

EL DERECHO PROCESAL PENAL COMPARADO. LA LARGA PUGNA DE LO ACUSATORIO-INQUISITIVO: EL CASO DE SUIZA Y COLOMBIA*

*Daniel Jositch***
*Anamaría Córdoba Pulido****

Resumen: El castigo sigue siendo en la actualidad uno de los estudios focales dentro de la sociedad, especialmente porque si se analiza la forma en que se sanciona, también se puede crear un panorama de los problemas, necesidades y conflictos que afectan a las comunidades. Las instituciones encargadas de ejercer estos métodos sancionatorios apuntan a crear soluciones que resuelvan proporcionalmente a sus desafíos. Sin embargo, en muchas ocasiones estos esfuerzos no dan respuestas satisfactorias o pertinentes. La oportunidad de conocer dos modelos institucionales con vertientes opuestas invita a una revisión de las posibilidades de mejorar los métodos de sanción. Allí se encuentra

* Fecha de recepción: 3 de mayo de 2024. Fecha de aceptación: 25 de febrero de 2025. Para citar el artículo: Jositch, Daniel y Córdoba Pulido, Anamaría. “El derecho procesal penal comparado. La larga pugna de lo acusatorio-inquisitivo: el caso de Suiza y Colombia”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 47, n.º 122 (enero-junio de 2026), pp. 15-49.
DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v47n122.02>

** Profesor de derecho penal de la Universidad de Zúrich. Ph. D. Iur. Abogado titulado en Colombia y Suiza. ORCID: 0000-0002-1357-5968. Correo electrónico: daniel.jositsch@ius.uzh.ch.

*** Abogada egresada de la Pontificia Universidad Javeriana. Doctoranda en la Universidad de Zúrich. ORCID: 0000-0001-9705-6374. Correo electrónico: anamacorp@hotmail.com.

la importancia del presente artículo de investigación comparativa, que relata las fortalezas y los puntos de mejora en los procesos penales comparados de Suiza y Colombia, expresando la necesidad de incoar nuevas soluciones para los existentes modelos.

Palabras clave: castigo, instituciones, modelos criminales, sociedad.

COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURAL LAW. THE LONG CONTEST OF THE ACCUSATORY-INQUISITIVE: THE CASE OF SWITZERLAND AND COLOMBIA

Abstract: Punishment remains today as one of the focal studies within a social structure, especially because from its application it is possible to create an overview of the problems, needs and conflicts that affect communities. The institutions in charge of exercising these sanctions aim to create solutions that are proportional to their challenges. However, on many occasions these efforts do not provide satisfactory or adequate answers. The opportunity to learn about two institutional models with opposing approaches invites a review of the possibilities of improving sanctioning methods. There in lies the relevance of the present comparative research article, which relates the strengths and points of improvement in the comparative criminal processes of Switzerland and Colombia, expressing the need to devise new solutions for the existing models.

Keywords: punishment, institutions, criminal models, society.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo en vertientes de los sistemas jurídicos en materia penal ha derivado constantemente en una pugna, bajo la cual se han decantado como principales corrientes el sistema acusatorio o adversarial y el inquisitivo o mixto¹. Esta misma dualidad puede traducirse también como la tensión derivada entre el control de la criminalidad y el resguardo de los derechos individuales, o, en un escalafón mayor, la dualidad histórica de los sistemas de origen anglosajón y los de origen europeo continental².

1 Langer, Máximo. *La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo*. Sao Paulo, Atlas, 2015; Damaska, Mirjam. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Barcelona, Buenos Aires, México D. F., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000; Sánchez Mejía, Astrid. *Entre el control de la criminalidad y el debido proceso: una historia del proceso penal colombiano*, Bogotá, 2017.

2 Handler, Edmundo. *Sistemas penales comparados*, Buenos Aires, 2019.

Esta tarea comparativa tiene objetivos prácticos en la aplicación especialmente como indican Dammer y Albanese³: (1) el de aprovechar las experiencias ajenas, con la convicción de que al aprender un sistema procesal ajeno seremos capaces de desarrollar hipótesis que permitan solventar los problemas de nuestro propio ordenamiento jurídico; (2) ampliar el conocimiento de otras culturas abandonando el etnocentrismo, del cual se desprende la premisa en la cual el país considerado propio es quien tiene las prácticas jurídicas adecuadas y todas aquellas que no pertenezcan a esta tradición se entenderán por erróneas o sencillamente quedarán confinadas a asuntos extranjeros; y finalmente la justificación de un estudio comparado en el derecho penal y especialmente procesal penal, con el fin de combatir el fenómeno del crimen transnacional, el cual desde la globalización en el siglo XX ha estado en expansión⁴.

El interés especialmente en la comparación en la que versa este artículo proviene de esas tradiciones históricas y culturales de dos países cuyas experiencias evolutivas se identifican en estos procesos de transición en donde se agrupan características propias de un sistema acusatorio, como el derecho al silencio del acusado, la asistencia técnica, la necesidad de acusación, el juicio ante jurados o reglas de exclusión probatoria⁵; junto con elementos de corte inquisidor, como etapas procesales suscritas al secreto del procesado, con poderes de discrecionalidad aplicables a un modelo de control de la criminalidad, buscando como fin último la verdad material de los hechos.

De esta manera, esta investigación presenta la evolución de los procesos penales en Suiza y Colombia y aporta las características propias de cada modelo en los elementos fundamentales a comparar, como los órganos jurisdiccionales, las partes del proceso, las fases mediante las que se desarrolla y sus prácticas probatorias, esto precisamente con la aspiración de encontrar aristas de encuentro para retroalimentar ambos sistemas jurídicos.

I. LOS DATOS HISTÓRICOS

Como punto de partida focal para este trabajo –sin desconocer las aproximaciones históricas antecedidas– situamos la declinación del proceso ante las cortes feudales, proceso donde se instauraron procedimientos de declaración de testigos por jueces

-
- 3 Dammer, Harry y Albanese, Jay. *Comparative Criminal Justice Systems*. Wadsworth, Cengage Learning International Offices, 2011.
- 4 Murillo Zamora, Carlos. “El crimen transnacional organizado como insurgencia no política: la experiencia Centroamérica”, *Desafíos*, vol. 28, n.º 2, 2016; Salinas Cañas, Sergio y Riquelme Rivera, Jorge. “Democracia, integración y seguridad en América Latina: el crimen organizado transnacional (cot) como desafío”, *Enfoque*, vol. VХ, n.º 27, 2017; Piedrahita Bustamante, Pedro. “Local y global: el Estado frente al delito transnacional”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 46, 2020.
- 5 Guerrero, Oscar. *El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*, México D. F., 2006.

o funcionarios que actuaban en secreto, sin presencia de las partes. Como indica Hendler⁶, la acción pública pasó a manos de los jueces, sin que para ello mediara un acusador. Quienes en cambio empezaron a tener relevancia dentro del proceso fueron los procuradores del rey, pues constituyeron lo que ahora se conoce como “el orden del ministerio público”.

Ya para el siglo XV se empieza a plantear un proceso penal diseñado para legos que reformaba la perspectiva de un juicio en donde la idea principal era darle la oportunidad al acusado de representarse personalmente frente a las acusaciones que eran llevadas en su contra “accused speaks trial”, idea que tenía cabida, pues no existía campo para un defensor, el cual hasta entonces se encontraba prohibido. En el siglo XVIII se introdujo un cambio al sistema de juicio, que dejó a un lado la idea de que el acusado se representara a sí mismo, para implementar la modalidad de abogados especializados. Langbein explica este cambio como el fundamento de los sistemas del *common law* y en su estudio⁷ explica que su introducción se debió a la necesidad de crear un procedimiento especial para casos de traición, destinado a compensar los riesgos particulares que se pensaban tenían los acusados. Este nuevo modelo se introdujo para servir a los grandes “ricos” acusados de traiciones que afectaban la monarquía o los establecimientos religiosos, estableciendo para el juicio abogados especializados que condujeran el proceso “the lawyer-conducted trial”.

Con el tiempo los procedimientos criminales especiales fueron convirtiéndose en un proceso ordinario aplicable a todos los delitos y estableciendo las reglas de un proceso adversarial, profesionalizado y capturado por juristas, quienes en términos de Guerrero⁸ asumieron los papeles de *solicitors* (procurador, preparador de la causa legal), *barristers* (abogados litigantes) y *prosecutor* (abogado fiscal). Esta excesiva profesionalización del derecho penal llevó posteriormente en el siglo XVIII a que se buscaran asesores para las investigaciones, quienes dejaban en desventaja al acusado, pues no tenía a cargo una defensa que fuese también profesional, lo que en el margen de la igualdad produjo que se crearan los abogados defensores.

De estas circunstancias se derivan varias de las reglas de un proceso contradictorio puro, de donde nacen los interrogatorios cruzados⁹ y sujeto a ello, el hecho que simboliza en gran medida el proceso angloamericano, la obtención de la verdad formal como objetivo principal.

6 Hendler, ob. cit., p. 24.

7 Langbein, John. *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, 2003, pp. 11 y ss.

8 Guerrero, ob. cit., p. 1049.

9 Etapa de juicio en la que la parte contraria interroga a un testigo que ha sido presentado por la otra parte. Es un mecanismo fundamental del debate oral en los sistemas de justicia de contradicción.

En los términos críticos de Von Weber, citado por Guerrero¹⁰, esta averiguación de la verdad formal es amenazada en un proceso de partes¹¹, debido a que, en su práctica, el juez no tiene conocimiento de las actas procesales y sus decisiones estarán ligadas a la presentación probatoria de las partes. Él toma solamente para su conocimiento lo que las partes presentan como prueba y no tiene como tarea suplementaria intervenir en la práctica probatoria a efecto de la completa verificación de las circunstancias.

Estos contextos históricos influyeron las prácticas generalizadas del derecho procesal penal en diversos sistemas jurídicos. Sin embargo, circunscribir esta discusión únicamente a un nivel de análisis tradicional del régimen inquisitivo y acusatorio como categorías ha entrado en desuso e incluso resulta insuficiente, pues, suscribiendo la interpretación de Damaska¹² sólo el significado básico de la oposición permanece razonablemente cierto, en donde el modelo penal adversarial surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto. El modelo inquisitivo está estructurado como investigación oficial.

Por ello, para ampliar esta comparación, revisaremos los modelos que proponen las mismas tensiones, propuesto por Herbert Packer¹³, donde por un lado se encuentra el modelo de control criminal, y contrario a ello, el modelo del debido proceso. Los modelos de Packer, como indica Sánchez Mejía¹⁴, reflejan los polos de la tensión fundamental del proceso penal liberal, el control de la criminalidad y la protección de derechos individuales del procesado. Ambos modelos se fundamentan en valores opuestos y proponen dos visiones del proceso penal en competencia.

