



Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448

revistaiusta@usantotomas.edu.co

Universidad Santo Tomás

Colombia

GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR

¿Justicia material o eficientismo punitivista? Las dos caras de la reforma al sistema penal
colombiano

Revista IUSTA, vol. 1, núm. 22, enero-junio, 2005, pp. 13-43

Universidad Santo Tomás

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358680001>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿Justicia material o eficientismo punitivista? Las dos caras de la reforma al sistema penal colombiano

MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA*

Desde una perspectiva histórica y crítica, el texto analiza la reciente reforma al sistema penal colombiano promulgada en la Ley 906 de 2004, reforma que ha sido presentada ante la opinión pública como una profunda transformación del sistema penal colombino, que garantizará en un futuro cercano altos grados de eficiencia, bajos niveles de impunidad y la disminución de la criminalidad, tesis que es puesta en duda en el presente artículo. El texto realiza, en primer lugar, un estudio crítico de los fundamentos teóricos y filosóficos que son presentados como justificación de la reforma; en segundo lugar, se contrastan los principios teóricos y filosóficos propuestos y lo que realmente se aprueba señalando los vacíos e inconsistencias de la reforma penal; y, por último, se presentan las implicaciones que el nuevo sistema penal va a presentar al ordenamiento legal colombiano y en particular a la sociedad que no va a encontrar en esta reforma una verdadera justicia material; por el contrario, se prevé que la sociedad se va a ver sometida a la pérdida de garantías jurídicas y de los derechos que señala la Constitución colombiana.

PALABRAS CLAVE

Sistema penal, impunidad, sistema inquisitivo, sistema acusatorio, criminalidad, reforma penal.

* Filósofo y Abogado, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás.

ABSTRACT

This paper analyses -from a critical and historical focus- the recent reform of the penal system in Colombia adopted by the Bill 906 of 2004. The reform was presented to the public opinion as a deep transformation of the Colombian penal system that will soon guarantee high rates of efficiency, law rates of impunity, and the diminishment of criminality. This article questions this thesis.

In the first place, this paper makes a critical study of the theoretical and philosophical basements presented to justify the reform. In the second place, it contrasts the main theoretical and philosophical basements with what was really approved, underlying the lacks and inconsistencies of the penal reform. Finally, it shows the implications that the new penal system will present in the Colombian legal order. It particularly insists on the fact that the society will not find in this reform a truly material justice, but on the contrary it foresees that the society will be submitted to the loss of judicial guarantees and the rights adopted in the Colombian Constitution.

INDEX TERMS

Sistema penal, impunity, inquisitive system, accusative system, criminality, penal reform.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nunca antes en la historia del país, la aprobación de una reforma al sistema de enjuiciamiento penal había despertado tantas expectativas entre el público no especializado; desde el momento en que se presentó el proyecto de acto legislativo mediante el cual se introdujeron en la Constitución los cambios necesarios para hacerla posible hasta la reciente sanción presidencial del nuevo Estatuto Procesal; la reforma estuvo rodeada por comentarios de prensa, notas periodísticas y la propaganda en sus más diversas manifestaciones. No obstante, el entusiasmo de los medios contrasta con la escasez de estudios sobre el tema. Se hace evidente la superficialidad, ligereza e irresponsabilidad con que

se manejó todo el asunto¹, desde la presentación de la propuesta por parte del Fiscal General de la Nación, pasando por la discusión parlamentaria, hasta llegar a la aprobación misma del proyecto, todo esto en tiempo meteórico, si se tiene en cuenta que lo que se llevó a cabo fue una reforma constitucional que requiere de discusión y aprobación en dos legislaturas y, además, que según sus autores, lo que se hizo fue una radical y profunda transformación de nuestras instituciones jurídico procesales en materia penal, que supuestamente da el salto de un inoperante y obsoleto sistema de tendencia inquisitiva a un eficaz y actual sistema de tendencia acusatoria².

¹ Todo ello a pesar de que no sin cierto dejo de cinismo el propio Fiscal General se atreva a afirmar que no se trata de una "aventura irracional, ni es improvisación", Cf. OSORIO, Luis Camilo. "Introducción a la ley estatutaria del código de procedimiento penal acusatorio". En: *Reforma de la Justicia penal*. Tomo III. Bogotá: Corporación Excelencia de la Justicia, Septiembre de 2003. p. 17.

² Exposición de motivos al proyecto de ley estatutaria del Código de Procedimiento Penal. Ibíd., pp. 35 ss.

Desde luego que esta irresponsabilidad no es cualidad exclusiva de la presente reforma. Es más bien una característica de nuestras instituciones jurídico-penales. Baste con señalar que el presente es el tercer código de procedimiento que se expide desde la promulgación de la Constitución de 1991, con escasos 13 años de vigencia, esto sin tener en cuenta las más de 60 reformas que se le han introducido al ordenamiento penal en el mismo período³. Que en materia penal Colombia legisla de manera irresponsable y procaz es un hecho demostrado que se corresponde con una lógica político-criminal enraizada en nuestra tradición jurídica, de la que ya nos hemos ocupado en otro lugar⁴ y que no será objeto de estudio detallado aquí. Habría que decir tan solo que esta nueva reforma se inscribe dentro de ese fenómeno que alguna vez Néstor Humberto Martínez denominara "lujuria legislativa"⁵, consistente en pretender encontrar en la reforma de los códigos y la expedición de leyes la solución de problemas de carácter real que tienen su génesis en una multiplicidad de factores, la mayoría de las veces completamente ajenos al fenómeno legislativo mismo, práctica que, como ya se señaló, es propia de las precarias democracias autoritarias de nuestra región⁶.

