expresión de un positivismo metodológico, *“Pero al menos a partir de Hart la tesis de la discrecionalidad forma parte del núcleo definitorio del positivismo jurídico en su variante metodológica.”* BULYGIN, Eugenio, Op. Cit., p.74; todo esto, en contradicción al positivismo ideológico que llevaba al extremo la idea según la cual nada podría escapar al sistema jurídico, mismo que debía ser obedecido sin ninguna intromisión de criterios discrecionales o de justicia; refiere como diferencia fundamental entre positivismo ideológico y metodológico indica BULYGIN: *“El positivismo metodológico rechaza explícitamente la tesis central del positivismo ideológico, a saber, el deber moral de obedecer el derecho positivo.”* BULYGIN, Eugenio, Op. Cit., p. 73.

²⁹² En ese sentido CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *“La inevitabilidad de este margen de actuación dentro del sistema legal es razonada por HART con fundamento en la abierta textura de la ley”*, Op. Cit., p. 23.

política²⁹³, entonces, como en Estados Unidos, la fiscalía no hace parte del poder judicial sino del ejecutivo, su fundamentación jurídica le permitiría actuar discrecionalmente para propender por los intereses generales, lo que incluye la posibilidad de negociar con el procesado y, de hacerlo además, sin necesidad de mostrarle ningún tipo de evidencia. Como en la propuesta de HART, se trata de un ejercicio discrecional y como lo discrecional no es derecho, se tiene entonces que esas decisiones políticas estarían por fuera de cualquier tipo de control judicial, pues los jueces controlan lo jurídico, no lo político.

Lo anterior, sin embargo, no resuelve el interrogante sobre cómo es admisible aceptar que una autoridad que se supone debe respetar las competencias legalmente establecidas, está facultada para actuar por fuera del ordenamiento jurídico y, que tenga además, el poder de sorprender a las partes creando normas que aquellas no conocían al momento del conflicto; se perderían, en ese escenario, los presupuestos básicos del principio de legalidad en un Estado de derecho²⁹⁴.

Adicionalmente, cuando en otros países se implanta el estilo de negociaciones o declaraciones de culpabilidad que impera en los Estados Unidos, generalmente, se descuida el fundamento teórico que lo acompaña; y es que si bien, acogiendo la teoría positivista de HART, los espacios discrecionales no configuran derecho y por tanto están fuera del control jurisdiccional, ello no significa que sean inmunes al control; en lugar de que

²⁹³ *“Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de estándares variables”* HART, Op. Cit., p. 169.

²⁹⁴ Apunta RODRÍGUEZ, César: *“Por otra parte, la tesis hartiana contraría el principio de legalidad, central en el Estado de derecho. De acuerdo con este principio, una persona puede ser sancionada sólo con base en una ley vigente en el momento de los hechos que dan lugar a la sanción.”* RODRÍGUEZ, César, La decisión judicial (el debate Hart-Dworkin), Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, 2008, p. 75 – 76.

los jueces lo realicen, al tratarse de actos políticos, la supervisión y el castigo frente a los abusos u omisiones, está en cabeza del electorado. Deviene incompleto trasladar el modelo sin hacer lo propio con sus fundamentos, pues ambos van de la mano, de donde, entonces, implementar un esquema de negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad, orientado por una amplia discrecionalidad, cuyo control se sustrae del poder judicial, pero sin incorporar ningún tipo de responsabilidad política frente al acusador, puede generar un espacio para la impunidad y la arbitrariedad que ni siquiera en los Estados Unidos se concibe.

Además, la propuesta positivista de HART recibió oposición por parte del post-positivismo (constitucionalismo) principialista con DWORKIN y ALEXY a la cabeza²⁹⁵, para quienes en los casos difíciles el operador no queda separado del derecho, sino que, en ese evento, los principios entran a operar como fenómenos jurídicos vinculantes²⁹⁶. Si bien, esta postura no constituye una novedad en lo que respecta a aceptar que los jueces en sus decisiones utilizan criterios políticos o morales en la fundamentación de sus decisiones²⁹⁷, se distancia de otras propuestas axiológicas que bajo esa misma línea desarrollaron FERRAJOLI²⁹⁸ y ZAGREBELSKY²⁹⁹, entre otros,

²⁹⁵ Así aparecen clasificados en: AGUILÓ REGLA, Josep, Op. Cit.

²⁹⁶ DWORKIN al respecto señaló que: *“El derecho como integridad requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas”* DWORKIN, Ronald, El imperio de la justicia, Barcelona, Editorial Gedisa, traducción Claudia Ferrari, 1992, p. 175-176; igualmente, mirar: DWORKIN, Ronald. *Cómo el derecho se parece a la literatura*. En: La decisión judicial (el debate Hart-Dworkin), Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, 2008. Alexy al respecto ha indicado: *“...el participante en el debate legal siempre plantea preguntas de justicia”* ALEXY, Robert, La doble naturaleza de la ley. Conferencia. En: Evento académico reservado para estudiantes del doctorado en derecho, 11 de octubre de 2011, Bogotá, Universidad Externado; ver igualmente: ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86 – 87.

²⁹⁷ Bajo percepciones diferentes, por ejemplo, KANTOROWICZ, Op. Cit., y CALAMANDREI, Proceso y democracia, Op. Cit., sostuvieron la importancia de que al decidir el juez escapara a la letra de la ley.

²⁹⁸ Ver, en ese contexto: FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Op. Cit.; del mismo autor: (i) El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000; (ii)

al plantear un sistema metodológico que avalaría la incorporación de los principios como parte del discurso jurídico, evitando que ello se quede en el discurso constitucional abstracto. En cierto sentido, la metodología desarrollada por DWORKIN y ALEXY, podría ser la competencia del método silogístico de los exégetas, tal como lo plantea COMANDUCCI: “...*la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días*”³⁰⁰.

La configuración avanzada de ese axiologismo metodológico, puede ser la ofrecida por ALEXY con su propuesta de ponderación de principios, donde desarrolla un método que, de conformidad con las circunstancias tanto fácticas como jurídicas que exprese la situación a juzgar, permite establecer qué principio fundamental constitucional tiene mayor peso al momento de tomar la decisión correspondiente³⁰¹.

Lo anterior, sin desconocer el principio de legalidad, pues si existe regla clara aplicable, no puede saltarse ésta, so pretexto de acudir a principios³⁰² y,

Democracia y garantismo, Madrid, Editorial Trotta, 2008; (iii) Las lecciones del modelo constitucional del proceso penal. En: El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005; (iv) Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal. En: Jueces para la democracia, No. 4, Septiembre 1988, p. 3.

²⁹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

³⁰⁰ COMANDUCCI, Paolo, Constitución y teoría del proceso, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2007, p. 81.

³⁰¹ “La argumentación legal puede llegar a dar confiabilidad a la razonabilidad práctica de la moral, a partir de reglas que garantizan la libertad y la igualdad en el discurso, teniendo el derecho a participar y a defender las posiciones.” ALEXY, Robert, La doble naturaleza de la ley, Op. Cit.

³⁰² Señala tal autor como la diferencia relevante entre reglas y principios: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

“En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que la regla exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.” ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p. 86 – 87.

precisando que el procedimiento de la ponderación no garantiza respuestas correctas o matemáticamente perfectas³⁰³.

A estos esquemas método-axiológicos se los suele acusar de alterar el ordenamiento jurídico positivo, pues permiten que se impongan las concepciones personales que de los principios tengan los jueces, quienes pueden aprovechar el amplio espacio de juego que les conceden los axiomas, para manejar por ejemplo, los pesos que le otorgan a los factores de la fórmula de la ponderación, de modo que, con ello, llegarían a la solución que su voluntad y no el ordenamiento jurídico concibe. En términos de GARCÍA AMADO, el derecho, en ese entendido, se volvería cuestión de unos “oráculos” que tendrían el don de solucionar los casos a partir de fórmulas mágicas, una posición que califica de contraria a los valores democráticos y liberales³⁰⁴.

³⁰³ *“Tal como se ha expuesto, el procedimiento de ponderación es un procedimiento racional pero, no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución. Cuál sea la solución que, después de una ponderación se considere correcta, depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables por medio del propio procedimiento de la ponderación.”* ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Op. Cit., p. 482; Al respecto, explica BERNAL PULIDO: *“...es pertinente reconocer que la aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional, en el sentido de que constituya un algoritmo para la aplicación de los derechos fundamentales. Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. La ponderación no puede garantizar este tipo de objetividad plena, porque semejante objetividad es una utopía que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo.”* BERNAL PULIDO, Carlos, Estudio introductorio a la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy. En: ROBERT, Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, XLV.

³⁰⁴ *“Se trata, en suma, de que el derecho sea algo que los ciudadanos pueden entender y no algo a lo que ciertos sacerdotes del derecho, imbuidos de no sé sabe qué extraño don, tienen acceso exclusivo en virtud de su innata sintonía con la esencia de los conceptos o la verdad de los valores materiales”.* GARCÍA AMADO, Juan Antonio, La interpretación Constitucional. Op. Cit.; destaca también lo abstracta que resulta la diferencia propuesta entre una regla y un principio: *“La explicación de Alexy sobre qué es una regla o un principio no dice nada: “Si se pondera es un principio, si se subsume es una regla” y cómo se sabe si se pondera o se subsume y la respuesta es “porque si es un principio hay que ponderarlo y si es una regla hay que subsumirlo”, “principios derrotan a principios, y principios derrotan a reglas y cuando choca una regla con otra regla, entonces en realidad es un choque de principios porque a toda regla le subyace un principio.” En esa medida una norma puede ser una regla, un principio o una regla de validez estricta, de qué depende, pues de lo que quiera el aplicador”* GARCÍA AMADO, Juan Antonio ¿Dónde va el derecho actual?, Chile, Op. Cit.; según PAOLO COMANDUCCI, en sentido similar: *“...[el neo-constitucionalismo] implica la atribución a*

En lo que a esta tesis respecta, la propuesta axiológica-metodológica avalaría mejores posibilidades de control sobre las negociaciones entre fiscal y acusado, pues si se acepta que, en ese “negocio” obran criterios discrecionales en los cuales interviene un intermediario estatal orientado por fines institucionales, ello significa, que el juez puede revisar tal ejercicio discrecional y, de encontrar que la ponderación se realizó de forma equivocada, o a partir de una posición dominante en la cual una parte ocultó injustificadamente sus cartas a la otra, el operador estaría facultado para actuar jurisdiccionalmente, pues controlaría una cuestión de derecho y no un acto político.

No obstante que así expuesto el asunto, la propuesta teórica del neoconstitucionalismo parece conceder un soporte sólido al control judicial sobre las negociaciones, también es posible distorsionar sus contenidos doctrinarios para potencializar, de forma no prudente, el alcance de los principios en el derecho procesal penal. Se reconoce que esta corriente comparte una serie de postulados a favor del procesado –*presunción de inocencia, in dubio pro reo, legalidad de los delitos y de las penas, etc.* – y que ejerció un papel determinante frente a regímenes autoritarios que sustentaron cómo, inclusive en condiciones de legalidad y democracia, se requieren valores y principios sobre los cuales ni las mayorías pueden disponer³⁰⁵. Sin embargo, se pueden presentar situaciones donde la

los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no sólo en colegisladores sino incluso, en algunos casos, en coautores de la misma constitución. También provoca esa opción que los márgenes de certeza del derecho de que goza el ciudadano se estrechen considerablemente.” COMANDUCCI, Paolo, Op. Cit., p. 71.

³⁰⁵ Sobre la fuerza contramayoritaria postulada por el neo-constitucionalismo, ver: FERRAJOLI, El garantismo y la filosofía del derecho, Op. Cit., p. 171. Sobre la historia del neo-constitucionalismo y sus aportes y tensiones, igualmente: AJA, Eliseo, El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales en los Estados Europeos. En: Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual, Editor Eliseo Aja, Barcelona, Ariel Derecho, 1998. Sobre la repercusión de los mandatos constitucionales en asuntos privados, entre muchos otros: MONTES DE ECHEVERRI, Susana, Los servicios públicos básicos o esenciales: necesidad de la participación privada en el cumplimiento del mandato constitucional. En: Jurisdicción constitucional de Colombia.

configuración axiológica opere en contra de las bases garantistas tradicionales, recayendo en un “Populismo Penal”³⁰⁶, que desarrolla un nuevo conjunto de principios, bautizados con el nombre común “Pro” y un apellido que se ajusta a las necesidades del momento: pro-víctima, pro-infante, pro-mujeres, pro-verdad, pro-derecho internacional humanitario, pro-derecho sustancial, entre otros³⁰⁷.

Se trata de una tendencia que altera las buenas intenciones de las doctrinas, fenómeno que ha sucedido cíclicamente en la historia del derecho. En su momento, la Escuela del Derecho Libre parecía revolucionaria y sus postulados ajustados a las complejas realidades que empezaba a enfrentar la Europa de comienzos del Siglo XX. Después terminó convertida en arma para la opresión y la legitimación judicial de la barbarie Nazi³⁰⁸. Superada esa época, el autoritarismo se disfrazó de régimen jurídico institucional, como en la España Franquista, en la dictadura italiana o en la Rusia Comunista y, ahora, como lo señalan BACIGALUPO³⁰⁹ y CALVO GARCÍA³¹⁰, los modelos de Estado experimentan un retroceso al autoritarismo, no obstante la constitucionalización y democratización que los envuelve.

La Corte Constitucional 1992-2000. Realidad y Perspectivas, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” –Konrad Adenauer-Stiftung, 2001, p. 247.

³⁰⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Op. Cit.

³⁰⁷ Sobre cómo los fiscales “*entusiastas*” activan estos principios en la práctica, ver: GROSS, Samuel R., Convicting the innocent. Op. Cit. [Citado 12 de febrero de 2013]

³⁰⁸ Al respecto apunta CALAMANDREI: “...*proceso “totalitario”, y en el que las partes son solamente elementos decorativos, llamados para hacer más espectacular el rito, pero el juez lo es todo, y única su voluntad, por lo que la sentencia no es el producto final del encuentro de voluntades contrapuestas, resultado que permanece incierto y en formación, en tanto que el proceso está en itinere, sino que constituye el arbitrio solitario de una sola voluntad que presenta el proceso como un artificio para dar, en forma retrospectiva, una justificación ilusoria a la decisión tomada con anterioridad.*” CALAMANDREI, Piero, Proceso y democracia, Op. Cit., p. 153.

³⁰⁹ BACIGALUPO, Enrique, El debido proceso penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 24.

³¹⁰ CALVO GARCÍA, Manuel, Transformaciones del Estado y del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 98.

Bajo estos razonamientos, la opción proporcionada por el neoconstitucionalismo no es pacífica y al justificar jurídicamente el poder discrecional y creativo del juez, genera espacios que, así como han servido para proteger los derechos de las minorías y postular reformas importantes para sectores que en condiciones tradicionales no hubiesen recibido atención del Estado³¹¹, también pueden ser utilizados para operar de forma contraria a los pilares del sistema de derecho liberal³¹². Si bien, como antes se indicó, no fue pretensión de los axiológicos neoconstitucionales lograr un modelo de soluciones matemáticamente verificables y, peor aún, contrarias a los intereses de sectores sociales reprimidos, sus propuestas pueden ser víctimas de una realidad globalizada que presiona por los resultados, en un escenario dentro del cual, como lo destaca FABIO CIARAMELLI, la inmediatez le gana la batalla a la argumentación³¹³ y el plexo de principios aplicados depende más de las apreciaciones intuitivas del operador que de medidos ejercicios de ponderación.

El escepticismo, como lo subraya ALEJANDRO NIETO³¹⁴, pareciera imponerse ante lo complejo del paisaje teórico: el positivismo clásico niega el sentido jurídico del poder discrecional, mientras que el neoconstitucionalismo le concede carácter jurídico, pero respalda una discrecionalidad que puede

³¹¹ Ver AJA, Eliseo, Op. Cit.: *“Los derechos constitucionales se extienden a todas las esferas de la vida (la familia, el trabajo, la sociedad), con nuevas dimensiones generadas por la multiplicación (la protección de la intimidad o del honor frente a las televisiones); los mismos derechos llegan a colectivos nuevos (los funcionarios, los estudiantes, los militares, los presos), que antes carecían de ellos; y aun en los derechos más clásicos se introduce una nueva sensibilidad democrática, que se refleja, por ejemplo, en la existencia generalizada del principio de igualdad (de las minorías, de los colectivos más débiles y, sobre todo, de la mujer).”* prologo, XXVII.

³¹² *“(S)i uno admite que el sentido de las normas jurídicas puede ser deformado por los jueces para beneficiar a los sectores populares, entonces ¿cómo oponerse a las vulneraciones de la legalidad para favorecer reestructuraciones autoritarias del Estado a favor de los sectores poderosos?”* UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, Op. Cit., p. 179.

³¹³ En extenso indica: *“Sea lo que fuere de estos peligros, el proceso que hubiera debido culminar en el reconocimiento de la creatividad normativa del intérprete parece orientarse en cambio hacia la sustitución de la creatividad en beneficio de la apremiante inmediatez del caso concreto.”* CIARAMELLI, Fabio, Op. Cit., p. 137-138.

³¹⁴ NIETO, Alejandro, El arbitrio judicial, Op. Cit., p. 25.

ser aprovechada para quebrar indebidamente el sistema jurídico positivo. Esa “*lucha permanente entre el positivismo y el iusnaturalismo*”³¹⁵ parece no tener fin³¹⁶.

El panorama justificaría, entonces, la asunción de una postura realista que se concretaría en el presupuesto según el cual, los operadores –*jueces y fiscales*–, hacen lo que quieren y a ello le dan la apariencia de derecho, propuesta cercana a las visiones críticas impulsadas por DUNCAN KENNEDY, donde siempre es posible construir “*la sentencia a la que yo quiero llegar*”³¹⁷ y para tal fin se manipulan argumentativamente las reglas, haciendo brotar elementos “peculiares” que supuestamente restringirían o ampliarían el caso; se trata, según estos teóricos, de un ejercicio normal de la práctica judicial, que esconde los verdaderos motivos que fundamentan la decisión, pues si estos se explicitaran, los juzgadores correrían el riesgo de enfrentarse a procesos disciplinarios, penales o a ver lesionada su legitimidad. Son lecturas del derecho con una inclinación política –*de izquierda*–, que pretenden develar cómo realmente operan los jueces, para impulsar con esto un cambio de pensamiento y lograr un activismo judicial que supere las condiciones de desigualdad que caracterizan a la sociedad en el contexto actual de la globalización económica³¹⁸.

³¹⁵ Como lo presenta NIETO, Alejandro, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Editorial Trotta, 2003; refiere puntualmente el autor: “*La ciencia jurídica europea conocidamente vive desde hace siglos esta lucha agónica entre dos bandos condenados a no obtener jamás la victoria definitiva: una batalla agónica que parece que no ha de terminar nunca, enzarzados como el Bien y el Mal de una religión maniquea, sin vencedores ni vencidos, sin convincentes ni convencidos. Siempre habrá un Fuller frente a un Hart y nunca llegarán a ponerse de acuerdo.*” P. 62.

³¹⁶ Al final, parece que todo esto refleja el rol negativo de la filosofía, tal como lo sostenía KANT: “*...la filosofía parece no ser necesaria y hasta más bien ser perjudicial, porque después de todos los ensayos hechos hasta ahora, poco o ningún terreno se ha ganado; pero como crítica, para prevenir los malos pasos del juicio (lapsus iudicii) en el uso de los pocos conceptos puros del entendimiento, que tenemos, para eso (aunque la utilidad sea sólo negativa) hay que apelar a la filosofía con su penetración y su arte para someterlo todo a examen.*” KANT, Manuel, Op. Cit., p. 118.

³¹⁷ KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, estudio preliminar Cesar Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999, p. 95.

³¹⁸ Sobre esto: KENNEDY, Duncan, *Conversatorio de Duncan Kennedy con estudiantes de Derecho*, Universidad de los Andes, Facultad de derecho, Bogotá, 2010. [en línea] <<http://www.youtube.com/watch?v=rx3lvTqeYGQ>> [Citado en diciembre de 2012]

La perspectiva escéptica realista de las normas, como lo anotan UPRIMNY YEPES y RODRÍGUEZ VILLABONA³¹⁹, posee en Estados Unidos una larga historia³²⁰ y desde HOLMES se expresó un pensamiento que muy temprano cuestionó la fuerza lógica predictiva de la ley³²¹ y, de ahí en adelante, se han presentado ciertos movimientos intelectuales como los *Critical Legal Studies* que, según lo describe POSNER, vinieron a constituir “el nieto más radical del realismo jurídico”³²² y que sentaron una doctrina extrema en virtud de la cual se exageró el carácter voluntarista y discrecional de los operadores judiciales, de tal forma que ninguna de sus decisiones estaba atada al orden jurídico vigente. Esta postura fue cuestionada, en la medida en que la práctica diaria de la judicatura constataba cómo quienes aplican el derecho se sienten íntimamente vinculados por los parámetros legales y no conciben su ejercicio como un simple acto de voluntarismo³²³.

³¹⁹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, Op. Cit.

³²⁰ Al respecto destacan: “En Estados Unidos, en las primeras décadas del siglo XX, el llamado «realismo jurídico» de autores como O. W. Holmes, K. N. Llewellyn o J. Frank, comparte el escepticismo frente a los modelos silogísticos de aplicación del derecho, por lo que se llega también a la conclusión de que el derecho no son las normas generales sino las decisiones concretas de los jueces.” Op. Cit., p. 153.

³²¹ Para el juez norteamericano, el sistema está construido sobre una falacia: “La falacia de la que me refiero es la idea de que la única fuerza que actúa en el desarrollo de la ley es la lógica” HOLMES, The Path of the Law. [en línea] <http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm> [traducción propia] [Citado en diciembre de 2012]

³²² POSNER, Richard A., Op. Cit., p. 130 -131.

³²³ Sobre como tales posturas entraron en decadencia, indica POSNER: “Fueron dos factores los que minaron el realismo a los ojos de la comunidad jurídica profesional, matando después al grupo de los *Critical Legal Studies*, el nieto más radical del realismo jurídico. El primero es que los realistas exageraron las dimensiones de la zona abierta o indeterminada, llegando incluso a decir en ocasiones que todos los casos eran indeterminados. El segundo es que los realistas más ruidosos acusaron a los jueces de predecir los casos a partir de consideraciones políticas, prejuicios o pura mezquindad. Esto no fue sólo una ofensa, sino que además, resultaba implausible puesto que el dicisionismo supone una violación muy clara de las reglas del juego judicial. Es más plausible afirmar que, como les sucede también a otras personas que han de tomar decisiones en condiciones de incertidumbre, los jueces actúan de buena fe, pero que confían excesivamente en las instituciones; y también en forma independiente a las mismas su toma de decisiones. Como resultas de esto, los jueces no son totalmente conscientes de las creencias que determinan el sentido de sus decisiones. Pero la sugerencia de Jerome FRANK de que los jueces acudieran a psicoterapia para disciplinar sus intuiciones tuvo escasa acogida entre los jueces y entre aquellos que, desde la comunidad jurídica profesional, les respaldaban, aun si implícitamente suponía negar que los jueces actuaran de buena fe. “El derecho es una profesión conservadora desde el punto de vista metodológico, y la retórica “rebelde” como la de FRANK que animaba a los jueces a ir a psicoterapia o la de Fred RODELL que proponía que la práctica del derecho fuera convertida en delito y que los tribunales fueran

Las propuestas realistas pueden apreciarse riesgosas al perderse parte del sentido de tener un sistema jurídico, como lo anota FRANCISCO LAPORTA³²⁴, en tanto las características de predictibilidad, generalidad e institucionalidad que le corresponden a la ley, serían sustituidas con criterios personales y *ex-post*, postura que difícilmente puede aceptarse teóricamente y que, como enfoque descriptivo estaría, según POSNER, alejado de la realidad en la cual las normas sí ejercen influencia en la práctica habitual de los operarios del sistema.

Es preciso destacar, que también el realismo comparte junto con el positivismo y el neo-constitucionalismo, el presupuesto según el cual el método lógico-subjuntivo no tiene la posibilidad de dar solución a todos los casos y, por ello, bien podría considerarse que en el panorama general de la teoría del derecho, el principio de legalidad se constituye en un asunto complejo, amplio y, en cierta medida, inestable, lejos del modelo pacífico que imaginaron los clásicos ilustrados³²⁵.

reemplazados por agencias administrativas, incluyendo aquí una “Comisión de Ejecución de penas de muerte encargada de la aplicación de sus leyes acerca de lo que ahora se llama asesinato y homicidio”, o las travesuras de los “critical” garantizaban prácticamente todas ellas que estos académicos no contarán, por así decirlo, con una vista en la que se juzgara imparcialmente su causa. Otra cosa que contribuyó también a la mala fama del realismo es que el único realista jurídico declarado que llegó a ser magistrado de la Corte Suprema –William O. DOUGLAS–, desobedeciera de forma abierta algunas normas que regulaban de forma totalmente sensata la actividad de juzgar.” POSNER, Richard A., Op. Cit., p. 130 -131. En ese mismo sentido, expone ROSS: “Desde que esto debe evidentemente depender de ciertas ideas que tengan los jueces, vamos a él y le preguntamos: ¿qué normas aplica usted cuando dicta sentencia? La respuesta será: sigo las normas jurídicas de acuerdo con la constitución, y por lo tanto son consideradas como derecho tanto por mí como por todos. (...) Concluirá el juez diciendo: “Si se os ha envidado a mí para saber cuál es el derecho por observación de las reglas en las cuales baso mis decisiones, se os ha hecho dar un rodeo innecesario. Porque si bien es cierto que las reglas que aplico son derecho, no son derecho porque yo las aplico sino que las aplico porque son derecho.” ROSS, Alf, Op. Cit., p. 75. Apuntan igualmente MANRIQUE/NAVARRO/PERALTA: “En principio, los juristas y jueces suelen presentar sus enunciados interpretativos como una consecuencia inevitable del modo en que el legislador ha formulado sus normas. No es sólo “un punto de vista” sino que se pretende encontrar la “interpretación correcta”. MANRIQUE, María Laura, NAVARRO, Pablo E., PERALTA, José M., La relevancia de la dogmática penal, Bogotá, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 58, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 185.

³²⁴ LAPORTA, Francisco, Op. Cit..

³²⁵ Sobre la postura ilustrada, explica ALEJANDRO NIETO: “La mutación –o sea, la absorción del arbitrio en el seno de la arbitrariedad– se inicia y va madurando lentamente en el siglo XVII para

B. LA IMPORTANCIA DE LA DISCUSIÓN TEÓRICA FRENTE A LA PROPUESTA DE DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO EN LOS ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS

El recorrido realizado por algunos enfoques teóricos del derecho, constata varias situaciones: la primera, que desde la postura inicial que provino de la Revolución Francesa y del pensamiento ilustrado, aquella según la cual, la ley como expresión suprema de la voluntad popular y pilar para el funcionamiento de un Estado respetuoso de la igualdad y libertad de los asociados, no admitía ningún espacio de discrecionalidad, se evolucionó a una estructura teórica en la que han participado, entre otros, el positivismo, el neo-constitucionalismo y los realistas, logrando poner en evidencia la noción de certeza y predictibilidad del derecho y proponer que el método exegético no es tan pacífico como en su momento lo supusieron los clásicos.

En segundo lugar, las realidades sociales, económicas y culturales, fueron cambiando y determinadas circunstancias históricas –*guerras mundiales*–, invitaron a nuevas reflexiones sobre la validez y legitimidad del derecho, a analizar la eventualidad que los criterios positivos estuvieran acompañados de otros axiológicos y a estudiar el papel que jugarían las Constituciones y los Estados democráticos, frente a un mundo que pronto logró resaltar la imperiosa urgencia de una intervención activa de los entes gubernamentales en los asuntos económicos e individuales, más allá de la clásica visión de guardián negativo de los derechos, como en un principio se pensó.

afirmarse en el XVIII y convertirse en una de las banderas de la ideología ilustrada que, después de su victoria, se instaló definitivamente en el positivismo legal. Este desgraciado proceso de oscurecimiento ha propiciado una confusión bastante generalizada, de tal manera que al arbitrio (lícito) ha terminado borrándosele al ser absorbido por la arbitrariedad (ilítica), hasta tal punto que, a falta de otro nombre más propio, el adjetivo arbitrario se considera derivado de arbitrariedad y no de arbitrio para el que hay que utilizar ahora, con objeto de evitar equívocos, la voz de “arbitrado”.”
El arbitrio judicial, Op. Cit., p. 212.

Lo anterior, supuso un reto para los operadores y teóricos del derecho, al constatarse un conflicto constante y complejo entre la necesidad de sujetar las actuaciones de los particulares y de las autoridades a un criterio preestablecido y la realidad concreta que mostraba cómo esto requería ejercicios humanos cargados de subjetividad, alimentados por los hechos sociales y culturales que caracterizaban a cada momento histórico. El desafío de encontrar un punto de equilibrio entre el imperio de la ley y el gobierno de lo humano, aparece como un conflicto permanente y las propuestas que al respecto se plantean tienen tanto a favor como en contra, sin que la discusión, por ahora, parezca tener un fin cercano.

Esa discusión teórica, puede trasladarse al análisis de los institutos de acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad, pues su desarrollo, entendimiento y aplicación práctica, pueden depender del trasfondo teórico presente en los operarios o actores del sistema procesal. Así mismo, la aceptación del descubrimiento probatorio anticipado, para la aplicación de los citados institutos, se vería influenciada de la postura teórica que se asuma.

Si se asume, por ejemplo, la propuesta de HART, no se aceptaría que el ejercicio discrecional configure una representación del derecho. En esa concepción, como antes se indicó, si el fiscal y el imputado negocian frente a los espacios discrecionales que el caso les provee, el juez no tendría ninguna otra opción que aprobar lo acordado, así constate que el implicado no tuvo la oportunidad de mirar las evidencias incriminatorias, pues no se trataría de un asunto jurídico, sino de una cuestión administrativa. Sería una propuesta donde la negociación configura una expresión administrativa y no jurisdiccional, de tal manera que no se requerían garantías jurisdiccionales para efectos de determinar si la misma se ajustó o no al derecho³²⁶.

³²⁶ Resalta ALEJANDRO NIETO la curiosidad que, mientras en el plano judicial estaba mal visto cualquier ejercicio discrecional, en el plano administrativo, por el contrario, se alentaban las

De otra parte, las propuestas axiológico-neoconstitucionales, como se explicó en el anterior acápite, implicarían un escenario riesgoso en el cual los jueces, en el área específica del derecho procesal penal, podrían amoldar una serie de principios en contra de los presupuestos configurados desde la revolución francesa, sin importar que con ello contradigan el ordenamiento jurídico positivo. En ese contexto, no importaría aprobar acuerdos o allanamientos sin constatar si previamente el afectado tuvo la oportunidad de conocer las evidencias probatorias incriminatorias, pues de esa forma se garantizaría, por ejemplo, el principio de la eficacia o el de la lealtad procesal³²⁷.

Las propuestas realistas extremas, que desligan a los operadores de cualquier compromiso con la normatividad vigente, son igualmente cuestionadas. Al respecto, se afirma que en la práctica existe una necesidad de conectar la decisión con lo normado positivamente, de tal manera que:

actuaciones de ese estilo: *“Al mismo tiempo tuvo lugar, no obstante, un fenómeno incongruente, ya que al arbitrio decisorio que con tanta energía se estaba negando al juez se reconocía sin salvedades a la Administración, de tal manera que las autoridades y funcionarios públicos se colocaban en una posición incomparablemente superior a la de los miembros del poder judicial. A cuyo efecto no se tomó otra precaución que la de proceder a una alteración semántica, bautizando al proscrito arbitrio con el nuevo nombre de discrecionalidad que de momento no levantaba suspicacia alguna.”* El arbitrio judicial, Op. Cit., p. 217.

³²⁷ En un Auto que rememora algunos pronunciamientos que en ese mismo sentido se han proferido, la Corte Suprema de Justicia el 17 de octubre de 2012, radicación 33145 de casación, apuntó que uno de los motivos por los cuales no se admite la retractación es por la *“lealtad”* que debe tener el procesado para con la Administración de Justicia; no obstante, aclaró que el juez puede anular el acto dispositivo si encuentra vicios de consentimiento o que se presentó la violación de garantías fundamentales. En ese mismo sentido se pronunció la Corte en Fallo de Casación 39707 del 13 de febrero de 2013, indicando: *“Bajo esa perspectiva, no resulta factible que un compromiso de tal envergadura, al punto –se insiste- de convertirse en la acusación base de la posterior actuación procesal y, desde luego, de la sentencia condenatoria así propiciada, pueda ser desconocido por el acusado mediante una manifestación pura y simple de estar arrepentido del mismo, pasando por encima sin más del querer de la Fiscalía y de principios rectores tales como la eficacia del ejercicio de la justicia previsto en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 y la irrevocabilidad que opera en las decisiones voluntarias, libres y espontáneas donde se admite en forma anticipada la responsabilidad penal, principio este último al cual se ha referido la jurisprudencia de la Sala de tiempo atrás³²⁷ y que se deriva del de lealtad, hoy en día previsto en el artículo 12 ibidem, a cuyo tenor “todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe”* (subraya la Sala).”

“Los desacuerdos aparecen así, como genuinos desacuerdos jurídicos y no como meros contrastes de preferencias personales”³²⁸.

Reconociendo que el escenario no es pacífico, se ha optado por desarrollar una propuesta a partir del principio de legalidad respaldado procesalmente, con lo cual se pretende sostener, desde esta perspectiva, que los actos dispositivos de las partes, llámense negociaciones o allanamientos, desarrollan el principio de legalidad en el caso concreto, pero para que ello no sea una apariencia de institucionalidad, se requieren ciertas garantías y una de ellas debe estar centrada en el descubrimiento probatorio anticipado. En otras palabras, si no se brinda la oportunidad del descubrimiento previo, la negociación o el allanamiento no serían actos jurisdiccionales sino administrativos *–con lo que tendría cabida la orientación de Hart-*, avalados jurisdiccionalmente por una decisión estatal que así lo dispuso *–un argumento normativista-*, justificados en motivaciones reales de eficiencia y pragmatismo *–que podría interpretarse como un respaldo realista-*, pero con graves consecuencias desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, al menos de uno que predica ciertos postulados históricos y culturales que lo atan a modelos de Estado democráticos y liberales de derecho *–principio de legalidad-*.

En esta perspectiva, se justifica un control jurisdiccional sobre los actos de negociación o allanamiento que podría ejercerse, desde el marco del principio de legalidad, a partir de la garantía que tenga la contraparte e incluso el juez, de conocer previamente los elementos de prueba en que se respalda el acto dispositivo. Esto, dotaría a tales institutos de la calidad de ser verdaderos desarrollos del principio de legalidad, al tiempo que, le darían bases jurisdiccionales o, en otras palabras, reducirían la fase del juicio pero

³²⁸ RUÍZ MANERO, Juan, El juez y las lagunas del derecho, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 2008, p. 30.

sin desaparecerlo, cumpliendo así los fines institucionales y libertarios que se predicaban del debido proceso.

En contraste con lo anterior, el modelo procesal penal estadounidense aplica un principio de legalidad que en materia de acuerdos y declaraciones de culpabilidad, representa una amplia discrecionalidad para el ente acusador y unas limitadas posibilidades de control para el poder jurisdiccional. En ese contexto, los postulados de HART parecen más ajustados a ese esquema de operatividad procesal. Ello no puede objetarse en una realidad tan peculiar como la norteamericana, donde la mayoría de los condenados son afro descendientes e hispanos³²⁹ y donde los errores del sistema de justicia, de llegar a ocurrir, afectan a sectores tradicionalmente segregados, como lo reporta GROSS:

“Nosotros sabemos que los que estaban involucrados en delitos de armas de fuego y posesión de drogas en la mayoría de escándalos de policía que han sido expuestos [porque después se descubrió que eran inocentes], eran mayoritariamente miembros de grupos vulnerables: minorías raciales o étnicas, emigrantes ilegales y miembros de pandillas.”³³⁰

Actualmente, la tendencia se inclina por ampliar las competencias discrecionales de las partes en el proceso penal –no obstante que a nivel de sistemas derivados del modelo anglosajón se identifican movimientos que impulsan un control más estricto sobre los poderes dispositivos de los actores³³¹–, de tal manera que, según lo afirma PERDOMO TORRES, “...lo

³²⁹ Así lo precisan GROSS, Samuel R., JACOBY, Kristen, MATHESON, Daniel J., MONTGOMERY, Nicholas, PATIL, Sujata, Op. Cit.: “...los negros y los hispanos representan cerca del 62% de todos los prisioneros estadounidenses” Op. Cit. [traducción propia]

³³⁰ GROSS, Samuel R., Convicting the innocent, Op. Cit. [traducción propia]

³³¹ Apunta en ese sentido FLYNN ASHER: “La polarización entre discreción y sujeción a las reglas dentro de la operación del proceso criminal y las resultantes preocupaciones que rodean los poderes discrecionales de las agencias de justicia criminal, ha alimentado movimientos en Australia en los últimos 35 años –y desde finales de 1960 en los Estados Unidos, el Reino Unido y Canadá–, enfocados hacia el aumento de la transparencia en los procesos criminales y en la conducta de las personas involucradas en ellos. En particular, estas reformas han tratado de controlar y examinar las

*decisivo girará (...) alrededor del poder de discrecionalidad del aplicador del derecho en la búsqueda de la justicia en cada caso concreto*³³², provocando ello, que el tema de los límites sea relevante³³³ y si bien, ningún sistema puede garantizar un resultado matemático, sí es posible que el procedimiento restrinja las alternativas del operador y le exija una mayor carga argumentativa frente al caso concreto³³⁴, siendo entonces importante el papel del proceso para una realización más transparente del principio de legalidad, aquí concretado en la aplicación de las instituciones procesales de los acuerdos o declaraciones unilaterales de culpabilidad basadas en la garantía del descubrimiento probatorio anticipado.

VI. CONEXIÓN ENTRE DERECHO PROCESAL, PRINCIPIO DE LEGALIDAD, ACUERDOS, ALLANAMIENTOS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO

La dogmática procesal y la teoría del derecho, desarrollan un conjunto de condiciones institucionales que se supone le permiten al ser humano una vida más estable, más pacífica y, en lo posible, más predecible. Las partes de un conflicto pueden arreglar sus asuntos sin necesidad de acudir a un

facultades discrecionales de las agencias de justicia penal sobre la base de que ello aumentará la confianza del público, ofrecerá transparencia y mejoraría la percepción de igualdad dentro del sistema legal.” ASHER, FLYNN, ‘Fortunately we in Victoria are not in that UK situation’: Australian and United Kingdom legal perspectives on plea bargaining reform, 2011. [Consulta en línea] <<http://www.deakin.edu.au/buslaw/law/dlr/docs/vol16-iss2/vol16-2-4.pdf>> [Traducción propia] [Citado 30 de octubre de 2013]

³³² PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del “*ius puniendi*” y su renuncia, Op. Cit., p. 53.

³³³ Al respecto FERRAJOLI, El garantismo y la filosofía del derecho, Op. Cit., p. 144; DÍEZ-PICAZO, Luis María, Op. Cit., p. 185.

³³⁴ Ver al respecto: AARNIO, Aulis, Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; aclara este autor que: “*Aun cuando las condiciones de equidad estén satisfechas, es bien posible que participantes que actúen de una manera totalmente racional no lleguen a un entendimiento acerca de la cualificación de la norma. La racionalidad tan sólo los ha conducido lo más lejos posible en dirección de un compromiso equitativo. (...) no existe necesariamente una única respuesta correcta a este problema de la interpretación. Un diálogo racional puede también conducir a dos o más respuestas igualmente bien fundamentadas.*” P. 246.

juez y, en efecto, como lo destaca MONTERO AROCA, en el derecho civil esa es la situación que mayoritariamente sucede³³⁵. No obstante, cuando deciden trasladar la resolución de un conflicto a un tercero llamado juez que dice obedecer a un sistema jurídico y estar engranado dentro de un Estado democrático, esperan que ese intermediario oficial cumpla con ciertos compromisos institucionales.

Ahora bien, la teoría del derecho sugiere que, por más que el tercero intente actuar en un sentido aséptico y comprometido con el sistema, habrá eventos en los cuales, expresa o implícitamente, romperá las ataduras normativas o no tendrá ninguna que lo vincule. Será en ese punto propio de la práctica, donde cobran importancia el proceso y las formas, constituyendo espacios de configuración de la decisión final y contribuyendo a que la predictibilidad del resultado se incremente. Se puede configurar el más extenso y garantista derecho sustancial, pero, si no se acompaña de instrumentos procesales, el asunto podría quedarse en un discurso retórico. La configuración del tipo de proceso que aplica una sociedad, en cierta medida, refleja parte de lo que esa sociedad representa.

Existe, por esto, una conexión estrecha entre el derecho procesal y el poder, relación resaltada desde GOLDSCHMIDT, cuando sostenía que “...*la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución*”³³⁶, tesis compartida, para el caso colombiano, por POSADA MAYA, cuando afirma que “...*nuestra historia procesal penal indica que los modelos de juzgamiento obedecen en mayor o menor medida a injerencias políticas del Estado, como respuesta a los fenómenos de criminalidad a lo largo de la historia (Precisamente, porque*

³³⁵ MONTERO AROCA, Juan, Derecho jurisdiccional, T. I y II, Op. Cit.

³³⁶ GOLDSCHMIDT, James, Op. Cit., p. 68.

*el Derecho Procesal se encuadra en una relación de medio a fin con el Derecho penal material).*³³⁷

Bajo este enfoque, cuando un pueblo decide por un derecho sustancial de contenido liberal y con garantías fundamentales, también debe acoplar un modelo procesal que resulte efectivo frente a tales compromisos, elección que exige la implantación de unos límites al poder. Quienes en un Estado democrático y liberal entregan su destino a las manos de un tercero llamado juez, dan por sentado que hay un sistema jurídico que respaldará su actuación y contarán con el proceso para apreciar, paso a paso, que esos actos institucionales se ciñen a los lineamientos prefijados por el sistema.

El proceso, en esa perspectiva y como lo sostiene SUÁREZ SÁNCHEZ³³⁸, configura un elemento importante para que el plano sustancial del principio de legalidad se realice y por esa conexión es que el modelo procesal se adecua a las necesidades políticas y sociales propias de cada realidad donde debe operar. Desde la orientación continental europea, se ha afirmado que la expresión física del proceso debe adecuarse a un contenido democrático y liberal, razón por la cual CALAMANDREI destacaba que el concepto de “parte” representaba simbólicamente lo que para el debate democrático es la palabra “partido”, de tal forma que “[l]a realidad dialéctica del proceso es la dialéctica de la democracia parlamentaria. En un cierto

³³⁷ POSADA MAYA, Ricardo, Una aproximación histórica a la evolución del proceso penal colombiano, p. 41. [Consulta en línea] <http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub109.pdf> [Consultada el 13 de enero de 2013]

³³⁸ Indica el autor: “Hay que ver la democracia dentro del derecho penal como una contrapartida de todas las formas de selección de conductas delictivas, de penas y de procedimientos de manera autocrática, pues ha de mirarse tal democracia como la gran limitante que tiene el Estado al establecer quién está autorizado para escoger los bienes jurídicos materia de tutela penal, las sanciones y los ritos que guíen y precedan la solución del conflicto, así como el control que cumple la sociedad sobre el ejercicio del *ius puniendi*, dado que tal competencia le corresponde ejercerla por exclusividad al pueblo soberano, de manera directa o a través de sus representantes, sin que le sea permitido renunciar a tal potestad, porque hacerlo implicaría abdicar a su esencia.” SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, El debido proceso penal, Op. Cit., p. 52.

