



Autor: Joaquín Mario Murillo

Título: Dendrobates

Técnica: Óleo a espátula

Dimensión: 90 x 60 cm

Año: 2008

LA VERDAD Y LA JUSTICIA PREMIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Fecha de recepción: 30 marzo de 2012

Fecha de aprobación: 24 de mayo de 2012.

LA VERDAD Y LA JUSTICIA PREMIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

*Yeison Manco López**

RESUMEN

La justicia premial es un modelo que irrumpe en Colombia y tiene antecedentes en la figura del *plea bargaining* estadounidense. En la justicia premial se encuentran dos discursos acerca de la verdad en el Derecho Penal que se inscriben en concepciones filosófico-jurídicas diversas; Por un lado, se encuentra el consensualismo de la verdad que pretende llegar a acuerdos participativos y en igualdad de condiciones; por el otro, se encuentra un modelo sistemático de garantías que epistemológicamente retoman la verdad como correspondencia.

Este trabajo trata de realizar un examen de la justicia premial a la luz de ambas concepciones filosófico-jurídicas para precisar si esta puede o no inscribirse en alguna, o si, por el contrario, posee su propia concepción de la verdad.

Palabras clave: verdad, justicia premial, consensualismo, correspondencia.

THE TRUE AND THE REWARD JUSTICE IN THE COLOMBIAN PENAL PROCEDURE.

ABSTRACT

The reward justice is a model that brakes in Colombia and has antecedents in the figure of U.S the plea bargaining. In the reward justice finds two discourses about the truth in the penal law that inscribes in many philosophical-juridical conceptions; by one side, find the consensualism of true that pretends to approach a participative in agreements in equal conditions; by the other side, finds a systematic model of guaranties that takes the truth epistemologically like a correspondence.

This paper tries to make an exam of the reward justice under the light of the both philosophical-juridical conceptions to clarify if this could or not to inscribe in any, or if, by the other way, has his own true conception.

Key Words: Truth, Reward Justice, consensualism, Correspondence.

* Abogado, Universidad de Antioquia. Artículo elaborado como estudiante en formación en el proyecto *La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa*, inscrito por el profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo como investigador principal, en el Sistema Universitario de Investigación, Universidad de Antioquia. E-mail: ymancol@gmail.com

LA VERDAD Y LA JUSTICIA PREMIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

INTRODUCCIÓN

La inquietud sobre el tema surge a partir de la lectura de varios textos con similares concepciones de la verdad en el Derecho, esto llevó a construir la parte filosófica del proyecto *La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa*, inscrito en el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia. En esta investigación se pudo advertir que la concepción de la verdad de cada teoría jurídica, contiene la esencia de sus planteamientos y posteriores desarrollos lógico-sistemáticos y argumentativos, de modo que un ejercicio enriquecedor es ocuparse de describir la lucha ardua y permanente de estas concepciones por imponerse como concepción general de la verdad¹.

Estas reflexiones son trivializadas con frecuencia y se desdeña su importancia epistemológica y metodológica para ayudar al juez y a las partes a resolver los conflictos de una manera racional.

Por el contrario, el trabajo de investigación que dio origen a esta inquietud por la verdad en la justicia premial, se preocupó por recrear la pregunta de la verdad de una manera vital, es decir, inmersa en las prácticas y problemas que acarrea esta.

En un primer momento, se preguntó por cuál concepción de verdad se podría encontrar en la justicia premial. No obstante, el obstáculo inicialmente encontrado fue la diversidad de concepciones que se tienen frente a esta, tanto en el derecho penal, como en las ciencias en general. Por tal motivo se debió cambiar el enfoque del trabajo, dejar de abordar el tema de la verdad, para encargarse más bien, de los distintos discursos existentes sobre ella.

1 Es imprescindible aclarar que en el presente texto se toma el marco teórico y epistemológico de la investigación referida para aplicarlo a un problema diferente. Las distintas teorías de la verdad presentes en los diversos campos del Derecho son originariamente desarrollos que han tenido lugar en la Filosofía y que posteriormente se han trasplantado a la teoría jurídica, razón por la cual el presente texto se desarrolla desde los aspectos epistemológicamente problemáticos sobre la verdad en un campo específico, la justicia premial.

Afrontar el problema de la verdad es afrontar el problema de la diversidad de verdades que se han manifestado; la verdad como desvelamiento, la verdad objetiva, la verdad absoluta, la verdad subjetiva, la verdad como consenso, la verdad como correspondencia, entre otras, no son más que discursos sobre la verdad, algunos de los cuales, serán expuestos y confrontados para intentar advertir sus principales características, similitudes y diferencias.

Los cambios del concepto comprenden diversas concepciones, puntos de vista, aspiraciones de integralidad como de parcialidad, continuidades y discontinuidades, similitudes, diferencias, grados, antecedentes, contradicciones, lenguajes y poderes, normas y hechos; por tal motivo, y dada la finitud de los esfuerzos y la extensión del tema, este trabajo no puede ser más que una aproximación.

Con dichas claridades, se reorientó el estudio hacia la identificación de las concepciones de verdad con las cuales se encontraba relacionada la justicia premial en el Derecho Penal Colombiano, advirtiendo básicamente, que tal justicia se relacionaba con una concepción de verdad como correspondencia que pervive en nuestras instituciones de Derecho Penal, y con una concepción negocial, aparentemente consensualista, que alcanza a ser hegemónica con la imposición del sistema acusatorio² de tipo estadounidense; ambas inmersas en el debate entre garantismo y eficientismo penal.

Lo que se intenta a lo largo del texto es examinar la justicia premial desde las premisas de la tradición liberal del derecho penal y de la teoría consensual de la verdad para comprobar si esta resiste la aplicación de las mismas. En este punto es donde se inicia la incertidumbre y el esfuerzo por estudiar una institución penal con criterios propios.

El texto se desarrolla en tres partes: la primera es la exposición y ubicación de la justicia premial a partir del estudio de la figura del *plea bargaining* estadounidense y de las figuras premiales implementadas en el sistema penal colombiano; la segunda se enfoca en la descripción de las teorías de la verdad relacionadas con la justicia premial y el análisis de esta a la luz de sus planteamientos, concretamente las teorías de la correspondencia de tipo semántico propuesta por Luigi Ferrajoli y la consensual que se identifica con algunos planteamientos del neopragmatismo,

2 Es pertinente hacer la distinción entre el modelo de proceso acusatorio, como metodología del proceso, que comprende la división entre quien acusa y quien juzga, y que en su expresión primigenia, contempla las características de la igualdad de derechos y poderes entre acusador y acusado, la libertad personal hasta la condena, la publicidad del procedimiento, la pasividad del juez al recoger las pruebas de cargo o descargo, la continuidad de los actos y la síntesis de todo el procedimiento, y, el sistema acusatorio específicamente estadounidense con su justicia premial.

y, la tercera, se encarga de hacer una crítica de la justicia premial, el eficientismo procesal y su manera de definir la verdad. Por último, se dan algunas conclusiones sobre el tema.

Para este texto se utilizó un método descriptivo con el fin de exponer las diversas concepciones de la verdad, y una parte crítica o problematizante frente a las implicaciones de la verdad negociada.

En lo metodológico se partió de la lectura y fichaje de textos sobre justicia premial, epistemología del derecho y derecho penal, para ello se consultaron fuentes primarias y secundarias, entre ellas, algunos artículos especialmente enriquecedores sobre el *plea bargaining* en los Estados Unidos. La última y más preciada herramienta metodológica que se usó fue el diálogo y la reflexión con los profesores y en las aulas de clase, con ellos se llegó a moldear y orientar esta reflexión, construirla en medio del diálogo fue lo más importante; por tal motivo, este texto, excusando las limitaciones que pueda tener, es un pequeño agradecimiento a su ayuda.

1. EL *PLEA BARGAINING* Y LA JUSTICIA PREMIAL

Se trata aquí de ubicar el concepto de justicia premial en su significado y en su contexto, más específicamente en su modelo estadounidense, el *plea bargaining*, y la irrupción de su lógica en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para empezar, se encuentra que el concepto de justicia premial refiere una idea consistente en hacer uso de premios y castigos con diversos fines, entre los cuales se encuentran los de estimular la confesión, delación y terminación anticipada del proceso. Esta forma de justicia considera que es posible que a través de tales prácticas, se llegue a un negocio que permita “ahorrarse el juicio” y elaborar un acuerdo que defina la responsabilidad penal.