Desde esta perspectiva, habría que decir que una reforma del sistema penal, cualquier reforma que se emprenda dentro del marco de un derecho penal de facto, es por sí misma inadecuada e inconveniente no sólo porque al ser una improvisación carece por completo de seriedad y es un acto de arbitrariedad que en nada o en muy poco puede beneficiar la administración de justicia misma, sino además porque es claramente ilegítima, en la medida en que ésta no tiene en cuenta los presupuestos mínimos de esa legitimación, entre los cuales está, como es obvio, el conocimiento y discusión por parte de la sociedad a la cual se dirige y se le aplicará en el futuro⁷. No obstante, asumir tal postura, *a priori*, no nos puede privar de emprender una tentativa de análisis de la misma, máxime si se tiene en cuenta que no parece probable, en el estado de cosas actual, que las directrices de la política criminal en esta materia cambien en el futuro próximo, como quiera que no se trata aquí de una postura aislada, sino que corresponde más bien al espíritu de los tiempos⁸. En consecuencia, y teniendo como punto de partida ese horizonte de proyección, intentaremos en los renglones que siguen hacer un estudio crítico de los fundamentos teóricos y filosóficos de la re-

³ Desde la entrada en vigencia de la Constitución, han reformado los estatutos penal y procesal penal, entre otros, los Decretos 800 de 1991; 1833 de 1992; 1834 de 1992; 5 de 1993; 663 de 1993; 1108 de 1994; 1072 de 1995; 2100 de 1996; 2545 de 1997; 3000 de 1997; 3001 de 1997; 323 de 1998; 775 de 1998; 306 de 1998; 1818 de 1998; 623 de 1999; 261 de 2000; 262 de 2000; 1461 de 2000; 652 de 2001; las leyes: 23 de 1991; 15 de 1992; 24 de 1992; 40 de 1993; 44 de 1993; 58 de 1993; 65 de 1993; 66 de 1993; 81 de 1993; 228 de 1995; 270 de 1996; 282 de 1996; 294 de 1996; 331 de 1996; 333 de 1996; 360 de 1997; 365 de 1997; 383 de 1997; 393 de 1997; 415 de 1997; 417 de 1997; 422 de 1998; 446 de 1998; 488 de 1998; 491 de 1999; 504 de 1999; 552 de 1999; 553 de 2000; 575 de 2000; 585 de 2000; 589 de 2000; 599 de 2000; 600 de 2000 y 906 de 2002; los acuerdos 660 de 1999; 739 de 2000; los actos legislativos 01 de 1997 y 03 de 2002.

⁴ Cf. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *La reforma del sistema penal colombiano, la realidad detrás de la imagen*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 27 ss.

⁵ *El Tiempo*, junio 10 de 1995, p. 11A.

⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. «La solución penal de los conflictos sociales». En: *Concepto y límites del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1992, p. 64.

⁷ Los parámetros de legitimidad de la reforma del sistema penal ha sido objeto de abundante discusión; para una panorámica de la cuestión, Cf. ROXIN, Claus y MIR PUIG, Santiago y otros. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis; también BARATTA, Alessandro. «Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal». En: *Nuevo Foro Penal*, Año VIII, n. 34, Octubre-diciembre de 1986, pp. 421 ss.; GROSSO GARCÍA. *La reforma...* Op. Cit. pp. 30 ss.

⁸ Al respecto, Cf. JESCHECK Hans Heinrich. «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal». En: *Política criminal y reforma del derecho penal*. (trad. Santiago Mir Puig). Bogotá: Temis, 1982, pp. 235 ss.; también; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999; igual, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires:Hammurabi, 1982, p. 109; en la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límite». En: *Política criminal y nuevo derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin (editor: Jesús María Silva Sánchez). Barcelona: J M Bosch. 1997 pp. 17-29. En Colombia, recientemente y en referencia al nuevo Código Penal, ARBOLEDA RIPOLL, Fernando. «Política criminal y Nuevo Código Penal». En: *Estudios sobre los nuevos códigos penales*, Op. cit., p. 9.

forma, sin adentrarnos en un análisis detallado de su contenido mismo, con el propósito de sentar algunos parámetros que consideramos de indispensable discusión futura si se quiere comprender a cabalidad las implicaciones que este cambio tiene respecto de nuestro ordenamiento jurídico y las consecuencias que puede tener su aplicación. A tal efecto, se expondrán brevemente los fundamentos y objetivos que la inspiraron, para luego contrastarlos con lo que realmente se aprobó y establecer qué tan consecuente fue la obra con su justificación, para, finalmente, presentar otra perspectiva de análisis.

I. LA CARA QUE SE MUESTRA: UN MEJOR SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

1. Justificación y objetivos de la reforma

Desde la presentación misma del proyecto de acto legislativo que pretendió y logró modificar el artículo 250 de la Constitución Política, el Fiscal General de la Nación, gestor de la reforma, presentó como justificación para la necesidad de la reforma el lamentable estado de la justicia en general y de la justicia penal en particular. Se queja el alto funcionario de que, "A pesar del mancomunado de fiscales y jueces y de todas las reflexiones académicas hacia el mismo propósito, estamos lejos de erradicar los altos niveles de criminalidad e impunidad que azotan al país"⁹. Tal situación, señala, debe mover no sólo al análisis, sino a la búsqueda de soluciones; y entiende que una y otra cosa se deben hacer desde la perspectiva del estudio de las "bondades y limitaciones de los sistemas procesales

penales"¹⁰, pero no ya mirando tan solo su aspecto teórico, el cual da por discutido y resuelto, sino desde el punto de vista de su operatividad práctica, esto es, desde los resultados que la aplicación de dichos sistemas arroja en cifras, es decir, de la cantidad de delitos que se sancionan por los respectivos sistemas.

Señala el señor Fiscal General que los factores que tienen mayor incidencia en la producción de la criminalidad en Colombia son el tráfico de drogas, la guerrilla, la pobreza, la desigualdad de oportunidades y la propensión de la sociedad colombiana a la violencia. Pero, seguidamente, señala como el más importante y decisivo de los factores el grado de represión de la delincuencia, que es, en su sentir, el factor que determina la diferencia en los índices de criminalidad en cada país. Como apoyo de esta muy original afirmación cita la publicación periódica del Bureau de estadísticas de justicia de los Estados Unidos de América¹¹ aunque sin establecer la fecha, los datos, las fuentes ni el sustento investigativo para esta conclusión.

