

El debido proceso penal en Colombia y España¹

The due Process of Law in Colombia and Spain
Le due processus en Colombie et en Espagne

Ricardo Molina López²

Resumen

Este artículo pretende contribuir a la discusión acerca de las bases políticas y normativas sobre las que se debe configurar un modelo de debido proceso penal, que articule su funcionamiento no sólo como un sistema de garantías para el procesado, sino como un escenario para el reconocimiento y tutela procesal de las víctimas. A partir de un análisis normativo, se puede concluir que dicho modelo de proceso tiene cabida dentro de la concepción política establecida en las constituciones española y colombiana.

Palabras clave: Estado Social de Derecho, política criminal, sistema penal, debido proceso, víctima.

Abstract:

This article pretends to contribute to the debate over the political and normative grounds that must be taken into consideration to configure a model of a due process in Criminal Law. This process must articulate its procedures as a system of guarantees for the defendant and as the scenario for the recognition and judicial protection of the victims' rights. Based on a normative analysis, it can

-
- 1 El presente trabajo fue elaborado dentro del periodo de investigación del Doctorado en Derecho penal y procesal de la Universidad de Sevilla, bajo la orientación del Prof. Dr. José MARTÍN OSTOS durante el curso académico 2009/2010.
 - 2 Becario de la Fundación Carolina (España) para cursar el Doctorado en Derecho Penal y procesal de la Universidad de Sevilla. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB) de Medellín; especialista en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, y en Derecho Financiero de la UPB Profesor Titular de la Escuela de Derecho de la U.P.B. en el Área de Derecho Penal. Correo electrónico: ricarmol@hotmail.com

Este artículo fue recibido el día 15 de febrero de 2010 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria n.º. 10 del 18 de mayo de 2010.

be concluded that this model can be a part of the political conception established in Spanish and Colombian Constitutions.

Key words: welfare state, criminal policy, criminal justice system, due process, victim.

Résumé:

Cet article vise à contribuer à la discussion sur les bases politiques et normatives sur lesquelles on doit configurer un modèle de procès criminel en bonne et due forme, qui articule son fonctionnement comme un système de garanties pour le prévenu et comme le scénario pour la reconnaissance et la tutelle procédurale des victimes. À partir d'une analyse normative, on peut conclure que ce modèle procédural peut avoir place dans la conception politique établie dans les Constitutions espagnole et colombienne.

Mots Clés: état social de droit, politique criminelle, le système de justice pénale, due procès criminel, victime.

Sumario

Introducción. 1. La política criminal en el Estado Social y Democrático de Derecho. 1.1. Configuración y funcionamiento del sistema penal: el respeto por las garantías penales y el reconocimiento de la víctima. 1.1.1. Criminalización primaria: la creación de las leyes penales (sustantivas, procesales y penitenciarias). 1.1.2. Criminalización secundaria: la aplicación de las leyes penales (sustantivas, procesales y penitenciarias). 1.1.3. El necesario reconocimiento de la víctima. 2. El proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2.1. Concepto de proceso penal. 2.1.1. Fundamento político. 2.1.2. Fundamento jurídico. 2.2. El proceso penal debe ser acusatorio. 3. Situación actual del proceso penal en Colombia y España. Referencias.

Introducción

España y Colombia –a partir de sus textos constitucionales de los años 1978 y 1991, respectivamente–, adoptaron como forma de organización política la del Estado Social y Democrático de Derecho³. Esta fórmula política recoge el contenido del Estado de Derecho, que se entiende tanto en clave de garantía de las personas frente al poder como en la posibilidad del intercambio civilizado con los demás (Pérez, 2007, pp.165-170; Pérez, 2005); pero también acoge, en su contenido social, una serie de prestaciones positivas a cargo del Estado que buscan la inclusión de todas las personas para la satisfacción de sus necesidades a partir del desarrollo de políticas de bienestar tendientes a garantizar un orden económico y social justo⁴. Dentro de este marco se ubica el planteamiento sobre la forma en que se debe llevar a cabo la intervención penal como un mecanismo

3 “Colombia es un Estado social de derecho” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 1); del mismo modo que la Constitución española de 1978, la cual fue asumida como modelo en Colombia por parte del constituyente de 1991, que dispone en su art. 1: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político [...]”.

4 “[...] cuando un ordenamiento constitucional incorpora solamente prohibiciones, que requieren prestaciones *negativas* en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como *estado de derecho liberal*; cuando por el contrario incorpora también obligaciones, que requieren prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como *estado de derecho social*” (Ferrajoli, 1997, p. 861).

subsidiario y mediato de control social, visualizada dentro de los contenidos de la *política criminal* del Estado.

La política criminal en el Estado Social y Democrático de Derecho

La reflexión teórica sobre la política criminal siempre ha sido apabullada por las demandas de protección que la sociedad presenta y que los poderes políticos están prestos a ofrecerle. Pero, ¿qué debe entenderse por *política criminal*? Por tal puede entenderse aquella parcela de la política general del Estado enfocada hacia el control de los conflictos de índole criminal que puedan surgir dentro de su elemento poblacional. La conceptualización de la política criminal es un punto que suscita muchas discusiones; porque, si bien es lo cierto que puede existir un consenso en cuanto a la finalidad que ésta persigue, *el control de los conflictos de índole criminal*, lo cierto es que dicho consenso no opera en lo que se refiere al *momento* en que se debe llevar a cabo el control aludido y los *medios* que deben utilizarse⁵.

Dependiendo de la concepción política imperante, el control de los conflictos criminales puede hacerse de dos maneras fundamentalmente: así, en primer término, en una organización política de carácter *autoritario*, el control del conflicto delictivo se presenta, por lo general, una vez que este haya surgido reaccionando frente a él por medio de la pena. En esta perspectiva se presenta una reacción punitiva contra una conducta que muchas veces es consecuencia de la misma estructura social; a esta concepción no le interesa indagar por la causa de la conducta objeto de la intervención penal; simplemente interesa la reacción agresiva que de una manera real o simbólica envía el mensaje a la sociedad de que el poder estatal existe y está ahí para proteger a sus asociados de las agresiones más fuertes que puedan sufrir sus *bienes jurídicos* o sus *expectativas* de convivencia. Así pues, en un sentido autoritario, la política criminal será concebida como un instrumento de *reacción punitiva* frente al delito, limitándose por tanto a una política estrictamente penal.

5 “Política criminal, en primer lugar, es un concepto complejo: mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en términos negativos, a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos no penales, de otro” (Baratta, 2004a, p. 152).

En segundo lugar, en la perspectiva de un Estado *democrático*, la política criminal busca el control de los conflictos criminales, al igual que en el Estado autoritario, pero distinguiéndose de éste por el momento y la forma en las que lleva a cabo la actuación. Así, un Estado democrático no se interesará tan sólo en reaccionar de manera principalmente punitiva frente a un conflicto delictivo; aquel buscará establecer las causas del surgimiento de la situación delictiva, articulando su solución a futuro, evidentemente, de una manera preventiva, a partir de los fines que constitucionalmente asume el Estado⁶. En otras palabras, el Estado ante una situación de conflicto delictivo no se limitará a reaccionar por medio de la pena, sino que buscará evitar el surgimiento de ese mismo tipo de situaciones a partir del cumplimiento de sus compromisos de política social acogidos por la organización estatal. Así pues, la política criminal en un Estado democrático debe ser ante todo una política preventiva de carácter marcadamente social que por un lado, atienda o tenga en cuenta a todos los sectores de la sociedad y, por el otro, persiga la satisfacción razonable y posible de las necesidades básicas de estos. En esta visión, el Estado sólo recurrirá a la reacción punitiva cuando, no obstante haberse cumplido los fines mencionados, y haber evaluado la situación conflictiva y presentado las soluciones extrapenales, la pena cumpla de manera real y no simbólica los fines que se le asignan⁷. Esto implica necesariamente que se tengan también en cuenta los intereses legítimos de la víctima (Mir, 2008).