*sentido (y cum grano salis) la pluralidad de las partes en la contienda judicial se asemeja a la pluralidad de partidos en la política.*³³⁹

En esa visión europea, el principio de legalidad exige que el proceso contenga unas características que resalten su correspondencia con una sociedad democrática y liberal, de tal manera que ciertas expresiones “formales” que suelen tipificarse como “proceso”, destacadas por CALAMANDREI en la época del régimen Nazi³⁴⁰ o por MONTERO AROCA frente a la experiencia soviética³⁴¹, modelos en los cuales se anulan las posibilidades de las partes y se extralimitan los poderes del juez, configuraban métodos autoritarios de “proceso sin proceso”³⁴², al estilo de los discursos propios de la época de la inquisición. En igual sentido, puede proponerse que la alternativa donde se potencializan los poderes de una parte, la acusadora, reduciendo al mínimo las opciones de la otra, atando al

³³⁹ CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, Op. Cit., p. 156. Esta comparación igualmente la realiza SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 59: “El sistema ya descrito, que puede ser definido como de “separación de las funciones procesales”, cumple la misma finalidad que la “separación de los poderes del estado”: se tiende a evitar que el uso de un poder degenera en el abuso, según la enseñanza siempre actual de Montesquieu: Del Principio de separación de las funciones procesales derivan las características esenciales del sistema acusatorio, que lo coloca estructuralmente en una posición de neta contraposición lógica a los caracteres del sistema inquisitorio.”

³⁴⁰ Relataba al respecto: “[d]urante los últimos años del dominio nazista en Alemania, se discutieron proyectos de reforma del proceso civil (los cuales, si el régimen no se hubiese hundido, habrían sido traducidos mecánicamente a leyes) con las que se pretendía abolir el contradictorio y transformar el proceso de partes (Parteiprozess) en un procedimiento totalmente oficioso, impulsado exclusivamente por la iniciativa del juez, por lo que alguien llegó a hablar de “proceso sin partes”, lo que equivaldría a hablar de “proceso sin proceso”. Inclusive, un estudioso de buena voluntad descubrió que el concepto de Parteiprozess no era sino un maligno contagio, penetrado en la sangre de la justicia, de los odios de partido que afligían a Italia en el tiempo de los Municipios, cuando la vida política se traducía en una lucha de facciones. Y continuaba dicho estudioso expresando que así como el nazismo totalitario había llegado felizmente a liberar de los partidos la vida política, aplacando todos los contrastes en el seno paternal del Führer, deberían abolirse las partes en el proceso y triunfar, aun en los tribunales, la religión del Führerprinzip, de manera que en las salas de la justicia resonase solamente la sagrada palabra del juez oficiante, y ante él los justiciables deberían esperar en silencio, postrados y adorantes.” CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, Op. Cit., p. 158.

³⁴¹ Sobre el punto narra: “Al principio de verdad objetiva (llamada también verdad material para contraponerla a la verdad formal) como principio de la actuación procesal de los tribunales soviéticos se han referido los juristas rusos, los cuales han puesto de manifiesto que en la legislación comunista el juez debe “indagar” para el descubrimiento de la verdad.” MONTERO AROCA, Juan, *Proceso (civil y penal) y garantía*, Op. Cit., p. 89.

³⁴² CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, Op. Cit., p. 158.

mismo tiempo las manos del órgano jurisdiccional, representa otra expresión de ese “*proceso sin proceso*”, misma que si bien puede tener asiento en sociedades como la norteamericana, parece una opción con altos riesgos desde otras perspectivas³⁴³.

Proceso y principio de legalidad convergen, pues el primero otorga el espacio para que se realice el segundo, a través de la configuración positiva de las formas, los tiempos y los espacios en que el teatro procesal se ejecuta, de conformidad con los sistemas jurídicos de cada país. El conjunto de formas, tiempos y espacios que desarrollan el concepto del proceso, expone restricciones a la actividad de las partes y del juez, en la fase de configuración de aquello que pueden hacer o no hacer, y, para éste último, en la forma y los materiales que debe considerar para resolver el caso concreto, ceñido esto, al entendimiento que se le conceda al principio de legalidad, según la cultura jurídica de cada sociedad.

En el plano del derecho penal, la configuración instrumental del proceso que parte de la corriente continental europea, a diferencia de lo que sucede en otras áreas, se destaca porque la fase preparatoria de la demanda –*de la acusación*–, reviste un carácter institucional y, en la mayoría de países, está sujeta a reglamentación positiva, caracterizándose también por la relevancia que tiene para el futuro del debate. Siendo así, en lo que a esta tesis concierne, la propuesta que se presenta parte del enfoque continental europeo y pretende ajustar la etapa preparatoria para agregarle la oportunidad de un conocimiento previo de las evidencias, a fin de que ello brinde, a las partes y al juez, mejores herramientas al momento de definir si el proceso culmina por las vías de la negociación y el allanamiento. En ese

³⁴³ Sobre la manipulación del proceso penal por fuerzas autoritarias, explica URBANO MARTÍNEZ, “...a lo largo de la historia se demostró que el proceso penal puede convertirse en una herramienta autoritaria puesta al servicio del poder público, ya sea para generar espacios de responsabilidad penal como sucedió con los simulacros judiciales de STALIN, o para descartarlos, como sucedió en el caso WATERGATE, y todo ello con evidente sacrificio de los valores inherentes a un régimen democrático”. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Op. Cit., p. 34.

sentido, se intenta ajustar uno de los pasos procedimentales, la fase preparatoria, incorporándole la posibilidad de revisión de las evidencias probatorias, con la intención de lograr una mejor aplicación del principio de legalidad sustancial desde el plano procesal.

La tesis que aquí se sustenta, desde esta perspectiva, es concreta tanto a nivel de la teoría dogmática procesal como desde la teoría del derecho. Consiste, en que los espacios discrecionales que conciernen al principio de legalidad, en el punto concreto de la capacidad de las partes para ejecutar acuerdos o allanamientos, estén respaldados por una fase procedimental de investigación que les permita conocer anticipadamente los elementos probatorios, de tal manera que, su marco de acción devenga informado y razonable, reforzándole también al juez, en conexión con el mismo principio de legalidad, su función institucional de control.

La noción de legalidad, en ese contexto, facilita un ejercicio sincronizado entre la perspectiva institucional –*seguridad jurídica*– y la individual –*protección frente al abuso del poder*–, a partir del reforzamiento de los requisitos de la fase procesal de la investigación penal, que en el plano de los objetivos de esta tesis, respaldan una dinámica más proporcional de la posibilidad de negociar o allanarse³⁴⁴.

³⁴⁴ Existe la tendencia, indica HUERTA TOCILDO, de observar únicamente el principio de legalidad desde su faz institucional, olvidando su lado libertario-individual: “*La experiencia histórica nos permite, sin embargo, comprobar cómo con harta frecuencia se ha pretendido, de manera más o menos velada, reducir su alcance hasta el punto de identificarlo con lo que únicamente constituye uno de sus aspectos: la función de garantía de la seguridad jurídica, expresada a través del imperativo de la previsión legal ex ante de las conductas delictivas y de las penas con que se conminan.*”

“*Se prescinde así, consciente e interesadamente, de una parte esencial del contenido del principio de legalidad de los delitos y de las penas, constituida por todas aquellas exigencias que se muestran imprescindibles para poder asegurar que la libertad individual no se verá indebidamente limitada por un ejercicio arbitrario e indiscriminado del ius puniendi. Garantía de libertad ésta que debe preservarse a toda costa, ya que, de ignorarse, se desvirtuaría el significado liberal y democrático con que surgió el indicado principio, haciéndole perder de esta suerte sus auténticas señas de identidad.*” HUERTA TOCILDO, Susana, El derecho fundamental a la legalidad penal. En: Revista española de derecho constitucional, No. 39, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 84.

VII. CONCLUSIÓN

En el punto concreto de las negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad, el principio de legalidad, aceptando que alberga espacios discrecionales, amerita razonablemente que el imputado y el juez, cuenten con la posibilidad de conocer los elementos materiales probatorios o de información, pues ello impide que, tales institutos se conviertan en actos políticos fuera del control jurisdiccional y, contrario a ello, expresen un verdadero momento de actividad procesal vinculado a un concepto de Estado constitucional, social y de derecho.

Tanto desde el derecho procesal como desde la teoría del derecho, se aprecia que, con el respeto que merecen otras visiones de origen norteamericano, el control al principio de legalidad en el momento de negociar o allanarse, requiere de premisas más intervencionistas, sin que ello descarte las posibilidades discrecionales de las partes.

No se comparten las posturas que quieren separar los acuerdos y declaraciones de culpabilidad del principio de legalidad y aconsejan que su manejo sea estrictamente político. Tales institutos pueden ser comprendidos a partir del citado principio y el descubrimiento probatorio anticipado se convierte en una importante herramienta para que jurisdiccionalmente se logre un control adecuado sobre su práctica.

CAPITULO CUARTO

SUSTENTO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL PARA INCORPORAR EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO COMO FUNDAMENTO DE ACUERDOS Y ALLANAMIENTOS

Es posible una fundamentación constitucional y procesal que permita sustentar y poner en práctica un modelo de acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad, a partir de un descubrimiento probatorio anticipado. Una propuesta de ese estilo, si bien, puede sonar extraña frente a nuestra realidad jurídica, deviene en una nueva tendencia que inclusive está alentada por las corrientes anglosajonas, que han encontrado en la misma, un importante fundamento para que, sin perder su lado utilitarista enfocado en la solución rápida de los conflictos penales, también exponga en tales institutos una visión garantista de la administración de justicia.

Una lectura diferente a la que en Colombia se impone sobre la materia, amerita una nueva visión constitucional del asunto y una propuesta para que, a nivel procesal, la misma pueda ser considerada como punto de partida y fundamentación, superando así los esquemas procesales actuales.

I. LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL PROBATORIA DE LA PROPUESTA

En apariencia, una propuesta tendiente a propiciar un descubrimiento probatorio anticipado como fundamento de los acuerdos y declaraciones de culpabilidad, parece incompatible con el sistema jurídico colombiano; especialmente, con el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002³⁴⁵ y todo el

³⁴⁵ Según esta norma: “*En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos*”

desarrollo jurisprudencial que, a partir de la expedición de la citada reforma, ha expuesto la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre ese asunto –*aspecto analizado en el capítulo I-*.

No obstante, el obstáculo puede superarse a partir de una interpretación directa e integral de la Carta Fundamental. La doctrina sobre el “*principio de la unidad constitucional*”³⁴⁶, desarrollada también por la Corte Constitucional, sustenta esa alternativa hermenéutica. En la Sentencia T - 425 de 1995, fallo hito sobre el tema, esa autoridad judicial planteó la ruta a seguir en eventos de posible “*colisión entre normas constitucionales*”:

Las colisiones entre normas jurídicas de igual jerarquía constitucional deben solucionarse de forma que se logre la óptima eficacia de las mismas. El principio de la unidad constitucional exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran.

Para esa corporación, la armonización y ponderación entre las diferentes normas y derechos de orden constitucional debe hacerse con un fin práctico, como lo es:

La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La

probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.”
[Subrayas fuera del original]

³⁴⁶ Sobre el concepto de “Unidad de la constitución” y su influencia en el proceso penal colombiano, indica RICARDO POSADA MAYA: “*De este modo, se deben considerar dos aspectos: en primer lugar, que las modificaciones constitucionales que introdujo el acto legislativo 03 de 2002 sólo implican cambios en la parte orgánica de la Constitución, mas no en la parte dogmática, por lo que se refiere a los derechos, valores y principios de rango constitucional (artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32 e incluso aquellos incorporados al bloque de constitucionalidad por virtud del artículo 93 –Sentencia C-205 de 2003–) que condicionan toda la legitimidad y validez de las instituciones jurídicas incorporadas en el sistema procesal ordinario, en virtud del principio de unidad de la Constitución.*” POSADA MAYA, Ricardo, El bloque de constitucionalidad y el sistema penal acusatorio, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2008. [Consulta en línea] <http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletines/boletin_15.pdf> [Consultado el 25 de mayo de 2013]

eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad.

La necesidad de buscar la unidad en la Constitución a través de la interpretación, no es una tarea infrecuente, pues cuando se presenta una auténtica incompatibilidad entre una norma constitucional y el plexo de garantías constitucionales, corresponde a los intérpretes, con o sin autoridad, decantar, construir y formular esquemas hermenéuticos conducentes a lograr una “*óptima eficacia*” de las normas fundamentales.

La lectura unificadora de la Constitución Colombiana³⁴⁷, aplicada al derecho procesal penal, permite superar las corrientes que sugieren la imposibilidad de interferencias estatales frente a los acuerdos y allanamientos de las partes, avalando así un enfoque donde existen intereses constitucionalmente superiores que también deben ser considerados. El apoyo normativo

³⁴⁷ Recientemente ratificada por la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA en la Sentencia C-535 de 2012: “*El principio de la unidad constitucional, como se ha dicho, exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, por oposición a una interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran. Lo que manda este principio es que la Constitución sea vista y entendida como una unidad, como un sistema con sentido lógico y, por tanto, que sus disposiciones no sean abordadas a partir de una visión puramente individualista de sus textos. En cuanto al principio de armonización, el mismo implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de manera que se garantice a todas ellas su máximo nivel de eficacia y efectividad. Es normal que, por su condición de normas de textura abierta, las disposiciones constitucionales puedan verse en situación de tensión recíproca, al momento de su aplicación e interpretación. Por ello, se hace necesario que las mismas sean armonizadas y puestas en concordancia las unas con las otras para lograr su optimización, cuando las circunstancias así lo exijan.*”

Así mismo, la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA en la Sentencia T-148 de 2012: “*Entendidas así las cosas, la Sala recurre al principio de interpretación de la concordancia práctica o de la armonización concreta, según el cual, frente a la colisión de contenidos constitucionales, éstos deben ser compatibilizados, en lugar de darle prevalencia a uno de dichos contenidos, prevalencia de la cual se sigue que una disposición constitucional anula por completo a la otra o, en otras palabras, la prevalencia genera lo que, en teoría de juegos, se conoce como un juego de suma cero, es decir que la ganancia que beneficia a un individuo (o a un contenido constitucional) se refleja como una pérdida para el otro individuo (o para el otro contenido constitucional); contrario a lo que sucede en las situaciones gana-gana, en las cuales ambos contenidos constitucionales son aplicados. De tal suerte, la Sala admite que la función pública se desarrolle de manera eficiente y que el mérito de los empleados predomine en ella, sin desconocer por ello el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados.*”

constitucional de esta postura, bien puede partir de los postulados programáticos constitucionales contenidos en el Preámbulo de la Carta³⁴⁸, pues si entendemos que en el Estado Colombiano el marco jurídico se constituye como un instrumento para lograr “*un orden político, económico y social justo*”³⁴⁹⁻³⁵⁰, entonces puede decirse que ese esquema estatal, frente a la justicia penal, por las especiales implicaciones que tiene para los derechos de los asociados, no puede conformarse con una actuación pasiva y sujeta a los criterios de las partes. El sentido teleológico de un orden justo, no puede aislarse del derecho procesal penal, pues como lo sostiene PICO I JUNOY: “*La finalidad última del fenómeno de constitucionalización de las garantías procesales no es otro que lograr la tan pretendida Justicia*”³⁵¹.

³⁴⁸ “*Con frecuencia se dice que las cláusulas programáticas de la Carta de Derechos no son en realidad normas jurídicas, sino directrices políticas que orientan, mas no limitan, la actividad del Estado. Esta creencia es equivocada. Las cláusulas programáticas también son normas jurídicas y, por lo tanto, son vinculantes.*”

“*En primer lugar, las cláusulas programáticas deben ser respetadas por el legislador quien no puede legislar en su contra. Una ley que vulnere cualquiera de estos derechos debe ser declarada inconstitucional. Esto significa que constituyen una limitación al poder del legislador, entendido este en sentido amplio como creador de normas generales, impersonales y abstractas, en el ámbito nacional, departamental o municipal.*”

“*Además, estas cláusulas son una importante fuente en materia interpretativa, debido al principio de integridad de la Constitución, según el cual ésta debe interpretarse como un todo. En este sentido, las cláusulas programáticas de los derechos orientan los procesos de decisión en los órdenes judicial, legislativo y administrativo.*” CEPEDA E., Manuel José, Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, Temis S.A., Bogotá, 1992, P. 11.

³⁴⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA: “*El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA*”.

³⁵⁰ Sostiene URBANO MARTÍNEZ: “*De este modo, para el caso colombiano, en los términos del Preámbulo de la Constitución, el proceso penal es un instrumento orientado a garantizar la justicia en tanto uno de los fines por los que el pueblo se constituyó como una democracia constitucional. En virtud de los principios fundamentales, él debe vincularse a los fines del Estado y, en consecuencia, a la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes; asegurar la vigencia de un orden justo, a afirmar la primacía de los derechos inalienables de la persona y a derivar la responsabilidad penal con estricto apego al principio de legalidad.*” URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, La nueva estructura probatoria del proceso penal (...), Op. Cit., p. 77.

³⁵¹ PICÓ I JUNOY, Joan, Las garantías constitucionales del proceso, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 21.

Igualmente, la fórmula “*Estado social de derecho*”, contenida en el artículo 1º Constitucional, sienta otro criterio de intervención estatal en los conflictos penales³⁵², haciendo que los principios básicos constitucionales impregnen con criterios de justicia su definición. Agréguese a lo anterior, la consagración expresa de derechos fundamentales tales como el debido proceso³⁵³, la libertad³⁵⁴ y la igualdad³⁵⁵, normas que exponen parámetros de intervención estatal, para garantizar, por ejemplo, “*un debido proceso público y sin dilaciones*”, anular “*...la prueba obtenida con violación del debido proceso*”, poner a la persona detenida “*...a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes*” y proteger “*...especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se*

³⁵² La intervención podría también afectar los asuntos civiles: SOLÉ RIERA, Jaume, Op. Cit., p. 128; MARTÍN PASTOR, José, Op. Cit., p. 143.

³⁵³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA: “*ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a 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.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

³⁵⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA: “*ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.”

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

³⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA: “*ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”, entre otros actos semejantes.

En ese orden de ideas, no obstante los riesgos que este tipo de contenidos normativos pueden representar ante eventuales tendencias activistas judiciales desmesuradas y contrarias a un concepto “*garantista*”³⁵⁶ del

³⁵⁶ Como lo expone ALVARADO VELLOSO: “*La voz garantista, o su sucedáneo garantizador, proviene del subtítulo que LUIGI FERRAJOLI puso a su magnífica obra Derecho y Razón*”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Op. Cit., p. 76.

En efecto, según LUIGI FERRAJOLI, el “*garantismo*” refiere a un modelo teórico donde el sistema de garantías no solo atañe a la práctica penal, sino a todos los niveles de actuación de los poderes, sin discriminar entre fuentes privadas o públicas de poder: “*Mi tesis, además, indica que este garantismo puede ser y ha sido históricamente desarrollado por el constitucionalismo, no solo frente a los derechos de libertad, sino también a los sociales, como sistema de límites y prohibiciones a cargo de la esfera pública, y de vínculos, como los derechos a la salud, a la vida, a la dignidad, al trabajo, etc., que requieren garantías diversas del derecho a la libertad. Esto también ocurre cuando se crean prohibiciones a la policía, a la administración, al poder político, al Ejecutivo, a la judicatura, etc., que consisten en obligaciones de prestaciones. La doctrina dominante no toma en serio los derechos sociales, pues los considera opcionales, a partir de decisiones políticas.*” FERRAJOLI, Luigi. Entrevista. **En:** Periódico Ámbito Jurídico, Bogotá, 28 de noviembre de 2013. [Consulta en línea] <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-131128-01luigi_ferrajoli_la_pacificacion_es_un_presupuesto_de_la_construc/noti-131128-01luigi_ferrajoli_la_pacificacion_es_un_presupuesto_de_la_construc.asp?Miga=1&IDobjetose=16973&CodSeccion=84> [Citado el 29 de noviembre de 2013]

Contrario esa corriente, atada a la teoría neoconstitucionalista –*analizada en el capítulo III de esta tesis*–, ALVARADO VELLOSO y otros autores, sostienen que el verdadero *garantismo* radica en la aplicación estricta del principio acusatorio, que exige la completa imparcialidad del juez: “*Y es que el proceso judicial es la gran y máxima garantía que otorga la Constitución para la defensa de los derechos individuales desconocidos por cualquiera (sic) persona –comenzando por el de libertad– y, muy particularmente, por la propia autoridad, con la cual el individuo puede igualarse jurídicamente sólo en el proceso, ya que allí hay un tercero que le otorga un trato absolutamente igualitario desde su propia imparcialidad. De ahí el nombre de garantista o libertaria (por oposición a la antagónica, claramente totalitaria).*” ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Op. Cit., p. 74 – 75.

En esa línea de pensamiento, al referirse a los artículos 1º y 228 en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA, este autor expone: “*Uniendo ambas normas [los artículos 1º y 228 de la Constitución Política colombiana], y dado que se trata de un Estado social y solidario, se ha sostenido que en todas las actuaciones judiciales debe prevalecer el derecho de fondo, no el procesal.*

“*Creo que en la interpretación que se ha dado a la conjunción de ambos textos se halla el origen del indudable activismo colombiano que, estando a lo que dicen los abogados que lo sufren, se encuentra en caótico estado de imprevisibilidad y de notable inseguridad jurídica.*

“*Y es que en un Estado Social de Derecho, so pretexto de la solidaridad de los jueces con la gente de a pie que ocurre a sus estrados, se ha impuesto en el deber de defender personalmente a los mal defendidos, de igualar a las partes desiguales en riqueza, en conocimiento, etc., supliendo las defensas de los defensores letrados ignaros, etc. A tal fin, y en clara actuación oficiosa, hacen todas las cosas propias de las partes: afirman hechos, los prueban, alegan, cautelan derechos, etc.*” ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Op. Cit., p. 65-66.

Bajo esta misma perspectiva, MONTERO AROCA considera que: “*La ley puede regular el proceso concediendo exactamente los mismos derechos y cargas a todas las partes, pero ello no va a significar*

proceso penal –*asunto analizado en el capítulo III-*, está claro que su existencia y vigencia es innegable, lo que precisa la armonización de sus contenidos, para que su aplicación esté atada a criterios razonables y no expuesta únicamente a las subjetividades propias de cada operador – *siguiendo, también, los presupuestos teóricos desarrollados en el capítulo III-*

En ese ejercicio de adecuada interpretación y armonización, debe considerarse necesariamente el carácter objetivo de los derechos fundamentales, esto es, “...*su configuración como normas esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, como figuras que resumen un valor asumido en el sistema de una comunidad, insertándose con fuerza vinculante en el conjunto normativo*”³⁵⁷⁻³⁵⁸. Bajo este enfoque, una apreciación objetiva de la garantía del debido proceso, por ejemplo, contrastaría con su lado subjetivo, es decir, aquél en el cual el poder dispositivo de los sujetos resulta determinante, de tal forma que la decisión personal -*disposición-* deviene vinculante para el Estado.

una igualdad real. Las condiciones sociales, económicas y culturales de los diferentes acusados repercuten de modo muy relevante en la posición real de cada uno de ellos en el proceso, y las leyes se manifiestan impotentes para colocar a todos ellos en condiciones de paridad”. MONTERO AROCA, Juan, Principios del derecho procesal penal, Op. Cit., p. 147.

En esta tendencia, se rechaza la intervención del juez para hacer efectivas garantías materiales dentro del proceso, aduciendo que ello expresa una “*ideología autoritaria*” que se esconde bajo el supuesto propósito estatal de “*protección de intereses públicos*”: “...*esto va en contra de la experiencia [que las partes alcancen un grado de igualdad efectiva en todos los procesos]. Ahora bien, este reconocimiento de la realidad no puede llevar a convertir al juez en defensor de una de las partes, aunque sí debería llevar a favorecer en la regulación del proceso todas las instituciones favorecedoras de la igualdad real (como la ejecución provisional sin necesidad de prestar caución), aparte de facilitar con medidas efectivas, aunque no procesales, el acceso a todos los ciudadanos a la justicia civil.*” MONTERO AROCA, Juan, Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Op. Cit., p. 102.

Este tipo de argumentos, fueron analizados en el capítulo III, como parte de las críticas que se formulan a las teorías neoconstitucionalistas del derecho.

³⁵⁷ PICÓ I JUNOY, Joan, Op. Cit., p. 22. Es preciso apuntar que el concepto, según el autor, es derivado de la doctrina Bundesverfassungsgericht alemán.

³⁵⁸ La faz objetiva de los derechos fundamentales, según la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, hace referencia a “...*su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado.*” Fallo T - 406 de 1992.

Concretamente, desde el punto de vista probatorio, la posibilidad de “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” – artículo 29 Constitucional-, puede asumirse como una expresión subjetiva del derecho a la defensa. Se trataría de:

...una posición jurídica de un sujeto de exigir la prueba frente a otro –el juez- quien actúa como obligado. Esta exigencia, de conformidad con el inc. 4 del Art. 29 de la CP, consiste en la presentación de pruebas y en la contradicción de las que se alleguen en su contra en aras de propender por el interés cultural que se demanda o que se defiende”³⁵⁹.

Dentro de esa expresión, el sujeto está en la facultad de exigir del Estado la admisión de determinados medios de prueba, su práctica y valoración, con la alternativa adicional de discutir los argumentos probatorios de la contraparte o del juez³⁶⁰, todo ello, dentro de un marco de acceso efectivo a la administración de justicia³⁶¹ y, contando con la configuración de un proceso adecuado³⁶².

³⁵⁹ RUÍZ JARAMILLO, Luis Bernardo, El derecho a la prueba como un derecho fundamental, en: Estudios de derecho (Medellín), Vol. 64, no. 143 (Jun. 2007), p. 181-206.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ “...el cumplimiento del derecho de acceso real efectivo a la justicia es presupuesto del derecho fundamental a la prueba.” RUÍZ JARAMILLO, Luis Bernardo, Op. Cit.

³⁶² Respecto a la finalidad del debido proceso, ha expuesto la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: “Con respecto a la causa final del debido proceso, hallamos que no es otra que garantizar el equilibrio armónico de las partes entre sí, bajo la dirección de un tercero imparcial que estará dispuesto a dar el derecho a quien le corresponda, en virtud de lo probado, es decir, de lo evidenciado por las partes bajo parámetros de legitimidad y oportunidad.

Y esto se entiende como la expresión más clara de un sistema que desea que los fallos de sus jueces se aproximen con la mayor certeza posible a la verdad de los hechos, porque el sistema de la legalidad de la prueba, y de la debida notificación de las partes, no busca otra cosa que conservar la garantía mínima a los ciudadanos, de que tendrán siempre la posibilidad de ser escuchados, esto es, que el juez parte de un principio de incertidumbre que sólo puede ser llevado a través de la convicción positiva de los hechos, fruto de un debate.” Fallo T-140 de 1993.

En sentido similar, considera BACIGALUPO: “El debido proceso, por lo tanto, aparece como un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional cuya legitimación es sobre todo histórica, pues proviene de la abolición del procedimiento inquisitorial, de la tortura como medio de prueba, del sistema de prueba tasada, de la formación de la convicción del juez sobre la base de actas escritas en un procedimiento fuera del control público. Es, como la noción misma de Estado democrático de Derecho, un concepto previo a toda regulación jurídico positiva y una referencia reguladora de la interpretación del Derecho vigente.” BACIGALUPO, Enrique, El debido proceso penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 13.

Al lado de esa perspectiva activa, también puede resultar constitucionalmente admisible que el derecho a la prueba ceda en varias de sus expresiones, por ejemplo, en los postulados de contradicción, intermediación o publicidad, tal como lo entendió la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad de las normas que permiten acordar o allanarse, renunciando al juicio oral:

La posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor. Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos (sic) además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución.³⁶³

Ahora bien, que la perspectiva subjetiva del derecho fundamental a probar pueda ser cedible y tal alternativa, además, recibir aceptación constitucional, no implica llegar hasta el extremo en el cual su faz objetiva, es decir, su sentido material y normativo de inspiración para el modelo de Estado Social

³⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-1260 de 2005.

de Derecho, sea absolutamente desplazado únicamente por la voluntad del sujeto.

Ese fundamento objetivo del derecho a probar, en el contexto procesal penal no puede quedar reducido a puntos exiguos³⁶⁴, pues como lo expone PICÓ I JUNOY, la renuncia al ejercicio de un derecho no puede implicar la renuncia a su contenido fundamental:

Respecto de los derechos recogidos en el artículo 24 C.E. [norma que regula el debido proceso en España], observamos que se trata de derechos cuyo ejercicio en el proceso depende, única y exclusivamente, de la voluntad del justiciable; éste es libre de renunciar a su ejercicio. Ello no significa que pueda renunciar a su contenido, ya que los derechos fundamentales, además de ser derechos que incorporan –como hemos expuesto– un elemento objetivo, en el sentido de configurarse como verdaderas normas de aplicación directa, esenciales e informadas de nuestro ordenamiento jurídico, cuya vigencia y eficacia deben ser amparadas por el Juez, quien se encuentra vinculado imperativamente por tales derechos fundamentales (arts. 9.1 y 53.1 C.E.).³⁶⁵

Y, en esa misma línea, fines importantes también desde el contexto constitucional y procesal penal, como la celeridad y eficacia de la administración de justicia, tampoco podrían llegar al extremo de anular el fundamento objetivo del derecho a la prueba:

Se trata de un derecho de configuración legal, esto es, el legislador interviene activamente en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por este derecho, por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad. Sin embargo, su constitucionalización exige

³⁶⁴ “La fundamentalidad del derecho a probar implica que la posición jurídica de la parte, o del interviniente, presente o futura, debe tener la máxima eficacia posible en aras de llevarle al juez los medios de convicción que ayuden a establecer la verdad del interés material que pretende sea declarado por éste en la sentencia. Por lo que sólo por excepción y por razones iusfundamentales puede limitarse este derecho.” RUÍZ JARAMILLO, Luis Bernardo, Op. Cit.

³⁶⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, Op. Cit., p. 23.

*una interpretación flexible y amplia de la legalidad en orden a favorecer su máxima vigencia. En consecuencia, el derecho a la prueba debe prevalecer sobre los principios de economía, celeridad y eficacia que presiden la actuación de la Administración de Justicia.*³⁶⁶

Ahora bien, el límite entre el espacio cedible y aquél en el cual el Estado interviene en pro de intereses superiores, en ocasiones no es fácil de determinar y en muchos casos depende de las concepciones ideológicas que se defiendan sobre la finalidad del proceso penal³⁶⁷. En tal sentido, cuando se impulsan “modelos adversariales”³⁶⁸, asimilados no adecuadamente, además, con el concepto acusatorio del proceso –como se apreció en el *Capítulo II-*, ello generalmente trasciende en una perspectiva más flexible de los principios probatorios:

La primera tesis [cuando se posterga el conocimiento de los hechos en favor de otras finalidades prácticas del proceso] se vincula a la teoría del adversary system y, en general, a las posiciones ideológicas del proceso civil que conciben a éste esencialmente como un instrumento para la resolución de conflictos. Pero si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a

³⁶⁶ *Ibíd.*, p. 143-144.

³⁶⁷ “El problema del equilibrio entre los fines del proceso penal, es decir, entre la condena del culpable y la protección de inocente, es una cuestión permanentemente discutida en los últimos veinte años. Con frecuencia se sostiene que un proceso penal orientado exclusivamente a la protección del inocente puede reducir de una manera intolerable la eficiencia del Derecho penal, acompañando este discurso de una exaltación de los derechos de las víctimas o de la necesidad de seguridad de la sociedad. Sobre todo en las dos últimas décadas esta tendencia a entender el proceso penal en conexión con la eficiencia de la persecución penal, no ha sido insignificante. No es necesaria una demostración especial de que ello tiene una repercusión directa en la definición del núcleo de los derechos garantizados como intangibles en el catálogo de derechos humanos, y sobre todo, en uno que constituye un punto neurálgico del Sistema de derecho procesal penal liberal: la presunción de inocencia.” BACIGALUPO, Enrique, *Op. Cit.*, p. 24- 25.

³⁶⁸ Desde el plano de nuestra jurisprudencia, la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, refiriéndose a los derechos de las víctimas en el proceso penal, precisó que nuestro modelo no respondía a la lógica adversarial de proceso penal, pues precisamente, que se admita la intervención del Ministerio Público y de las víctimas, acreditan que el modelo tiene características propias. Se trata, según dijo la Corte, de “un esquema propio que debe responder a la realidad de nuestro país”. Sentencia C-209 de 2007.

*averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará con obtener un "resultado formal" que sea operativo.*³⁶⁹

La postura procesalmente intervencionista, por el contrario, alienta la consolidación de postulados que no pueden retroceder, incluso si los sujetos involucrados así lo deciden autónomamente, generando que los fines prácticos o el interés por lograr resultados más eficientes desde la economía procesal, resulten desplazados. La balanza entre eficiencia y derechos fundamentales, simplemente está desequilibrada a favor de los segundos:

Las sociedades basadas en la libertad, por el contrario, asumen mayores riesgos de que un culpable no sea penado, pues sólo consideran legítima la pena de quien es culpable y ponen en duda la legitimidad del efecto intimidante –a cualquier precio- de la pena cómo única función del Derecho penal. La extensión que se reconozca a las garantías del debido proceso penal, por lo tanto, tiene un efecto directo sobre la libertad.

*De esta manera, el proceso penal se nos presenta como un campo de conflicto de derechos fundamentales con intereses socialmente sensibles.*³⁷⁰

Esta concepción, apoyada en hechos del pasado que aconsejaron fijar núcleos básicos intocables en materia de derechos humanos³⁷¹, a nivel

³⁶⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, La prueba judicial: valoración racional y motivación. [En línea] <http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf> [Consultada en 19 de noviembre de 2013]

³⁷⁰ BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit., p. 24.

³⁷¹ “I. Tras la segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional. La Constitución –como destaca TROCKER- aparece como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la post-guerra.” PICÓ I JUNOY, Joan, Op. Cit. P. 18.

En ese mismo sentido: “En el ambiente cultural y político del cual nace el actual constitucionalismo – la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de Derechos de 1948, la Constitución italiana del 48, la Ley Fundamental de la República Federal alemana del 49- se comprende que el consenso de masas sobre el que se habían fundado dictaduras fascistas, aunque sea mayoritario, no puede ser la única fuente de legitimación del poder. Y redescubre, por tanto, el significado de “Constitución”

procesal se proyecta en unos estándares mínimos, impuestos por la comunidad internacional, a partir de los cuales:

...el juicio se concibe con un régimen probatorio que comprende la presunción de inocencia, la carga de la prueba en manos de la acusación, los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción; el derecho a aportar pruebas y los derechos del acusado a estar presente en su propio juicio, a declarar sin ser forzado a confesar responsabilidad o abstenerse de hacerlo.³⁷²

Y, concretamente, a nivel procesal penal, lo anterior implica que el sentido teleológico del derecho a probar está más allá de los intereses de las partes, para trascender también, a postulados constitucionalmente superiores³⁷³. Dentro de esta perspectiva, por ejemplo, se admite la cesión de principios probatorios propios del juicio –*principio de publicidad, principio de oralidad, principio de inmediación, principio de contradicción, principio de concentración*³⁷⁴–, pero también, existen unos mínimos probatorios que

como límite y vínculo a los poderes públicos, estipulado dos siglos atrás en el artículo 16 de la Declaración de Derecho de 1789: “Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni establecida la división de poderes no tiene Constitución”. FERRAJOLI, Luigi, El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 15, Bogotá, 2000, p. 161.

³⁷² URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, La nueva estructura probatoria en el proceso penal (...), Op. Cit., p. 44.

³⁷³ “Desde la postura que aquí se defiende, la finalidad de la prueba está ligada a los fines del proceso penal. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, desde una óptica general, el proceso penal pretende la solución judicial del conflicto generado por una conducta punible a través de la emisión de una decisión judicial jurídicamente correcta y materialmente justa que promueva la paz social y consolide un orden justo. Desde un enfoque más particular, los fines del proceso penal apuntan a la aproximación razonable a la verdad, en el entendido que debe existir armonía entre los hechos referidos por las partes en sus enunciations y aquellos acaecidos y que esa correspondencia suministra el fundamento para la convicción con base en la cual el juez toma sus decisiones; a la realización de justicia y, a través de ésta, la concreción de los efectos previstos en las normas penales sustanciales; al estricto respeto de los derechos de los demás intervinientes, bien se trate del acusado, de la víctima o de terceros y, finalmente, a la flexibilización justificada y razonable de las normas sustanciales y procesales a través de la legítima aplicación de institutos como el principio de oportunidad, el allanamiento a cargos, los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado y los mecanismos de justicia restaurativa.” URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, La nueva estructura probatoria del proceso penal (...), Op. Cit., p. 114.

³⁷⁴ Acogiendo la denominación de URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, La nueva estructura probatoria del proceso penal (...).

resultarían irrenunciables, como aquél según el cual, la presunción de inocencia sólo puede quebrarse si existen elementos probatorios lícitos y suficientes, aportados oportunamente por el acusador:

*...toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas. Además, significa que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia.*³⁷⁵

En esa misma línea, tampoco serían cedibles las reglas institucionales que permiten la definición de los casos penales cuando hay duda probatoria sobre su suerte –*principio in dubio pro reo*³⁷⁶–, aquella que expone a quién le corresponde la carga de probar y la que señala el nivel probatorio que debe presentarse para fundar una sentencia condenatoria:

La necesidad que tiene el juez de resolver a pesar de este resultado estéril, queda entonces cubierta por el reconocimiento (implícito o explícito) de reglas legales de decisión que indican al juez en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general, las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas. Por lo demás, téngase en cuenta que la mayor

Es preciso apuntar que la apertura probatoria desde la investigación puede entenderse como una expresión del principio de publicidad. PICO I JUNOY no comparte esa posición, bajo la siguiente fundamentación: “El derecho de las partes a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable debiendo, por tanto, mantenerse que el secreto del sumario, mediante el cual se impide a éste conocer e intervenir en la práctica de las diligencias sumariales, pueda entrañar una vulneración al citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público.” PICÓ I JUNOY, Joan, Op. Cit., p. 117.

³⁷⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, Op. Cit., p. 155.

³⁷⁶ “Según la doctrina del T.C., si bien tanto el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* como la presunción de inocencia son manifestaciones de un genérico *favor rei*, la diferencia entre ellos radica en que el primero pertenece al momento de la valoración probatoria, esto es, ha de aplicarse cuando, habiendo prueba, existe duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate. En cambio, la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando existe falta absoluta de prueba realizada con las garantías procesales anteriormente analizadas.” *Ibíd.*, p. 164.

confirmación que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos es una cuestión de grado. Cosa distinta son las exigencias institucionales que puedan existir en este punto, que pueden imponer requisitos más o menos severos para aceptar una hipótesis. Así, mientras que en los procesos civiles suele bastar con que el resultado de la prueba sea una probabilidad preponderante, en los procesos penales suele exigirse un resultado (probabilístico) más allá de toda duda razonable.³⁷⁷

Todo lo anterior, se acompasa con la propuesta que en esta tesis se defiende, pues respaldar los acuerdos y allanamientos en un descubrimiento probatorio anticipado, implica respetar la expresión normativa-objetiva de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa –*no puede haber sentencia sin base probatoria, con irrespeto al debido proceso y a los principios de presunción de inocencia, carga de la prueba e in dubio pro reo-*, los cuales, al mismo tiempo, estarían en sintonía con la consideración subjetiva del implicado, a partir de la cual decide renunciar libre, voluntaria y autónomamente, por virtud de un acuerdo o allanamiento, a los principios de contradicción, intermediación, oralidad y publicidad en la fase del juicio. En efecto, si entendemos que:

Ciertamente, el derecho a la prueba se encuentra íntimamente ligado al de defensa, en la medida en que éste último no es posible si se impide a alguna de las partes el derecho a traer al proceso los medios justificativos o demostrativos de las propias alegaciones o los que desvirtúan las de la parte contraria.³⁷⁸

³⁷⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, Op. Cit.

En ese mismo sentido: “...en un régimen democrático, el juez, en ningún caso, ni siquiera en los eventos de declaración de culpabilidad, puede dictar fallo de condena si no cuenta con un fundamento razonable para tener por desvirtuada esa presunción. Y para percatarse de esto el juez debe establecer si en la actuación existen o no materiales probatorios y evidencias físicas que permitan llegar a esa conclusión.

“Desde luego, no se trata de agotar un proceso de valoración probatoria pues, en estricto sentido, no existen pruebas, ni hay lugar a ese esfuerzo valorativo. Se trata de una labor de verificación recaída sobre el fruto del trabajo investigativo de la Fiscalía.” URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, La nueva estructura probatoria del proceso penal (...), Op. Cit., p. 273.

³⁷⁸ PICÓ I JUNOY, Joan, Op. Cit., p. 145.

Puede asumirse que, por ejemplo, no obstante la importancia de la contradicción probatoria³⁷⁹, por la expresión subjetivista-individualista del derecho a la prueba y a la defensa, el implicado puede renunciar a contradecir las bases probatorias y, con ello, a la posibilidad de una discusión abierta y pública en un juicio oral³⁸⁰.

En esta lectura constitucional, el postulado normativo expresamente estipulado en el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, que reformó el artículo 250 de la Constitución Política, para sentar el siguiente parámetro:

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado. [Subrayas fuera del original]

Y, que parece sugerir que la obligación de suministrar elementos materiales probatorios e información al procesado nace únicamente cuando se presenta acusación, puede ser objeto de una interpretación constitucional diferente en la cual, en razón del contenido normativo-objetivo de los derechos

³⁷⁹ “Una hipótesis viene refutada por las pruebas disponibles si éstas se hallan en contradicción con aquélla. Por eso el sometimiento a refutación de las hipótesis es la “prueba de fuego” para poder aceptarlas. Y por eso es necesario que exista en el proceso un momento contradictorio en el que poder refutar las hipótesis.” GASCÓN ABELLÁN, Marina, Op. Cit.

³⁸⁰ “Aun cuando la finalidad a la que tienden ambas manifestaciones de la defensa se muestran coincidentes (hacer valer el derecho a la libertad del ciudadano), los presupuestos a los que obedecen son, sin embargo, distintos: mientras que son principios de Derecho los que informan a la defensa técnica y es, en definitiva, la sociedad quien impone la necesidad de que el procesado sea asistido y defendido por un letrado, son principios liberales individualistas los que presiden la defensa material y reclaman la exigencia de que el imputado haga valer su propia defensa, ora contestando a la imputación, negándola, guardando silencio, o bien conformándose a la pretensión deducida por las partes acusadoras.” GIMENO SENDRA, Vicente, Constitución y proceso, Madrid, Editorial Tecnos, 1988, p. 95. Sin embargo, explica MONTERO AROCA: “Cuando se habla de este principio se está haciendo referencia más bien a un modo de organizar el proceso en el que se respete el derecho fundamental anterior [el de defensa]. En ese sentido el principio de contradicción debe entenderse como un mandato dirigido al legislador para que, en las leyes conformadoras de los distintos procesos, éstos queden regulados de modo que se respete el derecho a la defensa.” MONTERO AROCA, Juan, Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 145.

fundamentales al debido proceso y a la defensa –*derecho a la prueba, presunción de inocencia, in dubio pro reo, carga de la prueba, prohibición de prueba ilícita*- y de su faz subjetiva-individualista, es constitucionalmente posible el descubrimiento probatorio anticipado de “*elementos probatorios e informaciones*” cuando la actuación se defina por vía de acuerdos o allanamientos.

Bajo esta hermenéutica, el descubrimiento probatorio anticipado permite al juez constatar que el acuerdo o allanamiento posee base probatoria, debidamente recopilada y aportada por el acusador, de tal manera que es suficiente para romper la presunción de inocencia. Al verificar el fallador tales condiciones, cumple sus compromisos con los valores vinculantes del modelo de Estado Social de Derecho delineado en la Constitución Política de 1991.

Por su parte, el implicado puede ver representada su libertad, dignidad y autonomía, al renunciar al debate probatorio y a los principios propios que lo acompañan, pero con la garantía de que el Estado, dada su inspiración social y el orden justo que persigue, respetará unos contenidos mínimos de debido proceso y de prueba.

Lo anterior, no obstante, sin descuidar eventos en los cuales, por razones también constitucionalmente superiores –*como posteriormente se observará*³⁸¹, asuntos específicos pueden merecer un trato diferente donde el reformado artículo 250 Constitucional exponga un nivel de aplicación más estricto y determinante en la regulación de la dinámica procesal.

³⁸¹ Se trataría de situaciones que involucran delitos de terrorismo, criminalidad organizada u otras conductas que ameriten un tratamiento procesal diferenciado.

