



El arrepentimiento, la confesión y los premios como prácticas jurídicas en el Derecho Penal

Yeison Manco López

Estudiante del pregrado de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: negro2004hola@yahoo.es

Resumen

El presente texto aborda una reflexión sobre la justicia premial, tema que actualmente reviste singular importancia, pero que puede encontrar sus raíces en un largo proceso en el que se insertan discursos y prácticas jurídicas técnicas como la confesión, la delación y el arrepentimiento del reo. Asimismo, se intenta abordar el tema desde su actualidad y sus características dentro del proceso de implementación de la justicia negociada en nuestro país.

Palabras clave: Confesión; arrepentido; delación; negociación; justicia premial.

El arrepentimiento, la confesión y los premios como prácticas jurídicas en el Derecho Penal*

Introducción

Este trabajo se ocupará de la justicia premial como una práctica jurídica que hoy en día se pone en el centro de las discusiones del derecho penal, pero que tiene relación directa, o mejor aún, encuentra antecedentes en la confesión de los delitos lograda a través de constreñimientos al reo.

El sistema de premios en el derecho penal como medio para obtener una mayor eficiencia en términos cuantitativos o estadísticos sobre el manejo de la criminalidad, la ejemplaridad del castigo a través de la pena y el proceso en perjuicio del reo que se resiste a confesar, y la persuasión o compra de una nueva fidelidad del acusado, hacen que se dirija la vista de las cuestiones penales, de lo que tiene que ver con el delito (tal y como lo planteó el liberalismo penal), a la mejor forma de negociar, constreñir, manipular y reclutar al delincuente.

Así las cosas, se intentará dar cuenta de cómo este tipo de prácticas no irrumpen de manera deliberada y estrepitosa en el derecho penal, no siendo una invención reciente, ni mucho menos novedosa, sino que se circunscriben en un proceso histórico que las incluye de manera gradual y termina por transformarlas de simples prácticas a instituciones dentro del derecho penal. En ese sentido, por ejemplo, la confesión surge como un tema de estudio necesario para este trabajo, al igual que su desarrollo en particular con respecto a los métodos inquisitivos para lograrla y el perfeccionamiento que han sufrido los mismos hasta convertirse en una gran variedad de prácticas regidas por una lógica común a todas ellas y con aspiración de convertirse en instituciones normativas inherentes al derecho penal.

El trabajo se desarrollará en tres partes que, en orden, se referirán a la figura y a la racionalidad que opera en el arrepentido desde el Cristianismo; seguidamente, se expondrá la justicia premial, haciendo una breve caracterización de ésta y de su funcionamiento en el modelo estadounidense y sus principales figuras frente al proceso y la condena. Por otro lado, se desarrollará un contexto general y apreciativo respecto del derecho premial en nuestro país, para lo que se abordarán algunas normas en las que opera el sistema de derecho premial. Tales instrumentos son el Decreto 2700 de 1991, la Ley 81 de 1993, la Ley 600 de 2000, la Ley 906 de 2004, así como los análisis que sobre el tema realizan dos decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia durante el año 2006, con ponencias de los magistrados Alfredo Gómez Quintero y Sigifredo Espinosa Pérez, respectivamente.

* Este artículo es derivado de un ejercicio investigativo realizado durante el semestre 2009-2, para el curso *Mitos del Derecho en la Historia*, a cargo del profesor David Orrego Fernández.

Para continuar, se trabajará a manera de análisis sobre el fenómeno del auto castigo, es decir, de la auto condena a la que arrastra la negociación de la pena a un ciudadano que se enfrenta a un aparato punitivo infinitamente superior a él y que exige la condena como el único y auténtico producto de la justicia, así como la impunidad a la que pueden llegar los casos más atroces fruto de la cantidad de posibilidades que tienen los mayores criminales de negociar con la Fiscalía, concepción que entra a rebatir la justificación que de ella hace el sistema penal estadounidense. Se trata entonces de confrontar los objetivos que teóricamente se le dan a esta justicia y el producto concreto y cotidiano al que se ha llegado en el sistema penal colombiano.

Finalmente, en este mismo punto se trabajará sobre la contradicción que existe en torno a una justicia, que reivindicándose como tal, empuja a la renuncia del proceso, de modo tal que la condena no es producto de una práctica judicial, ni siquiera de la aplicación de la legalidad, sino que depende de una pugna de poderes que negocian, pero que por su disposición dan prevalencia al poder del Estado, no como administrador de justicia, sino como el titular de la venganza pública que, en este caso, se ejercerá por medio de un allanamiento y una confesión inducidas por el sistema de premios para el que se condene y castigos para quien se defienda.

I. Aproximación a la figura del arrepentido

El arrepentido

Como una introducción al tema de la condena sin proceso, parto de algunas situaciones problemáticas como aquellas que tienen que ver con el por qué de negociar el premio y la impunidad con algunos imputados y, paralelamente, castigar a otros. Igualmente, el por qué la verdad ya no incumbe al proceso, y el proceso ya no incumbe a la pena. También, intento establecer cuál es la racionalidad y el papel que juega en este fenómeno la figura del arrepentido, así como las razones o motivos pragmáticos que convergen en este proceso y las consecuencias de un sistema así.

