

ANALISIS CRÍTICO DEL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

MARIA EDITH PULIDO BAQUERO
C.C .No. 51.728.891 de Bogotá

SONIA STELLA REAL MIRANDA
C. C. No. 51.584.076.

Tesis

UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MAESTRIA DE PENAL
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURIDICAS
BOGOTA 2012

CONTENIDO

pag.

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
2. MARCO TEÓRICO
3. APUNTES HISTÓRICOS SOBRE EL DERECHO ANGLOSAJÓN
 - 3.1. DIFERENCIAS SOBRE LOS MODOS DE ENTENDER CIERTOS CONCEPTOS JURÍDICOS EN EL ÁMBITO ANGLOSAJÓN Y EN EL ÁMBITO CONTINENTAL
4. CARACTERÍSTICAS DEL DESCUBRIMIENTO DE PRUEBAS
 - 4.1. NORMATIVIDAD
 - 4.1.2. JURISPRUDENCIA
 - 4.1.3. CORTE SUPREMA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Los constantes cambios en los conceptos centrales de las más diversas ramas del derecho ha de asumirse como un corolario del contante cambio histórico al que todas las cosas están sujetas. En el contexto del Derecho colombiano tal dinámica se ha transparentado en la introducción de la jurisprudencia francesa para la responsabilidad Estatal, e instituciones de carácter anglosajón para el caso del Derecho constitucional y el Derecho penal. Sin embargo los traslados de conceptos e instituciones de los mas diversos tipos parecen hacerse, bajo la premisa de la inexistencia de relación alguna entre los productos culturales, en nuestro caso, de las disciplinas que conforman el ámbito de conocimiento llamado Derecho, y el contextos social en el que se producen, esto es, la cultura de origen.

Desde esta perspectiva la relación entre el Derecho de una determinada parte del mundo y la sociedad en la que nace no tiene relación distinta a las meras coordenadas geográficas en las que se desarrolla una idea jurídica, y aparece tal relación como un evento más bien accidental. De este modo, la organización social o la estructura de cualquier parte del sistema social no es determinante para la existencia de una estructura jurídica cualquiera, como tampoco lo son el estado de avance de la ciencia, jurídica o de otro carácter, o los paradigmas vigentes en las organizaciones dedicadas a la academia.

Sin embargo, en este documento se sostendrá el punto de vista contrario. Así sostendremos que la producción de conceptos jurídicos se encuentra ligada a las restantes estructuras sociales, el principal recurso para hacer ver tal conexión de modo coherente es la historia constitucional y del Derecho. El documento toma como contexto temporal de la investigación el año de 2006 al presente en el área del Derecho Penal y, más precisamente, del Derecho Constitucional Penal.

El modo principal como es tomado problema de investigación ahonda en el área de la historia del Derecho y, más aún, en la historia de las ideas sobre el Derecho. Desde este punto de vista el Derecho antecede en muchos sentidos a la voluntad del legislador; fundamentalmente porque el legislador para expresarse termina usando conceptos jurídicos que se ve obligado a tomar prestado del mundo de los abogados o, si se quiere, de los jurisprudentes. Aquellos que por un proceso de reflexión continuada delimitan el mundo de lo posible en el lenguaje de los deberes y de los derechos. Por decirlo de alguna forma, quienes oponen, incluso frente al legitimario de la autoridad más encumbrada, los límites últimos de la razón.

Sirva a modo de ejemplo en este rellano de la exposición, todo el desarrollo de la teoría del delito. ¿Puede legítimamente cualquier corporación legislativa declararse creadora de cualquier versión particular de la teoría del delito? Ciertamente, sin la decisión de un órgano legislativo una versión cualquiera de la teoría del delito no podrá acceder al estatus de Derecho, pero al tiempo sin la preexistencia del trabajo teórico no habrá órgano legislativo que pueda, en condiciones normales, diseñar todo el andamiaje teórico que supone un complejo de conceptos coordinados como el que se juega en lo que denominamos teoría del delito.

Esto nos conduce al centro de lo que conforma la relevancia de la investigación en el texto presente ¿puede un ordenamiento servirse de todas las aguas para

solventar las necesidades normativas propias? O de acuerdo al ejemplo que venimos tocando, ¿podría un conjunto de normas penales tomar indiscriminadamente los conceptos de culpa, tipicidad y antijuridicidad de cualquiera de los paradigmas sobre la teoría del delito? El ámbito propio de lo que entendemos comúnmente por “ordenamiento” y su rol dentro del Derecho (valga la aclaración que el Derecho supone otras dimensiones) es lo que se encuentra en juego aquí. En consonancia con lo anterior puede entenderse que la totalidad de nociones que conforman un orden jurídico no son resultado de una sola mente, pues tal genialidad tampoco pertenece al ámbito de las posibilidades humanas, sino a la comprensión y la experiencia de un orden social que se transparenta en su devenir histórico y es resultado de generaciones de intelectuales consagrados al Derecho de una nación. Así se puede hacer evidente la importancia del tema si se cuestiona la posible coherencia del ordenamiento cuando sectores enteros del mismo responden a tradiciones jurídicas dispares. Pero adquiere aún otro matiz si se observa que la aparición de distintas tradiciones jurídicas no sólo supone la existencia de conjuntos de reglas, sino la introducción de principios jurídicos múltiples.

Para tomar un punto concreto de estudio, el presente texto intenta determinar la relación del debido proceso con el evento del descubrimiento probatorio en el proceso penal de la Ley 906 de 2006. Los problemas propios del descubrimiento probatorio no son sin embargo abarcados desde la perspectiva de una simple acción de comunicación en medio de una etapa particular del proceso penal dentro de Colombia, desde esta perspectiva el fondo jurídico del problema del descubrimiento resulta el cumplimiento de una formalidad en el desarrollo de un proceso. Tal perspectiva resulta inadecuada para analizar el descubrimiento probatorio fundamentalmente porque parte de una comprensión sesgada de las normas jurídicas, en la que toda norma es una regla (valga decir una previsión fáctica y un resultado como consecuencia de la misma) que adquiere su validez de una regla de jerarquía superior y, el análisis jurisprudencial, en sede constitucional queda reducido a la confrontación de la regla inferior con la regla

superior.

Como se verá esta comprensión de las normas, tanto como del análisis que determina la exequibilidad de las mismas, no sólo deja de lado el concepto mismo de **principio**, sino que no puede explicar la existencia dentro de nuestra jurisprudencia de las valoraciones que conocemos comúnmente con el nombre de test de racionalidad. Dicho test resulta incomprensibles como un mero ejercicio deductivo, de la premisa mayor (la norma, legal o constitucional), la premisa menor (el evento fáctico o la apreciación de la conformidad de una segunda norma, con la que ocupa la premisa mayor) y la consecuencia.

Por el contrario, el estudio se orienta a determinar la existencia o no de la conformidad de la institución con el debido proceso partiendo del entendido de la existencia de conflictos valorativos y de principios constitucionales, que deben ser resueltos, y de hecho lo son, mediante la jerarquización en casos particulares de tales principios y valores.

El proceso de investigación da señales de que algunos análisis jurisprudenciales parten de una comprensión determinada de los valores constitucionales que, de algún modo es parcialmente consciente. Principios como la prevalencia del interés general expresado en el principio democrático, la igualdad y el valor no negociable de las normas como expresión de los acuerdos sociales que conforman e instituyen la comunidad política; parecen, si se mira con detenimiento, estar en conflicto con otro modo ordenar las jerarquías valorativas que subyacen a la introducción de las más recientes instituciones de tradición anglosajón. La exposición de tal conflicto y su comprensión demarcan la importancia teórica última de la tesis presente que se centra en el problema del descubrimiento probatorio, y en su análisis, para exponer los peligros de tal estado de cosas y generar una reflexión sobre la toma de posición que conduciría a un ordenamiento más consciente de los pilares sobre los que debe conducir su desarrollo.

El principal método para conducir la investigación es hacer un repaso histórico del contexto social y cultural en el desarrollo del Derecho inglés con a intención de determinar aspectos de la génesis y las características de su sistema legal y del método de valoración de las relaciones y eventos propios de las desviación del comportamiento frente a ciertas normas de conducta.

La exposición de la jurisprudencia sobre el tema de la etapa del descubrimiento probatorio al tiempo que expone los análisis jurisprudenciales intenta encontrar el “modelo” sobre el que se hace la valoración del caso en concreto, conformando la contraparte valorativa del sistema en nuestro contexto. El método es documental, cualitativo y relacional. Esto es, el insumo es principalmente la información ya presente en otro tipo de escritos, sin que la verificación tenga como parámetro cantidades sino cualidades, en tanto que estamos hablando de valores y principios constitucionales, e intenta entender las relaciones existentes entre conceptos fundamentalmente se trata del principio de debido proceso en el contexto del descubrimiento probatorio.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El procedimiento penal de reciente adopción en Colombia introduce una mayor presencia del derecho procesal anglosajón en nuestro contexto. Su introducción ha significado, sin embargo, la aparición de un conjunto de interrogantes que se encuentran conectados con la coherencia del nuevo sistema procesal con las anteriores instituciones de carácter constitucional presentes dentro de de nuestra nación, hacen necesario investigar en concreto el modo como se orientan estas estructuras tomando como parámetro de constatación una institución concreta, en este caso el descubrimiento probatorio.

Para tal fin será necesario hacer un repaso por la conformación histórica de la

cultura jurídica anglosajona, es decir, el derecho inglés y sus continuadores fuera de la isla de Gran Bretaña, después de lo que será necesario revisar las diferencias apreciables entre las culturas jurídicas de la isla y el continente, para luego repasar las consecuencias en el contexto de la legislación y la jurisprudencia colombianas.

El lento desarrollo del derecho inglés hace parte del desarrollo de su filosofía y de su cultura. Esto, en un comienzo, puede parecer irrelevante, pero es innegable que los modos como las personas se organizan está determinado por ciertas perspectivas compartidas que subyace a la cultura.

2. MARCO TEÓRICO

El primer concepto que hace falta aclarar es el concepto de cultura, fundamentalmente porque el tipo de análisis que se realiza en este documento parte de las condiciones teóricas, sociales e historias en las que se desarrolló el derecho anglosajón. Trataremos el mismo acorde con la concepción que subyace a los textos de Yuri Lotman, que como otros autores afectados por la teoría de la comunicación y la cibernética, por ejemplo Luhman, parte de la idea de analizar los sistemas sociales a partir de sus condiciones de comunicación y de los supuestos sobre los que esta se verifica. Partiremos de dos ideas iniciales, la primera de las mismas se centra en la existencia dentro de la comunicación, así como dentro de sus variedades de una suerte de mismidad; de otro lado, la comunicación como un evento realmente valioso debe acaecer en un contexto de asimetría.

La primera idea se centra en la relación que tiene el lenguaje con el mundo, en este sentido, el mundo y el lenguaje no parecen tener interrelación directa, lo que cambie dentro de uno o dentro del otro no afectará a su contraparte, el juego ajedrez para citar un ejemplo expositivo no descansa sobre la existencia material de las piezas, su material o su posición sobre otro objeto llamado tablero; sino sobre la relación de la distinción de las piezas, un evento ideal tanto como las reglas de movimiento y las que determinan cuando se gana el juego. Tal evento, se extiende al resto de sucesos sociales, en los deportes más atléticos todo pasa por la verificación de que se ha dado una condición para ganar, normalmente por un árbitro que da realidad social al evento de ganar; cosa que fundamentalmente establece una frontera entre el mundo de las cosas y el mundo social, una suerte de membrana que es cruzada fundamentalmente por medio de la asignación de nombres y de relaciones entre ellos. Así, cuando el lenguaje en muchos sentidos toma como objeto a un aspecto particular del mundo, está obligado previamente a nombrarlo. El nombre es el método mediante el cual los objetos del mundo son tratados y sin

nombre un evento no existe socialmente hablando.

Esta realidad puede verse en las disciplinas del conocimiento. En principio una disciplina sólo tiene contacto con frases que demostradamente le pertenezcan. De este modo la química se encuentra por así decirlo encerrada en tener contactos con frases dentro de la disciplina o con consecuencias en ella. Toda discusión parte de una verificación subyacente que tematiza la pertenencia de tal frase a la familia de frases de una determinada disciplina. En el caso del Derecho, todo el que se comunica sobre estos temas hace un análisis previo de las comunicaciones que percibe o produce con la condición de que se discuta un argumento para solventar un conflicto mediante criterios de obligatoriedad generalmente aceptables.

La segunda idea, la de la asimetría de la comunicación, parte de la idea de que debe haber como condición propia de toda comunicación el ruido, pero producido no por condiciones ambientales o de defectos del “canal” el ruido que se tematiza es uno interno al proceso de comunicación y refiere al proceso de interpretación. En caso de que la comunicación fuera pacífico traslado de un emisor al receptor sería todo menos comunicación, sería comunicación con los menores compromisos con el traslado de información. La comunicación es importante si hay traslado de información y hay traslado de información si existe la posibilidad de que la información aparezca independientemente de que las partes que se comuniquen. Dos personas pueden comunicarse a pesar de que tengan enormes diferencias en el conocimiento del mundo, e incluso, del lenguaje que usan, la última consecuencia de este evento termina con la evidencia de que la comunicación requiere normalmente de la *interpretación* de las frases del interlocutor, es decir la traducción de una frase a algún parámetro que llama la atención del receptor. Así ante la frase “cierre la puerta por favor” un posible receptor pueda intentar evaluarla de acuerdo a ciertos parámetros. La traducción de la frase implica que el receptor puede decir de la misma con razonable certeza si es o

no una orden, si es o no una petición, si es o no una acción útil, o depende del conocimiento del contexto, de faltar una puerta en el entorno, la frase puede hacerse incomprensible. De este modo, si el código común de comunicación hace que se comprenda *todo* el código mismo supone el total de la información y *no hay traslado de información alguna*; de darse el caso de que no exista código que permita la comunicación, es decir bases compartidas que garanticen la comunicación tampoco esta se daría. Por lo que la comunicación esta en un punto intermedio entre las dos posiciones anteriores y el ruido es condición necesaria de la misma.

La constante traducción dentro de la comunicación es ejemplificada así por Lotman diciendo nos que si “cogemos una novela y la transformamos en una película; esto ha sucedido, por ejemplo, con *Il nome della rosa*. Si, luego, de la película queremos volver a obtener la novela, entonces obtendremos, sin duda alguna, una novela distinta de la inicial”¹. La traducción es siempre imperfecta, no existe posibilidad que la película “El Nombre de la Rosa” pueda producir, si es pasada a una Novela, el escrito original que inspiró la Película, simplemente es imposible.

Este punto de partida conduce Lotman a sostener que: “La cultura en su totalidad puede ser considerada como un texto”; texto que subraya Lotman, “es un texto complejamente organizado que se descompone en una jerarquía de «textos en los textos» y que forma complejas entretejaduras de textos.”² Este texto que aporta Lotman como imagen de la idea de cultura, tiene la característica de que en “un único texto se aíslan subtextos no sólo diversos, sino —lo que es particularmente esencial— intraducibles el uno al otro”.³

¹ Iuri M. Lotman. «Sobre las paradojas de la redundancia: el lenguaje artístico y la historia». *Entretextos*. Revista Electrónica Semestral de Estudios Semióticos de la Cultura. No 4 (Noviembre 2004). ISSN 1696-7356. Página 3. <<http://www.ugr.es/~mcaceres/entretextos/pdf/entre4/paradojas.pdf>>

² Lotman Iuri “EL TEXTO Y EL POLIGLOTISMO DE LA CULTURA” en “LA SEMIÓSFERA I, SEMIÓTICA DE LA CULTURA Y DEL TEXTO ED. Cátedra S. A. Ed. Madrid 1996. Página 75.

³ Iuri M. Lotman. «Sobre las paradojas de la redundancia: el lenguaje artístico y la historia». *Entretextos*. Revista Electrónica Semestral de Estudios Semióticos de la Cultura. No 4 (Noviembre 2004). ISSN 1696-7356. Página 3.

Dicho en unos términos mas acordes con esta investigación tomaremos a la cultura como un conjunto de comunicaciones, con parámetros distintos, al tiempo en conexión por vía de su uso, y aislados por el carácter distintivo de cada parámetro. La suma de parámetros hace indistinguible a las culturas, la jerarquía de estos parámetros es en cambio un signo que distingue a una cultura de otras culturas. Lo que adquiere un poco más de sentido si se piensa en la idea de traducción que nunca es simple transcripción de las mismas ideas, pues ciertamente tales *mismas ideas* en distintos lenguajes, estrictamente no existen. A una palabra del griego como “λόγος” que traduce desde palabra, discurso hasta razonamiento, argumentación o habla, no le corresponde nada en español; por razones como esta la frase entre muchos estudiosos de que “toda traducción es una traición” no deja de tener fundamentos.

El marco teórico que será seguido debe ser uno tal que, nos permita ver en perspectiva el problema a analizar. Con lo que se quiere decir que el problema del descubrimiento probatorio presente dentro de la Ley 906/04, y más concretamente, la pregunta sobre su coherencia con el principio del debido proceso, no es susceptible de ser respondida sino comparando la institución con la estructura constitucional vigente. Pero al tiempo es innegable que la institución debe ser además comprendida, si se quiere entender totalmente, en el contexto de su nacimiento.