Configuración y funcionamiento del sistema penal: el respeto por las garantías penales y el reconocimiento de la víctima

Entendida la política criminal de carácter reactivo en el sentido expresado, es pertinente establecer la forma en que esa política debe asumirse operativamente dentro del Estado Social y Democrático de Derecho. La plasmación normativa que configure la intervención penal debe realizarse con una pretensión sistemática; ello es, con la idea de construir un conjunto normativo compuesto por normas

6 Preámbulo de la Constitución española; también la Constitución Política de Colombia en su preámbulo y Art. 2.

7 “[...] la política de la justicia social, la realización de los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales de los individuos representan mucho más que una política criminal alternativa: constituyen la única alternativa democrática a la política criminal” (Baratta, 2004b, p. 328). En similar sentido, puede verse Borja Jiménez (2003, p. 22).

penales de carácter sustantivo, procesal y de ejecución penal, orientadas coherentemente por los fines que constitucionalmente se le asignan a las consecuencias jurídicas de las que dicho sistema penal puede valerse legítimamente. Pero, una vez construido normativamente el sistema penal, este debe funcionar de tal manera que ese conjunto normativo sea aplicable a la realidad frente a la cual se va a intervenir. La etapa de construcción del mencionado sistema, que es una etapa claramente estática, puede denominarse como etapa de *criminalización primaria*, y en ella se verifica el surgimiento, como consecuencia de la actividad del poder legislativo, de las normas penales sustantivas, procesales y de ejecución penal. La fase de aplicación práctica a los casos de la vida real de dicho conjunto normativo corresponde a intervenciones de los poderes ejecutivo y judicial; ésta tiene un carácter funcional u operativo y se conoce como de *criminalización secundaria*.

A continuación veremos qué contenidos, cuáles agencias estatales y qué personas están relacionadas con el sistema penal dentro del modelo de Estado constitucional adoptado por Colombia y España.

Criminalización primaria: la creación de las leyes penales (sustantivas, procesales y penitenciarias)

Por virtud del principio de *reserva legal* es el poder legislativo quien tiene la potestad de crear la ley penal, ya que ostenta la legitimidad popular. Así pues, la restricción de libertades más severa que puede adelantar de manera legítima un Estado en contra de las personas, debe estar precedida de una serie de discusiones abiertas en las cuales todos los representantes de la sociedad tengan la posibilidad de presentar sus diferentes puntos de vista, para que la creación de las leyes penales y procesales sea una decisión política de cuño democrático y no parcializada de antemano hacia un interés particular.

El legislador penal, en uso de la potestad de configurar el sistema penal, es decir, como titular del *ius puniendi*, debe establecer, en primer término, qué conductas define como delito y cuáles consecuencias jurídicas le asigna a quien las realice desobedeciendo la prohibición; es decir, debe crear la *ley penal sustantiva*. Algunas conductas son definidas como delitos o faltas, y se les asigna como consecuencia jurídica de carácter penal una pena o una medida de seguridad, según se trate de

un autor imputable o inimputable (Moreno & Cortés, 2008, p. 37)⁸; la reparación del daño es otra consecuencia jurídica que surge como una fuente obligacional por virtud del ordenamiento civil.

Cuando el legislador define una conducta como delictiva debe tener en cuenta que esta afecte de manera grave los bienes jurídicos más preciados para la convivencia social, pero también debe considerar qué finalidad se persigue con dicha definición. El legislador debe establecer también qué finalidad le asigna a las consecuencias jurídicas imponibles a quien sea autor de un delito. Por tanto, la finalidad que se pretenda lograr con la consecuencia jurídica es un parámetro de importancia capital, tanto para definir una conducta como delictiva como la consecuencia jurídica que su realización acarreará⁹. Desde este momento se comienza con la construcción de un sistema que debe buscar la relación de la parte con el todo y del todo con la parte; el núcleo de la construcción del sistema viene dado por la respuesta a la pregunta *¿por qué se imponen penas?* (Velásquez, 2009, p. 54). Cuando el legislador resuelve este interrogante establece las bases de toda la intervención punitiva, que se comienza a manifestar de manera normativa, creando, como ya hemos dicho, la ley penal sustantiva.

En el momento en el que el legislador –teniendo en cuenta los fines que le asigna a la pena– define una conducta como delictiva y le asigna una pena en particular, debe considerar cómo aplicar esa prescripción normativa a las situaciones de la vida real. Por tanto, debe también diseñar un instrumento que le permita establecer si una persona en una situación concreta ha realizado un delito y, en caso afirmativo, decidir la pena imponible de manera concreta. Ese instrumento es el proceso penal, cuya construcción, siendo coherente con la sistemática adoptada, debe orientarse no sólo por los derroteros tenidos en cuenta al momento de crear la ley penal sustantiva sino también por aquellos que hayan surgido de esta. Al crear un determinado modelo de proceso penal se debe considerar qué conductas

8 En lo sucesivo se hará referencia exclusiva al término *delito* como sinónimo de conducta prohibida por la ley penal sustantiva, y a la *pena* como su consecuencia jurídica de carácter penal.

9 “[...] el legislador puede manejar un amplio abanico de posibilidades y adecuar con mayor precisión las sanciones a cada concreta infracción delictiva, pues así se puede enfocar mejor el cumplimiento de los fines que se atribuyen a la sanción penal que trasciende del propio castigo” (Moreno Catena & Cortés Domínguez, 2008, p. 37). En el mismo sentido Barona Vilar (2008, p. 26).

se han definido como delito y cómo puede llevarse a cabo una metodología del conocimiento que permita construir una verdad sobre la conducta realizada por una persona en el mundo real. En otras palabras, el diseño del proceso penal es el diseño de un método de conocimiento que permita llegar a la construcción de una verdad legítima de conformidad con los principios inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho. El especial cuidado que se debe poner en la construcción de este método de conocimiento estriba en las consecuencias tan gravosas que se generan cuando, a partir de la verdad encontrada de esa particular manera, se establece que una persona ha cometido un delito; es decir, cuando se puede predicar de una persona en particular su responsabilidad penal. El proceso penal debe venir determinado por los contenidos del derecho penal sustantivo, pero moldeado por los principios propios de la teoría general del proceso, en general, y del proceso penal, en particular, dentro del modelo político constitucional referido.

El diseño del modelo de proceso penal configurado por el legislador debe plasmarse normativamente en la ley, con lo cual se establece, de conformidad con la legalidad propia del Estado de Derecho, el *debido proceso penal*. Así, y continuando dentro de la criminalización primaria, se crea la legislación procesal penal.

Pero, como el proceso penal es un mecanismo para determinar la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, la ejecución de dichas consecuencias es otro asunto del cual debe ocuparse el legislador. Continuando con la construcción armónica del sistema penal ha de tenerse en cuenta también la ejecución de la pena, aspecto este que igualmente viene determinado –como debe serlo todo el sistema, se reitera– por los fines que se le asignen a la pena. El legislador dispondrá por vía legal la determinación de los jueces encargados de tomar las decisiones jurisdiccionales relativas a la ejecución, de la forma de ejecución, de los lugares de ejecución, de las agencias encargadas de controlar dicho proceso, de la efectiva realización de los derechos que no le hayan sido suspendidos al condenado. El tercer elemento normativo que integra el sistema penal dentro de la criminalización primaria, es el que contiene la legislación penitenciaria, cuando se habla de pena de prisión, y de ejecución penal en general cuando se abarca a otro tipo de consecuencias derivadas de la declaración de responsabilidad penal.

El cuerpo normativo que compone la criminalización primaria o configuración normativa del sistema penal se torna dinámico o funcional cuando se convierte en

referente de actuación del Estado en la reacción frente al delito, lo que se verifica en la denominada criminalización secundaria.