Para comenzar, es preciso abordar una reflexión sobre la figura del arrepentido, importantísima para el proceso penal, la justicia premial y la negociación de las penas o *plea bargaining*. ¿Por qué el arrepentido goza del favor de su adversario?, ¿cómo alguien puede pasar de ser el peor enemigo al mejor de los amigos?

En la figura del arrepentido se van a concentrar amplios esfuerzos por parte del Estado, esperando que, como hasta ahora, sea una parte eficientísima en la tarea de conseguir cada vez más y más condenados, con el agregado de tener la propia voluntad del imputado empeñada en la condena.

En la figura del arrepentimiento se condensan dos aspectos fundamentales, el primero es el del arrepentimiento como tal, y el segundo, es la confesión del arrepentido.

En el Cristianismo, el arrepentido encuentra explicación a través de una figura llamada *oxímoron*, la cual puede ser encontrada en nuestro lenguaje. Esta figura lo que hace es reunir conceptos o términos contradictorios en una oración para que de esta forma se obtenga un nuevo sentido que va a diferir del tenor literal de los dos primeros, es decir, para que algo llegue a ser, tiene que empezar no siendo, negándose a sí mismo, de esa manera encontramos que lo divino va a describirse como una luz que ciega, el silencio que ensordece y la vida que empieza con la muerte.

Para llegar a Dios hay que empezar por alejarse de sí mismo, negarse para llegar a ser, y en ese mismo sentido, se dirá que Dios o lo divino siempre estará en todas las partes no estando en ninguna, en las cosas grandes y en las pequeñas.¹ Con esta figura lo que va a tratarse de afirmar es el sentido de lo absoluto y lo inexplicable de Dios, razón por la cual el hombre que quiere llegar a él, sólo puede conseguirlo a través del camino del arrepentimiento y la redención que brinda la penitencia. Negándose a sí mismo afirma la gloria de Dios.

En San Agustín puede apreciarse esta concepción del arrepentimiento de un pecador como un acto ejemplar para los demás cristianos. El capítulo III del libro VIII de las Confesiones se titula “*Cómo Dios y los santos ángeles se alegran mucho de la conversión de los pecadores*”, y reza lo siguiente:

6. ¡Oh buen Dios!, ¿de dónde, Señor, proviene que un hombre se alegra mucho más de la salud de un alma que estaba sin esperanza de vida, o que se ha libertado de un peligro grande, que si siempre hubiera estado con esperanza de su salud eterna, o hubiera sido mayor el peligro en que se hallaba? También Vos, Señor, Padre misericordioso, *mostráis mayor alegría por un solo pecador que hace verdadera penitencia, que por noventa y nueve justos que no la necesitan*. Y nosotros con mucho regocijo oímos decir a San Lucas cuán grande es la alegría de los ángeles viendo que la oveja perdida vuelve a su rebaño llevándola el pastor sobre sus hombros.²

Pero como correlato de tal arrepentimiento, siempre se encuentra la penitencia que logra redimir al arrepentido:

¹ San Agustín habla en estos términos: “¡Ay de mí, Dios mío!, ¡qué investigable grandeza tenéis en las cosas grandes, y qué impenetrable profundidad en las pequeñas! ¡Vos nunca os apartáis de vuestras criaturas, y con todo eso, apenas andamos lo bastante para llegar a Vos!”

² Agustín, Santo Obispo de Hipona. *Confesiones*. Libro VIII, capítulo IV. España: Tecnos, 2007.

Triunfa un emperador cuando ha vencido; y no venciera si no hubiera peleado; y cuanto mayor fue el peligro en la batalla, tanto es mayor en el triunfo la alegría.

Acomete una tempestad a los navegantes, y al verse amenazados del naufragio, todos se ponen pálidos del miedo de la muerte, que consideran cercana, pero serénase el cielo y tranquilizase el mar, y todos se regocijan sumamente, porque también sumamente temieron.

8. Esto mismo sucede en el deleite que es torpe y execrable; esto mismo en el que es lícito y permitido; esto mismo en la más pura, honesta y sincerísima amistad, y finalmente, esto mismo sucedió en la conversión de aquel que estaba muerto y resucitó, que se había muerto y apareció.³

Encontramos que aquí, entre mayor sea el peligro, mayor sea la penitencia, mayor será también la cercanía a Dios; de allí que el arrepentido habiendo sido el mayor desafío para el pastor, también es su mayor alegría y quien reafirma su grandeza como pastor de los hombres.

En esta lógica que podemos abordar desde la figura del *oxímoron*, vemos lo despreciable de nosotros, lo más inmundo (...); el papel que va a desempeñar es reafirmar con su naturaleza la perfección y la gloria de lo divino, entre más despreciable, deplorable y horrorosa sea la figura, con mayor fuerza va a resaltar las cualidades de la divinidad.

En este sentido, sólo el arrepentimiento y la penitencia van a lograr la redención de la persona, en la medida en que el arrepentido es la figura de quien estuvo, por decirlo así, mas lejos del rebaño y luego regresó, reafirmando con su conducta y por encima de los otros la vigencia de lo divino, convirtiéndose en el preferido del padre sobre sus demás hijos. De allí que se pueda decir que desde este punto de vista, quien se arrepiente será más fácilmente compensado que el que no, ya que afirma más la virtud de Dios con su vuelta a él.