Nótese que uno de los instrumentos de justicia premial más comunes y antiguos es la política de recompensas. Este instrumento se constituye en una parte importante de la política criminal para el combate del delito y en una figura dirigida a estimular la delación para poder dar inicio a la persecución penal. No obstante, existen otras figuras premiales que se dan ya en el estadio del proceso, que pretenden definir de manera previa al juicio la responsabilidad del imputado, de modo que este renuncie a tal garantía y obtenga rebajas para su pena por la colaboración o confesión de la culpabilidad.

En el procedimiento continental de origen inquisitivo, el juez tiene como tarea la búsqueda de la verdad material, la persecución penal es un asunto público en el

que se resta cualquier capacidad para que las partes interfieran en tal búsqueda, en consecuencia, se le otorgan amplios poderes al juez para que eche mano de la prueba de oficio con el fin de esclarecer los hechos. Allí hay una aplicación fuerte de la legalidad y la obligatoriedad que tiene la fiscalía para perseguir todos los delitos sin acudir a ningún tipo de negocio con el presunto criminal.

La práctica de la prueba y la determinación de la sentencia, por tanto, no pueden ser reemplazadas por el reconocimiento formal de la culpabilidad del acusado (Schünemann, 2002, p. 290). Por otro lado, se encuentra que el sistema adversarial es un sistema en el cual las partes construyen el proceso, son dueñas de las pruebas y el juez funge como una suerte de árbitro que no busca el esclarecimiento de los hechos y la verdad material, sino el equilibrio, de suerte que desdeñada la búsqueda de la verdad, es admisible, en principio, que las partes hagan acuerdos que serán respetados por el juez.

Esto no quiere decir que las figuras premiales o el *plea bargaining* sean propias del sistema anglosajón del derecho penal. Su compatibilidad con el sistema de precedentes no es algo tan claro, ni tan esencial como quiere mostrarse algunas veces. Ya desde 1877 en los Estados Unidos algunos jueces advirtieron la incompatibilidad de esta figura con un sistema adversarial, para estos la negociación era “difícilmente distinguible de una venta directa de la justicia (...) - mientras el litigio era – la prueba más segura de esta” (Alschuler, 1979, p. 21).

El *plea bargaining* es una figura de justicia premial que aparece en el sistema penal de los Estados Unidos desde finales del siglo XIX, aplicándose de manera gradual hasta alcanzar una práctica generalizada para la década de los 50 del siglo XX (Cf. Friedman, 1979, p. 247-249).

La figura hace parte de una visión transaccional que riñe con el principio de estricta legalidad del sistema de derecho penal continental inquisitivo y con la búsqueda de la referida verdad material en el proceso. Por consiguiente, existe en el proceso la oportunidad de disponer de la acción penal en cabeza de la fiscalía, órgano que depende directamente del ejecutivo en los Estados Unidos³.

El *plea bargaining* permite hacer una negociación entre fiscalía e imputado para obtener de este una confesión de culpabilidad a cambio de ciertas ventajas (De Diego Diez, 1999, p. 24).

3 En Colombia el principio de oportunidad como la manera de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, se somete a la regulación de la ley y el control judicial; por el contrario, el principio dispositivo de la acción penal en el sistema anglosajón es casi absoluto y con precarios o nulos controles.

Un primer elemento de este instrumento de justicia premial es la confesión de culpabilidad llamada *guilty plea*, por medio de esta el reo se declara conforme con los cargos que se le imputan durante la audiencia previa al juicio oral.

En la práctica, esta confesión de culpabilidad toma tres formas básicas: una confesión voluntaria o no influida – *voluntary or uninfluenced plea* – para los casos en los que la culpabilidad es evidente; una confesión estructuralmente inducida – *structurally induced plea* – cuando la ley prevé una pena más grave para quien insiste en el juicio; y una confesión negociada – *negotiated plea* – en la cual el acusado o su abogado acuerdan con la fiscalía sobre el delito, la pena a aplicar o ambos (p.35).

Es la última de las formas de aceptación de culpabilidad la que corresponde al *plea bargaining* en tanto significa un acuerdo transaccional entre fiscalía e imputado en el que se decide sobre la condena (*sentence bargaining*⁴) sin alterar los cargos originales o sobre los cargos (*charge bargaining*⁵), permitiendo al fiscal alterar la acusación luego de confesar la culpabilidad.

Schünemann precisa que la figura del *plea bargaining* constituye una nueva forma de procedimiento que al principio se usó sin la aprobación del legislador y los tribunales, hasta que llegó a ser reconocida en la mayoría de los Estados y avalada su constitucionalidad por la suprema corte de los Estados Unidos (Schünemann, 2002, p. 289).

Esta práctica se dio hasta la década de los 60 del siglo XX sin regulación de ningún tipo. El tribunal supremo de los Estados Unidos en el caso *Brady vs United States*, y posteriormente el departamento de justicia con los *principles of federal prosecuties* introdujeron las primeras regulaciones a tales negociaciones (De Diego Diez, 1999, p. 44-47).

En estas el juez tiene prohibida su participación, no obstante, es él quien puede aceptarlas o no luego de verificar dos requisitos, a saber, la voluntariedad y exactitud de las mismas.

La voluntariedad designa una confesión libre de promesa, coacción o amenaza, con el conocimiento de sus implicaciones y claridad de aquello por lo que se acusa; tal requisito, por supuesto, no considera los premios y el ofrecimiento de rebajas

4 Puede consistir en hacer una recomendación benévola al juez para la sentencia, no oponiéndose a la que haga la defensa o absteniéndose de realizar una recomendación desfavorable (De Diego Diez, 1999, p.42).

5 El *charge bargaining* permite que el fiscal sustituya el delito imputado por uno menos grave y retire o desista de todos o algunos de los cargos formulados. La sustitución por cargos menos graves se da siempre y cuando se trate de un delito relacionado, no obstante algunas veces se declara culpable por un delito distinto al cometido (De Diego Diez, 1999, p.43).

o beneficios como constreñimientos de tipo positivo; la exactitud de la confesión hace referencia a que esta debe contener los hechos, debe ser claro que el acusado cometió un delito por lo menos de la gravedad del que confiesa, ya que se parte de la idea de que normalmente el delito más grave no se puede probar.

El papel de la fiscalía y sus poderes en la configuración de una negociación son muy importantes. Se le otorga una amplia discrecionalidad para la imputación de cargos – discrecionalidad incompatible con la estricta legalidad del sistema continental -, y, además, cuenta con el instrumento de la negociación para definir anticipadamente la culpabilidad y la pena, factores que en el sistema continental son por esencia elementos a definir en el juicio.

Las razones para emplear el *plea bargaining* y para otorgar los referidos poderes a la fiscalía son varias, por ejemplo, la rapidez para resolver los procesos, la protección a la sociedad de los acusados inclinados a delinquir durante el *pretrial release*, y la reducción de los plazos que corren entre la acusación y la sentencia. Todas ellas fueron acogidas por el tribunal supremo de los Estados Unidos en el caso *Santobello vs New York* en 1971(p. 55).

En este contexto son de suma importancia los argumentos en defensa de la justicia premial que destacan la disminución de costos para el sistema judicial al renunciar al juicio y el aligeramiento de las cargas laborales para defensores y fiscales. Así, se genera una verdadera sistemática de negociantes⁶, que pretende bajar las estadísticas de criminalidad, aumentar la eficiencia de los juzgados, e incluso, ayudar a planear el presupuesto de la jurisdicción.

Estas “ventajas” fueron rápidamente advertidas en Colombia. Sin embargo, no es la irrupción del sistema acusatorio su punto de partida; por el contrario, las figuras de justicia premial son de una significativa y no muy reciente aplicación en nuestro sistema.

Como se dijo, las figuras premiales en el sistema penal comprenden también la aplicación de la vieja y conocida política de recompensas, usada por el Estado Colombiano en repetidas ocasiones para atacar al enemigo de turno con el fin de lograr su “desarticulación”⁷.

6 En los Estados Unidos son bien conocidos los abogados que especializan su ejercicio profesional en negociar tratos con la fiscalía en casos relacionados, por ejemplo, con narcotráfico.