Establecido esto, y teniendo siempre como punto de referencia los datos estadísticos, se refiere a los índices de criminalidad de los delitos de mayor ocurrencia, a la cabeza de los cuales se ubican el hurto, la violencia intrafamiliar, la inasistencia alimentaria y el homicidio. Luego, selecciona este último para hacer un análisis a partir de la tasa de homicidios cometidos por cada cien mil habitantes, que es el patrón estadístico universalmente aceptado para hacer esta medición¹². Analizando las cifras, demuestra que

⁹ OSORIO ISAZA, Luis Camilo. «La justicia colombiana y el nuevo sistema penal». En: *Reforma constitucional del sistema penal*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 2003. pp. 21-22.

¹⁰ Ibíd., p. 22.

¹¹ Escuetamente remite a "Sourcebook of criminal justice statistic". En *La justicia...* Op.cit. p. 22.

¹² Así lo han establecido tanto las Naciones Unidas como la Interpol. Cf. United Nations Survey of Crime Trends and Operations of Criminal Justice Systems, *Global report on crime satatistics*, 1990.

mientras en Estados Unidos de América se cometen 5 homicidios por cada 100 mil habitantes, en el Perú 3,23; en Panamá y los países europeos apenas 2; en Colombia se cometan 70 homicidios por cada 100 mil habitantes. Como se puede ver, la conclusión es que Colombia ostenta el primer lugar en tasa de homicidios por número de habitantes en el mundo, cuando menos respecto de los países en los que se dispone de datos confiables, lo que resulta, desde luego, muy preocupante.

Establecido lo anterior, hace una comparación entre el número policías, fiscales y jueces encargados de reprimirlo; para lo cual se vale de los datos suministrados por Naciones Unidas e Interpol¹³. Examinando los datos sobre el número de funcionarios disponibles para perseguir los homicidios cometidos, establece que mientras el Perú dispone de 120 fiscales por cada 100 homicidios cometidos, Grecia de 145, Alemania de 200 e Inglaterra de 250; Colombia sólo dispone de 10 fiscales por cada 100 homicidios. Así mismo, mientras Uruguay tiene 12.400 policías por cada 100 homicidios cometidos, Panamá 22.100 y el Japón 18.800; en Colombia se tienen tan sólo 390 policías por cada 100 homicidios. Finalmente, mientras en Chile se dispone de 13 jueces por cada 100 homicidios, en Brasil de 85 y en Francia de 228, en Colombia se dispone de tan solo un Juez por cada 100 homicidios cometidos. Conclusión: Colombia es el país que comparativamente dispone de menos funcionarios para atender los casos de homicidio que se producen.

De estas comparaciones infiere luego, de manera repentina, *"que las naciones con sistemas judiciales de tendencia acusatoria logran una mayor represión del crimen en las tres instancias, policial, judicial (jueces y fiscales) y de encarcelamiento, con el resultado de lograr bajas tasas de criminalidad (homicidios)"*¹⁴, y que todo ello se debe, fundamentalmente, a que en los países con tendencia acusatoria aplican el principio de especialización en virtud del cual *"el fiscal investiga a fondo y deja las funciones de administrar justicia a los jueces"*¹⁵, concluyendo que *"La mayor eficacia de fiscales y jueces culmina con una mayor cantidad de delincuentes pagando condenas en prisiones"*¹⁶, con lo cual *"disminuyen la congestión, la impunidad y la criminalidad"*¹⁷.

La anterior demostración, acota el alto funcionario, es razón suficiente para que el Congreso de la República se convenza de las bondades del sistema acusatorio y, en consecuencia, es más que abundante justificación para que se aprueben las reformas constitucional y legislativa propuestas. No cabe duda de que el sistema acusatorio es el mejor instrumento para mejorar la convivencia pacífica de nuestro pueblo; ello sin dejar de lado las enormes ventajas económicas y financieras derivadas de una mayor eficacia en la administración de justicia.

No obstante la supuesta contundencia de los argumentos, el autor del proyecto discurre en un análisis de lo que ha sido la evolución de nuestro sistema judicial, con el único propósito

¹³ Cf. OSORIO ISAZA. *La justicia...* Op. cit., p. 45.

¹⁴ Ibíd, p. 24.

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ Ibíd. p. 25.

¹⁷ Ibíd.

de demostrar que el mismo ha sido siempre completamente ineficiente, en la medida en que la mayor parte de sus reformas, a lo largo del siglo XX y comienzos del actual (1887, 1910, 1928, 1938, 1954, 1965, 1971, 1976, 1978, 1979, 1981, 1984, 1987, 1991, 1993 y 2000), no han hecho más que gestionar la justicia y hacerla cada vez más inoperante, si bien en algunos casos se han logrado éxitos parciales que no afectan el núcleo del problema. Y todo ello se debe a que a lo largo de esas reformas no se atacaba el verdadero mal, a saber, la marcada tendencia inquisitiva del sistema, que ha dejado siempre en manos de un mismo funcionario las labores de instruir, acusar y tomar decisiones judiciales, si bien reconoce que esa tendencia cambió un poco con la instauración de la Fiscalía General, lo cual en su sentir “no ha ofrecido resultados importantes”¹⁸. A todas estas fallas, argumenta el señor Fiscal General hay que sumarle el pernicioso “procedimiento escriturario” que agobia los despachos judiciales con montañas de papel.

La necesidad de cambiar todo eso es no sólo evidente sino urgente. Para lograrlo, el Fiscal propone una reforma radical del sistema penal que parte de la separación absoluta de las funciones de investigación y acusación, que adelantará la Fiscalía, y la de juzgamiento, que corresponde a los jueces. Lo que se pretende es, entonces, ahondar en la brecha que abriera la Constitución de 1991 al crear la Fiscalía General de la Nación y romper el esquema inquisitivo que mantiene la fase instructiva del proceso a su cargo, para concentrar todos los esfuerzos de este ente en las labores de investigación. Con ello, se afirma, se daría el paso definitivo para la consolidación de un sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, que es el que corresponde a un Estado de

mocrático¹⁹. Se parte de que un sistema penal acusatorio no sólo encarna mejor los principios de defensa, contradicción, celeridad y publicidad, sino que además, y principalmente, es un mecanismo más eficaz para combatir la delincuencia, reducir la impunidad y ofrecer una pronta oportuna justicia para la comunidad.