Criminalización secundaria: la aplicación de las leyes penales (sustantivas, procesales y penitenciarias)

Las leyes penales de carácter penal sustantivo, procesal penal y de ejecución penal, contienen las manifestaciones del *ius puniendi*, el cual, más que un derecho subjetivo del Estado es una *potestad*, cuya legitimidad -no pocas veces cuestionada- (Christie, 1992; Hulsman & Bernat, 1984) se encuentra en la configuración política plasmada en la Constitución. Ahora bien, la aplicación de este conjunto normativo, actividad a la que nos hemos venido refiriendo como criminalización secundaria, también se conoce con el nombre de *ius perseguendi*; por tal podemos entender entonces la potestad estatal de adelantar la persecución de una persona para dar aplicación a los preceptos normativos de carácter penal previamente establecidos.

La persecución estatal únicamente tiene validez en un Estado democrático cuando se realiza con fundamento y dentro de los límites que imponen el conjunto normativo comprendido dentro de la criminalización primaria. Cuando se habla de persecución se entiende que de manera concomitante surge una privación de las libertades del perseguido. Esta restricción de libertades en un comienzo puede ser tenue, pero, luego, a medida que el Estado avanza en su ejercicio persecutorio, puede alcanzar extremos verdaderamente gravosos imponiendo medidas totalmente restrictivas de la libertad individual como la prisión provisional, y de otros derechos fundamentales como la propiedad, entre otros.

La criminalización secundaria comienza su andadura cuando a una persona se le atribuye la realización de un delito, bien sea porque haya sido sorprendido o capturado en situación de flagrancia, porque haya sido denunciado o querellado por alguien, o porque alguna agencia estatal, con competencia para ello, haya recibido una *notitia criminis*. La actuación en el proceso de aplicación corresponde fundamentalmente al Estado, y éste a través de sus agencias debe guiarse en todo momento por la normativa de la legislación procesal penal. Si bien es la ley penal sustantiva la que, a través de su definición de los delitos y las penas, se erige como fundamento del funcionamiento del sistema penal, lo cierto es que las normas que

regulan el primer contacto de una persona que se encuentra perseguida por aquel sistema vienen dadas desde el ordenamiento procesal. Es la ley procesal penal la que establece cuándo una *notitia criminis* puede y debe ser recibida; del mismo modo, es allí donde se establece qué es la flagrancia y cuándo una persona puede ser detenida sin autorización judicial. La ley procesal penal establece el marco genérico de actuación que en un primer momento cobra vida e importancia en esta fase; de ahí la importancia de reivindicar el Estado de Derecho como fuente de principios garantistas que limiten el uso del poder punitivo.

Cuando se denuncia la realización de una conducta presuntamente delictiva, son las agencias policiales quienes generalmente reciben primero la información y por tanto se convierten en el filtro que selecciona las conductas que van a entrar dentro de la órbita operativa del sistema penal; en otros términos, podría decirse que las agencias de policía son las que comienzan a tender la redes del sistema para luego escoger de manera selectiva las conductas que serán judicializadas (Zaffaroni, 2009).

Partiendo del supuesto según el cual ningún sistema penal tiene la capacidad de perseguir todas las conductas presuntamente punibles que se realizan dentro de su ámbito de aplicación u operatividad (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2005), resulta importante detenerse en el proceso de selección que debe llevarse a cabo para establecer cuáles conductas entran a ser objeto de conocimiento de la jurisdicción. Esta selectividad puede llevarse a cabo de manera «*arbitraria*» por las agencias policiales, es decir, sin estar orientadas por ningún tipo de regulación normativa, o puede realizarse por los caminos propios del Estado de Derecho, con apego a la legalidad. Políticamente, dentro del modelo de Estado existente en Colombia y España, el respeto a la legalidad es la opción legítima; ello es, la selectividad debe conducirse por los cauces que el sistema penal traza dentro de la legalidad. Este es uno de los eventos en los que cobra importancia el *principio de oportunidad*, como mecanismo excepcional que dentro de la legalidad del Estado de Derecho establece las pautas de una selectividad moderada en la persecución penal.

La fase dinámica del sistema penal comienza, pues, con la aplicación de la ley procesal a la persecución penal estatal. En la ley procesal se establece, además, no sólo la composición y el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales –tanto de instrucción como de juzgamiento–, sino también definición de las partes en el

proceso y el inventario de sus derechos y deberes; también se indican los prepuestos sobre los que se deben asentar las diferentes etapas procesales y los fundamentos necesarios de los actos de decisión. Con especial relevancia hay que aludir a la posibilidad de disposición del ejercicio de la acción penal durante el sumario o de la disposición de la pretensión durante el juicio, como claras manifestaciones del principio de oportunidad.

El necesario reconocimiento de la víctima

Una especial referencia merece la víctima en el contexto de la criminalización secundaria (Roxin, 2007). Tradicionalmente en la creación y el funcionamiento del sistema penal se pone el énfasis en el concepto de garantía que emana del Estado de Derecho; ello ha dado pie para que el centro de la atención se radique en la persona que es objeto de la persecución penal, a quien le cabe enfrentar de manera directa el poder punitivo del Estado. Pero, por lo general, la conducta de aquella persona que ha de enfrentarse con el poder punitivo del Estado recae sobre otra persona, quien sufre de manera directa los efectos de la conducta delictiva: la víctima¹⁰. El sistema penal dentro del Estado Social y Democrático de Derecho debe considerar la protección de la víctima y la participación efectiva de esta en el proceso penal. El contenido Social de dicha forma de Estado, debe reconocer y propender hacia una materialización del derecho de las víctimas a una participación real y efectiva en el proceso penal, dentro del contenido genérico del derecho al acceso a la justicia. La víctima debe actuar no sólo como parte con una pretensión encauzada a la obtención de una reparación, sino también como sujeto cognoscente que participa en la construcción de la verdad y con miras a la realización de la justicia. Esto implica que el proceso penal no debe entenderse exclusivamente en clave de garantía para el procesado; también debe entenderse como escenario de inclusión de la víctima, modulando su participación de una manera que esta sea real y eficaz, pero sin menoscabar las garantías procesales.¹¹

10 Entendemos por víctima, “tanto al sujeto pasivo del delito (el ofendido) como a quien directamente sufre, en su esfera patrimonial, los efectos del mismo (el perjudicado)” (Martín, 2007, p. 42). También presentan un concepto unificado de víctima Herrera Moreno (1996a, p. 330) y Cadavid Londoño (2008, p. 277).

11 “[...] además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados” (Ferrajoli, 1997, p. 332).

La inclusión de la víctima en el contexto de la criminalización secundaria, en general, y en el proceso penal, en particular, abre espacios de diálogo en un escenario permeado tradicionalmente por la violencia. Con la participación directa de la víctima, instituciones como la mediación, propia de la justicia restaurativa, se presenta como alternativa válida frente a la exclusión característica del sistema penal. En los espacios de diálogo que se puedan crear, como grandes bolsas dentro del proceso penal, la víctima puede llegar a conocer a su victimario y ello, en muchas ocasiones, facilita la solución del conflicto generado por el delito (Herrera, 1996b).

Pero la posibilidad de participación de la víctima, a partir de las prestaciones positivas que le debe cumplir el Estado Social, se reitera, debe modularse con el contenido derivado del Estado de Derecho, de tal manera que se llegue a un verdadero equilibrio entre víctima y ofensor en el proceso penal. Así pues, el reconocimiento de la víctima no debe hacer que la balanza se incline *a priori* a su favor, lo cual ocurre no pocas veces en la criminalización secundaria, sino también, en muchas ocasiones, desde la criminalización primaria. Los derechos de las víctimas, reales o supuestos, tampoco pueden convertirse en una punta de lanza que amplíe y agudice el espectro de intervención del sistema penal, porque ello fácilmente conduce al *neopunitivismo de los derechos humanos* (Pastor, 2005). En efecto, cuando a partir de las demandas de criminalización y persecución –enarboladas como defensa *por y para* las víctimas–, se llega a una hipertrofia del sistema penal, lo que se genera es un mayor nivel de violencia que el que se busca limitar (Baratta, 2004a). Por tanto, la modulación de los extremos derivados del contenido del Estado Social y Democrático de Derecho es un paso que allana el camino hacia un proceso penal marcado por el respeto a quienes en él intervienen.

El proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho

Una vez conocidos los presupuestos normativos del sistema penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, conviene establecer el concepto del *proceso penal* dentro de esta forma de Estado, ubicando sus bases políticas y jurídicas.

Concepto de proceso penal

Para una conceptualización del proceso penal es necesario determinar su *finalidad* y su *objeto*. En primer lugar, para establecer cuál es la finalidad del proceso penal debemos responder a una pregunta: *¿para qué sirve el proceso penal?* El proceso penal es un instrumento que sirve para posibilitar la aplicación de las normas de Derecho penal sustantivo –aquellas que establecen los fundamentos jurídicos genéricos de imputación, definen específicamente los delitos y les asignan las penas– a una hipótesis comportamental verificada en la realidad. Y en la medida que estamos dentro de un modelo político que asume el respeto al Derecho como una de sus columnas, esa aplicación del Derecho penal material al caso concreto debe hacerse de una manera civilizada, esto es, respetuosa de la dignidad humana¹².

Y en segundo lugar, para saber cuál es el objeto del proceso penal, hemos de solucionar otro interrogante: *¿qué es lo que el proceso procesa?* El proceso penal se desarrolla como una experiencia de conocimiento que evoluciona hacia la búsqueda de la certeza de la realización de una *conducta delictiva* por parte de un *autor* determinado. El proceso penal, pues, busca establecer si una persona cometió un delito; de allí que el objeto principal del proceso penal esté compuesto por esa unidad inescindible de *delito-autor*.

Entonces, el proceso penal tiene como finalidad la aplicación del Derecho penal sustantivo o material al caso concreto, y esa aplicación debe recaer necesariamente sobre un autor determinado a quien se le imputa la comisión de un delito.

Entendidas así las cosas, y en la medida que el proceso penal sea concebido como un instrumento gobernado por los principios propios del Estado de Derecho, el respeto a la *presunción de inocencia* debe permear todo el trasegar del averiguatorio

12 “Concebido el proceso penal [...] como el método del cual se vale la jurisdicción de ese ramo, para el ordenado logro de su cometido, que no es otro que el de garantizar la efectiva pero civilizada aplicación del derecho penal material a los casos concretos [...]” (Vargas, 1993, p. 85). En igual sentido Schünemann (2009, p. 354): “[...] el curso inevitable de las cosas nos revela dónde se halla la primera finalidad del derecho procesal: simple y llanamente en la imposición del derecho material, es decir, en la realización de la amenaza penal en caso de desprecio culpable hacia ella [...]”.

encaminado a decidir si se impone una pena¹³. Por tanto, el proceso penal no puede tener otras finalidades, como las que a veces se le asignan: el proceso penal no puede cumplir una finalidad de prevención enviando un mensaje a la sociedad, porque se estaría tornando más grave el proceso penal en sí mismo que las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito; no obstante Silva Sánchez (2009) considera que el proceso debe cumplir ese tipo de fines¹⁴. El proceso penal tampoco debe buscar la *reinserción* del imputado o procesado, porque este se encuentra amparado, se reitera, por la presunción de inocencia, y el Estado, por tanto, no tiene la legitimidad para intervenir en su autonomía ética, hasta tanto no le imponga una consecuencia jurídica orientada hacia esa finalidad. A favor de una finalidad de rehabilitación del imputado por medio del proceso penal, aunque reconociendo la poca ortodoxia de dicha propuesta se manifiesta Armenta Deu¹⁵.

El proceso penal debe permitir la participación de la víctima, pero no debe tener como finalidad la protección de la víctima. El imputado gozará de la presunción de inocencia y, por tanto, siempre será tratado como presunto autor; la víctima también será presunta frente al imputado dentro del proceso penal, y sólo será una víctima cierta de *ese autor*, cuando a este se le venza en juicio desvirtuando la presunción de inocencia que le arropa. Que en ciertos casos existan víctimas cuya afectación puede constatarse objetivamente no implica que se quiebre la presunción de víctima frente a un autor determinado y que por ello el proceso penal deba protegerla. La protección de la víctima, previa al proferimiento de una sentencia condenatoria en contra de un autor determinado, debe estar bajo la responsabilidad del *sistema penal* pero no del proceso penal como una finalidad de este. El sistema penal, a partir de la actuación de los cuerpos de policía y otras agencias estatales creadas con ese fin específico, debe buscar la especial protección de la víctima para evitar futuros atentados en su contra;

13 “[...] alrededor de la presunción de inocencia del imputado y de su derecho a la defensa se estructura toda una serie de principios constitucionales relativos al ámbito del ejercicio de la acción penal” (Colmenero, 2009, p. 117).

14 “El proceso penal puede entenderse como una reacción jurídico-penal en sí misma, esto es, como un elemento del sistema jurídico-penal (un instrumento de la Política criminal) [...] constituye un instrumento autónomo de prevención” (p. 3).

15 “Además de esta finalidad de actuación del *ius puniendi*, se reconoce, sobre todo desde tiempos relativamente recientes, otros dos fines del proceso penal: la protección a la víctima del delito y la rehabilitación/reinserción social del delincuente” (Armenta Deu, 2009, p. 28). En similar sentido, se pronuncia Gimeno Sendra (2008, p. 41).

pero, se reitera, ello no es una finalidad del proceso penal. Cosa muy distinta es que a la víctima dentro del proceso penal se le faculte para participar activamente en la búsqueda y la obtención de la verdad, la justicia y su reparación.

En síntesis, el proceso penal puede definirse como un instrumento que sirve para realizar la aplicación del Derecho penal material al caso en concreto de una manera civilizada y –en la medida en que cualquier sistema político que se precie de democrático debe orientarse por el respeto a la presunción de inocencia– cualquier finalidad que se le quiera adicionar al proceso penal, no es ni más ni menos que la asunción del modelo autoritario de la *pena del banquillo*, verdadera pena predelictual, violatoria a todas luces de la más valiosa e importante garantía penal: el respeto a la presunción de inocencia.

Fundamento político

La concepción del proceso penal asumida viene determinada, como ya se ha insistido, por los principios políticos que fundamentan la forma estatal asumida. Debe existir una coherencia entre la articulación de un determinado modelo procesal penal y los principios basilares del Estado; de allí que, ciertamente, el examen del proceso penal de una sociedad es un indicador que permite medir el nivel de civilidad y de compromiso por el respeto a las personas¹⁶.

En el Estado Social y Democrático de Derecho la sociedad tiene la oportunidad de configurar un modelo de proceso penal que puede ser al mismo tiempo garantista y abierto a la participación. Es decir, el componente del Estado de Derecho sirve para construir un proceso penal en clave de garantía para la persona

16 “Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución” (Goldschmidt, 1935, p. 67). En el mismo sentido se pronuncia Roxin (2003): “¡El Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal” (p. 10); de igual manera, Hassemer (2003): “Visto de este modo, tanto jurídico-políticamente como científicamente, tiene sentido caracterizar al procedimiento penal no sólo como la realización del derecho penal material, sino también como *derecho constitucional aplicado* o como indicador de la respectiva cultura jurídica o política” (p. 72).

que se ve sometida a la persecución penal del Estado; de allí que se establezcan como parámetros de legitimidad de la actuación estatal el respeto a la dignidad humana, el reconocimiento de la presunción de inocencia y el necesario apego a la legalidad de todos los intervinientes en el proceso. Y el carácter social del Estado permite la participación de la sociedad en general y de la víctima en particular en el desarrollo del proceso; esto se verifica cuando dichos componentes pueden actuar impulsando el desarrollo de la actividad procesal, participando activamente en su control, facultados para ejercer sus pretensiones encaminadas a la obtención de la verdad, la justicia y la reparación.