La aparición de la nueva ley estuvo precedida por un cambio constitucional, el Acto Legislativo 03 de 2002. El alcance de la misma transformación constitucional, claramente no será sin más el resultado del cambio de la expresión jurídica presente en el referido acto, será resultado de su interpretación en el contexto del análisis constitucional. Sede en la que forzosamente el juez no piensa únicamente en la expresión jurídica de los derechos, sino en los derechos mismos; es decir, en una interpretación de los

mismos que coordine el conjunto de mandatos constitucionales y legales, dicho de otra manera, en el proceso en el que se decanta la mejor interpretación sobre el contenido y el alcance de las normas presentes y pasadas.

Con esto no se pretende olvidar el cuidado que deposita el legislador en la configuración de las leyes, se intenta más bien hacer una comprensión y evaluación de los valores que subyacen a las normas. Esta evaluación surte su eficacia no únicamente en un contexto en el que las normas se explican por referencias mutuas, sino en la vida cultural de una nación, más precisamente en la conexión de las costumbres y explicaciones de una determinada población con su Derecho, en la investigación presente sin embargo valdrá distinguir entre la parte de la población versada en Derecho de la que no lo está.

Max Ernst Mayer se opuso a la idea de que la Ley penal resultaba obligatoria por efecto de su publicación y de su conocimiento resultado de la lectura de la Ley por parte de los asociados. Por el contrario, pensaba que la fuerza obligatoria de una norma era más bien consecuencia del contexto cultural. El centro de la creencia de Mayer puede ser resultado de intentar organizar una teoría sobre la obligatoriedad del Derecho que no se funde en la idea de que la población, es decir cada ciudadano, entiende el sentido de las palabras de la Ley, o siquiera esté en capacidad de leerlas por la enorme extensión que pueden tener en un Estado Moderno. Para Mayer los destinatarios de la Ley no eran sin más todos los habitantes de una nación. En sus términos: “Todas las leyes se dirigen al administrador de leyes; *los órganos del Estado, que están llamados a aplicar las leyes, son los únicos destinatarios de las órdenes que la ley formula*”⁴. De este modo la audiencia natural de la Ley son en primer momento los órganos del Estado y, en coherencia, su ámbito de eficacia era el ámbito interno al Estado. La eficacia externa del Derecho, por el contrario

⁴ MAYER, Max Ernst. “NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS DE CULTURA” Ed. Hammurabi. ed. 2000. Página 41.

reside “en la tradición cultural es dónde funda el conocimiento de los mandatos y las prohibiciones que conforman el Derecho”⁵.

Son dos tipos de normas las que deben estar en juego en un Estado moderno la norma cultural y la norma jurídica, y es así porque para Mayer resultaba imposible que el conjunto de la sociedad, individuo por individuo se comportara acorde al extensísimo conocimiento que supone la totalidad de las normas producidas, con ordenes de prevalencia y ordenaciones precisas, tanto por el Poder Legislativo, como por el Poder Ejecutivo y sometidas a controles del Poder Judicial.

Herbert Hart tiene ciertas reflexiones que se encuentran vinculadas con la perspectiva de Mayer, aún cuando normalmente se los estudia aisladamente. Hart es un autor instalado casi en el centro del siglo XX escribe en 1961 “The Concept of Law”; por el contrario Mayer, se encuentra casi en el tránsito del siglo XIX al XX, en 1903 publicaba la primera edición de su “Rechtsnormen und Kulturnormen”, traducida como “Normas Jurídicas y Normas de Cultura”. Las cercanías entre Hart y Mayer se dejan ver cuando Hart aclara que afirmar que las normas jurídicas se “*dirigen* a clases de personas,... es engañoso en cuanto sugiere un paralelo con la situación cara a cara que realmente no existe, y que no está en la intención de quienes se expresan de este modo”.⁶ Dicho de otro modo, en la comunicación, en una concepción análoga a la Mayer, el contenido y el modo como se expresa el mismo contenido, señala a sus actores. El contenido da muestras o señales de su emisor y su receptor, razón por la cual Hart cuestiona el uso del verbo dirigir o su reflexivo dirigirse, para referirse a la interacción entre las expresiones que contienen el Derecho y aquellos que deben cumplir con esas previsiones.

En el caso del descubrimiento probatorio, su evaluación como se verá mas

⁵ Ibid. Página 45.

⁶ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 28.

adelante, se ha dado en dos contextos normativos y valorativos: el que antecede y el que se encuentra después de la reforma constitucional que supuso el Acto Legislativo 03 de 2002. Pero el cambio de contextos normativos no fue total, en tanto que el acto legislativo fue una mera *reforma* constitucional y no una *sustitución* de la misma. La valoración del descubrimiento probatorio debe anotar la pertenencia de la institución al contexto propio del Common Law y las transformaciones de aquel sistema en el proceso de adopción como modelo en Colombia.

Dicho de otro modo, el descubrimiento ocupa un lugar dentro de un sistema de relaciones jurídicas guiadas por el concepto de valores o principios jurídicos; de mandatos más o menos generales y abstractos que, de un lado, son seguidos por las reglas dentro de una Ley, y de otro lado, son una guía de decisión en caso de que las reglas no prevean una solución para un determinado caso. Son normas que por lo tanto no están atadas a la aplicación en un caso determinado, sino que cumplen su función aplicados a pluralidad de casos por estar el principio concretado en las reglas, pero también por la posibilidad propia del principio de actuar en ausencia de ellas.

Desde este punto de vista existen dos tipos de normas: la norma jurídica y la norma cultural. Estos dos tipos de normas posibilitan al autor adelantar una explicación de la relación entre el Derecho estatal y su recepción dentro de la cultura, Mayer nos dice que: “Solamente la ley que se *adapte*, es decir, que sea receptada por la cultura, puede convertirse en parte perdurable del ordenamiento jurídico”.⁷ El modo como el derecho afecta al mundo de las normas culturales se deja ver, más que en la acción directa de las normas jurídicas sobre la población, en la administración de justicia sobre un determinado contexto cultural. En palabras de Mayer “el Derecho que un tribunal ha declarado queda grabado en aquellos a quienes el asunto interesaba; que el vecino haya perdido su proceso, o que el hijo del vecino haya sido encarcelado,

⁷ MAYER, Max Ernst. “NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS DE CULTURA” Ed. Hammurabi. ed. 2000. Página 62.

ese es el Derecho que influye sobre la cultura, el que modifica las costumbres, influye sobre las opiniones morales, señala el camino al sentimiento jurídico, el que estigmatiza como improcedente lo que en determinados círculos constituye algo habitual”.⁸ Por la misma vía, las leyes que no se aclimatan o que han dejado de hacerlo suponen un “Derecho injusto”.⁹ Hart también se enfrenta de un modo distinto al problema del conocimiento que tiene el lego del derecho y al modo como el derecho adquiere validez.

Hart parece rondar el problema de la determinación correcta entre la emisión y recepción de las comunicaciones jurídicas, afirma que se “puede decir que los funcionarios del sistema reconocen explícitamente aquellas reglas fundamentales que confieren autoridad legislativa: los legisladores, cuando dictan normas que los facultan a dictarlas, los tribunales, cuando identifican como normas a ser aplicadas por ellos las dictadas por personas así facultadas, y los expertos, cuando guían a los ciudadanos comunes por referencia a las normas dictadas de esta manera. El ciudadano común manifiesta su aceptación, en gran medida, mediante la aquiescencia con los resultados de estos actos oficiales. Acata las normas jurídicas que son creadas e identificadas de esta manera, y también deduce pretensiones y ejercita potestades conferidas por estas”.¹⁰ Con lo que sin admitir la existencia de una norma de carácter cultural, admite la misma vía y los mismos destinatarios de las normas jurídicas afirmadas por Mayer, aún cuando no profundiza en la eficacia externa del derecho (frente a la comunidad), avanza su reflexión por un camino que no se aleja mucho del que fue hecho previamente por Mayer.

Estas relaciones entre las normas culturales y las jurídicas no implica que las dos normas sean susceptibles, por la vía de la aclimatación, de ser tomadas como una, tal cosa no es posible. Una de las diferencias de las normas jurídicas frente a las normas de la cultura se encuentran en que las “normas de la cultura

⁸ Ibid. Página 63.

⁹ Ibid. Página 64.

¹⁰ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 76.

no se extienden sobre las consecuencias jurídicas que tendrá el comportamiento antinormativo”.¹¹ Parte integrante de la argumentación de Mayer pasa porque, de un lado, la gente del común no conoce las leyes, y de otro, las mismas ni siquiera parecen hechas para que la gente del común las entienda, están confeccionadas de manera que sólo aquel que conozca un conjunto de conceptos más o menos técnicos pueda tener acceso a su sentido, razón por la cual los verdaderos destinatarios de las normas jurídicas son los operadores jurídicos encargados de hacer cumplir las leyes,¹² en tanto que son los únicos que las comprenden, la población está al margen de las normas jurídicas y su comportamiento se guía por su conocimiento de la norma cultural. Así las normas jurídicas resultan obligatorias “no por su forma, sino por su contenido; lo son, no en su significación jurídica, sino por su significación cultural”.¹³

De este modo resulta para Mayer comprensible la relación de las normas jurídicas con las normas de la cultura. Fundamentalmente las normas jurídicas se refieren a la eficacia interna de las normas, es decir frente a los factores estatales de la relación, mientras que su contenido como orden está referido a los factores externos de la norma, es decir, el cumplimiento de las ordenes del legislador por parte de la población de un Estado. Mayer siguiendo esta distinción sostiene que la eficacia externa de las normas jurídicas no se garantiza por su naturaleza jurídica, sino “en la coincidencia de éstas con las normas de la cultura”.¹⁴ De este modo el Derecho es algo más que la mera colección de normas jurídicas y las personas se comportan no precisamente aconsejados por las expresiones contenidas en la ley; aquel que “obedece el Derecho no deja que las cosas lleguen al extremo de que la ley entre en acción como norma de decisión; evita, en consecuencia dar a la ley motivo para desarrollar la eficacia que le es característica”.¹⁵

¹¹ Ibid. Página 67.

¹² Ibid. Página 72,

¹³ Ibid. Página 73.

¹⁴ Ibid. Página 81.

¹⁵ Ibid. Página 81.

Para Mayer, sin embargo, la eficacia externa depende de un contacto con la eficacia interna. Dicho contacto se da en el concepto de *fuera normativa de la administración de justicia*,¹⁶ en tanto que la sentencia aparece como “realización de las normas jurídicas”.¹⁷ Visto el problema de esta manera, la eficacia externa del derecho es efecto de la eficacia interna del mismo. Dicho con las palabras de Mayer “*toda ley puede ser concebida como una orden abstracta para el juez, de dar la orden concreta a los súbditos, no bien ocurra el caso para el cual el imperativo abstracto fue previsto*”.¹⁸

Ideas como la de las garantías procesales no llegan a tener eficacia externa, en tanto que realmente su ámbito de aplicación esta dentro del sistema judicial.¹⁹ Entendidas como limitación al poder del Estado, las garantías son normas cuyo destinatario únicamente puede ser el propio Estado, o los que están educados para interlocutar con él, pero las limitaciones internas por efectos de las garantías resultaba beneficioso pues el poder podía contar con una extensión de la base de su poder; de este modo para “el Estado, tener un derecho es, cierto que por razones distintas que para el ciudadano, pero en el pleno sentido de la palabra, tener poder”.²⁰

Esta última frase de Mayer puede estar cargada de sentido. Primero la relación del Estado con el ciudadano es una relación en la que debe existir un equilibrio entre el poder que el Estado puede ejercer y el modo como ese poder se ejerce; se trata de una economía: el ahorro de energía por parte del Estado no supone menos poder para el mismo, sino, contrario a eso supone más poder, porque quedan fuerzas para nuevos objetivos. Si deshilvanamos un poco el hilo de la reflexión; debemos concluir que la norma cultural es anterior a la norma jurídica, en principio, si un Estado se propusiera incluso en contra de su tranquilidad y su hacienda transformar una costumbre o su norma cultural, además de generar

¹⁶ Ibid. Página 84.

¹⁷ Ibid. Página 85.

¹⁸ Ibid. Página 86.

¹⁹ Ibid. Página 89.

²⁰ Ibid. Página 101.

una injusticia, gastaba de modo innecesario su energía. Ciertamente, logra más reconocimiento e influencia simplemente avalando las normas culturales existentes a las que simplemente presta unas nuevas protecciones y respaldos.

A pesar de que el autor identifica aquello que vulnera el delito como un bien jurídico,²¹ ciertamente no parece referirse al problema más importante en cuestión: la relación de un bien jurídico con el sentido de moralidad; aún cuando afirma que lo principalmente afectado por el delito es precisamente un bien jurídico que psicológicamente se presenta como un sentimiento. En tanto que las funciones del alma como la representación y la voluntad no pueden ser afectadas por un delito, lo afectado psicológicamente por el mismo es un sentimiento. Esta argumentación termina encontrando en el concepto de culpa, el negativo teórico del concepto de error,²² traducido a una frase más amigable, *actúa con culpa el que no lo hace por error*, tanto como en el derecho civil se puede sostener que hubo consentimiento en un negocio jurídico, si no hubo error, fuerza o dolo. Básicamente la argumentación del autor señala la necesidad de la conciencia de la falta al deber en la culpa tanto como en el actuar doloso.

Actualmente nuestro código sostiene que el acto que se defina como típico debe ser además antijurídico y culpable, aun cuando no nos dice exactamente qué es la culpabilidad, pues, sólo nos dice en su artículo 12 que “sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad” y que “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”, la teoría del delito de carácter funcionalista afirma que la culpa es un reproche que se le hace al autor de la acción típica, no es este el lugar para repasar los fundamentos de la teoría funcionalista que en buena medida está reflejada en nuestro Código Penal, simplemente es sirva esto para señalar que algo reprochable sólo lo es si existe conciencia de la improcedencia de acuerdo a algún tipo de norma de la acción. En el caso de Mayer, tal conciencia de la improcedencia de la acción frente a una norma por la

²¹ Ibid. Página 104.

²² Ibid. Página 116.

que resulta reprochable, es la conciencia de que se rompe una norma cultural.

Mientras se hará necesario hacer ciertas claridades para que la crítica y la explicación del derecho de castigar del Estado en Mayer. Se hace necesario distinguir algunas de los significados de la palabra moral: de un lado la moral, por su etimología (*moralis*) se refiere de modo abstracto a las costumbres. Sin embargo la palabra se refiere al tiempo a las concepciones sobre el bien y el mal, tanto como al ánimo o la motivación que puede requerir ciertas empresas o actividades. Para nuestro caso es necesario hacer distinciones entre unas cosas y las otras. Las costumbres pueden referirse a eventos en los que las personas tienen percepciones distintas sobre lo bueno y lo malo.

Las fortalezas de la concepción del autor que venimos comentando se encuentran en que claramente ve las relaciones existentes entre las normas culturales y las normas jurídicas, pero es necesario distinguir estas normas culturales de las normas morales. Fundamentalmente porque podrían suponer que las normas culturales existen dentro de un marco que asigna valores de bondad de las acciones, cuando dentro de las normas culturales la acción buena sigue estando subordinada en muchas circunstancias al hecho de que sea útil para la comunidad, porque en la idea de regulación en la que la norma jurídica es solamente una aparición relativamente nueva en la historia de la humanidad.

La idea de la norma cultural es en todo caso más importante de la idea de la norma moral. Mayer nos deja ver esto en el problema juicio hecho por los legos, mientras afirma que: “la rutina del jurista no perjudica, por cierto, la interpretación de las normas jurídicas; a este respecto resulta útil; perjudica la apreciación del acto concreto, es un estorbo para la interpretación de éste”. En tanto que para la interpretación de los hechos resulta útil el “sentido común y un sentimiento jurídico despierto, mas que adiestramiento jurídico, el lego es más idóneo que el jurista, porque siente con mayor vivacidad lo 'irrepetible y único'

de la acción que juzga”.²³ Las diferencias que ve Mayer en las actitudes que tienen los legos y las que tienen los juristas sobre los hechos está mediada por que el lego no conoce el discurso jurídico, la única interpretación que tiene es la que juzga acorde a reglas culturales.

Como ejemplo de lo argumentado Mayer afirma la existencia de sentencias que afirman la culpabilidad del médico en lesiones personales aún cuando estuviere siguiendo las reglas de su disciplina y critica tal posición diciendo que el “lego juzgaría sin la menor dificultad que el médico no ha obrado de modo contrario al deber y, por ende, culpable, en consecuencia, que es impune”.²⁴

Sin embargo el autor entiende que el análisis de la culpabilidad es sólo una parte del que es necesario en el juicio sobre el delito, fundamentalmente la tipicidad es un análisis en el que el lego no puede igualar al jurista por lo alejado del ámbito del sentido común en el que se encuentra la idea de tipicidad.

Desde la perspectiva de Hart sigue siendo importante el tipo de reacción que se encuentra como respaldo de una prohibición para dar razón de su naturaleza, efectivamente, nos dice que “cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión ni sean administradas por funcionarios, sino que su administración queda librada a la comunidad en general, estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva de Derecho”.²⁵

Importa sobre todo entender cómo se configuran la perspectiva interna y la externa de las normas. La citada distinción se produce cuando “es posible ocuparse de reglas como mero observador que no las acepta, o como miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta” en lo que Hart denomina “el 'punto de vista externo' y el 'interno' respectivamente”.²⁶ En todo

²³ Ibid. Página 135.

²⁴ Ibid. Página 136.

²⁵ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 108.