El primer listado –modelo de control criminal– se basa en que la represión de la conducta criminal es de lejos la función más importante que debe acatar el proceso penal¹⁵. Para conseguir su objetivo debe valerse de métodos fuertes de control social, del incremento de medidas punitivas y de la imposición de penas retributivas.

10 Guerrero, ob. cit., p. 1054.

11 El proceso de pares es una concepción del procedimiento judicial en la que las partes involucradas (acusación y defensa en el caso del ámbito penal) tienen un papel preponderante en el desarrollo del litigio. En este modelo, el juez actúa principalmente como un árbitro imparcial, mientras que las partes son responsables de presentar pruebas, formular alegatos y defender sus propios intereses. Véase más en Ortiz Alzate, John. *Sujetos procesales (Partes, terceros e intervinientes)*, Medellín, 2010, pp. 49-63.

12 Damaska, ob. cit.

13 Packer, Herbert. "Two models of the criminal process", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, n.º 1, 1964.

14 Sánchez Mejía, ob. cit., pp. 12 y ss.

15 Packer, ob. cit., p. 9.

Ahora, como indica Sánchez Mejía¹⁶, bajo la necesidad punitiva y los recursos escasos disponibles, la mayor preocupación para este modelo es la eficiencia del sistema penal, hecho que le permite privilegiar las aceptaciones de culpabilidad para evitar el juicio y garantizar la eficiencia del sistema.

Así mismo, para no afectar la eficiencia del sistema, este modelo promueve la discrecionalidad de la fiscalía y el aumento de los poderes de las autoridades de investigación. También en este sentido los abusos cometidos por las autoridades en la investigación penal no deben ser sancionados en el proceso penal que se producen, por lo que incluso se llega a la conclusión de que este modelo rechaza la regla de exclusión de evidencias ilícitas¹⁷. Para que el modelo funcione con éxito, debe lograr una alta tasa de detención y condena, y hacerlo en un contexto en el que la magnitud de los delitos es muy grande, mientras que los recursos disponibles para enfrentarlos son limitados. Por ello, se debe dar prioridad a la rapidez y la eficiencia en el proceso. La rapidez, a su vez, depende de la informalidad y la uniformidad, mientras que la eficiencia se basa en minimizar las oportunidades de impugnación¹⁸.

El proceso no debe estar cargado con rituales ceremoniosos— audiencias— sino que deben ser priorizados los procedimientos extrajudiciales sobre los judiciales y las operaciones informales sobre las formales. El elemento clave en la operación de este modelo es lo que el autor llama la “presunción de culpabilidad”¹⁹, se parte de la suposición de que los procesos filtrados por la policía y la fiscalía son indicadores confiables de una culpabilidad probable.

Por otra parte se encuentra el modelo del debido proceso, en el cual, por oposición al de control criminal, no se niega el interés en la represión de los delitos, sino que se asume que las posibilidades de abuso son inherentes al poder estatal, de allí que es necesario limitar ese ejercicio de poder punitivo. Su finalidad de proteger los derechos fundamentales de quienes se encuentran inmersos en un proceso penal lo lleva a adoptar medidas como garantías procesales, en donde la presunción de inocencia será únicamente desvirtuada con base en pruebas, tomadas por autoridades judiciales competentes e imparciales, caso en que se rechazan las terminaciones anticipadas por aceptación de culpabilidad.

El modelo de debido proceso rechaza la premisa de fiabilidad en las autoridades, enfatizando en la posibilidad de existencia de errores en la obtención de hecho en entornos informales y no judiciales, argumentando que las personas son observadores poco confiables de eventos perturbadores, cuanto más emotivo sea el contexto, mayor

16 Sánchez Mejía, ob. cit., p. 10.

17 Sánchez Mejía, ob. cit., p. 11.

18 Packer, ob. cit., p. 11.

19 Packer, ob. cit., p. 12.

será la posibilidad de que su recuerdo se inexacto; las confesiones y declaraciones de sospechosos bajo custodia policial pueden ser inducidas por coacción física o psicológica, lo cual lleva a que el detenido diga lo que cree que la policía quiere escuchar, en lugar de la verdad; y finalmente, los testigos pueden estar sesgados o tener intereses ocultos. Estos factores llevan al rechazo de los procesos informales de determinación de hechos como base definitiva para establecer la culpabilidad y por lo tanto, en contrario, demandan procesos formales, judiciales y adversariales, donde las pruebas contra el acusado sean examinadas públicamente por un tribunal imparcial, y evaluadas sólo después de que el acusado haya tenido plena oportunidad de impugnar las pruebas en su contra²⁰.

El modelo de comparación de este artículo versará tanto sobre aspectos propios de la dicotomía de los sistemas inquisitivos y acusatorios como sobre las respuestas de los modelos de control de criminalidad y debido proceso, los cuales en conjunto ofrecen el resultado de la conformación de los proceso penales de cada país.

Para efectos de la comparación, el análisis sobre dicha dicotomía versará en los puntos focales de cada ordenamiento jurídico, y se abordarán en los siguientes capítulos en una estructura de subsecciones, respectiva a cada parámetro de análisis.

II. EL ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

A. Separación de jueces

La Corte Constitucional en su sentencia C-540 de 2011 ha señalado que el principio acusatorio hace parte de los principios rectores de la administración de justicia.

El alcance que ha tomado dicha decisión en principio ha sido la necesidad de separar el órgano que investiga y acusa de aquel que falla (Corte Constitucional, sentencia C-591/05; sentencia C-762/09; sentencia C-025 de 2010). Este principio acusatorio exige una separación estricta entre los actos de investigación y acusación, llevados por la Fiscalía General de la Nación, y el acto de juzgamiento, en cabeza del juez de conocimiento.

El fundamento de este principio señala que es la imparcialidad del juzgador un requisito determinante para la existencia misma del proceso, presentándose desde luego una incompatibilidad entre las actividades de instruir los hechos presuntamente cometidos (o actos que se deriven dentro de la investigación de estos) y la actividad en la que aquellos hechos son jugados²¹. Por lo tanto, como indica Barrera

20 Packer, ob. cit., pp. 14-18.

21 Bovino, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

Rodríguez²², se excluye la posibilidad de que el juez de conocimiento –quien conoce el proceso– tenga conocimiento previo de la acusación y de sus hechos.

Esto de manera concomitante habilita la existencia de un juez que se encargue de todas las actuaciones previas en la fase de investigación. Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, esta función está en cabeza del juez de control de garantías.

B. Principios y el inicio de derecho de defensa

La Corte ha incluido bajo los parámetros de un proceso acusatorio algunos principios que se derivan de este modelo, como el principio de contradicción, que marca la pauta en la distribución de los roles en el proceso penal (sentencia T-533/01), creando una división entre quienes tienen participación directa en el proceso, a quienes se conoce concretamente como *partes* (fiscalía, el procesado, el defensor), el *interviniente especial*²³ (víctima²⁴) y los que únicamente registran como *intervinientes*.

Esta división si bien acaece en virtud del proceso acusatorio, realmente en Colombia responde al modelo de Packer²⁵ del debido proceso, pues blindó a quien se encuentra en juicio, por el hecho de ser parte procesal, con una activación del derecho de defensa en un momento previo a la acusación de la fiscalía, otorgando la posibilidad desde la formulación de imputación de ejercer el principio de igualdad de armas para recolectar todo elemento material probatorio con el fin de probar su inocencia. Este es uno de los puntos más criticados como excesivamente garantista en el derecho penal colombiano, pues algunos autores aducen que la revelación prematura de información hacia el imputado puede poner en riesgo a otras personas, pensando en el caso de un agente encubierto investigando un delito grave, o si se realiza una entrega vigilada o controlada. De revelarse esta información pondría en riesgo su integridad y el éxito de esa recolección de pruebas²⁶.

22 Barrera Rodríguez, Lizbeth. *Principio acusatorio: ¿presupuesto constitucional del procedimiento penal en Colombia?*, Bogotá, 2016.

23 Concepto desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007, dentro del cual se le reviste a la víctima de un carácter especial, en donde se garantizan sus derechos dentro del proceso penal. Debido a ello se le reviste de atribuciones procesales como impugnar decisiones del juez de control de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, estar presente dentro de la audiencia de formulación de imputación, tener participación activa en el curso de la audiencia preparatoria, pueden aportar elementos materiales probatorios, incluso aquellos que sean usados para la reanudación de diligencias o para la reapertura de una investigación, entre otras. Sentencias C-1154 de 2005, C-1177 de 2005 y C-454 de 2006.

24 El reconocimiento de la calidad de víctima se dará posterior a la acreditación de la ocurrencia del daño real, concreto y específico (Plazas Serrato, 2019, pp. 20 ss.).

25 Packer, ob. cit., p. 9.

26 Granados Peña, Jaime. “Antecedente y estructura del proyecto de Código de Procedimiento Penal”, *Vniversitas*, 2005.

La mixtura con un proceso inquisitivo en este ámbito de investigación se ve reflejada en que si bien activa el derecho de defensa con la formulación de imputación, no obliga a la fiscalía a proporcionar información sobre la cual basa la apertura del término de investigación; más bien somete al imputado a una formalización de la investigación, dando la oportunidad nuevamente, como se ha planteado, de que el imputado ejerza su derecho de defensa, y que así mismo incluso pueda buscar un abogado de confianza que lo represente²⁷.

También como característica del sistema inquisitivo, en este apartado debe anotarse que el Código del 2004 –Ley 906– limita este derecho de defensa en la etapa de indagación preliminar (art. 212B), donde únicamente tendrá lugar la recepción de la información por la fiscalía y la policía judicial, quienes buscarán los medios necesarios de prueba para determinar si hay mérito suficiente para la apertura de formulación de imputación. En todo caso, como excepción a la obligatoriedad de publicidad impuesta por el modelo acusatorio (art. 155 del CPP), y solventando algunos de los problemas suscritos en los párrafos anteriores de este artículo, quedarán bajo reserva las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas, como también las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales.

Agotadas las primeras fases tanto de indagación como de investigación, el modelo acusatorio introdujo con el Código del 2004 un hecho relevante hacia el extremo del debido proceso, y es la regla general en la cual todo imputado o acusado debe permanecer en libertad hasta antes del juicio, norma que dentro de los artículos 2 y 295 del CPP se establece manera reglada y *excepcional*. Sin embargo y pese a claridad de la norma sobre su carácter excepcional, existen en Colombia un número desbordado de personas en privación de libertad en etapas previas al juicio por medidas de aseguramiento, que no responden a los aspectos previstos en los artículos 309-3012 del CPP sino a factores como la gravedad del caso, los riesgos disciplinarios posibles para el juez de control de garantías o incluso la connotación pública de los casos y presiones de los medios de comunicación, lo cual conduce a una pérdida de objetividad²⁸.