La modulación adecuada de las posibilidades que otorga el modelo de Estado Social y Democrático sirve para establecer un proceso penal garantista y a la vez participativo. La defensa de las garantías no puede ser el fundamento de la exclusión de la participación de la sociedad y de las víctimas en la búsqueda de una solución al conflicto o, por lo menos, de una morigeración de sus consecuencias. Tampoco la defensa de los intereses de la sociedad y de la víctima puede conducir a una persecución eficientista e irracional –o cacería, como dicen algunos– de una persona para aplicarle sin miramientos los efectos de la ley penal. Tomando lo mejor de ambos mundos se encuentran las bases para construir un mecanismo que posibilite la aplicación del derecho penal material al caso concreto de una manera civilizada¹⁷.

Fundamento jurídico

Este fundamento proporciona las herramientas para leer y entender la estructura y funcionamiento de ese delicado y complejo instrumento llamado proceso penal. El fundamento jurídico del proceso penal es necesario para conocer la naturaleza de este, y de allí delimitar el contenido y alcance de las diversas instituciones que lo integran. En todo caso la naturaleza jurídica del proceso penal viene determinada por los fines que se le asignen a la pena como consecuencia jurídica derivada del delito.

17 “El equilibrio entre los conceptos de libertad y de seguridad, de ciudadano y de sociedad, de garantías y de celeridad debe estar presente en cualquier reforma procesal” (Barona, 2004, p. 120). Así también se expresa Vélez Mariconde (1951): “La misión de la ley procesal, en consecuencia, estriba en conciliar esos dos derechos, en hacer efectivo un equilibrio que permita la consecución del fin represivo de tal modo que se asegure la salvaguarda del derecho individual” (p. 352).

Jurídicamente la naturaleza del proceso penal debe entenderse desde la perspectiva de los planos del *deber ser* y del *ser*; es decir, tanto desde la óptica de lo *prescriptivo*, como de la óptica de lo *descriptivo*. Así, desde lo dispuesto por las normas constitucionales y legales, puede concebirse al proceso penal como un continente en el que se encuentra una serie de *relaciones jurídicas* que se presentan entre el imputado y la jurisdicción, la víctima y la jurisdicción, y la víctima con el imputado. La modulación de los contenidos del Estado Social de Derecho posibilita la creación de un encuentro relacional de las partes que componen los extremos del conflicto y de aquel llamado legítimamente a resolverlo, sin perjuicio de otorgar esta facultad para que sea ejercida directamente por los involucrados. Esta perspectiva normativa nos presenta una serie de derechos y deberes que involucran a todos los sujetos que participan en estas relaciones: el procesado tiene el derecho a que se respeten sus garantías, pero tiene el deber de actuar con lealtad procesal. La víctima tiene el derecho a ser escuchada y participar en el ejercicio de sus pretensiones, pero tiene el deber de respetar las reglas del debido proceso; de igual manera el acusador estatal tiene el derecho a ejercer sus pretensiones, pero respetando en todo momento el respeto a la legalidad vigente. El juez en esta relación ejerce funciones de dirección y decisión del debate, haciendo efectivo el poder jurisdiccional del Estado, y en ello debe respetar el debido proceso, en clave de garantía frente al procesado y en clave de participación y atención a la víctima y el acusador.

En el plano descriptivo o del ser, el proceso puede ser entendido como una *situación jurídica* en la cual se van presentando una serie de deberes, cargas y obligaciones (Goldschmidt, 1935, pp. 46-47), que deben ser resueltas inmediatamente por los interesados, para avanzar al procedimiento inmediatamente posterior, en una cadena de sucesión lógica de actos que comporta una verificación del principio lógico antecedente-consecuente, en la búsqueda de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las leyes.

Aunando tanto el plano prescriptivo como el normativo, puede concluirse que el proceso penal en sí mismo es una institución en la cual un órgano de la jurisdicción decide sobre la aplicación del Derecho penal material, luego de escuchar los planteamientos de las partes, considerando los deberes, cargas y obligaciones que a cada una le corresponde, dentro de la relación jurídica procesal establecida¹⁸.

18 En esta afirmación se presenta una matización de la tradicional concepción del proceso como *institución jurídica*; sobre esta concepción, véase Guasp (1997, pp. 35 y ss.). También es importante destacar el planteamiento que al respecto se describen Alcalá-Zamora y Castillo, y Levene (1945, pp. 125 y ss.).

El proceso penal debe ser acusatorio

Más allá de cualquier calificativo «*políticamente correcto*» y simbólicamente expresado, el proceso penal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho debe estar estructurado de una manera que se corresponda con un modelo fundamentalmente acusatorio. Formalmente hablando, son comunes las prescripciones normativas que proclaman la vigencia de un proceso penal acusatorio y, para acrecentar la imagen de civilidad de dicha decisión, se desprestigia expresamente cualquier otra forma de procesamiento penal, sobre todo si se hace alusión al proceso inquisitivo¹⁹. Pero hay que pensar detenidamente cómo debe ser un proceso acusatorio en el que realmente se articulen y minimicen los eventuales conflictos entre las garantías para el procesado y las posibilidades de actuación de las partes acusadoras. El simple nominalismo no puede bastar para acreditar un proceso penal como legítimo, porque en muchas ocasiones son cantos de sirena los que resuenan coreando la palabra acusatorio²⁰.

El proceso penal como instrumento metodológico establecido para encontrar una verdad sobre la comisión de un delito por un autor determinado, esto es, para establecer el presupuesto fáctico que permita aplicar el derecho penal material al caso en concreto, debe estar precedido, por lo menos, de una etapa instructiva: en esta fase, por medio de la averiguación de los hechos –a partir de la utilización de los medios de prueba válidos– se debe llegar a la construcción racional de una

19 “[...] parece percibirse a menudo cierto desviacionismo intencionado; todas las alabanzas son para el sistema acusatorio (por el que nos pronunciamos en términos generales, pero del que no debemos olvidar, por ejemplo, la naturaleza jurídico-privada que, en su origen, atribuyó al delito, con la consecuencia de que el proceso penal era exclusivo de las partes) y las críticas, sin excepción, para el inquisitivo (en su globalidad, sin tener en cuenta su evolución y que las manifestaciones actuales del mismo poco tienen que ver con el modelo que rigió hace siglos; recuérdese, por ejemplo, la presencia del abogado durante la fase de instrucción). Un pronunciamiento a favor del sistema acusatorio no debe excluir radicalmente toda manifestación del otro sistema (por ejemplo, cualquier atisbo de escritura, el secreto excepcional en la instrucción, determinadas pruebas de oficio, etc.)” (Martín, 2009, pp. 41-42).