7 Para un análisis político criminal de la justicia premial desde el punto de vista de las recompensas en Colombia, Véase: Pérez Toro W. (2010). *La Crítica en un Entorno Trampero*. En este texto puede encontrarse un amplio estudio sobre normas premiales referidas al tema desde la década de los 80 del siglo XX.

No obstante, siendo el propósito de este texto enfocarse en el estudio de las figuras de justicia premial en el ámbito del proceso penal, hay que precisar que esta justicia tiene como técnicas fundamentales para la construcción de la verdad, la confesión (Cf. Langbein, 2001) y la delación, y, que su irrupción en el proceso penal colombiano se da a partir de los años 80 en medio de un contexto de guerra contra el narcotráfico y la subversión.

Si bien en aquel entonces se argumentó a favor de la existencia de dichas figuras diciendo que estas serían para combatir la gran criminalidad, hoy se encuentra que su justificación es un poco diversa, ya no se dice que estas figuras sean sólo para someter a los grandes capos de la criminalidad, sino que su utilidad se encuentra precisamente en ser un instrumento de la economía procesal, en ayudar a la descongestión y en disminuir costos; en consecuencia, con el fin de reportar amplias y cada vez mejores cifras de condenas, terminaron incluyéndose además de los iniciales destinatarios de las normas de justicia premial, a la gran mayoría de los pequeños delincuentes que atiborran el sistema penal, y de manera más general, a toda la clientela del Derecho Penal.

La justicia premial adopta varias formas en el proceso penal colombiano, inicia con simples rebajas de pena por la delación o confesión – en la época de vigencia del régimen procesal del Decreto 050 de 1987 - y pasa por las figuras de sentencia anticipada, allanamientos – bajo el régimen procesal del Decreto 2700 de 1991 -, hasta llegar a los preacuerdos y al actual principio de oportunidad⁸ - bajo el régimen procesal de la ley 906 de 2004 -.

A continuación, se hace una breve reseña y clasificación de las normas que incorporan tales beneficios y rebajas. Sólo se toman algunas normatividades que se introducen en Colombia desde los años 80⁹, muchas de las cuales, se dirigieron al combate de una criminalidad específica, y otras, a librar la eterna lucha por la eficiencia del sistema penal.

Entre las normas en las que se incluyen rebajas y beneficios por la delación se encuentran la ley 2 de 1984 en su artículo 34, la ley 30 de 1986 en su artículo 45, el artículo 12 del decreto 1631 de 1987, el artículo 37 del decreto de estado de

8 Específicamente se señalan como figuras premiales del principio de oportunidad las contenidas en los numerales 5, 6 y 18 (incorporado por la ley 1474 de 2011 en su artículo 40) del artículo 324 de la ley 906, ya que en la regulación legal de este principio también se especifican causales de aplicación que refieren al criterio de la necesidad de la pena por la poca relevancia o lesividad de la conducta, por lo exagerado de la aplicación de una pena o por que la persona sea entregada en extradición o a la Corte Penal Internacional; igualmente, el resto de las causales de aplicación del principio de oportunidad son figuras de justicia restaurativa, no de justicia premial.

9 Para un estudio más amplio Véase: Pérez Toro (2010, p. 12).

sitio 180 de 1988 que fue reformado por el decreto de estado de sitio 2490 de 1988, el artículo 17 de la ley 40 de 1993 o estatuto contra el secuestro y el artículo 21 del decreto 2238 de 1995 incorporado a la ley 282 de 1996.

Igualmente pueden encontrarse normas que establecen rebajas y beneficios por la confesión del procesado, entre estas se encuentra: el artículo 8 del decreto 3673 de 1986 subrogado por el artículo 1 del decreto 1199 de 1987, y este a su vez convertido en legislación permanente por el decreto 2271 de 1991, el artículo 301 del decreto 050 de 1987, el artículo 1 del decreto 3030 de 1990, el artículo 299 del decreto 2700 de 1991 modificado por la ley 81 de 1993, y por último, el artículo 283 de la ley 600 de 2000.

También se insertan entre la normatividad las figuras de sentencia anticipada, los allanamientos y actualmente los mencionados acuerdos, preacuerdos y principio de oportunidad, entre tales normas están los artículo 37 y 37-A del decreto 2700 de 1991 - reformado por los artículos 11 y 15 de la ley 365 de 1997 -, el artículo 40 de la ley 600 de 2000, el acto legislativo 03 de 2002 que reforma el artículo 250 de la Constitución Política y la ley 906 de 2004 en sus artículos 66, 321, 322, 323, 324¹⁰, 327 y 348 y ss. – con las reformas incorporadas por las leyes 1312 de 2009 y 1474 de 2011 -.

En un país convulsionado y con crecientes necesidades de control presentadas como necesidades de seguridad, era necesaria una reforma que lograra incorporar de manera permanente la justicia premial entre sus instituciones penales, la creciente necesidad de eficiencia y celeridad contrastaba con la saturación de los despachos judiciales y la lentitud de los procesos.

A principios de la década del 90 con el mencionado decreto 2700 de 1991 se logra insertar la figura de la sentencia anticipada en el proceso penal como figura permanente y estable de justicia premial en el ordenamiento colombiano. Aparte de esto, nótese que tales figuras irrumpieron gradualmente y se convirtieron en instituciones que tienden a absorber todo el proceso penal en detrimento, por ejemplo, de toda la parte sustantiva y las garantías que esta establece, tales como, la determinación y estabilidad de la calificación jurídica del delito – legalidad – y la determinación de la culpabilidad en un juicio en el que se respeten la publicidad, contradicción, la defensa, la no auto incriminación, el derecho a la prueba y el juez natural.

La justicia premial se encarga de castigar doblemente al reo, por el delito y por su insistencia en el juicio (Cf. Langbein, 1996). En este tipo de sistema es impensable el ejercicio del contradictorio y la realización de los principios y garantías del

10 Ver pie de página 9 del presente texto.

proceso, en realidad no importa si una persona es penalmente responsable o no de la comisión de un delito, allí la comisión de la conducta pasa a un segundo plano ante la amenaza de un juicio que implica una pena mucho más grave (Cf. Ferrajoli, 1995, p. 746-752), máxime, cuando las patológicas prácticas del sistema penal colombiano - tales como, resolver la duda en contra del reo y condenar por temor a contrariar en ciertos temas la jurisprudencia de los tribunales o de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia- le exigirán al imputado probar su inocencia y lo llevarán a acogerse a las rebajas ofrecidas por su confesión.

En la estructura europeo-continental de la justicia penal, el juicio se interpone entre los ciudadanos y los grandes medios, recursos y poderes con los que cuenta la fiscalía para respaldar la pretensión punitiva; la justicia premial entra a anular el juicio y deja al ciudadano a merced del fiscal y su poder (Cf. Langbein, 2001), al mismo tiempo, se constituye en un instrumento muy útil para proteger a ciertas personas de la intervención del sistema penal.

Según Langbein “podríamos decir que los sistemas de enjuiciamiento basados en negociaciones y acuerdos – en el consenso – como el sistema del *plea bargaining* y el sistema de tortura judicial pueden desarrollar sus propias burocracias y sus propias clientelas” (p. 24). En este sentido, la justicia premial fortalece las desigualdades en el proceso, el autoritarismo y la selectividad para aplicar los rigores del derecho penal específicamente a algunos mientras sustrae a otros de su radio de acción. En la práctica, aunque todos tienen la posibilidad de confesar, sólo unos pocos pueden mejorar su posición en un acuerdo si tienen elementos que los ubiquen en mejores condiciones para negociar.

La imposición de un “acuerdo” fruto de una lucha de poder al momento de negociar termina por desvirtuar el papel de las partes, “el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica” (Schünemann, 2002, p. 298).

Las prácticas como “inflar” los tipos penales con agravantes inexistentes para reducir o anular los beneficios por confesión, son inherentes al sistema negociado, y aún así, continúan siendo ignoradas a pesar de haberseles desvelado desde hace mucho tiempo en la aplicación del *plea bargaining* en los Estados Unidos (Cf. Friedman, 1979).