El arrepentimiento funciona como una reafirmación mayor a cualquier otra, y la penitencia porque va a ser la forma de renunciar a uno mismo por alcanzar lo absoluto, por someterse al pastor o al maestro, es la libertad que sólo se puede lograr flagelándose, la redención que sólo se puede lograr con la renuncia y el dolor propio.

La penitencia con este primigenio significado, se aplica principalmente en el Medioevo. “La pena medieval conserva esta naturaleza de equivalencia, incluso cuando el concepto de retribución no se conecta directamente con el daño sufrido por la víctima sino con la ofensa hecha a Dios; por eso, la pena adquiere cada vez más el sentido de *expiatio*, de castigo divino”.⁴

³ *Ibid.*

⁴ MELOSSI, Darío. PAVARINI, Massimo. *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2008. pág. 21

Ya vemos que la influencia del Cristianismo en la figura del arrepentido es inmensa, así como también lo es en la finalidad de la pena, en la medida en que el propósito de ella no es otro que la salvación del alma, razón por la cual se pretende conseguir el arrepentimiento del reo.

Las primeras y embrionarias formas de sanción utilizadas por la Iglesia, se impusieron a los clérigos que habían delinquido en alguna forma,⁵ la pena se inspira en el rito de la penitencia y la confesión, pero acompañándola de otro elemento: la forma pública. Así nació el castigo de cumplir la penitencia en una celda hasta que el culpable se enmendara.⁶

La penitencia, cuando se transformó en sanción penal propiamente dicha, mantuvo en parte su finalidad de corrección; esta se transformó en reclusión en un monasterio por un tiempo determinado.⁷ Para ese momento, el objetivo fundamental de la pena era lograr el arrepentimiento. Se trata de formar una tendencia natural y espontánea hacia la disciplina y el sometimiento frente al pastor. Este tipo de control se logra con la interiorización de la mentalidad del sometimiento y a la misma racionalidad de alguien que se arrepiente, donde, por supuesto, juega un importante papel la técnica de la confesión.

No es de extrañar que tales figuras, es decir, las del arrepentimiento y la confesión, pudieran usarse de manera conjunta sobre muchísimos aspectos de la vida, no sólo como la forma de la penitencia, sino como prohibiciones que pesan, por ejemplo, sobre el cuerpo y la sexualidad.

Así, en el análisis del dispositivo de la sexualidad, uno de los rasgos que identifica Foucault en la historia de occidente frente a la relación entre sexo y poder, es el ciclo de lo prohibido, ciclo que explica de la siguiente forma:

No te acercarás, no tocarás, no consumirás, no experimentarás placer, no hablarás, no aparecerás; en definitiva no existirás, salvo en la sombra y el secreto. El poder no aplicaría al sexo más que una ley de prohibición. Su objetivo: que el sexo renuncie a sí mismo. Su instrumento: la amenaza de un castigo que consistirá en suprimirlo. Renuncia a ti mismo so pena de ser suprimido; no aparezcas si no quieres desaparecer. Tu existencia no será mantenida sino al precio de tu anulación. El poder constriñe al sexo con una prohibición que implanta la alternativa entre dos inexistencias.⁸

⁵ *Ibíd.* pág. 21.

⁶ *Ibíd.* pág. 21.

⁷ *Ibíd.* pág. 22.

⁸ Foucault, Michel. *La voluntad del saber, Historia de la sexualidad 1*. México: Siglo XXI, 2000 pág. 102

De nuevo aparece la renuncia a sí mismo, esta vez como la condición de la existencia, ya ni siquiera de la salvación. Puede verse el avance que se tiene en términos del dispositivo, ya que opera una prohibición jurídica que poco a poco se introduce en las prácticas jurídicas.

La confesión

En cuanto al acto mismo de la penitencia –no su explicación del cómo y por qué se justifica– y la función que cumple, Foucault plantea un referente arcaico en la figura de la *exomologēsis*.⁹ Esta consiste en el reconocimiento del hecho, el reconocimiento de sí mismo como pecador, un reconocimiento público y obligatorio, hacer pública la penitencia, antes y como requisito de la redención. Puede observarse cómo sólo revelando el pecado y a través de la penitencia pública puede la persona entregarse a la gracia, pero ello a su vez implica una anulación de sí mismo, la supresión material de uno mismo.

Por otro lado, la *exagoreusis*¹⁰ implica la verbalización de los pensamientos y la anulación de sí mismo y del propio deseo, esto en términos de obediencia y sumisión a otro, siendo ese otro el maestro. Concluye Foucault en el sentido de indicar que tal técnica de verbalización es la de mayor importancia para occidente, ya que esta se reproducirá como técnica en muchas disciplinas; para citar dos ejemplos, pueden referirse el Derecho y el Psicoanálisis, fundamentales, sobretodo, para hablar de la confesión y de las técnicas judiciales de la confesión.

La pena, el arrepentimiento y la confesión serán ante todo un acto público, son figuras de las que nunca más se separarán las prácticas jurídicas.

La técnica de la confesión será ampliamente usada en el Medioevo, es más, el sistema punitivo de tal época se halló completamente diseñado para lograr la confesión del reo a cualquier precio, y, obviamente, también para lograr su arrepentimiento, al menos como un elemento subsidiario, ya que lo que se buscaba en principio era la condenación al fuego que purifica.

La confesión se transforma en toda una técnica perfeccionada que se trasplanta de las prácticas religiosas para lograr la salvación, a las prácticas jurídicas del proceso y del sistema penal.