II. UN DESCUBRIMIENTO PROBATORIO SIN CONTRADICCIÓN

Es preciso aclarar que, en el contexto de esta tesis, lo importante es sustentar que se puede interferir en la fase inquisitiva del proceso –*la investigación*– a fin de disminuir el elemento “*secreto*” que suele imponerse en su desarrollo, pero sin que esto implique adelantar en esa etapa el debate probatorio³⁸². La garantía que se postula, facultaría a que se conozca cuál ha sido el camino investigativo hasta el momento desarrollado por el ente acusador y los elementos probatorios que ha obtenido, para que así, tanto las partes como el juez, puedan actuar de conformidad con el principio de legalidad, en el sentido que se postuló en el capítulo III y según el fundamento constitucional expuesto al principio de este capítulo, en el punto concreto de aplicar las instituciones procesales de las negociaciones o declaraciones unilaterales de culpabilidad.

En este capítulo, se intentará desarrollar una alternativa procesal para ejecutar esta propuesta, ajustada al marco constitucional y legal colombiano, reconociendo que la idea de ampliar la fase investigativa para garantizar el derecho de defensa del procesado, encuentra inspiración en otros autores como PIZZY³⁸³, YAROSHEFSKY³⁸⁴ y LYNCH³⁸⁵, desde el plano

³⁸² Sobre la inconveniencia de adelantar la contradicción en la fase de la instrucción, apunta BAÑERES SANTOS: “*a) En primer lugar, la contemplación de la instrucción criminal como un procedimiento contradictorio, hace que adquieran realce e incrementen su “valor” las actuaciones sumariales, con una proporcioanal y correlativa mengua del protagonismo del Juicio Oral, consecuencia que era ya apuntada por la doctrina, y que conllevaba a arraigar más si cabe la fundamentación de condenas basadas en la discrecionalidad entre la declaración sumarial, inculpativa o inculpativa, y lo manifestado en el acto de la vista oral.*” BAÑERES SANTOS, Francisco, Op. Cit., p. 79.

³⁸³ Según este autor: “*En cualquier sistema pueden producirse condenas injustas, pero problemas como éstos son menos probables cuando todas las pruebas relacionadas con el caso están a disposición de ambas partes en un único expediente. En lugar de eso, nuestro sistema procesal convierte la revelación de información proveniente “del otro vado” en un juego en el que cada uno quiere conseguir tanta información como sea posible y dar al contrario cuanta menos mejor.*” PIZZI, William T., Op. Cit., p. 150.

³⁸⁴ YAROSHEFSKY, Ellen, Op. Cit.

norteamericano y, a nivel europeo, con LORENA BACHMAIER WINTER³⁸⁶, CABEZUDO RODRÍGUEZ³⁸⁷ y especialmente con SCHÜNEMANN, quien defiende la necesidad de anticipar las posibilidades de la defensa desde la instrucción cuando de terminar el proceso por una vía anticipada se trata. Para este autor, *“...[en] la introducción de las conformidades o acuerdos procesales en la etapa de la instrucción, la defensa debe poder cumplir ya en este estadio un papel activo, para hacer contrapeso en aquella etapa del proceso en la que se tiran los dados para el resultado final”*³⁸⁸.

Sólo en la medida, dice SCHÜNEMANN, en que el procesado conozca cuáles son las cartas con las que cuenta el ente acusador para imputarlo y posteriormente acusarlo, le sería posible decidir libremente sobre las alternativas de acordar o allanarse: *“En efecto, sólo se puede esperar de modo justo que el inculcado reconozca un determinado resultado de la instrucción bajo el supuesto de que él esté por propio derecho en condiciones de controlar si ese resultado es correcto y sólido”*³⁸⁹. Lo demás, es decir, la negociación sin conocimiento del trabajo investigativo y basada en la amenaza de incrementar la pena si se va a juicio, devendría en un engaño y no tendría los elementos de acto consciente y voluntario³⁹⁰.

³⁸⁵ Según este autor: *“En mi opinión, los dos candidatos más fuertes para obtener un reconocimiento formal son, por un lado, mayores derechos del imputado a obtener la información en poder del fiscal antes del juicio y, por el otro, la formalización de la oportunidad del imputado de ser escuchado por el fiscal antes de que éste tome decisiones persecutorias.”* LYNCH, Gerard E., Op. Cit.

³⁸⁶ *“Lo decisivo para la protección de los ciudadanos, y por tanto para minimizar los usos abusivos y arbitrarios del proceso, es que la investigación penal no se inicie sin que existan suficientes indicios de criminalidad, con el fin de evitar inquisiciones dirigidas a fines diferentes al esclarecimiento de un hecho delictivo”.* BACHMAIER WINTER, Lorena, Op. Cit., p. 28.

³⁸⁷.. Refiere este autor: *“Esta circunstancia [refiriéndose al escaso control judicial sobre la base fáctica que genera la condena] podría evitarse si los Tribunales exigieran de la acusación que presentara una mínima prueba de cargo, sin embargo, ello, sólo sería predicable desde una estrecha intelección de la verdadera base fáctica, cosa que como se ha puesto de relieve no se corresponde con la práctica.”* CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, Op. Cit., p. 161.

³⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, La reforma del proceso penal, Op. Cit., p. 60.

³⁸⁹ *Ibíd.*, p. 70.

³⁹⁰ *Ibíd.*, p. 84.

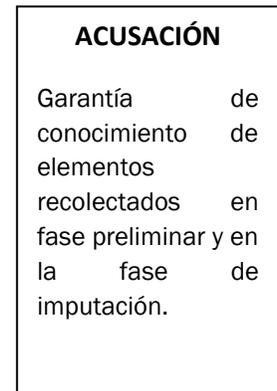
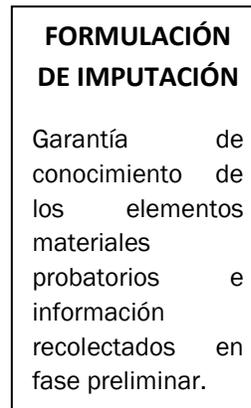
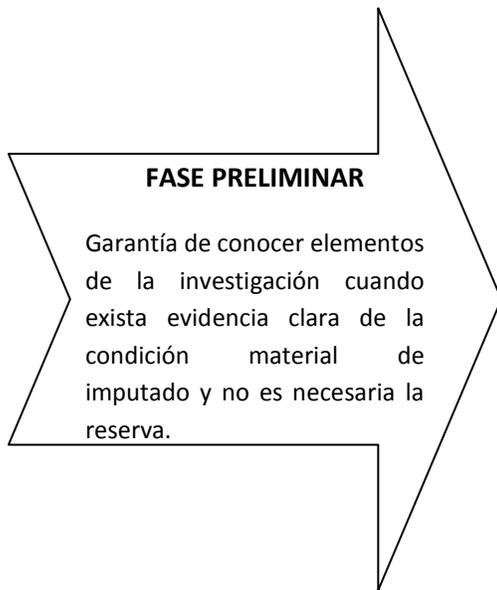
En el plano colombiano, URBANO MARTÍNEZ recalca la importancia de adelantar el descubrimiento probatorio desde la investigación, como también, que en el recaudo de los elementos materiales probatorios participe el implicado. En sus términos:

Es más, dadas las profundas implicaciones que en tales eventos pueden tener los elementos materiales probatorios practicados por la fiscalía en la etapa de investigación, es razonable que a la defensa y al acusado se les permita estar presentes en el recaudo para que adviertan la forma como esa institución obtiene la información que luego puede suministrar el fundamento fáctico de la sentencia y para que ejerza el derecho de contradicción durante su recaudo³⁹¹.

En ese orden de ideas, se intenta desarrollar un marco procesal, ajustado a nuestros valores constitucionales y legales, para que las negociaciones y allanamientos operen a partir de un descubrimiento probatorio anticipado, puliendo los espacios, formas y tiempos, necesarios para ello, así como las restricciones legítimas que se podrían imponer en algunos eventos especiales.

Para el efecto, se considera el modelo colombiano del proceso penal y, de manera macro, se postula un descubrimiento probatorio anticipado que operaría de la siguiente manera:

³⁹¹ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Op. Cit., p. 288. Insiste el autor en ese sentido diciendo: “Esta última práctica puede reputarse novedosa en un contexto en el que se asume que el trabajo investigativo de una parte no precisa la presencia de la contraparte como presupuesto de validez y apreciación. Sin embargo, la transparencia con la que deben obrar las autoridades en la investigación y la sujeción de esta al estricto respeto de los derechos fundamentales, no suministra razones para inferir que se repute indebida una injerencia de la defensa y del acusado en tales eventos y el ejercicio, por su parte, del derecho de contradicción. Al fin y al cabo, la información que se está recolectando puede incidir en la formación del criterio judicial que fundamenta el fallo y, siendo así, no cabe duda que su contradicción al momento mismo de su recaudo es legítima.” P. 288.



- a. Se garantiza la posibilidad de negociar o allanarse desde la imputación y hasta antes de la acusación, manteniendo las condiciones de descuento punitivo.
- b. El investigado tiene derecho a acceder a los elementos materiales de prueba o información.
- c. El juez controla que el investigado haya contado con ese derecho y al mismo tiempo, puede acceder a los materiales probatorios o de información.
- d. La víctima también puede acceder a los elementos materiales de prueba o de información.
- e. El juez garantiza que la víctima también haya contado con el derecho de acceder a los elementos materiales de prueba o de información.

Siguiendo este esquema, se analizará la forma procesal en que puede ejecutarse un descubrimiento probatorio anticipado desde la investigación como pilar para negociar o allanarse.

III. EL CONCEPTO MATERIAL DE IMPUTACIÓN COMO PUNTO DE REFERENCIA

Como puede apreciarse en el esquema propuesto, uno de los aspectos que marcaría el momento en que debe operar la garantía del descubrimiento de la evidencia probatoria e información como pilar para negociar o allanarse, estaría determinado por la imputación. Es probable observar que sobre la imputación se pueden plantear dos formas de apreciación. En una, se sostiene que es un momento jurídico marcado por un acto oficial: el acto de imputación. Se trataría de aquél anuncio jurídico donde el órgano acusador le informa al sujeto que, posiblemente, puede estar implicado como responsable de un delito³⁹². Desde otra perspectiva, más allá del citado acto jurídico, la imputación puede exponerse como una situación material concreta, en la cual unos actos investigativos señalan a una persona como eventual responsable de una conducta punible. Se trataría de una eventualidad que debe ser corroborada con mayor solidez para fundar la certeza sobre tal presupuesto de la condena penal.

Empero, puede existir cierto espacio de relatividad en lo que compete a determinar si una persona está siendo investigada o si, simplemente, puede

³⁹² Sobre la naturaleza de la imputación, ha expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL: *“En el desarrollo de aquellas se tiene que la imputación fáctica y jurídica formulada por la Fiscalía en la audiencia establecida para tal efecto, precedida de la noticia criminal y el adelantamiento de las pesquisas correspondientes, se ubica en el ámbito de la posibilidad (si ocurre A, puede ocurrir B), entendida por regla general como una situación de incertidumbre propia de lo incipiente del diligenciamiento, momento en el cual se hace necesario ahondar en la búsqueda de diversos elementos materiales probatorios y evidencia en procura de constatar o infirmar la acreditación de la materialidad del delito y la responsabilidad del inculcado.”* Fallo de Casación de 4 de febrero de 2009, radicación 30043.

ser utilizada como un medio de investigación. Está la situación, donde el sujeto entrevistado por los agentes de la Policía considera que puede ser llamado como eventual responsable, mientras que los investigadores policiales, por su parte, sólo lo están abordando como una fuente de prueba para lograr mayores elementos con los cuales apuntar a la persona que deberá ser posteriormente imputada. *¿Qué criterio se impondría en estas situaciones, el de la persona que se considera indiciada o el del órgano investigador para quién sólo es una fuente de información?* Si se abrieran las puertas de la instrucción a cualquier sujeto que se considera comprometido en la misma *¿Esto pondría en grave riesgo la labor oficial encargada al Estado de perseguir a los posibles responsables?*

La Corte Constitucional colombiana estimó que la persona que se sienta objeto de una investigación y que se entere de ella por casualidad, tiene el derecho a ejercer, desde ese momento, la defensa³⁹³. No obstante, también señaló que la activación de la defensa no implica que la fiscalía tenga la obligación de dar a conocer los fundamentos probatorios si aún no existe acusación formal³⁹⁴. En cierta medida, el acceso a la investigación está restringido y ello es así tanto en los sistemas provenientes de la tradición anglosajona, como en los que se derivan del modelo continental europeo, con la diferencia que en el primer esquema se tiende a una flexibilización sobre aquello que puede hacer o no hacer el órgano acusador, mientras que en la segunda tendencia se procura una regulación más específica de sus funciones, como fue analizado en el Capítulo II.

³⁹³ Según la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-025 de 2009, las normas que regulan las actividades investigativas que no exigen control previo del juez de garantías, se reputan válidas “...siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.”

³⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-1260 de 2005; igualmente, de la misma Corporación, la Sentencia C-1194 de 2005.

En el modelo de ascendencia continental europea, existe una actividad investigativa que, sin llegar a la publicidad absoluta, expone ciertas proyecciones de ese principio, bien sea con restricciones aplicables al indiciado –*el deber de guardar la reserva del sumario*-, o bajo el control de jueces de garantías que cuidan que la instrucción no desborde los derechos del implicado, así éste no pueda acceder plenamente al trabajo investigativo. La regulación, en ciertos casos, apremia con términos perentorios para que se mantenga abierta una investigación o se defina su destino³⁹⁵.

Se puede apreciar que en la tradición continental europea, la fase investigativa o en término civiles, la etapa de preparación de la demanda penal –*de la acusación*-, se asume como una cuestión de la más alta seriedad y trascendencia. Como se observó en el capítulo II, la importancia de los bienes que están en juego –*la libertad de un ser humano*-, implica una

³⁹⁵ Según la reforma impuesta en Colombia por la Ley 1453 de 2011: “**ARTÍCULO 49.** *El artículo 175 de la Ley 906 de 2004 quedará así: Artículo 175. Duración de los procedimientos. El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.*

El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.

La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.

La audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria.

PARÁGRAFO. *La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años.”*

La norma fue declarada exequible según sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, pero bajo las siguientes consideraciones: “(i) el establecimiento de límites temporales a esta fase no suprime las facultades investigativas de la Fiscalía General de la Nación, si no que por el contrario, la impulsa a desarrollarlas diligente y eficazmente; (ii) tampoco afecta los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, porque obliga a las instancias a materializar sus derechos en términos breves y precisos; (iii) aunque eventualmente el vencimiento del plazo puede dar lugar al archivo de las diligencias, tal decisión debe ser motivada a partir de los supuestos previstos en el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal y se puede disponer la reapertura del caso cuando exista mérito para ello; y (iv) dichos términos responden a criterios de razonabilidad y se enmarcan dentro del margen de configuración reconocido en esta materia al legislador”. Sentencia C-893 de 2012 (Comunicado de prensa No. 44 de 31 de octubre de 2012).

diferencia sustancial respecto a otros regímenes como el derecho civil, administrativo o laboral³⁹⁶. La denominada “*pena del banquillo*”³⁹⁷ juega aquí un rol relevante y por ello, retomando a SFERLAZZA, se puede considerar que el acto de determinar si una persona merece o no ser acusada es un momento de notable importancia³⁹⁸.

Se puede sostener entonces, que la denominada imputación, es decir, aquella noticia dada a una persona sobre su factible compromiso en una conducta penal, resulta importante para el derecho procesal y por ello no puede omitirse. La otra alternativa, es decir, aquella donde el proceso penal se asimila al civil, de tal manera que el “*demandante*” –*el fiscal*-, no está obligado a avisar previamente sobre la posibilidad que tiene de “*demandar*” –*acusar*-, parece poco recomendable frente a la realidad colombiana y a la forma en que, en ciertos momentos históricos, se utiliza el proceso para fines autoritarios.

La sola presión de verse llamado a responder penalmente, puede confrontar en sí una pena y por ello es importante considerar lo afirmado por MONTERO AROCA al sostener que “*(e)l verdadero enjuiciamiento sólo debe ser sufrido por el imputado cuando existan elementos suficientes para ello, elementos que deben ser necesariamente determinados antes de la apertura de la segunda fase*”³⁹⁹.

³⁹⁶ GIMENO SENDRA, Vicente, CATENA MORENO, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Derecho procesal. Proceso Penal, Op. Cit., p. 235.

³⁹⁷ Sobre este punto específico y las implicaciones de la fase preliminar en el proceso penal, también puede verse MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia, El derecho jurisdiccional, T. I, Op. Cit., p. 119.

³⁹⁸ “*En efecto, el envío a juicio, por la publicidad que caracteriza al juicio, constituye ya un sufrimiento para el imputado inocente y acarrea sacrificios económicos constituidos por los gastos procesales; por lo tanto, es un daño que se puede evitar. A tal fin, se predispone una “audiencia preliminar” en la cual el juez examina las pruebas recogidas por el Ministerio Público y decide si enviar a juicio al imputado o dictar sentencia de no ha lugar (Setencia de libertad por falta de elementos para procesar).*” SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 68.

³⁹⁹ MONTERO AROCA, Juan, Derecho jurisdiccional, T. I, Op. Cit., p. 330.

En algunos sistemas jurídicos se tolera que, en casos donde el implicado ha sido capturado en flagrancia o confiesa al primer contacto con la autoridad su culpabilidad, se omita la etapa de la imputación y se pase inmediatamente a la fase del juicio⁴⁰⁰. En otros casos, como en España, en los eventos de “faltas”, una vez propuesta la querrela o la denuncia contra persona determinada, ésta es convocada directamente al juicio oral⁴⁰¹. Si bien y como aquí se defiende, una sociedad civilizada no puede dejar de pensar en opciones eficientes desde el punto de vista procesal que le permitan combatir la criminalidad y, en ese sentido, mal se hace cuando se niegan de entrada las opciones intermedias o innovadoras, no puede pasarse por alto, otra vez, aspectos de carácter concreto, desde el plano histórico y social, que dan cuenta de la manipulación a la que suele prestarse este tipo de propuestas.

⁴⁰⁰ Explica como un motivo para acudir al juicio abreviado en el derecho procesal italiano Sfelazza “5) Cuando una persona es arrestada en flagrancia o cuando el investigado ha confesado durante el interrogatorio, el Fiscal puede conducirlo directamente delante del juez para el debate (juicio directo.” SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 106.

⁴⁰¹ Según la LEY CRIMINAL ESPAÑOLA, LECrim: “artículo 962: 1. Cuando la Policía Judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de falta tipificada en el artículo 617, en el artículo 623.1 cuando sea flagrante o en el artículo 620 del Código Penal, siempre que en este último caso el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código, cuyo enjuiciamiento corresponda al Juzgado de Instrucción al que se debe entregar el atestado o a otro del mismo partido judicial, procederá de forma inmediata a citar ante el juzgado de guardia a los ofendidos y perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos. (...)”. Se juzgan como “faltas”, entre otros, según el Código Penal Español: “Artículo 617. 1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses. 2. El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días. (...)”

“Artículo 618. 1. Serán castigados con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de 12 a 24 días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presenten a la autoridad o a su familia o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran. 2. El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

“Artículo 619. Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados.”

Ahora bien, aceptar la supresión del acto formal de imputación puede conllevar a adelantar el descubrimiento probatorio, porque se pasaría inmediatamente a una acusación, por lo que, podría pensarse que esta posición respalda mejor la propuesta que en esta investigación se defiende. Sin embargo, el costo puede ser elevado, ya que implicaría aceptar, de antemano, que el acusador tiene una postura fuerte y respaldada para llegar al juicio, siendo que, como lo ha expuesto la doctrina, la posición del juez se inclina a conceder más valor a la versión “oficial” que a la del acusado⁴⁰², aspecto que no sólo es destacado en el derecho europeo⁴⁰³, sino que también se expone en la tradición norteamericana⁴⁰⁴.

Se sostiene que al juicio no se va a buscar la verdad, sino a utilizarla para una tesis específica. En ese sentido, la actividad investigativa no debe trasladarse al momento del juicio, sino que debe consolidarse en la fase previa de la instrucción, pues como lo plantea GÓMEZ COLOMER: *“El acto de investigación se dirige a averiguar o descubrir algo que se desconoce; el acto de prueba se dirige a verificar la verdad de una afirmación de hecho realizada por la parte”*⁴⁰⁵.

⁴⁰² Sobre este tema, entre otros, pueden consultarse: URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Op. Cit., p. 26; CARRIO D., Alejandro, Op. Cit., p. 70; COX, Francisco, Sistema acusatorio y litigio. [en línea] <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_4/sistema%20acusatorio%20y%20litigio.pdf> [Citado en diciembre de 2012]; PASTOR, Daniel R, La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. [en línea] <http://www.informereservado.net/descargas/La_deriva_neopunitivista_de_organismos.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

⁴⁰³ Se trataría del reflejo de una herencia inquisitivo-religiosa, según DE MATA VELA, José Francisco, Op. Cit., p. 65.

⁴⁰⁴ Se dice al respecto que los jueces asumen posiciones o estados mentales (disonancia cognitiva) antes de que culmine el juicio: *“La investigación sugiere que los juzgadores tienden a definir su posición bastante antes del alegato final. Los psicólogos hablan de las “disposiciones mentales”, las cuales una vez formadas quizá sea difícil modificar. Por ejemplo, si se necesitara una cantidad “X” de datos para convencer a un juzgador totalmente neutral, tal vez fuera necesario “X + 3” para convencer a quien ha adoptado una disposición mental desfavorable.”* BERGMAN, Paul, La defensa en el juicio, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1989, p. 57. Igualmente, se plantea que *“...la mayoría de los casos se resuelven antes del alegato final.”* HEGLAND, Kenney F., Manual de prácticas y técnicas procesales, Traducción de Aníbal Leal Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1995, p. 33 – 34.

⁴⁰⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan – Luis, El procedimiento preliminar (la instrucción), Derecho jurisdiccional, T. III, Valencia, Op. Cit., p. 155; igualmente, expone MONTERO AROCA: *“Respecto*

La omisión de la imputación formal podría justificar que la fiscalía ablande su labor investigativa, trasladándole al ciudadano la responsabilidad de demostrar que los elementos de prueba básicos encontrados, por ejemplo, al momento de la captura en flagrancia, no son suficientes para dictar la condena. Esta tesis doctoral, contrario a propuestas que en el plano nacional se vienen desarrollando⁴⁰⁶, toma como centro de referencia la imputación, por estimarla no sólo una cuestión de técnica procesal, sino un evento material de la más alta importancia, de tal manera que, autónomamente de la conducta formal de la fiscalía, se puede estar en la condición de imputado, así no se oficialice esta situación mediante una comunicación escrita⁴⁰⁷.

No obstante y si bien se apoya una noción material de imputación, parece que, como regla general, el acto de formulación oficial de la misma resulta un paso importante y debe mantenerse, tanto por las razones antes anotadas, como por cuestiones técnico-procesales, pues según la Ley 906 de 2004, la citada formulación constituye un referente frente a aspectos como la

de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora". MONTERO AROCA, Juan, Proceso (civil y penal) y garantía, Op. Cit., p. 242. En ese mismo sentido, sostienen BAYTELMAN y DUCE: "...un litigante profesional va al juicio a exponer información, no a buscarla. El juicio no es una instancia de investigación. Esto se traduce en que un litigante que sabe lo que está haciendo no hace en el juicio preguntas cuya respuesta no conoce: cada vez que hago la pregunta, es porque conozco la respuesta y sé como ella encaja en la teoría del caso. (...) Este conocimiento de la información y las respuestas proviene del conjunto de mi investigación, pero especialmente de mi preparación de los testigos." BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, Op. Cit., p. 99.

⁴⁰⁶ Según aparece en las memorias del PRIMER ENCUENTRO DE ANÁLISIS DEL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO celebrado en el año 2012, el Vice-fiscal General de la Nación expuso: "*Tales fenómenos [refiriéndose a obstáculos que han impedido el adecuado funcionamiento del sistema], resalta, obedecen a que culturalmente se desconfía de jueces y fiscales; pero también son el resultado de falencias de diseño legislativo y reglamentario. Los correctivos pertinentes, añade, conciernen en su mayoría al legislativo –verbi gratia, la conveniencia de suprimir la audiencia de formulación de imputación y la modificación de las normas atinentes a la procedencia de preacuerdos, negociaciones y principio de oportunidad--.*" No obstante, en este mismo evento, se oyeron propuestas enfocadas a hacer más exigente el estándar probatorio que respalde una imputación: "*En lo que concierne a la audiencia de imputación, varios sectores propusieron su eliminación, mientras otros propugnaron por la elevación del estándar probatorio para formularla.*" Op. Cit.

⁴⁰⁷ Un concepto de imputación material se encuentra, por ejemplo, en el CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ley 23.984 de 1991, en donde se explica que es imputado "*...cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso.*" –Artículo 72-.

interrupción de la prescripción⁴⁰⁸, la restricción a la enajenación de bienes⁴⁰⁹ o la contabilización de ciertos términos procesales⁴¹⁰. Por estos motivos de dinámica procesal, es aconsejable mantener la formulación oficial, siempre y cuando se entienda que frente a la garantía del derecho a la defensa, lo que impera es su concepto material.

IV. DIFERENTES MOMENTOS DEL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO

A. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO ANTERIOR A LA IMPUTACIÓN FORMAL

En esta parte, se estudiarán los eventos en los cuales una persona sospecha que será o que está siendo investigada por hechos que pueden configurar una conducta penal, pero oficialmente aún no ha sido vinculada a la instrucción. Situaciones que se presentan en casos, como por ejemplo, la participación del sujeto en un accidente de tránsito donde hubo lesionados o fallecidos; cuando ha sido objeto de un allanamiento al domicilio o de una búsqueda selectiva en base de datos; cuando es afectado por una compulsación de copias provenientes de autoridades del nivel disciplinario,

⁴⁰⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO: “Artículo 292. Interrupción de la prescripción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.

⁴⁰⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO: “Artículo 97. Prohibición de enajenar. El imputado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante los seis (6) meses siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento de fondo sobre su inocencia.”

⁴¹⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO: “artículo 175, modificado por la Ley 1453 de 2011, Artículo 49. Duración de los procedimientos. El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.

“El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.”

fiscal o judicial; porque la información al respecto se filtró a los medios de comunicación o porque, por las circunstancias en que se presentaron los acontecimientos, todo apunta a una determinada persona como eventual responsable de los mismos, entre otras muchas contingencias que en ese mismo sentido pueden darse.

En este tipo de contextos, la investigación, así resulte mínima, es un paso relevante para romper la presunción de inocencia. Al considerar que la imputación es un paso vital del derecho procesal penal, se estima también, que es posible sustentar la garantía de conocimiento previo de los elementos materiales e información que se recolectaron en la instrucción, sin llegar al punto de romper completamente los presupuestos del secreto, la sorpresa y la flexibilidad con los que generalmente ésta se desarrolla y, adicionalmente, que ello tenga cabida tanto en eventos de investigación sin comunicación oficial, como en aquellos donde tal vinculación formal se produce.

Generalmente, en la criminalidad de masas, las investigaciones penales no arrancan desde el impulso de la fiscalía sino a partir de la iniciativa o contacto que con los hechos tiene la policía⁴¹¹. Una vez que el ente policial constata que hay evidencias para considerar cometido un delito, el asunto

⁴¹¹ Se ha afirmado en ese sentido que: *“El ministerio fiscal es únicamente el dueño y señor del proceso de instrucción, es decir, posee una facultad exclusiva de dirección material en los casos de la tradicional delincuencia grave, como delitos capitales y delincuencia económica. En todos los demás casos, es decir, en la criminalidad menor y media y especialmente en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia para combatir la criminalidad organizada, el verdadero dueño y señor ha pasado a ser la policía. La facultad de dirección material de la fiscalía se limita al decreto u ordenación de determinadas medidas coercitivas o a la decisión acerca del cierre de la instrucción. Mientras que esto resulta poco objetable o incluso innecesario, en la práctica cuando se trata de criminalidad inferior o media, en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia prácticamente se desarrolla un aparato policial autónomo que lleva a cabo intervenciones o medidas independientes, las cuales potencialmente podrían afectar a cualquier ciudadano, de tal manera que es indispensable un control jurídico-estatal más eficiente- Un control de este tipo en un proceso acusatorio de instrucción al estilo alemán solamente puede ser ejercido a través del ministerio fiscal. Esto hace necesario su reforzamiento frente a la policía; un reforzamiento no sólo normativo, sino fundamentalmente fáctico.”* AMBOS, Kai, Estudios de derecho penal y procesal penal, Editorial JURÍDICA de Chile, Santiago de Chile, 2007.

arriba a manos de un órgano oficial de acusación. Ese primer contacto de la policía con el caso tiende a ser secreto, no por necesidad normativa, sino porque las circunstancias de lo incipiente de la instrucción así lo exigen. El factor sorpresa se fortalece en la medida en que la policía pretende llegar con los mejores elementos a recibir el apoyo del fiscal. Sería difícil defender que desde esa primera fase, más administrativa que jurisdiccional, pueda consolidarse la garantía de conocimiento anticipado de la información o materiales probatorios de la investigación.

No obstante, cuando la actuación está en manos del órgano oficial de acusación, este asume la dirección de la investigación y, en tal calidad, puede corroborar la actividad que hasta el momento se ha ejecutado en sede policial. Así, por ejemplo, sucede en Colombia en virtud de lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley 906 de 2004⁴¹², que autoriza al fiscal a “ratificar” los actos de investigación realizados por la Policía y, a trazar desde ese momento, el programa metodológico que guiará la instrucción.

Puede ser que la investigación, hasta ese punto, no arroje pistas claras sobre la persona o personas responsables de la conducta o de los hechos que

⁴¹² La norma dice en extenso: “**ARTÍCULO 207. PROGRAMA METODOLÓGICO.** Recibido el informe de que trata el artículo 205, el fiscal encargado de coordinar la investigación dispondrá, si fuere el caso, la ratificación de los actos de investigación y la realización de reunión de trabajo con los miembros de la policía judicial. Si la complejidad del asunto lo amerita, el fiscal dispondrá, previa autorización del jefe de la unidad a que se encuentre adscrito, la ampliación del equipo investigativo. Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas. Los actos de investigación de campo y de estudio y análisis de laboratorio serán ejercidos directamente por la policía judicial.”

posiblemente revisten las características de un delito. Empero, ya es factible delinear, como parte de la ejecución del programa metodológico investigativo, la preparación técnica del escenario que respalde una eventual imputación, en pro de que en el futuro, el imputado goce de la garantía de un descubrimiento probatorio anticipado, si decide acogerse a las opciones del allanamiento o la negociación.

A nivel colombiano existen normas que avalan esta alternativa y sólo hay que aplicar la garantía del descubrimiento anticipado. En ese sentido, si se reciben entrevistas dentro de la investigación, se dispone en el artículo 206, inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, que éstas deben constar en “*medios idóneos*” que posteriormente den cuenta de su registro: “*La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo*”. Como lo sostiene SCHÜNEMANN, las ayudas tecnológicas pueden ser vitales para una mejor consolidación del trabajo investigativo y para que, en el futuro, el implicado pueda verificar la información y los materiales probatorios recolectados en la instrucción: “*En definitiva, se trata sólo de efectuar una modernización adaptando los medios técnicos, tal como ha ocurrido alguna vez con las máquinas de escribir hace cien años*”⁴¹³.

La propuesta según la cual en el diseño del programa metodológico que orientará la investigación, se prevea que las entrevistas a recolectar, en virtud de esta planificación, se registren en video, debe estar acompañada de otra consistente en la adecuación física de sitios o espacios especiales donde su recepción pueda tener lugar, con la mejor calidad técnica posible. Lo anterior no significa que en todas las situaciones se proceda de la misma manera, pues pueden existir eventos donde, a pesar de que la fiscalía haya asumido el control de la investigación y diseñe el programa metodológico

⁴¹³ SCHÜNEMANN, Bernd, La reforma del proceso penal, Op. Cit., p. 60.

adecuado para su continuación, aún no haya concretas evidencias sobre contra quién apuntarán los resultados de las pesquisas. En estos eventos, como sucedía en Colombia bajo la aplicación de la Ley 600 de 2000, sería igualmente prudente optar por salidas moderadas, donde para efectos de eficacia investigativa, ciertas actuaciones se mantengan en secreto⁴¹⁴.

Ahora bien, si de lo que se trata no es de entrevistas sino de labores investigativas ejecutadas sobre determinados sitios, cosas u objetos específicos, tampoco ello impide la incorporación de los avances tecnológicos. De hecho, en el modelo colombiano hay disposiciones que respaldan lo anterior, pues respecto a inspecciones a los lugares de los hechos, el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal determina que, así no se cuente con la intervención del fiscal, el órgano policial debe ejecutar estas labores teniendo en cuenta que *“(e)l lugar de la inspección y cada elemento material probatorio y evidencia física descubiertos, antes de ser recogido, se fijarán mediante fotografía, video o cualquier otro medio técnico y se levantará el respectivo plano”*.

Cabe destacar, además, que la Fiscalía Colombiana cuenta con el Sistema de Gestión SPOA⁴¹⁵; una herramienta informática, al servicio de fiscales e

⁴¹⁴ La CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-096 de 2003, explicó: *“En consecuencia, el Estado en cabeza de la Fiscalía puede construir el expediente sin necesidad de revelar inmediatamente después de haber sido practicada, el contenido de cada prueba. Pero ello no implica que pueda sustraerse el material probatorio del conocimiento de la defensa cuando el acceso a las pruebas es necesario para que se pueda ejercer cabalmente el derecho de defensa. En cada caso, el correspondiente fiscal deberá apreciar las circunstancias que han llevado a iniciar una investigación penal de forma que decida oportunamente sobre el llamamiento del implicado a rendir versión libre. No es posible señalar cuando ha llegado el momento oportuno para llamar al investigado a rendir versión preliminar. Ello ha de ser valorado en cada caso por el funcionario judicial competente.”*

⁴¹⁵ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN COLOMBIANA, Manual de procedimientos en el Sistema Penal Acusatorio, Bogotá, 2009: *“SPOA: Solución informática desarrollada con arquitecturas de última tecnología para apoyar la gestión de fiscales e investigadores que requieren una herramienta de gestión en el proceso penal bajo los parámetros de las Leyes 906 de 2004 y 1098 de 2006.*

Registra la información completa del elemento probatorio o evidencia desde su hallazgo hasta su disposición final suministrando al Almacén de Evidencias y al fiscal del caso, especialmente, todos los datos de identificación y ubicación, lo que facilita el conocimiento, ubicación y estado actual de cada una de las evidencias vinculadas.” P. 250.

investigadores, que registra información completa sobre elementos materiales probatorios y evidencia física desde su hallazgo hasta su disposición final en el Almacén de Evidencias, de tal manera que tal instrumento puede ser acondicionado para propiciar una fase de descubrimiento probatorio anticipado.

La utilización de medios tecnológicos para el registro de las actividades investigativas, debe asumirse como soporte del trabajo del fiscal y como parte de la garantía del derecho a la defensa del imputado, al mismo tiempo que evitaría el contacto personal del investigado con las evidencias o personas que colaboran en la instrucción. Otro factor en torno a cómo lo anterior podría concretarse, para el caso colombiano, se presenta con los macro elementos materiales probatorios, es decir, objetos de gran tamaño – *naves, aeronaves, vehículos automotores, etc.*, - en los cuales es necesario ejecutar actividad investigativa con el fin de recoger muestras o evidencias. Según el artículo 256 ibídem, los actos investigativos que en estos lugares se ejecuten

...se grabarán en videocinta o se fotografiarán su totalidad y, especialmente, se registrarán del mismo modo los sitios en donde se hallaron huellas, rastros, micro-rastros o semejantes, marihuana, cocaína, armas, explosivos o similares que puedan ser objeto o producto de delito. Estas fotografías y vídeos sustituirán al elemento físico, serán utilizados en su lugar, durante el juicio oral y público o en cualquier otro momento del procedimiento; y se embalarán, rotularán y conservarán en la forma prevista en el artículo anterior. [Subrayas fuera del original]

En el contexto de esta tesis, los videos o fotografías que den cuenta de las evidencias recogidas en objetos de gran tamaño, deben ser puestos en conocimiento del imputado, para que así tenga mejores posibilidades de definir su suerte procesal, pensando principalmente en la opción de negociar o declarar unilateralmente su culpabilidad. La norma incluso, parece admitir

tal alternativa cuando sostiene que *“(e)stas fotografías y vídeos sustituirán al elemento físico, serán utilizados en su lugar, durante el juicio oral y público o en cualquier otro momento del procedimiento”*, no obstante, en el sistema colombiano se choca con el artículo 288 ibídem, donde se señala que el acto de imputación *“no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía”*, norma declarada exequible mediante Sentencia C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional, como se revisó en el capítulo II.

Bajo los postulados de la presente tesis, el conocimiento de las evidencias incriminatorias debe estar al alcance de la persona que advierta que en su contra se adelanta una investigación penal, quien no sólo debe gozar de la opción de adelantar desde ahí su propia investigación, como se desarrolla en el caso colombiano⁴¹⁶, sino que, adicionalmente, debe contar con espacios y tiempos procesales reglamentados, que le faciliten el acceso al material probatorio recaudado o que se vaya a recolectar durante la investigación, para que, en esa medida, no sólo tenga un derecho formal a la defensa, sino que pueda, por ejemplo, buscar materiales probatorios e información que en determinado momento le permitan decidir si su destino se definirá en un juicio o por las formas propias de la terminación anticipada.

En ese contexto, si se realizó una entrevista, el indiciado debe tener la posibilidad de acceder al video o al registro de audio que la contiene. Si se trata de inspecciones a sitios, lugares u objetos, debe conocer los registros de video o fotografía en que se soportan. Si no son actos pasados sino

⁴¹⁶ Según el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, artículo 267: *“Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.”*

planificados dentro del programa metodológico investigativo, debe contar con el derecho a conocer sobre su práctica o a que tecnológicamente se le permita su reproducción. Si se trata de entrevistas y no se aprecia prudente un contacto personal del indiciado con el entrevistado, se pueden aplicar técnicas como Cámaras de Gesell o instrumentos técnicos como la transmisión virtual. En definitiva, la tecnología, que para el caso colombiano ya es una exigencia del proceso penal, debe incorporarse con mayor entusiasmo pensando en que la investigación deviene determinante, teniendo como punto de referencia las figuras de las negociaciones y las declaraciones unilaterales de culpabilidad.

La incorporación de elementos tecnológicos en el derecho procesal, además, es una propuesta en la cual se viene trabajando en otros regímenes jurídicos. Un ejemplo concreto de ello es el Código General del Proceso Colombiano, que contempla la posibilidad de llevar expedientes virtuales⁴¹⁷ y la de presentar y contestar demandas por correo electrónico⁴¹⁸, ello, a partir de la remodelación física y tecnológica de los despachos judiciales⁴¹⁹ y toda una reglamentación para que se ejecuten y controlen los actos procesales de manera electrónica, una corriente que también se ve expuesta en la reciente reforma al Código de Procedimiento Administrativo⁴²⁰.

El asunto, adicionalmente, tampoco puede cerrarse por parecer contradictorio con la filosofía de un proceso acusatorio de tendencia

⁴¹⁷ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO, artículo 122.

⁴¹⁸ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO, artículo 82, numeral 10° y artículo 96, numeral 5° ibídem.

⁴¹⁹ CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO, numeral 5° del artículo 618.

⁴²⁰ Se dispone que las entidades están obligadas a reportar una dirección de correo electrónico para efectos de notificaciones –artículo 197 del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO-. Una práctica de procesos y expedientes virtuales se sigue actualmente en el Despacho 01 del Tribunal Administrativo del Magdalena; al respecto ver: <<http://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com>> [Consulta virtual]

norteamericana, pues incluso investigaciones realizadas en Estados Unidos, acreditan cómo cada día aumenta el interés por promocionar un descubrimiento probatorio que respalde las declaraciones de culpabilidad o las negociaciones. Puntualmente, ELLEN YAROSHEFSKY, por ejemplo, reporta que determinados Estados en ese país ya aplican instrumentos electrónicos –CD-ROOMS, correo electrónico, archivos en PDF-, para procurar un descubrimiento probatorio, de manera similar a la forma que aquí se sugiere:

En algunas oficinas, la fiscalía suministra un inventario de los materiales producidos. En otra, incluidas las oficinas de Dade County, Florida, a los abogados defensores se les proporciona, a un mínimo costo, un CD-ROM que contiene estos materiales. Un número pequeño pero creciente de fiscales proporciona información vía e-mail a través de archivos PDF. Esto proporciona un registro de los ítems producidos. Por contraste, Travis Country, Texas, tiene una política de “archivo abierto” que le permite al abogado defensor examinar pero no copiar el archivo, y el abogado se limita a tomar notas literales sobre los ítems en el archivo.⁴²¹

Y refiriéndose a la experiencia del Estado de Carolina del Norte, JANET MOORE⁴²² también coincide en la necesidad de incorporar instrumentos electrónicos para que las reformas de archivos abiertos sean más exitosas:

Por otro lado, los problemas logísticos relacionados con el descubrimiento han sido significativos, particularmente en los casos más importantes con profundas historias investigaciones. Algunos de estos problemas están siendo abordados a través de capacitación sobre las mejores prácticas y mediante el desarrollo de un programa de adecuación electrónica.

⁴²¹ YAROSHEFSKY, Ellen, Ethics and plea bargaining. What’s Discovery Got to Do With It?. [En línea] <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_cjmag_23_3_yaroshefsky.authcheckdam.pdf> [Citado el 7 de enero de 2013] [Traducción propia]

⁴²² MOORE, Janet, Democracy and Criminal Discovery. Reform after Connick and Garcetti. [En línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1942939> [Citado 15 de mayo de 2013] [Traducción propia]

Y, en ese mismo sentido, HENSON también describe experiencias semejantes que actualmente se aplican en los condados del El Paso y de Tarrant en Texas⁴²³.

No puede descartarse, entonces, la opción en la cual, sin congestionar materialmente los espacios físicos, el ente acusador pueda, por ejemplo, enviar al correo electrónico del indiciado los registros de audio, video o fotografía que reporten los actos de investigación, tanto antes de la imputación oficial como en momentos posteriores. El conocimiento de la investigación, en tiempo real, a favor del investigado o de su defensor, permitiría una mejor construcción de las decisiones penales, pues la situación actual de dejar a un ente estructurado desde el punto de vista económico y humano, recopilando información por un largo espacio de tiempo, para luego exponerla ad portas del juicio, en un escenario donde ir al debate contradictorio representa incrementos punitivos considerables, merece ser reconsiderada⁴²⁴.

Frente aquellos indiciados que no cuenten con una alternativa de correo electrónico o de acceso a medios tecnológicos, se descartaría esta opción, pero se les concedería la oportunidad para que, ya sea directamente o por medio de sus defensores, accedan a espacios físicos en donde tales registros pueden ser consultados, en forma similar a como sucedía con la inspección de los expedientes en los sistemas procesales de tendencia inquisitiva y escrita.

⁴²³ HENSON, Scott, Plea deals without open files turn off ignition on adversarial system's truth-seeking engine [en línea] <<http://gritsforbreakfast.blogspot.com/2012/02/plea-deals-without-open-files-turn-off.html>> [citado 3 de septiembre de 2013]

⁴²⁴ Como se desarrollará más adelante, lo anterior no se aplicará a eventos excepcionales como los casos de delincuencia organizada o terrorismo.

El temor porque se rompa la reserva de la investigación y se pierda su efecto sorpresivo, debe ser ponderado según las circunstancias del caso concreto y, en tanto no hay imputado formalmente vinculado, le correspondería a un juez definir qué principio debe tener más peso. El pánico no puede exaltarse al extremo que sea este parámetro el que termine imponiéndose. En definitiva, no puede ser el “miedo” a los efectos de las propuestas, el factor determinante que impida analizarlas. Al respecto, los criterios de la Suprema Corte de los Estados Unidos pueden ser orientadores, cuando advierten que no es aconsejable calcular las consecuencias de las decisiones jurídicas a partir de la especulación⁴²⁵.