Un texto ampliamente criticado que se titula “El proceso penal como un sistema de mercado” de Frank Easterbrook, incluso llegó a proponer de una manera bastante convencida, que el *plea bargaining* puede hacer parte de un procedimiento penal que funcione bien en términos de mercado, es decir, de manera armónica, donde el proceso distribuye recursos escasos entre los distintos integrantes del sistema penal y el sistema penal establece un precio – no pena – que se tasa según los costos

que originó y originará la conducta del reo y la de los delincuentes que no fueron capturados. Todo esto redundará en un manejo eficiente de los recursos bajo las premisas de la maximización personal del beneficio y la optimización del castigo. La negociación es un acuerdo transaccional de oferta y demanda entre el reo y la fiscalía donde el primero busca el mejor negocio y la segunda busca aumentar su productividad (Cf. Easterbrook, 1983).

Según este texto, es posible entrar a establecer cómo se administra mejor la justicia y por qué unos despachos llevan más negocios que otros, las estadísticas de condenas o negocios concluidos en el menor tiempo posible pasan a ser los instrumentos idóneos para cuantificar la justicia.

Nótese que lejos de ser un disparate, la concepción expuesta por Easterbrook, es por el contrario, la muestra más clara de lo que son las pretensiones de la justicia premial, una forma de distribuir recursos escasos, de implementar la eficiencia a como dé lugar, de hacer del “proceso” la manera más simple y menos costosa de producir condenas, un mecanismo al que se le puede exigir productividad, estadísticas, automatización y ahorro.

En la práctica judicial, la justicia penal pasa a ser una justicia sumaria, una justicia en la que se cambia el contradictorio por un sistema de negociación, se reduce a meros ritos lo que alguna vez fue la estructura sustantiva y dogmática del derecho penal; lo que antes eran garantías se convierten en escenificaciones, versos repetidos una y otra vez hasta el cansancio en cada sentencia - tal y como sucede cuando se dice al reo que tiene derecho a no auto incriminarse mientras se redacta una sentencia basada en una confesión que no es corroborada rigurosamente en términos fácticos-

De tal modo, el *plea bargaining* muestra su verdadera esencia, esto es, como una figura procesal que permite administrar el delito y el castigo, que cuenta, hace proyecciones, destina recursos, los optimiza, disminuye costos, aumenta las cifras del castigo penal, se vuelve cada vez más eficiente y simple; todo bajo la idea de que más condenas suponen más justicia.

En el fondo, la justicia premial vuelve a plantearnos la pregunta de qué tan correcto es basar un sistema penal principalmente en la confesión y en la delación - que siempre han implicado dar premios para quien confiesa o delata- y por otro lado, qué tan conveniente o contraproducente puede ser dejar que la justicia se haga en clave de eficiencia.

Aparte de estas cuestiones, lo que en este texto se pretende es ir un poco más allá en el examen de la justicia premial y mostrar que en el proceso penal colombiano se encuentra la expresión de diferentes concepciones de verdad, puntualmente, la verdad como correspondencia en cuya tradición se encuentra

inscrito el ordenamiento colombiano y la verdad negociada ligada a ciertas ideas del consensualismo.

2. LA JUSTICIA PREMIAL Y LAS TEORÍAS DE LA VERDAD

2.1 LA VERDAD COMO CORRESPONDENCIA EN SU SENTIDO SEMÁNTICO.

En el presente apartado se trabaja una de las teorías más importantes de la verdad en el derecho, la teoría de verdad como correspondencia desarrollada a partir de un sistema axiomático del garantismo penal propuesto por Luigi Ferrajoli. Esta teoría, plantea la positivización de unos principios en las constituciones que radican la discusión sobre la validez de la norma en criterios sustantivos que parten de la idea de una justicia material (Ferrajoli, 1995, p. 17).

Su sistema de principios remite también a una teoría política sobre el Estado, la justicia, la Constitución, los derechos fundamentales y el Derecho mismo. En consecuencia, su teoría intenta disciplinar la actividad legislativa, la práctica judicial y el ejercicio del poder Estatal.

Este filósofo del Derecho define su sistema como un sistema de garantías constitucionalmente establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, dada la sujeción del Derecho a los referidos principios sustantivos positivizados (Ferrajoli, 2001, p. 19). La consecuencia lógica - y ampliamente reconocida - de un ordenamiento construido en clave de garantías de protección de los derechos fundamentales, es sustraer su legitimidad de las mayorías políticas y reubicarla en la tutela de dichos derechos y su carácter de inmodificables¹¹.

Dichos planteamientos llevan en últimas a que los Derechos Fundamentales sean protegidos incluso de los propios Estados, universalizándolos y planteando un constitucionalismo, por decirlo así, superior a las constituciones de los Estados mismos.

Ahora bien, la teoría del garantismo penal se desarrolla sobre la base de la filosofía analítica (Cf. Ferrajoli, 2000), filosofía que toma los términos¹² y los descompone en partes para dotarlos de contenido, relaciones y coherencia entre ellos, de allí se llega a la elaboración de conceptos y principios en los que el lenguaje juega un papel muy importante. Esta analítica del lenguaje lleva a que tales conceptos se

11 Por tal motivo, la teoría del garantismo implica constituciones rígidas.

12 Los 11 términos que emplea Ferrajoli en la formulación de estos principios son: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa.

postulen en un lenguaje formal de axiomas, y que de estos axiomas relacionados entre sí, se siga la elaboración de teoremas y la formulación de un sistema a través de relaciones recíprocas que se constituye en un metalenguaje del lenguaje jurídico que permite a la vez analizarlo en sus hechos, proposiciones y razonamientos.

Ferrajoli distingue dos modelos de Derecho Penal; el primero de ellos obedece a una epistemología judicial decisionista, es el modelo autoritario en el que se persiguen sujetos y reinan la incertidumbre y el poder del soberano. El segundo, obedece a una epistemología racional y garantista al que se le llama *cognoscitivismo penal*, en él se verifican o refutan hipótesis que permitan allegar el conocimiento de los hechos (Ferrajoli, 1995, p.16).

La distinción fundamental entre ambos modelos la trajo la escuela ilustrada del derecho penal, con ella el juicio penal se convirtió en un proceso cognoscitivo de los hechos que requería de una específica técnica legislativa para identificar de la manera más precisa, con hechos específicamente determinados, si existía o no responsabilidad penal de un sujeto. La verificabilidad de los hechos y la determinación de la norma ayudaron entonces a limitar el odioso poder del soberano para imponer su voluntad (p. 22).

Un derecho penal construido sobre la verificación de hechos, es un derecho penal que tiende tanto a la estabilidad como a la limitación del poder, y por consiguiente, a la minimalización de éste. Por otro lado, un derecho penal que se encuentre incondicionado e ilimitado es un derecho penal en el que reina la incertidumbre, y como consecuencia, se da un derecho penal máximo que termina decidiendo con la voluntad de quien juzga (p. 155 y ss.).

Ferrajoli toma entonces el *cognoscitivismo penal* y propone su modelo garantista con base en los principios de legalidad, retributividad, necesidad, materialidad, lesividad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, principio acusatorio, carga de la prueba y contradicción (p.92-93)¹³.

El principio de legalidad reviste especial importancia, trasciende la reserva legal para la definición del delito y exige que la ley lo haga de un modo preciso, superando el requisito de validez formal para convertirse en un método de determinación precisa con base en hechos que lleva al *cognoscitivismo* y al que se le llama legalidad en sentido estricto (p. 35).

13 La función de estos principios es limitar y condicionar el poder del Estado. La retributividad, legalidad y necesidad, tienen que ver con la pena; la lesividad, materialidad y culpabilidad, tienen que ver con el delito, y la jurisdiccionalidad, el principio acusatorio, la carga de la prueba y la contradicción, tienen que ver con el proceso. A su vez, los seis primeros principios constituyen garantías penales, en tanto lo últimos cuatro constituyen garantías procesales.

El conocimiento de los hechos se encuentra a su vez atravesado por dos concepciones de la verdad, la verdad formal y la verdad material. La concepción de verdad sustancial busca una fundamentación objetiva, omnicomprensiva y material de esta. Así, para allegar una verdad material se cae en el subjetivismo penal y en el autoritarismo que persigue la verdad fuera de todo límite o control (p.44). Por el contrario, la verdad formal o procesal, se encuentra condicionada por el respeto a las garantías y procedimientos que se establecen en el juicio para tal fin.