La obra de Nicolao Eymeric, inquisidor general de Aragón, escrita en el siglo XIV bajo el nombre de *Directorium inquisitorum* y conocida como el Manual de Inquisidores, sirve como regla de práctica y código criminal de la inquisición.

⁹ Foucault, Michel. *Tecnologías del yo*. Barcelona: Paidós, 1990. pág. 35

¹⁰ *Ibíd.* pág. 35

El argumento que se usa para justificar la producción de este Manual es, al igual que en nuestros días, dar una mayor celeridad al proceso, incluso con la misma oportunidad que se le otorga al inquisidor de no estar obligado a seguir las reglas, ya que la omisión de los requisitos de derecho no trae nulidad al proceso.

Este texto da una idea de las formas judiciales de la inquisición. En su Capítulo I, que trata de la formación y sustanciación de las causas, establece tres maneras de iniciarlas: la acusación, la delación y la pesquisa.

Para el inquisidor, la acusación presenta un problema, en el sentido de que si se acusa y no se logra la condena, se castiga al inquisidor y al acusante, mientras que por la delación que no logre la condena, no existe tal castigo, razón por la cual la recomendación del Manual al inquisidor es sugerir a quien acusa que no lo haga, sino que delate.

Nótese que la delación aquí es el principal instrumento para formar la causa, no obstante los procedimientos durante el juicio se dirigirán a extraer la confesión del acusado.

El inquisidor inicia el proceso –si se le puede llamar así– de manera secreta y lo continúa de tal forma, pero la pena, la penitencia, será pública, surtirá efectos simbólicos de expiación y temor entre la población con el fin de prevenirlos, de no caer en herejía.

Los procedimientos del juicio castigan el comportamiento del acusado dentro de él, se diseña toda una técnica de interrogatorio en la que al acusado lo cobijaba una presunción de culpabilidad, incluso sobre las cosas favorables que éste pueda decir. Así, cuando al acusado se le preguntara si creía en el cuerpo de Dios y éste respondía que sí, eso se interpretaba como un sí creo, pero en el cuerpo, no en Dios; también en el caso de existir dos testimonios, uno favorable y otro no, se tomaba en cuenta el desfavorable, y en consecuencia, se condenaba a que el reo fuera entregado a la justicia seglar.

La confesión del hereje pertinaz¹¹ se intentaba lograr por otros medios, la estrategia para lograrla era la siguiente:

Se procurará convertirlos enviándoles sacerdotes y religiosos, que disputen con ellos por pasajes de las sagradas escrituras, sin apresurarse a entregarlos a los jueces seglares. Lo primero, se les pondrá en un calabozo lóbrego y húmedo, cargándolos de grillos, y si resistiera a esta prueba, se les procurará convertir con otros medios, tratándolos con blandura, poniéndolos en un aposento

¹¹ Una precisión necesaria es que los inquisidores consideraban que no pecaban, ya que la ejecución de la pena se dejaba a la justicia seglar y no al santo oficio.

cómodo, dándoles bien de comer, y prometiéndoles que se les tratará con misericordia, si vienen a recipiscencia; y si pasados algunos días no diera todavía señas de convertirse, se harán venir a la cárcel sus hijos, sobre todo los más chicos, si los tienen, y sus mujeres para ablandarlos. Si todo fuere sin provecho, serán relajados al brazo seglar.¹²

El objetivo de estas técnicas era lograr la confesión, esta asumía la figura de penitencia pública, no sólo se confesaba, había que hacerlo ante todos, esta es la famosa abjuración, rito por el cual una persona tenía que reconocer su pecado públicamente, renegar de lo que había dicho o hecho, y por último, dar un sermón de la fidelidad a Dios y a la Iglesia.

De igual modo, para aquella persona que confesaba y abjuraba se ofrecían beneficios, que, según el tipo de hereje, iban desde conceder la cárcel perpetua hasta perdonar la confiscación de sus bienes, con el fin de que su familia no cayera en desgracia. Éstas eran las técnicas de la edad media para conseguir la delación, la confesión y el arrepentimiento, técnicas que para hoy han cambiado, son más sofisticadas, más suaves, pero que, por supuesto, continúan en búsqueda de los mismos fines. La confesión y el arrepentimiento no sólo estarán presentes en las prácticas jurídicas, sino que llegarán a ser verdaderas instituciones jurídicas penales en la modernidad, a pesar de que en las figuras premiales de hoy ya no exista una justificación ideológica de la confesión, sino sólo la recompensa material fundamentada en una relación utilitarista entre el Estado y el arrepentido.

II. El sistema premial y su racionalidad frente al juicio

Ahora bien, lo que va a exigir la negociación es la redención por la pena y el premio por el arrepentimiento, así como por la actitud que la persona tenga durante el proceso; será un acto público, y a la vez, una reafirmación de ese nuevo padre, el principio y fin de nuestra sociedad, que es el Estado.

Desde hace algún tiempo, nuestros países, al igual que gran parte del mundo, se dieron a la tarea de implementar el sistema llamado acusatorio. En nuestro caso particular el que se impone es la copia del sistema estadounidense que aplica figuras, que a pesar de tener ya algunos antecedentes en la historia de nuestro sistema penal, entran con toda la fuerza necesaria como para obligarnos a reflexionar sobre ellas de manera más detenida.