En vigencia de la Ley 600 de 2000 el sumario no estaba restringido para el investigado que, sin embargo, estaba en la obligación de proteger su reserva frente a extraños⁴²⁶. No se reportaron mayores catástrofes cuando tal norma se aplicaba, como tampoco ahora existen indicios para sospechar que una hecatombe ocurrirá si el investigado tiene acceso a los elementos materiales probatorios o de información desde la instrucción.

Tampoco es fácil entrar a realizar serías predicciones sobre si el conocimiento probatorio anticipado congestionaría al punto del colapso el sistema de justicia. En vigencia de la Ley 600 de 2000, con un modelo

⁴²⁵ Así, por ejemplo, lo indicaron cuando se pronunciaron sobre el eventual impacto que tendría la sentencia de la CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, Fallo Blaine LAFLER v. Anthony COOPER (2012), donde dispusieron que el procesado cuenta con el derecho a un nuevo chance de acuerdo, en caso de acreditar que, por una defensa ineficiente, recibió una condena más severa que aquella que hubiese logrado en caso de haber negociado con la fiscalía. Ver Ver Blaine LAFLER v. Anthony COOPER. No. 10–209. Argued Oct. 31, 2011. Decided March 21, 2012.

⁴²⁶ Decía la Ley 600 de 2000 o ANTIGUO CÓDIGO PROCESAL PENAL COLOMBIANO, artículo 330, que: “*Quienes intervienen en el proceso tienen derecho a que se les expida copia de la actuación, para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos. El hecho de ser sujeto procesal impone la obligación de guardar la reserva sumarial, sin necesidad de diligencia especial. La reserva de la instrucción no impedirá a los funcionarios competentes proporcionar a los medios de comunicación información sobre la existencia de un proceso penal, el delito por el cual se investiga a las personas legalmente vinculadas al proceso, la entidad a la cual pertenecen las personas, si fuere el caso, y su nombre, siempre y cuando se haya dictado medida de aseguramiento.*”

escrito en fase investigativa y que se sustentaba en la figura del expediente, donde el investigado podía tener acceso libre al “*sumario*”, no se presentaron evidencias que reportaran importantes traumatismos en el funcionamiento práctico del sistema. La mayoría de involucrados en investigaciones penales son personas de escasos recursos económicos que descuidan el ejercicio activo de su defensa y sólo le prestan atención a momentos claves del proceso⁴²⁷. Con una observación final de lo actuado por el ente acusador, una vez constituido el “expediente”, muchas veces le resulta suficiente al implicado. El temor a que el investigado, en cada acto de la instrucción, ejerza una intervención activa, hablando en términos generales, podría ser especulativo.

Puede bastar, inclusive, con que a los indiciados e imputados se les concedieran claves de acceso reservadas a sistemas virtuales de gestión de procesos⁴²⁸, para que con ello se diera por garantizado el derecho de estar al tanto de los avances del trabajo investigativo. Esto, les permitiría conocer el progreso del programa metodológico y, de esa forma, en coherencia con esa información, ejecutar su propio trabajo instructivo o decidir sobre su destino procesal.

La alternativa del conocimiento de los materiales probatorios en fase investigativa y previa a la imputación, puede ser acusada de arriesgada y contraria a los postulados mismos de eficiencia y justicia por los cuales también debe velar el ente acusador, mas este conflicto no debe resolverse

⁴²⁷ Al respecto puede apreciarse: GARGARELLA, Roberto, De la injusticia penal a la justicia social, Op. Cit.

⁴²⁸ Una práctica que puede ser adaptable en el sistema penal se encuentra en la justicia contenciosa administrativa; al respecto, en la página web del Despacho 01 del Tribunal Administrativo del Magdalena, se observa lo siguiente: <http://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/index.php?option=com_user&view=login&return=aHR0cDovL3d3dy5kMXRyaWJ1bmFsYWRTaW5pc3RyYXRpdm9kZWxtYWdkYWxlbmEuY29tL2luZGV4LnBocD9vcHRpb249Y29tX2NvbnRlbnQmdmllZl1hcnRpY2x1JmlkPTc3OjQ3MDAxMjMzMzAwMDIwMTMwMDAwMTAwJmNhdGlkPTUzJk10ZW1pZD0x> [Consulta virtual]

con la aplicación de un criterio absoluto de restricción, sino a partir de uno que postule, como principio general, el descubrimiento probatorio anticipado y, excepcionalmente, el secreto.

Aquí, se intentan proponer algunas opciones que pueden hacer realidad ese descubrimiento probatorio anticipado, sin descartar otras alternativas que en ese mismo sentido se postulen. Lo importante, por el momento, es abrir un espacio para la reflexión sobre la necesidad de que esa garantía se consolide en el derecho procesal penal. Los medios procesales que al respecto se implementen pueden variar dependiendo de cada realidad y cultura.

B. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO DESDE LA IMPUTACIÓN

1. CASOS DE FLAGRANCIA Y BAGATELAS

En aquellos eventos donde la comunicación oficial que el Estado hace a una persona sobre su condición de investigado –llamado *acto de formulación de imputación en el modelo colombiano*–, se concreta con posterioridad a un trabajo investigativo o, cuando prácticamente la investigación no existió o se hizo tan rápido que no hubo tiempo ni espacio para documentarla, también las evidencias materiales o la información deben estar abiertas para la parte imputada.

Buena parte de la labor actual de la justicia penal, como lo reportan para el caso colombiano LÓPEZ MEDINA⁴²⁹ y la Corporación Excelencia en la Justicia⁴³⁰, se dedica a bagatelas y casos de flagrancia.

⁴²⁹ Reporta al respecto: “...los juicios orales (momento procesal en el que, por excelencia, se practican pruebas) no se están llevando a cabo con gran frecuencia en Bogotá. Esto no es una coincidencia o

Los asuntos de flagrancia y bagatelas, a nivel de derecho comparado, han recibido tratamiento especial en material procesal, pues se tiende a simplificar o abreviar la actuación, con miras a obtener más rápidamente una sentencia⁴³¹. En el derecho colombiano, como lo destaca GÓMEZ PAVAJEAU, desde el Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 1887), se estipulaba a la captura en flagrancia como una “*forma especial de evidencia probatoria, que justificaba prescindir de algunos trámites procesales.*”⁴³²

una desventura en la investigación y, por eso, como conclusión, quisiera llamar la atención sobre este pequeño punto que ya fue explicado en la anotación mencionada. Hay una falla en el sistema que hace que sólo se procesen las flagrancias, las confesiones y los delitos bagatela.” LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El proceso penal entre la eficiencia y la justicia, Op. Cit., p. 132.

⁴³⁰ Según un informe de esta Corporación: “...los principales ingresos al SPA provienen de la llamada delincuencia menor y dentro de ella, los casos cometidos en flagrancia son los que mayor posibilidad tienen de ser evacuados a través de una sentencia.” A.A.V.V, Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, Op. Cit., p. 57.

⁴³¹ Sobre esta materia ver: DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, Justicia criminal consensuada (...) Op. Cit.; CAMPO MORENO, Juan Carlos, prólogo a: DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, Justicia criminal consensuada (...) Op. Cit.; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, Op. Cit.; SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit.; TENCA, Adrián M, El juicio abreviado: la visión de un defensor a dos años del nuevo instituto, Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires. Año 7, No 7 p. 815; MARCHISIO, Adrián, Op. Cit.; DE MATA VELA, José Francisco, Op. Cit.; AMAYA CÓBAR, Edgardo, El procedimiento abreviado en el proceso penal de El Salvador. En: El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005; de esta misma compilación respaldan la idea expuesta: ANITUA, Gabriel Ignacio, El juicio abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva; BERTELOTTI, Mariano; LOARCA, Carlos, El procedimiento abreviado en Guatemala; BIGLIANI, Paola, El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino; BOVINO, Alberto, Procedimiento abreviado y juicio por jurados; BRUZZONE, Gustavo A., Hacia un juicio abreviado sin “tope” y otras adecuaciones constitucionales; CÓRDOBA, Gabriela E. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar; RIEGO, Cristián, El procedimiento abreviado en Chile. También sobre la abreviación del juicio: ANITUA, Gabriel Ignacio, La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas, Op. Cit.; LANGER, Máximo, La dicotomía acusatorio – inquisitivo (...) Op. Cit.; MACIEL GUERREÑO, Rubén, El procedimiento abreviado en el proceso penal continental europeo. [en línea] <http://www.rmg.com.py/publicaciones/DerechoPenalyProcesalPenal/Ruben_Procedimiento_Abrevia.do.pdf> [Citado en diciembre de 2012]; MANCHINI, Héctor, Abuso del juicio abreviado. [en línea] <<http://www.derechodelavictima.com.ar/blog/articulos-de-opinion/41-justicia-poder-judicial/159-abuso-del-juicio-abreviado>> [Citado en diciembre de 2012]; MORENO CATENA, Víctor, El proceso penal español. Algunas Alternativas para su reforma. [en línea] <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/12963/1/proceso_moreno_CDJ_2002.pdf> [Citado en diciembre de 2012]; TIEDEMAN, Klaus, El nuevo procedimiento penal europeo, Op.. Cit.

⁴³² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2010, p. 95.

Si bien, como lo sostiene MARCHISIO, no toda flagrancia genera las mismas posibilidades de abreviación del juicio⁴³³ y no se descartan casos especiales donde, a pesar de lo *bagatelar* y evidente que a primera vista parezca el asunto, por determinadas circunstancias se torna complejo⁴³⁴, puede decirse que, al menos a nivel normativo, se acepta que estos eventos son los que más probabilidades tienen de ser manejados por el sistema de vías rápidas, es decir, estipulando formas diferentes de procedimiento o a través de las figuras dispositivas de las negociaciones o declaraciones unilaterales de culpabilidad.

No obstante, estudios a nivel norteamericano ponen en duda que se puedan extractar reglas generales sobre la suerte procesal de ciertos fenómenos delincuenciales especiales⁴³⁵, donde pueden entrar las flagrancias o las bagatelas. En una reciente investigación, KYLE GRAHAM llama la atención sobre cómo ciertos delitos pueden involucrar factores peculiares, que no obstante lo contundente que se muestre la evidencia probatoria, bien sea para condenar o absolver, afectan la negociación o declaración de culpabilidad dado que interfieren determinados principios o valores que influyen en el comportamiento procesal tanto del implicado, como de la fiscalía. En efecto, según se señala en el estudio⁴³⁶, así existan serías evidencias de que una persona cometió un delito relacionado con fraude fiscal o tributario, generalmente ésta prefiere ir a juicio sin considerar las generosas gabelas que la fiscalía le ofrezca para un arreglo y, la alta

⁴³³ MARCHISIO, Adrián, El juicio abreviado y la instrucción sumaria, Op. Cit., p. 149.

⁴³⁴ Situaciones de este tipo pueden apreciarse en: GRAHAM, Kyle, Op. Cit.

⁴³⁵ Ver: GRAHAM, Kyle, Crimes, ibídem; BIBAS, Stephanos, Op. Cit.; TOR, Avishalom, GAZAL-AYAL, Oren y GARCIA, Stephen M., Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1398128> [Citado en diciembre de 2012]; DERVAN, Lucian E., EDKINS, Vanessa, The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem (2012). [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2071397> [Citado en diciembre de 2012]; RUSSANO, Melissa B., MEISSNER, Christian A., Narchet, Fadia M., Saul M. KASSIN; Investigating True and False Confessions Within a Novel Experimental Paradigm. [en línea] <http://web.williams.edu/Psychology/Faculty/Kassin/files/Russano_et_al_05.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

⁴³⁶ Ver: GRAHAM, Kyle, Op. Cit.

probabilidad que tendría de ser condenado en caso de no aceptarlo. Para el autor, ello puede explicarse en que la mayoría de los sujetos involucrados en este tipo de transgresiones, ostenta una posición social en la que pesa el estigma de una condena, o porque están tan convencidos de la injusticia o inconstitucionalidad de las normas, que prefieren el juicio sin importar la altísima probabilidad de condena⁴³⁷.

Desde otra perspectiva, hay casos donde es la fiscalía la que tiene mínimas probabilidades de lograr una condena y no obstante ello, opta por el juicio. Esto sucede, por ejemplo, cuando agentes de la policía se ven involucrados en eventos de violación a derechos civiles –*abuso de autoridad*– y en donde, generalmente, las víctimas son emigrantes, extranjeros o personas de raza negra, situaciones que, por la presión política o la notoriedad de los hechos, son llevadas a los estrados y las absoluciones se imponen, situación que el autor justifica en tanto los jurados muestran más preferencia y simpatía por las versiones de los oficiales de la ley.

Otro evento singular sucede en los delitos relacionados con la importación de marihuana, pues reportan una tasa de absoluciones muy elevada, lo cual no significa que lleguen muchos casos a juicio, sino que, los pocos que son llevados hasta esa instancia, por decisiones estratégicas de la defensa, generalmente consiguen la absolución. Se trataría de casos probatoriamente fáciles, pero si los abogados tienen la experiencia necesaria y están bien entrenados, pueden detectar situaciones específicas con verdaderas posibilidades de éxito de ser llevados a juicio.

⁴³⁷ Según este investigador: “*Por último, algunos delitos pueden atrapar a un porcentaje relativamente alto de los acusados que se niegan a entrar en una declaración bajo casi cualquier circunstancia, no importa cuán generosos son los términos ofrecido. Algunos de estos acusados pueden insistir en que los juicios debido a algo que las aplicaciones simplificadas del modelo del actor racional no tiene en cuenta plenamente: principios.*” GRAHAM, Kyle, Op. Cit.

Igualmente, el estudio destaca cómo la configuración típica de determinados delitos, por sí sola, resulta también definitiva a la hora de negociar u obtener declaraciones de culpabilidad. Según esta investigación, por ejemplo, una conducta como el re-ingreso ilegal al país, representa una facilidad probatoria de tal alcance –*sólo es necesario acreditar que una persona previamente fue deportada y que apareció nuevamente en el país*- y las versiones exculpatorias que podrían plantearse serían tan inverosímiles para los oídos de un jurado, que la mayoría de estos asuntos culminan en negociaciones o declaraciones de culpabilidad.

Acogiendo lo anterior, podría sostenerse que por sí mismos, la flagrancia o lo *bagatelar* de la conducta no necesariamente conducen a la inevitable aplicación de las figuras de negociaciones o declaraciones de culpabilidad, ni tampoco que en tales eventos, de ser llevados a juicio, siempre opere una condena. Como igualmente lo plantea KYLE GRAHAM, sobre estos puntos existe mucha especulación pero poca investigación concreta, por lo que se requieren más estudios para saber qué efectos tiene cada delito en la práctica. Esas investigaciones podrían arrojar mejores elementos para conocer las posibilidades reales que una conducta tiene de ser negociada o si más bien, en virtud de su configuración típica y las facilidades o dificultades probatorias que en cada evento se presenten, la opción del juicio es la más previsible⁴³⁸. En el caso colombiano, por ejemplo, sería interesante determinar hasta qué punto los delitos que involucran altos personajes de la vida pública nacional, son realmente negociados, o si la

⁴³⁸ Menciona este investigador: “*El contenido de los delitos imputados -de sus elementos esenciales-, la prueba necesaria para establecer el delito, y el gravamen básico del crimen, puede hacer una diferencia considerable en la frecuencia y la composición de los plea bargainings. Los delitos varían en diversos aspectos materiales para la negociación, incluyendo pero no limitado a esto, la facilidad o la dificultad asociada con la prueba de un cargo en el juicio, el volumen de procesamientos por el delito, y si la defensa o la fiscalía es probable que atribuyan un valor significativo el llevar el caso a juicio. Las relaciones entre estas variables y las prácticas de negociación que rodean a un delito en particular pueden ser difíciles de comprender. Este esfuerzo, sin embargo, en última instancia conduce a una mayor precisión, en todo caso más complicada, del entendimiento del las prácticas de plea bargaining, que lo que producen los estudios existentes*”. GRAHAM, Kyle, Op. Cit.

opción del juicio, no obstante lo contundente de las pruebas –*incluso la flagrancia en que se produjo la captura*–, es la más escogida por los involucrados.

Otro punto a tener en cuenta en estos asuntos, es la reducción de pena que suele concederse. En Colombia con la Ley 906 de 2004 se tenía que, si se presentaba un acuerdo o allanamiento en la imputación, se obtenía una rebaja de pena equivalente hasta el 50%. La situación provocó reacciones populares que apreciaron indebido conceder descuentos de tal magnitud, especialmente en eventos de criminalidad de masas y de amplia alarma mediática. Se expidió entonces la Ley 1453 de 2011 o “Ley de seguridad ciudadana” que, entre otras medidas, redujo los montos de descuento frente a flagrancias⁴³⁹. Si bien, el impacto real de la citada disposición, por su novedad, aún no puede conocerse con precisión y la jurisprudencia se ha mostrado vacilante sobre su correcta interpretación⁴⁴⁰, las investigaciones de

⁴³⁹ Al respecto estipuló en el parágrafo del artículo 57 que: “*La persona que incurra en las causales anteriores [causales para que una conducta se considere cometida en flagrancia] sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.*” Según el artículo 351 de la Ley 906 de 2004: “*La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.*”

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

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.”

⁴⁴⁰ Se plantearon muchas tesis sobre la correcta aplicación de la norma. La última que se conoce corresponde a la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, que en Fallo 38285 del 11 de julio de 2012, explicó que la reducción ahí impuesta se aplicaba directamente a cada monto de descuento originalmente previsto en los términos originales del artículo 356 y siguientes de la Ley 906 de 2004. En Sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, C-303 de

la Corporación Excelencia en la Justicia reportan una disminución considerable en la cantidad de casos que deciden por negociar o allanarse al momento de la imputación, poniendo como punto de referencia los delitos que más ocupan al Sistema de Justicia y en donde generalmente los implicados son sorprendidos en el acto, apreciando que: i) mientras que en el 2010 del total de personas imputadas por el delito de hurto, el 49.8% se allanaba, para el año 2011 ese porcentaje se redujo al 37.6% y para el 2012 a 27.6%. ii) en el 2010, del total de imputados por el delito de porte ilegal de armas el 77.9% aceptó los cargos, más en el 2011 ese porcentaje se redujo al 49.2% y para el 2012 a 27.14%. iii) en el 2010 las personas que aceptaron la imputación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes correspondió al 58.3%, mientras que en el 2011 fue del 39.7% y en el 2012 de 28.06%. A nivel general, de un porcentaje del 47% de personas que aceptaban cargos en el 2010, el guarismo se redujo a un 33% en el 2011 y para el año 2012 a 22.47%⁴⁴¹.

Adicionalmente, la misma corriente que reprocha la concesión de importantes descuentos punitivos, ha impulsado reformas legales para que, frente a determinados delitos, esté expresamente prohibida la posibilidad de conceder cualquier descuento, como sucede, por ejemplo, con las conductas que involucran menores de edad⁴⁴², o con los tipos de terrorismo, secuestro

2013, acogió la interpretación de la Corte Suprema de Justicia; lo anterior, según comunicado de prensa No. 20 de mayo 22 y 23 de 2013. [Hasta el 2 de diciembre de 2013, momento en el que se verificó la información, aún no se había publicado el fallo definitivo]

⁴⁴¹ Esta información fue remitida vía mensaje electrónico: RAMOS, Ana María, Consultora de la Corporación Excelencia en la Justicia, “*Datos Estadísticos SPA preacuerdos*”, mensaje enviado a: SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe, 6 de enero de 2013 [citado el 17 de enero de 2013] y el 7 de julio de 2013 [citado 8 de julio de 2013] Comunicación personal. La información sólo consideró casos atendidos por la Defensoría del Pueblo, a través de su sistema de Defensoría Pública, que generalmente y por los escasos recursos económicos de los involucrados, es la entidad que termina asumiendo su defensa en este tipo de asuntos.

⁴⁴² Según el CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA COLOMBIANO, parágrafo del artículo 199: “*En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años,*

extorsivo, extorsión y conexos⁴⁴³, de tal manera que ello, puede igualmente incidir en las cifras generales.

Lo anterior parece corroborar la tesis de quienes, como SCHÜNEMANN y CASSIDY, estiman que porcentajes elevados de descuentos incitan a la renuncia del juicio y se convierten en los motivadores principales de las condenas rápidas, generando, al mismo tiempo, altas sospechas sobre su contenido material de justicia. Recomiendan, por lo expuesto, que la configuración de estos institutos contenga descuentos punitivos reducidos. Según el primero de los autores:

Si esa reducción fuera muy grande, por un lado el resultado no seguiría siendo aceptado como justo por la generalidad, mientras que, por otro lado, en caso de realización del juicio oral, el enorme aumento de pena que amenazaría como espada de Damocles, destruiría toda voluntariedad en la decisión del inculpaado. [...] “Por eso, considero demasiado elevada la reducción de la pena a un tercero, como está previsto en la nueva regulación de la conformidad en España y del patteggiamento en Italia. El límite debería ser fijado en una rebaja de pena del 20%⁴⁴⁴.”

rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.”

⁴⁴³ Según el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 en Colombia: “Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.”

⁴⁴⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, La reforma del proceso penal, Op. Cit., p. 108-109. Comparte esta conclusión, REDLICH, Allison D., False Confessions, False Guilty Pleas: Similarities and Differences [en línea] <<http://www.albany.edu/scj/documents/Chapter3Redlich2010APABook.pdf>> [Consultado 3 de septiembre de 2013]

Y, para CASSIDY:

Desde mi punto de vista, el camino apropiado para mejorar la precisión de las declaraciones de culpabilidad está en derogar (o al menos reducir la expansión de) penas mínimas, reducir la gran disparidad de las sentencias entre aquellos que se someten a una declaración de culpabilidad y aquellos que son condenados en juicio, mejorar los recursos para investigación y juicio disponibles para la representación de indigentes y prohibir que los fiscales acudan a amenazas de perseguir a personas queridas para obtener más influencia sobre el defendido.⁴⁴⁵

No obstante, si bien se han reducido las proporciones, las cifras aún continúan mostrando una tasa alta de personas que desde la imputación se allanan a los cargos. En ese orden de ideas, puede decirse que un aumento en el margen de la rebaja de pena es directamente proporcional a la ganancia que en términos de eficiencia obtiene el Sistema de Justicia: entre más rebaja, más allanamientos.

Pero, los datos también deben estimar el porcentaje de condenas que, en caso de ir a juicio, se obtendrían. Es decir, se espera que un modelo procesal penal no sólo impulse las salidas rápidas, sino que también exponga la fuerza institucional suficiente para que, si es necesario ir a juicio, su versión oficial se imponga a la del procesado⁴⁴⁶. Contrario a lo anterior, en Colombia, los procesados cada vez están consiguiendo más absoluciones cuando deciden por el juicio⁴⁴⁷, e incluso, la Sala Penal de la Corte Suprema

⁴⁴⁵ CASSIDY, Michael, Plea Bargaining, Discovery and the Intractable Problem of Impeachment Disclosures, Boston College Law School Legal Studies, Research Paper Series 219, 2011. [En línea] <<http://www.deakin.edu.au/buslaw/law/dlr/docs/vol16-iss2/vol16-2-4.pdf>> [Consultado 24 de octubre de 2013] [Traducción propia]

⁴⁴⁶ Esa es una de las características del modelo de justicia norteamericano, según LANGER, Máximo, Rethinking Plea Bargaining (...) Op. Cit.

⁴⁴⁷ Según el “Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia” de la Corporación Excelencia en la Justicia, se reporta que en el año 2010, si la fiscalía iba a juicio oral, obtenía un porcentaje de 75% de sentencias condenatorias frente a un 25% de sentencias absolutorias; ver: Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio, Op. Cit., p. 12. Para el año

de Justicia ha realizado “*un fuerte llamado de atención*” a la Fiscalía por la debilidad probatoria mostrada en sus litigios:

*No puede terminar la Corte sin hacer un fuerte llamado de atención a la Fiscalía General de la Nación, a fin de que en lo sucesivo las investigaciones se hagan con más diligencia y profundidad en forma de acopiar elementos probatorios o evidencia física que soporten más sólidamente las acusaciones y eviten así la absolución por falta de pruebas; también para que sus delegados hagan uso de los mecanismos de la protección de testigos dispuestos por la ley con el propósito de garantizar la efectiva comparecencia de éstos al juicio, no obstante las amenazas que se dirijan contra ellos para impedir su declaración*⁴⁴⁸.

Agregando, recientemente, críticas por la deficiente utilización de los medios tecnológicos en la fase investigativa:

*7.8.- La Corte no podría culminar sin expresar su profunda preocupación porque en la actualidad se sigan presentando errores judiciales del tipo del que ha sido puesto de presente por el demandante en este caso, toda vez que con los adelantos tecnológicos de ahora resulta inconcebible que desde el momento mismo del conocimiento de la noticia criminal o la aprehensión del indiciado, o posteriormente, no se realicen por parte de los funcionarios judiciales y de policía judicial, todas las actividades que sean necesarias, tendientes a verificar la individualización e identificación de los investigados (...)*⁴⁴⁹

Para superar esta situación, se podría retornar al modelo integral de rebajas excesivas y al impulso desmedido de negociaciones y allanamientos,

2011, según lo expresa esa misma entidad considerando información reportada por el SPOA –Base de datos de la fiscalía para el sistema oral acusatorio-, el porcentaje varió y cuando la fiscalía fue a juicio obtuvo un 70% de victorias sobre un 30% de absoluciones que lograron los acusados. Esta información fue remitida vía mensaje electrónico: RAMOS, Ana María, Consultora de la Corporación Excelencia en la Justicia, “*Datos Estadísticos SPA preacuerdos*”, mensaje enviado a: SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe, 13 de enero de 2013. [citado el 17 de enero de 2013] Comunicación personal.

⁴⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, Fallo de casación 38773 del 27 de febrero de 2013.

⁴⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, Fallo de revisión 34843 de 11 de diciembre de 2013.

eliminando incluso, las excepciones legalmente consagradas. El problema ahí recaería en la legitimidad de tal proceder, es decir, podría considerarse una estrategia “*tramposa*” de un Estado que, conocedor de que no puede imponerse en el juicio, incentiva las salidas previas y unilaterales.

Empero, los análisis generales, como se dice en el estudio de KYLE GRAHAM, pueden dejar muchos vacíos. La fuerza de los descuentos punitivos, así sean mínimos, se aprecia determinante, lo cual no necesariamente puede ser asumido como algo negativo. El problema estaría en que todo se redujera a la obtención acelerada de resultados sin ninguna conexión con un contenido material de justicia. El descubrimiento probatorio anticipado, como soporte de las negociaciones o declaraciones unilaterales de culpabilidad, puede ser una herramienta relevante para lograr un mejor punto de equilibrio ante esta situación.

Además, si como algunos autores exponen, en la actualidad el derecho penal dejó de ser un instrumento de última ratio para funcionar como una especie de moralizador social, ampliándose la gama de tipos de mera conducta⁴⁵⁰, esto también podría repercutir en una reducción evidente del esfuerzo investigativo y probatorio de la fiscalía. Lo anterior no sería razón para ocultar las pruebas en la investigación sino, al contrario, para exponerlas, pues de esta forma el implicado tendría mejores razones para acudir a las figuras dispositivas, con lo que, al mismo tiempo, se contribuiría a la eficiencia del sistema de administración de justicia.

⁴⁵⁰ Para el efecto considerar: AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo, trad. Carlos Gómez-Jara Díez y Miguel Lamadrid, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007; JAKOBS, Günther, CANCIO MELÍA, Manuel, Derecho penal del enemigo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2005; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, Op. Cit.; GARGARELLA, Roberto, Los errores del populismo penal, Op. Cit.; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, ¿Dónde va el derecho actual?, Op. Cit.; entre otros.

2. DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO EN OTROS ASUNTOS

Formulada oficialmente la comunicación que el órgano acusador hace al investigado sobre su posible participación en hechos que pueden configurar una conducta penal, desde ese momento éste, si antes no lo ha hecho, debe contar con la garantía de conocer los elementos materiales probatorios o de información. Nuevamente, es admisible que al respecto se apliquen medios electrónicos, es decir, se entreguen registros de audio o video de entrevistas, así como fotografías de los sitios, o copia de los informes preparados por el personal técnico o científico que apoya la instrucción. También podría pensarse en la alternativa donde bastara con que el fiscal ofreciera un sitio y tiempo específicos para que el sumariado revisara tales materiales, o se hiciera a copia de los mismos. Se trataría de un adelantamiento de la fase de descubrimiento probatorio, pero sin que implique ejercicio de contradicción, pues este continuaría reservado para el momento del juicio oral, si el imputado opta por esa salida.

Posterior al acto oficial de formulación de la imputación, las actuaciones que el ente acusador practique también deben ser comunicadas al imputado, para que así éste, o su defensor, decidan autónomamente conocer sobre su práctica, procurando que ello no interfiera con los fines de la investigación, por lo que bien podría pensarse en la utilización de Cámaras de Gesell o, acudiendo a la tecnología con teleconferencias o con la trasmisión en línea de los registros correspondientes.

En ese mismo sentido, para lograr el conocimiento de los actos de investigación con posterioridad a la imputación, pueden considerarse alternativas como los correos electrónicos o espacios virtuales de gestión administrativa en los que, a través de claves personales entregadas a los

imputados, pudieran periódicamente chequear en las páginas web respectivas, el desarrollo de las actuaciones, al estilo que ahora se está consolidando con el nuevo Código General del Proceso colombiano y que, en parte, constituía una práctica que en otras especialidades diferentes a la penal, ya venía operando.

Puede plantearse que, a partir de la imputación, la carga de estar al pendiente de la actuación procesal está en cabeza del imputado, de tal manera que, como se expone en otros asuntos, le correspondería la obligación de prestar atención constante a la actividad ejecutada por las autoridades públicas, siempre y cuando la misma se cumpla dentro de los plazos legalmente establecidos, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos⁴⁵¹. Se cerrarían así las puertas a nulidades que puedan plantearse, alegando una falta de descubrimiento probatorio anticipado.

Las discusiones sobre los obstáculos que exponga la fiscalía al descubrimiento probatorio, es aconsejable que las dirima un juez de garantías. En la definición de estos conflictos, debe imperar el criterio según el cual, la regla general sea el conocimiento probatorio y, la excepción, el secreto o la restricción. Al final, si desde la imputación o durante la investigación el implicado no ha expuesto ninguna censura relacionada con la ejecución del descubrimiento, no podría alegar sobre este asunto en momentos posteriores.

Igualmente, como puede suceder que producto de la investigación se varíe la tesis inicial que guió el programa metodológico, sería válido que en tal evento se propiciara una nueva oportunidad para que el imputado, valorando

⁴⁵¹ Así lo ha manifestado la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, en fallos de tutela como el 36571 de 20 de mayo de 2008 y el 42069 del 12 de mayo de 2009, entre otros.

integralmente la información recolectada, decida entre las opciones de allanarse o negociar con el ente acusador. Resultaría prudente que se anuncie el cierre de la investigación y que, reglamentariamente, se estipule un plazo razonable para que la fiscalía decida entre presentar la acusación o cerrar el caso. Hasta antes de culminarse ese interregno, sería la última oportunidad para que el investigado pueda negociar o allanarse, obteniendo una atractiva rebaja de pena, pues si la acusación se presenta, a partir de ahí, el descuento podría operar, pero en proporciones más reducidas, tal como sucede en el caso colombiano⁴⁵².

V. POSIBLES OBJECIONES

1. LAS DIFICULTADES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL TERRORISMO

Desde el 11 de septiembre de 2001 se experimenta la necesidad de radicalizar la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado. Se dice, que esta tendencia constituye un nuevo populismo que se apoya en el discurso de la “tolerancia cero” contra el crimen⁴⁵³. Si bien, esta doctrina venía

⁴⁵² Según el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, artículo 352: “*PREACUERDOS POSTERIORES A LA PRESENTACIÓN DE LA ACUSACIÓN. la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior. Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.*”

⁴⁵³ Sobre este asunto, por ejemplo: AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo, Op. Cit., p. 43; igualmente, apunta ALMEIDA SILVA: “*No obstante, sin perjuicio de las consideraciones que se va a hacer a continuación, merece destacar de entrada que lo más preocupante del fortalecimiento de esta doctrina de tolerancia cero, consiste en la constatación de que, por detrás de la tendencia al endurecimiento de la respuesta penal, está el uso político-ideológico del discurso de la seguridad. De modo que, apoyado por la ola de miedo o indignación que despierta en la opinión pública el recrudecimiento de la delincuencia callejera, el llamado «populismo punitivo o penal» acaba por encontrar, en la reforma y endurecimiento del sistema penal, una respuesta fácil y barata a la creciente demanda punitiva.*” ALMEIDA SILVA, Kédyma, Cit., p. 36.

consolidándose desde mucho antes⁴⁵⁴, eventos como el 11-S y el del 11 de marzo en España, popularizaron y globalizaron este tipo de políticas, a partir de lo cual, nació una corriente que impulsa un tratamiento penal diferenciado para un conjunto de delitos, argumento que con el tiempo se ha ampliado a otras áreas como la criminalidad económica, de cuello blanco o cibernética⁴⁵⁵.

Se plantea, en ese enfoque, que ciertos comportamientos, por el fuerte impacto que generan para la convivencia y seguridad ciudadanas, merecen un trato diferente desde el punto de vista sustancial y procesal⁴⁵⁶; de ahí

⁴⁵⁴ Apunta GIMENO SENDRA: “En efecto, tras la salida de Europa de la Segunda Guerra Mundial, debido a los horrores causados por los fenómenos totalitarios y a la consiguiente ratificación de Convenios de Derechos Humanos, los Estados europeos procedieron a reformar los Códigos Procesales Penales en el sentido de fortalecer el acusatorio en la fase instructora: a esta política legislativa obedecen reformas de 1960 en Francia, 1969 en Italia, la gran reforma y la pequeña del proceso penal alemán de 1984 y 1975. Pero la aparición del fenómeno terrorista en la década 1970 – 1980 pronto había de ocasionar una contrarreforma en esta materia en los distintos ordenamientos europeos, de la que es una buena muestra la Ley *sécurité et liberté* en Francia (hoy derogada), la legislación antiterrorista italiana o la *Kontajtssperrgesetz* alemana.” GIMENO SENDRA, Vicente, Constitución y proceso, Madrid, Tecnos, 1988, p. 198.

⁴⁵⁵ Sobre el asunto y frente al derecho alemán, se indica: “A título de ejemplo, los problemas que pueden plantear los grandes procesos - tales como terrorismo, crimen organizado, criminalidad económica, etc.- son resueltos por el legislador alemán, facilitando, entre otras medidas, la interrupción de la vista oral en caso de que se prevea una larga duración; por tanto, se está utilizando un criterio procesal formal como es el de la duración de la vista oral. Este criterio no es siempre materialmente acertado, aunque en verdad lo es frecuentemente. Del mismo modo, se planifican ulteriores ampliaciones de los plazos. Yendo más lejos, y en cada delito, se pueden delimitar amplios materiales procesales bajo los puntos de vista de la oportunidad; lo que para el también clásico en Alemania principio de legalidad significa una dramática limitación o merma. Además, determinados derechos procesales, como la reclamación de la competencia, sólo pueden hacerse valer hasta cierto momento, teniendo como consecuencia después del mismo, lo que una defensa capaz y eficaz ha de conocer, la preclusión, que está más cercana al proceso de partes angloamericano que al proceso regido por el principio de oficialidad en el entendimiento continental.

“Es discutible, desde un punto de vista político-jurídico, si esta tendencia hacia el reforzamiento del Derecho Procesal Penal ordinario es más conveniente en un Estado de Derecho, que la articulación de normas procesales especiales contra terroristas y otros “enemigos” de la sociedad. En cualquier caso, el legislador alemán se ha decidido hasta ahora indubitadamente por la primera vía, modificando así progresivamente y por completo el contenido y naturaleza del proceso penal.” TIEDEMAN, Klaus, El nuevo procedimiento penal europeo, Op. Cit.

⁴⁵⁶ En ese sentido, se apunta: “Igualmente, conviene concebir la posibilidad de que existan regímenes especiales para la investigación de determinadas conductas punibles como las relacionadas con narcotráfico, terrorismo o financiación del terrorismo, en las que se requiere un arsenal jurídico que conduzca a una investigación penal más eficiente sin que transgreda garantías. No pretendemos con

que, una sociedad democráticamente puede optar por una reglamentación especial para eventos de esa trascendencia, decisión que, también repercutiría en la limitación de ciertas garantías procesales tradicionales⁴⁵⁷. Se sostiene, por ejemplo, que desde la perspectiva de este mundo tecnológico y globalizado, pretender que funcione el pleno del sistema de garantías para combatir el terrorismo o el crimen organizado, no pasaría de ser una ilusión⁴⁵⁸.

Es preciso puntualizar que las medidas diferenciadoras en materia procesal no constituyen ninguna novedad; por ejemplo, en Colombia, hay situaciones donde se varían las reglas del juego procesal en consideración al número de delitos cometidos, la cantidad de personas involucradas o la naturaleza de las conductas cometidas⁴⁵⁹. El punto álgido en materia de terrorismo o

esta afirmación retornar a las oscuras épocas de justicia sin rostro, pero sí reconocer que tal como está construido hoy el sistema acusatorio, no es suficiente para desarticular bandas de delincuencia organizada.” FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, Sistema penal acusatorio en Colombia: (...) Op. Cit., p. 88.

⁴⁵⁷ La Corte Constitucional respecto a la Ley 1121 de 2006 “*Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones*” determinó que las medidas ahí impuestas resultaban posibles en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el país para combatir el terrorismo: “*Así las cosas, con base en los precedentes jurisprudenciales se tiene que en materia de concesión de beneficios penales, (i) el legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, en tanto que manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado; (ii) con todo, la concesión o negación de beneficios penales no puede desconocer el derecho a la igualdad; (iii) se ajustan, prima facie, a la Constitución medidas legislativas mediante las cuales se restringe la concesión de beneficios penales en casos de delitos considerados particularmente graves para la sociedad; (iv) el Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales en materia de combate contra el terrorismo, razón de más para que el legislador limite la concesión de beneficios penales en la materia.*” CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-073-2010.

⁴⁵⁸ “*(e)l carácter inevitablemente maquinoso de un proceso penal desarrollado según las reglas inspiradas en el garantismo difícilmente se armoniza con la velocidad con que los delitos son cometidos y reiterados, en especial en una dimensión internacional: contraponer el irrenunciable due process of law al terrorismo internacional en ocasiones puede llevar a pensar tristemente, si bien de manera errónea, en una carga de caballería lanzada contra misiles intercontinentales*”. FERRARI, Vincenzo Derecho y Sociología, elementos de sociología del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 263.

⁴⁵⁹ Según el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, artículo 157: “*El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código. El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente*

criminalidad organizada, es si la diferenciación también puede abarcar la disminución de garantías para los procesados, al punto de negarles, en lo que a esta investigación interesa, la de conocer los materiales probatorios o la información recolectados o que se vayan a recaudar en la investigación.

Quizás pueda afirmarse que desde un enfoque realista, un modelo extremadamente garantista sería objeto de burla por parte de los criminales organizados o terroristas, de tal manera que no pueden pasar inadvertidas las sugerencias de aquellos que postulan la limitación del sistema de garantías en determinados periodos históricos y en relación con específicos actos criminales⁴⁶⁰. Se trataría de una visión más amplia, donde el proceso penal no sólo opera en respaldo del asociado sino que, al mismo tiempo, se concibe como un instrumento para alcanzar la convivencia pacífica y la seguridad ciudadana⁴⁶¹. A partir de este contexto, se justificarían eventos excepcionales donde no procedería el descubrimiento probatorio, siempre y cuando medie una adecuada ponderación, bien sea por vía democrática, estipulando una lista cerrada de casos impuestos legislativamente, o por el camino de la decisión judicial, alternativas que pueden encontrar respaldo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional⁴⁶².

concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados. (...)

⁴⁶⁰ "...sobre todo en los periodos históricos en los cuales la acción sanguinaria del crimen organizado de tipo mafioso ha comprometido gravemente la convivencia civil con una lúcida estrategia terrorista de ataque a las instituciones democráticas." SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 65 y 66; Igualmente, apunta este autor: "...con respecto de los procesos por delitos de delincuencia mafiosa, en que las instancias de garantía que estuvieron en la base del nuevo modelo procesal parecieron contrastar con las exigencias, no menos merecedoras de tutela, de eficiencia del proceso y, por tanto, de eficacia de la acción en contra del fenómeno grave y peligroso con respecto a la convivencia civil y a la democracia." P. 80.

⁴⁶¹ SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 77.

⁴⁶² Sostiene al respecto URBANO MARTÍNEZ: "En relación con lo primero, la característica del descubrimiento probatorio como contenido esencial del derecho fundamental a un juicio justo y su extensión a la evidencia de descargo, no suministra argumentos para afirmar que aquél deba asumirse como absoluto pues existen situaciones excepcionales que pueden legitimar el no descubrimiento de pruebas a ofrecer en el juicio, que tienen que ver con la protección de derechos fundamentales de terceros o del interés público y que, de forma correlativa, limitan el derecho del acusado a conocer la evidencia incriminatoria.

Lo anterior no desconoce que abrir la ventana de lo “*excepcional*” puede implicar un alto riesgo, pues como lo han planteado ZAFFARONI y URBANO MARTÍNEZ⁴⁶³, en muchas ocasiones, con el pretexto de implementar casos “especiales”, se introducen visiones autoritarias que culminan imponiéndose como principios generales y, como lo expresa ROXIN, sin claridad respecto a su orientación sistemática⁴⁶⁴.

Una adecuada ponderación de las circunstancias, podría llevar a soluciones intermedias como se sugiere en otros contextos, por ejemplo, permitiendo que valgan las declaraciones o entrevistas precedentes, en eventos donde existen fuertes razones para pensar que el testigo no se presentó al juicio por causa de las amenazas de la parte contraria, o porque fue desaparecido o

“Sin embargo, en este punto se debe tomar en consideración que la circunstancia que exonera a la Fiscalía del deber de descubrir evidencia no puede ser cualquiera sino una que, por su relevancia, justifique la afectación del derecho que le asiste al acusado y que en los casos que operen las excepciones al descubrimiento, el juez tiene el deber de esforzarse para mantener el equilibrio procesal y la igualdad entre las partes.” URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Op. Cit., p. 180-181. En ese punto, coincide con el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS que en casos como *Edwards and Lewis v. The United Kingdom* (22 July 2003), respaldó el derecho de los acusados a conocer las evidencias probatorias que soportan el llamado a juicio y dejó sentado el criterio que sólo de forma excepcional y justificadamente la práctica de restricción al descubrimiento probatorio tendría validez por motivos especiales como el interés público. Igualmente, apunta ROXIN: *“No hay duda de que existen casos en los cuales debe ser negada la revisión de actas procesales en forma temporal: si, por ejemplo, de tal examen se deriva que una captura o una medida cautelar inminente pondría en riesgo en muchos casos el resultado de la medida coercitiva por cuenta del defensor. Pero tales situaciones no son sólo relativamente raras, sino que también corresponden exclusivamente a un marco temporal delimitado en el proceso, y por esa razón nunca podrían justificar la retención de actas durante toda la fase de investigación. Desde esta consideración debería poder ser negada la consulta de las actas procesales durante el transcurso de la investigación, no más allá de 14 días en cada caso.”* ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Versión Castellana de Oscar Julián Guerrero Peralta, Colección Autores de Derecho Penal, Buenos Aires – Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 155.

⁴⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El sistema penal y el discurso jurídico*, Op. Cit.; URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Op. Cit., p. 134.

⁴⁶⁴ ROXIN señala que: *“Igualmente, no hay que olvidar que con la multiplicidad de normas que han sido promulgadas para la solución procesal de los delitos de terrorismo, éstas restringen significativamente las posibilidades de defensa del inculpado y con ello un derecho fundamental del perseguido jurídico-penalmente.*

Desde las tendencias contrapuestas de los esfuerzos de reforma adelantados hasta hoy, se infiere que ha faltado hasta el momento un concepto claro para una reforma general.” ROXIN, Claus, *Pasado, presente y futuro*,... Op. Cit., p. 149.

alterada su voluntad para que no concurra al juicio⁴⁶⁵. En sentido similar, puede concederse valor a las pruebas de referencia cuando posteriormente sea imposible su reproducción en el debate oral⁴⁶⁶. Lo anterior no implicaría ninguna dificultad, pues generalmente en los procedimientos derivados de la tradición continental europea, como lo aprecian autores como JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ⁴⁶⁷ y ALEJANDRO CARRIÓ⁴⁶⁸, se tiene cierta inclinación a proteger o cubrir de un velo “oficial”, en otras palabras, a dotar de mayor peso y credibilidad, a los trabajos investigativos de la fiscalía, por encima de las versiones de la parte acusada. Sería cuestión de reforzar legalmente esa situación, en eventos de criminalidad organizada, terrorismo o semejantes. Los terroristas, narcotraficantes, cabecillas de bandas criminales, etc., tendrían que considerar que un testigo desaparecido pero que previamente presentó entrevista en la fase de la investigación, constituiría una prueba irrefutable en su contra.