2. Estructura del nuevo sistema

Siguiendo los lineamientos trazados, la Ley 906 de 2004 instaura realmente un nuevo sistema penal que contrasta en mucho con el actualmente vigente. Lo primero es que, efectivamente, las funciones de investigación y juzgamiento se separan, asignándole la primera a la Fiscalía General de la Nación, que tiene plena autonomía para adelantarla, sin el lleno de ninguna formalidad distinta de la *noticia criminis* (Títulos I y II, del Libro II) y la segunda a los jueces (artículos 31 al 41); por su parte, la función judicial la ejercen el juez de control de garantías, que es el encargado de conocer de las imputaciones que formule el fiscal (286), y de decidir sobre la imposición de medidas de aseguramiento (306 ss). A su vez, el juez de conocimiento recibe las acusaciones que formula el fiscal (336 ss), adelanta y gobierna con plenos poderes el juicio oral (366 ss), resuelve las solicitudes de preclusión (331 ss) y una vez concluido el juicio dicta la sentencia (446 ss). El sistema incorpora los principios de oralidad (9º), oportunidad (321 ss), inmediación (16), concentración (17) y cláusula de exclusión (23); lo que permite concluir que, por lo menos en principio y a primera vista, es verdad que se apuesta por un sistema de corte marcadamente acusatorio y adversarial, con juicio oral, acorde con la propuesta inicial y la exposición de motivos antes comentada.

¹⁸ Ibíd., p. 33.

¹⁹ Ibíd., p. 36.

En el nuevo sistema, la Fiscalía, de la mano de los órganos de Policía Judicial (200 ss), adelantan la investigación penal a partir de la noticia criminis. Dentro del ejercicio de esta función, tienen plenas facultades (205-208) para recaudar evidencias, entrevistar personas e interrogar testigos, asegurar la cadena de custodia de las pruebas recaudas, inspeccionar el lugar de los hechos etc., siempre y cuando sus labores no afecten derechos fundamentales (207) y cuando las diligencias no requieren autorización judicial (213 ss); de lo contrario, deberán actuar bajo autorización previa del juez de garantías (246 ss). Durante esta etapa, tanto el imputado como su defensor tienen facultades similares a las de los investigadores (267). Una vez adelantada la investigación, si el fiscal encuentra mérito para ello formulará la imputación correspondiente ante el juez de garantías (286 ss), momento a partir del cual éste dispone de 30 días (175) para, o bien solicitar la preclusión (331), ejercer el principio de oportunidad (321), o formular acusación (336). Una vez presentada ésta, se cita para la audiencia respectiva (338 ss), en la que las partes y el Ministerio Público se pronunciarán respecto de la legalidad, competencia y posibles impedimentos que surjan respecto de la misma; luego de lo cual, se procederá a formular verbalmente la acusación por el fiscal. Dentro de ésta misma audiencia se procederá al descubrimiento de las pruebas (344), por las partes.

El nuevo sistema establece igualmente la posibilidad de que el Fiscal y el imputado puedan negociar y llegar a un preacuerdo respecto de las imputaciones, bien sea antes de la formulación de la acusación (350) o con posterioridad a ella (352); lo que tendrá las siguientes consecuencias: que el juez estará obligado a aceptar el acuerdo salvo por vicios que afecten las garantías fundamentales, caso en el cual se citará para audiencia de sentencia, en la cual se condenará al procesado por los cargos aceptados y

se le hará una rebaja de pena de la mitad o un tercio según que el mismo se haga antes o después de formulada la acusación. El imputado o procesado podrá igualmente aceptar parcialmente los cargos y obtener las rebajas correspondientes respecto de los cargos aceptados (353).

Evacuada la audiencia de formulación de cargos, si no se diera un acuerdo, o este fuere parcial, se procederá a la audiencia preparatoria (355 ss), en la cual las partes harán sus pronunciamientos respecto del descubrimiento de pruebas. La defensa descubrirá las que falten por descubrir y ambas partes enunciarán las que harán valer en el juicio. Igualmente las partes podrán manifestarse sobre las estipulaciones probatorias sobre las que exista acuerdo. Dentro de esta audiencia también podrán solicitar las partes o el Ministerio Público la exclusión de las pruebas (359) y el juez desechará la prueba ilegal (360). Las pruebas de oficio están expresamente prohibidas (361). Finalizada la audiencia preparatoria, se deberá fijar fecha para el juicio oral dentro de los 30 días siguientes (365). El juicio se inicia con la presentación del caso por las partes (371). En esta etapa se adelantará el proceso penal propiamente dicho y entrará en juego todas las reglas relativas a la práctica de pruebas (372-382); los interrogatorios y contrainterrogatorios (383-404); la presentación de la evidencia física, documental (424-434), etc. Todas las pruebas se deben practicar durante el juicio, salvo imposibilidad física para ello (435). Concluido el debate probatorio, se le dará el uso de la palabra al fiscal para que presente su alegato final, luego al representante de la víctima, si lo hubiere, y al ministerio público; por último, intervendrá la defensa (442-445). No obstante, el fiscal tiene el derecho a replicar las afirmaciones de la defensa, pero siempre garantizando que el último pronunciamiento sobre el punto lo haga la defensa. Finalizados los alegatos, el juez se debe pronunciar sobre el sentido de la sentencia, para lo cual puede hacer un receso de hasta dos horas (446).

Hecho esto, se citará para audiencia de fallo dentro de los 15 días siguientes a la terminación del juicio (447).