C. Fase de juicio

En fase de juicio oral el Código estableció un amplio espectro dentro de un modelo acusatorio y de debido proceso, pues se caracteriza por el establecimiento de un juicio oral (art. 9), público (art. 18), concentrado (art. 17) y con inmediación (art. 16).

27 Sánchez Mejía, ob. cit.

28 Hernández Jiménez, Norberto. “¿La detención preventiva es una medida excepcional? Estudio de caso”, *Diálogos de Saberes*, n.º 39, 2013.

De resaltar dentro de esta etapa procesal es el cambio que se dio al principio de permanencia de la prueba, el cual reglaba las pruebas sin requisitos especiales que acreditaran esa calidad. Ahora el sistema obliga a que toda evidencia obtenida por las entidades responsables deba cumplir las reglas de “legalización en la audiencia de control de garantías o preparatoria, admisibilidad en audiencia preparatoria, *contradicción* y certificación y autenticación en la audiencia de juicio oral y público”²⁹.

El aspecto de contradicción en esta etapa de producción probatoria resulta de especial atención como regla del sistema acusatorio puro, especialmente en la práctica de pruebas de los interrogatorios, pues como hecho de un sistema netamente adversarial, los artículos 391-393 y los artículos 417 y 418 –cuando sea dirigido a un perito– establecen las reglas de interrogatorio cruzado, donde en principio se formula el interrogatorio a quien hubiese ofrecido el testimonio como prueba –denominado “directo”– y en segundo lugar, si así lo desea la parte contraria a quien lo solicitó, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio –denominado “redirecto”–; finalmente, se habilita una nueva ronda de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos –en el directo y el redirecto– por ambas partes si lo consideran necesario.

D. Elementos probatorios

En tratamiento de evidencias existe otro aspecto relevante de estudio y es el tratamiento para las pruebas ilícitas. La aceptación de estas pruebas obedecería a un modelo inquisitivo y especialmente de control de la criminalidad; sin embargo, el estatuto constitucional de 1991 en su artículo 29 indica que se entenderá como causal de nulidad la violación al debido proceso o derecho de defensa cualquier prueba obtenida directa o indirectamente con violación de garantías fundamentales.

Esta cláusula de exclusión se extiende no solamente a la evidencia obtenida ilegalmente sino también a la que se obtenga o derive de ella³⁰. Ahora bien, esta regla no quedó determinante, pues bajo el modelo de control de criminalidad el Código también incorporó tres causales de excepción a la exclusión de la siguiente manera³¹:

(1) Existe un vínculo atenuado entre la prueba derivada y la prueba principal, esto cuando el nexo existente en la prueba ilícita y la derivada es tenue. Entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de buena fe, comoquiera que el vínculo entre ambas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad.

29 Daza González, Alfonso. “Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal”, *Jus Penal*, 12, 2016.

30 Sánchez Mejía, ob. cit.

31 Daza González, ob. cit.

- (2) Cuando la prueba derivada proviene de una fuente independiente, si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida.
- (3) Cuando la prueba derivada se obtiene por un descubrimiento inevitable, será entonces admisible esta prueba siempre y cuando el órgano de acusación logre demostrar que aquella prueba habría sido obtenida de todas formas por un medio lícito.

E. Procesos abreviados

Finalmente, en este artículo se debe estudiar la revisión de los procesos abreviados y los mecanismos de terminación anticipada³² dentro de los sistemas jurídicos que responden no solo a un control de la criminalidad³³, sino también a los principios de eficiencia y pronta justicia del proceso penal.

Iniciaremos con los modelos de terminación anticipada. El Código de 2004 opta por ampliar y profundizar estos mecanismos con el fin de descongestionar los tribunales y brindar celeridad a los términos³⁴. En el marco de esta reforma se ha manifestado que sería deseable que la mayoría de los casos no lleguen a juicio y que finalicen a través de terminación anticipada, lo cual refleja fuertemente el modelo de control de criminalidad³⁵. Sin embargo, la aplicación del principio de oportunidad no ha tenido una fuerte acogida dentro del sistema jurídico colombiano. Según las cifras estadísticas reveladas por Ramírez Salazar³⁶, solamente el 0,06% de las noticias criminales se terminan mediante la implementación del principio de oportunidad, lo que incluso señala la poca efectividad que tienen.

De allí, entonces, que el modelo de terminación anticipada con mayor cabida hayan sido los preacuerdos. Aunque es un mecanismo que libera la obligación de ejecutar todas las fases de un juicio, el Código no desprotege completamente a quien

32 De estos nos valemos de la aclaración presentada por Ramírez Salazar (2016), en donde la aplicación del principio de oportunidad o los preacuerdos (terminación anticipada) no pueden ser considerados en sí mismo, un procedimiento abreviado, pues realmente es una facultad discrecional de la Fiscalía General de la Nación, que permite abstenerse del ejercicio de la acción penal, de modo definitivo o temporal en los supuestos legalmente previstos –caso del principio de oportunidad– o de recibir una rebaja punitiva al renunciar al derecho de no autoincriminarse en un juicio –caso del preacuerdo-. Ahora el proceso penal abreviado en términos de Ramírez se entendería como “aquella tipología en la cual se abrevian algunos elementos del proceso penal ordinario en aras de garantizar los principios de celeridad y justicia pronta, sin menoscabar los demás derechos propios del proceso penal. En este caso estos procesos se encargan de simplificar la fase de investigación y/o hacer más expedita la fase de juicio oral”.

33 Sánchez Mejía, ob. cit.

34 Sánchez Mejía, ob. cit.

35 Sánchez Mejía, ob. cit.

36 Ramírez Salazar, César. *El proceso penal abreviado en Colombia: ¿una posibilidad para juzgar delitos menores?*, Bogotá, 2016, p. 39.

voluntariamente desiste de su derecho de defensa, sino que en respuesta al debido proceso permea esta decisión con la obligación del juez (sea control de garantías o de conocimiento según el momento procesal en que se encuentren), de hacer un control para verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual se impone la obligación de hacer un interrogatorio personal del imputado o procesado (arts. 131, 351 y 327 CPP). En todo caso vale recalcar que el juez será el encargado de verificar el contenido de los preacuerdos realizados y procederá a aceptarlos –y proferir sentencia– o por el contrario rechazarlos y continuar en el proceso penal en caso de observar alguna vulneración de garantías y derechos fundamentales³⁷. Esto nuevamente reitera el modelo garantista que ejecuta la legislación colombiana.

En términos del proceso penal abreviado resultado de la Ley 1826 del 2017, se dio una introducción a dos factores novedosos: el primero, la figura del acusador privado; el segundo, la desaparición de la audiencia de imputación y la audiencia de lectura de fallo. El acusador privado puede ser uno de los elementos que generen mayor incertidumbre, pues permite la posibilidad de una expropiación de la acción penal que pasa de estar en cabeza de la fiscalía a quedar en cabeza de la víctima. En un proceso denominado “conversión de la acción penal”³⁸, esto únicamente será aplicable a casos previamente delimitados por el legislador, y deberá hacerse representado por un abogado o estudiantes de consultorio jurídico, quienes fungirán como el acusador privado en los términos de la ley. Las conductas punibles que quedan susceptibles de la conversión son los delitos denominados “querellables” (artículo 74 de la ley) y las contenidas en el artículo 534 del CPP. Ahora bien, esta aplicación del acusador privado puede conllevar algunos yerros dentro de su aplicación, como la debida aplicación de los estándares probatorios³⁹ o la obligatoriedad de recaudo de pruebas de descargo, que rompería con el principio de objetividad en la investigación.

Como efecto del debido proceso, el acusador privado no puede ejecutar directamente los actos complejos de investigación en los que pueden verse afectados derechos fundamentales tales como intercepción de comunicaciones, inspecciones corporales, registros y allanamientos, vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, entregas vigiladas, entre otros. Para ello podrá, de manera excepcional, solicitar al juez de control de garantías la realización de estos actos complejos de investigación, él valorará la urgencia y proporcionalidad del acto investigativo, y de considerarlo

³⁷ Bazzani Montoya, Darío. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal: los grandes desafíos del juez penal colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, 2005.

³⁸ Díez Rugeles, Miguel y Vivares Porras, Luis. “El acusador privado y el principio de igualdad de armas: una crítica al ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, 2020.

³⁹ Palacios Parra (2022) los define como la materialización de umbrales que demandan un determinado nivel de convicción probatoria que relaciona el hecho delictivo con la participación del sujeto procesado.

pertinente, ordenará al fiscal que aprobó la conversión que coordine la realización de estos actos⁴⁰.

En este proceso se surte la aplicación del acusador privado, que es el segundo aspecto que merece revisión dentro de los modelos que hemos estudiado hasta ahora⁴¹. La abbreviación en un sentido netamente de celeridad y descongestión, fuera de una búsqueda de la verdad material, obedece propiamente, como se ha mencionado, al control de la criminalidad. Esto no implica que gira hacia un sistema inquisitivo, por el contrario, la separación del ente investigador y de enjuiciamiento sigue estando visible en proceso, pues lo único que suprime es el acto de la formulación de imputación como inicio del derecho de defensa. Ahora es el traslado de la acusación –hecho que sí es contrario a un modelo acusatorio, pues es netamente escrito– el cual habilita al indiciado a adquirir la condición de parte –diferente al término de acusación en el proceso penal ordinario, en donde ya se ha surtido el término para la recolección de pruebas–; aquí el indiciado contará con un término de 60 días para la preparación de su defensa.

En este modelo si bien no es explícita la actuación del juez de control de garantías –en donde en el proceso penal ordinario inicia su actuación con la formulación de acusación–, la división sujeta al principio de imparcialidad del juez sigue siendo fundamento del proceso, por lo que peticiones especiales de medidas de aseguramiento o de actos complejos de investigación seguirán en cabeza del juez de control de garantías. El juez de control de garantías llamado a proceder desde el traslado de acusación llevará a cabo la ahora llamada “audiencia concentrada”, en la cual se fusionan la audiencia de formulación de acusación y la preparatoria, finalizada la cual, fijará una fecha dentro de los 30 días siguientes para iniciar el juicio oral que seguirá las mismas reglas de procedimiento ordinario.

III. EL ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUIZO

A. Separación de jueces

En 2011, al momento de la creación del Código de Procedimiento Penal federado, la comisión de expertos en el proceso legislativo se decidió a aplicar un modelo de ministerio fiscal II, modelo mediante el cual la investigación preliminar (*Vorverfahren*) –hasta el momento de presentar acusación– es llevado únicamente por la fiscalía y se caracteriza por ausencia total de juez de instrucción⁴², siendo el fiscal

40 Correa Rozo, María. *De la acción penal pública a privada: implementación de la figura del acusador privado en el ordenamiento jurídico colombiano* (tesis de grado), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2018, p. 26.