20 “El principio acusatorio se ha convertido en un elemento recurrente cuya apelación resulta común y frecuente en todas las recientes reformas procesales [...] En una época en que se asiste a un abuso de los principios con el riesgo de convencionalismo e irrealidad que ello comporta, el principio acusatorio parece ser el paradigma incontestable del proceso penal de un Estado de derecho” (Armenta, 1997, p. 313).

acusación para concretar la pretensión penal. El fin de la instrucción debe ser la búsqueda de la verdad; de tal manera que se construya una acusación que delimite claramente los extremos que fundamentan la responsabilidad penal en un nivel de conocimiento en el cual como mínimo se exija una certeza sobre la ocurrencia del hecho y un nivel de probabilidad –próximo a la certeza–, sobre la responsabilidad del autor. En este sentido, la instrucción debe ser dirigida y adelantada por un órgano, bien sea el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal o la Fiscalía. Aunque resulta muy importante establecer *quién* será el instructor, a todas luces termina siendo más relevante la respuesta a las preguntas del *cómo* se debe instruir y *qué* instruir, que nos delimitan tanto el método como el objeto de esta etapa. De nada sirve rodear de garantías formales la actuación procesal de un órgano instructor, si estas se ven desdibujadas desde la misma delimitación del objeto de la instrucción; ello ocurre, por ejemplo, cuando en la Parte especial del Derecho penal sustantivo se crean figuras típicas que revierten el concepto de la carga de la prueba, o cuando se tipifican los llamados delitos de tenencia. En esos casos, el objeto mismo de la instrucción está diseñado para tergiversar garantías procesales como la presunción de inocencia y el derecho de defensa, entre otros.

Ahora bien, en los eventos en los cuales la instrucción sea asignada al Ministerio Fiscal o la Fiscalía –como en el caso colombiano–, su actuación debe desarrollarse bajo el control posterior de un juez de control de garantías; en aquellos procedimientos que impliquen restricción de derechos fundamentales, el órgano instructor debe obtener, sin embargo, la autorización previa del juez controlador.

En un proceso acusatorio la verdad no puede buscarse y encontrarse a cualquier precio, y por eso el juez de garantías vela por el respeto del Estado de Derecho en la actuación del órgano instructor.

Cuando la pretensión punitiva, concretada en la acusación, tenga la aptitud de ser discutida en juicio, de una manera pública por todas las partes procesales, frente a toda la comunidad, y ante un órgano jurisdiccional de conocimiento con poder decisorio sobre el objeto del proceso, se inicia el proceso penal propiamente dicho. El proceso penal acusatorio consiste, pues, en un instrumento que brinda la posibilidad para realizar una discusión racional –a todas las partes procesales– sobre la pretensión penal ante un juez, de una manera pública.

Esta esencia del proceso acusatorio no debe perder de vista que la verdad no se puede buscar de cualquier manera²¹: en primer lugar, la naturaleza jurídica, la estructura orgánica y la forma de operar el Ministerio Fiscal, son asuntos que revisten una importancia superlativa. De poco sirve hablar de un proceso acusatorio si la instrucción es adelantada por un Ministerio Fiscal sometido a los dictados del poder ejecutivo, y con una estructura orgánica y funcional verticalizada donde opere la obediencia debida. El Ministerio Público debe actuar como parte y como tal ejercer sus funciones: al momento de decidir si ejerce o no la acción penal debe presentar su decisión ante el juez de control de garantías, para que este avale la acusación, el sobreseimiento o una eventual aplicación del principio de oportunidad.

En segundo término hay que destacar que un proceso acusatorio no sólo debe proclamar formalmente el respeto a la presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación, como garantías para el procesado, sino que debe materializarlas en las instituciones que regule. Así, de nada vale proclamar el respeto a la presunción de inocencia si la imposición de la prisión provisional es la medida regular, incluso desde la etapa de la instrucción. Tampoco vale de nada prescribir el derecho a no autoincriminarse, si otras normas de la ley procesal permiten y avalan figuras como la de los *agentes provocadores*; lo mismo ocurre si el procesado debe hablar en el juicio como testigo, acosado por el juramento que debe prestar; en esta misma línea, también resulta impropio de un modelo acusatorio el hecho de que al procesado se le ofrezca constantemente la posibilidad de obtener rebajas punitivas si acepta su responsabilidad penal por fuera de los hechos probados válidamente.

En tercer lugar, la admisión de la acusación como presupuesto para el ejercicio de la acción penal no debe estar a cargo del juez que conozca del juicio, porque se estarían concentrando finalmente en él dos de las funciones procesales básicas, como son las de acusación y juzgamiento, convirtiendo el proceso en una actuación marcadamente inquisitiva, habida cuenta la parcialidad adquirida por el juzgador²².

21 “Si se mira el concepto de verdad del proceso penal bajo el punto de vista del derecho constitucional, se advierte que los límites en la búsqueda de la verdad material no son de lamentar, sino que se les debe dar la bienvenida” (Hassemer, 2003, p. 86).

22 “Cualquiera que sea el sistema de ejercicio de la acción penal, el poder de excitar la jurisdicción no puede corresponder al propio órgano jurisdiccional” (Vélez, 1951, p. 341).

Así pues, como una conquista de la civilización, a falta de un instrumento mejor y más fiable, el proceso penal debe configurarse con una estructura realmente acusatoria que, desde las normas y en la práctica, reivindique la asunción política de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho²³.

La situación actual del proceso penal en Colombia y España

Acudiendo a un juego de palabras utilizado por un reconocido crítico del sistema de negociación de penas norteamericano, podríamos decir que tanto la Constitución Política de Colombia como la Constitución española, en sus arts. 29 y 24, respectivamente, cuando hablan de la sujeción al principio del debido proceso de manera abstracta, se chocan con una realidad en la cual el proceso penal está desapareciendo. De este modo, con el auge de la justicia pactada, el derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuaciones penales queda reducido prácticamente a la nada²⁴. Así pues, el debido proceso penal con todas sus brillantes formalidades acusatorias y garantistas deja de ser la regla general y se convierte en la escasa excepción (Ferrajoli, 1997, p. 751).

La situación del proceso penal en la actualidad, en Colombia y España, es consecuencia, fundamentalmente, del enfoque netamente económico con el cual se ha venido legislando en las últimas reformas procesales penales. Estas han venido anteponiendo la búsqueda de una supuesta eficiencia en la Administración de justicia, a lo que esta realmente debería ser: una rama del poder público del Estado encargada de administrar justicia, y no de cometer injusticias por medio de lo que pretende presentarse como un proceso penal²⁵.

23 “Los problemas para el estado de derecho que plantea el procedimiento penal residen generalmente no en la *lex lata* sino en la forma y el modo en que el estado se maneja efectivamente frente al ciudadano sospechado de un hecho punible” (Hassemer, 2003, p. 73).

24 “Professor John Langbein, a prominent plea bargaining critic, suggests that Americans replace the word *all* in the Constitutional declaration, “*The Trial of all Crimes... shall be by jury*”, with the words *virtually none*” (Alschuler, 2002, p. 752).

25 “Innegable es que la conformidad es una institución eficiente, si entendemos por eficiencia la reducción de asuntos, el acortamiento de las causas, la búsqueda de una solución ágil y rápida en los procesos penales, incluso en ocasiones cuasi-instantánea, las estadísticas anuales que demuestren pendencia cero de los asuntos en sede judicial, entre otras [...] Lo que ya no está tan claro es que la justicia y la celeridad puedan ir siempre de la mano” (Barona, 1994, pp. 189-190; 115).

Evidentemente, el caos normativo y estructural del cual adolecen estos sistemas penales obedece al desconocimiento de los principios jurídicos ante la claudicación frente a los argumentos económicos²⁶.

El modelo de justicia penal de los EE. UU. ha tenido mucho peso a nivel mundial como referente de legislación procesal en materia penal. No puede desconocerse cómo dicho modelo choca directamente contra los principios jurídicos propios de los sistemas penales de tradición continental. A medida que el modelo norteamericano avanza con su paso avasallante (Schünemann, 2002), cada vez se diluye más la identidad de las conquistas jurídicas alcanzadas a través del respeto al hombre como persona humana. Esta visión concibe al proceso penal como un instrumento contractual que posibilita el intercambio de derechos del ciudadano con el poder punitivo del Estado²⁷.