El sistema de premios y castigos hace parte fundamental de nuestro nuevo sistema penal. En éste se establecen beneficios que permiten obtener la confesión del imputado a cambio de algunas rebajas de la condena.

¹² Eymeric, Nicolau. *Manual de inquisidores: para el uso de las inquisiciones de España y Portugal*. Estados Unidos: Imprenta de Félix Aviñón, 1821. pág. 88

Esto significa para el imputado o acusado

“la renuncia a ser juzgado en juicio, con la opción de ser absuelto; a cambio, el fiscal declina la posibilidad de que al presunto infractor se le aplique la máxima sanción factible y por el mayor número de delitos que el comportamiento investigado permita configurar. Hay entonces una posibilidad de desgaste, de inversión de recursos (tiempo, personal, dinero) dado el esfuerzo probatorio que el juicio implica, junto a la necesidad de no dejar, por falta de tiempo, otra serie de delitos en la impunidad.”¹³

La negociación de la pena va a plantearse como una alternativa que permite realizar una economía procesal en la medida en que evita los costos de un juicio con todas sus etapas ordinarias y una ganancia de tiempo y eficiencia en la administración de justicia.

Por otro lado, con base en unos criterios pragmáticos, la negociación de la pena va a ser realmente un instrumento muy eficiente a la hora de conseguir la condena y va a ser considerada un arma muy efectiva para lograr la desarticulación de organizaciones criminales. El sistema de premios va a promover la delación y la traición a cambio de beneficios, y este instrumento va a funcionar muy bien en la desarticulación de estas organizaciones.

En Estados Unidos, el sistema de premios y negociación se aplicó, en principio, con el propósito de dotar a la justicia de un arma distinta a las que tenía, para permitirle presentarse más fuerte en la lucha contra estas organizaciones, de modo que negociando unos premios de manera individual con uno de los miembros de estas organizaciones, se lograba obtener información que permitiera la detención y juicio de los demás integrantes de ella.

Como se puede ver, la racionalidad eficientista con base en el argumento de la economía procesal, irrumpe como la legitimación del sistema premial y negociado. Se trata de evitar el desgaste procesal que un juicio implica. Orlando Muñoz Neira va a decir que el sistema de *plea bargaining* lo que permite es pactar las penas en razón de los riesgos que el mismo proceso trae para los sujetos procesales. La negociación de penas no es una especie de terminación “anormal” del proceso penal: es la justicia penal misma de E.U.

En estas afirmaciones puede verse la importancia que para el sistema de Estados Unidos tiene la figura de la negociación. En el sistema penal el juicio va a ser una carga, un lastre del que es preciso liberarse.

¹³ Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2006. pág. 211

En el sistema de premios,

“a pesar de que muchos quisieran que el juicio fuera una especie de derecho que no se compra ni se vende, ni algo así como un lujo que sólo algunos deban tener, lo cierto es que la existencia de la negociación de penas parte de reconocer que el juicio no es un derecho absoluto, ni un derecho que tenga la misma esencia de, por ejemplo, el derecho a votar o el derecho a criticar al gobierno, o la libertad misma, derechos éstos que, sin duda, son inalienables.”¹⁴

Tal concepción va a ser transversal al sistema de negociación y a su justificación misma, en razón de otorgar un papel secundario al proceso y al juicio, ya que lo que interesa en verdad no es dar garantías, sino conseguir la mayor cantidad de condenados posible. Desde el mismo sistema penal clásico, la importancia que se le va a dar al juicio es fundamental, no puede existir una pena sin un juicio, y el juicio se va a encargar de allegar la verdad material de los hechos al proceso, para, con base en éstos, dar una sentencia de condena o absolucón.

El sistema clásico se encontraba obsesionado con proponer fórmulas que permitieran establecer la verdad sobre los hechos, y de tal modo hacer de la pena una consecuencia de la obtención de la verdad, justificando de esta manera, medidas tan rigurosas como la privación de la libertad. En este sistema, la verdad va a ser algo irrenunciable, inconciliable e indisponible, la verdad va a ser la verdad.

La evolución misma del sistema penal va encargarse de corregir esta posición según la cual es posible conseguir la verdad de una manera plena y definitiva en el proceso, y replanteará el hecho de que la verdad dentro del juicio no va a ser un absoluto, solo podrá obtenerse de manera probabilística, dentro de márgenes que establecen un mayor o menor grado de probabilidad de los hechos, no va a darse una renuncia a la aspiración de obtener la verdad en el proceso, lo que ocurre es que ya no se pensará en obtenerla como una verdad objetiva superior a todo, ni como la posibilidad de que cada sujeto tenga una verdad subjetiva, sino que será posible alcanzar la verdad en el proceso, pero sólo como una aproximación, es decir, la verdad absoluta, esencial, inmanente, no será posible de establecer dentro del juicio, pero sí la mayor o menor certeza sobre unos hechos.

Por el contrario, lo que va a ocurrir en el sistema de negociación, en el sistema de los premios, es que al proceso se le va a despojar de cualquier propósito de obtener una verdad, digámoslo así, acorde con la verdad material de los hechos. El sistema de premios va a permitir que la verdad no se establezca sino que se construya, la verdad para este sistema va a ser un agregado accidental, mucho menos va a ser un propósito del juicio, la verdad se reemplaza por una consideración pragmática de

¹⁴ *Ibíd.* pág. 234

cuánto y cómo debe castigarse, no de si alguien merece o no ser castigado, asunto del que se encargaba el juicio.