No obstante, el criterio de verdad procesal no es suficiente ya que tiende a prescindir de toda verdad en el proceso, y por lo tanto, a caer en el autoritarismo o decisionismo (p. 47). Así las cosas, dada la imposibilidad de la verdad objetiva y la correspondencia perfecta entre normas y hechos, e igualmente la insuficiencia de una verdad puramente formal, Ferrajoli decide proponer un concepto de verdad formal o procesal apoyada en los criterios de verificación y verificabilidad en un sistema semántico de proposiciones y axiomas.

Según esta concepción, a la que llama correspondencia en sentido semántico, el concepto de verdad puede usarse sin que implique una correspondencia perfecta, ideal o metafísica del hecho con el enunciado, es decir, sin que lo que se dice verdadero sea igual a la realidad, tal correspondencia no aplica a lo que es “verdadero” o que puede considerarse como tal según unos criterios que se usan para establecer la verdad, sino a lo que ha sido semánticamente definido como esta.

La verdad de la teoría semántica se establece a través de la verificabilidad de las proposiciones fácticas y jurídicas frente a los hechos, la verdad es el predicado de una proposición; A esto es a lo que Ferrajoli se refiere con una verdad como correspondencia sin implicaciones trascendentales y absolutas.

El proceso tiene entonces dos momentos de verificación, una verificación de los hechos y una verificación normativa, un proceso cognoscitivo de los hechos estrictamente delimitados, y un proceso re cognoscitivo de las normas. El proceso cognoscitivo de los hechos parte de proposiciones fácticas que se encuentran dirigidas a comprobar el acaecimiento de estos y su imputación al sujeto inculpatado (p.48), mientras, el proceso re cognoscitivo de las normas parte de proposiciones jurídicas que se refieren a la adecuación de los hechos con las normas que hablan de ellos.

La verificación de las proposiciones fácticas utiliza un método inductivo para dar cuenta de hechos pasados que por ser tales, no pueden apreciarse directamente sino a través de representaciones que llegan al juicio; por el contrario, las proposiciones jurídicas hacen uso de un método deductivo en el que se parte de la norma para calificar y clasificar los hechos según los criterios dados por esta.

Ya en el campo probatorio, en el que se aplica la inducción por excelencia ya que se refiere al proceso cognoscitivo de los hechos, se abre la relación con el criterio de la libre convicción del juez, que igualmente debe ser limitada y circunscrita en criterios definidos, para evitar que esta se convierta en lo que al juez mejor le parezca, entonces se acoge el esquema nomológico-deductivo, por medio del cual, la inicial inferencia inductiva que asciende de los hechos que se han de explicar a los hechos que son su explicación, puede invertirse en una inferencia deductiva que desciende de los hechos que son la explicación a los hechos que se deben explicar por medio de la inclusión en las premisas explicativas de leyes o generalizaciones empíricas aceptadas como verdaderas conforme a la experiencia pasada, sin que esta ley, implique una conexión necesaria en todos los casos, sino sólo una probable o posible explicación de los hechos.

En esta teoría, la verdad es algo contingente y relativo en consideración a los conocimientos, experiencias y la cosa misma de la que se habla. De allí la imposibilidad de referirse a la verdad más que en términos aproximativos, las proposiciones pueden ser calificadas por grados de plausibilidad, y el hecho de que algunas sean más verosímiles que otras no implica que realmente correspondan a los hechos.

De igual manera esta verdad es opinable en tanto las deducciones normativas que se realizan llevan a una conclusión verdadera frente a las premisas normativas, pero encarnan a su vez, una elección entre las diversas hipótesis interpretativas existentes (p. 54).

La verdad procesal a la que se llega también es algo subjetivo, ya que al juicio y al juez, nunca le llegan los hechos mismos sino las representaciones de estos a través de testigos, documentos u otros medios de prueba que se encuentran atravesados por la subjetividad del juez y los testigos, por el medio que los afecta, sus puntos de vista, sus intereses etc.

Justamente, la verdad que se obtiene es una verdad procesal y semántica, frente a la cual este autor reconoce limitaciones en su carácter probabilístico, opinable, subjetivo y en su necesidad de comprobación.

En últimas, la teoría de Ferrajoli busca reducir estos límites de la verdad procesal y rodearlos de garantías sustanciales y procesales elaboradas con base en axiomas y proposiciones que funcionan a manera de filtros para restringir el poder punitivo. Es a esto a lo que se conoce como sistema garantista del derecho penal.

Los ideales de perfección del sistema garantista son evidentes, razón por la cual este autor trata de circunscribirlo dentro de una aspiración política de perfectibilidad de este sistema, es decir, como un horizonte no conseguible pero si aproximable, como una expectativa siempre a satisfacer y a mejorar, y en consecuencia, como

un sistema que admite grados de garantismo según el cumplimiento de los distintos axiomas y principios en un sistema penal (p. 98).

La concepción de Ferrajoli es un retrato fiel del pensamiento ilustrado, parte de una opción política consistente en imponer límites al poder Estatal frente al ciudadano, delimitar específicamente los comportamientos delictivos, atacar el autoritarismo y evadir el decisionismo. A pesar de que muestra la imposibilidad de llegar a una verdad objetiva, defiende la necesidad de la presencia de la verdad en el proceso, la necesidad del juicio como comprobación y advierte los límites de su concepto de verdad.

Cuando este autor habla de la legalidad, se refiere a la legalidad de un Estado Constitucional de Derecho donde priman los principios de la Constitución, razón por la cual se advierte un cambio trascendental en el pensamiento jurídico clásico sobre la legalidad (Ferrajoli, 2001, p. 28), un pensamiento que en el derecho penal era lineal y exegético se transforma en un pensamiento jurídico complejo apoyándose en la hermenéutica jurídica, que para el caso del garantismo, trata de construir un derecho de principios constitucionales de interpretación estricta con una visión crítica en términos de las necesidades de la sociedad.

Este autor ve también en el derecho penal la capacidad de garantizar la libertad para todos¹⁴, hace del sistema garantista un sistema muy exigente, razón por la cual, desde el mismo nombre de su obra y su elección por la filosofía analítica puede entreverse la naturaleza de su propuesta. Su proyecto echa mano de la razón en tanto esta cuenta, mide, clasifica, ordena, regula, categoriza, establece métodos, es universal, formaliza lenguajes, integra, simplifica, estructura, sistematiza y pretende dar cuenta del mundo, en este caso del mundo del derecho, con pretensión de certeza.

Ahora bien, si se compara la justicia premial con el garantismo penal y su verdad como correspondencia en sentido semántico, se advierte su flagrante incompatibilidad. En primer lugar porque se reemplaza todo este sistema de garantías procesales y penales por una negociación en la que se impone el más fuerte; segundo porque la verdad del garantismo excluye cualquier consenso al basarse en el cognoscitivism; tercero porque esas teorías consensuales y discursivas, como lo señala el autor (p. 27),

14 Es evidente que el garantismo penal cae en la ya conocida paradoja del liberalismo que en nombre de la libertad castiga, por eso un filósofo dedicado a estudiar el poder como lo es Michel Foucault, ubica al derecho penal más como un saber y discurso legitimador del castigo que como un sistema de protección de derechos. Por ejemplo, el derecho penal sería un discurso y saber legitimador del castigo, el derecho constitucional un discurso y saber legitimador del poder, y el derecho civil, un discurso y saber legitimador de la propiedad. Dicha explicación importa precisamente para lograr comprender el poder en sus diferentes dimensiones y prácticas, también para diferenciar a Foucault de algunas corrientes filosóficas que abordan los discursos de un modo diferente, tales como, el neopragmatismo y los llamados filósofos posmodernos. (Cf. Foucault, 2005, p. 79-107, 2006, p. 320-326, 2007, p. 304-313).

nacieron para aplicarse en otros ámbitos del conocimiento y expresar la verdad de un tema científico en términos del consenso de la comunidad científica en un momento determinado y sobre un tema específico ante los avances y las rupturas de paradigmas, o bien, para referirse a unas reglas estrictas del discurso de las que se extraiga un consenso comparable a la verdad, nunca para verificar hipótesis con contenidos fácticos de cuya comprobación se derivará un pena.

En cuarto lugar, porque violan la estricta legalidad a la que se refiere el garantismo; quinto porque anulan el juicio y la libre valoración del juez, y, por último, porque borran todas las barreras que el Estado tenía y que le servían al ciudadano para defenderse de su poder punitivo.