41 Los modelos de Packer, de control de criminalidad o debido proceso, ob. cit., p. 4.

42 Entiéndase el *juez de instrucción* en el lenguaje del derecho colombiano como el juez de control de garantías.

el único acusador e investigador⁴³. La razón principal que se adujo para la adopción de este modelo fue la eficiencia, puesto que evita una duplicación de esfuerzos en caso de llevarlo junto con un juez de instrucción, hecho que estuvo considerado un trabajo adicional considerable⁴⁴.

Este modelo, entonces, tiene un contenido que se adecúa al modelo de Packer sobre el control de la criminalidad⁴⁵; sin embargo, aunque le fue adjudicada exclusivamente la investigación preliminar a la fiscalía, en la práctica este procedimiento tiene una subdivisión de instancias que pueden ocurrir una subsecuente a la otra o de manera concomitante, estas se conocen como *Ermittlungsverfahren*, en cabeza de la policía criminal, y el *Untersuchungsverfahren*, en cabeza del fiscal⁴⁶.

El objetivo de la investigación policial es la recolección de pruebas, la investigación de las personas sospechosas y si es necesario la detención provisional del sospechoso (art. 306 Abs. 2 StPO). Por otro lado, la investigación del fiscal se ocupa de la evaluación legal de la conducta y de la interpretación de las pruebas para revisar si en conjunto son suficientes para presentar la acusación 308 Abs.1 StPO). La fiscalía atenderá previamente el caso y recolectará las pruebas cuando haya un aviso de un crimen grave, previa obligatoriedad de traslado de los documentos de la policía criminal (art. 307. Abs.1 StPO).

La división de estas dos etapas realmente acarrea en la práctica grandes diferencias, principalmente frente a la investigación del fiscal, que será la etapa procesal que determine que la persona que se va a someter a la acusación puede iniciar su derecho de defensa –separado del derecho a ser oído, que iniciará únicamente con la apertura formal de la acusación en virtud del derecho de publicidad⁴⁷.

B. Principios y el inicio de defensa

La apertura de investigación de la fiscalía se hará en los casos en que:

(1) Surge de la información e informes de la policía, de la denuncia penal o de su propia determinación una sospecha suficiente de la comisión del delito.

43 Wohlers, Wolfgang. "Die schweizerische Strafprozessordnung- eine Betrachtung aus der Vogelperspektive", *ZStrR* 3, 2020.

44 *Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts* (21 Dezember 2005). BBI 2006 1085, Abs 1.5.2.3.

45 Referencia a los modelos de Packer anteriormente descritos, ob. cit., p. 4.

46 Jositsch, Daniel. *Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts*, 4. Aufl. Zürich/St. Gallen, 2023, p. 175.

47 Schnell, Beat; Steffen, Simone y Bähler, Jürg. *Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis; Theorie, rechtsprechung und Musterdokumente*, Bern, Stämpfli Verlag, 2019, p. 326.

- (2) Se ordenan medidas coercitivas⁴⁸ o
- (3) Se trate de un delito grave que haya sido informado por la policía criminal.

Esta etapa tiene más que todo un sentido declarativo, pues la fiscalía puede con anterioridad ordenar medidas coercitivas, hacer declaratorias de sanción (*Strafbefehl*)⁴⁹ u ordenar suspensión de los actos.

Sin embargo, es menester traer a colación que obedece a un modelo de debido proceso la acción formal de materializar la apertura de la investigación de la fiscalía, pues permite desde ese momento poner de presente al acusado dos aspectos diferentes. El primero, que tiene derecho a que se le garantice una defensa apropiada (*Anwalt der ersten Stunde*)⁵⁰ y, segundo, que al momento de emitirse el cierre de la etapa de investigación preliminar en caso de existir elementos materiales probatorios o de haber alguna duda de iniciar la acusación –en razón del principio *in dubio pro dure*⁵¹– se dictará orden de apertura de acusación y se realizará el traslado necesario para el juez de instrucción de la acción penal.

Pese a ello, la aplicación de este último principio es también una muestra clara de la intención de búsqueda de verdad material, por encima de debido proceso, pues se entenderá en todo caso que más allá de beneficiar al indiciado en el sentido de duda, deberá responderse a un control de criminalidad desvirtuando su inocencia dentro de la siguiente etapa procesal.

Como elemento del debido proceso y respondiendo a la obligatoriedad del principio de juez imparcial, derivada del poder que se le otorga a la fiscalía en investigación preliminar, se diseña el artículo 18 del StPO, el cual determina la figura del juez de medidas coercitivas (*Zwangsmassnahmengericht*), quien tiene a su cargo la función de decidir sobre la legalidad de practicar actos complejos o que limiten el desarrollo

48 Entiéndanse las *medidas coercitivas* en el lenguaje del derecho colombiano como las medidas de aseguramiento, que pueden ser tanto privativas como no privativas de la libertad.

49 Procedimiento especial que será explicado posteriormente dentro del artículo.

50 El artículo 159 Abs. 1 StPO regula el “abogado de primera hora”. Esto se refiere a la participación de la defensa desde el primer interrogatorio de la persona acusada, es decir, en la etapa de investigación preliminar, ya sea en las diligencias adelantadas por la policía criminal, o en la investigación del fiscal, combinado con el derecho de formular preguntas complementarias, en cualquier fase del procedimiento (Ruckstuhl, 2023).

51 Cuando exista duda respecto de si un procedimiento de investigación preliminar se puede resolver con una suspensión o presentar una acusación, se aplica este principio, es decir, que en caso de la duda se debe aplicar la acusación. Este principio se basa en el principio de legalidad (art. 5. Abs. 1 BV; art. 2 Abs. 1 StPO) y significa que en principio la no aceptación o suspensión por parte de la fiscalía sólo puede ordenarse en caso de impunidad clara o falta de requisitos obvios para el litigio.

de derechos fundamentales, separado del juez de primera instancia⁵² (*Erstinstanzliches Gericht*). Por lo tanto, tendrá que aprobar a previa solicitud del fiscal o la policía criminal actos como: detención preventiva (que aquí aplica efectivamente de manera excepcional), práctica de pruebas en vigilancia postal, telecomunicaciones, vigilancia con dispositivos técnicos, investigación encubierta, supervisión de relaciones bancarias, entre otros⁵³.

C. Fase de juicio

La terminación de la instancia preliminar se produce con una resolución de conclusión, en la cual se hace un interrogatorio final al indiciado⁵⁴ (*Schlussinvernahme*), en donde se le exhorta a emitir opiniones de las alegaciones que hasta ahora han quedado escritas. Este procedimiento tiene como objeto dejar una constancia de la posición del acusado respecto de la actividad concentrada que se ha llevado hasta ahora, hecho que contribuye a forma posterior la preparación y el desarrollo de la vista judicial.

En este caso, el juez de primera instancia debe constatar en este documento la posición final del acusado sobre los delitos que se le imputan, en particular si ha confesado o no⁵⁵. Finalmente, esta resolución de conclusión les entrega a las partes del proceso un plazo –que bajo un concepto inquisitivo, lo declara únicamente el fiscal a discreción– para que presenten solicitud de pruebas. Seguido a ello entramos a la fase de juicio oral (*Hauptverfahren*); si bien está contemplado que esta etapa procesal cuenta con principios de oralidad, publicidad e inmediatez, algunos de ellos siguen causando considerables dificultades en la sustitución suiza del proceso de inquisición⁵⁶.

La figura que persiste y causa mayores dificultades es la permanencia de la prueba –propia de un sistema inquisitivo– y que, aunque no se configura propiamente dicho, sigue dejando vestigios dentro del sistema suizo.

D. Elementos probatorios

La recolección de las pruebas en la etapa de investigación preliminar –entiéndase pruebas correctamente recolectadas– queda protegida bajo la presunción legal de que

⁵² Entiéndase el *juez de primera instancia* en el lenguaje del derecho colombiano como el juez de conocimiento.

⁵³ Pieth, Mark y Geht, Christopher. *Schweizerisches Strafprozessrecht*. Basel, Helbing Lichtenhahn, 2023, p. 75.

⁵⁴ Interrogatorio en el cual –es necesario recordar– debe estar presente el abogado de defensa por el principio de “Anwalt der Ersten Stunde” o, en español, *abogado desde el primer momento*.

⁵⁵ Ruckstuhl, N. *Basler Kommentar Strafprozessordnung/jugendstrafprozessordnung*, 3. Aufl. Freiburg/Luzern/Basel, 2023, arts. 317 y ss., StPO.

⁵⁶ Pieth y Geht, ob. cit., p. 49.

la fiscalía ha actuado con el fin de investigar los hechos correctamente, razón por la cual no deberá repetirse esa práctica probatoria dentro del juicio oral⁵⁷. Derivado de esta aceptación de pruebas recaudadas en la etapa de investigación preliminar, se da la pugna con el principio de oralidad, pues la concentración de estas pruebas para que el juez pueda hacer la valoración de estas se da únicamente por carácter escrito de la transcripción de los archivos por parte de la fiscalía⁵⁸.

En la práctica, como indica Wohlers⁵⁹, “la recopilación de pruebas en la audiencia principal –juicio oral– sirve para reunir pruebas que estaban incompletas o que se obtuvieron con violación de las normas procesales en la investigación preliminar. El proceso penal suizo no sólo se centra en lo que se recolectó de las pruebas en el juicio oral, sino más bien sobre todo lo que se recopiló en las diligencias preliminares y se documentó en los expedientes. En consecuencia, es poco común que el juez penal intervenga en la recopilación de pruebas”⁶⁰.

En la misma perspectiva de recolección de pruebas, la tendencia de carácter de control de criminalidad sigue estando muy marcada especialmente por dos aspectos. El primero, la falta de oportunidad de contradicción al momento de practicar los interrogatorios de parte, pues, como está contemplado en el artículo 341 Abs.1 StPO, el procedimiento que se lleva a cabo es la toma del interrogatorio por quien ha solicitado la prueba y posteriormente se permite una ronda de preguntas de las otras partes procesales, sin un examen cruzado como en sistemas adversariales⁶¹. Y, en segunda medida, porque al proteger el principio de participación de las consideradas “partes del proceso” a los interrogatorios de parte se ha creado un escenario particular al momento de estar presente indiciados en coautoría, teniendo en cuenta que, como aduce⁶² Wohlers, podrían contaminar la práctica de pruebas el estar presentes al momento de practicar la prueba.

Finalmente, y punto relevante en materia probatoria, debemos tratar el concepto de *pruebas ilícitas*, hecho que se encuentra descrito bajo los artículos 140 y 141 del StPO. El Código suizo tiene una división en torno de la ilicitud, pues distingue entre prohibiciones en la recolección de pruebas y la prohibición del uso de pruebas derivadas de la violación de un procedimiento. El artículo 140 es el encargado de la descripción de la prohibición de recolección de pruebas, en donde describe como

57 Schnell, Steffen y Bähler, ob. cit., p. 359.

58 Schnell, Steffen y Bähler, ob. cit., p. 359.

59 Wohlers, ob. cit., pp. 241 y ss.

60 Al ser un texto comparativo y tener los autores dominio de los idiomas originales de los textos, se permite a comprensión del lector para quien está dirigido el texto hacer una traducción fidedigna de la cita.