²⁶ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 110-111.

caso la distinción entre normas y meros hábitos no sería posible para Hart sin referencia a las razones por las cuales se realiza en un determinado caso la reacción social frente a los casos de desviación, dicho de otra manera, desde una perspectiva que tenga en cuenta un punto de vista interno del sistema y no únicamente una comprobación externa de las conductas de la comunidad. En palabras de Hart “si el observador se atiende realmente en forma rígida a este punto de vista externo y no da ninguna explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta regular, su descripción de la vida de estos no podrá ser, en modo alguno, una descripción en términos de reglas ni, por tanto, en términos de las nociones de obligación o deber que son dependientes de la noción de regla. En lugar de ello su descripción será en términos de regularidades de conducta observables, predicciones, probabilidades y signos”.²⁷

Hart nos propone de la existencia de reglas que se refieran a conductas que puedan resultar obligatorias, reglas a las que asigna el apelativo de “reglas primarias”, un segundo grupo de reglas son llamadas por Hart reglas secundarias, que se distinguen por que no se refieren a conductas prohibidas, permitidas u obligatorias sino a normas, es decir reglas que no regulan sin más conductas, sino normas o conductas referidas a las normas. En este grupo se encuentran las reglas de adjudicación que definen quien y cómo se interpretan las normas en caso se ser vulneradas,²⁸ una regla que al tiempo se una regla de reconocimiento²⁹ que permite determinar cual norma primaria pertenece a un sistema jurídico. Otro tipo de normas secundarias reglamentan la administración de castigos³⁰, y son el análogo más directo del concepto de garantía presente en Mayer.

Dentro de la perspectiva de Hart una regla como la regla de reconocimiento no puede ser sometida a una pregunta sobre su validez, en el fondo porque ella es

²⁷ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 111.

²⁸ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 120.

²⁹ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 121.

³⁰ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 121.

la que regula la validez de las normas primarias,³¹ de otro lado las reglas de reconocimiento no pueden ser planteadas desde un punto de vista externo, ellas encarnan el punto de vista interno del sistema, en tanto que, a partir de ellas el derecho puede distinguir sus contornos de los del mero hábito social.³²

Desde la perspectiva de Hart hay “dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según un criterio de validez último del sistema tienen que ser obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que *necesitan* satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno “por su cuenta” y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable la más de las veces aceptarán realmente estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta y reconocerán la obligación de obedecerles, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y ajenas”³³

Es resaltable el que Hart mantenga una cierta reserva para manifestarse sobre las razones de la obediencia de los ciudadanos. Y es resaltable porque en su sistema, tanto como en el de Mayer, las razones de la obediencia no se reputan automáticamente por el conocimiento del ciudadano de la Ley. De otro lado las reglas secundarias deben tener una interpretación uniforme fundamentalmente por los funcionarios del Estado. Es evidente que tal comprensión uniforme de las

³¹ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 135.

³² Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 136.

³³ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 145.

normas secundarias es comparable con el hecho de que Mayer veía como destinatarios naturales de las normas a los organismos del poder judicial. Es claro que la eficacia interna de estas normas secundarias es superior a la efectividad externa, en tanto que supone unos criterios claros de administración, que son extraños para el restante número de ciudadanos sobre los que no se puede afirmar exactamente por qué siguen las normas primarias.

De otro lado el punto de vista externo no debiera en el pensamiento de Hart confundirse con la eficacia externa del derecho que analiza Mayer, en tanto que el derecho es susceptible de ser percibido únicamente desde el punto de vista interno del derecho. El punto de vista externo en cambio se puede referir a las normas culturales de Mayer en tanto que su eficacia está determinada por razones que no necesariamente coinciden con la idea de derecho, como el hábito común, o algún tipo de reglamentación que no sea jurídica, aún cuando este punto de vista no permitiría ver la acción motivada por una norma cultural de la realizada por ejemplo en la persecución de fines individuales, compra, vender o transportarse. Del mismo modo las reglas primarias y secundarias tienen una cierta estructura que es reconocible como la distinción entre normas de cultura y normas jurídicas, que vendrían a ser normas secundarias de interpretación uniforme en el pensamiento de Hart. Es claro en este sentido la fuerte vinculación que encuentra Hart entre las reglas secundarias y reglas con contenido más precisamente jurídico. Ciertamente la primera condición para que se pueda hablar de derecho es un sistema para determinar que norma hace parte del sistema y cual no hace parte del sistema jurídico. Encontramos de este modo que muchos de los eventos que señalan los autores son bastante similares aún cuando el modo como se establecen las distinciones que subyacen a determinados conceptos difieren. En Mayer la comunicación sometida a las maneras de expresión de una ciencia cuyo destinatario es el abogado encargado de intervenir en los procesos judiciales, es decir la Ley, es análoga a una regla secundaria de reconocimiento; principalmente porque, si se siguiera el criterio de Hart, en el contexto alemán, las Leyes demarcarían con su

existencia el primer parámetro de pertenencia al Derecho.

Nos concentraremos en el problema de lo que distingue la matriz de cada concepto, es necesario conservar también las diferencias de los conceptos presentados hasta el momento. Son fundamentalmente dos los conceptos que tomaremos de Hart: de un lado está el punto de vista, del otro lado está en la distinción de normas primarias y secundarias. El punto de vista tiene que ver con el compromiso de parte del observador de las reglas del sistema, el punto de vista externo se refiere a la observación sin compromiso de un sistema jurídico. La distinción entre normas primarias y secundarias tiene un carácter meramente formal, es decir se puede comprobar si una norma es primaria porque el referente de una norma primaria es una conducta, y por otro lado es posible encontrar una norma secundaria, cuando se verifica que el referente es una norma primaria, su existencia, su nacimiento, su cambio, los criterios de su aplicación.

Ahora bien, un sistema jurídico existe en buena medida por la existencia de normas de segundo orden, y si la claridad dentro de los órganos del Estado es definitiva en el caso de las normas de segundo orden, el punto de vista interno tiende a estar en manos de estos órganos, dado que, cabalmente, no habría Derecho que verificar si no existieran las normas secundarias. En contraposición el observador externo para Hart únicamente ve las meras regularidades de la conducta y al no tocar con las justificaciones de las acciones no podría ser una perspectiva jurídica. Esta toma de postura puede estar conectada con la explicación casi kelseniana sobre la validación necesaria de las normas de segundo orden, ciertamente si el observador externo no ve el derecho, no existe el observador externo del Derecho, el Derecho solo es visible para los que comparten la comprensión de los castigos normados, las normas secundarias y su fundamentación axiomática, por lo que la observación externa del derecho sólo puede serlo en el sentido de la no adscripción del observador con la norma observada. Aunque bien valdría señalar que la observación, el ocupar un punto

de vista, no debiera estar conectada con una determinada actitud frente a esa norma. Ciertamente el punto de vista externo hace parte de lo que habrá que tener en cuenta si se habla de la observancia al derecho o su eficacia. Así, el punto de vista interno es verificable mas por el papel social que representa aquel que lo sostiene, que, en tantos casos, no es más que una voz prestada por un sujeto a la letra de la Ley.

Si bien es innegable que un sistema jurídico, tal vez, como cualquier sistema reglado, debe tener un modo de reconocer cuales normas le pertenecen, dado que en buena medida, eso supondrá la identificación del conjunto de conductas que protege, castiga o en general tematiza. Por tanto si se asume el papel axiomático de las reglas secundarias, no puede extenderse tal papel a todas las reglas secundarias, sino a un número en principio reducido de ellas.

El punto que queda en espera es sin lugar a dudas si asumiremos la posición de Hart o la de Mayer sobre si las normas jurídicas alcanzan un momento en el que se deben tratar por su papel como axiomáticas; o si, por el contrario su fundamentación está en contacto con las nociones de las normas culturales. En este caso para decidirnos nos referiremos a un par de sentencias:

En primer lugar deberemos presentar el tratamiento que la Corte Constitucional ha dado a Problemas como los Principios y lo Valores constitucionales. Mientras que la Corte ha sostenido que “Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes.” (Sentencia T-406/92).

Mientras tanto los Principios son: “Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en

consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (Sentencia T-406/92). En una perspectiva general cercana a la de Alexy que nos dice que: “El modelo de los principios y el modelo de los valores han demostrado ser esencialmente iguales por lo que respecta a su **estructura**, con la diferencia de que uno debe ser ubicado en el ámbito deontológico (el ámbito del deber ser) y el otro en el ámbito de lo axiológico (el ámbito de lo bueno)” (negritas fuera del texto original).³⁴

Sin embargo, en la práctica, la Corte Constitucional lidia con conflictos de valores o principios; así en el caso de las prohibiciones al aborto la corte ha sostenido que: “Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional” (Sentencia C-355/06).

Esta práctica reconocida dentro de la jurisprudencia con el nombre de test de razonabilidad, supone la determinación de jerarquías de acuerdo a normas concretas dentro de los valores o los principios constitucionales y escapa a la derivación de normas particulares a partir de normas generales de acuerdo a un modelo deductivo.

Ciertamente los análisis a los que está abocados una institución como la Corte Constitucional suponen conducirse con normas de las que no es posible decir que son claras de modo como debieran serlo de acuerdo a los parámetros sostenidos como característicos de la norma jurídica. Estos juicios de la Corte Constitucional suponen un nuevo juicio sobre si las reglas siguen una

³⁴ ALEXY, Robert (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Página 147.

interpretación razonable de los valores y los principios constitucionales. Los casos que activan la regla, las consecuencias de la misma y las exigencias para su aplicación resultan afectadas por entidades jurídicas sin ninguna de esas características de claridad propias de la regla. En tanto que la regla en general es un caso seguido de una consecuencia.

Esto nos hace sostener que si bien en la configuración actual de nuestro sistema una buena parte de su administración puede desentenderse de juicios en los que se contraponen y se jerarquizan valores; en sede de un juicio de carácter constitucional tales análisis no sólo tienen ocasión, sino que además, es imposible entenderlos cabalmente si suponemos que su eficacia y validez racional es pensada por los magistrados como indiferente al lugar que esos valores pueden tener dentro de la cultura en la que se encuentra el sistema jurídico.

Con lo que tendríamos un segundo lugar, distinto al de la culpabilidad del juicio penal, en el que las comprensiones culturales deben tener lugar, en parte como garantía para los derechos de los asociados. Por lo que nuestra investigación apunta a la estructura de los valores y principios que se encuentran en el contexto de una garantía, el descubrimiento probatorio, es decir de una norma jurídica que tiene eficacia fundamentalmente interna porque la ocasión para su cumplimiento es un juicio, pero que sin embargo, integra y pone en juego principios y valores que tienen eficacia tanto jurídica como cultural. Todo esto en un contexto que supone un cambio dentro de la norma jurídica misma por ser parte de una transformación dentro de la cultura jurídica, con la entrada de instituciones, dinámicas y explicaciones sobre unas y otras distintas a las habituales.

3. APUNTES HISTÓRICOS SOBRE EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Dado que trabajamos con un concepto de cultura que supone la existencia de ciertos discursos sociales que hemos llamado parámetros, por resultarnos más natural, Sin embargo es necesario aclarar que para el teórico del que hemos tomado el concepto, Iuri Lotman, es más bien algo análogo a la urdimbre de textos insertos dentro de otros textos culturales. Iuri Lotman nos propone una analogía “[e]n la capilla palatina de Palermo, que Maupassant calificó de la más hermosa y la más asombrosa joya religiosa que hayan creado los sueños del hombre y el arte del artesano, la sala del palacio construido por los normandos en el siglo XII está adornada con mosaicos bizantinos y coronada por un techo de cedro de estilo típicamente árabe”.³⁵

Nótese que la capilla palatina de Palermo sigue siendo cristiana, pero parte de su estilo es ortodoxo y otra parte es árabe, es decir de expresiones arquitectónicas que serían más propias de los templos de otras religiones. En la cultura ningún rasgo es distintivo en el fondo, toda expresión cultural, todo conocimiento cultural, todo lenguaje humano cualquiera sea su registro, está conformado por unidades de muy diverso origen cultural, muchas palabras del español, por ejemplo, son apropiaciones de palabras del árabe, y aunque puede sostenerse del español que la mayor parte de sus palabras provienen del latín, son evidentes sus enormes diferencias gramaticales, en donde el papel de las declinaciones viene siendo remplazado por las preposiciones.

Con lo presente se quiere afirmar que el derecho hace parte de ese tejido cultural, ciertamente la afirmación de Hart en el sentido de que el derecho requiere ciertos parámetros de reconocimiento, puede extenderse a otras áreas del saber y las artes, así como se distinguen en parte las ciencias, por el modo como están ordenadas sus preguntas se podrían distinguir las culturas. En el caso del derecho puede importar que un arma deje o no rastros de pólvora en un cadáver, solamente si este dato incide a favor o en contra de la culpabilidad de una persona, es decir, las luces de la ciencias forenses, son sólo relevantes

³⁵ Lotman Iuri “EL TEXTO Y EL POLIGLOTISMO DE LA CULTURA” en “LA SEMIÓSFERA I, SEMIÓTICA DE LA CULTURA Y DEL TEXTO ED. Cátedra S. A. Ed. Madrid 1996. Página 59.

para un problema de responsabilidad, y esto es demostrablemente así, si consideramos de que no existir, de haber muerto el autor del presunto crimen, la pregunta jurídicamente hablando no tiene sentido. Expresado de un modo más sencillo, no tiene sentido hacer una prueba sobre la pólvora en un cadáver si no hay alguien que pueda ser condenado por ello.

El derecho debe y puede subordinar todos los saberes necesarios, siempre que bajo sus propias reglas exista un problema jurídico, es decir, sobre la responsabilidad de un o unos sujetos. Y las restantes ciencias hacen lo mismo, en busca de la pregunta que es central en cada disciplina. Diremos que una cultura es análoga a este caso, pero más particularmente que las culturas jurídicas se distinguen por un equilibrio distinto de sus valores internos, factor que debe tener una importancia propia dentro de las consideraciones de la política legislativa.

La diferencia básica dentro de nuestro estudio, es decir aquello que distinguiría nuestra cultura jurídica de la inglesa, se jugaría en la existencia de ciertos parámetros que ordenados de modo distinto impongan un rasgo distintivo de nuestro sistema jurídico. Para que se de el descubrimiento se hace necesario rastrear no sólo la legislación y los pronunciamientos sobre el artículo que establece el descubrimiento probatorio, sino sobre todos los eventos que lo determinen y lo afecten independientemente de que sean tematizados como problemas propios del descubrimiento. Antes será necesario identificar las diferencias presentes dentro de nuestras culturas jurídicas en un transcurso que afectará desde la historia hasta la filosofía del derecho Inglés.

Lo primero que habrá que señalar es que la historia del derecho ingles hunde sus raíces en el comienzo de la edad media tardía y termina de desarrollar sus documentos básicos en el renacimiento. Habría tres etapas en el derecho ingles que empezarían del año 596 al año 696, con un conjunto de normas en las que se encuentran la legislación de Kent, que codificaron en forma esquemática el

derecho consuetudinario, mientras que la costumbre siguió siendo derecho local.³⁶

El segundo grupo de Leyes fueron las del Rey Ine del 688, las mas importantes atribuidas a Alfredo el Grande, son del 890 de nuestra era, finalmente también se cuentan las Leyes de Eduardo el Viejo 901 a las que siguieron las de Eduardo el Confesor, el grupo termina con las Leyes de Canuto del año 1035.

La llegada de Guillermo el Conquistador en el año 1066 marcó un cambio dentro de la estructura del poder dentro de la Isla. La llegada de Guillermo I supuso la introducción del feudalismo y la tasación del poder de acuerdo a las tierras en juego, además de la aparición de un sistema judicial conformado por tres cortes para el reino, pues es claro que en cada feudo existían procesos judiciales. El modo como Guillermo el conquistador establece el nuevo sistema es digno de mención: de un lado, reparte las tierras quedándose con la mayor parte y, de otro lado, intenta dejar a los nobles con mayor terreno a una relativa distancia, lo que tendería a proteger al Rey del poder de los más importantes señores feudales, lo que pudo incidir posteriormente en el desarrollo de la Gloriosa Revolución. El sistema de administración de justicia mismo nace como un conjunto de funcionarios itinerantes que dispone el Rey como un método de unificar el sistema jurídico³⁷

Desde el comienzo se trató de determinar las normas comunes dentro del Reino, de ahí el nombre del Common Law, los tribunales funcionaban como tribunales de excepción frente a los tribunales locales (esto es, de los feudos)³⁸ y la preocupación inicial fue generar por acumulación un conjunto de normas presentes dentro de los territorios que pudieran ser reconocidas en todo el

³⁶ Morineau, Marta «UNA INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW» ED. Unam. Ed. México 2004. Pág 12.

³⁷ Radbruch, Gustav. EL ESPÍRITU DEL DERECHO INGLES. ED. Marcial Pons. Ed. 2001. Página 41.

³⁸ Marta Morineau «UNA INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW» ED. Unam. Ed. México 2004. Pág 15.

territorio de la isla, pero sin imponer el criterio de la autoridad, sino como resultado de coleccionar los derechos vigentes en los territorios de la isla.

Este es un primer rasgo distintivo, se trata de un sistema que ha nacido partiendo de unas costumbres precedentes a las que en principio se le reconoce el estatus de Derecho.

El sistema anglosajón nace como un sistema de precedentes, en medio de un contexto filosófico en el que primó el empirismo, antecedido por el nominalismo que nace con Roscelino de Compiègne (c.1050- c. 1120), el que tiene un impulso importante en Guillermo de Ocam, el franciscano, hasta llegar a afectar el pensamiento de Hobbes³⁹ y Francis Bacon teórico en el que Radbruch encuentra una especial relevancia para el Common Law. La tesis sostenida por el empirismo hacía depender el conocimiento de los sentidos, estos eran los que nos otorgaban las sensaciones mediante las cuales arribamos a conocimientos, existen por vía de inducción, esto quiere decir que las verdades que aceptamos están conectadas con un conjunto de casos iguales que nos hacen concluir su estabilidad en la realidad y, por tanto, nos llevan a conocer su verdad. Su antecesor, el nominalismo, sostenía que de las sustancias sólo obtenemos su nombre, en tanto que dos objetos con el mismo nombre nunca comparten todas sus cualidades, el nombre de las cosas nos engaña sobre su real ser. Resulta coherente con esta posición epistemológica un sistema jurídico en el que la fuente fundamental sean los precedentes jurisprudenciales, es decir, el resultado acumulado de los juicios concretos.