Por consiguiente, la justicia premial aparentemente puede encontrar una mejor legitimación en ciertas ideas derivadas de las teorías consensualistas de la verdad. A continuación se realiza un segundo examen de esta justicia, a la luz de las ideas y planteamientos de dicho consensualismo.

2.2 CONSENSUALISMO Y LA RENUNCIA AL CONCEPTO DE VERDAD

La justicia premial se identifica con algunos planteamientos que hacen parte de la profunda crítica formulada por el consensualismo al concepto de verdad. El cuestionamiento de las ideas de universalidad, necesidad, unidad, orden, previsibilidad y trascendencia, llevan incluso a que algunos filósofos decreten la muerte de la verdad y la superación de la epistemología, esto lleva a abrir un debate alrededor de la existencia y necesidad del concepto que tratamos de seguir a continuación.

El modelo de la verdad como correspondencia se basa en la relación de la afirmación con la realidad, el lenguaje cumple la función de un espejo donde se refleja esta. Tal concepción se encuentra en las ideas de Aristóteles, Tomás de Aquino y el primer Wittgenstein (Neumann, 2006, p.22), a su vez, permite que se hagan afirmaciones categóricas sobre la verdad o falsedad de algo en tanto esta imagen lingüística sea fiel al hecho, es decir, en tanto el lenguaje como espejo de la realidad tenga correspondencia absoluta con las propiedades ontológicas de la cosa de la que se habla.

Este tipo de correspondencia entendida en términos absolutos deriva en un realismo ontológico y en un objetivismo naturalista que plantea en primer lugar la existencia de objetos y propiedades externos a la mente e independientes de ella, y, en segundo lugar, la existencia de una única forma de describirlos y entenderlos (Sucar, 2008, p.57).

Por su lado, la teoría del consenso de la verdad, supone una relación entre la pretensión de verdad y la pretensión de la capacidad de consenso. Todos argumentamos esperando

la aprobación de los participantes de la discusión esperando llegar a un consenso, que en el caso de Habermas, deberá lograrse a través de la razón y no de la expresión de simples opiniones para que este pueda elevarse como un criterio de verdad.

En consecuencia, esta verdad como consenso introduce la discusión del método a través del cual se llega a ella, se dice que del resultado de este método puede fundamentarse la verdad o el consenso en tanto se tenga la certeza de que ese procedimiento permita la apreciación de todos los puntos de vista, y por lo tanto, genere el resultado correcto (Neumann, 2006, p.39).

No obstante, tal interpretación de procesos y reglas que llevan al consenso, presentan el problema de no poder garantizar que se consideren los puntos de vista relevantes, no garantizan que pueda llegarse efectivamente a un consenso razonable, ni que haya una obligatoriedad del mejor argumento (p.40), así que la legitimación del resultado en el procedimiento se ve afectada por el riesgo de que estos argumentos no sean sopesados de manera adecuada.

Esta versión del consensualismo presupone reglas rígidas en términos de la igualdad de los participantes y de las reglas aplicables a la argumentación. Tal concepción sobre el consensualismo choca abiertamente con una idea de justicia premial con propósitos de eficiencia y economía a la que no le interesa mucho la justicia del consenso al que se llegue, y que además, no desea que se le regule en términos rigurosos.

Por tal razón, la justicia premial podría encontrar una mayor identidad en el consensualismo y las críticas a la verdad como correspondencia propuestas por el neopragmatista Richard Rorty.

Este autor rechaza la idea de verdad en su sentido esencialista y absoluto, niega que pueda descubrirse un vocabulario primigenio de la naturaleza y la idea de que el lenguaje sea un reflejo de la realidad. Tales planteamientos pertenecen entonces a una filosofía esencialista.

Rorty afirma que dentro de los discursos afines a esta corriente esencialista de la filosofía se encuentra la epistemología, ya que esta, ha pretendido adueñarse del conocimiento apoyada en la idea de la racionalidad que insiste en descubrir verdades, sin lograr advertir, que toda pretendida explicación y todo conocimiento, no son más que una narración siempre circunscrita al lenguaje sin nada que la haga preferible de otras narraciones que se suceden en distintos contextos históricos.

Así las cosas, los lenguajes lógicos y formalizados, característicos de la filosofía analítica, no dejan de ser discursos iguales a cualquier otro, el lenguaje sería en realidad un instrumento del hombre para relacionarse con el mundo y no habría

ninguna creación lingüística, neutralmente diseñada, con aspiración de universalidad y coherencia lógica, capaz de dar cuenta de la esencia de las cosas.

Para Rorty, la lógica del lenguaje no es garantía de la solución para los problemas filosóficos (Suárez, 2005, p. 123), en tanto se haya alejada de comprender tales debates como lenguajes distintos que se enfrentan sin nada que los haga esencialmente verdaderos. En este sentido, se dice que la pregunta sobre la verdad entendida como la reflexión sobre un absoluto fundacional y su estudio en términos “rigurosos” y explicativos, es un esfuerzo inútil.

Según este neopragmatista, fuera del lenguaje no hay realidad, el lugar del esencialismo es tomado por el lenguaje, y la filosofía se vuelve un ejercicio tendiente a profundizar el diálogo de la humanidad. El lenguaje es una simple herramienta del hombre, una creación humana que como creación humana es cambiante y completamente determinada – histórica y contingente – sin ninguna esencia que lo haga decir una única verdad; el lenguaje es el único que puede ser verdadero, las descripciones de algo como creación lingüística pueden ser verdaderas, pero ese algo del que se habla nunca lo será.

La realidad extralingüística únicamente puede explicarse desde el mismo lenguaje, el conocimiento sólo puede darse desde este, y a pesar de que se puedan contrastar lenguaje y mundo, todo proceso de conocimiento está inevitablemente sometido a él; la única forma de relacionarse con la realidad es desde el lenguaje mismo. El conocimiento no se genera por la mera percepción del mundo, sino que nace en las teorías y creencias propias en términos de argumentación (p.229).

Esta concepción es especialmente problemática frente a la pregunta de en qué punto empieza el conocimiento, si inicia con la experiencia o percepción, o si por el contrario tiene su origen en las teorías e hipótesis que se plantea el sujeto cognoscente.

Rorty en el lugar de la experiencia habla de criterios argumentativamente válidos para una comunidad de intérpretes (p.233), no obstante, no aparece claro qué papel juega la mera experiencia y la prueba en el proceso de conocimiento.

Este filósofo dice que “el lenguaje es una institución social en la que se nace y se vive aun pudiendo transformarla, una institución en funcionamiento, hecha de usos y costumbres que descansa sobre la convención social” (p.117), de allí que se conciba al lenguaje como usos y prácticas sociales.

La verdad para Rorty depende entonces de los enunciados, no en términos lógicos como los propuestos por Ferrajoli, sino en términos de diálogo entre léxicos y discursos creados por hombres. Este pragmatismo rechaza la epistemología racional y formal de conclusiones necesarias y en su lugar propone la conversación entre

diferentes discursos válidos, decisión que le hace pasar, a primera vista, como una propuesta irracional.

No obstante, la crítica de este autor va más allá de la epistemología y la verdad como correspondencia y se dirige en general a lo que llama pensamiento metafísico, a ese modo de conocer que se encuentra presente desde los griegos, en conceptos como la Alétheia que procura desvelar la esencia de las cosas en su ultimidad radical, la physis (Soto, 2010, p.10), o en la parrhesía en tanto valor del decir verdad aún a costa de la propia vida (Cf. Foucault, 2010). Ideas aún presentes en la metafísica y la epistemología que someten a la filosofía con independencia de que la búsqueda de la verdad se haga a través de la lógica del lenguaje, de un sujeto trascendental, o de cualquier otro planteamiento.

Así, Rorty concibe el conocimiento como diálogo, no como episteme o teoría sobre la esencia y lógica del mundo. La verdad se construye como una articulación o entramado entre el emisor, el receptor, el referente y el sentido de una situación lingüística (Suárez, 2005, p.86). La verdad no es más que la relación entre descripciones del mundo, no es algo que se pueda encontrar en su esencia, ni siquiera en el mundo mismo (p.139); la verdad es un criterio relacional entre proposiciones que devienen de discursos creados por hombres, discursos históricamente determinados y plurales, razón por la cual Rorty establecerá el etnocentrismo como una característica del lenguaje.