61 Schnell, Steffen y Bähler, ob. cit., p. 360.

62 Wohlers, ob. cit., p. 238.

inadmisible que para reunir elementos materiales probatorios se utilicen medios coercitivos, uso de la fuerza, amenazas, promesas o engaños con el fin de obtener pruebas o de obtener confesión.

Sin embargo, se deja un espacio de interpretación, especialmente al referido al engaño, pues si bien afirma la norma que estaría prohibido decirle a la persona acusada que el cómplice confesó –derivado de un engaño–, no se tiene el deber de aclarar que el cómplice no lo ha hecho, si es que el acusado lo cree producto de su propio juicio, incluso dejando abierta la posibilidad de aprovechar aquel error del acusado que deriva en la confesión del mismo⁶³.

El artículo 141 sobre la prohibición de uso de las pruebas derivadas de la violación de procedimiento constituye un reto interpretativo. Resulta complejo pues inicia sosteniendo que no todas las violaciones del procedimiento conducen a una prohibición de uso, dando paso a una categorización donde en principio unas quedan excluidas y otras no. Las categorías que crea son las normas de validez (*Gültigkeitsvorschriften*) y las normas de orden (*Ordnungsvorschriften*). En la práctica, la distinción de estas categorías se hace en función de la finalidad protectora. Las disposiciones de validez sirven principalmente para proteger a la persona acusada, en cambio las normas de orden sirven para preservar el orden externo del proceso.

Afirma el artículo que la violación del procedimiento frente a normas de *validez* tiene su exclusión como consecuencia de uso⁶⁴, mientras que el uso de pruebas con violación de normas de orden no acarrea las mismas consecuencias.

Así pues, el mayor impacto recae sobre las normas de validez, pero el párrafo segundo de la norma explica la excepcionalidad del uso: Las pruebas obtenidas infringiendo las normas de validez podrán usarse cuando sean esenciales para los procesos, en investigaciones de delitos graves. Lo único que se debe respetar son las reglas de proporcionalidad, entendiendo que lo que se pretende salvaguardar aquí es el interés público, por encima del interés del acusado⁶⁵.

E. Procesos abreviados

El último aspecto que hemos dejado para el análisis resulta ser uno de los más debatidos dentro de la estructura procedural helvética, tan separado que algunos

63 Gless, Sabine. “Beweisverbote und Fernwirkung”, *ZStrR* 2, 2010, p. 150; Jositsch, Daniel y Schmid, Niklaus. *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 4. Aufl. Dike Verlag AG. Zürich/St. Gallen, 2023, p. 287; Donatsch, Andreas; Lieber, Viktor; Summers, Sara y Wohlers, Wolfgang (eds.). *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, art. 140*, 3. Aufl. Zürich, 2020, p. 967.

64 Pieth y Geht, ob. cit., pp. 207 y ss.

65 Gless, ob. cit., p. 150; Jositsch y Schmid, ob. cit., p. 328.

académicos describen que en realidad hay un procedimiento para la vida cotidiana y un procedimiento penal completo para delitos de gravedad⁶⁶.

La llamada “orden de sanción” (*Strafbefehl*) es un procedimiento simplificado, por medio del cual la fiscalía puede imponer una sanción sin necesidad de llevar a cabo un juicio formal, bajo los requisitos que serán posteriormente descritos.

Es considerada por el título octavo del StPO un procedimiento especial, es lo que se propuso como respuesta en principio a la criminalidad de la vida cotidiana, el cual queda circunscrito como un procedimiento en cabeza de autoridades ejecutivas, puesto que en ningún orden procedural⁶⁷ del país esta orden de sanción es emitida por un juez independiente⁶⁸.

Las cifras correspondientes a los últimos años señalan que la orden de sanción es el procedimiento utilizado en aproximadamente el 90% de los casos en Suiza, con cifras mayores en algunos cantones, tales como Friburgo, en donde la tasa desde el 2002 corresponde al 95%, o en el caso de la ciudad de Basilea, en donde desde el 2004 el 98% de los casos termina resuelto por medio de este procedimiento⁶⁹.

La creación de esta figura responde, como lo dio a conocer el legislador⁷⁰, a razones de eficiencia al impartir una pena como control de la criminalidad, haciendo de ello una prioridad en el ordenamiento jurídico.

Entonces la orden de sanción es un procedimiento, como bien lo indica su nombre, y oportunamente justificamos la redundancia –sancionatorio– penalmente, en cabeza del fiscal, por medio del cual se puede imponer una condena con pena privativa de la libertad de hasta seis meses y/o pecuniaria de hasta 180 días⁷¹. En este sentido el fiscal ejerce la función de investigación y sanción como único ente⁷².

Para contrarrestar el poder estatal, se le impone a la fiscalía un protocolo exhaustivo para la imposición de la sanción, especialmente frente al grado de certeza de la

66 Pieth y Geht, ob. cit., p. 6.

67 Entendido como orden procedural a: justicia penal ordinaria de mayores de edad, justicia penal de adolescentes, justicia penal militar.

68 Thommen, Marc. *Kurzer Prozess-fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013, pp. 25-29.

69 Pieth y Geht, ob. cit., pp. 6, 272.

70 Franz Wicki, *Amtliches Bulletin, AB 2006, S 1048/BO 2006 E 1048 (11 Dezember 2006). Zur Dichotomie zwischen ökonomischer Effizienz und Fairness durch Gewaltenteilung Trechsel*.

71 La sanción pecuniaria se refiere al mismo contexto colombiano de la pena de multa y se ejecuta por días salariales, en este caso se puede condenar hasta en un máximo de 180 días salariales.

72 Thommen, ob. cit., p. 73.

ocurrencia de los hechos, que si bien constituye el objetivo final del derecho penal, es también, como indica⁷³ Bentham, una garantía de la correcta aplicación del derecho sustantivo.

El protocolo le otorga a esta orden de sanción una función doble, la primera aplicable cuando la condena proviene de la declaración de culpabilidad de la persona acusada bajo la admisión de los hechos, y la segunda cuando la condena se establece en virtud del esclarecimiento de los hechos por parte de la fiscalía bajo la premisa de estar “suficientemente aclarados”⁷⁴.

Frente a las consecuencias derivadas de esta resolución condenatoria, también se puede establecer una dualidad determinada por su doble función. En primera medida cuando el acusado presente oposición (*Einsprache*); y en segunda medida, de no presentarse oposición alguna, se entiende la función de la orden de sanción como una sentencia en firme, consecuencia de la renuncia del acusado⁷⁵.

Si nos encontramos frente al primer escenario donde el acusado se opone a la orden de sanción, es necesario advertir que no se surte un etapa que garantice la doble instancia, puesto que, al cuestionar esa primera decisión, es incluso la fiscalía la encargada de decidir el tipo de acción ulterior que se ha de adoptar, y a tal efecto tiene las siguientes cuatro posibilidades.

La primera, mantener firme la orden de sanción, hecho que obliga a la fiscalía a enviar el contenido del proceso al juez de primera instancia, quien decidirá sobre el resultado de esta. La segunda, emitir una nueva orden de sanción con una redacción y sanciones diferentes, en esta posibilidad nuevamente se le permite al acusado presentar oposición. La tercera, suspender el procedimiento, decisión en la cual, si no existe recurso alguno por las partes surtirá el efecto de cosa juzgada. Finalmente, si el fiscal logra reunir el grado de certeza con las pruebas para presentar acusación, procederá a enviar el caso a los tribunales, allí se entenderá que la orden de sanción será entonces el sustituto directo de la acusación y se partirá desde ese momento al procedimiento penal ordinario (*Hauptverfahren*)⁷⁶.

Ahora bien, aunque este tema ha sido altamente controversial dentro en su aplicación, existen varios factores que exponen la validez de esta figura y las razones por las cuales no debe estar sujeta a una revisión de doble instancia obligatoriamente. Especialmente

73 Bentham, Jeremy. *Principles of Morals and Legislation*, Kitchener, 2001, p. 17.

74 Schmocke, Patrick. “Die Strafbefehlsvoraussetzungen des «eingestandenen» oder «anderweitig ausreichend geklärteten» Sachverhalts”, *Forum poenale* 5, 2016, p. 292.

75 Schmocke, ob. cit., p. 292.

76 Pieth y Geht, ob. cit., p. 276; Schnell, Steffen y Bähler, ob. cit., p. 373.

indica Thommen⁷⁷ que esta figura jurídica se encuentra en consonancia no solo con la Constitución, sino con la Convención Europea de Derechos Humanos, porque la forma en que está estructurada la orden de sanción no obedece a una sentencia, sino que es únicamente una propuesta parcial, la cual siempre tiene cabida de ser controvertida por las partes, por lo que se reviste de garantías al procesado e incluso a las víctimas o acusador privado, con el fin de que puedan revertir esa decisión. Sin embargo, el hecho de que muchas personas no comprenden el idioma formal en que se encuentra redactada la sanción hace que el periodo de diez días para presentar oposición no sea suficiente.

La falta de un interrogatorio previo a la imposición de condena o que únicamente el 5% de personas presenten tal objeción siguen siendo causales claras de discrepancia para este método simplificado⁷⁸.

Finalmente, como eje de control de la criminalidad se debe hacer mención del proceso penal abreviado (*abgekürztes Verfahren*). Este caso representa una renuncia a la búsqueda de la verdad material⁷⁹. La anterior premisa se entiende por el abandono del curso del proceso ordinario, para en cambio conducir a un proceso incoado por iniciativa del acusado, en el cual se lleva una acusación negociada, como resultado de la admisión de hechos esenciales para la evaluación legal del fiscal y del reconocimiento en principio de la reclamación civil. Esta acusación negociada debe ser llevada en todo caso ante un juez (*erstinstanzliches Gericht*), quien decidirá si la acusación puede ser aprobada (art. 361 Abs. 1 StPO). Este procedimiento será únicamente aplicable a delitos que tengan una pena privativa de la libertad no mayor a cinco años.

IV. COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS

El eje comparativo de este trabajo corresponde a los modelos descritos por Packer entre el control de la criminalidad y el debido proceso, y hemos desarrollado dentro de cada país los factores de mayor relevancia en los cuales podemos ver la aplicación de dichos modelos; por lo tanto, la comparación versará sobre la separación de los órganos acusador e investigador, las partes procesales, el inicio de derecho de defensa, el derecho de contradicción, las medidas de aseguramiento, el juicio oral con su práctica de pruebas, el tratamiento de pruebas ilícitas y los procedimientos abreviados.