Un claro ejemplo de esta concepción del proceso se observa en la Instrucción 2/2009, de 22 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre aplicación del protocolo de *conformidad* suscrito por ésta y el Consejo General de la Abogacía española. En esta Instrucción se manifiesta el peso determinante que tiene la economía sobre los valores jurídicos del proceso penal. La carrera desenfadada hacia el *eficientismo punitivo* en el ordenamiento español queda retratada cuando puede leerse en la Instrucción que desde el punto de vista de la eficiencia –concretada en una justicia más ágil–, la *conformidad* en el proceso penal cobra verdadero sentido

26 “Haciendo balance o resumen del panorama legislativo especial en esta materia -y hablando ya en primera persona- me sumo a la postura crítica que considera la regulación y efectos de la conformidad como una claudicación frente a las conveniencias económicas” (Manzanares, 1992, p. 48).

27 “Pese a la importancia del *modelo de los derechos*, la referencia teórica dominante en los Estados Unidos para comprender la *plea bargaining* es hoy, indiscutiblemente, el movimiento *ley y economía*, una corriente doctrinaria interdisciplinaria que intenta entender las instituciones jurídicas con la ayuda del análisis económico [...] Para la teoría económica del derecho, son los criterios de escogencia racional y de eficiencia económica los que explican el comportamiento de todo actor en su comercio jurídico. Todas las instituciones jurídicas, entre las que se comprenden las del campo penal, deben ser analizadas de acuerdo con el *modelo del contrato*. El contrato es, en efecto, la mejor herramienta para alcanzar el *óptimo de Pareto*, es decir, una transacción que mejore la situación de, al menos, una parte, sin agravar la situación de la otra. Así, mediante la corriente *derecho y economía*, los derechos son títulos (*entitlements*) de los cuales cada uno puede disponer libremente, vendiéndolos o cambiándolos, con la finalidad de mejorar su situación. Ello presupone, naturalmente, la autonomía contractual más amplia posible y, por lo tanto, el rechazo de toda restricción indebida, proveniente del exterior, a la capacidad de cada uno de alienar sus títulos y sus otros recursos” (Garapo & Papadopulos, 2006, p. 62).

en la medida en que no sólo sirva para evitar el innecesario enjuiciamiento del acusado que se confiesa culpable, sino el coste, en términos de trabajo y de tiempo para los diferentes sujetos implicados en el proceso, que puede suponer el cumplimiento de todas las actuaciones conducentes a la celebración del juicio (Fiscalía General del Estado español, Instrucción 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad).

En el caso colombiano ello se hace aun más evidente. Durante la discusión dentro del poder legislativo en el trámite para la expedición del último CPP –Ley 906/2004– abiertamente se reconoció la incapacidad estatal para aplicar el Derecho penal sustantivo y se recurrió, como ya es de uso, a los argumentos de tipo economicista para introducir de una manera robustecida los mecanismos de la justicia penal premial²⁸.

Pero el expediente manido de desconocer los principios jurídicos y buscar apoyo en los argumentos económicos trae consigo consecuencias de profunda relevancia en la concepción del Derecho, dentro del Estado de Derecho.²⁹ El problema en sí, se centra en los costos económicos que acarrea la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Como ya se ha dicho, la presunción de inocencia siempre ha sido un lujo que los Estados difícilmente se han podido permitir y hoy en día, con la expansión compulsiva de la legislación penal, es un derecho del ciudadano que se torna aun más difícil de respetar. De allí que las reformas legislativas estén orien-

28 “[Proyecto de Ley Estatutaria n.º 01/2003 Cámara de Representantes, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal], Exposición de Motivos: “De modo que, frente a la complejidad del problema y el crecimiento desmesurado de la delincuencia, cobra renovado vigor el argumento económico, pues no basta la represión formalmente dispuesta para todos los hechos con trazas de delito, cuando en la realidad no alcanzan las potencialidades físicas ni los recursos para perseguir inclusive conductas de importancia reducida, lo cual significa que “de hecho” muchas investigaciones tengan que esperar un turno en los anaqueles y, a veces, el único que les llegase el de la prescripción de la acción penal, no por negligencia de los funcionarios sino porque a lo imposible nadie está obligado. Por ello, resulta más sensato y realista regular el fenómeno de crecimiento de demanda en materia de justicia penal, que de hecho obliga a que los fiscales establezcan prioridades bienintencionadas y a veces equivocadas, para implantar una fórmula equilibrada de principio de oportunidad, como la que se pretende regular en el nuevo Código de Procedimiento Penal, porque finalmente la discrecionalidad de la Fiscalía queda atemperada por una regulación legal de los casos y el control del juez que ejerce dicha función” (Gaceta del Congreso No. 339 de julio 23/2003).

29 “Los tiempos que corren han ido impregnando una máxima aplicable a todos los ámbitos de la vida, y por ello también predicable es del mundo del Derecho: lo no productivo no es rentable y hay que cambiarlo” (Barona, 2004, p. 115).

tadas al abaratamiento los costos económicos que acarrea el respeto a la presunción de inocencia, pero sin medirse en gastos, paradójicamente, en cuanto a los costos políticos y jurídicos. La forma más fácil de aplicar esta política económica es abaratando la búsqueda de la verdad, y ello se logra a través de la eliminación de la instrucción en el proceso penal, *la función más delicada de la Administración de justicia* (Ruiz, 1883, p. 13).

La instrucción penal es reemplazada y el sistema probatorio dentro del proceso penal se reconduce a un sistema de ordalías³⁰, en el que la verdad transita de la mano con la fortaleza del procesado y con fenómenos físicos de difícil explicación³¹. Además, ello nos sitúa nuevamente en las épocas más bárbaras de la humanidad cuando la coacción sobre el procesado era práctica frecuente y necesaria para obligarle a renunciar a su derecho de defensa. Reaparecen, también, nuevas formas de tormento acordes con los avances de una *sociedad civilizada* ubicada cronológicamente en el siglo XXI. En la misma línea, la confesión retoma su papel preponderante dentro del proceso penal y es restablecida en su reinado dentro del mundo probatorio varios siglos después³².

Para mimetizar estas prácticas se busca darles una legitimidad a las mismas en los llamados *acuerdos* sobre la acción penal y la pretensión punitiva³³. También

30 “Chi pensasse al funzionamento del processo solo in termini di efficienza nella risoluzione delle controversie, infatti, potrebbe esser tentato –in una epoca *new age*– di resuscitare le ordalie medievali, che in effetti erano assai rapide ed efficaci; oppure si potrebbe ricorrere al lancio dei dadi praticato dal giudice Bridoye, o alla *random justice* di cui ha parlato recentemente un filosofo inglese” (Taruffo, 2009, p. 123).

31 “La historia ha demostrado que, mediante los tormentos, se han obtenido muchísimas veces confesiones de cosas falsas e imposibles; y la razón demuestra que, con ese medio, la culpabilidad y la inocencia dependen del valor o de la dureza de nervios del reo” (Carrara, 1986, p. 423).

32 “Hemos aprendido la lección de la historia, antigua y moderna, que enseña que un sistema de enjuiciamiento penal que pasa a depender de la confesión, a la larga, será menos fiable y más susceptible de abusos por un sistema que se basa de prueba extrínseca obtenida libremente a través de una sagaz investigación [...] Todo sistema de administración de justicia que permita que el órgano de acusación se base de forma habitual en la auto-revelación como fuente de prueba, debe consecuentemente sufrir moralmente. Se generará la tendencia a confiar principalmente en dicha prueba y a darse por satisfecho con una investigación incompleta respecto de las otras fuentes de prueba” (Thaman, 2008, p. 165).

33 “El pacto en materia penal, de hecho, no puede sino fundarse en un intercambio perverso. ¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso infundada, de haber codelinquido con los demás acusados?” (Ferrajoli, 1997, p. 748).

se utiliza la colaboración del coimputado y del arrepentido procesal, a quienes se induce o *estimula* por medio de premios, como rebajas de penas o sobreseimientos concertados³⁴. Todo ello sin descartar la participación de los delatores –verdaderos caza-recompensas del nuevo milenio–, para los cuales sí se destina el presupuesto que se le niega a la Administración de justicia. Siendo conscientes del resquebrajamiento de la juridicidad que comportan tales figuras, no faltan los que otorguen su aval considerándolos como un *mal necesario*³⁵.