Ciertos intelectuales incidieron en el Derecho Inglés, como Roger Bacon, impusieron una visión inductiva en el derecho dado que creían en la existencia de la experiencia como base de la ciencia. Esta característica es observada aún hoy, pues se trata de un modo de pensamiento mas cercano a la inducción que

³⁹ OCAM, Guillermo. Principios de Teología. ED. Sarpe. Ed. Madrid 1985. Estudio introductorio.

al deductivo que es como es caracterizado el derecho continental.⁴⁰

A pesar de la presencia romana en la Isla de Inglaterra desde el año 43 de nuestra era, sostenida por un periodo de más de tres siglos, el Derecho inglés tiene poco que ver con el Derecho Romano.⁴¹ Aún cuando la importante figura del Canciller llegó a generar una cierta influencia del derecho romano en la isla, dado que era normalmente el Canciller era un religioso familiarizado con el derecho canónico,⁴² en general, muy pocas de las ideas jurídicas de Roma llegaron a Inglaterra.

De aquí que se pueda sostener para toda la sociedad Inglesa, pero también para su derecho un cierta falta de contacto con las más elevadas cumbres existentes en la época del saber jurídico en el continente, pero además una marcada diferencia de punto de partida frente al pensamiento dentro del continente europeo. Por mucho tiempo fue el empirismo la escuela triunfante en Inglaterra mientras que los racionalistas en el continente eran innatistas.

Uno de los rasgos del Derecho inglés que parece conectarlo con un modelo de gestión social mas propia de la edad media es la aparición de la Equity. El derecho inglés tempranamente distingue dos procesos: en el primero, de encontrarse un persona en desacuerdo por lo dictaminado por los jueces locales, podía pedir al Canciller hacer revisar su caso por una de las salas principales del reino⁴³. Para lo anterior pagaba una cierta suma para que, en nombre del Rey, el Canciller permitiera que los jueces intervinieran. El sistema tendió a hacerse estandarizado y complejo, lo que, sin embargo, no logró hacer

⁴⁰ Michael, Bohlander «Volver a Radbruch» Revista In Dret 2 del 2012.

⁴¹ Marta Morineau «UNA INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW» ED. Unam. Ed. México 2004. Pág 10.

⁴² Marta Morineau «UNA INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW» ED. Unam. Ed. México 2004. Pág 17.

⁴³ Marta Morineau «UNA INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW» ED. Unam. Ed. México 2004. 15 y ss.

que con el paso del tiempo fuera eficiente.

Por tal razón se crea la Equity: las peticiones empezaron a llegar directamente al Rey que por otra vía las hizo llegar al Canciller. El Canciller se vio obligado a generar un tribunal de la cancillería que estuvo sometido a la influencia del derecho canónico. La principal diferencia apreciable en la información encontrada es que el sistema del Common Law requería para ser atendido por las cortes del Rey de una suma de dinero que no aparece reseñada para los procesos de la Equity.

Por esta vía se abrieron dos tipos de métodos de análisis y de estilos de jurisprudencias que atraviesan el derecho anglosajón, de un lado, el Common Law y de otro la Equity. La existencia de dos jurisdicciones paralelas duro hasta el siglo XIX. En 1873 y 1875 Dos leyes del parlamento unifican las jurisdicciones haciendo que cualquier tribunal pudiera conocer casos que antes conocía por una u otra jurisdicción.

No deja de ser claro que bajo una mera consideración reactiva del Rey, se generan dos estructuras y no es planteado su unificación y administración racional hasta finales del siglo XIX. Rasgo bastante distintivo de la sociedad inglesa que por el respeto que podría juzgarse excesivo a sus instituciones, las conserva hasta que aparecen como del todo insuficientes.

Puede ser que este modo de actuar y de estarse a lo actuado, en parte eludiendo las consideraciones sobre si lo actuado puede reordenarse pueda ser la explicación para que, como Radbruch afirma, no exista una clara distinción entre el derecho publico y derecho privado, y no halla una declaración de derechos fundamentales, los que dependen de los procedimientos puntuales que establece el sistema (un ejemplo es el habeas corpus). Por más descrito

que se encuentre el derecho inglés en su jurisprudencia es claro que los textos fundamentales del derecho Inglés no existen. ¿La pirámide Kelseniana podría ser posible en Inglaterra? Hay que recordar que No hay una constitución escrita, un texto al que analizar y al que adjudicar el máximo lugar en la jerarquía normativa.

Radbruch nos presenta una conservadora comunidad judicial con las cuatro corporaciones más tradicionales de barrister inglesas,⁴⁴ lugar de donde por la estructura jurídica inglesa se escojen las cabezas de lo sería la Rama Judicial. Estas cuatro corporaciones, para la época de Radbruch, son la clase superior de la abogacía inglesa que forman y reglan a sus propios miembros, de donde surge la magistratura, se elige el canciller (lord Chancellor) que a su vez nombra jueces, administra tribunales (parecido a un ministro de justicia, aunque por su procedencia es más un magistrado).

El Canciller pertenece al gabinete, presidente y vocero de la Cámara de los Lores, preside la Chancery Division y la corte de apelaciones (esta última esta dividida en Lords spiritual y lords temporal, generando la Lords Law que cuentan con capacidad de veto de un año sobre reformas de carácter legislativo siempre que no sean de carácter financiero. Para Radbruch, en principio, las funciones autónomas de carácter legislativo de la Cámara de los Lores no son muy amplias⁴⁵. Con lo que nos describe una Inglaterra que no parece ser el sitio propicio en el que se pueda llegar a un gran cargo sin que se parta de una posición relativamente alta, pues para llegar a canciller hay que ser en principio noble y estar asociado a las “barras”⁴⁶ más antiguas.

La historia del Derecho inglés no puede pasar por alto el valor de la gloriosa

⁴⁴ Abogados con derecho a litigar.

⁴⁵ Radbruch, Gustav. EL ESPÍRITU DEL DERECHO INGLES. ED. Marcial Pons. Ed. 2001. Página 45 y 46.

⁴⁶ Asociaciones de abogados que ejercen su oficio en común.

revolución en el siglo XVII En términos generales se puede decir que lo que introduce la misma revolución se puede enumerar de la siguiente manera: de un lado una distribución del poder que otorgaba un nuevo peso dentro de la estructura al parlamento; la adopción de una política exterior más agresiva; la extensión del liberalismo económico; una nueva distribución de los impuestos; la extensión de la tolerancia religiosa.⁴⁷

Algo de la perspectiva liberal en la que se asume que el último fundamento necesario para que se pueda producir un acuerdo social es el de que los asociados dentro de una comunidad comprometan su voluntad en ello, es de algún modo extraña al sistema del Common Law. No se intenta tanto desvalorar la importante observación de muchos teóricos en el sentido de que la compilación de normas que se ha venido produciendo en el ámbito del Common Law demuestra que el positivismo es aplicable como paradigma interpretativo hasta en el ámbito del derecho de raíz inglesa; sino resaltar de que, en última instancia, la fuente de derecho indiscutida, como se analizará en algunos autores clásicos del Common Law, no es sin más la Ley.

No sobra recordar que Inglaterra aún hoy en día es un sistema constitucional que funciona sin un documento escrito en el que se exponga la constitución. Las actas y cartas de derechos se entienden como limitaciones a estados anteriores, un conjunto de limitaciones que, como se ve, pasan de una estructura monárquica antes de la edad media tardía que se conduce hasta una monarquía de abiertos límites constitucionales, en tiempos cercanos al renacimiento, alejándose de las veras del absolutismo, que llegó a extenderse como idea administrativa hasta las lejanas tierras de Rusia.

No deja de ser claro que la idea de una ley resultado de un acuerdo social no fue posible sino como una inversión de la figura de la autoridad política como

⁴⁷ Hill Crístopher. «LOS ORÍGENES INTELECTUALES DE LA REVOLUCIÓN INGLESA» ED. Crítica. Ed. 1980 Barcelona. Pag. 157

constitutiva de una comunidad, siguiendo en este caso la argumentación que ha señalado ya el paso de la filosofía Hobbesiana a la filosofía de Rouseau como un paso en el que el que la soberanía como constitutivo de la comunidad política pasa de una persona a la comunidad⁴⁸. Así, en el sistema jurídico Frances, la asamblea se convierte en el representante de los derechos del pueblo. En el caso inglés se produjo un cambio de papeles, pero en buena medida, como protección de una idea constitucional anterior, que puede ser tanto defensora de la voluntad de la población como de los límites tradicionales al poder monárquico.

Dado que el derecho constitucional inglés es la lenta historia de la introducción de un régimen monárquico dentro de un marco constitucional que tiene su fecha de inicio apenas comenzada lo que algunos llaman la edad media tardía con la Carta Magna en junio de 1215, que establece el derecho a ser juzgado por los pares y las condiciones para afirmar la culpa. En el siglo XV se establece en Inglaterra el juicio público, por lo que se enmarca temporalmente dentro del renacimiento, que principalmente tenía su mayor vitalidad intelectual en las ciudades del Norte de Italia.

El conflicto queda demarcado entre los dos polos del poder del monarca y del derecho de los dominados; pero el fundamento del derecho de los dominados, y el que se impone en la gloriosa revolución, no pretende una transformación del fundamento teórico de la organización social de la tradición al de la voluntad como origen legítimo del derecho, como ocurrió en Francia. Contrario a eso, lo que se logra mantener es la tradición en contra de un contrato social en el que se entra, para la teoría Hobbes, como resultado de que se decanten los perdedores y el ganador en una guerra por el control de la sociedad.

Los jueces en esta perspectiva no observan un derecho que obtenga su validez última del acuerdo social voluntario sobre las normas aplicables, en lo

⁴⁸ Revítese Maurizio Fioravanti “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES” ED. Trotta. Madrid.

fundamental a pesar de la existencia de leyes muchas de ellas resultado de la compilación, de lo que se trata en el caso inglés es de conservar la tradición como fundamento legítimo del sistema.

Las condiciones en las que se produce el sistema de derecho del Common Law implican que parte del sistema de garantías jurídicas dentro del sistema penal es el jurado. El jurado mismo es una garantía constitucional presente también en la VI enmienda del derecho estadounidense, a pesar de que regía en la época colonial, y que cumple con la condición de ser un jurado con condiciones particulares por ser una muestra de la composición de la comunidad.⁴⁹

La institución ya se dejaba ver en la Carta de Petición de Derechos o el Bill of Rights, en la que el parlamento se queja de la existencia de juicios en los que no había sentencias proferidas por los “pares” de los condenados o conforme a las leyes de la época.⁵⁰ Si bien es cierto que durante los primeros siglos el jurado era susceptible de ser puesto bajo juicio por jueces del monarca, que incluso podían imponer acusaciones de perjurio en caso de que el juez encontrase que la sentencia era irregular,⁵¹ en el siglo XVII el jurado adquiere su independencia completa. La institución del jurado es reconocida en las colonias primero en Virginia en 1606 Por el Rey James I.⁵² Entendiendo en este caso que el jurado se convertía en un método para evitar el uso abusivo del poder de acusación.⁵³

En el caso del derecho de Estados Unidos queda la posibilidad de que la

⁴⁹ Perez Cabrera, María Angela. “LAS INSTRUCCIONES AL JURADO” Tesis de la Universidad de Jaume I de Castellón. Pág. 32

⁵⁰ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/07/por.html> (tercer considerando).

⁵¹ Perez Cabrera, María Angela. “LAS INSTRUCCIONES AL JURADO” Tesis de la Universidad de Jaume I de Castellón. Pág. 46.

⁵² Perez Cabrera, María Angela. “LAS INSTRUCCIONES AL JURADO” Tesis de la Universidad de Jaume I de Castellón. Pág. 47.

⁵³ Perez Cabrera, María Angela. “LAS INSTRUCCIONES AL JURADO” Tesis de la Universidad de Jaume I de Castellón. Pág. 50,

demostración de la indebida conformación del jurado dé para deshacerlo.⁵⁴ Del mismo modo las sentencias absolutorias no son apelables porque se interpreta que esto rompería la regla de no juzgar dos veces por el mismo delito.⁵⁵

Mientras que en el contexto de Estados Unidos, acusación en el caso de delitos graves reside en la cabeza del gran jurado. Sin embargo la institución misma de Jurado se ha venido presentándose como en retirada, es muy lenta y muy costosa.

De modo que además de las características encontradas un tercer rasgo distintivo es que es un sistema que en Inglaterra tiende a tener instituciones más bien conservadoras, resultado de una limitación de los poderes de los reyes, en el que lentamente han aparecido como garantías el jurado de conciencia.

La distribución de las especialidades del derecho en el Derecho inglés es muy distinta a aquella con la que se opera dentro del derecho continental. Sin embargo también existen distinciones similares como la existencia de un derecho penal, la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo son similares, mientras que existen distinciones sobre el origen del derecho que podrían ser discutibles en el derecho continental; el origen de las normas puede ser resultado de la labor bien el legislador, bien los jueces mediante el Common Law.⁵⁶

Las reglas procesales han pasado lentamente de la compilación de normas a su codificación, pero han entrado en vigencia no por su aparición en la Ley sino por su publicidad previa que conduce, secundariamente, a su aprobación dentro de los distintos Estados. Levene nos presenta el caso de las Reglas Federales de

⁵⁴ Perez Cabrera, María Angela. "LAS INSTRUCCIONES AL JURADO" Tesis de la Universidad de Jaume I de Castellón. Pág. 34.

⁵⁵ Perez Cabrera, María Angela. "LAS INSTRUCCIONES AL JURADO" Tesis de la Universidad de Jaume I de Castellón. Pág. 78.

⁵⁶ Marta Morineau «UNA INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW» ED. Unam. Ed. México 2004. Pág 22.

Procesamiento Penal, que han sido tomadas en cuenta progresivamente por los Estados de la Unión. En el mencionado Código las etapas que se plantean para el juicio oral son las siguientes “investigación, audiencia preliminar, presentación de cargos, acusación o procesamiento, juicio y recursos posteriores...”⁵⁷.

Efectivamente las diferencias sobre la manera de *hacer Derecho*, son entendidas de manera general, si se las ve con atención como diferencias jurídicas adjudicables a un modo distinto de entender el proceso cognoscitivo y a una cierta reverencia de la tradición como fuente de derecho; este “modo reiterado de actuar” que es fundamento legítimo del derecho inglés.⁵⁸ Al punto que se ha sostenido por parte del mismo Blackstone, en su libro *Commentaries of the Laws of England*

, que las sentencias únicamente declaraban un derecho que existía previamente dentro de las comunidades, siendo el mismo Blackstone, una de las pocas fuentes doctrinarias que reconoce el derecho inglés como fuente de Derecho.⁵⁹ Precisamente como nos lo informaría Fioravanti, Blackstone era al tiempo uno de los referentes que defendía los partidarios del parlamento pasada ya la Gloriosa revolución⁶⁰. No es sino esta interpretación de las instituciones lo que permite que sea una vía aplicable en el litigio recurrir incluso a instituciones hace tiempo abandonadas. El caso que nos cita Radbruch es el caso de caso Abraham Norton de 1818 en el que un litigante hace uso de una especie de duelo judicial en desuso hace siglos⁶¹

Es claro que otro rasgo del Derecho Inglés es que muchas de las costumbres han pasado con el tiempo a ser reconocidas en compilaciones y en algunos

⁵⁷ LEVENE, Ricardo “Las Ciencias Penales en EEUU” ED. Universidad. Ed. Buenos Aires 1980, Pág. 46.

⁵⁸ José Luis Vallarta Marrón «EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO SOBRE EL USO DE LA FUERZA ARMADA Y SU ARGUMENTACIÓN» ED. UNAM Ed. 2008. Pág. 26.

⁵⁹ Marta Morineau «UNA INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW» ED. Unam. Ed. México 2004. Pág 10 y 28.

⁶⁰ Maurizio Fioravanti “CONSTITUCIÓN. DE LA ANTIGÜEDAD A NUESTROS DÍAS” ED. Trotta. Ed. 1991. Página 98.

⁶¹ Radbruch, Gustav. EL ESPÍRITU DEL DERECHO INGLÉS. ED. Marcial Pons. Ed. 2001. Página 28.

casos en códigos, aún cuando su eficacia era anterior a la promulgación de la Ley que les daba vida. Así hay que señalar los rasgos anteriores del derecho anglosajón: es decir que es un derecho que nace como apoyos a las costumbres locales; que ha crecido por métodos más propios de la edad media. Es decir, en un contexto muy anterior al del Estado planificador moderno, en dónde el empirismo, la falta de contacto con las teorías del continente, instituciones bastante conservadoras y un Estado constitucional entendido como una limitación creciente a los poderes de los monarcas es el modelo que impera.