II. EL REINO DE LAS PRESUNCIONES Y LAS FALACIAS, OTRA CARA DE LA REFORMA

Vista de esta manera esquemática, se podría concluir que efectivamente la reforma estudiada sí representa un cambio radical del sistema de enjuiciamiento criminal y que en efecto se ha dado el salto anunciado hacia un verdadero sistema acusatorio. No obstante, una mirada más detenida pone en evidencia una serie de vacíos e inconsistencias en todo este asunto. Se parte de entender que se está haciendo un cambio de sistema de un modelo inquisitivo a uno acusatorio y simplemente se da por sentado que en efecto esto es así, sin entrar a demostrar que el sistema existente efectivamente es inquisitivo y que el que se instaura es acusatorio. Igualmente se asume que todo el mundo sabe qué es un sistema inquisitivo y qué es uno acusatorio y que también todo el mundo tiene tan claras las diferencias entre ambos que no hay ninguna necesidad de detenerse a reflexionar sobre este punto. Por último, se presume demostrado y conocido por todos que los sistemas acusatorios son necesariamente mejores que los inquisitivos y que en consecuencia lo lógico es que se deba adoptar este tipo de sistema²⁰; en consecuencia, se plantea como urgente y necesario cambiar el sistema inquisitivo actualmente vigente, por uno acusatorio, para, de esta manera, modernizar el sistema de justicia penal del país superando sus deficiencias e inoperancia y ponerlo a tono con las actuales tendencias mundiales

al respecto. Pensamos que nada de eso es así y que, por el contrario, todo ello está por demostrar, por lo tanto, nos ocuparemos seguidamente de examinar hasta qué punto es acertado partir de esas presunciones y si es verdad que el cambio propuesto trae consigo las consecuencias que de ella se pretende.

1. Sistema inquisitivo Vs. Sistema acusatorio. ¿Existe realmente esta controversia?

La doctrina especializada en la materia²¹ suele hablar de tres clases de sistemas penales: inquisitivo, acusatorio y mixto. El primero de ellos se caracteriza por: 1) el concurso de denunciantes secretos; 2) la dirección de las pruebas por parte de los jueces; 3) instrucción escrita; 4) procedimiento siempre secreto; 5) encarcelación preventiva del procesado; 6) desequilibrio de las partes y 7) unificación de las funciones de investigar, acusar y juzgar en una misma autoridad. Se suele asociar siempre a estos sistemas con los Tribunales de la Santa Inquisición²² fundados por el Papa Gregorio IX en 1233, que fueron creados con el propósito de luchar contra la herejía, más concretamente para perseguir y juzgar a los cátaros²³ de la región del Languedoc, que sobrevivieron a la Segunda Cruzada. Desde esta óptica, los sistemas inquisitivos se asocian con un período muy oscuro de la sociedad de la Europa medieval y con los terribles excesos en los que incurrieron muchos de esos tribunales, que condujeron a la *caza de brujas* en Europa²⁴ y al exterminio de pueblos enteros en la América española²⁵. De esta asociación nace el prejuicio de caracterizar estos sistemas como arbitra-

²⁰ Cf. OSORIO ISAZA. *La justicia...* Op. cit. p. 41.

²¹ Así, FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal* (trad. L. Prieto Castro). Barcelona: Bosch; 1933; pp. 27ss. también FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Barcelona: Labor S. A., 1952. Tomo I, pp. 99 ss.; igual, GARCÍA HERREROS, Mario. *Procedimiento penal colombiano*. Bogotá: Litografía Colombia, 1954. pp. 23 ss.

²² BENNASSAR, Bartolomé. *Inquisición española; poder político y control social* (trad. Blanca Villalba). Barcelona: Crítica, 1981; también PÉREZ VILLANUEVA, José y ESCANDELL, Bartolomé. *Historia de la inquisición en España y América, El conocimiento científico y el proceso histórico de la inquisición*. Barcelona: Grijalbo, 1978, t. I. MONTER, William. *La otra inquisición*. Barcelona: Crítica, 1992.

²³ O'SEHA, Stephen. *Los cátaros, la herejía perfecta* (trad. Juan Soler). Barcelona: Javier Vergara, 2002.

²⁴ COHN, Norman. *Los demonios familiares de Europa*. Madrid: Alianza, 1987, p. 137.

rios y perversos, en los que al procesado se lo somete a un juicio secreto y encubierto en el que se obtienen las pruebas a sus espaldas, se lo detiene preventivamente, se le limita su defensa y su participación dentro del proceso se produce siempre en condiciones de desventaja, como quiera que puede ser acusado por testigos secretos o encubiertos, además de tener un único juez que, a la vez lo investiga, lo acusa y finalmente lo juzga.

En oposición a lo anterior, a los sistemas acusatorios se los caracteriza por 1) la publicidad de la actuación; 2) la libertad; 3) la igualdad absoluta de derechos y poderes, 4) la pasividad del juez al recoger las pruebas; 5) La continuidad de los actos; 6) la oralidad; y 7) la síntesis en todo el procedimiento. Se suelen identificar los sistemas acusatorios con un particular modelo de justicia que se fue instaurando en los Estados Unidos de América hasta consolidarse en lo que se conoce hoy como proceso adversarial, oral, público, en el que concurren dos partes, una que acusa y otra que se defiende, dentro de un escenario abierto en el que un árbitro media la contienda y finalmente un jurado, integrado por el pueblo, decide. Este modelo adquiere un estereotipo cultural en los exitosos films cinematográficos norteamericanos de los años 50. El sistema acusatorio tal y como se lo describe, se asocia siempre con una sociedad abierta y democrática en la que las libertades y los derechos ciudadanos se promueven y respetan con gran fuerza y en la que las reglas de juego están siempre claras, los veredictos los produce el jurado basándose exclusivamente en evidencias legalmente recaudadas y debatidas públicamente en un plano de igualdad entre quien acusa y quien se defiende. La existencia de una duda razona-

ble respecto de la responsabilidad del procesado debe conducir a la absolución.

En lo que respecta a los sistemas mixtos, en cambio, las caracterizaciones se hacen más difusas y se suele aludir a determinadas tendencias, según se incorporen en ellos institutos de uno de los dos sistemas²⁵. El concepto general del proceso mixto no es la compenetración de dos procesos, para que de ella resulte un tercer modelo, ni es tampoco una mezcla en estricto sentido. Se trata, más bien, de la conservación alternada de las dos antiguas formas de los dos sistemas, intercaladas unas en otras.