⁴⁶⁵ Respecto a esta posibilidad explica SFERLAZZA, refiriéndose al ordenamiento italiano: “c) *La última excepción consentida es la de la hipótesis en la cual la falta de actuación de la contradicción constituya un efecto de conducta ilícita comprobada. Está claro que la norma se fundamenta sobre una regla de experiencia con base en la cual, cuando el declarante hace silencio después de haber sido amenazado, es probable que sean genuinas las declaraciones precedentes. En estas situaciones la contradicción, en sentido objetivo, si fuese afirmada en modo absoluto sin consentir excepciones, sería ineficaz en sus mismos fines. Por lo tanto, la excepción constituye la derogación que hace razonable el principio de contradicción en sentido objetivo. Cuando el método de la contradicción no es alterado, el proceso recurre al método alternativo que consiente en la utilización de declaraciones precedentes. De la expresión “conducta ilícita comprobada” se deduce la necesidad de una verificación de las circunstancias que han conducido a la corrupción de la prueba.*” SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 79. Igualmente, para el caso español se destaca el artículo 730 de la LECrim, según el cual: “730. *Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.*” Sobre la aplicación de esta norma en España y su interpretación jurisprudencial, ver: BAÑERES SANTOS, Francisco, Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal. En: La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada, N. 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 75 y MARTÍN GARCÍA, Pedro, Presencia física de las partes en la fase de instrucción: exigencia del derecho de defensa. En: La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada, N. 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 179.

⁴⁶⁶ SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 161.

⁴⁶⁷ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Op. Cit., p. 26.

⁴⁶⁸ CARRIO D., Alejandro, Op. Cit., p. 70.

El operario judicial, por las influencias de la globalización, los medios de comunicación y el populismo penal, entre otros fenómenos, tiende a “*salvar el caso*” si éste contiene connotaciones especiales o mediáticas. Esto lo puede llevar a inclinar su estado mental y, si es posible, la interpretación normativa, por encima de los “tecnicismos”, si estima que ello es necesario para hacer justicia material, no dejar libres a los “culpables” y evitar la incomodidad de enfrentarse al escarnio público⁴⁶⁹. SCHÜNEMANN, en una calificación radical de esta situación, refiere a este tipo de prácticas como “artimañas”⁴⁷⁰. Es preferible considerarlas como expresiones jurídicas, muchas veces bien intencionadas, que pretenden superponer el “derecho material” sobre lo que se estima son meras formalidades. En el fondo, lo que se impone es una visión particular del derecho, que se camufla en la utilización anti técnica de principios constitucionales y en una hermenéutica flexible de las normas y la realidad probatoria del caso concreto.

Así no esté legalmente reconocido, se suele estimar, por ejemplo, que los informes de policía siguen manteniendo peso autoritativo, no obstante que se suponía que, en un proceso acusatorio y con igualdad de armas, devendrían en elementos indiferentes para el debate probatorio, a menos que fueran debidamente introducidos en el juicio oral⁴⁷¹. La versión acusadora, de

⁴⁶⁹ Se dice al respecto: “...un gran número de jueces de conocimiento, “independientes e imparciales”, decretan pruebas de oficio, intervienen en las conversaciones previas a los preacuerdos o permiten que procesados analfabetos o incautos estipulen su responsabilidad; no hay investigación integral; además de las dos partes legitimadas para el examen cruzado de testigos, todos los intervinientes y el mismo juez, contrainterrogan con exhaustividad al acusado y, en otras ocasiones, cuando este, indefenso y carente de recursos, exhibe la desnudez de su pobreza (como ocurre en la mayoría de los casos), se le seduce o intimida para que a ciegas admita culpabilidad, aun siendo inocente.” FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, ¿Hacia dónde va el sistema penal acusatorio? En: Periódico Ámbito Jurídico, Bogotá, 14 de marzo de 2012 [en línea] <[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-03\(hacia_donde_va_el_sistema_penal_acusatorio\)/noti-120314-03\(hacia_donde_va_el_sistema_penal_acusatorio\).asp?Miga=1&CodSeccion=84](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-03(hacia_donde_va_el_sistema_penal_acusatorio)/noti-120314-03(hacia_donde_va_el_sistema_penal_acusatorio).asp?Miga=1&CodSeccion=84)> [Citado en diciembre de 2012]

⁴⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, La reforma del proceso penal, Op. Cit., p. 56.

⁴⁷¹ “Por ejemplo: en el Código actual no se afirma más, como antes, que el informe de policía tiene valor de prueba hasta que sea documentada su falsedad. Por lo tanto, la exigencia de valorar también la credibilidad y la autenticidad de las declaraciones de los oficiales y la autenticidad de las

entrada puede ser más fuerte que la defensiva y si a ello se agrega que, como tal, el juez es un ser humano no inmune al rumor público que rodea el caso, entonces se podría admitir que, autónomamente de lo que dispongan las reglas, ciertos tipos de asuntos exponen un tratamiento diferencial desde el plano judicial⁴⁷².

A pesar de esto, procesalmente lo más recomendable es buscar puntos normativos intermedios para aplicar un modelo de justicia diferenciada, espacios donde se ponderen los factores del “secreto”, la “sorpresa” y el derecho de defensa del indiciado. No se puede sacrificar la investigación, pero tampoco llegar al extremo donde las posibilidades defensivas resulten nulas. Al respecto, manifiesta SFERLAZZA que:

(e) El balance entre las dos instancias opuestas [la sorpresa y el derecho a la defensa], según mi opinión, se realiza con la expresión “en el más breve tiempo posible”, que no tiene meramente un sentido factual, sino una más preñada acepción normativa. En otras palabras, la expresión antedicha no significa “inmediatamente”, sino “cuando el aviso al indagado es compatible con la exigencia de autenticidad y eficacia de las investigaciones”⁴⁷³.

Podría también pensarse en el establecimiento de una lista cerrada en la que se determine con anticipación en qué delitos no se permitirá el acceso pleno

declaraciones de los oficiales de policía judicial que han redactado los informes; éstos pueden ser sometidos a examen cruzado a solicitud de una de las partes. Viceversa, en el Código antecedente tal sujeto se limitaba, por lo general, a “confirmar” durante el debate el informe, que venía leído.” SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 80.

⁴⁷² Autores americanos apuntan al respecto: “La investigación sugiere que los juzgadores tienden a definir su posición bastante antes del alegato final. Los psicólogos hablan de las “disposiciones mentales”, las cuales una vez formadas quizá sea difícil modificar. Por ejemplo, si se necesitara una cantidad “X” de datos para convencer a un juzgador totalmente neutral, tal vez fuera necesario “X + 3” para convencer a quien ha adoptado una disposición mental desfavorable.” BERGMAN, Paul, La defensa en el juicio, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1989, p. 57; “La teoría de la disonancia cognitiva sugiere que incluso si la primera decisión no ha sido la mejor, pronto creemos que lo fue. (...) Usted adoptó una decisión y ¡al diablo! Si fue equivocada. Todos los factores que demuestran que usted fue muy inteligente comienzan a acumularse, y desplazan a los que dicen lo contrario.” HEGLAND, Kenney F., Op. Cit., p. 33 – 34.

⁴⁷³ SFERLAZZA, Ottavio, Op. Cit., p. 98.

a los materiales probatorios o de información recolectados en la investigación. En la misma dirección, puede escogerse la alternativa de fijar de situaciones valorables caso por caso, en las cuales el juez, a través de un adecuado ejercicio de ponderación, sea quien defina sobre la restricción o acceso a tales materiales probatorios⁴⁷⁴. Igualmente, como antes se apuntó, la restricción bien podría ser extrema, esto es, por ejemplo, cuando al imputado le queda restringida la opción de tener frente a frente al testigo y sólo baste una entrevista firmada o filmada previamente para constituir prueba. Cabría también una intermedia, es decir, que se proteja su identidad o la información que permita su localización o la de sus familiares, medida de protección actualmente aplicable en el caso colombiano⁴⁷⁵. No se descartarían, en ese mismo enfoque, otras alternativas, siempre y cuando se tenga especial cuidado en que sus efectos no se desborden hasta el punto de cubrir la generalidad de los procesos, esto es, los eventos de delincuencia callejera y de masas⁴⁷⁶. El trato diferencial, además, no debe obedecer a

⁴⁷⁴ Como lo refiere PARRA ARCHILA: “Con lo cual se reafirma una vez más que tanto las instancias internacionales, como los legisladores de cada Estado tienen en cuenta, al momento de emanar, aplicar e interpretar las normas atinentes a las garantías que rigen el proceso, que en su contexto concurren varios derechos humanos, de los cuales son titulares distintas personas que actúan en este ámbito, frente a los cuales, en acatamiento de la garantía de igualdad, se impone igual protección; de allí la necesidad de acudir siempre a criterios de ponderación que permitan en forma razonada establecer su alcance y restricciones debidas.” PARRA ARCHILA, María Victoria. El proceso penal desde una perspectiva internacional. Garantías que lo rigen, XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2002, p. 156 – 157.

⁴⁷⁵ Según el artículo 212^a del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, adicionado por la Ley 1453 de 2011: “Protección de testigos en la etapa de indagación e investigación. Sin perjuicio de las reglas generales sobre protección a los testigos contempladas en el Código de Procedimiento Penal, si en la etapa de indagación e investigación la Fiscalía estimare, por las circunstancias del caso, que existe un riesgo cierto para la vida o la integridad física de un testigo o de un perito, de su cónyuge, compañero permanente, o de sus parientes hasta en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, dispondrá las medidas especiales de protección que resulten adecuadas para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento:

a) Que no conste en los registros de las diligencias su profesión u oficio, domicilio o lugar de trabajo los de sus parientes, cónyuge o compañero permanente;

b) Que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la Fiscalía, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario.”

⁴⁷⁶ Indica ALMEIDA SILVA: “Dicho de otra manera, si se toma en serio el tema de la seguridad, es necesario antes de nada diferenciar el tratamiento a ser dispensado a la lucha contra los crímenes gravísimos –como el terrorismo, tráfico de estupefacientes o el crimen organizado–, del tratamiento

criterios inadmisibles o prohibidos, como lo sostienen MESTRE ORDÓÑEZ⁴⁷⁷ y JORGE PERDOMO⁴⁷⁸.

Podría incluirse entre la baraja de opciones, la ampliación de criterios de validez de la prueba anticipada para que, como sucede en España, aquella fuera permitida en eventos donde se teme razonablemente la muerte del testigo, su incapacidad física o intelectual o, su salida del territorio⁴⁷⁹, llevando así a un adelantamiento de la contradicción en la fase de instrucción, aspecto que si bien está permitido en el derecho colombiano, no ofrece expresamente las mismas posibilidades de acción⁴⁸⁰.

que se debe conferir a los demás crímenes, especialmente a los que comprenden el grueso de la delincuencia callejera o de masas.” ALMEIDA SILVA, Kédyma, Op. Cit., p. 43.

⁴⁷⁷ “Así las cosas, conferir una facultad discrecional implica aceptar soluciones diferentes a casos similares, siempre y cuando la diferenciación no constituya una discriminación inadmisibles y prohibida”. MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, La discrecionalidad para acusar, Universidad Javeriana, 2007, Bogotá, p. 179.

⁴⁷⁸ Indica este autor que es posible “...regular la actividad persecutoria de manera diferenciada siempre que con ello se persiga un fin constitucional determinado, que el tratamiento diferenciado se oriente a criterios racionales y que se respete la prohibición de arbitrio.” PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del “ius puniendi” y su renuncia, Op. Cit., p. 73.

⁴⁷⁹ Según la LEY CRIMINAL ESPAÑOLA –LECrIm-, artículo: “Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446 la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor, y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

En las diligencias se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y será firmada por todos los asistentes.

Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.”

⁴⁸⁰ Según el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO: “ARTÍCULO 274 –Código de Procedimiento Penal-. SOLICITUD DE PRUEBA ANTICIPADA. El imputado o su defensor, podrán solicitar al juez de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio.

Para el contexto colombiano, adicionalmente, el tratamiento legislativo diferenciado tiene sustento a partir del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 que prohibió este tipo de salidas procesales en eventos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos. Dice la citada disposición:

Quando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.

También, puede considerarse el tratamiento que el asunto recibió en la reciente Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo, “Sobre el derecho a la información en los procesos penales”, que en su artículo 7º, “Derecho de

Se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia.”

Sobre el punto, en España, a partir del artículo 448 de la LEY CRIMINAL ESPAÑOLA –LECrim- y de las diferentes posturas jurisprudenciales que al respecto se han presentado, PEDRO MARTÍN GARCÍA considera que la oportunidad de contradicción en la fase de la instrucción no sólo está reservada a las pruebas anticipadas, sino que cubre todas las diligencias probatorias sumariales adelantadas en la fase de la investigación, pues no se tiene conciencia de que una prueba no se podrá repetir en el juicio sino hasta el momento en que este acto procesal ocurre.

Analizando la Sentencia STC 49/1998 del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, el citado autor concluye: “Si bien la sentencia precedentemente transcrita hace referencia expresa a las pruebas preconstituidas y anticipadas, lo cierto es que, como sabemos, las mismas son aquellas que al practicarse ya se conoce la imposibilidad, o, cuando menos, la extraordinaria dificultad de su reproducción en el acto del juicio oral, por lo que es evidente que la sentencia precitada al referirse tan sólo a la imposibilidad o acusada dificultad de reproducción en el acto de la vista pública de las diligencias sumariales de que se trate, está extendiendo la virtualidad probatorio no tan sólo a las diligencias practicadas en fase de instrucción y que sean constitutivas de prueba anticipada o preconstituida, sino también a aquellas otras diligencias que, en el momento de su práctica, no existía previsión alguna sobre su irrepitibilidad en el juicio oral, siempre, eso sí, que las mismas se practicasen con sujeción a los principios de inmediación y concentración.” MARTÍN GARCÍA, Pedro, Presencia física de las partes en la fase de instrucción: exigencia del derecho de defensa, Op, Cit., p. 203-204.

acceso a los materiales del caso”, numeral 4º, estableció una restricción a la apertura probatoria en fase investigativa cuando se pueda perjudicar la investigación o la seguridad nacional, esto sujeto a aprobación o revisión posterior de autoridad judicial, bajo los siguientes parámetros:

4. No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre que ello no perjudique el derecho a un juicio justo, el acceso a ciertos materiales puede ser rechazado si dicho acceso puede dar lugar a una grave amenaza para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si tal negativa es estrictamente necesaria para salvaguardar un interés público importante, como en los casos en que el acceso pudiera perjudicar una investigación en curso o perjudicar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que se inició el procedimiento penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos de la legislación nacional, la decisión de denegar el acceso a ciertos materiales de acuerdo con este párrafo sea tomada por una autoridad judicial o al menos sujeta a revisión judicial. [Traducción propia]

Lo anterior, en el mismo sentido que aparece descrito en las reglas de procedimiento penal del Estado de Carolina del Norte en Estados Unidos, que en la reciente reforma del 21 de febrero de 2012⁴⁸¹ incorporó importantes normas para el descubrimiento de evidencia e información por parte de la fiscalía, fijando igualmente unas excepciones desarrolladas así:

(...)Los nombres de los testigos no podrán ser objeto de divulgación, cuando el fiscal certifique a la Corte por escrito y en sobre sellado que de hacerlo puede someter a los testigos u otras personas a un sustancial daño físico o económico o a una coacción, o que hay otra particular y apremiante necesidad de no revelar.

Y, del mismo modo, CASSIDY expone cómo se han implementado reglas diferenciadoras para el descubrimiento en diferentes Estados de

⁴⁸¹ NORTH CAROLINA GENERAL STATUTES § 15A-903 Disclosure of evidence by the State - Information subject to disclosure. [Traducción propia]

Norteamérica, que incluyen desde disposiciones que permiten la apertura absoluta de los archivos en delitos de menor entidad, hasta la fijación de plazos distintos de apertura según el tipo de delito cometido⁴⁸².

En definitiva, como en efecto ha venido sucediendo en Colombia y en otras latitudes, es posible implementar instrumentos alternativos que pueden activarse frente a situaciones especiales, sin alterar la regla general del descubrimiento probatorio anticipado y su relevancia en el momento de culminar el proceso vía negociaciones o declaraciones unilaterales de culpabilidad.

2. LA DETENCIÓN PREVENTIVA, NEGOCIACIONES, ALLANAMIENTOS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO

Bien podría considerarse que permitir el conocimiento de los materiales investigativos desde la instrucción, impediría la captura del indiciado o propiciaría que aquél ejerciera actividades tendientes a obstaculizar las futuras gestiones investigativas. A lo anterior, se suma un contexto en el cual se acepta, a veces de forma resignada, que la imposición de medidas

⁴⁸² Al respecto describe: “No obstante, para delitos perseguidos en el circuito de Maryland, la regla es muy diferente. El fiscal debe descubrir la evidencia sin necesidad de solicitud y dentro de treinta días siguientes de la primera presentación del defendido, de “todo el material o información en cualquier forma, sin importar si es o no admisible, y que tienda a objetar los testigos del Estado.” El término “tienda a objetar” es definido a partir de la inclusión de siete específicas sub-categorías de información. Maryland, por lo tanto, tiene un enfoque más que esquizofrénico, exigiendo la apertura de toda información que sirva o no para impugnar, antes de una declaración de culpabilidad, dependiendo todo esto de la seriedad del delito.”

“...
“La Corte del Distrito de Massachusetts ha adoptado un planteamiento así de categórico en sus reglas locales. Esta Corte distingue entre información que debe ser automáticamente descubierta por la fiscalía 28 días después de la comparecencia e información que debe ser descubierta 21 días antes del juicio. Cuatro particulares tipos de información impugnatoria son considerados como los llamados “material de 28 días”: a) promesas, premios e incentivos para futuros testigos del gobierno; b) los antecedentes penales de potenciales testigos; c) los cargos pendientes contra los potenciales testigos del gobierno; y, d) la descripción escrita de fallas en la percepción que haya reportado el testigo en la identificación del defendido durante el procedimiento respectivo. Otras formas de información impugnatoria están incluidas en la lista de “material de 21 días” y sobre ellas es posible su retención hasta un poco antes del juicio.” CASSIDY, Michael, Plea Bargaining, Discovery and the Intractable Problem of Impeachment Disclosures, Op. Cit.

preventivas en el proceso penal constituye la regla general y no la excepción⁴⁸³.

La captura del indiciado y la imposición de una medida de detención preventiva, se afirma también, adiciona presión para que un imputado decida negociar o allanarse, como lo sostiene STEPHANOS BIBAS, pues de qué sirve someterse a una intensa lucha judicial para obtener la absolución, si se pasaría más tiempo en detención preventiva que cumpliendo la pena impuesta en caso de aceptar la culpabilidad vía negociación o allanamiento⁴⁸⁴.

En Colombia, adicionalmente, recientes disposiciones jurídicas flexibilizan los criterios para que opere la detención preventiva, estableciendo que esta

⁴⁸³ En ese sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ¿Tiene futuro la prisión preventiva?, Op. Cit: También FERRAJOLI: “...la marginación del momento jurisdiccional en sentido propio, o sea, la fase del juicio oral, que, constreñida entre la fase pre-judicial de la detención preventiva y los pactos alternativos al proceso y la post-judicial de las medidas alternativas a la pena, está condenada a convertirse, con todas sus brillantes formalidades acusatorias y garantistas, no en la regla, sino en la excepción reservada a los acusados con más coraje y con acceso a costosas defensas, así como a los que tengan la desgracia de topar con un ministerio fiscal no dispuesto a pactar.” FERRAJOLI, Luigi, Las lecciones del modelo constitucional del proceso penal. En: El procedimiento abreviado, Op. Cit., p. 49.

Igualmente, MURILLO TORRES, Henry Leonardo, Realidad de la detención preventiva en Colombia. En: XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 725; según este autor: “Pues bien, de la anterior reseña normativa salta a la vista una inocultable verdad que ha condicionado la aplicación del encarcelamiento preventivo en Colombia: pese a la inicial apuesta por el firme respeto de la garantías procesales, día a día se ha venido consolidando una visión eficientista, que, en punto de la privación provisional de la libertad, concibe la detención preventiva como instrumento de prima ratio para apaciguar la alarma social y anticipar las finalidades de prevención que, por la vigencia de la presunción de inocencia, solo pueden derivar de la pena como consecuencia de la declaratoria de culpabilidad.” P. 757.

Y, también, FORERO MARTÍNEZ: “En materia de restricción de la libertad, por su parte, el balance no es positivo. La introducción del principio prolibertatis del sistema acusatorio se ha quedado escrito porque la Fiscalía aunque no impone, la mayoría de las veces solicita tal medida y los jueces suelen imponerla, sobre todo en casos que contengan algún tipo de connotación o trascendencia nacional y en los que el populismo punitivo y la presión mediática se convierten en el factor inquisitivo del sistema acusatorio; (...)”. FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, Sistema penal acusatorio en Colombia: (...) Op. Cit., p. 88.

⁴⁸⁴ “La prisión preventiva puede aproximarse o incluso superar el castigo que un tribunal impondría después de un juicio. Así que incluso una absolución en el juicio puede ser una victoria pírrica, ya que no hay manera de restaurar los días ya pasados en la cárcel.” BIBAS, Stephanos, Op. Cit.

medida puede justificarse, entre otros motivos, por la gravedad y modalidad de la conducta supuestamente cometida⁴⁸⁵.

Esta realidad concreta, más allá de las disputas que sobre el asunto académicamente se realicen, merece ser estimada en sus verdaderas dimensiones, de tal manera que el descubrimiento anticipado no altere las facultades que un Estado autónomamente decide ejecutar para detener preventivamente a un posible criminal. Por eso, se acoge el argumento de SCHÜNEMANN según el cual, como el investigado generalmente está detenido, esa situación amerita la aplicación de un “compensador procesal”, de tal forma que, por la limitación anticipada de su libertad, tiene derecho a obtener una compensación, representada en la oportunidad de acceder anticipadamente al material probatorio recaudado o que se recoja durante la instrucción, para así decidir entre negociar, allanarse o continuar al juicio. Refiere este autor en ese sentido:

En efecto, en caso de prisión provisional fundada en que existe peligro de entorpecimiento de la acción judicial, justamente es eliminado ese peligro (pues sino la detención no sería lícita por ser una medida inapropiada), mientras que en caso de prisión provisional ordenada por peligro de huida, obviamente no pueden

⁴⁸⁵ Según el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011, el peligro para la comunidad, como un requisito para imponer medida de detención preventiva, se establece así: “Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.”

ser planeadas medidas para entorpecer la acción de la justicia. Pero si los resultados de la investigación obtenidos hasta el momento son tan incompletos que aún dependen indefectiblemente de otras medidas coercitivas sorpresivas cuyos resultados podrían ser puestos en peligro si el defensor diera vista al expediente a pesar de la detención del inculpado, este es un fuerte argumento a favor de que la sospecha que aún es frágil no puede ser aún denominada “vehemente”⁴⁸⁶.

En esta dirección, si la persona fue detenida preventivamente para evitar que altere o interfiera en la acción investigativa, podría suponerse que una vez entre rejas, tal objetivo se ha satisfecho y nada impediría, salvo situaciones límite y que recibirían valoración judicial independiente, que accediera anticipadamente al material probatorio. Si los motivos son distintos –*peligro de huida, peligro para la comunidad o la víctima, etc.*–, entonces tampoco habría razón para restringir el descubrimiento probatorio anticipado, ya que los fines que justificaron la medida preventiva, no tienen que ver con la protección de las pruebas recaudadas.

En gracia de discusión, si se admite que una persona detenida puede mantener la capacidad de obstruir la acción de la justicia y alterar la investigación, entonces, en ese evento nuevamente la ponderación debe imponerse y se acudiría a la regla según la cual, el acceso a los medios investigativos constituye el postulado general y los eventos de restricción deben justificarse por el ente acusador y ser avalados por un juez.

En este orden de ideas, la tendencia actual de fortalecer y amplificar las causales de aplicación de la detención preventiva, constituye un argumento a favor en la línea de consolidar a las negociaciones y declaraciones unilaterales a partir de un descubrimiento probatorio anticipado. En el sistema penal colombiano, es preciso admitirlo, resulta fácil detener

⁴⁸⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, La reforma del proceso penal...Op. Cit, p. 63.

preventivamente a una persona y son pocas las consecuencias si se obra con ligereza en ese sentido. En este tipo de asuntos, como en otros tantos, es más amplio el procedimiento civil, que al menos exige la prestación de una caución como respaldo de seriedad de la medida cautelar impuesta⁴⁸⁷. La flexibilidad en penal, se justifica diciendo que el Estado como impositor de la medida, es el principal aval de su legitimidad. Bajo este escenario, se estima que al menos la garantía de conocer las evidencias devendría en un compensador coherente y razonable con la detención preventiva.

La relación: conocimiento de evidencias - estado de detención, también se encuentra reglamentada en los Estados Unidos de México, que en la reciente Ley de Amparo de 2013, en su artículo 173, XII, regula como una violación al derecho de defensa, susceptible de tramitarse por tal instrumento constitucional, el evento donde “...*No se faciliten al imputado todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso o se restrinja al imputado y a la defensa el acceso a los registros de investigación cuando el primero esté detenido o se pretenda recibirle declaración o entrevistarlo; [...]*”

Y en similar sentido, la reciente Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo, “*Sobre el derecho a la información en los procesos penales*”, en su artículo 7º, “*Derecho de acceso a los materiales del caso*”, numeral 1º, reglamentó que:

Cuando una persona es arrestada y detenida en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros velarán por que los

⁴⁸⁷ Señala al respecto el CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO COLOMBIANO, al respecto de los procesos declarativos, que: “2. *Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.*”

documentos relacionados con el caso específico en posesión de las autoridades competentes que son esenciales para desafiar con eficacia, de conformidad con la legislación nacional, la legalidad del arresto o la detención, se pondrán a disposición de los detenidos o de sus abogados.

Y, en su parte considerativa –*consideración No. 30-*, adicionalmente, refiere que este descubrimiento probatorio respecto a detenidos debe ocurrir antes de que el sujeto sea puesto a disposición de una autoridad judicial, para que goce así, de un tiempo oportuno para preparar la defensa:

Los documentos y, cuando proceda, grabaciones, fotografías, audio y video, que son esenciales para desafiar eficazmente la legalidad de un arresto o detención de sospechosos o acusados de conformidad con la legislación nacional, deben ser puestos a disposición de los sospechosos o acusados o de sus abogados a más tardar, antes de que una autoridad judicial competente sea llamado a decidir sobre la legalidad de la detención o prisión, de conformidad con el artículo 5, numeral 4º de Convención Europea sobre Derechos Humanos, y en el momento oportuno para permitir el ejercicio efectivo del derecho a impugnar la legalidad de la detención o detención.

Se puede reflexionar, entonces, sobre el descubrimiento probatorio anticipado al menos considerando los casos en los cuales las personas afrontan, desde la investigación, medida de detención preventiva.

3. VÍCTIMAS, NEGOCIACIONES, ALLANAMIENTOS Y DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ANTICIPADO

El tema de las víctimas actualmente expresa un papel protagónico dentro del derecho procesal penal. Si bien, hay quienes con sólidos argumentos, discuten respecto a la novedad e importancia de este discurso, resaltando

los riesgos de esta “euforia” por la víctima⁴⁸⁸, es innegable que el asunto cada día cobra mayor relevancia y así lo acredita, para el caso colombiano, la amplia jurisprudencia que sobre el punto se ha generado, especialmente a nivel de Corte Constitucional⁴⁸⁹.

Aun cuando existen riesgos de terminar construyendo una visión de la víctima donde pase a transformarse en una especie de vengador privado o

⁴⁸⁸ MIGUEL CÓRDOBA ANGULO, puntualmente, anota su inconformidad respecto a la afirmación según la cual “...la historia del derecho penal y procesal penal colombiano coincide con una progresiva marginalización de la figura de las víctimas” y refiere cómo actualmente el discurso a favor de las víctimas está llegando a convertir el derecho penal en “...una herramienta de retaliación en contra de los procesados”, CÓRDOBA ANGULO, Miguel, Protección de la víctima en el Nuevo Sistema Procesal Colombiano. En: Revista Derecho Penal y Criminología, Volumen XXVI, Número 78, mayo-agosto 2005, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 75 y siguientes. Igualmente, SCHÜNEMANN apunta que la teoría de las víctimas “ha llegado ya ahora demasiado lejos”. SCHÜNEMANN, Bernd, La reforma del proceso penal, Op. Cit., p. 53. Sobre cómo el entusiasmo de los fiscales por las víctimas, especialmente cuando son menores de edad, puede producir condenas erróneas, consultar: GROSS, Samuel R., Convicting the innocent, Op. Cit.

⁴⁸⁹ En efecto, como lo señala PARRA ARCHILA, la posibilidad de una efectiva intervención de la víctima en el proceso penal es más una conquista jurisprudencial, especialmente derivada de la Corte Constitucional, que normativa: “(...) bien podría afirmarse que es gracias a la labor de la misma [la Corte Constitucional], que las víctimas encuentran espacio en el proceso penal, superando la participación restrictiva que los ordenamientos procesales, incluidos los más modernos, le ofrecen en el desarrollo del proceso penal.” PARRA ARCHILA, María Victoria. Las transformaciones del derecho en Colombia: su incidencia en el tratamiento de la víctima en el proceso penal, Bogotá, 2010, Trabajo de grado (doctor en derecho), Universidad Externado de Colombia, Facultad de derecho, p. 278.

En ese sentido, la CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA ha ampliado las posibilidades procesales de las víctimas en el proceso penal más allá de la típica pretensión enfocada a obtener una reparación económica, determinando que sus derechos deben ampliarse al plano donde se les garantice también justicia, verdad, reparación económica, derecho a la justicia, respeto a la dignidad humana, derecho de acceso a la Administración de Justicia, derecho al buen nombre y a la honra y derecho a la igualdad. Al respecto, se destacan las Sentencias C-1154 de 2005, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-516 de 2007 y C-936 de 2010.

Especialmente, en la C-209 de 2007, recalcó que nuestro Sistema no puede ser calificado de estrictamente “adversarial”, pues la intervención de la víctima y del Ministerio Público expresan una construcción procesal diferente, de tal forma que se trata de “un esquema propio que debe responder a la realidad de nuestro país”.

En materia de preacuerdos y negociaciones, estipuló en la Sentencia C-516 de 2007 que las víctimas tienen el derecho a intervenir en los preacuerdos y negociaciones, de tal forma que deben ser escuchadas, sin que ello les conceda el poder de vetar el acuerdo o el acto dispositivo que se aplique en concreto. Para tal efecto, estimó que negar la intervención de las víctimas en los acuerdos y negociaciones, constituiría una transgresión a su derecho a una participación efectiva en el proceso penal.

una autoridad penal⁴⁹⁰, otras propuestas defienden la ampliación de sus poderes, a partir de un modelo de justicia dinámico en el cual, tanto ésta como el victimario, cuenten con mayores posibilidades de acercamiento y reinserción social⁴⁹¹.

El punto, como se analizó en el Capítulo III, puede ser apreciado desde una perspectiva que pretendiendo ser neo-constitucionalista, termina asumiendo tintes populistas⁴⁹². Se trataría de un discurso donde se invocan los derechos de las víctimas y otros principios así genéricamente propuestos, para llegar a

⁴⁹⁰ Señala GARGARELLA: “Conviene hacer referencia al menos a tres cuestiones. En primer lugar, quienes reivindicamos la idea de un derecho penal más democrático no tenemos que aceptar la idea según la cual quienes están mejor situados para decir qué respuesta corresponde dar, frente a un crimen, son las víctimas o sus allegados. Conviene enfatizar este punto dada la frecuencia con que, después de un crimen, las cámaras de televisión ponen sus focos sobre el dolor de quienes han sido agredidos, mostrándolas como las voces más auténticas -y así, más auténticamente representativas- de la comunidad. Para no dar lugar a confusiones: es muy importante cuidar, proteger, amparar a las víctimas, darles contención, trabajar para reparar las (a veces irreparables) pérdidas que han sufrido. Sin embargo, ese máximo respeto no requiere ni implica convertir a aquellas en lo que no son, es decir en autoridades en materia penal. Más bien lo contrario: es difícil que pueda surgir una norma justa desde la (entendible) indignación que genera el crimen sobre quienes lo sufren desde más cerca.” GARGARELLA, Roberto, Los errores del populismo penal, Op. Cit.

⁴⁹¹ Apunta ALMEYDA SILVA: “En la actualidad, la plasmación de estos objetivos se da en el ámbito de varios documentos internacionales, de entre los cuales, se destacan, en el marco europeo, la R(85) 11, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de las víctimas en el Derecho y en el proceso penal; la R(87) 21, de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización; y la R(99), de 15 de septiembre, relativa a la mediación en materia penal, todas aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Asimismo, es preciso hacer constancia del Estatuto de la víctima en el proceso penal, aprobada por la decisión-marco del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001. Todos estos documentos giran en torno a una idea clave: la reinserción de la víctima al proceso penal, como sujeto de derechos y como parte legítima, titular de pretensiones e intereses en lo que corresponde a la resolución del conflicto penal y la pacificación social. Desde esta concreta perspectiva, se inscriben las iniciativas más innovadoras a favor de la adopción de técnicas de mediación penal y de la potenciación de espacios que permitan la concreción de estos objetivos por medio de la nombrada «Justicia restaurativa».

“25. Así pues, cabe señalar que, desde esta óptica, se entiende que las iniciativas de potenciación del papel de la víctima en el proceso, de ninguna manera supone priorizar el castigo o rescatar técnicas de venganza privada. Sino todo lo contrario, la finalidad de estas medidas no es otra sino servir como instrumento de neutralización del conflicto penal, en aras a la concreción de los fines de prevención y pacificación social, por medio del fortalecimiento de las reglas sociales y la reinserción del autor del delito, objetivos que pueden ser alcanzados en muchos casos por medio de la reconciliación entre la víctima y el imputado. En definitiva, en este orden de cosas, el proceso penal debe ser concebido como último recurso para la resolución del conflicto penal, debiéndose preferir otros medios menos gravosos a la víctima y al autor del hecho delictivo, que se revelen más eficaces en el objetivo de prevención social e individual.” ALMEYDA SILVA, Kédyma Cristiane, Op. Cit., p. 433.

⁴⁹² Específicamente, sobre los peligros de utilizar a la “víctima” como una especie de comodín en el derecho procesal penal: PASTOR, Daniel R, Op. Cit.

la decisión más popular o instintiva. En esta perspectiva, se impondría lo que algunos llaman el “*juego de suma cero de las víctimas*”, donde el procesado no tendría oportunidad de ganar⁴⁹³.

A nivel colombiano y en materia de preacuerdos y allanamientos, si bien la jurisprudencia ha enfatizado en la importancia de las víctimas dentro del proceso penal, cuando hay que pasar al plano concreto de dotarla de herramientas efectivas para que puedan intervenir eficazmente, el discurso tiende a quedarse incompleto⁴⁹⁴. En ese sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional puntualizó que la víctima tiene el derecho a ser oída, previo a que el juez apruebe la negociación o el allanamiento, pero le negó la posibilidad de vetar el acto procesal⁴⁹⁵. Adicionalmente, en Colombia los

⁴⁹³ Refiere GARGARELLA: “*Como bien lo ha señalado Garland, la “santificación” de las víctimas ha resultado en un juego de “suma cero” entre las víctimas y los agresores, donde todo lo que se hace por los agresores (por ejemplo, en términos de tratamiento humanitario) tiende a presentarse ofensivo para las víctimas. Una consecuencia obvia de esta circunstancia ha sido el deterioro de los derechos de las personas privadas de la libertad y, en general, un creciente rechazo a las demandas por un tratamiento más humanitario solicitadas por los agresores.*” GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia social (...)*, Op. Cit., p. 87.

⁴⁹⁴ En ese sentido, apunta PARRA ARCHILA: “*(...) dicho intento [dirigido a consolidar una intervención más efectiva de la víctima en el proceso penal] pierde eficacia al vedarse a las mismas el derecho de participar en forma autónoma en etapas cruciales del proceso, como los son la audiencia de formulación de imputación, de acusación, la formulación de la teoría del caso en el juicio y primordialmente su participación activa en la práctica y controversia de la prueba, hecho que como lo destaca Jairo Parra Quijano, transgrede su dignidad y desconoce el aporte relevante que en materia probatoria puede hacer la víctima a la investigación, a más que desconoce el carácter dialéctico que ostentan los medios probatorios.*” PARRA ARCHILA, María Victoria. *Las transformaciones del derecho en Colombia: (...)* Op. Cit., p. 364.

⁴⁹⁵ Apuntó, en ese sentido: “*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. (Art. 351, inciso 4°).*

Así mismo, preservada la intervención de la víctima en los términos de esta sentencia, aún retiene la potestad de aceptar las reparaciones efectivas que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, o rehusarlas y acudir a otras vías judiciales (Art.351. inciso 6°); así mismo conserva la potestad de impugnar la sentencia proferida de manera anticipada (Arts. 20 y 176), y promover, en su oportunidad, el incidente de reparación integral (Art. 102).

reportes sobre la participación de las víctimas en tales actos apuntan a que éstas no son muy dadas a intervenir⁴⁹⁶, asunto al que bien puede contribuir el que para negociar o allanarse no es permitido tener acceso al material probatorio recolectado por la fiscalía, asunto que, igualmente, lesiona y limita los derechos de las víctimas en el proceso penal.

A pesar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha resaltado la importancia de considerar los derechos de las víctimas en estos actos procesales⁴⁹⁷, las limitaciones probatorias en la fase de la instrucción afectan a este nuevo y potencializado interviniente, si se estima que no tienen medios para establecer cuáles son las bases fácticas que sustentan las posiciones en las negociaciones o allanamientos. Al mismo tiempo y como lo registra ASHER FLYNN⁴⁹⁸, el no garantizar una intervención efectiva de las víctimas en las negociaciones o allanamientos, puede producir que el resultado del acuerdo no coincida en absoluto con los hechos directos que la afectaron, generando una sensación de injusticia y desilusión que puede proyectarse al resto de la sociedad.

Por las razones expuestas, la Corte declarará la exequibilidad condicionada, por los cargos analizados, de los artículos 348, 350, 351 y 352 en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal, y oída por el juez encargado de aprobar el acuerdo, quien para su aprobación velará por que el mismo no desconozca o quebrante garantías tanto del imputado o acusado, como de las víctimas.” CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-516-07.

⁴⁹⁶ “Para algunos, la negociación es altamente benéfica para los intervinientes, pero los opositores a estos mecanismos de aceleración de la acción, dicen que a través de ellos se negocia a espaldas a la víctima, quien no concurre siempre a la negociación (12.5%)” INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO, Tejidos de realidad. Aspectos procesales, psicosociales y de salud mental del Sistema Penal Acusatorio. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2009, p. 74.

⁴⁹⁷ Al respecto, en una sentencia hito sobre la materia, puntualizó: “...los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad”, (...) “(l)os preacuerdos y negociaciones en materia penal no tienen la misma fuente civilista en la que el comprador adquiere ciertos bienes que acceden la cosa principal objeto del contrato”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, SALA PENAL, Fallo de Casación de 12 de septiembre de 2007, radicación 27759.

⁴⁹⁸ FLYNN Asher, Bargaining with justice: victims, plea bargaining and the victims’ charter act. 2006 (vic). [En línea] < <http://lawcite.austlii.edu.au/au/journals/MonashULawRw/2011/29.html>> [Consultado el 8 de octubre de 2013]

En ese orden de ideas, es admisible que en la negociación o en el allanamiento se consoliden espacios de encuentro entre víctima y victimario y que ello se haga a partir de un esquema eficaz de justicia, aspecto que para todas las partes es relevante. Si la nueva tendencia implica superar el “*olvido de las víctimas*”⁴⁹⁹, también en esta corriente, sería prudente conceder la oportunidad de que sus intervenciones operen a partir de una base más sólida, permitiéndoles el acceso a la realidad investigativa, cuando el proceso se perfila a una terminación anticipada vía acuerdos o allanamientos. Así como para el procesado es, según se ha sustentado, desventajoso negociar a ciegas, para la víctima, en esta nueva tendencia, también es perjudicial limitar su facultad de conocer cuáles son los elementos materiales o de información que respaldan el acuerdo o el allanamiento. Se podría plantear, como suele hacerse con el procesado, que la oportunidad de la víctima para conocer los elementos probatorios estaría en el juicio oral, pero es cuestionable ese argumento cuando una gran cantidad de asuntos y, por lo tanto, de victimarios, no llegan hasta esa instancia.

Se debe considerar la realidad en que se mueven las víctimas, misma que, como lo apunta BINDER, es parecida a la de sus victimarios en cuanto al ambiente de pobreza que tiende a rodearlos⁵⁰⁰. Más allá de las amplias oportunidades que se le conceden desde el plano formal para que puedan

⁴⁹⁹ Como lo refiere SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, La Reconstrucción Victimológica del Sistema Penal: las víctimas del delito en la Reforma Constitucional de la Justicia Penal. En: Reforma Constitucional de la Justicia Penal, T. II, Corporación Excelencia para la Justicia, Bogotá, 2003. Ver, en igual sentido: SOLÉ RIERA, Jaume, La tutela de la víctima en el proceso penal, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.

⁵⁰⁰ Al respecto anota este autor: “*En un contexto de víctimas extremadamente pobres, victimizadas por victimarios igualmente pobres, ¿qué función cumple la privatización del proceso penal? (...) se afirma que esto significa abrir el camino hacia nuevas formas de “control social horizontal”, donde grupos sociales igualmente marginados, se lanzan a una guerra sorda y continua entre sí, mientras el Estado deja ese terreno “libre”, ya que, en términos globales ese control social horizontal sirve a sus fines de control social vertical, en manos de grupos sociales muy definidos.*” BINDER, Alberto M., Justicia Penal y Estado de Derecho, Op. Cit., p. 75.

actuar directamente⁵⁰¹, no es descartable la opción en la cual el juez vele por los intereses de aquellas, camino al que también contribuye el descubrimiento probatorio anticipado, pues el juez contaría con fundamentos, no sólo jurídicos sino también fácticos, para actuar en ese sentido.

El riesgo de asumir una tendencia de tipo norteamericana implicaría, como lo apuntan PIZZI y RODRÍGUEZ GARCÍA, acoger un modelo procesal donde generalmente se abandona a las víctimas⁵⁰², postura que, no obstante, también está siendo revaluada desde la perspectiva anglosajona, para a entrar a reflexionar sobre unos mínimos principios de garantía para éstas y que generen compromisos del fiscal y del juez frente a sus intereses en las negociaciones⁵⁰³. En ese sentido, por ejemplo, se destacan en el Reino Unido las “ATTORNEY GENERAL'S GUIDELINES ON THE ACCEPTANCE OF PLEAS (REVISED 2009)” -*Directrices Generales para fiscales sobre aceptación de declaraciones de culpabilidad (2009)* [Traducción propia]-, una de las cuales indica que:

⁵⁰¹ Como lo refiere un estudio en Colombia: “*El punto más paradójico, es que varios de dichos cambios implican una participación de la víctima que no cuenta con mecanismos para que su posición cuente con alguna eficacia.*” A.A.V.V, Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, Op. Cit., p. 158. Igualmente, sobre cómo se requiere una aproximación más real a las verdaderas capacidades de la víctima en el proceso penal, ver: MARRERO AVENDAÑO, Danny, ¿La víctima como actor procesal? O sobre las inconsistencias del concepto de víctima en el Código de Procedimiento Penal Colombiano. [en línea] <http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub121.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

⁵⁰² PIZZI, Wiliam T., Op. Cit., p. 175 y sgts; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, Op. Cit., p. 86.