Va a darse entonces esta construcción de una verdad negociada o consensuada, la verdad no va a ser un logro, ni mucho menos un propósito del proceso. La verdad se va a establecer a partir de la correlación de fuerzas y los términos a los que se llegue en una negociación. La jurisdicción va a renunciar a esa aspiración de hacer justicia, y va a aceptar que en cambio de ésta, la aspiración sea la de la eficiencia, la de los resultados, la de los organismos policiales; así las cosas, la jurisdicción no imparte justicia, simplemente se encarga de condenar, de establecer algún grado de la pena con base en lo que la Fiscalía haya logrado “consensuar” con el imputado, apoyándose de los poderosísimos medios que le brinda este sistema de premios y de negociación.

III. Ejemplos del sistema premial y la negociación de la pena en Colombia

En nuestro país, el sistema premial irrumpe con anterioridad a la figura de los acuerdos propiamente dicha. Este sistema, al igual que en Estados Unidos, va a encontrarse dirigido a persuadir a integrantes de poderosas organizaciones como los carteles del narcotráfico, con el fin de afectar y desarticular dichas organizaciones. La lucha contra el narcotráfico en el ámbito de lo normativo, de lo jurídico, igualmente estará dirigida a la eficiencia en la desarticulación de estas organizaciones.

El Decreto 2700 de 1991 establece la figura de la terminación anticipada del proceso, la cual permite que el fiscal y el sindicado lleguen a un acuerdo sobre el delito y la misma pena que se le debe imponer, así como un premio de rebaja en el caso de quien se acoja a la terminación anticipada en la etapa de investigación. Posteriormente, la Ley 81 de 1993 establece el premio de la reducción de pena en caso de confesión y una serie de beneficios o premios por la colaboración eficaz en la desarticulación de organizaciones delictivas, captura de sus miembros, la prevención de delitos, la delación de copartícipes, el abandono de una organización delictiva, la entrega de bienes y la identificación de fuentes de financiación de estas organizaciones.

La Ley 600 de 2000 trae una serie de beneficios o premios por la colaboración eficaz en identificar dirigentes, cabecillas, bienes, lugar de permanencia del secuestrado e información para identificar a quienes participaron del delito. Del mismo modo, una rebaja de la pena para quien se acoja a sentencia anticipada. Por su parte, la Ley 906 de 2004 entra a establecer la figura de los preacuerdos y las negociaciones. Aquí se permite la eliminación de agravaciones y el cambio de tipificación con objeto de disminuir la pena; estos acuerdos van a obligar al juez. En esta norma se hace la salvedad de que no obligan cuando quebrantan las

garantías fundamentales, pero como se verá en la crítica, esta afectación de las garantías es algo inmanente a la figura de la negociación.

Por otro lado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia va a hacer un análisis de estas figuras en el salvamento de voto de decisión adoptada el 4 de abril de 2006, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero, y en decisión del 4 de mayo del mismo año, con ponencia del magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

En el salvamento de voto de la primera sentencia, realizado por el magistrado Yesid Ramírez Bastidas, se muestra cómo la figura actual de la negociación irrumpe con la forma de la terminación anticipada del proceso y cómo la justicia negociada es más expedita que la del rígido principio de legalidad, cuya excepción en este modelo va a ser el de oportunidad, en razón de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad, estimulando la pronta reparación a la víctima, otorgando una gran oportunidad de inserción social al que cometió la conducta punible.

Figura global de la que se bifurcó: I. El principio de oportunidad propiamente dicho; y II. Los acuerdos tendientes a un “esfuerzo de pacificación” o a “activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito” (artículo 348 CPP), coreando la tendencia globalizada que en Estados Unidos denominan *plea bargaining*, en Alemania *absprache*, en Italia *patteggiamento* y en España *conformidad del procesado*.¹⁵

Para su eficacia, resulta indispensable que este sistema sea coherente, completo, económico y operativo, razones para que se implemente el derecho premial con el fin que la mayoría de procesos terminen sobre la marcha.¹⁶

En la segunda sentencia, por su parte, se hace eco a varios aspectos que se abordan en la primera, respecto de la consideración de que nuestro “sistema se encuentra edificado sobre varios principios fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el de celeridad y eficacia de la administración de justicia, postulados que necesariamente llevan a la búsqueda de una actuación que implique el menor desgaste.”¹⁷

Así las cosas, el sistema premial cae como anillo al dedo para lograr los objetivos de la economía procesal. Uno de sus agregados es argumentarlo como un sistema que permite la efectividad material de la administración de justicia y, por otro lado,

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 4 de abril de 2006*. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal, Bogotá.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 4 de mayo de 2006*. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Bogotá.

hacer referencia a los criterios de los que se vale la justicia premial, que no son otros que la efectiva colaboración y la economía procesal de ahorrarse el juicio.

IV. Crítica al sistema premial

Existen tres fases de lo que puede llamarse una deconstrucción del proceso o purificación del castigo con respecto a los agregados o condicionamientos con los que contaba la sanción penal. Primero, en el sistema penal liberal clásico, el proceso era un requisito de cual no se podía prescindir para lograr una condena; precisamente contra esta arbitrariedad de los monarcas se había creado el proceso, para evitar que se volvieran a condenar personas a través de medios como las *lettres-de-cachet* y por la mera voluntad de otro.¹⁸

En un segundo momento, el proceso pasó a usarse como el castigo mismo, con el tipo de medidas que presionan y someten al escarnio público al imputado, con medidas como los largos períodos de tiempo en prisión mientras se daba curso a un interminable proceso.