Se suelen señalar como sistemas mixtos de tendencia inquisitiva aquellos en los que no está clara la separación de las funciones de investigar, acusar y juzgar, y éstas están concentradas en una misma autoridad. También se asocian a éstos los procesos que conservan un método escriturario en el que toda la actuación se consigna en actas y se construyen expedientes con las pruebas aportadas. Por el contrario, se denominan de tendencia acusatoria los sistemas en los cuales se separa la función de investigar de la de acusar, asignándoselas a autoridades diferentes, igualmente los que incorporan un juicio público en donde acusador y defensor presentan su caso ante un jurado o un juez imparcial que decide. Desde luego, las variables posibles de estas dos fórmulas son infinitas. En la actualidad se identifican como mixtos, de una u otra tendencia, los procesos de enjuiciamiento criminal de Europa continental y de Latinoamérica, mientras que se identifican como acusatorios los modelos del derecho anglo-sajón predominantes en los países del *Common Law*, como Inglaterra y Australia y Estados Unidos.

²⁵ CASAUBON, Meric. «De la credulidad y la incredulidad en los juicios criminales». En: *Instrucciones que han de guardar los comisarios del Santo Oficio en las causas y negocios de la fe* (traducido del original de 1681). Archivo histórico, Biblioteca Nacional, Santafé de Bogotá.

²⁶ Cf. GARCÍA HERREROS. *Procedimiento...* Op. cit., p. 24.

Vistas así las cosas, se tendría que concluir que, en rigor, en la actualidad no existen en el mundo sistemas inquisitivos y que lo que hay son muchas variables de modelos mixtos al lado de sistemas claramente acusatorios. Si esto es así, la discusión sobre la reforma, planteada en términos de confrontación: *inquisitivo vs. acusatorio*, carece por completo de sentido, porque no existe en realidad y lo que se tendría que proponer es una discusión respecto de las tendencias acusatorias o mixtas de los sistemas existentes y la conveniencia o no de adoptar una determinada tendencia. En consecuencia, el punto de partida de la justificación de la reforma tiene que ser reformulado, en la medida en que no es cierto que en Colombia exista un sistema penal inquisitivo que deba ser reemplazado por uno acusatorio, sino que, más bien, lo que se tendría que indagar es si el actual sistema de justicia penal tiene una tendencia inquisitiva o acusatoria y demostrar por qué debe ser reemplazado por uno acusatorio o de tendencia marcadamente acusatoria. Esto requiere, primero, hacer un examen del sistema actualmente existente.

2. Perfil del actual proceso penal colombiano

El sistema procesal penal vigente, la ley 600 de 2000, tiene su antecedente inmediato en la reforma constitucional de 1991, que introduce importantes cambios a la concepción del sistema de justicia penal, incorporando el debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia como derechos fundamentales, así mismo crea la Fiscalía General de la Nación que, si bien la incorpora a la rama judicial, le asigna la función de investigar los delitos y acusar a los delincuentes ante los jueces (250). En la exposición de motivos del proyecto de código de procedimiento penal, presentado por los Minis-

tos de Gobierno y de Justicia a la Comisión Especial Legislativa, el 27 de agosto de 1991, se dice que "hasta hoy la política criminal se ha venido realizando con mentalidad de corto plazo, procurando satisfacer las necesidades más urgentes. Carecemos de principios claros que se implanten con criterio de permanencia y, tal vez por eso, las reformas al procedimiento en materia penal revelan un camino difícil que se ha recorrido con (sic) dificultad, lentitud y reiteración de errores. Mejorar la instrucción, contar con la presencia ágil de investigadores que permitan confiar en la justicia penal y se traduzcan en acusadores agudos que reduzcan sustancialmente la impunidad es el propósito de esta reforma"²⁷.

La reforma se propuso y basó en que la Constitución del 91, al concebir la Fiscalía General de la Nación como una entidad perteneciente a la Rama Judicial, obliga a que el sistema penal sea mixto, con una marcada tendencia acusatoria y no acusatorio puro; el proyecto de código de procedimiento penal que se presentó a la Comisión tenía las siguientes características: 1) separar definitivamente las funciones de acusación y juzgamiento, asignandole la investigación a la Fiscalía y el juzgamiento a los jueces; 2) presencia del imputado y su defensor desde la indagación preliminar a partir del momento en que se individualizara completamente, con plenas facultades para defenderse aportando y controvirtiendo pruebas, impugnando las decisiones y presentando alegaciones, en el momento de precluir cada etapa; 3) juicio oral y público con igualdad entre el acusador y la defensa, ante un juez imparcial que escucha la acusación y ante el cual se pueden practicar pruebas, impugnar la legalidad de la actuación y presentar alegaciones; y 4) derecho de impugnación de todas las decisiones de fondo. No obstante, durante la ins-

²⁷ Exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, p. 6.

trucción, el fiscal conserva algunas funciones judiciales, tales como la de ordenar allanamientos e interceptación de comunicaciones, imponer medidas de aseguramiento, poder detener personas y calificar él mismo su investigación. El procedimiento adoptado por la ley 600 de 2000 conserva esta misma estructura, por lo que se puede concluir que el sistema actualmente vigente acoge un modelo mixto que conserva algunos rasgos inquisitivos en la investigación, pero que es marcadamente acusatorio en el juzgamiento.