A. Principios y el inicio de defensa

Si bien ambos contextos describen las partes procesales de igual manera (persona que se somete a juicio, fiscalía y defensa), la relevancia en su comparación se encuentra

77 Thommen, ob. cit., pp. 32-42.

78 Thommen, Marc (Hrsg.). Schmid, G. y Schuhmacher, R. *Die Zahl der Fehlurteile ist unbekannt.* Plädoyer, 2016, pp. 6 y ss.

79 Pieth y Geht, ob. cit., p. 277.

en el momento en que las partes procesales ejercen sus derechos dentro del proceso, especialmente quien será sometido a juicio. Este aspecto se puede iniciar decantando incluso con la terminología que es usada dentro de los sistemas.

En Colombia se hace una división terminológica para la persona incriminada según el momento procesal en que se encuentre. En la primera etapa procesal se conoce como *imputado* a quien se quiere llevar a juicio, su connotación se deriva de la apertura del primer acto procesal que es la formulación de imputación, momento en el cual se activa el derecho de defensa del procesado y con el cual se le permite iniciar la recolección de pruebas, hecho que, como mencionábamos en capítulos anteriores, se ha discutido como excesivamente garantista. Contrario a ello, Suiza inicia esta demarcación procesal únicamente al momento de expedirse la formulación de acusación, momento conocido también como el acto procesal que activa el derecho de defensa de quien se encuentra en juicio, salvo en caso de enfrentarse a recolección de pruebas con medidas coercitivas, donde debe estar presente el abogado desde primer momento. En este caso Colombia tiene un uso de modelo de debido proceso, con un corte garantista, y Suiza cuenta con un modelo de control de criminalidad.

Es importante resaltar que incluso en actuaciones procesales previas dentro de Suiza, si bien no ha iniciado el derecho de defensa en el sentido amplio, se ha iniciado el derecho de ser defendido, puesto que existen casos de recolección de pruebas, tales como los interrogatorios, en los cuales existe la obligatoriedad del abogado defensor desde el primer momento.

La radicalización del principio de igualdad de armas es algo que debe valorarse dentro de estos actos procesales, que puede separarse también en varios momentos. Primero podemos hacer una acotación de los actos procesales que se entienden por secretos. En Colombia, la etapa de indagación (previa a la formulación de imputación) es un acto en cabeza de la fiscalía para la recolección de elementos materiales probatorios que buscarán un grado de certeza sobre qué hechos son susceptibles de investigación y quién presuntamente los ha cometido, de allí que al justificar ambas variantes sea jurídicamente necesaria la apertura de la formulación de imputación. Si bien estos actos previos son secretos, no repercuten dentro del principio de igualdad de armas por dos motivos: el primero, porque no se adelantan actos de investigación en los que haya una intervención directa del procesado o en los que exista una práctica de prueba como interrogatorios; y, el segundo, porque la fiscalía está siempre en obligación legal de encontrar tanto pruebas de cargo (encaminadas a buscar la responsabilidad penal) como las de descargo (encaminadas a absolver).

Puede decirse que en este sentido los actos secretos en Suiza (*Vorverfahren*) excluyen de cierta manera el principio de igualdad de armas, puesto que si bien cuentan con un derecho de defensa aplicable para la recolección de pruebas que intervengan al procesado, esta recolección se hace sin que medie el principio de contradicción o, como estudiaremos posteriormente, el principio de inmediación y de concentración

del juez para la lectura de las mismas pruebas, en razón de la aplicación de la permanencia de la prueba.

Seguido de esta etapa es importante resaltar que ambos ordenamientos jurídicos aplican el modelo del debido proceso para que el procesado pueda como regla general estar en libertad mientras se surten las etapas procesales, dejando entonces como una regla de carácter excepcional y reglada en ambos casos la determinación de medidas de aseguramiento o también llamadas “medidas coercitivas” en el ordenamiento suizo. Si bien está determinado dentro de la ley el carácter extraordinario de estas medidas, en Colombia esta práctica resulta ser contraria a la norma y se da de manera generalizada, respondiendo en la práctica no a un modelo del debido proceso, sino mucho más marcado dentro del modelo de control de la criminalidad. Esta práctica continuada debilita el sistema penitenciario y judicial, dando a paso a la congestión de los despachos judiciales y aportando al hacinamiento de los centros de reclusión⁸⁰.

B. Separación de jueces

Nos adentramos entonces a una de las fases de comparación con mayor envergadura, y que resulta transversal a las etapas procesales anteriores. La competencia de quienes llevan a cabo estas fases procesales queda como escenarios contrapuestos en este estudio de caso.

En Colombia, la etapa de indagación e investigación queda a cargo de la fiscalía, sin embargo, su accionar está supeditado al juez de control de garantías, quien al momento de presentarse el escrito de acusación queda relevado de sus funciones para dar paso al juez de conocimiento. En el caso de Suiza, si bien resulta en principio igual, pues el fiscal se encuentra a cargo de las etapas de investigación, la competencia del juez de medidas coercitivas (*Zwangsmassnahmengericht*) –lo que en Colombia es el juez de control de garantías– queda únicamente supeditada a la ocurrencia de un hecho coercitivo para el procesado, excluyendo una vigilancia judicial del accionar de la fiscalía en el resto de las actividades circunscritas a sus funciones.

De este punto es necesario incoar un proceso abreviado para el caso de Suiza, pues resulta ser la vía general de uso para la aplicación de una sanción penal, a saber, la ejecución de una orden de sanción. Es relevante analizar este aspecto en este momento del acápite, puesto que nos adentramos en la separación de competencias de los entes que investigan y quienes se encargan de llevar el juicio. Este rol de corte inquisitivo es uno de los mayores puntos discordantes de este estudio de caso, pues en Suiza, por medio de las competencias regladas de la fiscalía, se le atribuyen, con la orden de sanción, las funciones tanto de ente acusador como de ente juzgador.

⁸⁰ Hernández Jiménez, Norberto. *El derecho penal de la cárcel: una mirada al contexto colombiano con base al giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2018.

En virtud de ello puede emitir sin control judicial previo o posterior una orden de sanción penal, la cual incluso puede contener una pena privativa de hasta seis meses. Nuevamente reiterando que si bien dentro de la práctica esta orden se entiende únicamente como una propuesta parcial, la cual puede ser objetada, en la realidad únicamente el 5% de personas sancionadas presenta efectivamente el recurso⁸¹.

No obstante, varios académicos han descrito que la ausencia de oposición no responde directamente a que la persona sancionada se encuentre de acuerdo con la medida impuesta, sino a diferentes factores, como el corto plazo para instaurar la objeción, la falta de entendimiento del texto o los riesgos de asumir un juicio por los costes financieros, pues incluso las personas que creen poder ganar la objeción se abstienen de presentarla para evitar los riesgos de los costes⁸².

En el caso de Colombia, el cambio de la Ley 600/2000 a la Ley 906/2004 introdujo el nuevo enfoque procesal de un sistema con tendencia acusatoria, lo cual provocó la separación de los poderes de la fiscalía y el juez, dejando como único ente con competencia para emitir una sanción al juez de conocimiento. Este hecho también fue complemento de la disyuntiva entre el juez de control de garantía (quien no conoce del resultado probatorio) y el juez de conocimiento (quien debe tomar una decisión bajo los principios de inmediación y concentración).

Esto deja frente a este aspecto a Colombia dentro de un modelo de debido proceso y a Suiza dentro de un modelo de control de criminalidad que favorece en esta aplicación el principio de celeridad y eficacia de los procesos penales.

Regresando entonces al momento de presentada la acusación y entregada la competencia en Colombia al juez de conocimiento y en Suiza al juez de primera instancia (*erstinstanzliches Gericht*), vamos al análisis del papel que fungen dentro de esta etapa procesal.

C. Fase de juicio

En Colombia el juez de conocimiento tiene la función de revisar, bajo los principios de inmediatez y concentración, la práctica de pruebas, bajo las cuales debe basar su decisión de condenar o absolver a la persona ahora acusada. En virtud de sus funciones ejecuta las audiencias de acusación, la audiencia preparatoria, y el juicio oral junto con la práctica de pruebas. En Suiza la función del juez de primera instancia no dista mucho del anterior régimen descrito, puesto que mediante los elementos

81 Gradel, Rolf (Hrsg.). Schmid, G. y Schuhmacher, R. *Die Zahl der Fehlurteile ist unbekannt*. Plädoyer, 2016.

82 Thommen, ob. cit.

probados en la etapa de investigación y todos los que por sí mismo deseé recopilar posteriormente, ejecuta la audiencia de juicio oral (*Hauptverfahren*) para determinar si debe condenar o absolver a la persona acusada.

La diferencia de estructura que se da en este aspecto no refiere mucho a las competencias otorgadas normativamente a los jueces, puesto que estructuralmente cobijan las mismas funciones procesales, sino el rol activo en el que se desarrollan.

En Colombia la práctica de las pruebas, especialmente testimonios y pruebas periciales, deben desarrollarse bajo una audiencia con la participación del juez, quien tendrá la obligación de valorar las pruebas en conjunto para tomar una determinación, lo que llamaremos en este análisis un rol activo. En Suiza, si bien el juez podría pedir una ampliación de los elementos materiales probatorios, se tiene de aplicación preferente el principio de permanencia de la prueba, puesto que todos los hechos probados anteriormente y que han sido aceptados dentro del escrito de previo traslado a la acusación (*Schlussinvernahme*) por el acusado se entenderán aceptados dentro del proceso, y el juez únicamente sustraerá de aquel escrito el resultado probatorio para hacer tal valoración.

La única excepción la establece el párrafo 3 del artículo 343 StPO, que dicta la necesidad de practicar de nuevo una prueba que se haya recolectado debidamente, solo si el conocimiento directo resulta necesario e indispensable para la sentencia. Pero como se explica dentro de los comentarios de la ley⁸³ (BSK StPO-Wiprächtiger, art. 343 Abs. 3,23), el argumento de que la técnica del interrogatorio, la disposición a prestar declaración y la comprensión del tribunal debe calificarse siempre por encima de la del fiscal no es razón suficiente para volver a tomar declaraciones. Por el contrario, la ley presupone que durante las diligencias previas se levantaron las actas correctamente, sin errores, veraces y detalladas de los interrogatorios y exámenes periciales. De ahí que la práctica de pruebas en etapa de juicio oral es altamente reducida y prevalece el principio de permanencia de la prueba.

En el aspecto probatorio es fundamental resaltar que incluso en la práctica de pruebas como los interrogatorios Suiza no tiene previsto para ella lo que en Colombia se conoce como el “interrogatorio cruzado”, y es la oportunidad de controvertir en rondas separadas lo aportado dentro de los testimonios por quienes están sujetos a ese interrogatorio. Este aspecto también revela otro punto de inflexión entre ambos sistemas, nuevamente dejando a Colombia en un extremo del debido proceso y de corte ampliamente garantista y a Suiza en el modelo de control de criminalidad con corte eficaz y en celeridad.