Según Ferrajoli,

“se trata de una patología que evidencia la posibilidad de hacer uso del proceso para la punición anticipada, la intimidación policial, la estigmatización social, la persecución política o para todos estos objetivos juntos. Es indudable que por encima de las intenciones persecutorias de los instructores, la sanción más temible en la mayor parte de los procesos no es la pena sino la difamación pública del imputado”.¹⁹

La pena va a ser algo público al igual que en el Medioevo, pero el proceso se desarrollará en privado y con un amplio margen de discrecionalidad y amplios poderes coercitivos en manos de quien acusa; basta recordar cómo en el sistema de la Ley 600 de 2000 no existía ningún tipo de control sobre las medidas que afectan derechos fundamentales, recayendo este control precisamente en el fiscal, fenómeno que violentaba abiertamente el principio de la división de funciones.

Por último, en el esquema de justicia premial y de negociación, ya el castigo o concretamente la pena no va a necesitar del proceso, se impondrá de inmediato y por voluntad del propio imputado quien hace renuncia de su derecho a juicio.

Para el Estado, dicha idea funciona en la medida de ahorrar o recortar y optimizar los dineros que se destinan a la jurisdicción, pero esa racionalidad economicista y esa celeridad que se plantea como beneficio, al implicar el detrimento de la garantía del juicio, también va a implicar el detrimento de la propia justicia. En ese

¹⁸ Foucault, Michel. *La verdad y las Formas Jurídicas*. España: Gedisa, 1998.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. España: Trotta, 1995. pág. 731

sentido, uno puede decir que si de economía se trata, lo más barato para el Estado sería no tener que administrar justicia y liberarse de ese lastre de tener que llevar miles de empleados de la rama judicial y gastar su dinero en resolver los conflictos de las personas. Pero aún así, el Estado no renunciaría a su vindicta, a su deber de perseguir y sancionar a sus enemigos, a los delincuentes, y bajo esa lógica, el acto de aplicar su venganza, de la defensa social, de reafirmar la norma, se hará mucho más ligero de llevar si a las personas no hay que garantizarles juicio, si se puede obviar el proceso y pasar de inmediato a la condena.

El sistema de negociación se va a apoyar en que el acusado que tenga una alta probabilidad de ser condenado se declare culpable y gane una pena reducida y pocas cargas en el juicio. En ese sentido, podría decirse que para este tipo de acusado, el sistema funcionaria ordinariamente, no obstante, para quienes su posible condena es algo incierto, que se definirá en el proceso a través de la actividad probatoria, y siendo esta una gran parte de los casos, el sistema premial arrastra a una condena cierta ante la incertidumbre del juicio, allí el sistema no funciona como un beneficio para el imputado, sino como un detrimento de sus garantías.

La negociación se plantea entonces como una simple opción de la que el imputado puede valerse o no según su libre arbitrio, con independencia de la restringida gama de opciones que tenga. Por el contrario, se encuentra el hecho de que existe un constreñimiento de tipo negativo, en la medida de permitirse que la esencia de la relación de la negociación radique en una amenaza según la cual, si el imputado no negocia, la Fiscalía hará todo lo posible por conseguir la pena más gravosa, al igual que ocurre con la falsa creencia en que el procesado no se declara culpable a menos que tenga la certeza o posibilidad de que ese acto le implicará una sanción menor que aquella que le sería impuesta luego de un juicio, y que en las etapas en las que no se ha dado aún el descubrimiento probatorio, va a desvirtuarse, ya que el imputado se tendrá que allanar sin tener certeza de cuál es el acervo probatorio con el que cuenta la Fiscalía para efectivamente lograr su condena.

De esa forma, el mismo sistema restringe las posibilidades de opción del imputado, en esa etapa es donde va a darse el allanamiento, la negociación y las presiones de la Fiscalía para obtener la confesión.

“existe *plea bargaining*, cuando un fiscal induce a una persona acusada penalmente a confesar su culpabilidad y a renunciar a su derecho a un juicio, a cambio de una sanción penal más benigna de la que le sería impuesta si se declara culpable luego de juicio (...) el tribunal condena al acusado sobre la base de su confesión, sin ningún otro mecanismo de atribución de culpabilidad.”²⁰

²⁰ Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2006. pág. 238

Es un sistema poderosamente persuasivo y muy efectivo para llevar delincuentes a la cárcel, la negociación va a tener identidad con la búsqueda de la confesión, y la amenaza bajo esta lógica del arrepentido es parte esencial para lograr la negociación. Sin la amenaza, la figura no completa su ciclo de conseguir la condena a partir de la confesión y de la renuncia voluntaria del derecho al juicio, es decir, probablemente sin la amenaza no va a darse el arrepentimiento, ni el dolor, ni el premio, ni la redención a la sociedad.