En consecuencia, no es cierto, como pretende afirmarlo la exposición de motivos de la reforma, que se esté dando un *gran salto* hacia un *sistema acusatorio* que *supere las deficiencias* del sistema inquisitivo vigente. Y no lo es, sencillamente porque el actual sistema no es inquisitivo, ni puede señalarse siquiera que sea *de marcada tendencia* inquisitiva. Todo lo contrario, si se compara la anterior descripción con lo que se ha señalado que es un sistema inquisitivo se notará de inmediato la falacia del argumento. El sistema procesal actual no es secreto, todo lo contrario, uno de sus principios rectores es el de la publicidad. Ahora bien, el que la instrucción sea reservada no lo hace secreto, una cosa es que la investigación no se haga de cara al público y otra que se haga a espaldas del procesado, y está claro que en la actualidad ninguna actuación puede surtirse de espaldas al procesado, ni siquiera durante la indagación preliminar. Igualmente, en nuestro actual esquema, no se aceptan los testigos ni los acusadores secretos, y si bien en algunos casos se permite excepcionalmente la protección de su identidad, en ningún caso la sentencia se puede fundar exclusivamente en ese tipo de pruebas. De otra parte, está claro que, si bien el fiscal conserva funciones judiciales, las funciones de investigar y juzgar están separadas, no las lleva a cabo una misma autoridad, sino dos completamente in-

dependientes entre sí, por cuanto forman parte de instituciones distintas de la misma rama judicial. Por último, el juicio es público y en él intervienen en pleno de igualdad las partes: fiscal y defensor se enfrentan en la práctica de las pruebas, el interrogatorio de los testigos y las alegaciones finales, en las que siempre el defensor tiene la última palabra.

3. ¿Qué es entonces lo que se cambia?

Visto lo anterior, sería válido preguntarse que es lo que en realidad se está cambiando y cuál es el verdadero contenido y alcance de aquello que se presenta como un *cambio de sistema*. Si se comparan los dos sistemas brevemente descritos, se podrá ver de inmediato cuáles son sus diferencias: 1) *la estructura*: el sistema vigente divide el proceso en cuatro fases: indagación, instrucción, calificación y juzgamiento. Las tres primeras a cargo del fiscal y la última del juez. El nuevo, reduce las etapas a dos: la imputación y el juicio. La investigación desaparece como fase del proceso penal y se convierte en una actuación previa a éste, a cargo del fiscal; el proceso se inicia con la formulación de la imputación frente al juez de garantías y continúa en el juicio, que lo adelanta el juez de conocimiento; 2) *intervención de las partes*: en el sistema actualmente vigente el imputado y su defensor pueden intervenir en todas y cada una de las etapas, ejerciendo todos sus derechos y facultades. En el nuevo, como quiera que el proceso se inicia con la imputación, el imputado y su defensor solo pueden intervenir a partir ésta, pero no durante la investigación; 3) *Publicidad*: en el actual sistema la indagación y la instrucción son reservadas pero conocidas por el imputado; la acusación y el juicio son públicos. En el nuevo, la investigación es secreta, no la conoce ni el imputado ni el público, la formulación de cargos y el juicio son públicos; 4) *Equilibrio*: en el actual sistema durante la indagación y la instruc-

ción el fiscal dirige el proceso y subordina a la defensa, pero tiene la obligación de ser imparcial. En el juicio, las partes actúan en plano de igualdad. En el nuevo, el fiscal es amo y señor de la investigación y el imputado carece de la posibilidad de intervenir; durante la imputación, el fiscal posee más prerrogativas que la defensa; en el juicio actúan en plano de igualdad; 5) *Ritualismo*: en el actual sistema todo el proceso es ritual, se debe adelantar por escrito y dejar constancia de cada acto desde la indagación preliminar hasta el fallo. En el nuevo la investigación está desprovista de ritualidad, durante la imputación y el juzgamiento el proceso es ritual, pero impera la oralidad; 6) *Concentración*: en el proceso actualmente vigente hay interrupción de actos y fases procesales. En el nuevo toda la actuación se concentra en el juicio; 7) *Inmediación*: en el actual la posee el fiscal en la fase de instrucción respecto de todas las diligencias, durante el juicio la posee el juez sólo sobre las pruebas practicadas en él. En el nuevo, el juez posee inmediación absoluta; 8) *Términos*: el actual proceso establece términos preclusivos y perentorios de todas las fases del proceso, el proceso es dilatado en el tiempo. En el nuevo, la investigación no tiene término; la imputación y el juzgamiento tienen términos perentorios y breves, se espera, por lo tanto, un proceso más rápido y corto.

Si se miran los cambios señalados, lo que se puede concluir es que el paso que da la reforma es abandonar un sistema escriturario, ritualizado, fragmentado y formalista, para adoptar uno marcadamente adversarial, oral, concentrado e informal. Lo que evidencian los cambios introducidos, es un afán por hacer un proceso más ágil, que rompa de una vez por todas con la tradición escrita y el excesivo ritualismo en el que había caído el proceso penal, para hacer de él algo más rápido y eficaz, es decir, en capacidad de resolver los problemas de manera más

pronta y oportuna. De lo que se trata entonces es de destrabar la investigación, quitándole formalidades y ritualismos, para que sea más rápida y mejore sus resultados. Para hacerlo, se retiran todos los obstáculos, comenzando por los términos que se dejan completamente abiertos, siguiendo por la presencia del imputado y su defensor, que se suprime. Se levantan igualmente las restricciones para adelantar la investigación, dándole al fiscal y a la policía plenas facultades, y, por último, se le suprime las funciones judiciales. Finalmente, toda la actividad probatoria se concentra en el juicio, que se caracteriza igualmente por su informalidad y agilidad. Pero, nada de eso hace que el proceso sea realmente más acusatorio, ni menos inquisitivo. Se trata, no cabe duda, de un proceso diferente, que le apuesta a una nueva manera de concebir la administración de justicia penal, en la que prevalecen los resultados sobre los procedimientos, la agilidad sobre la formalidad. No obstante, nada de eso parece tener mucho que ver con los argumentos de política criminal en los que supuestamente se sustenta y justifica la reforma.

4. ¿Incide realmente el sistema de justicia penal en los índices de criminalidad?