⁸³ Wiprächtiger, Hans. *Basler Kommentar Strafprozessordnung/jugendstrafprozessordnung*, 3. Aufl. Freiburg/Luzern/Basel, 2023, art. 343.

D. Elementos probatorios

Finalmente, en términos probatorios nos disponemos a un análisis del recurso de pruebas ilícitas. Si bien ambos países tienen amplias restricciones de catálogos de lo que se entiende por *prueba ilícita* y del uso de estas, tiene un pequeño campo de divergencia. Previa a esta explicación, es importante recalcar que ambas se ocupan de este aspecto dentro del modelo del debido proceso. En Colombia la característica fundamental responde no al uso propio de la prueba que provenga de ilicitud, sino de las pruebas que recolectadas que se deriven de aquella primera, en este caso impone unos requisitos reglados para aceptar el uso de aquellas pruebas.

En Suiza tiene un carácter más interpretativo, teniendo en cuenta que la regla de exclusión de pruebas ilícitas es clara, pero deja un margen interpretativo cuando precisa las pruebas obtenidas infringiendo una norma de validez, podrán ser usadas siempre cuando sean esenciales para el proceso y que guarden un principio de proporcionalidad en lo que respecta a su uso.

E. Procesos abreviados

Para terminar analizaremos los procesos abreviados, dejando de lado el previo análisis de la orden de sanción, nos centraremos en los otros dos aspectos. En Colombia se tienen dos tipos de procesos abreviados, uno que tendría correlación con el proceso penal abreviado de Suiza y otro que respondería en mayor medida a un sentido de celeridad y eficacia.

En todo caso iniciaremos con los preacuerdos, principios de oportunidad y proceso abreviado (*abgekürztes Verfahren*), partiremos explicando que el principio de oportunidad no se encuentra dentro del proceso penal suizo, y parece ser entendible en la lectura de las razones históricas que llevaron a Colombia a adecuar este tipo de proceso “premial” para desmantelar grandes organizaciones criminales, como por ejemplo las de narcotráfico. Si bien este aspecto del principio de oportunidad ha sido debatido, se entiende que busca un control de la criminalidad y por lo tanto lo encuadramos dentro de este modelo.

Ahora, los preacuerdos y el proceso penal abreviado suizo (*abgekürztes Verfahren*) resultan ser símiles en lo que abarca su aplicación. Son sistemas de responsabilidad negociada, partiendo de la base de que brindará mayor celeridad, menos desgaste del aparato de justicia y posiblemente mayor resarcimiento de las víctimas. Si bien se encuentran dentro de un modelo de control de la criminalidad, Suiza tiene una mayor rigurosidad a la aplicación de este sistema, pues, aunque resulta ser más corto, surte las mismas etapas procesales junto con el juez de primera instancia, quien será el encargado de aceptar o negar ese acuerdo negociado con la fiscalía, pero en

donde sobre todo queda inmersa la necesidad de responder frente a la actuación civil derivada de la responsabilidad penal. En Colombia se excluye en todo caso este último factor, que resulta bastante relevante para el fin de la pena en el resarcimiento de la comunidad y del afectado.

V. EL FACTOR DE FUNCIONALIDAD

El haber adecuado un estudio en márgenes de control de criminalidad y debido proceso permite esbozar la rigurosidad con la que han sido pensados los procesos penales dentro de los dos países. Si bien en principio se entendiera que alguno resulta superior a otro, la realidad es que la adaptación de los modelos corresponde a las necesidades presentadas en cada uno de ellos.

En el caso de Colombia, muchas de las disposiciones que se encuentran descritas en la ley no llegan a tener una aplicación dentro del sistema, pues lastimosamente el 81,7%⁸⁴ de las conductas delictivas investigadas terminan siendo archivadas por la fiscalía, previamente a que se pueda instituir la práctica del aparato judicial. Incluso así un estudio del año 2020⁸⁵ reveló que las causales para archivar las diligencias en un 58% se debían a la imposibilidad de encontrar el sujeto activo/pasivo de la conducta, y que únicamente el 5% de las noticias criminales terminan en sentencia.

Estos hechos permiten ver que, aunque descrito el proceso penal colombiano cuenta con unas altas garantías para quienes entran al proceso, realmente la puesta en marcha de estas normativas es bastante escasa, lo cual permite que exista la idea consensuada de que hay un alto rango para la impunidad en el país. Finalmente, esto hace poco efectivo el modelo que se lleva dentro del contexto colombiano. La falta de eficacia y eficiencia pone de presente para quienes cometen delitos que la represión del Estado colombiano no tiene la fortaleza con la que fue propuesta la Ley 906 de 2004, dejando incluso ver que para el año 2023 el 39,8% de las noticias criminales represadas en el inventario eran hechos que entraron en conocimiento entre el año 2005 y el 2019⁸⁶. Por este tipo de hechos tan solo en el año 2022 se registraron 5691 libertades por vencimiento de términos⁸⁷, que si bien no significa que hay exoneración de la responsabilidad penal, sí esboza la realidad del congestionamiento y la ineficiencia del sistema.

⁸⁴ Cifra del Informe de estadísticas del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia 2023.

⁸⁵ Estudio realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia, citado dentro de la bibliografía.

⁸⁶ Cifras del Informe de estadísticas del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia 2023, cit.

⁸⁷ Efecto jurídico consagrado en virtud del numeral 4 y párrafo primero del artículo 317 de la Ley 906 de 2004, el cual consigna que si transcurridos 60 o 120 días, según el caso, el fiscal no ha presentado el escrito de acusación, procederá a darse la libertad del imputado o acusado.

Otro de los factores que fueron pensados para dar soluciones a esta problemática fue la implementación de programas de justicia premial o la novedosa figura de los procesos penales abreviados; sin embargo, contando que al año 2023 el inventario de noticias criminales ascendía a 3.083.131, y únicamente se dio la aplicación de 5468 procesos bajo el principio de oportunidad, se determina la carencia de valor para la descongestión de los procesos.

Contrario a ello, la aplicación del procedimiento abreviado tuvo un crecimiento, atendiendo a la misma fecha una totalidad de 1.257.642 noticias criminales, equivalente casi al 70,3%. Recordemos que este procedimiento reduce a solo dos el número de audiencias que deben surtir los procesos penales, que será la audiencia concentrada (formulación de imputación, la cual ahora se hace por medio del traslado de acusación y audiencia preparatoria, donde se hace el descubrimiento total de los elementos probatorios y evidencias físicas recolectadas).

A partir de este traslado de acusación, el indiciado cuenta con sesenta días para preparar y ejercer su derecho de defensa, y a partir de ese momento el acusador dispone de cinco días para radicar el escrito de acusación ante el juez de conocimiento (Ley 906, 2004, art. 337). Aunque los índices muestran que se han iniciado los procesos bajo esta modalidad, el hecho de descongestión no es notorio, puesto que la represión de inventario para los años 2020 y 2022 (mayoritariamente el tiempo en el que se iniciaron los procesos penales abreviados) sigue estando en una tasa del 55,1%.

De allí basta concluir que en Colombia, si bien dentro de los modelos de Packer se encuentra un modelo garantista, la aplicación del sistema penal acusatorio sigue siendo deficiente.

El caso de Suiza contiene a su vez aspectos que ponen de presente desafíos derivados de la implementación de su modelo mayoritariamente de control de criminalidad. Como se mencionó, aproximadamente el 90% de casos criminales son llevados a través de los procesos penales especiales, en este caso de la orden de sanción.

Sin embargo, por fuera de las problemáticas antecedidas en este escrito, merece la pena revisar si aún con los riesgos ya abordados este procedimiento resulta conveniente. En los escenarios donde los delitos no son de gran envergadura que requieren de la atención pública, el mayor de los riesgos reside en la carencia de publicidad y la amenaza de que ocurrido un error, ello pase a ser desapercibido o indetectable⁸⁸.

88 Mosteller, Robert. *Failures of the Prosecutor's Duty to Do Justice in Extraordinary and Ordinary Miscarriages of Justice. The Prosecutor in Transnational Perspective*, Erik Luna & Marianna Wade (eds.). Oxford University Press, UNC Legal Studies Research Paper (2011), p. 2.

La necesidad de conocer si existe una brecha de errores dentro de estos procedimientos ha dado paso a múltiples estudios⁸⁹. Los resultados convergen en afirmar que las órdenes de sanción derivan en múltiples casos en condenas erróneas. Entre los años de 1995-2004 se revisaron 159 órdenes de sanción, en 136 de estos casos se encontró que se podían presentar nuevas pruebas a favor del acusado⁹⁰.

Dentro de los factores de errores se encontró que 54 casos fueron abiertos bajo una identificación equivocada del acusado, 15 casos fueron sancionados por declaraciones falsas e incluso tres por confesiones falsas. Como resultado de la reevaluación de los casos, 109 de ellos resultaron en absolución⁹¹.

Incluso en el estudio posterior de Thommen *et al.* se obtuvieron datos que confirman que la fiscalía únicamente en 8% de los casos interroga a los acusados antes de dictar una orden de sanción sumaria, por lo que en caso contrario únicamente estarían basadas en las pruebas recolectadas por la policía para emitir tal castigo. Cabe mencionar que para enero del año 2024 el Parlamento suizo aprobó un cambio en el artículo 352A del StPO, el cual busca cambiar la intervención de la fiscalía para dictar orden de sanción sumaria, implementando que será de carácter obligatorio al menos tener un interrogatorio con el acusado únicamente cuando se quiera imponer pena privativa de la libertad superior a cuatro meses o una multa superior a 120 días salariales.

Adicionalmente, en el estudio anteriormente descrito se demostró que, llevado a cabo el proceso de objeción, en donde medie el juez de primera instancia, tendencialmente se modifican las sanciones en un promedio de 75 días menos, lo que equivaldría a un 63% de su sentencia inicial, demostrando que hay un descuento significativo –separado de los casos que resultan en directa absolución– derivado del juicio.

De ahí que se pueda poner nuevamente en revisión si el procedimiento penal mayormente usado como estrategia de contención de la criminalidad efectivamente resulta funcional, más allá de corresponder a la severidad y el arbitrio de control delincuencial. Pareciera que por ahora resulta prioritario dar una respuesta estatal de solidez y rigurosidad que realmente encontrar y sancionar conductas punibles.