⁵⁰³ En ese sentido: FLYNN Asher, Bargaining with justice: victims, plea bargaining and the victims' charter act. 2006 (vic). El documento analiza la “*THE VICTIMS' CHARTER ACT 2006 (VIC)*”, una Carta de derechos de las víctimas en el proceso penal, que desde el año 2006 le concede posibilidades de información e intervención a las víctimas en el Estado de Victoria (Australia); igualmente, analiza el impacto de esta Carta en el plea bargaining que, por la influencia histórica inglesa, también opera en ese país. [En línea] <<http://lawcite.austlii.edu.au/au/journals/MonashULawRw/2011/29.html>> [Consultado el 8 de octubre de 2013]; por su parte, KELLY, Deborah P, refiere que la víctima en el modelo criminal de justicia norteamericano empieza a cobrar importancia y expone algunas experiencias concretas al respecto en Victims' Perceptions of Criminal Justice [en línea] <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol11/iss5/4/>> [citado 5 de septiembre de 2013] [traducción propia]

B3. Cuando un caso esté en lista para juicio y el punto de vista de la fiscalía consiste en que el curso apropiado para el mismo es la aceptación de culpabilidad antes de proceder con las actuaciones o continuar con las mismas o no ofrecer evidencia sobre la acusación o de alguna parte de ella, la fiscalía deberá, siempre que sea posible, hablar con la víctima o la familia de la víctima, para explicar su posición. Los puntos de vista de la víctima o de la familia pueden ayudar a soportar la decisión de la fiscalía sobre si el asunto es de interés público, como lo define el código para los fiscales de la Corona, para aceptar o rechazar la declaración. La víctima o la familia de la víctima deben ser mantenidos informados y las decisiones explicadas una vez estén tomadas por la corte.
[Traducción propia]

Igualmente, impone que *“C1. La base de la declaración de culpabilidad no puede ser acordada sobre una engañosa o falsa fijación de los hechos y debe dar cuenta adecuada sobre los intereses de la víctima.”*

Bajo este contexto, existen fundamentos para sostener que un sistema que postula la garantía del procesado de conocer la base probatoria desde la investigación, también debe abarcar a las víctimas, contribuyendo a alcanzar los postulados de verdad, justicia, reparación y no repetición, dotando de mayor legitimidad a los acuerdos y otras alternativas diferentes del proceso penal ordinario, como igualmente lo plantean CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁵⁰⁴ y PARRA ARCHILA⁵⁰⁵.

Apostando por opciones creativas y adecuadas a cada realidad social, sería posible ubicar un punto de equilibrio entre los derechos de las víctimas y de

⁵⁰⁴ Apunta este autor: *“...una regulación de esta naturaleza, que recoja lo positivo de las que vienen siendo desarrolladas en los países de nuestro entorno y corrija las influencias que en algunos de ellos se han detectado –en especial el olvido de la víctima o el insuficiente control del uso de la oportunidad- no debiera despertar recelos y podría constituir un elemento positivo para el logro de una mayor fluidez en nuestro proceso penal.”* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Op. Cit., p. 308

⁵⁰⁵ Como lo expone en su tesis de doctorado: *“El fallo penal fija condiciones que no se encuentran dentro de la órbita de la sentencia civil, de donde se infiere que la falta de injerencia adecuada del ofendido en el proceso penal, genera resultados perjudiciales y crea un estado de indefensión en la víctima.”* PARRA ARCHILA, María Victoria. Las transformaciones del derecho en Colombia: (...) Op. Cit., p. 337.

los procesados, en donde el descubrimiento probatorio anticipado juegue un papel relevante, pero dejando de poner como referencia al juicio oral, para entrar a analizar el asunto en consideración a las salidas de las negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad.

Encontrar ese punto de ponderación no es sencillo, pues como lo apunta LYNCH, sobre los institutos de las negociaciones y declaraciones de culpabilidad, las perspectivas a partir de las cuales se aborda el tema varían de conformidad a los presupuestos ideológicos que se defiendan. A las visiones de “izquierda”, según este autor, les parece inconcebible condenar a una persona sin garantizarle la plenitud del juicio o sin darle la oportunidad de conocer las pruebas. Para las lecturas “conservadoras”, lo censurable es que se impongan penas tan reducidas y diferentes a las que hubiesen recibido los delincuentes de haber soportado la plenitud del juicio⁵⁰⁶. En esa misma línea, alguien podría reprochar que considerar a las víctimas para el descubrimiento probatorio en la investigación, invitaría a fortalecer la tendencia a convertirlas en vengadores privados y frustraría, además, cualquier punto de acercamiento entre las partes *-postulado que puede ser refutado a partir de experiencias concretas que se han presentado en Estados Unidos*⁵⁰⁷ - mientras que, desde la otra orilla, la exclusión de esa

⁵⁰⁶ Refiere este autor: “Los críticos sostienen que este sistema resulta completamente inapropiado. ¿Cómo puede un país civilizado enviar personas a prisión por varios años sobre la base de un análisis judicial tan superficial de los hechos y del derecho? ¿No deberíamos hacer mucho más que esto para evitar condenas erróneas? Al menos ésta es la crítica de la izquierda; los críticos más conservadores generalmente se quejan de que el sistema otorga al imputado demasiadas oportunidades durante el proceso, antes que muy pocas. Ellos pueden estar más preocupados por el hecho de que el acuerdo represente una decisión injustificada y no resuelta judicialmente que imponga al imputado una pena menor a la que merece.” LYNCH, Gerard Op. Cit.

⁵⁰⁷ En ese sentido, relata KELLY, Deborah P.: “Los abogados frecuentemente objetan que se incrementa la participación de la víctima porque asumen que ello es sinónimo de penas más duras, retribución, obstrucción y retraso. No existen evidencias que corroboren tales posiciones; la evidencia que existe sugiere lo contrario. En Florida, por ejemplo, arreglos previos al juicio en los cuales se incluyó a la víctima, oficiales de policía, fiscales, abogados de la defensa y a los jueces en las deliberaciones, mostraron que los asuntos se resolvieron de manera más rápida. (...) De forma similar, un estudio de jurisdicciones con “victim-impact laws” encontró que, con una excepción (Ohio), las sentencias no aumentaron. Esto puede sugerir que la principal preocupación de la víctima

posibilidad puede ser tildada de inconstitucional y contraria a los postulados de verdad, justicia, reparación y no repetición que internacionalmente se han consolidado.

Como se apunta a lo largo de este capítulo, no se pretende lograr consenso sobre las formas técnicas que desde el punto de vista procesal se apliquen para incorporar las negociaciones o allanamientos a partir de un descubrimiento probatorio anticipado. Puede discreparse de que este postulado se amplíe hasta las víctimas, pero para esta investigación constituiría una enorme ganancia si se genera un espacio de reflexión sobre el asunto, al menos desde el punto de vista del procesado.

VI. LA NECESIDAD DE AMPLIAR LAS FORMAS DE CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS NEGOCIACIONES Y ALLANAMIENTOS

Puede pensarse que no es necesario anticipar el descubrimiento probatorio desde la investigación, porque es suficiente con aplicar un control exhaustivo a nivel judicial de las negociaciones o allanamientos. Se trataría, en ese enfoque, de desplazar la verificación probatoria del indiciado para que, en su lugar, la ejerciera directamente el juez, a quien debería permitírsele el acceso, sin restricción alguna, al material probatorio recolectado en la instrucción.

Si bien ello constituye una alternativa razonable, es preciso concederle al involucrado una oportunidad más amplia de participación en la actuación, teniendo como premisa el dilema que se le plantea entre negociar o

es por la forma en la cual es tratada, no la pena que se imponga al acusado.” Op. Cit. [Traducción propia]. Por su parte, refiere FLYNN Asher que los estudios indican que el principal interés de la víctima en el proceso penal consiste en estar constantemente informada de sus diferentes momentos y decisiones. Ver: FLYNN Asher, *Bargaining with justice: victims, plea bargaining and the victims’ charter act. 2006 (vic)*. Op. Cit.

declarase culpable, opción generalmente acompañada por una considerable rebaja de pena, o la posibilidad de enfrentarse a un juicio con todas las garantías, del cual puede salir más severamente condenado. Aun cuando, en un Estado intervencionista y socialmente comprometido, resulta válido aceptar la participación de las autoridades públicas en los asuntos de la esfera privada, y más aún, en los que se estima son propios del derecho público, tratándose de temas de especial trascendencia como el derecho a la libertad, el punto no puede ser asumido exclusivamente desde una perspectiva institucional de control, sino que, merece la concesión de espacios efectivos de injerencia del sujeto involucrado.

Podría sostenerse que, como regla general, el indiciado conoce de antemano cuáles son las evidencias probatorias que lo comprometen y cuáles las que lo favorecen o, en ese mismo sentido, cuenta con la alternativa de calcular qué elementos la fiscalía, por carecer de información, no podrá conseguir. Esta postura teóricamente podría censurarse por desconocer el principio de presunción de inocencia, pero si, en gracia de discusión, se toma como referente para suponer que gran parte de las personas investigadas a la postre resultan culpables, al mismo tiempo, habría que aceptar que existe un margen de sujetos que aún siendo inocentes son declarados culpables, asunto que es de suma importancia pues se supone que una sociedad civilizada se esfuerza al máximo por evitar que sus ciudadanos paguen por crímenes que no cometieron, finalidad que es relevante en países con tradición continental europea y que se aprecia también en el debate actual sobre el *plea bargaining* y el *plea guilty* en los Estados Unidos⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Al respecto se dice: “Cerca del 95% de todas las condenas en los Estados Unidos se aseguran con una declaración de culpabilidad, la mayoría de ellas a partir de la negociación de responsabilidad. Sin embargo, a pesar de su prevalencia, o quizás debido a ella, los acuerdos con el fiscal siguen siendo una de las prácticas más controvertidas en el sistema de justicia penal. El temor de que acusados inocentes se declaren culpables a menudo anima el caliente debate de la justicia negociada. Y la imposición de sanciones a los inocentes no sólo es moralmente incorrecta, también es ineficiente.” [traducción propia] BAR-GILL, Oren and GAZAL, Oren, Op. Cit.

Si bien, como lo apuntan GAZAL y BAR-Gil, que los inocentes sean declarados culpables es un riesgo inherente al proceso penal y se evidencia tanto en los eventos de declaración negociada o unilateral como en aquellos en los cuales se opta por el juicio⁵⁰⁹, aspecto que también es resaltado por GROSS⁵¹⁰, estudios también señalan que bajo las primeras figuras pueden presentarse circunstancias que presionarían especialmente para que se genere esa situación.

En efecto, un estudio culminado en el año 2012 por LUCIAN E. DERVAN y VANESSA EDKINS, profesores de la facultad de leyes de la Universidad de Georgia y del Departamento de Psicología del *Florida Institute of Technology*, respectivamente, sugiere que, aplicados los estímulos necesarios, existe un alto porcentaje de personas racionalmente capaces que optarían por declararse culpables aún siendo inocentes. En ese sentido, la investigación que se adelantó durante varios meses y que contó con la participación de decenas de estudiantes universitarios, acreditó que *“más de la mitad de los participantes inocentes estaban dispuestos a admitir la culpa falsamente a cambio de percibir algún beneficio”*⁵¹¹. Según lo reportó el experimento,

⁵⁰⁹ BAR-GILL, Oren and GAZAL, Oren, Op. Cit., que: *“Es importante destacar que la mayor parte de la responsabilidad por el problema de condenas erróneas no se encuentra en la institución de la negociación con el fiscal, sino más bien en la inexactitud inherente al proceso judicial. En un mundo ideal, en un sistema de adjudicación libre de errores respecto a la posibilidad de condenar a inocentes, nunca ningún acusado inocente se declararía culpable. De hecho, habida cuenta de las imperfecciones del sistema, se ha argumentado que acuerdos con el fiscal sólo pueden ayudar a la contradicción riesgo – no riesgo, culpable o inocente.”* [traducción propia]

⁵¹⁰ Al respecto ver: GROSS, Samuel R., *Convicting the innocent*, Op. Cit.

⁵¹¹ DERVAN, Lucian E., EDKINS, Vanessa, Op. Cit.; el experimento consistió en solicitarles a una cantidad significativa de estudiantes participar en un experimento académico donde debían responder determinadas preguntas de lógica; para ello debían trabajar en binas, pero las parejas fueron seleccionadas por los realizadores del experimento, con el fin de hacer incurrir en trampa a la mitad de los participantes en la prueba. La trampa consistía en que sólo determinado número de preguntas debían ser contestadas en binas, el resto debían resolverse individualmente. La mitad del grupo objeto del experimento fue engañado por sus parejas para que contesten también el resto de las preguntas en forma grupal. Al final, por los controles impuestos al experimento, resultaba relativamente fácil detectar la trampa, pues las opciones erróneas seleccionadas eran alternativas casi imposibles según el diseño del ejercicio. El asistente académico, bajo cuya responsabilidad se encontraba el ejercicio académico, les advirtió a los estudiantes que la trampa había sido descubierta, dándole dos opciones: una, el aceptar la responsabilidad y perder así la compensación académica que se les había prometido

nueve de cada diez estudiantes responsables se declararon culpables y aceptaron el trato, mientras que un promedio de seis de cada diez estudiantes inocentes optó por la misma alternativa. Si bien, los datos apuntan a que los estudiantes culpables son más propensos a aceptar tratos favorables, el estudio llama la atención sobre el alto porcentaje de estudiantes inocentes que estuvieron dispuestos a aceptar su culpabilidad a cambio de una pena más benévola. En parte, según los investigadores, esto se produjo porque existe un diferencial significativo entre la pena negociada y la pena real que hubiese sido aplicada en caso de ir a juicio. Al final, luego de evaluar otros trabajos que en el pasado se habían practicado en ese mismo sentido⁵¹² y de analizar el avance jurisprudencial que para el control de las figuras de las negociaciones se aplica en los Estados Unidos, los investigadores concluyen que la Suprema Corte de ese país se equivoca al dar tanta confianza a las decisiones racionales de las partes, pues los experimentos indican que se presenta un amplio margen donde el sistema puede comprometer a personas inocentes, por lo que culminan proponiendo una urgente reforma a la “*máquina del plea bargaining*”.

Adicionalmente, como lo apunta STEPHANOS BIBAS, quienes trabajan para el sistema de justicia penal, ya sea en la fase de la investigación o en la del juicio, son seres humanos que procuran éticamente cumplir su misión pero

por participar en el experimento –simulando con esto la libertad condicional por tiempo servido, figuras propias del sistema de justicia norteamericano-, o, dos, el no aceptar la responsabilidad y correr el riesgo de enfrentarse a una Junta de Revisión Académica, siendo que si escogen esa alternativa, el asistente académico les informó que la mayoría de estudiantes, un porcentaje aproximado entre el 80 y el 90%, son declarados culpables en esa sede –simulando el porcentaje de situaciones que así culminan en el sistema de justicia penal norteamericano-. Igualmente, el asistente les aclaró que, en caso de ser encontrados culpables, perderían no sólo su compensación académica, sino que el hecho sería informado a su consejero académico y que además tendrían que tomar obligatoriamente un curso de ética de tres horas a la semana durante el semestre. Esta investigación pretende mostrar una versión más completa de la que, en sentido similar, realizaron TOR, Avishalom, GAZAL-AYAL, Oren y GARCIA, Stephen M., Op. Cit., misma que arrojó como resultado que, no obstante la presión a las que puede ser sometido el procesado para negociar o declararse culpable, muchas veces se impone el sentido de justicia o de equidad, por lo que muchas personas prefieren ir a juicio.

⁵¹² Entre estos, se hace referencia a RUSSANO, Melissa B., MEISSNER, Christian A., NARCHET, Fadia M. y KASSIN, Saul M. Op. Cit.

que, de la misma forma, también piensan en sus propias perspectivas personales, muchas de las cuales no están sintonizadas con la idea de soportar extensos juicios o disquisiciones complejas sobre asuntos de dogmática. En ese contexto, como lo explica este autor, no sólo se promueven negociaciones procurando hacer lo correcto, sino también porque ello facilita “...reducir sus cargas de trabajo, para que puedan salir a tiempo de sus oficinas a tomar la cena con sus familias” o porque un porcentaje mayor de condenas apoya mejor la estadística y el futuro profesional⁵¹³, lo cual impulsa la aplicación de estrategias indebidas, con miras a eludir el juicio, prácticas que DE DIEGO DíEZ destaca frente al derecho continental europeo⁵¹⁴ y MESTRE ORDÓÑEZ en el caso colombiano⁵¹⁵, siendo también

⁵¹³ BIBAS, Stephanos, Op. Cit.

⁵¹⁴ Refiere este autor: “En muchas ocasiones este procedimiento es utilizado por las partes como expediente para afrontar la excesiva carga de trabajo judicial mediante una definición contratada del resultado del proceso que olvida prestar la adecuada atención a los motivos de la acusación. Ello se traduce, en suma, en una denegación de justicia para el acusado, para la víctima, para los testigos y para toda la colectividad, determinando la pérdida de credibilidad del sistema judicial a los ojos del ciudadano.” DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, Op. Cit., p. 78.

⁵¹⁵ Entres las estrategias que destaca este autor, se reportan las siguientes: “La otra estrategia ilegítima es la negociación y el acuerdo anteriores a la imputación. Las normas relativas a los acuerdos incluidas en los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 se refieren a los preacuerdos celebrados “desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación” y de los preacuerdos que se celebran “presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad”. En consecuencia, no está previsto en la ley que existan preacuerdos anteriores a la formulación de la imputación. Algunos alegan que el artículo 293 si faculta la negociación antes de la imputación, pues dice que “Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”, lo cual reconoce que la aceptación de la imputación puede ser fruto de un acuerdo. Aunque la norma es equívoca y se puede interpretar forzosamente en ese sentido, existen dos motivos por los cuales ello no es acertado. (...)

En segundo lugar y con mayor relevancia, porque al igual que con la anterior estrategia, con esta se contraviene la limitación del segundo inciso del artículo 351 al otorgar una doble rebaja expresamente prohibida. En efecto, si la defensa negocia con la Fiscalía los términos de la imputación, perfectamente puede lograr que se elimine un cargo específico o una causal de agravación punitiva o a que se modifique de manera favorable para el defendido la adecuación típica provisional que tenía prevista la Fiscalía, y después, con la aceptación, supuesta y aparentemente unilateral, obtiene una rebaja de la mitad de la pena.

Con estas estrategias, además de generar una doble rebaja, también se busca evitar los efectos de lo dispuesto en el artículo 349 del CPP, según el cual los preacuerdos que se celebren respecto de delitos en los cuales el sujeto activo del delito haya obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, tienen un requisito adicional consistente en el reintegro de por lo menos el cincuenta por ciento del incremento percibido y el aseguramiento del recaudo del remanente. Normalmente, el delito por el cual se presenta el allanamiento o respecto del cual se aplica el principio de oportunidad, en utilización de las estrategias señaladas, es aquel que genere el incremento patrimonial del

admitidas por jueces y fiscales nacionales en el Primer Encuentro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio celebrado en Cartagena en el año 2012: *“Otro aspecto importante [que afecta la adecuada aplicación del Sistema] hace relación a la preponderancia de factores de cantidad en el registro estadístico de la actividad de jueces y fiscales, con desatención de los aspectos de calidad, lo cual, se dice, ha generado prácticas indebidas para justificar la mayor realización de audiencias.”*⁵¹⁶ Con un panorama así de complejo, luce razonable el planteamiento de ELLEN YAROSHEFSKY, cuando afirma que reducir el asunto a la decisión ética de los fiscales y jueces, puede resultar demasiado riesgoso⁵¹⁷.

Si a lo anterior se agrega un escenario donde la justicia opera en condiciones deficitarias y técnicamente anticuadas, como se reconoce en el campo colombiano⁵¹⁸, se genera un espacio amplio para reflexionar sobre hasta qué punto las personas que se someten a un acuerdo o negociación a ciegas, en verdad, finalmente, de haber escogido la opción del juicio, hubiesen sido declaradas culpables. De hecho, en Estados Unidos, uno de los motivos para que en las últimas décadas se haya acrecentado la discusión sobre los *plea bargaining* y *plea guilty*, parte de las investigaciones que dan cuenta de la cantidad de eventos en los cuales se comprobó que los condenados bajo

investigado. Como no se trata de un preacuerdo, no existe el requisito económico y la negociación no se ve limitada por esa circunstancia.

“Si bien las normas no regulan o prohíben expresamente estas conductas, de la Fiscalía se espera un comportamiento más ético y comprometido con la vigencia del orden jurídico, no elusivo de los límites legales que se imponen a su actividad procesatoria y negociadora.” MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, Los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal en la práctica de la fiscalía general de la nación. En: XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 666-667.

⁵¹⁶ Primer Encuentro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio [Memorias], Op. Cit.

⁵¹⁷ YAROSHEFSKY, Ellen, Op. Cit.

⁵¹⁸ Según se dijo en el “Primer Encuentro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio”: *“En cuanto al ámbito de investigación, se expresó la poca profesionalización de la policía judicial, su falta de presencia en todo el territorio nacional y las dificultades para la prestación del servicio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en provincia. También, las dificultades de coordinar las actividades de investigación con agencias de la Policía Nacional, cuyos miembros focalizan sus esfuerzos hasta lograr capturas, pero no prestan apoyo en el juicio.”* [Memorias] Op. Cit.

estas figuras eran inocentes y las sentencias fueron generadas por la presión a la que se vieron sometidos⁵¹⁹.

En Colombia, en esa línea, empiezan a mostrarse efectos que combinados dan para varias reflexiones. De hecho, uno que ha sido resaltado en esta investigación, constata que una gran cantidad de casos penales recibe tratamiento vía negociaciones y allanamientos. El otro, parece sugerir que cuando lo anterior no ocurre y la Fiscalía decide por el juicio, su porcentaje de derrotas va en aumento; es decir, los procesados están consiguiendo más absoluciones cuando optan por la plenitud del debate⁵²⁰, contrario a lo que sucede en Estados Unidos, donde una de las características del modelo, como lo destaca LANGER, radica en que si el fiscal va a juicio en la gran mayoría de los casos termina imponiéndose⁵²¹. En ese contexto, si el fiscal evalúa que, en caso de ir a juicio tiene una alta probabilidad de perderlo, puede aprovechar la investigación para presionar a la contraparte para lograr un acuerdo o allanamiento. Esta valoración, sin embargo, requiere estudios concretos, donde se considere el tipo de conductas penales investigadas y juzgadas pues, como se observó en la investigación de KYLE GRAHAM, la reacción procesal de las personas puede depender de ese factor, amén de otros aspectos subjetivos que han sido destacados por STEPHANOS BIBAS.

Por lo anterior, la opción de fortalecer el control vertical para que los jueces supervisen las potestades dispositivas de las partes en el proceso penal no

⁵¹⁹ *Ibidem*. Igualmente, ver: GROSS, Samuel R., *Convicting the innocent*, Op. Cit.

⁵²⁰ Según el “*Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*” de la Corporación Excelencia en la Justicia, se reporta que en el año 2010, si la fiscalía iba a juicio oral, obtenía un porcentaje de 75% de sentencias condenatorias frente a un 25% de sentencias absolutorias; ver: Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio, Op. Cit., p. 12. Para el año 2011, según lo expresa esa misma entidad considerando información reportada por el SPOA –Base de datos de la fiscalía para el sistema oral acusatorio-, el porcentaje varió y cuando la fiscalía fue a juicio obtuvo un 70% de victorias sobre un 30% de absoluciones que lograron los acusados. Esta información fue remitida vía mensaje electrónico: RAMOS, Ana María, Consultora de la Corporación Excelencia en la Justicia, “*Datos Estadísticos SPA preacuerdos*”, mensaje enviado a: SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe, 13 de enero de 2013. [citado el 17 de enero de 2013] Comunicación personal.

⁵²¹ LANGER, Máximo, *Rethinking Plea Bargaining (...)* Op. Cit.

puede descartarse y desde la práctica judicial estadounidense hay antecedentes que sobre el punto se han incorporado, mismos que se perfilan en la línea de apoyar que la declaración de voluntad –*negociada o unilateral*–, se haga de forma consciente, libre y voluntaria⁵²² y evitar que la decisión del fiscal de negociar o ir a juicio, esté orientada por criterios inconstitucionales –*raza, religión, tendencia política, etc.*–⁵²³. Si bien, para muchos, estos instrumentos de control son más formales que reales⁵²⁴ y se reducen a la práctica de una “letanía” de preguntas y respuestas automatizadas sobre la conciencia, voluntad y adecuada asesoría en el acto dispositivo, como lo dice YAROSHEFSKY⁵²⁵, también se acepta que el juez norteamericano no está obligado a aprobar el acuerdo⁵²⁶ y que si bien “(n)o hay duda que la amplitud de la discreción que nuestro sistema legal le concede a los abogados lleva

⁵²² Sobre este punto, los Fallos de la CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS: Lynch v. Overholser, 369 U.S. 705 (1962); Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971); United States v. Benchimol, No. 84-1165, decidido May 13, 1985; Premo, Superintendent, Oregon State Penitentiary v. Moore, enero 19 de 2011.

⁵²³ Ver CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Fallo Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978) 434 U.S. 357, decidido 18 de enero de 1978.

⁵²⁴ Apunta DE DIEGO DIÉZ: “Los tres parámetros son extremadamente ambiguos, hasta el punto de consentir un control meramente formal y superficial sobre su existencia. No debe sorprendernos, por tanto, que algún autor haya comparado el acto del juicio tras la negociación con la protocolización de un acto notarial, aderezado con ciertos tintes de procedimiento administrativo.” DE DIEGO DIÉZ, Luis Alfredo, Op. Cit., p. 78; igualmente, TINOCO PASTRANA: “En pocas ocasiones la Corte no admite las concesiones del prosecutor en el agreement. Ello lo realiza en base a su discretionary power, y suele tener lugar cuando considera que la pena que se impondría si siguiera el agreement es demasiado reducida.” TINOCO PASTRANA, Ángel, Op. Cit., p. 258; En el mismo sentido, PEDRAZ PAÑALVA: “En la práctica se tiende más que a comprobar la certeza del hecho justiciable, a verificar si el reconocimiento o conformidad ha sido voluntario y racional (inteligente), olvidando el asegurarse de que la declaración de culpabilidad y subsiguiente condena responde a unos hechos ciertos.” PEDRAZ PENALVA, Ernesto, Op. Cit..

⁵²⁵ YAROSHEFSKY, Ellen, Op. Cit.

⁵²⁶ Refiere CHIESA APONTE al respecto: “4) Si la alegación preacordada es rechazada por el Tribunal, este así informará a las partes y advertirá al imputado personalmente en corte abierta, o en cámara si mediare justa causa para ello, que el tribunal no está obligado por el acuerdo, y brindará al imputado la oportunidad de retirar su alegación.” CHIESA APONTE, Ernesto L., Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, T. II, Op. Cit., p. 427; en ese mismo sentido, explica MUÑOZ NEIRA: “Que el sistema sea adversativo significa que la responsabilidad de investigar los hechos, de presentar pruebas y determinar la argumentación pertinente es de las partes adversarias. Pero eso no significa, que en el sistema estadounidense el juez sea un “convidado de piedra”, sino que debe estar pendiente para evitar los excesos de las partes e imponer a una de ellas el deber de contribuir en la consecución de información requerida por la otra (descubrimiento), de tal suerte que no podemos hablar de un sistema adversativo puro, sino de un sistema adversativo regulado.” MUÑOZ NEIRA, Orlando, Op. Cit., p. 128.

*consigo el potencial abuso tanto individual como institucional [...] por amplia que la discreción pueda ser, indudablemente hay límites constitucionales para su ejercicio*⁵²⁷, exigiendo, además, que la práctica de la negociación tenga en cuenta la “...*reputación pública de los procedimientos judiciales*”⁵²⁸, esto en sintonía con la Regla 11 de Procedimiento Penal Federal, en la cual se condensan los fundamentos para que se rechacen o aprueben los acuerdos o declaraciones de culpabilidad a ese nivel de competencias⁵²⁹.

Sin embargo, en el contexto general de los Estados Unidos⁵³⁰, se discute si el juez norteamericano tiene herramientas que le permitan conocer si los cargos por los cuales el acusado negoció o se declaró culpable, corresponden con los hechos o la conducta realmente cometida. Para muchos, el juez no tiene otra alternativa que creer en las partes, en tanto existe un déficit de información que le es imposible suplir, como bien lo apunta EASTERBROOK, para quien en el sistema norteamericano, más información posee un juez civil sobre sus casos que otro penal⁵³¹, de tal

⁵²⁷ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978) 434 U.S. 357, decidido 18 de enero de 1978. [traducción propia]

⁵²⁸ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Puckett v. United States*, marzo 25 de 2009. [traducción propia]. En sentido similar Fallo de la misma autoridad: *Kercheval v. United States*, 274 U.S. 220 (1927). La discrecionalidad como un criterio fuerte en la determinación de si el juez acepta o no un acuerdo, tiene antecedentes muy antiguos en el sistema norteamericano, ver CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Hudson V. United States*, 272 U.S. 451, 1926.

⁵²⁹ Según esta regla: “*El acusado puede declararse no culpable, culpable o, con el consentimiento del tribunal, “nolo contendere”.* La Corte puede negarse a aceptar una declaración de culpabilidad, y no aceptará tal petición o una declaración de nolo contendere sin antes dirigirse al acusado personalmente y determinar que la declaración se hace voluntariamente con la comprensión de la naturaleza de los cargos y de las consecuencias de la misma. Si el acusado se niega a declararse culpable o si la Corte se niega a aceptar una declaración de culpabilidad o si el demandado no comparece ante la corporación, ésta deberá entrar la declaración como de no culpable. La Corte no podrá dictar un fallo sobre una declaración de culpabilidad a menos que esté convencido de que existe una base fáctica para la declaración de culpabilidad.” [traducción propia]

⁵³⁰ Esto, tanto a nivel federal donde la Regla 11 exige un “convencimiento” sobre la base fáctica para condenar, como en el contexto específico de los Estados donde tal norma no aplica.

⁵³¹ “*Creo que es más probable que la reticencia judicial [del juez penal], refleja la pobreza de información de los jueces. En los casos civiles el juez supervisa y tiene acceso a descubrimiento. En materia penal el juez ve mucho menos*”. EASTERBROOK, Frank H., Op. Cit. En este punto, coincide: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, Op. Cit.

manera que, al final, como lo reporta PIZZI, la persona puede terminar condenada por cualquier hecho menos por el que realmente cometió⁵³².

En otros contornos, tradicionalmente identificados como seguidores de esquemas anglosajones del proceso penal, el asunto ha recibido atención jurisprudencial y, en ese sentido, se destaca un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Canadá que estableció el derecho de los investigados a conocer los materiales probatorios o de información en poder de la fiscalía y, lo más importante, definió que ello debía concretarse “...antes de que el acusado sea llamado a elegir entre ir a juicio o declararse culpable”⁵³³. Se destaca que este pronunciamiento proviene de un país con raíz anglosajona y así lo admite esa Corte Suprema, reconociendo que en los sistemas de tradición adversarial, tanto en el derecho civil como en el penal, se pensaba en que el secreto probatorio constituía un arma natural entre los adversarios, un postulado básico del combate, situación que se superó en el derecho civil al comprender que, contrario a ese pensamiento, contribuye más a la administración de justicia cuando la parte conoce anticipadamente la información que su contradictor propondrá en el debate⁵³⁴.

⁵³² En esos sentido, explica: “Y así podemos ver en los Estados Unidos casos de violación en los que de la documentación policial resulta claramente que el acusado penetró sexualmente a la víctima, pero en los que finalmente se llegó a un acuerdo por el que aquél se declara culpable de “tocamiento in consentido”, como si simplemente hubiese rozado con la mano el pecho de la víctima. O una serie de robos “empaquetados” en una única admisión de culpabilidad por un único robo; o robos a mano armada en los que el acusado admite la culpabilidad de un único robo en el que el arma desaparece como por arte de magia. Y por lo que hace a la sentencia, puede ser que también sea necesario rebajarla drásticamente para reflejar la debilidad del caso: es el caso de acusados con grandes posibilidades de conseguir la exclusión de pruebas cruciales para la acusación, a los que se les ofrece una sentencia de libertad bajo fianza o una ligera pena de cárcel, a pesar de que todo el mundo reconoce que merecen pasar encerrados varios años a la vista del delito cometido.” PIZZI, Wiliam T., Op. Cit., p. 209-210.

⁵³³ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Fallo R. v. Stinchcombe, 3 S.C.R. 326 (1991). [traducción propia]

⁵³⁴ Apuntó en extenso lo siguiente: “La producción y el descubrimiento eran extraños en el proceso de enjuiciamiento adversarial en su historia anterior, cuando el elemento de la sorpresa fue una de las armas aceptadas en el arsenal de los adversarios. Esto aplicaba tanto a los procedimientos penales como a los civiles. Es significativo que en los procedimientos civiles este aspecto del proceso adversarial ha desaparecido hace mucho tiempo y el descubrimiento completo de los documentos e incluso el examen oral de las partes y de los testigos, son características habituales en la práctica.

Esa Colegiatura, resaltó cómo el derecho penal ha retrasado el análisis de este asunto y, por ello, estimó oportuno afrontar con seriedad la discusión. En ese sentido, consideró que el sistema procesal penal debía preocuparse no sólo por producir sentencias, sino también porque éstas sean justas y sólidas, sin que ello perjudique su grado de eficiencia, pues sobre tal aspecto, no existe demostración en concreto; al contrario, un descubrimiento probatorio oportuno, refirió tal autoridad, contribuiría a hacer más eficientes y confiables los acuerdos, evitando revisiones judiciales posteriores. Para la citada Corte: *“La Corona tiene la obligación legal de revelar toda la información pertinente a la defensa. Los frutos de la investigación, los cuales están en su posesión, no son de propiedad de la Corona para su uso en la obtención de la condena, la propiedad es del público para ser usado en asegurar que se haga justicia”*. Admitió, no obstante, que en casos especiales puede mantenerse la reserva, de existir un motivo razonable bajo la *“existencia de un privilegio legal que excluye la apertura de la información”*, todo esto, a su vez, *“bajo el control del juez correspondiente”*⁵³⁵.

Este cambio devino como resultado de la aceptación del principio a partir del cual la justicia se sirve mejor cuando el elemento de la sorpresa es eliminado del juicio y las partes estaban dispuestas a abordar los temas sobre la base de la información completa del caso en que se encontraban.

“Sorprendentemente, en los casos penales en los que la libertad del sujeto está por lo general en juego, este aspecto del sistema adversarial se ha retrasado sucesivamente. Mientras que la barra de abogados de la fiscalía generalmente ha cooperado en el descubrimiento pero con carácter voluntario, se ha producido una considerable resistencia a la promulgación de normas integrales en virtud de las cuales pueda hacerse de esto una práctica obligatoria. Esto puede atribuirse al hecho de que las propuestas de reforma en este sentido no prevén la divulgación recíproca por parte de la defensa (ver Documento de Trabajo 1974 en las páginas 29-31; informe de 1984 en las páginas 13-15; Marshall Commission Report, infra, Vol. 1, at pp. 242-44).

“Es difícil justificar la posición que se aferra a la idea de que la Corona no tiene la obligación legal de revelar toda la información relevante. Los argumentos en contra de la existencia de tal deber no tienen fundamento, mientras que los votos a favor, son, en mi opinión, abrumadores. La sugerencia de que el derecho sea recíproco puede merecer la consideración de esta Corte en el futuro, pero no es una razón válida para absolver a la Corona de su deber. El argumento contrario no toma en cuenta la diferencia fundamental en los papeles respectivos de la acusación y la defensa.” [traducción propia]

⁵³⁵ *Ibídem.* [traducción propia]

El fallo, sin embargo, ha recibido críticas en Canadá, donde autores como ALEX MACDONALD, un ex fiscal general de British Columbia, con experiencia en la judicatura y docencia en ese país, expone que su alcance implica injusticias porque, so pretexto de garantizar los derechos del acusado, se terminan perjudicando los intereses de las víctimas y de la sociedad en general. Según lo apunta este autor:

Sin embargo, estos "derechos" [refiriéndose a que el acusado no está en el deber de colaborar con la Acusación y la garantía de guardar silencio] son ilegítimos e injustos. Hay después de todo dos lados, no uno, en los procesos penales. Uno de ellos es el acusado, el otro la Corona o la Reina o, como los americanos dicen, "el Pueblo". La Reina, la Corona y el Pueblo, todos tienen un valor a proteger, la comprobación de la actividad criminal. Esto tiene un valor igual a los derechos del acusado de hacer una aclaración completa y que excluyan la culpabilidad sino se prueba más allá de toda duda razonable.

La divulgación unilateral [sólo para la Fiscalía] viola la Sección 15 de la Carta, que dice que "toda persona" tiene derecho a un trato igual ante y bajo la ley. ¿Dónde está la igualdad cuando una víctima de violación tiene que revelar todas las pruebas pertinentes de buenas a primeras, mientras que para sus supuestos verdugos no es necesario?⁵³⁶

Sin demeritar este tipo de argumentos, los planteamientos realizados hasta este momento estarían en la capacidad de tranquilizar al respecto, pues se fijarían casos específicos donde no operaría el descubrimiento anticipado y pueden ocurrir otras situaciones donde la valoración de las circunstancias estaría a cargo de un juez imparcial, a quien le corresponderá ponderar los intereses en conflicto, entre ellos, los de la víctima que, como lo sostiene MACDONALD, puede verse perjudicada si se aplican sin restricción este tipo de garantías. Igualmente, como antes se indicó, habría que analizar si en la

⁵³⁶ MACDONALD, Alex, *Outrage*, Canada's Justice System on Trial, Vancouver, Raincoast Books, 2000, p.50. [Traducción propia]

actuación se dispuso de algún tipo de medida preventiva, pues tal factor debería ser considerado en el juicio de ponderación respectivo.

En la misma línea, aparecen las recientes reglas procesales del Estado de Carolina del Norte, que a raíz de una serie de fallos de su Corte Suprema estatal⁵³⁷, el 21 de febrero de 2012 promulgó nuevas normas de procedimiento penal relacionadas con el descubrimiento probatorio desde la investigación⁵³⁸, destacándose, por ejemplo, las siguientes:

Por moción del acusado, el tribunal debe ordenar:

(1) Que el Estado ponga a disposición del acusado los archivos completos de todas las agencias del orden público, de los organismos de investigación y de las oficinas de los fiscales que intervienen en la investigación de los delitos cometidos o en la acusación del demandado.

a. El término "archivo" incluye declaraciones del acusado, las declaraciones de los co-acusados, las declaraciones de los testigos, las notas de los agentes investigadores, los resultados de las pruebas y exámenes, o cualquier otra materia o evidencia obtenidas durante la investigación de los delitos presuntamente cometidos por el acusado. Cualquier asunto o evidencia que se presente para análisis o examen, además de cualquier examen o los resultados del examen, cualquier otro dato, cálculos, o escritos de cualquier tipo, serán puestos a disposición del acusado, incluyendo, pero no limitado a ello, las pruebas preliminares o resultados de las búsquedas y notas de banco.

En un análisis de estas disposiciones, sus antecedentes históricos y efectos, JANET MOORE⁵³⁹ hace hincapié en los beneficios en términos de justicia material, ahorro de recursos económicos, mayor eficacia en la administración

⁵³⁷ Ver, sobre el asunto: MOORE, Janet, Op. Cit.

⁵³⁸ NORTH CAROLINA GENERAL STATUTES § 15A-903 Disclosure of evidence by the State - Information subject to disclosure. [Traducción propia]

⁵³⁹ MOORE, Janet, Op. Cit.

de justicia y mejores garantías frente a la negociación de cargos. Según su investigación:

Prueba adicional del éxito de la política de archivos abiertos incluye la poca frecuencia con que se presentan impugnaciones ante los tribunales u otros litigios importantes a causa de las citadas normas procesales en los casos reportados; [...]

Las observaciones de los implicados en la capacitación y aplicación indican que después de una resistencia inicial, sobre todo de parte de los fiscales más experimentados y oficiales de la ley, la reforma de archivos abiertos está encontrando cada vez más amplia aceptación. En virtud de estas leyes, la responsabilidad por la identificación de información materialmente beneficiosa está donde debe estar -con el abogado defensor-. La política de archivos abiertos parece estar aumentando la velocidad y la justicia en la negociación de los cargos.

La apertura probatoria desde la investigación, según GÓMEZ-JARA DÍEZ, deviene en una reciente tendencia a nivel norteamericano que cobra cada vez más fuerza:

Por ello se ha planteado en tiempos recientes con especial virulencia la necesidad de un sistema de open file discovery, de tal manera que la defensa tenga acceso, con tiempo suficiente, a los resultados completos de toda la investigación policial. El motivo que tradicionalmente se ha argumentado para evitar que la defensa tuviera acceso a la misma es, sencillamente, que la experiencia con los juicios contra la criminalidad organizada han mostrado que los atentados contra testigos de cargo eran posibles gracias a la constancia con antelación de las identidades de los mismos. No obstante, las propuestas actuales van orientadas a establecer las reglas para este tipo específico de procedimientos, permitiendo, en el resto, el acceso inicial de la defensa a toda la investigación.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Op. Cit., p. 53. Igualmente, ver: EDITORIAL, Justice and Open Files, Op. Cit.

En ese mismo sentido, CASSIDY se refiere en Estados Unidos al “*move to open file discovery*” –*movimiento por archivos abiertos*–, mismo que, según su investigación realizada en el 2011 para la Universidad de Boston, no muestra un desarrollo uniforme en los diferentes Estados ni a nivel Federal, de tal forma que

*...las reglas estatales de procedimiento criminal también varían ampliamente en su enfoque para el descubrimiento de evidencia de impugnación [cabe anotar que su investigación se concentra en este tipo de evidencias, es decir, las que sirven para impugnar la fuerza de las evidencias, diferenciándolas de aquellas que sirven para acreditar la inocencia, no obstante que también apunta que, en cierto sentido, los conceptos pueden acercarse desde la finalidad que en ambos persiguen], aunque tienden a ser menos desarrolladas que las reglas federales locales.*⁵⁴¹

PETER H. SOLOMON⁵⁴², desde otro contexto, destaca cómo en Rusia, que tradicionalmente sigue modelos inquisitivos estrictos, se acogió recientemente el esquema de negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad norteamericano, pero concediéndole al procesado la oportunidad de conocer el expediente que sustenta la investigación. Apunta al respecto:

Optando por el procedimiento [abreviado] que normalmente tiene lugar al final de la investigación (cuando el imputado primero ha observado el expediente preparado por el investigador), el acusado tiene derecho a tomar una decisión [sobre terminar anticipadamente el proceso] en una etapa posterior, como en el momento de la audiencia preliminar o al comienzo del juicio. [Subrayas fuera del original]

Y, en el modelo acusatorio inglés, desde el año 1982, con el Fallo R v Newton, que configuró la denominada “*Audiencia Newton*”, se tiene

⁵⁴¹ CASSIDY, Michael, Plea Bargaining, Discovery and the Intractable Problem of Impeachment Disclosures, Op. Cit.

⁵⁴² SOLOMON, Peter H., Plea Bargaining Russian Style, [Traducción propia] Op. Cit.

establecida la posibilidad de que, en caso de una fuerte divergencia de criterios entre acusador y acusado sobre la forma en que sucedieron los hechos que motivaron una declaración de culpabilidad⁵⁴³, el juez pueda decidir a partir de tres opciones: a) remitir el caso a un jurado; b) escuchar directamente la evidencia y resolver así la disputa; y, c) definir el caso sin escuchar evidencia y únicamente considerando las presentaciones de las partes, alternativa en la cual, de mantenerse la divergencia, le corresponde acoger la posición del acusado. En ese sentido, se dice en la citada decisión:

Hay tres maneras en las que un juez puede abordar estas circunstancias en la difícil tarea de sentenciar. Es posible, en ciertas situaciones, obtener la respuesta a un problema con un jurado. Por ejemplo, cuando se trata de una cuestión de si la condena debe ser conforme a la sección 18 o la sección 20 de la Ley de Delitos contra la Persona de 1861, donde el jurado puede determinar el problema con un juicio en virtud de la sección 18.

(...)