3.1. DIFERENCIAS SOBRE LOS MODOS DE ENTENDER CIERTOS CONCEPTOS JURÍDICOS EN EL ÁMBITO ANGLOSAJÓN Y EN EL ÁMBITO CONTINENTAL

El proceso inglés evolucionó a partir de prácticas que hoy consideramos barbaras, como pasó con el proceso el inquisitivo, Levene expone los principios del proceso: la confesión era la prueba reina y la tortura estaban permitidas “aunque también es cierto que la instrucción era secreta para el acusado hasta el momento del juicio y aquel no podía entonces preparar su defensa, así como no se le notificaba la prueba que había en su contra, ni tenía abogado...”.⁶² Lo que nos indica la progresiva aparición de garantías, en las que debemos incluir al sistema de descubrimiento de la prueba. La más importante garantía penal en este sentido es la de la presunción de inocencia, ella misma es nacida en el ámbito del derecho anglosajón.⁶³ Es evidente que cada sistema partió de presupuestos que en alguna manera mantiene y se nutrió de protecciones a favor del procesado que completan con coherencia el punto de partida de cada sistema o tradición jurídica.

Sin embargo las diferencias sobre el modo de apreciar los problemas jurídicos son aún hoy importantes. Al respecto argumenta Kay Ambos que: “En nuestro

⁶² LEVENE, Ricardo “Las Ciencias Penales en EEUU” ED. Universidad. Ed. Buenos Aires 1980, Pag. 43-44.

⁶³Perez Cabrera, María Angela. “LAS INSTRUCCIONES AL JURADO” Tesis de la Universidad de Jaume I de Castellón. Pág. 91.

contexto, con miras al Art. 7 CEDDHH, se tratará el Derecho británico, ya que Gran Bretaña (Inglaterra/Gales, Escocia e Irlanda del Norte) no sólo constituye la cuna del common law, sino que forman parte de la CEDDHH; ésta forma parte del Derecho interno desde la Human Rights Act de 1998. Junto a ello, Gran Bretaña no cuenta hasta el día de hoy con una codificación completa del Derecho penal, sino que el derecho penal codificado (statute law) se limita a sectores parciales de la Parte General y preponderantemente de la Parte Especial. A diferencia, el Common Law en las antiguas colonias, especialmente Estados Unidos de América, ha sido desplazado progresiva y prácticamente de manera completa por el Statute Law⁶⁴; por lo que en Estados Unidos, como queda claro en la cita, el Derecho Penal está mayormente legislado. Aun cuando las posibilidades de los tribunales llegan hasta interpretar la evolución del Common Law.⁶⁵

El Parlamento Inglés produce Consolidation Acts, es decir consolidación del Common Law por Ley, alejándose de la codificación, es decir la proposición y deducción ordenada de casos y sus consecuencias jurídicas. El Common Law es el parámetro desde donde se interpretan las leyes parlamentarias, que ya antes había sido presentada como una “tupida maraña de precedentes”.⁶⁶ Para lograr eficacia se recurre a varias expresiones con el mismo valor, y la reiterada definición de palabras y la determinación a fines muy puntuales. En Estados Unidos la Ley, en tanto emanación parlamentaria, adquiere un comportamiento bastante distinto, pues tiene más poder, hay Constitución escrita y códigos, aunque las decisiones sobre los códigos interpretan la Ley y hacen parte de los precedentes jurisprudenciales.

A tal punto llegan las diferencias de la comprensión del Derecho Inglés que ,

⁶⁴ Kay ambos «Common Law y Los Disparos en el Muro» Isonomía No. 20 de Abril de 2004. Pág. 42

⁶⁵ Kay ambos «Common Law y Los Disparos en el Muro» Isonomía No. 20 de Abril de 2004. Pág. 47 La autora cita la sentencia R v.R, sentencia del 23 de octubre de 1991 de la House of Lords.

⁶⁶ Radbruch, Gustav. EL ESPÍRITU DEL DERECHO INGLÉS. ED. Marcial Pons. Ed. 2001. Página 47.

según Kay Amos: “parece que la irretroactividad (aún) no se ha impuesto como protección existencial para las *defences* reconocidas en el common law”. Radbruch presenta la equidad atada a un precedente, así sea un precedente sobre la misma equidad, como una pérdida y una concesión excesiva a la seguridad jurídica en un contexto en donde tanto los naturistas (Coke y Blackstone), como los creyentes en la autoridad (Hobbes, Bentham y Austin) creen en el valor de la seguridad jurídica. Pero es una seguridad con tanta legitimidad, que se opone tanto a la revolución como al absolutismo, es vista como, racional, impuesta, natural y útil al mismo tiempo, pero en todo caso es reivindicada en su rol bastante distinto al de la seguridad jurídica continental, que es vista solamente en orden al nacimiento y la verificación de la existencia de una norma, independientemente de sus cambios: No es Derecho Ley sino Derecho (Common Law), que cambia como el idioma: por sí mismo.⁶⁷ En algunos aspectos podría ser para el continental un sistema atrasado pero, por eso mismo, le puede parecer al insular un sistema con ventajas como el de la prueba tazada⁶⁸.

Aparecen así coincidentes un cierto número de quejas que tienen los juristas de tradición romano-canónica cuando en discusiones sobre derecho internacional abogados criados en al tradición del Common Law refieren a precedentes judiciales cuando ya ha habido cambio de la legislación internacional.

Es claro que desde esta perspectiva es un derecho que fundamenta su legitimidad en la costumbre, aún cuando, se introduce dentro de la estructura jurídica misma por medio de una declaración judicial en la sentencia. De este modo el derecho debe su fuente a la costumbre pero al tiempo es desarrollo de los jueces. Aún cuando en lo tocante al contenido de la norma la distinción es ambigua porque como vimos hay derecho legislado que, en realidad, en muchos casos compila el Common Law.

⁶⁷ Radbruch, Gustav. EL ESPÍRITU DEL DERECHO INGLES. ED. Marcial Pons. Ed. 2001. Página 70.

⁶⁸ Radbruch, Gustav. EL ESPÍRITU DEL DERECHO INGLES. ED. Marcial Pons. Ed. 2001. Página 77.

La argumentación que sostienen algunos sobre el modo en el que el derecho inglés es en realidad positivista⁶⁹, en tanto que existe un soporte escrito en las sentencias que hacen posible el conocimiento del derecho vigente, es solamente a medias válido. Fundamentalmente porque la historia de la conformación del derecho anglosajón nos demuestra que la autoridad de la norma devenía de su existencia dentro de un contexto social determinado muy propio de la edad media, mucho antes de que adelantaran las teorías sobre el nacimiento de una sociedad política a partir de los acuerdos de sus integrantes, esto es, mucho antes del contractualismo.

La diferencia que en muchos casos puede parecer tener poca apreciación práctica, en el método común por el cual se determinan las normas aplicables, en tanto que en los dos casos se recurre a textos escritos, adquiere relevancia si se considera los casos bajo juicio sobre los que no hay norma directamente aplicable. En caso de que estuviéramos hablando de un derecho sin fundamento en la tradición, el juez aparecerá como creador de normas, si partimos de la idea de que la norma jurídica es meramente copia de la norma social, en caso de que la primera guarde silencio, queda la palabra de la segunda, y de este modo, el derecho aplicable nunca puede ser invención de un juez.

Aún hoy un conocido teórico del derecho explica las condiciones de validez dentro del sistema Inglés: “En nuestro sistema la costumbre y el precedente están subordinados a la legislación, puesto que las reglas consuetudinarias y las reglas del *Common Law* pueden verse privadas de su *status* de Derecho por una Ley. Sin embargo ellas no deben su *status* de derecho, por precario que este sea, a un ejercicio “tácito” de potestad legislativa, sino a la aceptación de reglas de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente aunque

⁶⁹ Nos referimos puntualmente a la argumentación de Luhmann sobre el Derecho Inglés en “EL DERECHO DE LA SOCIEDAD” ED. Universidad Iberoamericana Ed. 2002. En todo caso tal argumentación repugnaría como ya se ha expuesto el “punto de vista interno” de los propios operadores jurídicos del sistema Anglosajón y no explica los métodos de los mismos para solventar las lagunas legislativas.

subordinado”.⁷⁰

Sin embargo sostener que el sistema anglosajón de construcción de derecho es mejor que el continental es una apreciación apresurada, que correría el riesgo de pecar por “egocéntrica”. Lo cierto es que algunos conceptos pueden llegar a ser poco definidos, por ejemplo Levene encuentra que el término constitucional del debido proceso encarna cierta ambigüedad en el sistema anglosajón que hace que sin criterios previos sea rechazada una prueba (unas píldoras de morfina producto de un lavado estomacal) por considerarla intolerable para el procesado.⁷¹ La decisión podría ser caracterizada por ser tomada del sentido común, esto es, sobre la impresión que genera la circunstancia en el operador jurídico y no de recurrir a la autoridad de alguna regla creada con antelación al suceso que se juzga. De otro lado los tribunales tienden a generar la capacidad de crear normas de procedimiento que se entienden son resultado de su propio operar, capacidad que al tiempo se le reconoce al Tribunal Supremo del Estado de Puerto Rico.

En este punto las características del derecho inglés tienen que ver con cómo una sociedad cultura enfrenta sus problemas. Creo que a esta altura hay buenas razones para sostener que el derecho anglosajón, sobre todo en su vertiente Inglesa, tiene una fuerte tendencia, a operar de acuerdo a casos, y por lo tanto de acuerdo a consideraciones concretas y a mantener tales decisiones hasta que resulten contraproducentes, las generalizaciones se dan sólo en la medida necesaria y las decisiones son valiosas por sus resultados y no por el fundamento racional de la decisión, con esto no quiero decir que no razonen los jueces ingleses, simplemente se quiere señalar que, ciertamente se puede encontrar un resultado razonable en un caso concreto, pero queda el peligro de que en un cierto plano superior no definido claramente en los juicios, se apliquen criterios distintos y se introduzca la administración de justicia en posiciones

⁷⁰ Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 126.

⁷¹ LEVENE, Ricardo “Las Ciencias Penales en EEUU. II” ED. Universidad. Ed. Buenos Aires 1980, Pag. 3.

inconsistentes. Pero este peligro será analizado después.

El nacimiento de compilaciones racionales o de tratamientos que intenten ser completos dentro de un tema, por efecto del modo que se genera nuevo derecho en el mundo anglosajón tiende a ser improbable, contrario a lo que pasa en los sistemas continentales a partir de lo que Giovanni Tarello ha llamado escuela leibniziana⁷²; así en casos como los de M. Naghten (un paranoico que mata al primer ministro en 1843), se convierten en referentes de un muy lento cambio jurídico del sistema. En este caso, el juez opinó que la declaración de insanía mental era parte de la carga de la prueba del defensor.⁷³ De este modo una parte del mundo anglosajón dentro de norteamérica opta por esta opción mientras que otros autores han opinado que la incapacidad de entender la naturaleza y las consecuencias de su acto producto de una alteración psicológica, extendiéndose la comprensión de la incapacidad a la imposibilidad de entender la ilicitud o su maldad conducen a una exculpación.⁷⁴ El autor anota que en todo caso en Estados Unidos el resultado de admitir que se procesa a un inimputable se expresa como una sentencia que dice que el autor es “not guilty by reason of insanity” -no culpable por insanía-; mientras que en Inglaterra es “guilty by insanity” -culpable pero insano-. Recordándonos que la fórmula quedó a partir de que Mac Lean atentó contra la Reina Victoria quien al enterarse de la intención del jurado de declararlo no culpable se quejó diciendo “¿Qué es lo que piensa el jurado diciendo que Mac Lean no es culpable?”; en términos prácticos la fórmula al tiempo que se estableció le evitó la cárcel a Mac Lean.

De otro lado Ernesto Chiesa Aponte sostiene que el inicio de la acción penal se

⁷² Tarello, Giovanni “CULTURA JURÍDICA Y CULTURA DEL DERECHO” ED. Fondo de Cultura Económica. Ed. primera 1995. Página 43. Es decir el tratamiento que pretende ser completo de temas a partir de la conexión de premisas y consecuencias jurídicas dentro de la propia Ley.

⁷³ LEVENE, Ricardo “Las Ciencias Penales en EEUU” ED. Universidad. Ed. Buenos Aires 1980, Pag. 83.

⁷⁴ LEVENE, Ricardo “Las Ciencias Penales en EEUU” ED. Universidad. Ed. Buenos Aires 1980, Pag. 84.

verifica siguiendo a la Corte Suprema de Estados Unidos como “En el momento o luego del inicio de los procedimientos judiciales criminales adversativos –ya sea por vía de la formulación formal de cargos, vista preliminar, acusación por un gran jurado, acusación por el fiscal o comparecencia ante un magistrado”⁷⁵

Es claro que un sistema federal, como el de Estados Unidos, supone una diversidad jurisdicciones, tal hecho se deja ver en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal. En todo caso, en el caso del Estado de Puerto Rico la denuncia supone la aparición de una acción penal y, por lo tanto la posibilidad de activar el derecho de defensa. En el caso de nuestra legislación se entiende que el imputado y el no imputado tienen derecho a la defensa por lo que preceptúan los artículos 167 y 268 de nuestro Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004. El problema que ya ha sido señalado en este sentido es que el no imputado no podrá tener acceso en nuestro sistema a las pruebas hasta la audiencia de acusación.

En el caso de las posibilidades con las que cuenta el no imputado en la legislación colombiana están dentro del artículo 167 dice que el defensor “... podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga”. Mientras que, tratándose de un imputado, éste tiene la posibilidad de que otra institución estatal atienda su solicitud “podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo ” (artículo 268 de la Ley 906 de 204). Asegurando el resultado del proceso de consulta, en este caso, con la identificación del contenido de la solicitud lo que no se señala

⁷⁵ Del caso Kirby v. Illinois, 406 US. 682,689 (1972). Traducción presente en la cita a pie de página aportada por el autor en CHIESA Aponte, Ernesto L. “DERECHO PROCESA PENAL DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS” Vol. III ED. Forum Ed. Bogotá 1995. pág. 1.

es si tales garantías se extienden al no imputado, mientras la norma guarda silencio sobre el poder de pedir que sean mostradas los medios probatorios producto de la investigación. De modo que se puede sostener que el derecho de defensa se extiende a cualquier parte del proceso, aunque como veremos esto puede ser interpretado como tener derecho al descubrimiento probatorio o no, de acuerdo a los criterios que se citen dentro de la jurisprudencia.

En el sistema norteamericano el concepto de causa probable tiene un cierto acento que lo aleja de su comprensión inmediata. Efectivamente el problema trasciende la posibilidad de asignar una explicación de las razones del delincuente para violar la ley, importa por la existencia de la cuarta enmienda a la constitución de los Estados Unidos, la determinación de la causa probable es tomada en cuenta para los registros, allanamientos o arrestos, se requiere que esté “fundada en juramento o afirmación”. Así hablamos de un sistema que determina de antemano las condiciones de seriedad de la información para producir cierto tipo de actos procedimentales condicionados, adicionalmente, por una enmienda constitucional; lo que sería en nuestro caso las condiciones de seriedad de la denuncia o la querrela del artículo del artículo 69 de la Ley 906/04.

Volvamos al problema del nacimiento y la vida de la norma en el derecho anglosajón que entrega mayores cuotas de autonomía al juez o al administrador de justicia, pero se aleja de nuestra comprensión del Derecho. Y esto es fundamentalmente así por la influencia que tuvo desde el nacimiento de la república la Filosofía Política francesa. Fundamentalmente la idea expresada en Rousseau de que el acuerdo en la sociedad, el contrato en sus palabras, era tanto un efecto de la sociedad, como una explicación de la misma, es decir resultaba necesario para vivir en sociedad que hubiera un contrato social⁷⁶, la idea de contrato se mantuvo por mucho tiempo asociada con la producción de la voluntad de los representantes del pueblo, y es por sí misma parte fundamental

⁷⁶ Lo que justifica que el contractualismo sea un antecedente que se estudia en algunas facultades de sociología y antropología pues representó una de las primeras reflexiones sobre la cohesión social.

en garantías como la no retroactividad de la norma penal, la favorabilidad de la misma; el debido proceso, porque no puede haber pena sin ley previa, y el juez natural está definido por ley, por sólo tocar los ejemplos más relevantes.

Esta será entonces la primera prueba de que existe en principio una valoración distinta del peso de la palabra de los representantes del pueblo dentro de la estructura jurídica en un sistema anglosajón, al presente en un sistema heredero de las ideas jurídico-políticas de la revolución francesa.

4. CARACTERÍSTICAS DEL DESCUBRIMIENTO DE PRUEBAS

4.1. NORMATIVIDAD

Lo primero que hace falta recordar, si se observa la institución del descubrimiento probatorio en el contexto del sistema procesal presente dentro de la Ley 906/04, es que supone un factor en el contexto de las decisiones que toma la defensa, dado que el conocimiento de las pruebas con las que cuenta la fiscalía podría afectar decisiones como negociar o no con el fiscal, para sólo poner un ejemplo. Tal reconocimiento se puede encontrar en documentos producidos por la misma fiscalía.⁷⁷

Teniendo en cuenta esta comprensión de la importancia del descubrimiento probatorio es necesario recordar que en el artículo 287 de la Ley 906/04 establece que habrá lugar a imputación si “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.”

⁷⁷ Consejo Superior de la Judicatura. El Sistema Probatorio del Juicio Oral. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009. Página 40.

Como parte de la imputación el fiscal de acuerdo al numeral 3º del artículo 288 debe comunicar “Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351”. Con lo que es claro que se abre la posibilidad de allanarse a los cargos de la Fiscalía y lograr, de acuerdo al primer inciso del artículo 351, una rebaja de “hasta la mitad de la pena imponible”. Es cierto que en esta etapa se inicia el proceso de investigación, pasando a la siguiente etapa después de la indagación y, por lo tanto, es posible que ni siquiera existan algunas pruebas importantes que aún se buscan. En todo caso, sean las que sean las pruebas de la fiscalía, en esta etapa no hay descubrimiento, por lo que la decisión deberá ser tomada sin saber el tipo de pruebas con las que cuenta la Fiscalía.