La función del acto público de arrepentimiento va a ser reafirmar la gloria del Estado: entre mayor sea el enemigo que se arrepiente, por la lógica del *oxímoron*, más grande va a ser la reafirmación del Estado. Desde el punto de vista pragmático, más victorias traerá, más problemas resolverá y el premio para este nuevo amigo, lógicamente, tendrá que ser más grande. El efecto simbólico de negociar con un capo será mucho más grande que el de negociar con un delincuente de poca monta, en suma, porque los primeros tienen muchísimas más cosas que negociar que los segundos, de tal manera que el capo en calidad de arrepentido podrá negociar en mejores condiciones que el simple ladrón.

El sistema de premios se usó para hacer frente a la criminalidad organizada y poderosa, no obstante por el carácter expansivo del derecho penal, la figura terminó aplicándose a todo tipo de criminalidad. El resultado de esta práctica de la negociación y de los premios, es una suerte de minimalismo que se otorga a la gran criminalidad, a los mejores arrepentidos, a los que se encuentran en mejores condiciones de negociar, a los que son más útiles y pueden redimirse con más facilidad ante el Estado, y por otro lado, una especie de maximalismo, de mayor rigor, de mayor impacto del detrimento de la garantía del juicio, a los pequeños criminales, a los que por su carácter de delincuentes clásicos no se les presta tanta importancia, a los que se van a admitir como arrepentidos, pero en las condiciones del arrepentido penitente, no en las del redimido, sino del eterno penitente ante la sociedad que no comporta mayor utilidad para el Estado.

Por otro lado, se va a encontrar la figura de quien no se arrepiente, de quien va a ejercer su derecho a juicio. En él va a darse el constreñimiento, la amenaza de la Fiscalía con hacer todo lo posible por lograr la máxima condena, pero aún así, ir al juicio contrariando la racionalidad del arrepentido. De esta forma, el constreñimiento que se ejerce deja abierta la puerta para que “en uso de su poder, la Fiscalía termine cobrando al acusado el ejercicio de sus derechos constitucionales, en otra palabras, que el fiscal termine ejerciendo una venganza contra el sindicado cuya postura hace más largos los procedimientos”.²¹

Las prácticas del sistema premial y de la negociación, van a exigir del imputado la modificación de la conducta individual, de sus actitudes, de ahí que se pueda llegar

²¹ *Ibíd.* pág. 223.

a un desfavorecimiento a partir del papel que se le otorga a la Fiscalía de buscar la condena a toda costa y no de establecer la verdad de los hechos.

El sistema premial no es más que una falacia, en la medida en que comporta unos beneficios para el arrepentido, pero un doble castigo para quien vaya al proceso, persiste entonces el castigo público del proceso y el castigo de la pena propiamente dicha, así que puede decirse que de esa forma lo que se está castigando es la desobediencia de haber ido al juicio.

El sistema premial, en orden a lograr que el imputado confiese, va en contra del derecho a no declarar contra sí mismo, toda vez que se trata de que en este sistema se está facilitando aún más la condena del inocente. En verdad, la negociación no tiene unas renunciaciones recíprocas en un estricto sentido, el ciudadano renuncia a su libertad y a la garantía del juicio, mientras que el Estado va a contar con un sinnúmero de armas para conseguir la condena y “ningún juicio contradictorio existe entre partes que más que contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad.”²²

“El proceso puede quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución pero también con una pena mucho más grave.”²³

La negociación va a acabar con garantías como la presunción de inocencia, el derecho a no autoincriminarse y el derecho a una verdad material de los hechos. La confesión será obtenida a través de un constreñimiento que, aunque no tan dramático como la tortura, será de la misma naturaleza.

El sistema de premios rompe con el derecho a no declarar contra sí mismo y contra sus parientes en la medida en que se relaciona con otros derechos; lo que va a ocurrir es que a través de la confesión y la delación, se ataca la solidaridad con los pares, objetivo importante para un Estado autoritario, en la medida en que en esta solidaridad se esconden los revolucionarios, los delincuentes, los peligrosos. “La carga probatoria se invirtió y se impuso el método policíaco de presión y complicidad y ensalzamiento del espía y del soplón con la recompensa del colaborador.”²⁴

²² Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.* pág. 748.

²³ *Ibid.* pág. 748.

²⁴ Salas, Luis. *El arrepentido colaborador de la justicia. Una figura perversa.* En: <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2439-20/41.pdf>. Consulta 21 de Enero de 2010.

Referencias bibliográficas

Agustín, Santo Obispo de Hipona. *Confesiones*. Libro VIII , capítulo IV. España: Tecnos, 2007.

Corte Suprema de Justicia. *Sentencia del 4 de abril de 2006*. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal, Bogotá.

_____ *Sentencia del 4 de mayo de 2006*. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Bogotá.

Eymeric, Nicolau. *Manual de inquisidores: para el uso de las inquisiciones de España y Portugal*. Estados Unidos: Imprenta de Félix Aviñón, 1821.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. España: Trotta, 1995.

Foucault, Michel. *Tecnologías del yo*. Barcelona: Paidós, 1990.

_____ *La verdad y las Formas Jurídicas*. España: Gedisa, 1998.

_____ *La voluntad del saber, Historia de la sexualidad 1*. México: Siglo XXI, 2000.

Melossi, Darío; Pavarini, Massimo. *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2008.

Muñoz Neira, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2006.

Salas, Luis. *El arrepentido colaborador de la justicia. Una figura perversa*. En: <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2439-20/41.pdf>. Consulta 21 de Enero de 2010.