Evidentemente, todo esto le resta legitimidad a una condena penal, si utilizamos como referente el catálogo de derechos fundamentales establecidos en las Constituciones de Colombia y España. Cabe concluir, pues, que un proceso penal no será más eficiente por desconocer más garantías (Rodríguez Ramos, 2010, p. 75).

Referencias

- Alcalá-Zamora; Castillo, Niceto & Levene, Ricardo. (1945). *Derecho procesal penal* t. II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda.
- Alschuler, Albert W. (2002). *Guilty plea: plea bargaining*. En Dressler, Joshua (Ed.) *Encyclopedia of Crime & Justice* 2. New York: Gale group/Thomsom learning, 2002, pp. 754-762.
- Armenta Deu, Teresa. (1997). *Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)*. En Gómez Colomer, Juan Luis y González Cussac, José Luis, (Coords.), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Castelló de la Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I.
- _____. (2009) *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons.

-
- 34 “Es una regla general, que las grandes recompensas en una Monarquía y en una República, son un signo de su decadencia, porque prueban que sus principio están corrompidos; que, de un lado, la idea del honor no tiene allí tanta fuerza; y que, de otro lado, la cualidad de ciudadano se debilita. Los más malos emperadores romanos han sido aquellos que han dado más, por ejemplo, Calígula, Claudio, Nerón, Othon, Vitellius, Cómodo, Helioyábalo y Caracalla. Los mejores, como Augusto, Vespasiano, Antonino Pío, Marco Aurelio y Pertinaz, fueron económicos. Bajo los buenos emperadores, el Estado recuperaba sus principios: el tesoro del honor suplía a los otros tesoros” (Montesquieu, 1972, p. 95).
- 35 “Como conclusión de este punto, sobre ventajas y desventajas del sistema, tendríamos que concluir con Chiesa que el sistema de justicia negociada viene a ser en su peor caracterización, “un mal necesario”, como quiera que hoy constituye un instrumento que permitirá reducir el atraso judicial y contribuirá a la descongestión de los despachos judiciales, independientemente de los reparos morales o ideológicos que derivan de la aplicación del sistema” (Sintura, 2004, p. 95).

- Baratta, Alessandro. (2004a). Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. En *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)* (pp. 152-167). Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- _____. (2004b). Principios de derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. En *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)* (pp. 299-333). Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- Barona Vilar, Silvia. (2004). *Seguridad, celeridad y justicia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Borja Jiménez, Emiliano. (2003) *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cadavid Londoño, Paula. (2008). La víctima en la Ley 906 de 2004. En: Posada Maya, Ricardo (Coord.), *Temas de Derecho Penal* (pp. 273-330). Bogotá: Ediciones Uniandes – Temis.
- Carrara, Francesco. (1986). *Programa de derecho criminal* vol. II (trad. del italiano por Guerrero, J. y Ortega Torres, José J.). Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma.
- Christie, Nils. (1992). Los conflictos como pertenencia. En *De los delitos y las víctimas* (pp. 157-182). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel. (2009). La confesión del acusado como única prueba de cargo. *Jueces Para la Democracia* (64), pp. 117-126.
- Constitución Española. (1978). Madrid: Tecnos.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá: Legis.
- De la Oliva Santos, Andrés, et al. (2007) *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Ferrajoli, Luigi. (1997). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (trad. de Andrés Ibáñez, P. et al.). Madrid: Trotta.
- Garapo, Antoine & Papadopoulos, Ioannis. (2006). *Juzgar en Estados Unidos y Francia* (trad. de Días Perilla, V.). Bogotá: Legis.
- Gimeno Sendra, Vicente. (2008). *Manual de derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2008.
- Goldschmidt, James. (1935) *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal: conferencias dadas en la universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935* [original en castellano]. Barcelona: Casa editorial Bosch.
- Guasp, Jaime. (1997) *Concepto y método de derecho procesal*. Madrid: Civitas.
- Hassemer, Winfried. (2003). *Crítica al Derecho penal de hoy* (trad. de Ziffer, P.). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Herrera Moreno, Miryam. (1996a). *La hora de la víctima: compendio de victimología*. Madrid: Edersa, 1996.
- _____. (1996b). Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor: hacia la paz social por la conciliación. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), pp. 377-414.
- Hulsman, Louk & Bernat de Celis, Jackeline. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de Politoff, S.). Barcelona: Ariel, 1984.

- Manzanares Samaniego, José Luis. (1992). Oportunidad y conformidad. En *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, (27-50) Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Martín Ostos, José. (2009). *El proceso penal en el Salvador (propuestas y reflexiones)*. Sevilla: Astigi.
- Martín Ríos, María del Pilar. (2007). *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal*. Madrid: La ley.
- Mir Puig, Santiago. (2008). *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Molina López, Ricardo. (2008). La McDonaldización del proceso penal. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (109), pp. 307-321.
- _____. (2010). *Principio de oportunidad y aceptación de responsabilidad en el proceso penal*. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Montesquieu, Charles de. (1748). *El espíritu de las leyes* (trad. de Blasquez, M. y De Vega, P. 1972). Madrid: Tecnos.
- Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. (2008). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pastor, Daniel. (2005). La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos. En *Nueva Doctrina Penal* (2005A), pp. 73-114.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. (2005). *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Royo, Javier. (2007). *Curso de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Posada Maya, Ricardo. (2008). El bloque de constitucionalidad y el sistema penal acusatorio. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, (15), pp. 7-40.
- Rodríguez Ramos, Luis. (2010). Reflexiones sobre la limitada vigencia del derecho de defensa. *Cuadernos de Política Criminal*, (100), pp. 61-75.
- Roxin, Claus. (2007). *Pasado, Presente y futuro del derecho procesal penal* (trad. de Guerrero Peralta, O. J.). Santa Fe (Argentina): Rubinzal Culzoni.
- Roxin, Claus; Artz, Günther & Tiedemann, Klaus. (1989). *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal* (trad. de Arroyo Zapatero, L. y Gómez Colomer, J. L.). Barcelona: Ariel.
- Ruiz Capdepón, Trinitario. (1883). *Exposición que dirige al gobierno de S.M. el Fiscal del Tribunal Supremo el 15 de septiembre de 1883*. Madrid: Imprenta y fundición de Tello.
- Schünemann, Bernd. (2002) *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)* (trad. del texto por Bacigalupo, S.; trad. de las notas al pie por Baza, L.), *Temas actuales y permanentes del derecho penal* (pp. 289-302). Madrid: Tecnos.
- Silva Sánchez, Jesús María. (2009, 23 de abril). *Prevención del delito y reducción de la violencia*. *La Ley*, (pp. 1-5).
- Sintura Varela, Francisco José. (2004). Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. *Derecho Penal Contemporáneo*, (9), pp. 85-108.

- Taruffo, Michele. (2009). *La semplice verità*. Roma: Editori Laterza.
- Thaman, Stephen C. (2008). *Aspectos adversariales, acusatorios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos* (trad. de Cox, F.). En Bachmaier Winter, Lorena (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons. pp. 161-176.
- Vargas, Álvaro. (1993). *El debido proceso penal colombiano*. *Temas Procesales*, (11), pp. 85-92.
- Velásquez Velásquez, Fernando. (2009). *Derecho penal: parte general*. Medellín: Comlibros.
- Vélez Mariconde, Alfredo. (1951). La instrucción en la doctrina. *Revista de Derecho Procesal*, IX (3-4), pp. 319-362.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires/Bogotá: Ediar/Temis.