Mientras tanto en la audiencia de acusación de acuerdo a lo establecido en el numeral 5 del artículo 337 de la Ley 906/04, dentro del escrito de acusación se anexa un documento que contiene “a) Los hechos que no requieren prueba”, “b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo”, “c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio”, “d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”, “e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales”. Además del descubrimiento de estos medios de convicción también se suman los medios de prueba y evidencia de descargo y las declaraciones y deposiciones.

Ahora según el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal: “Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.” Agregando el segundo inciso del artículo comentado que “Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se

reducirá en una tercera parte”.

De modo que únicamente hasta este momento la defensa tiene una idea sobre si es posible realizar una defensa o si resulta mejor hacer un aceptación de cargos. Aún cuando de los testigos no tiene sino sus afirmaciones y no se exige dentro del descubrimiento probatorio la presencia de testigo de cargo alguno.

En el sistema penal estadounidense tal obligación también se hace necesaria con la acusación, pero sin embargo, la misma acusación tiene un significado distinto del presente dentro de nuestra acusación. Efectivamente el acusado y el imputado son dos términos en el derecho estadounidense tienen connotaciones distintas y no un significado técnico confiable.⁷⁸ Dependiendo de la gravedad del delito la necesidad de descubrimiento probatorio se da desde la denuncia o con la acusación que exige la identificación del delincuente y la conducta que se investiga, por lo que la acusación dentro del sistema estadounidense tiene algunas de las características de nuestra imputación, al ser la acusación frente a un juez y acompañada de un escrito análogo al escrito de imputación.

Como es claro por el artículo 344 del CPP el descubrimiento se hace obligatorio en la audiencia de formulación de acusación. Sin embargo una información similar había sido presentada dentro de la formulación de imputación del artículo 287 del CPP.

En una comparación del instituto en Puerto Rico, que es la jurisdicción de Estados Unidos de la que tenemos datos, esto debe ser informado por la fiscalía y el juez de acuerdo a los precedentes de *Pueblo v. Cólón Rivera*, que establece el deber de extender el descubrimiento hasta los informes policiales.⁷⁹

Como se deja ver en la exposición el problema del comienzo de la acción no

⁷⁸ CHIESA Aponte, Ernesto L. “DERECHO PROCESA PENAL DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS” Vol. III ED. Forum Ed. Bogotá 1995. pág. 95.

⁷⁹ CHIESA Aponte, Ernesto L. “DERECHO PROCESA PENAL DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS” Vol. III ED. Forum Ed. Bogotá 1995. pág. 232.

está del todo muy claro por la diversidad de sistemas en estados unidos, pero es de suponer que existan medidas generalizadas para evitar una celada probatoria.

Tanto esta posibilidad de hacer aceptación de cargos, como la que se presenta al inicio del juicio oral, según lo establece el artículo 367 del C.P.P, y que permite una rebaja de hasta la sexta de la pena imponible, pueden ser resultado de un análisis con los elementos necesarios para tomar la decisión por parte de la defensa. Aún cuando, sabiendo no sólo las pruebas con las que en principio cuenta la fiscalía, así como con la certeza de que pruebas van a ser usadas en el juicio, por efecto de las peticiones del decreto de pruebas del artículo 357 del C.P.P, y las pruebas que han resultado excluidas en aplicación del artículo 359 del C.P.P.

Ciertamente el nuevo procedimiento penal tiene un compromiso con la verdad distinto al que imperaba en el procedimiento penal de la Ley 600/00. Una de las características principales está en la posibilidad de hacer una aceptación de cargos. Por ejemplo si esta se hace de acuerdo a lo establecido en el artículo 293 del C.P.P., entonces: “Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia”. Por lo que por lo establecido dentro de nuestra reglamentación interesa que la afirmación se presente sin ningún tipo de presión indebida, es decir que la afirmación de culpabilidad es libre y espontánea, independientemente del grado de verdad de lo que afirme aquel que hace aceptación de cargos.

Es posible ver un cambio frente a la legislación presente en la Ley 600/00 en el sentido que el artículo 281 de la misma Ley establecía que “Si se produjera la confesión, el funcionario competente practicará las diligencias pertinentes para

determinar la veracidad de la misma y averiguar las circunstancias de la conducta punible”. Y en el artículo 282 se establecía que: “Para apreciar cualquier clase de confesión y determinar su mérito probatorio, el funcionario judicial tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio”.

Sin lugar a dudas el tratamiento en caso de la confesión del sistema de la Ley 600/00 tiene diferencias apreciables si se compara con el allanamiento de la Ley 906/04 en tanto que la única consideración importante es la relativa libertad dentro del proceso para aceptar cargos, sin que se revisen de fondo otras circunstancias al margen del proceso mismo o de las actuaciones de las partes dentro del mismo que podrían incidir para que una persona se declare culpable de delitos que no ha cometido.

De modo análogo si la manifestación de culpabilidad dentro del proceso se da en la audiencia de juicio oral de acuerdo al artículo 368 se hace un análisis de la libertad de la declaración, sin que se autorice a adelantar ninguna actividad probatoria extra y atenerse a los datos que se presentan a la hora de la declaración de culpabilidad o a las informaciones aportadas por las partes en caso de que se tratara de un preacuerdo entre las partes.

Como hemos tenido ocasión de ver existe una cierta relación entre las rebajas en los años de prisión por efecto de la aceptación de cargos y la cantidad de pruebas que demuestren tener las partes, incluso se autorizan preacuerdos de acuerdo a los intereses de las partes, figura que se ha de encontrar cercana a la aplicación del principio de oportunidad y que introducen la posibilidad de morigerar mediante negociaciones la condena y la pena en ciertas circunstancias.

4.1.2. JURISPRUDENCIA

Mientras del lado de nuestra jurisprudencia se ha asumido la necesidad de defensa constante una vez ha habido accionar del Estado, por ejemplo en la sentencia C-150 del 93 se dice: “toda persona, incluso el **imputado**, tiene derecho a su defensa. Esta comporta el derecho de controvertir las pruebas que se vayan acumulando contra el imputado, incluso en la etapa de investigación previa, puesto que el derecho de defensa es también indisponible y fundamental. Este principio rector no puede ser objeto de regulaciones que lo hagan impracticable, ni que desconozcan la finalidad del Constituyente de rodear del máximo de garantías a la persona que resulta imputada de un posible delito durante la etapa de investigación previa.” (C-150/93).

Resulta llamativo que las condiciones en las que se declaró la protección de los derechos procesales del acusado a una revelación de las pruebas que obran en su contra, se presentó en el contexto de un sistema no inquisitivo, sino acusatorio. Así la corte sostiene que: “Además, debe tenerse en cuenta que bajo las reglas de la nueva Constitución y del nuevo Código de Procedimiento Penal, existe suficiente fundamento jurídico para considerar que las actuaciones de la jurisdicción penal se encuadran dentro de un modelo aproximado al del proceso acusatorio y que esto implica una nueva visión global de las funciones de la Fiscalía General de la Nación y de sus agentes, así como de los jueces penales, dentro de un marco técnico jurídico diverso del que suponía la anterior configuración del proceso penal a la luz de la Carta de 1886 y sus reformas.” (C-150/93).

Otro tipo de sentencias, que parecen dejar de lado estas consideraciones, hacen parte de la jurisprudencia constitucional con posterioridad a la última reforma procesal la Ley 906 de 2004.

Por ejemplo, la Sentencia C-1194/05 sostiene que: “Nuevamente, la tesis general que sustenta la garantía del *discovery* sugiere que todas las partes en el

proceso deben ir al juicio con el mayor conocimiento posible del caso y que ninguna de las partes está autorizada para guardar secretos a la parte contendiente, a menos que el secreto constituya la garantía del derecho a la no auto incriminación. En últimas, para utilizar la terminología del litigio criminal del proceso anglosajón, el *discovery* está diseñado para evitar la "emboscada probatoria". (Bastardilla dentro del texto, Sentencia C-1194/05)

La Corte Constitucional colombiana, para el análisis del descubrimiento probatorio después de la reforma legal de la Ley 906/04, deja de lado la jurisprudencia citada y analiza el problema del siguiente modo: "En efecto, si se considera que la partícula "un", contenida en el precepto, acusado, es un adjetivo cuantificador, es decir, que hace referencia a la cantidad de evidencias cuyo descubrimiento puede solicitar la defensa, y que por ello debe entenderse que la defensa sólo puede solicitar el descubrimiento de "uno solo" de los elementos probatorios recaudados por la Fiscalía, entonces no habría alternativa diferente a considerar que la norma es contraria al espíritu general del sistema penal acusatorio y, en particular, al principio de igualdad de armas, en tanto que el acusado no tiene acceso al material probatorio recaudado por la Fiscalía, sino únicamente, a uno de sus elementos." (Sentencia C-1194/05).

Evidentemente la Corte Constitucional reconoce que el sistema de descubrimiento probatorio tiene una relación directa con el principio de igualdad de armas. "Para esta Corporación es evidente que, interpretada en el contexto del sistema acusatorio, concretamente en el marco del principio de igualdad de armas, la norma no puede ser entendida en el sentido de considerar que el legislador quiso limitar el acceso de la defensa a uno sólo de los medios probatorios de la Fiscalía, con exclusión de los demás. Por el contrario, considera que el objeto de la ley es permitirle a la defensa acceder al descubrimiento de cualquiera de los elementos de convicción de que tenga noticia que posee la Fiscalía." (Sentencia C-1194/05).

Encontrando que, de acuerdo a la interpretación que se reclama inconstitucional, hay una afectación al mencionado principio “La distorsión del principio de igualdad resulta palpable cuando menos por dos razones: la primera, porque ninguna disposición del Código de Procedimiento Penal obliga a la Fiscalía a descubrirse totalmente respecto de las pruebas de cargo y descargo que estén en su poder; la segunda, porque no resulta factible que la defensa estructure su estrategia sobre la base de las pruebas que de antemano conozca que están en poder de la Fiscalía.” (Sentencia C-1194/05).

Concluyendo la corte que: “Percibido desde este punto de vista, la norma habría desbalanceado el equilibrio de armas que imponen las normas constitucionales y los principios generales del Código de Procedimiento Penal, pues la defensa no accedería al material probatorio en igualdad de condiciones que la Fiscalía.” (Sentencia C-1194/05). “A lo anterior puede sumarse que, según se desprende del artículo 344 del C.P.P., la solicitud del descubrimiento específico de la defensa no está restringida a la Fiscalía, sino que puede solicitarse a otras entidades, publicas y privadas, o, incluso, a personas naturales, pues la disposición expresamente sostiene que *“la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento”*. “ (Sentencia C-1194/05).

Por lo que introduce una nueva interpretación de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal “Lo anterior indica que la potestad que tiene la defensa de solicitar descubrimientos puntuales a la Fiscalía o a quien corresponda no va en contravía de su derecho a conocer los elementos de convicción aportados al proceso por el fiscal, más todavía cuando, por orden expresa del artículo 346 del C.P.P., la defensa cuenta con un mecanismo de seguridad adicional en materia de descubrimiento de pruebas, pues, *“[l]os elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser*

aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada". (Sentencia C-1194/05, negritas fuera del texto original).

Por lo que parece ser que la Corte Constitucional no parece mantener el mismo criterio antes y después de la última reforma procesal. En este sentido lo que claramente se deja ver es un problema de cambio de parámetros que deja en el investigador la duda sobre si en última instancia es posible decir que el sistema actual de descubrimiento probatorio se encuentra acorde a nuestra cultura jurídica, dependiente más del punto de vista francés para explicar las relaciones del Estado con los particulares, y nuestro marco constitucional.

Además de la diferencia interpretativa señalada, en buena parte producto de asumir con un nuevo tipo de compromiso las instituciones del derecho anglosajón, la Corte Constitucional ha encontrado una cierta tensión en las comprensiones de la justicia dentro del proceso, que efectivamente afectan la comprensión del debido proceso.

“La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-396 de 2007, estableció la constitucionalidad de la prohibición contenida en el artículo 361. Dicha constitucionalidad radica en el hecho que si bien existe el deber de búsqueda de la verdad en el proceso penal, deber que está subordinado al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los principios rectores y reglas probatorias del proceso.”⁸⁰

Esta diferencia entre la búsqueda de la verdad y las garantías procesales no conduce sin embargo a la pasividad procesal del juez en nuestro sistema, pues:

⁸⁰ Riveros Barragán, Juan David y Encinales Jaramillo, María Alejandra. «CONFLICTO DE LA JURISPRUDENCIA EN REFERENCIA A LA PRUEBA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO DE LA LEY 906 DE 2004» Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 37 año 2011.

“De manera posterior, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de abril de 2008 estableció que el juez, en materia penal, tiene un papel activo dentro del proceso. Sin hacer alusión a una posible excepción a la prohibición del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, la Corte indicó que la necesidad de una condición de imparcialidad por parte del juez no implica su absoluta pasividad en materia probatoria.”⁸¹

La tensión que ha registrado la corte entre las garantías procesales y el deber de buscar la verdad como una especie de corolario de la justicia se decanta prontamente: “Así las cosas, sin que se pretenda definir cuál es la posición doctrinaria acertada, lo cierto es que desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso penal.” (C-396 de 2007).

Pero la Corte Constitucional nos aclara que ésta justicia material: “está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en estados de excepción pueden suspenderse (artículo 214, numeral 2o, de la Carta). De esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso.” (C-396 de 2007).

Así las cosas, es posible entender en realidad la aparición de dos concepciones

⁸¹ Ibidem. El autor cita la sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 23 de abril de 2008, MP: Sigifredo Espinosa Pérez, proceso No. 29118.

de la justicia en competencia dentro de nuestro sistema, de un lado la justicia material entendida, entre otras cosas como derecho a la verdad, y de otro lado, entendida como justicia procesal. Esta última concepción resultado del desarrollo del derecho anglosajón.

Mientras la sentencia C-396/07 se centra en el problema de la aparición de las víctimas en el proceso penal y sus poderes procesales; la sentencia toca el descubrimiento probatorio de un modo indirecto. La sentencia C-396 de 2007 no toca el problema del descubrimiento probatorio como parte de las consideraciones ineludibles dentro de la sentencia y no considera los posibles cambios que introduce la sentencia dentro del proceso de descubrimiento de pruebas, en una extensa línea jurisprudencial que se centra en los derecho de las víctimas⁸².

Es claro que la introducción de mayores poderes probatorios, no sólo para el juez sino para los representantes del ministerio público y de modo más limitado para las víctimas, afectan la igualdad de armas, consideración que no parece ser abordada de un modo sistemático por la corte, al introducir condicionamientos más propios del derecho entendido como justicia material en el marco del proceso inquisitivo.

Como vamos hasta aquí es claro que han habido tres tipos de afirmaciones dentro de la jurisprudencia afectados por las reformas legales y constitucionales, pero al tiempo producto de la reflexión de los tribunales sobre el contenido del derecho a la defensa y su relación con los valores imperantes dentro del proceso. La primera afirmación sería que el derecho de defensa está relacionado con el derecho a conocer que tiene el Estado en contra del procesado, este será el caso de la Sentencia C-150/93. El segundo momento supone necesariamente una desconexión de el primer evento con el segundo es

⁸² Las sentencias citadas sobre el papel de las víctimas dentro del proceso son las siguientes C-695 de 2002, C-04 de 2003, C-871 de 2003, C-575 de 2006, C-370 de 2006 y C-454 de 2006, C-872 de 2003, C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, C-228 de 2002, C-004 de 2003 y C-014 de 2004.

el que encuentra en sentencias posteriores a la Ley 906/04, es el caso de la sentencia C-1194/05. Finalmente existe un tercer punto de vista que al analizar el derecho a la verdad de las víctimas reconoce un conflicto entre este derecho y la dignidad y las garantías procesales del procesado, es la perspectiva de la Sentencia C-396/07. En esta sentencia se analizan los métodos para garantizar el derecho a la verdad dentro del proceso penal de las víctimas teniendo en cuenta que las víctimas no son, en estricto sentido parte dentro del proceso. En el caso de este tercer tipo de sentencia, se trata de sentencias que no parecen orientarse directamente a revisar las instituciones del descubrimiento probatorio, pero en la práctica suponen problemas que definitivamente arrojan consecuencias sobre el instituto.

En este sentido se hace necesario hacer una revisión general los posibles elementos que pueden afectar el conjunto de pruebas que son expuestas en la audiencia de acusación.

La sentencia más reciente encontrada sobre el problema de las pruebas de oficio se encuentra en la sentencia C-144/10. La sentencia supone un conjunto de normas demandadas que empiezan con los artículos 17 (parcial) y 454 (parcial) del C.P.P. Mientras que las previsiones presentes dentro de estos artículos establecen las condiciones de tiempo en las que deben darse los juicios que se procesen de acuerdo a la Ley 906/04. Fundamentalmente se sostiene que el juicio debe hacerse de modo preferente en un periodo concentrado y que a juicio del juez se puede suspender hasta por periodos de 30 días. Sobre los artículos tanto la parte demandante como los intervinientes de la Universidad Nacional opinan que el artículo promueve una indeterminación que puede extender injustamente el juicio, por lo que las garantías procesales pueden verse excesivamente flexibilizadas. Mientras tanto la procuraduría sostiene que la legislación es acorde con la Constitución al considerar que la posibilidad de suspender la audiencia de juicio.