El segundo método, que podría ser adoptado por el juez bajo

⁵⁴³ En el caso concreto, la divergencia se presentó por la siguiente situación: “*El conflicto de versiones entre las dos partes se debió a lo siguiente: El apelante y su esposa se casaron en 1976 y había sido un matrimonio tormentoso, que estaba en el momento en que ocurrieron estos eventos, si no en el proceso de separarse, al menos cerca de hundirse. Según la esposa los hechos ocurrieron así: en la noche del 24 de septiembre de 1981, el apelante volvió a casa embriagado y exigió relaciones sexuales con ella. Ella no estaba dispuesta. Trató, sin éxito, de tener relaciones sexuales, pero no pudo lograr una erección. A continuación intentó, sin éxito, hacer que ella tuviera sexo oral con él. Eventualmente, tuvo relaciones sexuales con ella sentada encima de él. Según ella hubo otro intento de tener sexo oral, pero ella salió corriendo de la habitación. Él la atrapó cuando llegó a la puerta principal. Un gran moretón que fue descubierto finalmente en su muslo, dijo ella que fue causado cuando él cerró la puerta en su pierna. Según ella, a continuación la arrastró de vuelta a su apartamento, la golpeó en la cabeza y le dio una patada. Después de eso, bajo la amenaza de más violencia por parte de él, se vio obligada a someterse a una serie de vejaciones sexuales: en primer lugar, él la sodomizó y luego insertó objetos en su vagina. Luego hubo un segundo acto de sodomía, luego tuvo relaciones sexuales normales por su vagina seguida por sexo oral, durante el curso de la cual, según ella, él eyaculó.*

Según la versión que él presentó de los hechos, la relación sexual entre los dos siempre había sido un poco extraña a las formas corrientes de pensar, pero que, en la situación que motivó el caso, ella había dado su consentimiento a todo lo sucedido. Ciertamente, según su versión, había consentido la sodomía que, según él, le gustó. Sólo había un acto de sodomía, no dos. No había asalto ni violencia de ningún tipo; de hecho, no había nada que ella no hubiese consentido.

Era casi tan fuerte la divergencia sobre cuestiones de hecho como posiblemente se podía haber imaginado. En esas circunstancias ¿Qué debe hacer el juez?” [Traducción de BUTCHER, David Marck y SÁNCHEZ, Alejandro]

estas circunstancias, es que él mismo escuche la evidencia de un lado y del otro, y llegue a sus propias conclusiones, actuando, por decirlo así, como su propio jurado sobre la cuestión que es la raíz del problema.

La tercera posibilidad en estas circunstancias, es que él no escuche ninguna evidencia, sino solamente las presentaciones de los abogados y luego llegue a una conclusión. Pero si así lo hace, entonces, como dijo el mismo Juez Argyle en un pasaje al cual posteriormente se hará referencia, cuando hay un conflicto importante entre las dos partes, debe inclinarse por el lado de la parte acusada. En otras palabras, cuando se ha producido un conflicto sustancial, debe en lo posible aceptarse la versión del acusado.⁵⁴⁴

También, a nivel de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, el tema no ha pasado inadvertido y, al respecto, vale la pena destacar el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Figueredo Planchart v. Venezuela, 2000, donde expresó que bajo la garantía de un juicio público establecida en el artículo 8º, numeral 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos, se incluye el derecho del implicado a conocer y a acceder, desde la investigación, a los materiales probatorios o de información recolectados por el ente acusador, en virtud de que ello contribuye a la preparación adecuada de su defensa y, por otro lado, representa una colaboración para que el Estado realice una instrucción eficiente y confiable. En dicha oportunidad, apuntó que:

En el caso sub lite está ampliamente probado que desde que se dio inicio a las investigaciones en noviembre de 1992, hasta el 22 de junio de 1994, --después de dictado el auto de detención-- el procesado no tuvo acceso al expediente acusatorio tanto del Contralor como del Fiscal. Al ser secreta esta primera etapa del proceso --llámese primera etapa a pesar de los casi dos años transcurridos-- el inculpado no tuvo acceso al proceso y por ende no pudo contribuir al esclarecimiento de los hechos. En efecto, el

⁵⁴⁴ [Traducción de BUTCHER, David Marck] El criterio expuesto en esa decisión mantiene su vigencia; al respecto, puede observarse CORTE DE APELACIONES, Fallo JORDAN SHEARD v R (2013), en un caso similar.

hecho de que la legislación penal venezolana de ese momento haya dispuesto que las diligencias del sumario sean secretas, no sólo imposibilitó que el interesado pueda conocer la verdad de lo que ocurrió en la investigación, sino que además prohibió su colaboración o participación en la misma. El interés del inculpado porque se haga justicia en su caso puede contribuir a la profundidad de las investigaciones y al esclarecimiento de los hechos. Así, en esta etapa crucial de la investigación, cuando la memoria de los testigos está fresca y cuando aún es posible practicar pruebas periciales o inspecciones judiciales que permitan recoger evidencias de descargo a favor del imputado, la falta de acceso al proceso iniciado por el Estado ha contribuido a la falta de transparencia procesal en el presente caso.

En esa misma línea de pensamiento, debe apreciarse la Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo, “Sobre el derecho a la información en los procesos penales”, que también en su artículo 7º, “Derecho de acceso a los materiales del caso”, numeral 2º, estatuyó la garantía al descubrimiento probatorio, no sólo en relación con personas detenidas sino frente a cualquier sujeto considerado sospechoso –*así no esté formalmente acusado*-. Según este instrumento:

2. Los Estados miembros asegurarán de que se conceda el acceso al menos a todas las evidencias materiales en poder de las autoridades competentes, ya sea a favor o en contra de las personas sospechosas o acusadas, a estas personas o a sus abogados, con el fin de salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa.

En similar dirección, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en Sentencia de 19 de marzo de 2013, declaró ajustada a la constitución la ley que el 29 de julio de 2009 reguló el *plea bargaining* en ese país, no obstante precisar que se trataba de una postura que en el futuro podía variar de acuerdo a la evolución práctica de la figura. Al respecto indicó: “(u)na violación del deber de proporcionar transparencia y documentación representarán generalmente un *Plea Bargain* que sin embargo estar definido es ilegal”, agregando que la

condena no puede fundarse exclusivamente en los acuerdos celebrados por las partes⁵⁴⁵, correspondiendo ello con lo dispuesto en el apartado 4) de la Sección 257c [Acuerdos Negociados] del Código de Procedimiento Penal Alemán, según el cual:

(4) La corte dejará de estar obligada por un acuerdo negociado si legal o fácticamente significativas circunstancias han sido pasadas por alto o han surgido y, la corte, por lo tanto, llega al convencimiento que el rango prospectivo de la sentencia ya no es apropiado dada la gravedad de la ofensa o el grado de culpabilidad. El mismo deber aplica si el comportamiento posterior del defendido en el juicio no corresponde con aquel sobre el cual se basó la predicción de la corte. La confesión del defendido no puede ser usada en tales casos. La corte debe notificar cualquier cambio sin demora.

Se puede afirmar entonces, que existe un fundamento sólido para adoptar en Colombia un modelo de negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad que se sustente en un descubrimiento probatorio anticipado; ello, enfocado desde el carácter autónomo de estas figuras y abandonando la perspectiva tradicional que las analizaba desde el juicio oral o a partir de concepciones del modelo acusatorio o adversarial del proceso penal.

Como se anunció desde la introducción, la tesis puede oponerse a las visiones que se respaldan desde una particular visión del modelo procesal norteamericano. En anteriores épocas no se discutía que para la adecuada legitimidad de una sentencia penal, previamente el involucrado debía contar con el derecho de acceso a las evidencias que en su contra pesaban. Ahora el discurso, rodeado de “adversariedad” y “acusatorio”, se ha transformado y esa posición se ve restringida, al menos cuando de terminar la actuación por acuerdos o allanamientos se trata.

⁵⁴⁵ Esto según un comunicado de prensa que aparece en: FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT - PRESS OFFICE-, Press release no. 17/2013 of 19 March 2013 [Consulta en línea] <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg13-017en>> [Traducción propia]

Las decisiones institucionales sobre cómo afrontar el debate respecto a los allanamientos y acuerdos, como aquí se expone, no deben partir del plano de las exigencias dogmáticas de determinados modelos teórico-procesales, sino que deben responder a los valores políticos, sociales y culturales que a cada conglomerado caracterizan. Cada sociedad tiene el derecho a darse el modelo procesal penal que considere más ajustado a sus necesidades, pero esa autonomía, no obstante, debe ejercerse prudentemente y no pretendiendo encerrar el asunto en la obstinación por acoplar los sistemas internos a las exigencias conceptuales de específicos esquemas procesales, de los cuales, adicionalmente, suele tenerse una perspectiva distorsionada sobre sus verdaderos contenidos.

Lo que ha sucedido en Canadá, en Inglaterra y en Estados Unidos respecto a acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad, evidencia que una sociedad puede continuar desarrollando modelos adversariales de proceso penal, sin que ello impida ensayar alternativas con miras a hacer más coherente y transparente el estándar procesal aplicado.

VII. CONCLUSIÓN

Una interpretación constitucional que considera la presencia de elementos mínimos irrenunciables en los derechos fundamentales del debido proceso y defensa –*presunción de inocencia, in dubio pro reo, necesidad de prueba, carga de la prueba y prohibición de prueba ilícita*- a partir de la Constitución Política de 1991, respalda la intervención de los jueces en los acuerdos y allanamientos, a fin de verificar la base probatoria en que se respaldan y que las partes, al mismo tiempo, hayan contado con esa posibilidad.

Al mismo tiempo, desde el punto de vista técnico-procesal, pueden fundamentarse los espacios, tiempos y formas para que las negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad se desarrollen a partir de un descubrimiento probatorio anticipado, sin que ello genere desconexión con los postulados de eficiencia y contundencia que también deben considerarse. La etapa instructiva debe incorporar, en ese enfoque, un margen para que se produzca el descubrimiento, sin que ello implique adelantar la fase contradictoria que debe continuar reservada para la etapa del juicio.

El derecho a la defensa no puede quedar restringido a conceder al ciudadano información sobre la existencia de una investigación. También, debe abarcar la facultad de conocer las evidencias, materiales probatorios o de información que se recauden en la instrucción, para que así defina la suerte de su destino procesal, pensando en las alternativas del juicio, las negociaciones o el allanamiento.

Lo anterior, amerita mantener la diferenciación entre la presentación de una acusación y la formulación de una demanda civil, administrativa o laboral. Se necesita que la fase de preparación de la acusación sostenga el carácter relevante y reglado que la caracteriza desde el modelo continental europeo, pues ello propicia que el Estado se comprometa con la investigación y estime con madurez la responsabilidad que representa el enfrentar a una persona a un proceso penal. El asunto, sin embargo, no puede limitarse a buscar medios estratégicos para incrementar el número de condenas. Exige un compromiso institucional para lograr que éstas encierren criterios mínimos de justicia material, objetivo en el cual juega un papel relevante el descubrimiento probatorio anticipado.

Una propuesta en ese sentido, no obstante, también debe valorar las necesidades de la sociedad y de las víctimas. Lo anterior, amerita la

incorporación de elementos técnicos y tecnológicos para que su contenido no se desborde al punto en el cual, el implicado sea el único favorecido, mientras que la sociedad se conforma con hacer concesiones, sacrificando sus intereses.

Para lograr un punto de equilibrio en este contexto, se propone que el descubrimiento probatorio anticipado se consolide como un criterio general, aceptando la posibilidad de aplicar excepciones frente a fenómenos particulares como los eventos de terrorismo y crimen organizado. Bajo esta orientación, en situaciones como las descritas, sería válida la reserva de los materiales probatorios o de información, así como la aplicación de otras estrategias con miras a proteger la actuación investigativa o a las personas que con la misma colaboran.

En ese sentido, la contribución de la tecnología puede ser importante, a fin de propiciar espacios para que el descubrimiento probatorio no signifique obstaculizar el aparato de justicia y limite el contacto personal de los intervinientes, siguiendo de esta forma, los avances que se han dado en Colombia tanto en el derecho procesal civil como en el procesal administrativo.

Las víctimas, adicionalmente, también deben quedar respaldadas por el descubrimiento probatorio anticipado. Un pensamiento distinto luce incoherente con el avance que ha tenido la teoría de las víctimas en el proceso penal, especialmente en lo referente a los postulados de verdad, justicia, reparación y no repetición, sin que ello desborde a un punto donde terminen arrogándose la calidad de autoridades penales y anulando completamente las facultades de los adversarios.

Desde otro punto de vista, la tendencia a incentivar la imposición de medidas de detención preventiva desde la instrucción, respalda que los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad se sustenten en un descubrimiento probatorio anticipado, por la presión que comporta la restricción de la libertad en quien debe escoger entre el juicio, acordar o allanarse y, al mismo tiempo, para que ese descubrimiento se exprese como un compensador procesal a favor de quien, sin ser declarado culpable, se encuentra detenido.

Por último, desde una perspectiva anglosajona, luego de superar una inicial resistencia sobre el punto, se aprecia que la tendencia actual se inclina por el descubrimiento probatorio anticipado como una alternativa para dar mejor respaldo a los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad.

CONCLUSIONES

1. En virtud de una corriente procesal impulsada desde Estados Unidos, se está incorporando y consolidando una concepción teórica en la cual está justificado negociar u obtener declaraciones unilaterales de culpabilidad a partir del secreto de la actividad investigativa, estimando que ello es un presupuesto básico frente a un modelo de adversarios que están habilitados para usar las mejores armas con el fin de sorprender y derrotar a su contraparte.
2. Para el caso colombiano, esta visión teórica implicó reformar el modelo procesal que operó hasta el año 2004, intentando superar un esquema calificado de inquisitivo, para aplicar otro donde fueran fortalecidos los principios de publicidad, oralidad, intermediación, contradicción y concentración, de tal manera que, bajo este paradigma, no es necesario anticipar el descubrimiento probatorio desde la instrucción, pues sería el juicio el escenario propicio para ello.
3. Si bien, el punto de gravedad ha sido puesto en el juicio, la realidad apunta a que gran parte de asuntos, por los estímulos punitivos que suelen aplicarse, no arriban hasta esa instancia y culminan en fases previas donde imperan las salidas rápidas representadas en figuras como los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad, sustentadas en el secreto probatorio.
4. Superado el modelo inquisitivo, las corrientes procesales posteriormente desarrolladas, han generado discusiones sobre las garantías que ofrecen institutos como los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad, así como la conexión de estas figuras con el concepto

acusatorio del proceso penal. Las diferentes tendencias han recalcado su importancia en los actuales escenarios de la justicia penal y han apuntado elementos para propiciar una aplicación más moderada de los mismos.

5. Apreciado el debate desde el principio de legalidad y su relación con la discrecionalidad, se prefiere una visión de tendencia continental europea en la cual, en el punto concreto de las negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad, se acepta su aplicación, pero se exige que el imputado y el juez, conozcan los elementos materiales probatorios o de información en que se sustentan, para que así su ejercicio no sea un acto político incontrolable sino una actividad procesal vinculada a un concepto de Estado social y democrático de derecho.

6. Tanto desde la historia del derecho procesal, como desde la teoría del derecho, se sugiere que el control al principio de legalidad que debe activarse frente a un allanamiento o acuerdo, aplique premisas más intervencionistas y menos dispositivas, sin que ello descarte las posibilidades discrecionales de las partes.

7. Los acuerdos y allanamientos son instituciones procesalmente comprensibles desde el principio de legalidad. No obstante, estos institutos exigen la aplicación de medios procesales de control para que no se conviertan en instrumentos administrativos discrecionales. El descubrimiento probatorio anticipado contribuye a ese control jurisdiccional.

8. Una interpretación constitucional que considera la presencia de elementos mínimos irrenunciables en los derechos fundamentales del debido proceso y defensa –presunción de inocencia, in dubio pro reo, necesidad de prueba, carga de la prueba y prohibición de prueba ilícita- a partir de la Constitución Política de 1991, respalda la intervención de los jueces en los

acuerdos y allanamientos, a fin de verificar la base probatoria en que se sustentan.

9. Desde el punto de vista técnico-procesal, pueden fundamentarse los espacios, tiempos y formas para que las negociaciones y declaraciones unilaterales de culpabilidad se desarrollen a partir de un descubrimiento probatorio anticipado, sin que ello genere desconexión con los postulados de eficiencia y contundencia que también deben considerarse. La etapa instructiva debe incorporar, en ese enfoque, un margen para que se produzca el descubrimiento, sin que ello implique adelantar la contradicción que debe continuar reservada para la etapa del juicio.

10. El derecho a la defensa no puede quedar restringido a conceder al ciudadano información sobre la existencia de una investigación. También debe abarcar la facultad de conocer las evidencias, materiales probatorios o de información que se recauden en la instrucción, para que así defina su destino procesal, pensando en las alternativas del juicio, las negociaciones y allanamientos.

11. Se precisa mantener la diferenciación entre la presentación de una acusación y la formulación de una demanda civil, administrativa o laboral. Se necesita que la fase de preparación de la acusación sostenga el carácter relevante y reglado que la caracteriza desde el modelo continental europeo, pues ello propicia que el Estado se comprometa con la investigación y estime seriamente la responsabilidad que representa el enfrentar a una persona a un proceso penal. El asunto no puede limitarse a buscar medios estratégicos para incrementar el número de condenas. Exige un compromiso institucional por lograr que éstas encierren criterios mínimos de justicia material, para lo cual el descubrimiento probatorio anticipado puede ser relevante.

12. Una propuesta de descubrimiento probatorio anticipado también debe valorar las necesidades de la sociedad y de las víctimas. Lo anterior amerita la incorporación de elementos técnicos y tecnológicos para que las salidas procesales no se desborden al punto en el cual el único favorecido sea el implicado.

13. Para lograr un punto de equilibrio frente a los intereses en conflicto, el descubrimiento probatorio anticipado se establece como un criterio general, aceptando la posibilidad de aplicar excepciones ante fenómenos particulares como los eventos de terrorismo y crimen organizado. Ante estas situaciones, sería válida la reserva de los materiales probatorios o de información, así como la aplicación de otras estrategias con miras a proteger la actuación investigativa o a las personas que con la misma colaboran.

14. La utilización de tecnología puede ser importante, a fin de propiciar espacios para que el descubrimiento probatorio no implique obstaculizar el aparato de justicia y limite el contacto personal de los intervinientes, siguiendo en tal sentido los avances que en Colombia se han impulsado desde el derecho procesal civil y el procesal administrativo.

15. Las víctimas deben quedar respaldadas por el descubrimiento probatorio anticipado frente a los acuerdos y allanamientos que involucren sus intereses. Un pensamiento distinto luce incoherente con el avance que ha tenido la teoría de las víctimas en el proceso penal, especialmente, en lo referente a los postulados de verdad, justicia, reparación y no repetición, sin que esto implique que terminen arrogándose la calidad de autoridades penales o anulando completamente las facultades de los adversarios.

16. La tendencia a incentivar la imposición de medidas de detención preventiva desde la instrucción, respalda que los acuerdos y declaraciones

unilaterales de culpabilidad se sustenten en un descubrimiento probatorio anticipado. Lo anterior, por la presión que comporta la restricción preventiva de la libertad y la compensación procesal que representaría, para quien se encuentra detenido preventivamente, el conocimiento de los elementos probatorios.

17. La tendencia anglosajona, si bien en un principio reticente al respecto, actualmente se inclina por el descubrimiento probatorio anticipado, como una alternativa para respaldar los acuerdos y declaraciones unilaterales de culpabilidad y evitar posibles abusos o injusticias en su aplicación.

18. Frente al interrogante propuesto como problema de investigación: Los acuerdos y allanamientos frente al modelo procesal penal colombiano *¿Deben respaldarse en un descubrimiento probatorio anticipado?* Luego de haber abordado el asunto desde la perspectiva procesal, teórica, constitucional y operativa, se puede sostener que, como regla general, aquellos sí deben estar sustentados en un descubrimiento probatorio anticipado, para que así sean una expresión constitucional de un modelo de Estado social y de derecho que procura solucionar eficientemente los conflictos penales pero respetando, al mismo tiempo, unos contenidos mínimos de justicia material.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AARNIO, Aulis, Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ACEMOGLU, Daron, ROBINSON, James, Por qué fracasan los países? Traducción de Marta García Madera, Barcelona, Centro Libros PAPP, S.L. U., 2012.

AJA, Eliseo, El origen, la expansión y la transformación de los tribunales constitucionales en los Estados Europeos. **En:** Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual, Editor Eliseo Aja, Barcelona, Ariel Derecho, 1998.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, El allanamiento en el proceso penal, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

ALCHOURRÓN Carlos E., BULYGIN, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1ª. Reimpresión, 1987.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Traducción Carlos Bernal Pulido, Madrid, 1993.

-----, Tres escritos sobre derecho fundamentales y teoría de los principios, Traducción Carlos Bernal Pulido, Universidad Externando de Colombia, Bogotá, 2003.

-----, Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales, Traducción Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios, Madrid, 2004.

-----Teoría del discurso y derechos humanos, Traducción Luis Villar Borda Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

----- La doble naturaleza de la ley. Conferencia. **En:** Evento académico reservado para estudiantes del doctorado en derecho, 11 de octubre de 2011, Bogotá, Universidad Externado.

----- y BULIGYN, Eugenio, La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral, traducción de Paula Gaido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial - ¿Qué es el garantismo procesal?, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Bogotá, 2011.

AMAYA CÓBAR, Edgardo, El procedimiento abreviado en el proceso penal de El Salvador. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

AMBOS, Kai, Estudios de derecho penal y procesal penal, aspectos del derecho alemán y comparado, Editorial JURÍDICA de Chile, Santiago de Chile, 2007.

----- Derecho penal del enemigo, trad. Carlos Gómez-Jara Díez y Miguel Lamadrid, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

----- El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. **En:** Proceso penal y sistemas acusatorios, Lorena Bachmaier Winter, Coord., Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 72.

ANITUA, Gabriel Ignacio, El juicio abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO,

Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

APONTE, Alejandro David, Principio de Oportunidad y Política Criminal, de la discrecionalidad técnica a la discrecionalidad política reglada, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2010.

ARANGO, Rodolfo, ¿Existen respuestas correctas en el derecho?, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999.

ARMENTA DEU, Teresa, Lecciones de derecho procesal penal, Madrid, Marcial Pons, Segunda Edición, 2004.

-----Principio acusatorio, realidad y utilización (lo que es y no que no es).
En: Estudios sobre el proceso penal, Colección autores de derecho penal, dirigida por DONNA, Edgardo Alberto, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2008.

----- Principio acusatorio, realidad y utilización (lo que es y no que no es).
En: Estudios sobre el proceso penal, Colección autores de derecho penal, dirigida por DONNA, Edgardo Alberto, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2008.

----- Juicio de acusación, imparcialidad del acusador y derecho de defensa. **En:** Proceso Penal y Sistemas Acusatorios, Coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 109

----- Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 34 – 36.

----- Algunas reflexiones en torno a la convergencia entre los procesos civil y penal y la deriva común hacia métodos extra jurisdiccionales, en: La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?, Teresa Armenta Deu (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 2013.

ASENCIO MELLADO, José María, Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Madrid, 1991.

ATIENZA, Manuel, Derecho y argumentación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

BACIGALUPO, Enrique, El debido proceso penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

BACHMAIER WINTER, Lorena, Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. **En:** Proceso Penal y Sistemas Acusatorios, Madrid, Marcial Pons, 2008.

BAÑERES SANTOS, Francisco, Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal. **En:** La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada, N. 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 79.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo, Principales transformaciones del derecho procesal penal: un análisis estructural, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2010, p. 33.

BAZZANI, Darío, El principio de oportunidad y la terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema procesal penal, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2006, p. 27.

BAYTELMAN A., Andrés, DUCE J., Mauricio, Litigación penal juicio oral y prueba, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

BECCARIA, Cesare, De los delitos y de las penas, Tercera Edición, Bogotá, Temis, 2006.

BERGMAN, Paul, La defensa en el juicio. La defensa penal y la oralidad, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1989.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, El proceso penal, fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio, T. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Quinta Edición, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos, El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

-----. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

-----.Estudio introductorio a la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy. **En:** ROBERT, Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, XLV.

BERTELOTTI, Mariano; LOARCA, Carlos, El procedimiento abreviado en Guatemala. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

BERTOLINO, Pedro J., El funcionamiento del Derecho Procesal Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

BIGLIANI, Paola, El juicio abreviado y su recepción en el orden jurídico argentino. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005
BINDER, Alberto M., Justicia Penal y Estado de Derecho, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2006.

-----. La implementación de la nueva justicia penal adversarial, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2012.

BINDER, Alberto M., presentación del libro Litigación Penal, juicio oral y prueba. **En:** BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, p. 29

BLANCO, Kenneth, justicia y globalización. **En:** Revista Corte Suprema de Justicia, Colombia, diciembre, 2010, Año 13, No. 30, págs.: 10 y 11.

BOBBIO, Norberto, Kelsen y el poder de lo jurídico. **En:** El lenguaje del derecho, Compiladores: Eugenio Bulygin, Martín D. Farrell, Carlos S. Nino, Eduardo A. Rabossi, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 75-76.

----- . El problema del positivismo jurídico, versión castellana Ernesto Garzón Valdés, México D.F., Ediciones Coyoacán, 2004.

BOVINO, Alberto, Procedimiento abreviado y juicio por jurados. **En:** B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.) El procedimiento abreviado, Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005, p. 53.

BRUZZONE, Gustavo A., Hacia un juicio abreviado sin “tope” y otras adecuaciones constitucionales. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

BUITRAGO RUÍZ, Ángela María, La Reforma Procesal Penal en Colombia, Ley 906 de 2004, Bogotá, Academia Colombiana de la Abogacía, 2004.

BULYGIN, Eugenio, El positivismo jurídico, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 2006.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica, Granada, Editorial Comares, 1996.

CAFFERATA NORES, José I., Temas de derecho procesal penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.

----- . La reforma procesal en América Latina. **En:** Sistema Acusatorio y Juicio Oral, 1ª reimpresión, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia Ltda, 2004, p. 92.

CALAMANDREI, Piero, Instituciones de derecho procesal civil. Según el nuevo código. V. I., Traducción Santiago Santis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

----- . Proceso y democracia, trad. Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

----- . Elogio de los jueces escrito por un abogado, traducción: Santiago Sentís Melano, Conrado Finzi y Niceto Alcalá – Zamora, impreso en México, Oxford University Press, 2001.

CALSAMIGLIA, Albert, Racionalidad y eficiencia del derecho, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 1997.

CALVO GARCÍA, Manuel, Transformaciones del Estado y del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

CAMPO MORENO, Juan Carlos, prólogo a: DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, Justicia criminal consensuada (algunos modelos de derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro, Proceso, ideologías y sociedad, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

CARNELUTTI, Francesco, Las miserias del proceso penal, Bogotá, Temis, 2005.

----- . Cómo nace el derecho, traducción: Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bogotá, Temis, 1989.

CARRIO D., Alejandro, El enjuiciamiento penal en Argentina y en Estados Unidos, Buenos Aires, Eudeba, 1990.

CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Madrid, Marcial Pons, 2009.

CASTIGNONE, Silvana, La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

CHIASSONI, Pierluigi, Desencantos para abogados realistas, compilador Diego Moreno Cruz, Bogotá, Universidad Externado, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe, Ensayos de Derecho Procesal Civil, V. I, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1949.

-----, La acción en el sistema de los derechos, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1986.

CELIS VELA, Dúber Armando, La verdad de los hechos en el proceso judicial, Criterio jurídico, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Vol. 9 No. 2, (2009), p. 113-121.

CEPEDA E., Manuel José, Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, Temis S.A., Bogotá, 1992.

CIARAMELLI, Fabio, Instituciones y normas, sociedad global y filosofía del derecho, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

COMANDUCCI, Paolo, Constitución y teoría del proceso, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2007.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, el principio de oportunidad reglada, su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español. **En:** La reforma del proceso penal, Madrid, Ministerio de Justicia, Artes gráficas Suárez Barcala, 1990, p. 303.

CÓRDOBA ANGULO, Miguel, Protección de la víctima en el Nuevo Sistema Procesal Colombiano. **En:** Revista Derecho Penal y Criminología, Volumen XXVI, Número 78, mayo-agosto 2005, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 75.

CÓRDOBA, Gabriela E., El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA – EMBAJADA BRITÁNICA, Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia, Bogotá, Editorial Kimpres Ltda., 2011.

-----Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio (Boletín de actualización 2010-2011), Bogotá, Editorial Kimpres Ltda., 2012.

----- Reforma constitucional de la justicia penal, Corporación Excelencia para la justicia, T. I., Bogotá, 2002.

----- Reforma constitucional de la justicia penal, Corporación Excelencia para la justicia, T. II., Bogotá, 2002.

CRUZ REYES, Euménides, El principio de oportunidad: ¿Un acto de discrecionalidad judicial en poder de la Fiscalía? **En:** Revista Facetas Penales, Bogotá, Editorial Leyer, No. 50, septiembre-octubre 2005, p. 21.

CHIESA APONTE, Ernesto L., Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Bogotá, Editorial Forum, 1995, T. II, 1995.

----- Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Bogotá, Editorial Forum, T. III, 1995.

DAMASKA, Mirjan, Aspectos globales de la reforma del proceso penal. **En:** Sistema Acusatorio y Juicio Oral, 1ª reimpresión, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia Ltda., 2004.

DAVIS, Angela J, Arbitrary Justice. The power of the American Prosecutor, Oxford University Press, Oxford, 2007.

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso, La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Bogotá, Universidad Libre, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, 2011.

DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, Justicia criminal consensuada (algunos modelos de derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, El principio de legalidad penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

DÍAZ CANTÓN, Fernando, Juicio abreviado vs. Estado de derecho. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, El poder de acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2000.

DOTTI, María Alejandra, La afectación a las garantías constitucionales y procesales producidas por la introducción del instituto del juicio abreviado o la omisión en la realización del juicio oral en la materia penal como una forma de evitar la publicidad de los actos de gobierno de índole judicial, Buenos Aires, La Ley, Colección de Análisis Jurisprudencial Teoría del Estado, Director: Mario H. Resnik, 2004.

DWORKIN, Ronald, El imperio de la justicia, Barcelona, Editorial Gedisa, traducción Claudia Ferrari, 1992.

----- . Cómo el derecho se parece a la literatura. **En:** La decisión judicial (el debate Hart-Dworkin), Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, 2008.

ESER, Albin, Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿Hacia la “reprivatización” del proceso penal?, traducción de María Luisa Villamarín López. **En:** Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

----- . Temas de derecho penal y procesal penal, Lima, Idemsa, 1998.

FARALLI, Carla, La filosofía del derecho contemporánea, Los temas y desafíos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, Procedimiento penal acusatorio y oral, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

----- . El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 15, Bogotá, 2000.

----- . Democracia y garantismo, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

----- . Las lecciones del modelo constitucional del proceso penal. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

----- . Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal. **En:** Jueces para la democracia, No. 4, Septiembre 1988, p. 3.

FERRARI Vincenzo, Derecho y Sociología, elementos de sociología del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 263.

FETERIS, Eveline T., Fundamentos de la argumentación jurídica, Revisión de las teorías sobre justificación de las decisiones judiciales, trad. Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado, 2007.

FEYERABEND, Paul K., Contra el método, esquema de una teoría anarquista del conocimiento, Barcelona, Ariel, 1997.

FISHER, George, Plea Bargaining's triumph. A history of plea bargaining in America, Stanford University Press, Stanford, 2003.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, Sistema penal acusatorio en Colombia: Expectativas, fracasos y propuestas. **En:** Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana, Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 2013, p. 88.

FOUCAULT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, México, Gedisa, 1985.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de derecho administrativo, I, Madrid, 2004.

GARGARELLA, Roberto, De la injusticia penal a la justicia social, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

-----, Las teorías de la justicia después de Rawls, Barcelona, Editorial Paidós, 1999.

GARZÓN MARÍN, Alejandro, LONDOÑO AYALA, César Augusto, Principio de oportunidad, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2006.

----- y LONDOÑO AYALA, César Augusto, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Gloria Cristina, Negociaciones y preacuerdos, T. I y II, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

GIMENO SENDRA, Vicente, Constitución y proceso, Madrid, Editorial Tecnos, 1988.

----- y CATENA MORENO, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Derecho procesal. Proceso Penal, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993.

GOLDBERG, Steven H., Mi primer juicio oral, ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?, Buenos Aires, Editorial Heliasta, Traducción Aníbal Leal, 1994.

GOLDSCHMIDT, James, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Barcelona, Bosch, 1935.

----- . Teoría general del proceso, Barcelona, Editorial Labor S.A., 1936.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Constitución y proceso penal, Madrid, Editorial Tecnos, 1996.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Los procesos civil y penal en EEUU, convergencias y divergencias. Perspectiva del abogado penalista, en: La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?, Teresa Armenta Deu (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2013.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2010.

----- . La oportunidad como principio complementario del proceso penal, Bogotá, Instituto de estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2006.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, Los protagonistas del derecho procesal. Desde Chiovenda a nuestros días, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2005.

-----, Introducción al derecho procesal constitucional, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.

GRANADOS PEÑA, Jaime, El sistema acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General de la Nación, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

----- y CHIESA APONTE, Ernesto, CANCINO M., Antonio José, Comentarios al Código Penal Modelo Para los E.E.U.U. Diferencias y semejanzas con la legislación colombiana, Bogotá, Editorial Jurídica Futuro, 1993.

GUASP, Jaime, Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1943.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, Reimpresión Segunda Edición, 2011.

GUZMÁN, Nicolás, La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

HART H.L.A., El concepto del derecho, traducción de Genero R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

HASSEMER, Winfried, Crítica al derecho penal de hoy, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

HEGEL, Guillermo Federico, Filosofía del derecho, traducción de Angélica Mendoza de Montero, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1937.

HEGLAND, Kenney F., Manual de prácticas y técnicas procesales, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1995, Traducción de Aníbal Leal.

HIGHTON, Elena I, ÁLVAREZ, Gladys S., GREGORIO, Carlos G, Resolución alternativa de conflictos y sistema penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

HUERTA TOCILDO, Susana, El derecho fundamental a la legalidad penal. **En:** Revista española de derecho constitucional, No. 39, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 84.

ILLUMINATI, Giulio, El sistema acusatorio en Italia. **En:** Proceso Penal y Sistemas Acusatorios, Coord. Lorena Bachmaier Winter, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 141.

INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO, Tejidos de realidad, aspectos procesales, psicosociales y de salud mental del Sistema Penal Acusatorio, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2009.

JAKOBS, Günther, CANCIO MELÍA, Manuel, Derecho penal del enemigo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2005.

JAKOBS, Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal, 1996.

JUNG, Heike, El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos, traducción de Rodrigo Aldoney Ramírez. **En:** Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 101.

KANT, Manuel, Crítica de la razón pura, versión española de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, México, Editorial Porrúa, 2012.

KANTOROWICZ, Germán, La lucha por la ciencia del derecho, traducción de Werner Goldschmidt. **En:** La ciencia del derecho, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1949, p. 362.

KENNEDY, Duncan, Libertad y restricción en la decisión judicial, estudio preliminar Cesar Rodríguez, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1999.

KLUG, Oliver K.F., Sobre el proceso penal como proceso de partes, traducción María Alicia Salinero Rates. **En:** Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

LANGBEIN, John H., Tortura y plea bargaining. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005, p. 15.

LANGER, Máximo, ROACH, Kent, Rights in Connection with Criminal Process (with Kent Roach), in Handbook on Constitutional Law (edited by Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders, Routledge, forthcoming 2012). [citación propuesta por LANGER, Máximo] Documento remitido vía mensaje electrónico: LANGER, Máximo, remisión de documentos relacionados con el “plea bargaining”, mensaje enviado a: SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe, 30 de octubre de 2012. [citado en diciembre de 2012] Comunicación personal.

LANGER, Máximo, Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, 34 AMERICAN JOURNAL OF CRIMINAL LAW 223 (2006). [citación propuesta por el autor] Documento remitido vía mensaje electrónico: LANGER, Máximo, remisión de documentos relacionados con el “plea bargaining”, mensaje enviado a: SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe, 13 de marzo de 2012. Comunicación personal.

LEAL GONZÁLEZ, Cesar, El Principio Dispositivo en el Proceso Penal, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, La letra y el espíritu de la ley, Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.

----- . El proceso penal entre la eficiencia y la justicia, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.

----- . Teoría impura del derecho, Bogotá, Legis, 2005.

----- . El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de las sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, Bogotá, Legis, 2006.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

MACCORMICK, Neil. Derecho legal y socialdemocracia (ensayos sobre filosofía jurídica y política), Madrid, Editorial Tecnos, 1990.

MACDONALD, Alex, Outrage, Canada's Justice System on Trial, Vancouver, Raincoast Books, 2000.

MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal, T. I, Fundamentos, Buenos Aires, Editores del Puerto, Segunda Reimpresión, 2002.

----- . El sistema Acusatorio en Iberoamérica. **En:** XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1996.

MANRIQUE, María Laura, NAVARRO, Pablo E., PERALTA, José M., La relevancia de la dogmática penal, Bogotá, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 58, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

MANZINI, Vincenzo, Tratado de derecho procesal penal, traducción de Santiago Santís Melendo y Marino Ayerra Redín, Tomo 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MARCHISIO, Adrián, El juicio abreviado y la instrucción sumaria, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

MARTÍN GARCÍA, Pedro, Presencia física de las partes en la fase de instrucción: exigencia del derecho de defensa. **En:** La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada, N. 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MARTÍN PASTOR, José, Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil, en: La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?, Teresa Armenta Deu (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2013.

MERCEDES ALLIAUD, Alejandra, Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución. **En:** Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado, compilador Edmundo S. Hendler, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 2001.

MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, La discrecionalidad para acusar, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

-----. Los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal en la práctica de la fiscalía general de la nación. **En:** XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 666.

MOLINA LÓPEZ, Ricardo, Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal, Medellín, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2010.

-----. El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los ordenamientos colombiano y español). **En:** Nuevo Foro Penal, No. 72, Medellín, Universidad EAFIT, Enero-junio 2009.

MONTERO AROCA, Juan, Proceso (civil y penal) y garantía, el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

-----. Evolución y futuro del derecho procesal, Bogotá, Temis, 1984.

-----. Principios del proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto, BARONA VILAR, Silvia, El derecho jurisdiccional, T. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

-----. El derecho jurisdiccional, T. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

-----. El derecho jurisdiccional, T. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

MONTES DE ECHEVERRI, Susana, Los servicios públicos básicos o esenciales: necesidad de la participación privada en el cumplimiento del mandato constitucional. En: Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidad y Perspectivas, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” –Konrad Adenaver-Stiftung, 2001, p. 247.

MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, traducción de Nicolás Estévez, Buenos Aires, Editorial Claridad S.A. 1971.

MÜLLER, Friedrich, Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, Núm. 27, Septiembre – Diciembre de 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

MUÑOZ NEIRA, Orlando, Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos, Bogotá, Legis, 2006.

MURILLO TORRES, Henry Leonardo, Realidad de la detención preventiva en Colombia. **En:** XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2012.

NANCLARES ARANGO, Andrés, Los jueces de mármol, Medellín, La Pisca Tabaca Editores, Contorno Judicial, 2001.

NEUBORNE, Burt, El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana, traducción de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Editorial Civitas, 1995.

NIETO GARCÍA, Alejandro, El arbitrio judicial, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2000.

----- . Balada de la Justicia y de la Ley, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

----- . Las limitaciones del conocimiento jurídico, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

NINO, Carlos Santiago, Derecho, moral y política, una revisión de la teoría general del derecho, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1994.

----- . La validez del derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1985.

OSORIO ISAZA, Luis Camilo, MORALES MARÍN, Gustavo, Proceso Penal Acusatorio, Ensayos y Actas, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

PARRA ARCHILA, María Victoria. Las transformaciones del derecho en Colombia: su incidencia en el tratamiento de la víctima en el proceso penal, Bogotá, 2010, Trabajo de grado (doctor en derecho), Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho.

-----. El proceso penal desde una perspectiva internacional. Garantías que lo rigen, XXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2002.

PEÑA AYAZO, Jairo Iván, Prueba Judicial, Análisis y Valoración, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Unilibros, Bogotá.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, Los principios de legalidad y oportunidad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

-----. Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del “ius puniendi” y su renuncia. **En:** Revista Derecho Penal y Criminología, Volumen XXIV, Número 74, enero-diciembre 2003, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 53.

-----. Estudios penales a partir de la libertad y solidaridad (monografías de derecho penal), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

PERELMAN Ch., OLBRECHTS-TYTECA, L., Tratado de la argumentación. La nueva retórica, Trad. Sánchez Pacheco, Madrid, Editorial Gredos S.A., 1989.

PICÓ I JUNOY, Joan, Las garantías constitucionales del proceso, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PIZZI, William T., Juicios y Mentiras. Crónica de la crisis del proceso penal estadounidense, traducción de Carlos Fidalgo Gallardo, Madrid, Editorial Tecnos, 2004.

POSNER, Richard A., Cómo deciden los jueces, trad. Victoria Roca Pérez, Madrid, Marcial Pons, 2011.

RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, Transformaciones del constitucionalismo en el contexto de la globalización. **En:** El derecho en el contexto de la globalización, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

RIEGO, Cristián, El procedimiento abreviado en Chile. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

RODRÍGUEZ, Cesar, La decisión judicial (el debate Hart-Dworkin), Bogotá, El Siglo del Hombre Editores, 2008.

----- . Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. **En:** KENNEDY, Duncan, Libertad y restricción en la decisión judicial, estudio preliminar Cesar Rodríguez, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ ROSALES, Héctor E., Ciencias humanas y etnoliteratura. Introducción a la teoría de los imaginarios sociales, Pasto, Ediciones Unariño, 2001.

ROSS, Alf, Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho, traducción Julio Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimpresión, 1961.

ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, Buenos Aires, Ediciones del Puerto s.r.l., Traducción Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, 2000.

----- . Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal, Versión castellana de Oscar Julián Guerrero Peralta, Buenos Aires – Santa Fe, Robinzal – Culzoni Editores, 2007.

RUBIO LLORENTE, Francisco, El principio de legalidad. **En:** Revista española de derecho constitucional, No. 39, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

RUÍZ JARAMILLO, Luis Bernardo, El derecho a la prueba como un derecho fundamental, en: Estudios de derecho (Medellín), Vol. 64, no. 143 (Jun. 2007), p. 181-206.

RUÍZ MANERO, Juan, El juez y las lagunas del derecho, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 2008.

SÁNCHEZ, Clara Helena, SERRANO, Gonzalo, PEÑA, Jairo Iván, Argumentación y lógica. Herramientas para un análisis crítico de argumentos, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés, La Reconstrucción Victimológica del Sistema Penal: las víctimas del delito en la Reforma Constitucional de la Justicia Penal. **En:** Reforma Constitucional de la Justicia Penal, T. II, Corporación Excelencia para la Justicia, Bogotá, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa, Las paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad. **En:** Plurinacionalidad, democracia en la diversidad, Quito, 2009, Ediciones Abya – Yala, Quito, compilación de Alberto Acosta y Esperanza Martínez, 2009, p. 36.

-----, Refundación del Estado en América Latina, perspectivas desde una epistemología del Sur, Quito, Universidad Politécnica Salesiana, 2010.

SARRABAYROUSE, Eugenio C., La omisión de debate en el Código Procesal Penal de Tierra del Fuego. Su régimen legal y aplicación práctica. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

SATTA, Salvatore, Soliloquios y coloquios de un jurista, traducción de Santiago Santís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

SAVITSKY, Douglas, Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system, Center for the Study of Economy and Society,

Department of Sociology, Cornell University, 2012, remitido por ESPINDOLA RUBIO, Nidia Patricia, funcionaria de biblioteca Universidad Externado de Colombia, "Solicitud bibliográfica", correo electrónico enviado a SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro, 3 de septiembre de 2013

SCHWARTZ, Bernard, Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana, traducción Enrique Alonso, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1980.

SCHMILL, Ulises, El juez y las lagunas del derecho, México D.F., Distribuciones Fontamara S.A., 2008.

SCHÖNBOHM, Horst, El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania. **En:** Sistema Acusatorio y Juicio Oral, 1ª reimpresión, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia Ltda., 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd, ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). **En:** Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Madrid, Tecnos, 2002.