89 Riedo, Christof y Fiolka, Gerard. *Der Strafbefehl: Netter Vorschlag oder ernste Drohung?* Forum-poenale, 3. Stämpfli Veerlag AG (2011); Guilliéron, Gwladys. "Wrongful convictions in Switzerland: A problem of summary proceedings", *University of Cincinnati Law Review*, 2013; Enescu, Raluca. "Penal orders and the role of prosecutors in Switzerland", *Journal of Legal Studies*, vol. 26, Sciedno (2020); Thommen, Marc *et al.* *Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren. Bericht zuhanden des Schweizerischen Nationalfonds 1000011.73368.* Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich, 2020.

90 Guilliéron, ob. cit., pp. 160-161.

91 Riedo y Fiolka, ob. cit., p. 157; Enescu, ob. cit., p. 134.

CONCLUSIONES

Los extremos sancionadores han sido transversales a lo largo de la historia. Las dos grandes tradiciones jurídicas, *civil law* y *common law*, han alineado en sí mismo modelos jurídicos que se fueron adaptando a las necesidades de cada territorio.

Estudiamos el desarrollo de dos escenarios que se enmarcan en dos de los extremos de estos modelos, uno que queda catalogado como un país altamente garantista, mientras el otro se enmarca en un concepto de control de la criminalidad. Sin embargo, la capacidad funcional en ambos casos sigue demostrando que aún hay un largo camino para la sociología del castigo.

Idealmente, la pugna debería disiparse al punto tal que converjan alternativas de descongestión de sistemas, o, en este caso, en virtud de un estudio comparado, que se implementen los aspectos benéficos según las necesidades de cada país.

Si bien Colombia cuenta con una gran cantidad de herramientas para que el proceso en curso no sea tildado de arbitrario y excesivo, carece de dos aspectos fundamentales: la eficacia y la eficiencia, aspectos que sobran en el modelo de justicia suizo. Los altos índices de noticias criminales represadas generan un efecto de cuello de botella donde se enfrentan la justicia y la impunidad.

En este caso el factor de celeridad por medio de procesos penales abreviados que sean más eficaces y rigurosos daría cabida a un sistema que tenga algunos rasgos de modelo de control de la criminalidad. En efecto, la correcta aplicación de la figura de preacuerdos o la instauración de un modelo abreviado para casos de menores cuantías con fiscalías especializadas y jueces de descongestión darían paso a una mejor estructura penal.

Por el contrario, en Suiza el reto se encuentra en garantizar en mayor medida un proceso que no resulte arbitrario para las partes, no solo pudiendo ampliar los plazos de respuesta de las personas que se encuentran acusadas por una orden de sanción, sino reiterando la necesidad de un principio garantista de contradicción en instancia preliminar.

Es entendido que uno de los principios rectores de este sistema es la eficiencia, sin embargo, se pueden surtir estas etapas de forma concomitante, una breve audiencia con la fiscalía y control judicial que permitan entrever que la calidad de la propuesta de sanción resuelve la necesidad de castigar. En este caso es nuevamente importante recalcar que la prioridad se encuentra en el fin último del derecho penal y es evitar una arbitrariedad, de modo que se protejan los bienes jurídicos del individuo y de la sociedad en general.

La adopción de estas consignas sería para ambos sistemas un nuevo punto de partida en la configuración de un modelo penal tanto eficiente como garantista.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Barrera Rodríguez, L. *Principio acusatorio: ¿presupuesto constitucional del procedimiento penal en Colombia?*, Cuadernos de Derecho Penal, enero-junio, Bogotá, 2016.

Bazzani Montoya, D. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal: los grandes desafíos del juez penal Colombiano*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, 2005.

Bentham, J. *Principles of Morals and Legislation*, Batcohe Books, Kitchener, 2001.

Bovino, A. *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

Brägger, B. *Die neue schweizerische Strafprozessordnung (StPO)*, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2010.

Corporación Excelencia en la Justicia. *Manual azul de la justicia: Estadísticas sobre el estado de la justicia en Colombia*, Bogotá, 2020.

Corporación Excelencia en la Justicia. *Informe de estadísticas del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia 2022*, Bogotá, 2023.

Correa Rozo, M. *De la acción penal pública a privada: implementación de la figura del acusador privado en el ordenamiento jurídico colombiano* (tesis de grado), Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2018.

Damaska, M. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Barcelona; Buenos Aires; México D. F.; Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Dammer, H.; Albanese, J. *Comparative criminal justice systems*. Wadsworth, Cengage Learning. International Offices, 2011.

Daza González, A. “Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal”. *Jus Penal* 12, Universidad Católica de Colombia, 2016.

Diez rugeles, M.; Vivares Porras, L. “El acusador privado y el principio de igualdad de armas: una crítica al ordenamiento jurídico Colombiano”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 50, Universidad pontificia Bolivariana, 2020.

Donatsch, A.; Lieber, V.; Summers, S.; Wohlers, W. (Hrsg.). *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, art. 140*, 3. Aufl. Zürich, 2020.

Enescu, R. "Penal orders and the role of prosecutors in Switzerland", *Journal of Legal Studies*, vol. 26, Sciedno, 2020.

Foucault, M. *La verdad y las formas jurídicas*, 1980.

Guilliéron, G. "Wrongful convictions in Switzerland: A problem of summary proceedings", *University of Cincinnati Law Review*, 2013.

Gless, S. "Beweisverbote und Fernwirkung", *ZStrR* 2, 2010.

González Martín, N. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México D. F., Cultura Jurídica, 2010.

Granados Peña, J. "Antecedente y estructura del proyecto de Código de Procedimiento Penal". *Vniversitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

Grädel, R. (Hrsg.). Schmid, G.; Schuhmacher, R. *Die Zahl der Fehlurteile ist unbekannt*, Plädoyer, 2016.

Guerrero, O. "El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México D. F., 2006.

Handler, E. *Sistemas penales comparados*, Buenos Aires, Didot, 2019.

Hernández Jiménez, N. "¿La detención preventiva es una medida excepcional? Estudio de caso", *Diálogos de Saberes*, n.º 39, 2013.

Hernández Jiménez, N. *El derecho penal de la cárcel: una mirada al contexto colombiano con base al giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2018.

Jositsch, D. *Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts*, 4. Aufl. Zürich/St. Gallen, 2023.

Jositsch, D.; Schmid, N. *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 4. Aufl. Dike Verlag AG. Zürich/St. Gallen, 2023.

Langbein, J. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press, 2003.

Langer, M. "La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo", *Revista Brasileira de Direito Procesual Penal*, Sao Paulo, Atlas, 2015.

Luminati, M. *Geschichte des Strafrechts und des Strafprozessrechts. Zusammenfassung. Fachschaft Jus Luzern*, 2020.

Luna, E. "The models of criminal procedure", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 2, n.º 2, 1999.

Mosteller, R. *Failures of the Prosecutor's Duty to Do Justice in Extraordinary and Ordinary Miscarriages of Justice. The Prosecutor in Transnational Perspective*. Erik Luna & Marianna Wade, ed. Oxford University Press. UNC legal Studies Research Paper, 2011.

Murillo Zamora, C. "El crimen transnacional organizado como insurgencia no política: la experiencia Centroamérica". *Desafíos*, vol. 28, n.º 2, Bogotá, 2016.

Ortiz Alzate, J. "Sujetos procesales (partes, terceros e intervenientes)", *Ratio Juris*, vol. 5, n.º 10, 2010.

Packer, H. "Two models of the criminal process", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, n.º 1, 1964.

Palacios Parra, D. "El estándar probatorio en la medida de aseguramiento: un análisis a partir de la ley 1826 de 20172, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, vol. 44, 2022.

Piedrahita Bustamante, P. "Local y global: el estado frente al delito transnacional", *Revista Derecho del Estado*, 2020.

Pieth, M.; Geht, C. *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2023.

Plazas Serrato, M. *La víctima en el proceso penal: ¿intervención acorde a la Ley 906 de 2004 o un excesivo protagonismo?*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2019.

Ramírez Salazar, C. *El proceso penal abreviado en Colombia: ¿una posibilidad para juzgar delitos menores?*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2016.

Riedo, C.; Fiolka, G. "Der Strafbefehl: Netter Vorschlag oder ernste Drohung? ", *Forumpoenale*, 3. Stämpfli Veerlag AG, 2011.

Roach, K. "Four Models of the criminal Process", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 89, n.º 2, Northwestern University Pritzker School of Law, 1999.

Ruckstuhl, N. *Basler Kommentar Strafprozessordnung/jugendstrafprozessordnung*, 3. Aufl. Freiburg/Luzern/Basel, 2023.

Salinas Cañas, S.; Riquelme Rivera, J. “Democracia, integración y seguridad en América Latina: el crimen organizado transnacional (COT) como desafío”. *Revista Enfoques*, vol. XV, n.º 27, 2017.

Sánchez Mejía, A. *Entre el control de la criminalidad y el debido proceso: una historia del proceso penal colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2017.

Schnell, B.; Steffen, S.; Bähler, J. *Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis; Theorie, Rechtsprechung und Musterdokumente*, Bern, Stämpfli Verlag, 2019.

Schmocke, P. “Die Strafbefehlsvoraussetzungen des «eingestandenen» oder «an-derweitig ausreichend geklärten» Sachverhalts”, *Forum poenale* 5, 2016.

Thommen, M. *Kurzer Prozess-fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013.

Thommen, M. (Hrsg.). Schmid, G.; Schuhmacher, R. *Die Zahl der Fehlurteile ist unbekannt*, Plädoyer, 2016.

Thommen, M.; Kuhn, A.; Eschle, D.; Walser, S. *Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren. Bericht zuhanden des Schweizerischen Nationalfonds 1000011.73368*. Zurich Open Repository and Archive. University of Zurich, 2020.

Wiprächtiger, S. *Basler Kommentar Strafprozessordnung/jugendstrafprozessordnung*, 3. Aufl. Freiburg/Luzern/Basel, 2023.

Wohlers, W. “Die schweizerische Strafprozessordnung – eine Betrachtung aus der Vogelperspektive”. *ZStrR* 3, 2020.

Jurisprudencia

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (21 Dezember 2005). BBI 2006 1085.

Corte Constitucional de Colombia (21 de mayo, 2001). T-533, expediente T-416041. MP Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia (9 de junio, 2005). C-591, expediente D-5415. MP Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia (15 de noviembre, 2005). C-1154, expediente D-5705 y D-5712. MP Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia (17 de noviembre, 2005). C-1177, expediente D-5730. MP Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia (7 de junio, 2006). C-454, expediente D-5978. MP Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia (21 de marzo, 2007). C-209, expediente D-6396. MP Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia (29 de Octubre, 2009). C-762, expediente D-7607. MP Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia (27 de enero, 2010). C-025, expediente D-7858. MP Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia (6 de julio, 2011). C-540, expediente D-8362. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Franz Wicki, *Amtliches Bulletin*, AB 2006, S 1048/BO 2006 E 1048 (11 Dezember 2006). *Zur Dichotomie zwischen ökonomischer Effizienz und Fairness durch Gewaltenteilung Trechsel*.