Los apartes destacados de los artículos 112 y 357 son vistos por la crítica a las normas como un problema de carácter, sin que pueda decirse sin más, estructural. En éste contexto usaremos la palabra estructural, como una palabra que tiene que ver con los principios del sistema. Sabemos que los principios en un sistema constitucional no son normas de aplicación uniforme, en términos de Alexy esto los distingue de lo que el mismo autor denomina las **reglas**, esto es normas de aplicación uniforme conformadas por un su puesto legal y una consecuencia. No suena para nada atrevido además sostener que detrás de un principio hay una suerte de consideración, esto es de razón que al tiempo puede funcionar como justificación y como orientación del sistema de reglas. El principio puede ser visto como un valor y como un mandato de acuerdo a la cara que veámos en él. Analicemos cada aspecto, la discusión es importante en tanto que es posible que tenga aplicación en el otra área de esta investigación. No está de más aclarar que esta otra investigación pretende establecer las relaciones del sistema legal ingles con su **cultura**. Analizaremos cada faceta que veamos y después justificaremos la relación del principio como algo estructural como el papel de una palabra que de cambiar de sentido rompe con la coherencia de un sistema legal. Mientras es claro que en aplicación de las garantías del juicio, las víctimas deben tramitar sus intereses probatorios mediante la fiscalía, decisión concreta de la sentencia C-396/07; por otro lado el procurador puede pedir la práctica de pruebas anticipadas por el artículos 122 del C.P.P., y puede pedir la práctica de pruebas en la audiencia preparatoria por el artículo 357 del C.P.P.

De un lado mientras un principio es en parte de aplicación mediada, y en relación con otros principios, es mediada porque muchas reglas pueden ser vistas como realización para casos concretos de un principio que se encuentra presente en la Ley. De este modo se puede ver la prohibición al homicidio como un medio para garantizar el respeto al principio de dignidad humana dentro de nuestro ordenamiento Constitucional. Pero de faltar la regla el principio puede ser un método de cubrimiento del vacío jurídico, al tiempo que un modo de

interpretar las normas entre sí. Con lo primero se quiere decir que se puede expresar como razonamiento, expresión que, además puede incidir en las condiciones de pertinencia de un principio dentro de una discusión jurídica. En este caso se argumenta que hay una distinción entre las funciones de investigación y juicio por lo que las normas demandadas rompen con este principio. Sobre este asunto el Ministerio Público opina que el papel de la Procuraduría en el proceso está en contacto con las funciones reconocidas de la procuraduría.

La corte expondrá del siguiente modo las condiciones del sistema en esta sentencia “Todos estos elementos han permitido señalar que el sistema procesal penal adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano recoge un modelo propio, singular, específico. En efecto, lo que se ha concebido es un sistema mixto, pero esta vez, conforme al Acto legislativo No. 03 de 2002 y a su desarrollo normativo a partir de la Ley 906 de 2004, con tendencia acusatoria” (C-144/10).

El sistema será mixto ¿En orden a que conserva características del sistema inquisitivo? Puede deducirse eso, pues “a la par con tales características comunes a los regímenes acusatorios propiamente dichos, se observan otras que alteran la fisonomía del procedimiento y le imprimen su identidad variada y compleja, adecuada a las necesidades y al entorno social e institucional colombianos” (C-144/10). Y el entorno, desde el punto de las instituciones penales, era un sistema inquisitivo.

“Estos y otros elementos dan cuenta pues, de que a la hora de estudiar las disposiciones de la ley procesal penal, no puede el intérprete partir del supuesto de que su contenido debe, a toda costa, adecuarse a un arquetipo determinado. El estudio de la ordenación dispuesta por el legislador sobre la materia y su valoración a la luz de la Constitución, deben producirse a partir de un reconocimiento del sistema procesal penal en su propia especificidad y en su

forma de participar en los fines del Estado“ (C-144/10).

Lo que intenta determinar la Corte Constitucional en su análisis es si la presencia y los poderes del ministerio público, fundamentalmente en lo que tiene que ver con los poderes probatorios que se le reconocen, vulnera las garantías procesales propias de un sistema acusatorio. La Corte se ve obligada a hacer un recorrido por su propia jurisprudencia sobre el principio de libertad del legislador para configurar las formas jurídicas, recuerda que la discusión sobre el papel del ministerio público nunca fue dejada de lado dentro del proceso legislativo, haciendo un recuento de los múltiples poderes que se le reconocieron dentro de la Ley 906/04. La corte concluye su argumento diciendo que “Se trata entonces, de una participación principal que no accidental, que se aprecia en todos los momentos del proceso, a punto de determinar, en el asunto en comento, que aún sin existir regulación expresa, la decisión de archivo de diligencias por parte de la Fiscalía debiera ser no sólo motivada sino también notificada tanto al Ministerio público como al denunciante. Es decir que, no obstante la determinación de la Fiscalía se fundara en una causal objetiva tan precisa como la inexistencia de delito, al reconocer el valor que en el proceso penal posee la presencia del Ministerio público, éste debía tener conocimiento de la misma, para que en caso de hallarla contraria a derecho o a los derechos fundamentales en juego, pudiera controvertirla e impugnarla” (C-144/10).

Más adelante, la corte nos aclara que las posibilidades de ordenar pruebas de oficio so exclusivas de los jueces de garantías y no del juez de conocimiento.⁸³ Sin embargo hace falta señalar que ciertamente el Ministerio Público funciona sobre un supuesto presente en la jurisprudencia antes citada. Su papel parece estar destinado tanto a defender las garantías del procesado, como a proteger los intereses del todo social, doble función que únicamente logra tener unidad a partir del supuesto de la justicia como acceso a la verdad, rasgo que se comprenderá tiende a ser propio del derecho penal de carácter inquisitivo.

⁸³ Para lo que cita la sentencia C-396/07.

Esta búsqueda de verdad es admitida por la misma Corte Constitucional que sostiene “En este sentido, no sólo es quien está llamado a concretar el *ius puniendi* del Estado, sino que también es el encargado de buscar la verdad, procurar la prevalencia del derecho sustancial, así como la defensa y protección efectiva de los derechos del procesado y de las víctimas.” (C-144/10).

De modo que la corte declara por esto argumentos exequible el artículo 112 del C.P.P. que le entrega la posibilidad de pedir pruebas anticipadas al Ministerio Público, así como de intervenir excepcionalmente en la audiencia preparatoria del juicio para pedir pruebas previsto en el artículo 357 del C.P.P., así mismo establece el derecho para intervenir dentro de los interrogatorios para hacer preguntas con la finalidad de hacer más claro el caso del artículo 397 del C.P.P.

El rediseño de el sistema penal que supone la Ley 906/04, ha sido un proceso por legislaciones anteriores que nos han acercado a un modelo de justicia anglosajón; la corte lo expresa de la siguiente manera: “En un comienzo, la idea consistía en replantear las funciones del Ministerio Público en el proceso penal, ya que, tal y como se defendía en el proyecto presentado por el Gobierno, al otorgarse a los jueces de garantías el control de la legalidad de las medidas limitativas de derechos, la presencia del Ministerio Público dentro del esquema propuesto era innecesaria”⁸⁴.

Es claro sin embargo que la expectativa de que el sistema fuera lo más parecido posible al sistema acusatorio puro resulto irrealizable en la Ley 906/04, principalmente por un problema que se le puede adjudicar a la estructura institucional en nuestro país, la corte lo expone desde un punto de vista meramente referida a la voluntad del legislador en torno al papel del Ministerio público que en un principio parecía estar fuera del proceso penal pero “No

⁸⁴ Sentencia C- 966 de 2003 citada en la sentencia C- 591/05

obstante, a lo largo de las discusiones legislativas, la posición del Congreso respecto del papel de la Procuraduría en el proceso penal varió al punto que en la segunda vuelta, durante el debate en el Senado de la República, dicha célula legislativa decidió permitir el ingreso del Ministerio Público al proceso penal con el fin de armonizar sus funciones con aquellas que le confiere el artículo 277 de la Carta y permitir, fundamentalmente, la conservación y protección de las garantías sustanciales y procesales, de contenido individual y público, en el desarrollo de los procesos penales tramitados en el país”⁸⁵.

En un análisis un poco más detallado del problema la Corte Constitucional sostiene que “Antes del juicio, la defensa tiene el derecho a requerirle al fiscal que descubra las pruebas exculpatorias, figura conocida como "*discovery*", con el propósito de garantizar la vigencia del principio de igualdad de armas. De igual manera, el fiscal puede realizar concesiones o "*plea bargaining*" al sindicado, a cambio de la aceptación de su responsabilidad, lo cual implica renunciar a su derecho a un juicio. Los beneficios suelen consistir en una rebaja de pena o en la imputación de menos cargos. Una vez acordada la negociación debe serle comunicada al juez”⁸⁶.

La corte por lo tanto termina sosteniendo que las características probatorias de la Ley son acordes con la constitución en tanto que meras excepciones al principio de inmediación de la prueba y de contradicción. Sin embargo, antes de eso, la Corte Constitucional nos señala que “Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la "*igualdad de armas*", encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, "*que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación,*

⁸⁵ Sentencia C- 966 de 2003 citada en la sentencia C- 591/05

⁸⁶ Sentencia C- 591/05

prueba e impugnación”⁸⁷. Importante afirmación de la corte que sin embargo es dejada de lado en el análisis posterior de la sentencia que como ya señalábamos declara constitucional la prueba anticipada en el sistema acusatorio colombiano.

En resumen se puede afirmar que la Corte Constitucional ha encontrado en el proceso de análisis de las sentencias que el proceso colombiano está guiado por valores que no se encontrarían en otras legislaciones, fundamentalmente sobre una concepción local que conecta la idea de la verdad con la idea de un proceso justo; pero, y esto es lo importante para nuestro caso, cada uno de los eventos procesales que podrían extender sus consecuencias sobre la institución del descubrimiento probatorio y plantean una tensión de principios es reiteradamente fallada a favor de uno de ellos en virtud de la libertad configurativa que tiene el legislador sobre las normas. Si bien la corte no desliga al descubrimiento probatorio del principio de igualdad de armas del sistema acusatorio, en cada una de las sentencias el seguir la libertad configurativa del legislador y al decidir en cada uno de estos casos siguiendo reiteradamente uno y el mismo de los principios en cuestión, lo que puede resultar efectivamente lesionado es este el principio de igualdad de armas.

Así, la participación de las víctimas en materia probatoria está justificada por la verdad dentro del proceso; los poderes y la participación del Ministerio Público, también se justifican por la verdad dentro del proceso como opción del legislador; las excepciones sobre los principios de inmediación, y posiblemente contradicción de la prueba, cuando se trata de prueba anticipada se encuentran justificados en los mismos principios de libertad configurativa del legislador y la verdad dentro del proceso. Todos estos, eventos que atraen consecuencias sobre el descubrimiento de la prueba, pero sin embargo la igualdad de armas parece quedar incólume dentro del tratamiento de la Corte Constitucional cuando se habla del descubrimiento probatorio.

⁸⁷ Sentencia C- 591/05

Pero no es sólo el problema que supone darle la libertad al legislador para hacer participar a más actores dentro del proceso, que en el caso de los menores infractores de la Ley penal incluso tiene hasta al defensor de familia como funcionario estatal con algún papel dentro de proceso. Sino que se ha llegado a afirmar que “no se observa una razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, como quiera que su participación en esta etapa previa al juicio no conlleva una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal introducido por el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, no altera la igualdad de armas, ni modifica la calidad de la víctima como interviniente especialmente protegido”.⁸⁸ Cosa que “entraña un incumplimiento, por parte del legislador, del deber de configurar una verdadera intervención de la víctima en el proceso penal que le impide asegurar el derecho a la verdad y del derecho de las víctimas consagrado en el literal d) del artículo 11 de la Ley 906 de 2004. Por lo anterior, esta omisión resulta inconstitucional.”⁸⁹ Consideración que lleva a la Corte Constitucional a condicionar la constitucionalidad del artículo 344 de la Ley 906/04, al hecho de que se interprete que las víctimas también tienen derecho a pedir el descubrimiento de un elemento material probatorio o evidencia física específica. La Corte Constitucional incluso piensa que por tratarse de algo que sucede en una etapa previa al juicio no afecta la igualdad de armas entre las partes.⁹⁰

En el análisis de la Corte presente en la sentencia C-563/08 la corte determinó que el traslado de los elementos encontrados por la defensa al instituto de medicina legal al que se refería el artículo 168 de la Ley 906/04 podía ser interpretado de dos maneras: “Una primera interpretación, afirma que esta norma hace referencia no a una obligación sino más bien a una *facultad* concedida al imputado y a su defensor, para trasladar los elementos materiales probatorios y evidencia física recaudados durante la etapa de investigación al

⁸⁸ Sentencia C-209/07.

⁸⁹ Sentencia C-209/07.

⁹⁰ Sentencia C-209/07, consideración 7.4.3.

respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el fin de que sean examinados. Esta interpretación se expone, por ejemplo, en la intervención del Ministerio del Interior y de Justicia.”⁹¹

Mientras que” Una segunda interpretación, sostiene que la disposición contenida en el artículo 268 de la Ley 906 del 2004, no prevé una facultad sino una *obligación* para el imputado o su defensor, de llevar necesariamente el material probatorio y evidencia física recaudada durante la etapa de investigación, de manera exclusiva al laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para que sean examinados.”⁹²

La sentencia que analiza con algún grado de detenimiento el problema de la igualdad de armas se decanta por la primera de las opciones que presenta la norma, como aquella opción que resulta acorde con el sistema constitucional. Por tanto elimina del artículo aquella expresión que permite entender que el descubrimiento al instituto de medicina legal es obligatorio.

Es observable sin embargo en la sentencia que el análisis del principio de igualdad de armas sólo cuenta dentro de sus supuestos a la Fiscalía y a la defensa dejando de lado los otros actores en el proceso analizados en las sentencias precedentes. En este caso la sentencia hace un análisis un poco más detallado equilibrando conceptos contrapuestos es decir se sostiene que “El principio de ***igualdad de armas o igualdad de medios***, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.”⁹³ (Negritas en el texto original)

⁹¹ Sentencia C-563/08.

⁹² Sentencia C-563/08.

⁹³ Sentencia C-563/08.

4.1.3. CORTE SUPREMA

De otro lado, la Corte Suprema ha sostenido, en el sonado caso de unos hinchas de santafé que agreden a otro fanático del mismo equipo dentro del Estadio el Campín, que “Igual que en los distintos eventos, la declaratoria de nulidad originada en el proceso de descubrimiento, bien sea a solicitud de parte o de manera oficiosa, se rige por el principio de trascendencia, de suerte que no cualquier suceso irregular tiene la virtualidad de invalidar lo actuado; sino que esa medida extrema podrá tomarse únicamente cuando quiera que el Juez verifique la vulneración cierta de las garantías fundamentales, o cuando la parte que alega lo demuestre ”.⁹⁴

Sumando a lo anterior que para la Corte Suprema: “Se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento; ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática”.⁹⁵ Afirmaciones ambas que resultan difíciles de compartir pues es claro que existe la prohibición del artículo 346 de la Ley 906/04 en tanto que los medios de prueba “deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos en el proceso ni convertirse en prueba dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio”, lo que no es más que una auténtica exclusión del juicio de estos medios probatorios.

Así pues cuando la Corte suprema sostiene que “La regla de exclusión sólo opera frente a pruebas ilícitas y pruebas ilegales. La definición previa acerca de la autenticidad de la evidencia no es tema de ilicitud ni de legalidad; por tanto, no condiciona la prueba que sobre ella verse, en cuanto a su admisión o práctica”,⁹⁶ no se puede estar menos que en desacuerdo, en primer lugar porque

⁹⁴ Sentencia de Casación No. 25920 del 21 de febrero de 2007.

⁹⁵ Sentencia de Casación No. 25920 del 21 de febrero de 2007.

⁹⁶ Sentencia de Casación No. 25920 del 21 de febrero de 2007. Apartado 2.4.7.

efectivamente el artículo 346 de la Ley 906/04 parcialmente transcrito arriba demuestra que no es únicamente un caso de prueba ilegal, y en segundo lugar el argumento tiene la posible consecuencia perversa de poder condenar con documentos de los cuales no se tiene presente su autenticidad.

Como un dato que tiende a ser marginal pero que no sobra resaltar se encuentra que efectivamente hay una excepción adicional a la existente dentro del artículo 345 de la Ley 906/04, que establece los casos en los que las partes no pueden ser obligadas a descubrir los elementos que tengan. Tal caso excepcional esta en la prueba sobreviniente en la que coherentemente la Corte suprema ha encontrado una razón dentro del mismo sistema acusatorio por la cual no valdría hablar de descubrimiento probatorio aunque sin embargo la misma Ley 906/04 ordena que se aplique teniendo en cuenta de no vulnerar excesivamente la posición de la defensa en la introducción de la prueba sobreviniente.⁹⁷

Ciertamente el principio de la igualdad de armas no es sin más el principio de la identidad de armas, de ser ese el caso la defensa tendrías poderes que le permitirían infiltrar una organización o hacer una allanamiento y la carga de la prueba operarías de modo dinámico en el derecho penal; pero tal no es el caso. De otro lado el concepto de igualdad no conduce a lo idéntico, que dos cantidades sean iguales en matemática no significa sin más que a un lado y otro del signo de igualdad estén exactamente los mismos números, decir por ejemplo que cinco es igual a cinco, no es más que un gasto de palabras: no introduce información nueva, cosa distinta pasa en el caso de que se diga que tres mas dos es igual a cinco.