-----, La reforma del proceso penal, Madrid, Editorial DYKINSON, S.L., 2005.

SERRANO MAILLO, Alonso, Pensamiento contemporáneo y participación de la víctima en el delito. **En:** Sistema Acusatorio y Juicio Oral, 1ª reimpresión, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia Ltda., 2004.

SFERLAZZA, Ottavio, Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada, México, Distribuciones Fontamara S.A., 2005.

SOLÉ RIERA, Jaume, La tutela de la víctima en el proceso penal, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.

----- . Convergencias y divergencias entre los procesos civil y penal. Perspectiva del abogado civilista, en: La convergencia entre proceso civil y penal ¿Una dirección adecuada?, Teresa Armenta Deu (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2013.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, El debido proceso penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, segunda edición, 2001.

----- . La Acusación. **En:** Estado actual de la justicia colombiana. Bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano, Coordinador Jaime Bernal Cuéllar, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 73 – 86.

TEDESCO, Ignacio F., Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

TENCA, Adrián M, El juicio abreviado: la visión de un defensor a dos años del nuevo instituto, Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires. Año 7, No 7 p. 815.

THAMAN, Estephen C., La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos, traducción Francisco Cox. **En:** Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, Interpretación judicial, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2008.

URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín, Los fines constitucionales del proceso penal como parámetros de control del principio de legalidad. Reforma de la justicia penal en Colombia: encuentros y desencuentros entre los distintos ámbitos de la función pública, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Colección de Pensamiento Jurídico No. 19, 2006.

----- La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una propuesta de fundamentación del sistema acusatorio, Segunda Edición, Bogotá, Editorial Nueva Jurídica, 2012.

VEGEZZI, Santiago, Juicio abreviado: su recepción en el orden jurídico argentino. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

VELA ORBEGOZO, Bernardo, Política y Epistemología. **En:** Dilemas de la política, T. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 81.

VITALE, Gustavo, El proceso penal abreviado con especial referencia a Neuquén. **En:** El procedimiento abreviado, B.J. MAIER, Julio. BOVINO, Alberto (comps.), Buenos Aires, Editorial Buenos Aires del Puerto, 2005.

VOGLER, Richard, Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal, traducción de Guillermo Orce. **En:** Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 192.

VOLK, Klaus, Los principios del proceso penal y la sociedad postmoderna: contradicciones y perspectivas, traducción de Ángela de la Torre Benítez. **En:** Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 222.

WOLTER, Jürgen, Dignidad humana y libertad en el proceso penal, traducción de Nuria Pastor Muñoz. **En:** Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de derecho comparado. Compiladores Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El sistema penal y el discurso jurídico. **En:** La justicia penal de hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido Editor, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

WEBGRAFIA Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

ALMEIDA SILVA, Kédyma Cristiane, La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal: un análisis de política criminal, Madrid, 2008. Trabajo de grado (doctor en derecho), Universidad Carlos III, Facultad de derecho. <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/5484>> [Citado en diciembre de 2012]

ALSCHULER, Albert W., Plea Bargaining and Its History. <<http://www.istor.org/discover/10.2307/1122051?uid=3737808&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101124707841>> [Citado en diciembre de 2012]

ALEXY, Robert, entrevista por Manuel Atienza. <<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD22661887.pdf>> [verificada el 11 de enero de 2013]

AGUILÓ REGLA, Josep, Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. <<http://213.0.4.19/FichaObra.html?Ref=15821>> [verificada el 11 de enero de 2013]

-----, Imparcialidad y aplicación de la Ley. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/2/ens/ens11.pdf>> [Citado en diciembre de 2012]

ANITUA, Gabriel Ignacio, La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. <http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=45> [Citado en diciembre de 2012]

ASHER, FLYNN, 'Fortunately we in Victoria are not in that UK situation': Australian and United Kingdom legal perspectives on plea bargaining reform, 2011. <<http://www.deakin.edu.au/buslaw/law/dlr/docs/vol16-iss2/vol16-2-4.pdf>> [Citado 30 de octubre de 2013]

ATIENZA, Manuel, Entrevista a Riccardo Guastini < <http://www.cervantesvirtual.com/obra/entrevista-a-riccardo-guastini-0/>> [verificada el 11 de enero de 2013]

BAR-GILL, Oren and GAZAL, Oren, "Plea Bargains Only for the Guilty" (2004). Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 481. <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/481> [Citado en diciembre de 2012]

BAYTELMAN A., Andrés, Capacitación como fútbol. <<http://sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/570.pdf>> [Citado noviembre de 2012]

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, Arreglos desarreglados. **En:** *Ámbito Jurídico*, Bogotá, 4 de mayo de 2012. < [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120404-07\(arreglos desarreglados\)/noti-120404-07\(arreglos desarreglados\).asp?Miga=1&CodSeccion=84](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120404-07(arreglos desarreglados)/noti-120404-07(arreglos desarreglados).asp?Miga=1&CodSeccion=84)>

BERZOSA FRANCOS, María Victoria, los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1006138>>

BIBAS, Stephanos, Plea bargaining outside the shadow of trial. <<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/plea/etc/bargain.pdf>> [Citado en diciembre de 2012]

BOVINO, Alberto, HURTADO, Christian, Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de política criminal. **En:** *Editorial Astrea* [Base de datos en línea] <http://www.astrea.com.ar/results.php?searchType=standard&autor=bovino+alberto+&temas=&titulo=&year=&subtitulo=&editorial=&coleccion=&isbn=&palabras claves=&buscador selectAdvance=Cualquiera+de+las+palabras+authorsInitials=ABC&rpp=10#>> [Citado en diciembre de 2012]

----- La persecución penal pública en el derecho anglosajón. <http://www.robertexto.com/archivo7/persec_penal.htm> [citado en diciembre de 2012]

BOUZAT, Andrés y CANTARO, Alejandro S., Verdad y prueba en el proceso acusatorio. < http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_06.pdf> [verificada el 11 de enero de 2013]

BÜLOW, OSKAR VON, Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, 1868. <http://www.ijf.cjf.gob.mx/Bibliotecadigital/von_b%C3%BClow.asp> [Citado en diciembre de 2012]

CALSAMIGLIA, Albert, Justicia, eficiencia y derecho. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1048059>> [citado en noviembre de 2012]

CAPPELLETTI, Mauro, Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/24/pr/pr12.pdf>> [Citado en diciembre de 2012]

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad. < <http://portal.uclm.es/descargas/idpdocs/doctrinas/reflexiones%20sobre%20el%20abuso%20del%20derecho%20penal%20y%20la%20banalizacion%20de%20la%20legalidad.pdf>> [verificada el 11 de enero de 2013]

CASSIDY, Michael, Plea Bargaining, Discovery and the Intractable Problem of Impeachment Disclosures, Boston College Law School Legal Studies, Research Paper Series 219, 2011. <<http://www.deakin.edu.au/buslaw/law/dlr/docs/vol16-iss2/vol16-2-4.pdf>> [Consultado 24 de octubre de 2013]

CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto y GÓMEZ VELÁSQUEZ, Ramón Gustavo, Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano, Documento de Trabajo, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, IV Curso de Formación Judicial para Magistrados, Magistradas, Juezas y Jueces de la República. Promoción 2009. <http://www.ejrlb.net/medios/docs/113/223_01_preacuerdos_y_negociaciones.pdf> [citado en diciembre de 2012]

RODRÍGUEZ GARAVITO, César, El país de Pacific Rubiales. **En:** Periódico El Espectador, Bogotá, 24 de septiembre de 2012. <<http://www.elespectador.com/opinion/columna-377285-el-pais-de-pacific-rubiales>> [Verificada el 11 de enero de 2012]

CORIGLIANO, Mario E., Resoluciones alternativas del conflicto penal. Juicio abreviado, Buenos aires, 2010. Trabajo de grado (título de especialista en derecho penal), Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, mensaje electrónico enviado a: ALEJANDRO FELIPE SÁNCHEZ, 1º de abril de 2012 [citado diciembre de 2012] Comunicación personal.

CORNEJO VALDIVIA, Oscar G., El principio de oportunidad en la legalidad del proceso penal. <http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Ponencia_Chile.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

CORONIL, Fernando, Naturaleza del poscolonialismo: Del eurocentrismo al globocentrismo. <<http://www.estudiosecologistas.org/docs/reflexion/imperialismo/coronil.pdf>> [Citado en diciembre de 2012]

COX, Francisco, Sistema acusatorio y litigio. <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_4/sistema%20acusatorio%20y%20litigio.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

DE MATA VELA, José Francisco, La reforma procesal penal de Guatemala, del Sistema Inquisitivo (juicio escrito) al Sistema Acusatorio (juicio oral), España, 2007. Trabajo de grado (título de doctor), Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de derecho. <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5238/jfmv1de1.pdf?sequence=1>> [citado 5 de noviembre de 2012]

DERVAN, Lucian E., EDKINS, Vanessa, The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem (2012). <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2071397> [Citado en diciembre de 2012]

EASTERBROOK, Frank H., Criminal procedure as a market system. <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/724247?uid=3737808&uid=2129>>

[&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21100974255153](#)> [citado en diciembre de 2012]

EDITORIAL, Justice and Open Files, En: The New York times, The Opinion Pages, New York, 26 de febrero de 2012, <<http://www.nytimes.com/2012/02/27/opinion/justice-and-open-files.html? r=0>> [citado 3 de septiembre de 2013]

FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, ¿Hacia dónde va el sistema penal acusatorio? En: Periódico Ámbito Jurídico, Bogotá, 14 de marzo de 2012. <[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-03\(hacia donde va el sistema penal acusatorio\)/noti-120314-03\(hacia donde va el sistema penal acusatorio\).asp?Miga=1&CodSeccion=84](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120314-03(hacia%20donde%20va%20el%20sistema%20penal%20acusatorio)/noti-120314-03(hacia%20donde%20va%20el%20sistema%20penal%20acusatorio).asp?Miga=1&CodSeccion=84)>. [Citado en diciembre de 2012]

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma. < <http://www.juridicas.unam.mx/publica/ibrev/rev/dconstla/cont/2006.1/pr/pr18.pdf>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

FERRAJOLI, Luigi, conversatorio. Tema: Teoría Jurídica. Universidad Andina, Ecuador, 28 de junio de 2011 <<http://www.youtube.com/watch?v=T-JStv7nlm0>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

-----. Entrevista. En: Periódico Ámbito Jurídico, Bogotá, 28 de noviembre de 2013. <[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-131128-01luigi ferrajoli la pacificacion es un presupuesto de la con struc/noti-131128-01luigi ferrajoli la pacificacion es un presupuesto de la construc.asp?Miga=1&IDobjetose=16973&CodSeccion=84](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-131128-01luigi%20ferrajoli%20la%20pacificacion%20es%20un%20presupuesto%20de%20la%20construc/noti-131128-01luigi%20ferrajoli%20la%20pacificacion%20es%20un%20presupuesto%20de%20la%20construc.asp?Miga=1&IDobjetose=16973&CodSeccion=84)> [Citado el 29 de noviembre de 2013]

FIELDS, Gary y EMSHWILLER, John R, Federal Guilty Pleas Soar As Bargains Trump Trials. <http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443589304577637610097206808.html?mod=googlenews_wsj> [Citado en diciembre de 2012]

------. Decisions Open Door to Appeals of Plea Bargains. <<http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443624204578058872890444016.html>> [Consultada en diciembre de 2012]

FIX-ZAMUDIO, Héctor, El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/30/art/art3.pdf>> [Citado en diciembre de 2012]

FLYNN Asher, Bargaining with justice: victims, plea bargaining and the victims' charter act. 2006 (vic). < <http://lawcite.austlii.edu.au/journals/MonashULawRw/2011/29.html>>

GALAIN PALERMO, Pablo, La negociación en el proceso penal. **En:** Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, 2005, p. 159. <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7350-544-1-30.pdf> [Verificada el 11 de enero de 2013]

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, La interpretación Constitucional. <<http://www.cnj.gob.sv/images/stories/documentos/pdfs/InterpretacionArgumentacionJuridica/capitulo%2011.pdf>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

------. ¿Dónde va el derecho actual?, Chile, 11 de septiembre de 2010, Conferencia. <<http://www.youtube.com/watch?v=eWPZSkW-00Y>> [Citado en diciembre de 2012]

GARGARELLA, Roberto, Los errores del populismo penal. <http://www.cafexmediodigital.com.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=3066&Itemid=48> [Citado en diciembre de 2012]

GELVEZ, Fernando Omar, MIQUELARENA, Jorge Luis, Principio de legalidad versus principio de oportunidad. <http://www.robertexto.com/archivo5/legalidad_vs_oportunidad.htm> [Verificada el 11 de enero de 2013]

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz, PIETRZYKOWSKI, Tomasz, Positivismo blando y la distinción entre el derecho y la moral. <<http://www.google.co>>

[m.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&sqj=2&ved=0CEsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cervantesvirtual.com%2FdescargaPdf%2Fpositivismo-blando-y-la-distincin-entre-derecho-y-moral-0%2F&ei=rF4QUMDjAuXq6gGRz4CQDQ&usg=AFQjCNFq3iyBMq0RjZCP4T6XtQR2umq2kA&sig2=A81A7r2kmf9hHYtLlk06Pg](http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/positivismo-blando-y-la-distincin-entre-derecho-y-moral-0%2F&ei=rF4QUMDjAuXq6gGRz4CQDQ&usg=AFQjCNFq3iyBMq0RjZCP4T6XtQR2umq2kA&sig2=A81A7r2kmf9hHYtLlk06Pg) [Verificada el 11 de enero de 2013]

GÖSSEL, Karl-Heinz. Entrevista, traducción de Miguel Polaino-Ortiz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. <<dialnet.unirioja.es/describa/articulo/2602046.pdf>> [Consultada, 12 de enero de 2012]

GÓMEZ-COLOMER, Juan-luís, Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad. **En:** Fundación Dialnet. [en línea] ISSN-e 1888-7740, No. 2004-2004 <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4074042>> [Citado diciembre de 2012]

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, El principio fundamental de acción. Nuevo paradigma de la ciencia procesal. <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffichero_articulo%3Fcodigo%3D3700455&ei=RWM2UPG7M4Sa8gSf-4DoAQ&usg=AFQjCNH0cq7lzlDK7G4Nf8ik7yVVKrEwztQ&sig2=HfM1wEmuO_YVwwrTTvTvUw> [Citado en diciembre de 2012]

GRAHAM, Kyle, Crimes, Widgets, and Plea Bargaining: An Analysis of Charge Content, Pleas, and Trials. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004194> [Citado en diciembre de 2012]

GREENHOUSE, Linda, Activists by Invitation, 15 de junio de 2011. <<http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/06/15/activists-by-invitation/>>

GROSS, Samuel R., JACOBY, Kristen, MATHESON, Daniel J., MONTGOMERY, Nicholas, PATIL, Sujata, Exonerations in the United States 1989 through 2003. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=753084> [Citado en diciembre de 2012]

GROSS, Samuel R., Convicting the innocent [Consulta virtual] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1100011> [Citado 12 de febrero de 2013]

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr20.pdf>> [citado en diciembre de 2012]

HASSEMER, Winfried, La persecución penal: Legalidad y Oportunidad. <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2530062.pdf> [Verificada el 11 de enero de 2013]

HENSON, Scott, Plea deals without open files turn off ignition on adversarial system's truth-seeking engine <<http://gritsforbreakfast.blogspot.com/2012/02/plea-deals-without-open-files-turn-off.html>> [citado 3 de septiembre de 2013]

HOLMES, The Path of the Law. <http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm> [citado en diciembre de 2012]

IMAHORN, Javier H., ¿Es inconstitucional el trámite del juicio abreviado en el procedimiento penal? <http://cdi.mecon.gov.ar/cgi-bin/pppp.exe?rec_id=075502&database=pppp&search_type=link&table=alls&lang=spa&format_name=SFALL> [citado en diciembre de 2012]

KELLY, Deborah P, Victims' Perceptions of Criminal Justice [<<http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol11/iss5/4/>>] [citado 5 de septiembre de 2013]

KENNEDY, Duncan, Conversatorio de Duncan Kennedy con estudiantes de Derecho, Universidad de los Andes, Facultad de derecho, Bogotá, 2010. <<http://www.youtube.com/watch?v=rx3lvTqeYGQ>> [Citado en diciembre de 2012]

----- . La crítica de los Derechos en los Critica Legal Studies. <<http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

----- . ¿Son los abogados realmente necesarios? <<http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Son%20los%20abogados%20realmente%20necesarios.pdf>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

----- . La educación legal como preparación para la jerarquía. <<http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/La%20educacion%20legal%20como%20preparacion%20para%20la%20jerarquia.pdf>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

LANGER, Máximo, La dicotomía acusatorio – inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona, algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. <<http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/acusatorioinquisitivo.pdf>> [Citado en diciembre de 2012]

LAVEDRA, Ricardo R., La reforma del sistema de enjuiciamiento y la consolidación de la democracia. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050512>> [Citado en diciembre de 2012]

LANDER, Edgar, ¿El conocimiento para qué?, ¿El conocimiento para quién? <<http://poraquipasocompadre.files.wordpress.com/2010/10/edgar-lander-c2bfconocimiento-para-que-conocimiento-para-quien.pdf>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

LÓPEZ, Carlos Alberto, Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional Colombiana, concepto, justificación y límites, Madrid, 2007, 415 h. Trabajo de grado (Título de doctor), Universidad Carlos III De Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/2534/1/tesis_lopez_cadena.pdf> [Verificada el 11 de enero de 2013]

LYNCH, Gerard E., PLEA BARGAINING: El sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos. <<http://upauderecho2.blogspot.c>

[om/2008/05/plea-bargaining-el-sistema-no.html](http://www.rmg.com.py/publicaciones/DerechoPenalyProcesalPenal/Ruben_Procedimiento_Abreviado.pdf)> [Citado en diciembre de 2012]

MACIEL GUERREÑO, Rubén, El procedimiento abreviado en el proceso penal continental europeo. <http://www.rmg.com.py/publicaciones/DerechoPenalyProcesalPenal/Ruben_Procedimiento_Abreviado.pdf> [Verificada el 11 de enero de 2013]

MANCO LÓPEZ, Yeison, La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano. <<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/14146/12506>> [Consultado 9 de octubre de 2013]

MANCHINI, Héctor, Abuso del juicio abreviado. <<http://www.derechodela victima.com.ar/blog/articulos-de-opinion/41-justicia-poder-judicial/159-abuso-del-juicio-abreviado>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

GASCÓN ABELLÁN, Marina, La prueba judicial: valoración racional y motivación, en: <http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf> [Consultada en 19 de noviembre de 2013]

MARRERO AVENDAÑO, Danny, ¿La víctima como actor procesal? O sobre las inconsistencias del concepto de víctima en el Código de Procedimiento Penal Colombiano. <http://derechopublico.unia ndes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub121.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

MERCADO MALDONADO, Asael; BENAVENTE CHORRES, Hesbert; El Estado en la gestión del conflicto: la reforma del proceso penal en Latinoamérica. <http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302010000100003&lng=es&nrm=>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

MESTRE ORDÓÑEZ, José Fernando, La disponibilidad discrecional de la pretensión en el sistema de persecución penal colombiano. <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82515355008>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, El populismo penal. <<http://new.pensamientoopenal.com.ar/15082007/miranda.pdf>> [Citado en diciembre de 2012]

MOLINA LÓPEZ, Ricardo, La McDonalización del proceso penal (La indemnización de perjuicios en el proceso penal como sustituto de la pretensión punitiva). <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=151412826002>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

MONTERO AROCA, JUAN, Moción, La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil. **En:** Conferencia, subida el 10 de diciembre de 2011. <http://www.youtube.com/watch?v=4qco0byrv6w&feature=results_video&playnext=1&list=PL15133E7E53C28D42> [Verificada el 11 de enero de 2013]

MOORE, Janet, Democracy and Criminal Discovery. Reform after Connick and Garcetti, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1942939> [Consultado 15 de mayo de 2013]

MORENO CATENA, Víctor, Algunas notas sobre la instrucción en el proceso penal y en el juicio por jurados. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/12962/1/algunas_moreno_EDJ_2003.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

-----. El papel del Ministerio Fiscal en el Estado Democrático de Derecho. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/13021/1/papel_moreno_CDP_2002.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

-----. El proceso penal español. Algunas Alternativas para su reforma. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/12963/1/proceso_moreno_CDJ_2002.pdf> [Verificada el 11 de enero de 2013]

-----. Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/12912/1/garantia_moreno_PJ_1988.pdf> [Verificada el 11 de enero de 2013]

NIETO GARCÍA, Alejandro, Arbitrios judiciales. Entrevista, subido el 12 de febrero de 2009. <http://www.youtube.com/watch?v=KZ_31i55S8A&feature=related> [Verificada el 13 de enero de 2013]

------. Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa, Universidad Carlos III de Madrid. <http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/cococenos/honoris_causa/discurso_alejandra_nieto_garcia> [Verificada el 13 de enero de 2013]

PASTOR, Daniel R, La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. <http://www.informerreservado.net/descargas/La_deriva_neopunitivista_de_organismos.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

REDLICH, Allison D., False Confessions, False Guilty Pleas: Similarities and Differences <<http://www.albany.edu/scj/documents/Chapter3Redlich2010APAbook.pdf>> [Consultado 3 de septiembre de 2013]

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Organización judicial y ministerio fiscal. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501995000100003&script=sci_arttext> [Citado en diciembre de 2012]

POSADA MAYA, Ricardo, Una aproximación histórica a la evolución del proceso Penal Colombiano. <http://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub109.pdf> [Consultada el 13 de enero de 2013]

------. El bloque de constitucionalidad y el sistema penal acusatorio, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2008. [Consulta en línea] <http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletines/boletin_15.pdf> [Consultada el 25 de mayo de 2013]

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo, “Crisis de la Ley”, principios constitucionales y seguridad jurídica. <http://universitas.idhbc.es/n03/03-03_rodriguez.pdf> [Citado en diciembre de 2012]

RUIZ VADILLO, Enrique, Constitución y enjuiciamiento criminal. <http://www.bduimp.es/archivo/conferencias/pdf/94_10037_20_Ruiz_idc75655.pdf> [citado diciembre de 2012].

SOLOMON, Peter H., Plea Bargaining Russian Style. Documento remitido vía mensaje electrónico de: MAYA, Delio, "Solicitud de información", mensaje enviado a: SÁNCHEZ CERÓN, Alejandro Felipe, 8 de octubre de 2013. [Citado 11 de octubre de 2013] Comunicación personal.

SANDEFUR, Timothy, In Defense of Plea Bargaining. <<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2003/7/v26n3-8.pdf>> [Citado 8 de octubre de 2013]

SCHULHOFER, Stephen J., Is Plea Bargaining Inevitable? <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1340824?uid=3737808&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21100973904063>> [Citado en diciembre de 2012]

SIERRA PORTO, Humberto Antonio, La administración de justicia en el Estado Social de Derecho Privatizado. <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=129016876010>> [Citado en diciembre de 2012]

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Principio de legalidad y legislación penal europea ¿Una convergencia imposible? <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/jesus%20maria%20silva.pdf> [Verificada el 11 de enero de 2013]

TAMAYO JARAMILLO, Javier, Severidad de una justicia en crisis contra los que no tienen capacidad de reacción. **En:** Periódico Ámbito Jurídico, Bogotá, 9 de julio de 2012. <[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120709-14\(severidad de una justicia en crisis contra los que no tienen capacidad de reaccion\)/noti-120709-14\(severidad de una justicia en crisis contra los que no tienen capacidad de reaccion\).asp?Miga=1&IDobjetose=12769&CodSeccion=84](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120709-14(severidad%20de%20una%20justicia%20en%20crisis%20contra%20los%20que%20no%20tienen%20capacidad%20de%20reaccion)/noti-120709-14(severidad%20de%20una%20justicia%20en%20crisis%20contra%20los%20que%20no%20tienen%20capacidad%20de%20reaccion).asp?Miga=1&IDobjetose=12769&CodSeccion=84)> [Verificada el 13 de enero de 2013]

TARUFFO, Michelle, La motivación de las decisiones judiciales. Conferencia, subida el 14 de abril de 2010. <<http://www.youtube.com/watch?v=Zh4fvX7onac>> [Verificada el 13 de enero de 2013]

TIEDEMAN, Klaus, El nuevo procedimiento penal europeo. <http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/klaus%20tiedemann.pdf> [citado diciembre de 2012]

TINOCO PASTRANA, Ángel, El sistema judicial penal en el common law y el principio de oportunidad, Sevilla, 1999. Trabajo de grado (doctor en derecho), Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho. <<http://Fafondosdigitales.us.es/media/thesis/913/B TD-290.pdf>> [Citado diciembre de 2012]

TOR, Avishalom, GAZAL-AYAL, Oren y GARCIA, Stephen M., Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1398128> [Citado en diciembre de 2012]

VILLEGAS ARANGO, Adriana, El juicio oral en el proceso penal acusatorio. <<http://fgn.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EIJuicioenelProcesoPenal.pdf>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

YAROSHEFSKY, Ellen, Ethics and plea bargaining. What's Discovery Got to Do With It?. <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_cimag_23_3_yaroshefsky_authcheckdam.pdf> [Citado el 7 de enero de 2013]

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ¿Tiene futuro la prisión preventiva?: Conferencia. <<http://www.youtube.com/watch?v=ASG5ahbTM5w>> [citado en diciembre de 2012]

-----, Crítica Sociológica al Derecho Penal <<http://www.defensapublica.org.ar/revista/1999/07/doctrina.int/index.htm>> [Verificada el 11 de enero de 2013]

ZULETA, Estanislao, Sobre la lectura. <http://www.lugaradudas.org/publicaciones/fotocopiotea/12_juana_anzellini.pdf> [Verificada el 11 de enero de 2013]

DOCUMENTOS OFICIALES

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Colombia, Constitución Política de 1991.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Colombia,

- Código de Procedimiento Penal, Derogado, Ley 600 de 2000.
- Gaceta No. 134 de 2002, Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara de Representantes.
- Gaceta No. 148 de 2002, Ponencia para primera debate Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara.
- Gaceta No. 351 de 2002, Ponencia para primer debate en segunda vuelta Proyecto de Acto Legislativo 12 de 2002 Senado, 237 de 2002 Cámara.
- [no lleva Gaceta] Texto conciliado del Proyecto de Acto Legislativo 12 de 2002 Senado, 237 Cámara.
- Gaceta No. 590 de 2002, Texto definitivo de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara, 12 de 2002 Senado, aprobado en Sesión Plenaria los días 9 y 11 de diciembre de 2002.
- Diario Oficial 45.040 de diciembre de 2002, Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, por el cual se reforma la Constitución Nacional.
- Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.
- Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.

COMISIÓN PREPARATORIA PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO,

- Acta No. 1 Reunión de Comisión Preparatoria, Bogotá, 1º de febrero de 2002.
- Acta No. 08 Reunión Comisión Preparatoria, Bogotá, 06 de febrero de 2002.
- Acta No. 03 Reunión Comisión Preparatoria, Bogotá, 12 de febrero de 2002-.
- Acta No. 04 Reunión Comisión Preparatoria, Bogotá, 18 de febrero de 2002-.
- Acta No. 05 Reunión Comisión Preparatoria, Bogotá, 25 de febrero de 2002-.
- Acta No. 06 Reunión Comisión Preparatoria, Bogotá, 27 de febrero de 2002-.
- Acta No. 07 Reunión Comisión Preparatoria, Bogotá, 6 de marzo de 2002,

- Acta No. 08 Reunión Comisión Preparatoria, Bogotá, 14 de marzo de 2002.
- Acta No. 09 Reunión Comisión Preparatoria, Bogotá, 19 de marzo de 2002.

COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL CREADA POR EL ACTO LEGISLATIVO 003 DE 2002,

- Acta No. 020, Bogotá, 6 de junio de 2003.
- Acta No. 025, Bogotá, 30 de junio de 2003.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Colombia,

- Carta del Fiscal General de la Nación al Presidente de la República, 25 de abril de 2002, presentación del proyecto de Acto Legislativo para reformar las funciones de la Fiscalía e incorporar un nuevo modelo procesal acusatorio.
- Directiva No. 001 de septiembre de 2006 “Por medio de la cual se fijan directrices para la celebración de preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el Imputado o acusado”.
- Manual: La prueba en el proceso penal colombiano, Escuela de Estudios e Investigación Criminalística y Ciencias Forenses, Luis Fernando Bedoya Sierra, Bogotá, 2008.
- Manual de procedimientos en el Sistema Penal Acusatorio, Bogotá, 2009.
- Resolución No. 00789 del 08 de mayo de 2012, por medio del cual se revoca la aplicación de un principio de oportunidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

Memorias. Primer Encuentro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio, Corte Suprema de Justicia, Cartagena, 3 y 4 de diciembre de 2012. [Consulta virtual] <<http://www.cortesuprema.gov.co/webcsj/Documentos/ComuniCorte/Prensa/Memorias%20del%20Encuentro%20de%20Análisis%20del%20Sistema%20Penal%20Oral%20Acusatorio.pdf>> [Citado el 12 de febrero de 2013]

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- Fallo C-150-1993

- Fallo C-412-1993
- Fallo T-280-1993
- Fallo T-425 de 1995
- Fallo C-1711-2000
- Fallo C-033-2003
- Fallo C-096-2003
- Fallo C-592-2005
- Fallo C-673-2005
- Fallo C-979-2005
- Fallo C-799-2005
- Fallo C-980-2005
- Fallo C-1154-2005
- Fallo C-1194-2005
- Fallo C-1195-2005
- Fallo C- 1260-2005
- Fallo C-454-2006
- Fallo C-095-2007
- Fallo C-209-2007
- Fallo C-516-2007
- Fallo C-536-2008
- Fallo T-920-2008
- Fallo C-025-2009
- Fallo C-059-2010
- Fallo T-436-2009
- Fallo C-144-2010
- Fallo C-073-2010
- Fallo C-936-2010
- Fallo C-127-2011
- C-535 de 2012
- Fallo C-893-2012
- Fallo C-645-2012
- Fallo T-148 de 2012
- Fallo C-303 de 2013, según comunicado de prensa No. 20 de mayo 22 y 23 de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA

- Fallo de casación Sala Penal 25389 de 10 de mayo de 2006
- Fallo de casación Sala Penal 24764 de 1º de junio de 2006
- Fallo de casación Sala Penal 25724 de 19 de octubre de 2006
- Fallo de casación Sala Penal 25920 de 21 de febrero de 2007
- Auto de Sala Plena 2007-0019 de 5 de julio de 2007

- Fallo de casación Sala Penal 27873 de 27 de agosto de 2007
- Fallo de casación Sala Penal 27759 de 12 de septiembre de 2007
- Fallo de segunda instancia Sala Penal 27608 de 26 de octubre de 2007
- Fallo de casación Sala Penal 27518 de 28 de noviembre de 2007
- Fallo de tutela Sala Penal 36571 de 20 de mayo de 2008
- Fallo de casación Sala Penal 28872 de 15 de julio de 2008
- Fallo de casación Sala Penal 29979 de 27 de octubre de 2008
- Fallo de casación Sala Penal 29053 de 5 de noviembre de 2008
- Fallo de casación Sala Penal 30043 de 4 de febrero de 2009.
- Fallo de tutela Sala Penal 42069 del 12 de mayo de 2009
- Fallo de casación Sala Penal 31280, 8 de julio de 2009
- Fallo de casación Sala Penal 31531 de 8 de julio de 2009
- Fallo de casación Sala Penal 32196 de 20 de enero de 2010
- Fallo de casación Sala Penal 32556 de 20 de enero de 2010
- Fallo de casación Sala Penal 31403 de 28 de mayo de 2010
- Fallo de casación Sala Penal 33039 de 16 de diciembre de 2010
- Fallo de casación Sala Penal 27918 de 21 de febrero de 2011
- Fallo de casación Sala Penal 31895 de 1º de junio de 2011
- Auto de segunda instancia Sala Penal 37596 de 07 de diciembre de 2011
- Fallo de tutela Sala Penal 58827, de 21 de febrero de 2012
- Fallo de casación Sala Penal 38020 de 18 de abril de 2012
- Fallo de casación Sala Penal 37668 de 30 de mayo de 2012
- Fallo de tutela Sala Penal 60987 de 19 de junio de 2012
- Fallo de segunda instancia Sala Penal 36562 de 13 de junio de 2012
- Fallo de casación Sala Penal 38857 de 27 de junio de 2012
- Fallo de casación Sala Penal 38285 de 11 de julio de 2012
- Fallo de segunda instancia Sala Penal 38187 de 24 de junio de 2012
- Auto de casación Sala Penal 33145 de 17 de octubre de 2012
- Fallo de casación Sala Penal 39707 de 13 de febrero de 2013
- Fallo de casación Sala Penal 33254 de 27 de febrero de 2013
- Fallo de casación Sala Penal 39892 de 6 de febrero de 2013
- Fallo de casación Sala Penal 38773 de 27 de febrero de 2013
- Fallo de casación Sala Penal 37951 de 19 de junio de 2013
- Fallo de tutela Sala Penal 69478 de 24 de septiembre de 2013
- Auto de segunda instancia Sala Penal 39886 de 16 de octubre de 2013
- Auto de segunda instancia Sala Penal 41570 de 20 de noviembre de 2013
- Fallo de casación Sala Penal 39834 de 20 de noviembre de 2013
- Fallo de tutela Sala Penal 70712 de 4 de diciembre de 2013

- Fallo de revisión Sala Penal 34843 de 11 de diciembre de 2013
- Fallo de casación Sala Penal 40871, SP 9853-2014, de 16 de julio de 2014
- Fallo de tutela STP9865-2014, radicación No. 74450, 22 de julio de 2014

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

- Hudson V. United States, 272 U.S. 451, (1926)
- Kercheval v. United States, 274 U.S. 220 (1927)
- Lynch v. Overholser, 369 U.S. 705 (1962)
- Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963)
- Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)
- Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970)
- North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 (1970)
- Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971)
- Gerstein v. Pugh, 420 U.S. 103 (1975)
- Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978)
- Mabry v. Johnson, 467 U.S. 504 (1984)
- United States v. Benchimol, No. 84-1165, decidido May 13 (1985)
- United States v. Ruiz (O1-595) 536 U.S. 622 (2002)
- United States v. Booker, argued October 4, 2004—Decided January 12, (2005)
- Puckett v. United States, marzo 25 (2009)
- Premo, Superintendent, Oregon State Penitentiary v. Moore, enero 19 (2011)
- Michigan v. Bryant, febrero 28 (2011)
- Sykes v. United States, Argued January 12, 2011—Decided June 9 (2011)
- Blaine LAFLER, Petitioner v. Anthony COOPER. No. 10–209 (2012)
- MISSOURI, Petitioner v. Galin E. FRYE. No. 10–444 (2012)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CANADÁ

R. v. Stinchcombe, 3 S.C.R. 326 (1991)

CORTE DE APELACIONES DE INGLATERRA

- Caso R v Newton (1982)
- Caso JORDAN SHEARD v R (2013)

CORTE INTERAMERICANA

- Caso La Cantuta vs. Perú, 29 de noviembre 2006.
- Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, 16 de noviembre de 2009.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Figueredo Planchart v. Venezuela, 2000

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

- Garfield Peart y Andrew Peart v. Jamaica, 1995
- Caso Abdool Saleem Yasseen y Noel Thomas v. Guyana, 1998
- Caso Rodríguez V. Colombia, 2002

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Fallo STC-167/2002 de 18 de septiembre de 2002.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Fallo de 23 de julio de 2009, radicación 110016101657200800177-01, magistrado ponente Dr. Carlos Héctor Tamayo Medina.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Fallo 09 de febrero de 2012, causa especial 20716/2009.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

EDWARDS and LEWIS v. THE UNITED KINGDOM, 22 de julio de 2003

ANEXO

Regla 16 de las Reglas Federales de Procedimiento Criminal de los Estados Unidos:

“Regla 16. Descubrimiento e Inspección

(A) Descubrimiento del gobierno

(1) Información sujeta a descubrimiento.

(A) Declaración oral del acusado. A petición del acusado, el gobierno debe revelar al acusado el contenido de cualquier declaración relevante hecha por el acusado, antes o después de la detención, en respuesta al interrogatorio de una persona que el acusado sabía que era un agente del gobierno si el gobierno tiene la intención de utilizar la declaración en el juicio.

(B) Escritos del demandado o declaraciones grabadas. A petición del acusado, el gobierno debe revelar al acusado, y hacer disponible para la inspección, copia o fotografía, o todo lo siguiente: (i) cualquier escrito relevante o declaración grabada por el demandado si: La declaración está dentro de la posesión del gobierno, su custodia o control, y el abogado del gobierno sabe -o por medio de la debida diligencia podía saber- que la declaración existe, (ii) la parte de cualquier registro escrito que contenga la sustancia de cualquier declaración oral pertinente antes o después de la detención si el acusado hizo la declaración en respuesta al interrogatorio de una persona que el acusado sabía que era un agente del gobierno, y (iii) el testimonio grabado del acusado ante un gran jurado en relación con el delito imputado.

(C) Demandado Organizacional. A petición del demandado, si el demandado es una organización, el gobierno debe revelar al acusado cualquier declaración descrita en la Regla 16 (a) (1) (A) y (B), si el gobierno sostiene que la persona que hace la declaración: (i) estuvo en posibilidad legal de obligar a la parte demandada con respecto al tema de la declaración debido a la posición de esa persona como director del acusado, funcionario, empleado o agente, o (ii) se involucró personalmente en la supuesta conducta que constituye el delito y estuvo en la posibilidad legal de obligar a la parte demandada respecto de la conducta debido a la posición de esa persona como director del acusado, funcionario, empleado o agente.

(D) Registros anteriores del demandado. A petición del acusado, el gobierno debe proporcionar al demandado con copia de los antecedentes penales del acusado que se encuentren dentro de su posesión, custodia o control, si el abogado del gobierno sabe -o por medio de la debida diligencia podría saber- que existe el registro.

(E) Documentos y objetos. A petición del acusado, el gobierno debe permitir que la parte demandada pueda inspeccionar y copiar o fotografiar libros, papeles, documentos, datos, fotografías, objetos tangibles, edificios, lugares, copias o partes de cualquiera de estos elementos, si estos están dentro de la posesión del gobierno, su custodia o control y: (i) el elemento es material para la preparación de la defensa; (ii) el gobierno tiene la intención de utilizar el elemento como base –o tesis- principal en el juicio, o; (iii) el elemento fue obtenido a partir de la defensa o pertenece a la parte demandada.

(F) Los informes de los exámenes y pruebas. A petición del acusado, el gobierno debe permitir al acusado inspeccionar, copiar o fotografiar los resultados o informes de cualquier examen físico o mental y de cualquier prueba o experimento científico si: (i) el elemento está en posesión del gobierno, su custodia, o control, (ii) el abogado del gobierno sabe -o por medio de la debida diligencia podía saber- que el elemento existe, y (iii) el elemento es importante para la preparación de la defensa o el gobierno tiene la intención de utilizar el artículo como elemento principal en el juicio.

(G) Los testigos expertos. A petición de la parte demandada, el gobierno debe dar al acusado un resumen escrito de cualquier testimonio que el Estado tiene la intención de usar bajo las reglas 702, 703, o 705 de las Reglas de las Reglas Federales de Evidencia, como parte de su caso –o tesis- principal en el juicio. Si la solicitud de descubrimiento del Gobierno está bajo el amparo de la sub división (b) (1) (C) (ii) y el demandado cumple, el gobierno debe, a petición de éste, dar al acusado un resumen escrito de testimonio que tiene la intención de utilizar conforme a las Reglas 702,703, o 705 de las Reglas Federales de Evidencia como prueba en el juicio sobre la cuestión del estado mental del acusado. El resumen provisto en este apartado debe describir las opiniones de los testigos, las bases y las razones de esas opiniones y las calificaciones del testigo.

(2) Información no sujeta a divulgación. Salvo que el artículo 16 (a) (1) disponga lo contrario, esta regla no autoriza el descubrimiento o la inspección de los informes, memorandos u otros documentos internos del gobierno realizados por un abogado del gobierno o de otro agente del gobierno en relación con la investigación o persecución del caso. Esta regla tampoco autoriza el descubrimiento o la inspección de las declaraciones hechas por potenciales testigos del Gobierno salvo lo dispuesto en 18 USC § 3500.

(3) Transcripciones del Gran Jurado. Esta regla no se aplica al descubrimiento o la inspección de las actuaciones grabadas ante el gran jurado, salvo lo dispuesto en los artículos 6, 12 (h), 16 (a) (1), y 26.2.

(B) Divulgación del demandado.

(1) Información sujeta a divulgación.

(A) Los documentos y objetos. Si el demandado solicita la divulgación en virtud de la Regla 16 (a) (1) (E) y el gobierno cumple, entonces el acusado debe permitir al gobierno si éste así lo solicita, inspeccionar y copiar o fotografiar libros, papeles, documentos, datos, fotografías, objetos tangibles, edificios o lugares, copias o partes de cualquiera de esos elementos, si: (i) el elemento está en posesión del demandado, su custodia o control, y (ii) el demandado tiene la intención de utilizar el elemento en su caso –o tesis-principal en el juicio.

(B) Los reportes de exámenes y pruebas. Si el demandado solicita la divulgación en virtud de la regla 16 (a) (1) (F) y el gobierno cumple, el acusado debe permitir al fiscal que así lo solicite inspeccionar, copiar o fotografiar los resultados o informes de cualquier examen físico o mental y de cualquier prueba o experimento científico si: (i) el elemento está en posesión del demandado, su custodia o control, y (ii) el demandado tiene la intención de utilizar ese elemento como soporte de su caso –o tesis- principal en el juicio, o tiene la intención de llamar al testigo que preparó el informe y el informe está relacionado con el testimonio de ese testigo.

(C) Los testigos expertos. El acusado deberá, a petición del gobierno, dar al gobierno un resumen escrito de los testimonios que tiene la intención de utilizar bajo las reglas 702, 703, o 705 o las Reglas Federales de Evidencia como prueba en el juicio, si -(i) el demandado pide divulgación de conformidad con la subdivisión (a) (1) (G) y el gobierno cumple, o (ii) que el demandado haya notificado en virtud de la Regla 12.2 (b) de la intención de presentar el testimonio de expertos sobre la condición mental del acusado. Este resumen debe describir las opiniones de los testigos, las bases y las razones de esas opiniones y las calificaciones del testigo.

(2) Información no sujetos a divulgación. A excepción de los informes científicos o médicos, la Regla 16 (b) (1) no autoriza descubrimiento o la inspección de: (a) Los informes, memorandos u otros documentos realizados por el acusado o el abogado del acusado o su agente, durante la investigación del caso o la preparación de la defensa, o (B) una declaración hecha a la defensa, o a un abogado de la defensa o a uno de sus agentes, por: (i) el demandado, (ii) un testigo gubernativo o de la defensa, o (iii) un potencial testigo gubernativo o un potencial testigo de la defensa.

(C) Obligación constante de revelar. La parte que descubre evidencia adicional o material antes o durante el juicio inmediatamente debe revelar su existencia a la otra parte o al tribunal si: (1) la evidencia o material está sujeto al descubrimiento o inspección conforme a esta regla, y (2) la otra parte previamente solicitó, o el tribunal ordenó su producción.

(D) La regulación del descubrimiento.

(1) Protección y modificación de órdenes. En cualquier momento el tribunal podrá, por causas justificadas, negar, restringir o diferir el descubrimiento o inspección, o conceder otra apropiada solución. El tribunal podrá permitir que una de las partes alegue una causa justificada mediante una declaración escrita que el tribunal examinará fuera de las partes. Si la petición se concede, el tribunal debe conservar el texto completo de la declaración de la parte en sobre sellado.

(2) Incumplimiento. Si una parte no cumple con esta regla, el tribunal podrá: (A) Ordenar que la parte permita el descubrimiento o la inspección; especificar el tiempo, lugar y forma; y disponer otros precisos plazos y condiciones; (B) conceder un aplazamiento, (C) prohibir a esa parte la introducción de la evidencia no revelada, o (d) introducir cualquier otra orden que sea precisa de conformidad con las circunstancias.”⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ [en línea] < <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20Procedure.pdf>. > [traducción propia]