La verdad es algo creado por los hombres y la relación de la verdad con el mundo se encuentra en ellos mismos por estar circunscritos en términos históricos, culturales y físicos. Para Rorty el criterio de verdad son entonces las prácticas sociales (p.228) históricamente determinadas y relativas a un cierto auditorio que permitan llegar a un acuerdo. En realidad son estas prácticas las que determinan el lenguaje o los diferentes discursos, no la experiencia ni el método lógico, de suerte que si la verdad es un ejercicio de enfrentar discursos igualmente válidos que se reconozcan mutuamente, se espera que se construya una sociedad más democrática y se facilite el reconocimiento y diálogo entre las diferentes culturas.

No hay nada que regule de antemano los discursos, es decir, no hay gramática del lenguaje, sino rasgos históricos y etnocéntricos de este que no lo regulan sino que lo determinan, así, lo dado – el tradicional criterio de la realidad - se reemplaza por lo contingente – lenguaje cambiante y determinado -.

Las prácticas sociales no se circunscriben a la razón, lo que en verdad importa son los acuerdos, los consensos, y en consecuencia, se desdeña la explicación racional como criterio único al que se reduzca el diálogo.

De acuerdo con estos planteamientos, en términos axiológicos no existe ninguna esencia ni cláusula valorativa omnipresente en el lenguaje. Los discursos vienen cargados de los valores de quien los elabora – carácter etnocéntrico -. Tal rasgo, si se trasplanta al derecho por medio del llamado consensualismo, es completamente nocivo en la medida de que el derecho pretende aplicar a todos normas con iguales valores, contenidos y objetos de protección.

Según esta teoría, las prácticas sociales determinan los contenidos valorativos del lenguaje, pero dada la contingencia de prácticas sociales y lenguaje, estos contenidos valorativos también tienen un carácter contingente. En consecuencia, los criterios prefijados para la valoración son algo que le molesta a Rorty.

Para este autor, el hecho de aceptar que existen varias y diversas versiones de la verdad no implican aceptar que todo vale o sea cierto, no obstante, el filósofo se queda corto en precisar qué criterios pueden servir para definir cuál de todas las versiones posibles es acertada. Definirlo para él implicaría colocarse en el papel de establecer reglas para el lenguaje.

En este proyecto, se niega la existencia tanto de los hechos, como de las verdades, razón por la cual queda un vacío en la relación del lenguaje con lo exterior que el mismo autor advierte y trata de llenar con las mencionadas características de contextualismo y etnocentrismo del lenguaje.

Sin embargo, en el mundo del derecho, de esa exterioridad tienen que derivarse consecuencias jurídicas que requieren de la comprobación. De tal manera, se necesita del lenguaje tanto como de la experiencia en orden a desarrollar una actividad probatoria que tiene como propósito la contrastación empírica de las proposiciones hechas.

Cabe aclarar que Rorty nunca excluye el poder de contrastar lenguaje y mundo, lo que critica es que se quieran establecer reglas y métodos explicativos únicos¹⁵.

Aún así, con el fin de hacerle justicia a este autor, hay que señalar que su paradigma hermenéutico y conversacional se plantea para aplicarse al conocimiento en general, no al derecho, y que él acepta que la justicia hace parte del ámbito público en el que son precisos otros lenguajes con aspiraciones de racionalidad en el sentido de someter a una fuerte discusión los distintos léxicos y elegir el considerado mejor socialmente (p.271); así se llega a plantear la complementariedad del léxico privado y el léxico público (p.269).

Este último punto hace manifiesto el problema de aplicar conceptos en el derecho que son creados para referirse a otros fenómenos. Rorty plantea sus postulados con

15 No obstante, la previsibilidad y la racionalidad con sus formas son características principales del derecho.

relación a la filosofía, campo en el que no debe plantearse limitación al debate, a su vez, reconoce que en el campo de lo público, hay otros discursos con otros contenidos que propone sean separados pero complementarios del campo privado.

De cualquier forma, en el ámbito de lo público, la libertad no deviene de los valores contingentes de las prácticas sociales sino de la rigidez de estos en la protección al individuo. De tal modo, el consenso del que habla Rorty, se distingue expresamente de la actividad de quien juzga con criterios preexistentes - función natural del derecho - (p.84).

3. JUSTICIA PREMIAL Y EFICIENTISMO PROCESAL

La justicia premial entonces, a pesar de su identidad con algunas ideas del neo-pragmatismo, no cumpliría con las exigencias de este para la elaboración de los consensos que sustituyen a la idea de verdad. En consecuencia, puede afirmarse que tal justicia, en términos rigurosos, no puede adscribirse a ningún tipo de consensualismo, que esta justicia es de otra entidad y tiene otra lógica.

La justicia premial en el lugar de la verdad busca un acuerdo que rompa con la atribución de la responsabilidad, acuerdo que a diferencia de lo que refiere el pragmatismo, no siempre es solidario y no forzado, el Estado sede en su poder de soberanía, a pesar de que conserva su poder de castigar, sede en el ejercicio del poder de juzgar, y en esa medida, sede en el imperio del derecho; la justicia deja de ser una actividad pública y al igual que el derecho y su ejercicio, pasa a convertirse en una actividad que se desarrolla en privado y de acuerdo con intereses de la misma naturaleza.

La renuncia a la idea de verdad hace aparecer un cierto reconocimiento de la participación y reconstrucción del proceso y la verdad a partir de los discursos que constituirán un consenso entre las partes; por lo tanto, todas las reglas y garantías tanto procesales como sustanciales parecen ser hostiles a dichos acuerdos, y tales acuerdos, también aparecen hostiles a cualquier tipo de regulación.

No obstante, no es este el problema que aparece con la justicia premial, no se trata de cuánta más libertad se da a las partes para que ellas convengan, ni de cuánta se les resta para someterlas al estricto cumplimiento de un sistema que tiene pretensiones de ser lógico, acabado, seguro, cierto, predecible, claro y estable.

Se trata en realidad de que con estas ideas se hace aparecer como consensualista algo que no lo es, que se encuentra lejos del consensualismo en tanto obedece a una racionalidad económica instrumental que constriñe al reo, anula libertades, que

vuelve el proceso algo privado, que compra acusaciones o absoluciones; en últimas, una verdadera arma de autoritarismo penal, de puro arbitrio en tanto la supuesta igualdad de la que gozan las partes que acuerdan es una ficción que maquilla las imposiciones de la parte más fuerte en la negociación.

Langbein en su trabajo “Tortura y plea bargaining”, advierte muy bien las semejanzas del autoritarismo de la justicia premial con la tortura de la inquisición, ya que ambas intentan extraer la verdad de la confesión del reo, y en ambas el reo confiesa para beneficiarse o para salirle al paso al tormento.

La justicia premial retrocede así a sistemas premodernos basados en la confesión como pena pública y medio de prueba por excelencia, que anulan las garantías de la publicidad y el control de los actos, erosionan la legalidad, usan el secreto y los constreñimientos, y terminan por basar sus fallos en un sistema de verdad única extraída del procesado a través de una negociación en condiciones desiguales (Ruiz, 2008, p. 249-253).

En estos supuestos acuerdos no se da libertad alguna en su elaboración; por el contrario, al procesado se le presiona, instiga y constriñe mediante diferentes beneficios para que advierta la conveniencia de acogerse a ellos y renuncie “voluntariamente” a los derechos y garantías que le asisten. Tales prácticas son propias de un derecho penal irracional, carecen de validez en términos sustanciales ya que suponen una violación material de derechos y garantías, y por último, se asemejan más a las prácticas punitivas premodernas con sus ordalías, que a los consensos racionales de los que hablan las teorías pragmáticas sobre la verdad (p.252).

En la justicia premial desaparece el concepto de verdad entendida como horizonte regulador y como consenso, en su lugar se da paso a la eficiencia, a la negociación y a la imposición privada. La justicia deja de ser un valor y se hace mercancía, moneda, se cosifica para efectos de permitir la maximización de los beneficios y la reducción de los costos, deja de ser un asunto público que concierne a todos para convertirse en un elemento transaccional privado en el que una de las partes siempre lleva la ventaja y puede imponerse a la otra.