Sin embargo, el principio conduce a lo que se admitiría como un mandato de optimización, una directiva que conduce a tener en cuenta la igualdad de las posibilidades de las partes dentro de los eventos del proceso, e incluso, en los

⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 30645 del 4 de marzo de 2009.

juicios de constitucionalidad de sus normas. El problema que se plantea en este orden de ideas es ¿cómo es posible determinar que los poderes y cargas dispuestos de manera diferencial entre la fiscalía y la defensa son iguales?

Es claro que el cálculo es, sin más, imposible; y por lo tanto, no podrá ser siempre más que aproximativo. Esto supondrá una norma que tiene muchas dificultades para ser tratada como regla mientras que, por tanto queda exclusivamente como principio de aplicación dentro del proceso penal. De otro lado es claro que la igualdad de armas dentro de un proceso se encuentra en conexión con la estructura misma de un proceso. Si a juicio del legislador una determinada estructura procesal esta equilibrada en tanto que supone la igualdad de armas entre las partes, o un modelo aproximativo de la misma; la transformación de los poderes o de los roles dentro del proceso supone un desequilibrio dentro de esa igualdad de armas.

Lo cierto es que el descubrimiento probatorio ha podido ser antes que un método para garantizar la igualdad de armas, un método para debilitarla, un ejemplo de lo expuesto se encuentra en la sentencia de casación contra Juan Carlos Palomeque en el que la Corte Suprema avala una entrevista usada como prueba de referencia por un perito, cuando la persona entrevistada ha participado del juicio como testigo y ha afirmado cosas distintas a las expresadas en la entrevista; justificando tal uso en el hecho de que la entrevista ha participado en su momento del descubrimiento probatorio.⁹⁸ En efecto la corte en este caso fundamenta su decisión en la existencia de amenazas contra la testigo, pero tales amenazas no aparecen probadas dentro del proceso. Factor de suma importancia porque, de ser ciertas las amenazas, debería adelantarse una protección de la testigo y, dado que en el proceso se sostenía que tales amenazas venían del paramilitarismo, tal protección debería extenderse en el tiempo, en tanto que el acusado fue condenado si bien sin su testimonio, sí con sus afirmaciones aceptadas dentro de proceso como “prueba de referencia”.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de Octubre de 2009. No. 31001.

Llama la atención que la corte suprema mantenga la una interpretación que no integra la sentencia C-1194/05 al sostener que “Dado que en curso de la audiencia de formulación de acusación, el juez, por solicitud de la defensa, pudo imponer a la fiscalía la obligación de darle a conocer, dentro de los tres días siguientes a la culminación de la diligencia, uno, varios o todos los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes relacionados en el escrito de acusación (artículo 344, inciso primero de la Ley 906 de 2004), la audiencia preparatoria se abre consultando a la defensa acerca del cumplimiento, por parte de la fiscalía, de lo dispuesto respecto del descubrimiento en cita.”⁹⁹

Sin embargo, vale la pena aclarar que la Corte Constitucional en esta sentencia concluyó que el artículo 344 debía ser interpretado de modo independiente a lo establecido en el artículo 250 de la Constitución, creando una frase de difícil comprensión, lo cierto es que la Corte Constitucional reitera en el cuerpo de la sentencia que el descubrimiento del artículo 344 de la Ley 906/04 debe ser interpretado como que ordena el descubrimiento total de las pruebas de la fiscalía y, por tanto, que los tres días para el descubrimiento operan contra terceros institucionales en posesión de pruebas relevantes para el proceso.

A modo de síntesis de todo lo expuesto anteriormente se puede decir que el desarrollo del Derecho anglosajón se conformó a partir de la diversidad de leyes en el contexto de una estructura medieval, en un esquema en donde la justicia de la decisión judicial gravitaba sobre la aceptación de la decisión por el contexto social y cultural encarnado en el jurado. El juez hacía las veces de árbitro en los juicios penales. La acción de perseguir la desviación a las normas gravitaba dentro de los intereses del Rey y como los métodos para establecer su legitimidad, razón por la cual las labores de fiscalía eran propias del ejecutivo y permanecen como tales en Estados Unidos. La no persecución del delito quedaban del lado del Estado que incluso puede negociar con un delincuente

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de Junio de 2007. No. 27608.

bajo la premisa de obtener la derrota de un delincuente más peligroso o más grande, por ejemplo dentro de una organización. La garantía de los derechos del acusado quedaban del lado de su defensor como de ser juzgado “por sus iguales”; de otro lado, el mismo jurado pensaba en los derechos de la colectividad. La comprensión del evento del delito por tanto nunca llegó a tener el grado de sofisticación que se generó dentro del continente que ha producido, no una, sino múltiples teóricas del delito, quedando más cerca de lo que expusimos como normas culturales o sociales y alejado de la sofisticación de la norma jurídica de Mayer en el contexto continental. Eso explica la comprensión difusa aún hoy día de reglas de la irretroactividad de la ley penal en el contexto anglosajón por lo ya expuesto y la relación de las normas con la comprensión meramente social de lo inaceptable, en general el límite más difuso entre la norma jurídica y la social en estos contextos.

Por otro lado la fuerte presencia del valor de acercamiento máximo entre la verdad procesal y la verdad del mundo real en nuestro sistema hace que nuestro concepto de justicia en general se distinga del anglosajón por su interés predominante por la justicia como resultado ajustado lo más posible a los hechos tal cual pasaron; mientras que en el contexto anglosajón tiende a predominar un concepto de la justicia como meramente procesal, una decisión es justa por esta vía, si en su producción se respetaron las reglas de la confrontación ritualizada dentro del juicio, ciertamente es una justicia más arbitral en donde lo que importa más que la verdad del resultado es la corrección del método.

Tales diferencias son coherentes con su pasado más remoto en términos de teoría del conocimiento, el nominalismo y el empirismo, mientras que las escuelas que más predominaron en el continente europeo fueron el innatismo y el racionalismo sobre todo de corte Leibniziano, que al tiempo tubo un importante aporte en nuestra idea del Derecho codificado y de nuestra noción de la relación de tal Derecho con un territorio y la soberanía estatal. Tales

diferencias básicas de nuestras matrices culturales se han colado, en nuestro concepto, en la perspectiva constitucional y de interpretación legal de la institución del descubrimiento probatorio. Fundamentalmente porque aumentan la carga de la verdad entendida como hecho en el mundo. De este modo, la verdad como aspiración legítima de una decisión justa ha extendido los poderes relativos a la petición de pruebas de los más disímiles participantes dentro de nuestro modelo de juicio oral y ha visto en conjunto modifica las condiciones de igualdad de armas de los participantes principales.

De otro lado, aún a pesar de la fuerte participación del ejecutivo en la elección del fiscal, dado que el postula la terna de donde la Corte Suprema elige a la cabeza de la Fiscalía, el peso de los aciertos o desaciertos en la conducción de la política criminal recae sobre la rama judicial al pertenecer esta institución a éste poder público y la suerte de la institucionales judicial frente a la opinión publica queda por esta vía en manos de un postulado por el ejecutivo. Con una autonomía superior para negociar los procesos y un poder superior estratégico, por el compromiso de nuestra cultura jurídica con la idea de la verdad, frente a procesado cuando decide llevarlo a juicio.

CONCLUSIONES

De lo sostenido en el marco teórico ha quedado claro que el problema de las garantías procesales, era más bien propio de la eficacia interna de la norma. Es decir tiene que ver con los modos de ver e interpretar de los versados en derecho avocados a traducir las normas del Estado para cada violación a un bien jurídico determinado. En la revisión histórica sobre el derecho inglés concluimos que tendía a poner la norma demostrada por la práctica como Derecho, a obtener resultados para los casos puntuales y a generar interpretaciones de acuerdo a los casos.

De la Ley y la jurisprudencia podemos concluir que ante las interpretaciones del valor de la justicia dentro de nuestro sistema ha primado de parte del legislador y de la jurisprudencia el de la verdad. Sin embargo, la observación de la norma también concluye que en la legislación han tenido eficacia normas a favor de la idea de justicia acorde a las garantías del imputado. Efectivamente, señalamos que en caso de allanamiento, la verdad como valor cedía ante otros principios, como la garantía que tiene el sindicado de decidir sobre sus derechos litigiosos y la suerte de su proceso. Como ya se reseñó los espacios de negociación tienen cierta conexión con la menor o mayor parte de la pena que permite negociar el código en cada etapa procesal empezando por hasta la mitad, pasando a una tercera parte en la acusación y finalizando por una sexta parte en el comienzo del juicio oral. También se determinó el papel que juega el descubrimiento probatorio en toda esta estructura.

Ciertamente el descubrimiento probatorio en este contexto hace, al tiempo, parte de un contexto de decisiones estratégicas para la defensa, con la claridad que el principio de igualdad de armas tiene una buena interpretación como igualdad de circunstancias más que identidad de medios, en tanto que los poderes de la fiscalía y la presunción de inocencia no son medios que compartan ambas partes.

La discusión que se planteó al comienzo podrá ser respondida si se parte de la idea de que en el proceso original, es decir en el anglosajón, la existencia de una etapa particular en la que se hace descubrimiento probatorio, garantiza la igualdad de armas en un proceso que tiene jurado, y en donde los jueces tienen mayores restricciones que las nuestras para ordenar pruebas y hay menos factores institucionales, es decir sujetos con capacidad de incidir en el proceso. De este modo si existe una igualdad de armas en el proceso anglosajón, entendida más como una igualdad de posibilidades procesales ¿es posible que exista en un juicio sin jurado y con pruebas de oficio?

Nuestra respuesta es que las concesiones hechas a favor del principio de justicia como verdad como por ejemplo la incidencia de nuevos factores alejados al proceso de estirpe puramente anglosajona, es decir el modo interno de ordenar y entender las garantías procesales dentro de nuestra cultura jurídica, debieron afectar el equilibrio de posibilidades procesales que supone el equilibrio de armas. De modo que o las condiciones del descubrimiento no reponen la igualdad de armas perdida por otras vías, o el sistema colombiano cumple lo más estrictamente posible el principio de igualdad de armas, caso en el cual los anglosajones sólo pensaron el concepto que no habría tenido aplicación real nunca dentro su sistema judicial.

Lo que queda como la última afirmación que además tiende a la menor corrección lógica es que ambos sistemas cumplen con el principio de igualdad de armas, cuando hay todo un conjunto nuevo de factores procesales de los cuales no se puede decir que favorecen al procesado y el procesado no cuenta con la garantía de ser juzgado por personas en condiciones equiparables a las suyas; es decir no cuenta con la garantía de ser juzgado “por sus iguales” para parafrasear el término presente Carta de Derechos.

Hemos sostenido por tanto que la institución del descubrimiento probatorio tiene

un contexto cultural y disciplinario que refiere a un origen, el contenido del concepto depende del contexto, un cambio de contexto cambia el contenido de la institución. Así como un concepto como obligatoriedad de la Ley puede depender de la teoría en la que estemos apoyados para afirmarla.

Las variaciones del valor de la justicia como verdad produjo la reintroducción de una figura parecida a la parte civil de la Ley 600/00, la representación de la víctima que por la jurisprudencia ya referida incide en el material probatorio por intermedio de la fiscalía; no han incidido, o no son interpretadas tales, que puedan hacer que la fiscalía haga descubrimiento de pruebas al procesado antes de la audiencia de acusación. Mientras las variaciones del valor de la justicia como verdad hicieron posible la aparición del procurador en el proceso, con incidencia en los medios de prueba a ser considerados en el juicio, y por lo mismo, con incidencia en el debate probatorio; no han propuesto aún el fortalecimiento de las condiciones para que el allanamiento tenga validez en la verificación mínima de que se trate de afirmaciones con algún sustrato probatorio.

Es interesante observar que esta particular interpretación y aplicación del principio de la justicia entendida como verdad está determinada por el legislador mismo. Los prestamos a los modos de pensar los procesos y la hilatura de la Ley son básicamente responsabilidad de él. Por lo que resulta interesante que el interés en las el curso que sigue el interés en las garantías procesales. De un lado un preacuerdo podría ser estudiado, con fundamento jurídico por todas las partes dentro de un proceso o por los factores que inciden indirectamente dentro del mismo, la representación de las víctimas por ejemplo. Existe el peligro que salga sin pena un culpable. Posibilidad que debe estudiar el ministerio público y que sin duda será de interés de los representantes de las víctimas. Pero no parece ser el mismo parámetro cuando se trata de una aceptación de unos delitos imputados. No parece ser un peligro que pueda castigarse a un inocente. Queda por determinar si el estado de protección o desprotección del que se

encuentre en calidad de indiciado, imputado o acusado dentro del nuevo proceso, sean mas o menos comparables con el que había en la Ley 600/00. Posiblemente se pueda explicar la configuración de las garantías dentro del proceso colombiano con la valoración de que la política criminal debía tener una columna vertebral en la persecución del delito. Aun cuando en estricto sentido perseguir el delito es perseguir un daño ya realizado y puede significar ir a la saga de aquel que delinque. El caso más o menos reciente de las captadoras ilegales de dinero puede ser una buena muestra de la diferencia.

Pero el mayor peso en el procesamiento exclusivamente judicial del crimen, incide en mayores poderes procesales para la fiscalía y termina debilitando la posición de la defensa. Independientemente de si es esta una buena explicación de las razones por las que se ha transformado el proceso penal, lo cierto es que la transformación deja ver parte de su naturaleza con la variación de sujetos procesales interesados y con algún papel dentro del proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Página 147.

Bohlander , Michael. «Volver a Radbruch» Revista In Dret 2 del 2012.

CHIESA Aponte, Ernesto L. “DERECHO PROCESA PENAL DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS” Vol. III ED. Forum Ed. Bogotá 1995.

Del caso Kirby v. Illinois, 406 US. 682,689 (1972). Traducción presente en la cita a pie de página aportada por el autor en CHIESA Aponte, Ernesto L. “DERECHO PROCESA PENAL DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS” Vol. III ED. Forum Ed. Bogotá 1995. pág. 1.

Fioravanti, Maurizio “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES” ED. Trotta. Madrid.

Hart, Herbert L. A. El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1998. Pág 28.

Hill Crístopher. «LOS ORÍGENES INTELLECTUALES DE LA REVOLUCIÓN INGLESA» ED. Crítica. Ed. 1980 Barcelona. Pag. 157

LEVENE, Ricardo “Las Ciencias Penales en EEUU” ED. Universidad. Ed. Buenos Aires 1980, Pag. 46.

Kay ambos «Common Law y Los Disparos en el Muro» Isonomía No. 20 de Abril de 2004.

Lotman. Iuri M. «Sobre las paradojas de la redundancia: el lenguaje artístico y la historia». Entretextos. Revista Electrónica Semestral de Estudios Semióticos de la Cultura. No 4 (Noviembre 2004). ISSN 1696-7356. Página 3. <http://www.ugr.es/~mcaceres/entretextos/pdf/entre4/paradojas.pdf>

Lotman Iuri “EL TEXTO Y EL POLIGLOTISMO DE LA CULTURA” en “LA SEMIÓSFERA I, SEMIÓTICA DE LA CULTURA Y DEL TEXTO ED. Cátedra S. A. Ed. Madrid 1996. Página 75.

MAYER, Max Ernst. "NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS DE CULTURA" Ed. Hammurabi. ed. 2000. Página 41.

Morineau, Marta «UNA INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW» ED. Unam. Ed. México 2004. Pág 12.

OCAM, Guillermo. Principios de Teología. ED. Sarpe. Ed. Madrid 1985. Estudio introductorio.

Perez Cabrera, María Angela. "LAS INSTRUCCIONES AL JURADO" Tesis de la Universidad de Jaume I de Castellón.

Radbruch, Gustav. EL ESPÍRITU DEL DERECHO INGLES. ED. Marcial Pons. Ed. 2001. Página 41.

Riveros Barragán, Juan David y Encinales Jaramillo, María Alejandra. «CONFLICTO DE LA JURISPRUDENCIA EN REFERENCIA A LA PRUEBA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO DE LA LEY 906 DE 2004» Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 37 año 2011.

Tarello, Giovanni "CULTURA JURÍDICA Y CULTURA DEL DERECHO" ED. Fondo de Cultura Económica. Ed. primera 1995. Página 43 . Es decir el tratamiento que pretende ser completo de temas a partir de la conexión de premisas y consecuencias jurídicas dentro de la propia Ley.

Vallarta Marrón José Luís «EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO SOBRE EL USO DE LA FUERZA ARMADA Y SU ARGUMENTACIÓN» ED. UNAM Ed. 2008. Pág. 26.

Vallarta Marrón , José Luís «EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO SOBRE EL USO DE LA FUERZA ARMADA Y SU ARGUMENTACIÓN» ED. UNAM Ed. 2008. Pág. 27.

Varela Suanzes Carpegna, Joaquín , El constitucionalismo británico entre dos revoluciones 1688-1789 Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, ISSN 1575-3247, N° 2, 2000 (Ejemplar dedicado a: Modelos constitucionales en la historia comparada) , 25-96

Consejo Superior de la Judicatura. El Sistema Probatorio del Juicio Oral. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2009. Página 40.

Sentencia C-396/07

Sentencia C- 966 de 2003 citada en la sentencia C- 591/05

Sentencia C- 966 de 2003 citada en la sentencia C- 591/05

Sentencia C- 591/05

Sentencia C-209/07.

Sentencia C-563/08.

Sentencia de Casación No. 25920 del 21 de febrero de 2007.

Sentencia de Casación No. 25920 del 21 de febrero de 2007. Apartado 2.4.7.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 30645 del 4 de marzo de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de Octubre de 2009. No. 31001.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de Junio de 2007. No. 27608.