Como se dijo, esta justicia deviene en un instrumento cuyo fin es la eficiencia en el castigo, es una justicia que nos hace cada vez más vulnerables y temerosos frente al sistema penal, que nos llena de incertidumbre, de sospecha, que en lugar de restringir el poder punitivo lo amplifica y lo lleva a consecuencias lamentables.

La justicia premial dista mucho de un consensualismo como el de Habermas o el del neopragmatismo, aun así, lo que se quiere destacar es cómo el castigo deja de necesitar para su legitimación de esos discursos que le otorgan fines de protección de la sociedad o resocializadores para mostrarse puramente como un asunto de

eficiencia, un instrumento para el buen funcionamiento y administración - de las instituciones y de la sociedad -.

Ahora bien, cuando se habla de una desaparición o renuncia a la verdad en la justicia premial, se hace referencia a la renuncia a la verdad en términos epistemológicos, es decir, la renuncia a la certeza, a la claridad y unidad de método, a la refutabilidad de las hipótesis, a la verificación, a la idea de verdad en tanto el conocer. La verdad en ese sentido no es algo que haya que descubrir o desvelar, no es una correspondencia, ni un consenso, la verdad desaparece en toda su dimensión explicativa de las cosas y necesita una manera distinta de entenderla y producirla.

Lo que se quiere señalar, es que ese “conocer”, da paso al “apoderarse”. En tal sentido, la pregunta por la verdad no es ya epistemología, sino política, por lo que debe preguntarse entonces, en términos del ejercicio del poder, por quién o qué puede imponer la verdad en un momento determinado; en términos de Foucault, a través de qué saber o discurso se impone una verdad, qué tiene la legitimidad de imponerse como verdadero (Foucault, 1998, p.27-57).

De tal modo, la verdad es una lucha (p.49), una pelea por algo de lo que hay que apoderarse de manera unilateral o “negociada”, algo que espera ser apropiado como medio instrumentalmente adecuado a “mi interés”; pues la desaparición de la verdad en términos epistemológicos - del conocer - lo que implica es un cambio en la política de verdad que deja de basarse en el saber epistemológico para basarse en la racionalidad económica instrumental.

Con esto básicamente se quiere especificar que la verdad, en términos de la política de verdad, de qué, quién y cómo se define la verdad, nunca desaparece, sólo desaparece un modo de definir la verdad desde el conocer – la epistemología como saber definitorio de verdad – para encontrar un nuevo criterio de producción de la verdad basado en la razón económico instrumental.

Más aún, hay que destacar que esta justicia negocial aparece en el contexto de una democracia que es aparentemente más consensual y más justa, más participativa, pero que a su vez, enmascara prácticas diametralmente opuestas a sus planteamientos. Es precisamente en los países occidentales, donde la democracia liberal es a la vez cualidad y dogma, en los que esta justicia y esta concepción instrumental han encontrado un terreno fértil.

En pocas palabras, la justicia premial, además de importar por su afinidad con la razón instrumental en tanto criterio definitorio de la verdad, importa como síntesis, producto o redefinición de la justicia. Así, la justicia es hoy un atributo cuantificable – no un valor -, que se ha transformado al lenguaje tecnocrático de la eficiencia para dar lugar a un sistema aparentemente consensual, flexible en las garantías y punitivista en exceso.

CONCLUSIONES

1. Aparte de las recompensas, la justicia premial tiene antecedentes como fenómeno procesal en la aparición del *plea bargaining* en los Estados Unidos desde finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, momentos desde los cuales se advertía su profunda lesividad para la estructura del proceso penal. Este tipo de justicia no es propio del modelo acusatorio del proceso sino una práctica generalizada del sistema procesal estadounidense.
2. En Colombia la justicia premial se encuentra presente en el ordenamiento jurídico desde hace décadas, su irrupción en el sistema procesal colombiano no es reciente ni propia de la implementación del Código de Procedimiento Penal de 2004.
3. El concepto de verdad en la justicia premial, y las teorías consensualistas sobre esta, se oponen abiertamente a la verdad como correspondencia semántica del garantismo penal.
4. En principio, la justicia premial parecería encontrar mejor soporte en las ideas consensualistas del neopragmatista Richard Rorty más que en el consensualismo de Habermas.
5. No obstante, la concepción de verdad en la justicia premial se encuentra lejos de las ideas consensualistas de la verdad, debido a que estas, exigen diálogos en igualdad de condiciones que lleven a consensos no forzados (Rorty) o a acuerdos que vengan de la razón (Habermas). La justicia premial tiene una racionalidad diferente a la del consensualismo que se le atribuye.
6. La justicia premial renuncia al concepto de verdad en términos epistemológicos, no con motivo de las ideas consensualistas, sino por su racionalidad económico instrumental en el sentido de buscar eficiencia en la administración del castigo y economía en términos pecuniarios y no procesales.
7. El carácter económico instrumental de la justicia premial gesta una nueva política definitoria de la verdad basada en el interés y el beneficio, hace de la verdad un negocio en el que se impone la voluntad de la parte más fuerte de la negociación en detrimento de las garantías procesales y sustantivas del acusado; su carácter instrumental se ve recalcado por el hecho de servir a la vez para anticipar las condenas a través de la confesión y beneficiar los procesos de criminalización a través de la delación.

REFERENCIAS

- DE DIEGO DIEZ, L. A. (1999). *Justicia Criminal Consensuada, Algunos modelos de Derecho Comparado en los EE.UU, Italia y Portugal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- _____ (2000). *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- _____ (2001). *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- FOUCAULT, M. (1998). *Genealogía del Racismo*. La Plata: Editorial Altamira.
- _____ (2005). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. México DF: Siglo XXI editores.
- _____ (2006). *Seguridad, Territorio y Población: Curso en el Collège de france: 1977-1978*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- _____ (2007). *La Arqueología del Saber*. México DF: Siglo XXI editores.
- _____ (2010). *El coraje de la Verdad: el gobierno de sí y de los otros. Curso en el Collège de france 1983-1984*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- LANGBEIN, J. (2001). *Tortura y Plea Bargaining*. Trad. de María Lousteau y Alberto Bovino. En *El procedimiento Abreviado (3-29)*, Buenos Aires: Ed. Del Puerto.
- NEUMANN, U. (2006). *La pretensión de Verdad en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RUIZ, L. (2008). “*El código de procedimiento penal de 2004 y su carácter de inquisitivo*”. En Igartua, Juan y otros (249-253), *Oralidad y Proceso*. Medellín: Universidad de Medellín.
- SCHÜNEMANN, B. (2002). *¿Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*. Trad. de Silvina Bacigalupo. En *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio (288 y ss.)*, Madrid: Tecnos.
- SOTO, G. (2010). *En el Principio era la Physis: el lógos filosófico de griegos y romanos*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- SUÁREZ, J.O. (2005). *Richard Rorty: el neopragmatismo norteamericano*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- SUCAR, G. (2008). *Concepciones del Derecho y de la Verdad Jurídica*. Barcelona: Marcial Pons.

FUENTES ELECTRÓNICAS

- ALSCHULER, A. (1979). Plea Bargaining and its History. *Columbia Law Review*, 79, 1-49. Obtenido el 30 de junio de 2011 de: <http://www.jstor.org/pss/1122051>.
- EASTERBROOK, F (1983). Criminal Procedure as a Market System. *The Journal of Legal Studies*, 12, 289-332. Obtenido el 8 de julio de 2011 de: <http://www.jstor.org/pss/724247>.

- FRIEDMAN, L. (1979). Plea Bargaining in Historical Perspective. *Law & Society Review*, 13, 247-259. Obtenido el 2 de julio de 2011 de: <http://www.jstor.org/pss/3053251>.
- LANGBEIN, J. (1996). Sobre el Mito de las Constituciones Escritas: La Desaparición del Juicio por Jurados, Traducción de Alberto Bovino y Christian Courtis. *Revista Nueva Doctrina Penal, A*, 45-54. Obtenido el 2 de julio de 2011 de: <http://www.pensamiento-penal.com.ar/35lan.pdf>.
- PÉREZ TORO, W.F. (2010). La Crítica en un Entorno Trampero. *Revista Electrónica Diálogos de Derecho y Política*, 2, 1-28. Obtenido el 30 de junio de 2011 de: <http://revinut.udea.edu.co/index.php/derypol/article/viewFile/5143/4508>.