Los cambios introducidos en la reforma se pretenden sustentar a partir de un análisis político criminal, en el que se coloca como centro del problema la dramática situación de criminalidad que vive el país y se acusa de ella a la impunidad y postración en la que se encuentra nuestro actual sistema de justicia penal. Se argumenta que la principal razón para el desmesurado incremento de la criminalidad en Colombia en los últimos tiempos obedece a la impunidad reinante y se encuentra la causa de esa impunidad en la existencia de un proceso penal inquisitorial y obsoleto que hace en extremo lentos los procesos, congestionando el sistema hasta llevarlo al

borde del colapso. El raciocinio del fiscal parte de la siguiente premisa: existe un alarmante incremento de las tasas de criminalidad en el país; premisa: ese incremento coincide con los niveles de impunidad alcanzados por el sistema penal; premisa: la impunidad reinante obedece a la estructura inquisitorial del proceso que lo hace lento e ineficaz; conclusión: si se cambia el sistema procesal por uno más ágil descenderán las tasas de impunidad y disminuirá la criminalidad. Por lo tanto, el cambio del sistema de justicia penal es una necesidad inaplazable. Este raciocinio incorpora varias falacias: en primer lugar, incurre en petición de principio respecto de todas sus premisas y, en segundo lugar, deriva de ellas conclusiones que no son desde el punto de vista lógico necesarias. Sobre estas falacias construye un segundo raciocinio igualmente indemotrado y falaz: premisa: un sistema acusatorio es más ágil, luego puede resolver los casos más rápidamente; premisa: la solución pronta de los casos reduce la impunidad; premisa: la reducción de la impunidad disminuye las tasas de delincuencia; conclusión: los sistemas acusatorios son los instrumentos adecuados para luchar contra la criminalidad en la actualidad.

Lo primero que cabe señalar a todo el planteamiento es que el punto de partida no es sólo artificioso, sino completamente errado. Abundantes son los estudios criminológicos existentes, cuando menos desde tiempos de Ferri²⁸, que demuestran la multiplicidad de factores que inciden en la producción de criminalidad dentro

de una sociedad. El que en una determinada sociedad se produzca más o menos criminalidad es en realidad algo de extrema complejidad, en lo cual juegan un papel decisivo los procesos de avance social, las transformaciones económicas, políticas y culturales, los cambios en la estructura de dominación²⁹, en los procesos de producción y distribución de la riqueza, en la movilidad social, etc., por lo tanto, resulta completamente gratuito afirmar que este incremento se produzca debido a la tasa de impunidad reinante.

Otra falacia incorporada en esta premisa de suponer que el sistema penal tiene realmente una incidencia decisiva en la decisión del delincuente a la hora de realizar el crimen y que, en consecuencia, el sistema cumple efectivamente un función preventivo-general negativa³⁰ de la criminalidad mediante la amenaza de la pena. Ésta es una suposición no sólo indemostrada, sino completamente invalidada desde hace ya tiempo por la realidad. El simple hecho de que con el paso del tiempo el derecho penal se incremente y que, paralelo a ello, los niveles de criminalidad sigan en aumento demuestra que la ecuación de la prevención no se cumple, en la medida en que más derecho penal no produce menos criminalidad sino al revés³¹. Sumado a ello, los estudios de campo revelan que el riesgo de ir a la cárcel como consecuencia de la comisión de un delito es algo que incide muy poco en la decisión de cometer el delito y que si éste es tenido en cuenta, se asume como un

²⁸ FERRI, Enrico. *Principios de derecho criminal* (trad. José Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid: Reus, 1933.

²⁹ BARATTA, Alessandro. «Criminología y derecho penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal» (trad. Roberto Bergalli). En: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982. pp. 28 ss.; calcando este pensamiento, MARTÍNEZ, Mauricio. *Qué pasa en la criminología moderna*. Bogotá: Temis, 1989.

³⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de derecho penal* (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer). Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

³¹ SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá: Temis, 1994.

riesgo profesional más dentro del plus de opciones del delincuente, pero que, en todo caso, ese riesgo nunca se calcula con base en las tasas de impunidad del sistema, sino en la forma como se configura el plan criminal³².

Otra de las falacias que se incorporan es relacionar dos datos que aunque aparentemente tienen mucha relación, en realidad carecen por completo de conexión; una cosa es el índice de criminalidad de una sociedad y otra cosa muy distinta es el índice de impunidad del sistema. En efecto, los índices de criminalidad del sistema se toman teniendo como punto de partida las encuestas sobre criminalidad³³. Esas encuestas pretenden hacer una lectura de la criminalidad a partir de las víctimas del delito y se basan la mayoría de las veces en indagar en muestras de población sobre si se ha sido víctima o no de un delito dentro de un determinado periodo de tiempo. En todo esto juegan muchos factores, que van desde la sinceridad del encuestado, pasando por la percepción que el mismo tenga sobre lo que es o no es un delito, etc. Así, la criminología prefiere hablar de una *cifra blanca* y una *cifra negra* de criminalidad, entendiendo por la primera aquella que es públicamente conocida y por la segunda aquella de la que no se tiene noticia, bien porque su víctima ni siquiera la perciba como un delito, bien porque por una multiplicidad de factores no la pone en conocimiento. En consecuencia, resulta evidente que las diferentes cifras sobre ocurrencia de criminalidad son muy aleatorias y, por lo tanto, nada hay que nos permita comprobar que en efecto la criminalidad está aumentando o disminuyendo en términos globales, por cuanto, los criterios con los cuales se decide poner en conocimiento la ocurrencia de un delito son completamente arbitrarios. Bien puede ocurrir que

por factores culturales, políticos o de cualquier naturaleza, un sector social decida ocultar determinadas formas de criminalidad o tenga la tendencia a denunciar más otras y esto se reflejaría en las estadísticas como la disminución de uno y el incremento del otro, lo que no necesariamente coincide con la realidad.

Los índices de impunidad, en cambio, se miden por el número de delitos que ingresan al sistema de justicia penal y que no son resueltos, es decir, el parámetro de medición de este dato son los ingresos y salidas de los casos al sistema. Se entiende que la tasa de impunidad la determina el número de casos que se encuentran sin resolver dentro de un determinado tiempo. Como se observa, esto nada tiene que ver con los índices de criminalidad conocidos, ni mucho menos con los de la criminalidad global. Si las cosas son así, se pone en evidencia que las conclusiones a las que se llega son igualmente erróneas. La adopción de un determinado sistema de justicia criminal incide muy poco en los índices de criminalidad de ese país, en la medida en que no es cierta la ecuación de que los delitos que se comentan guarden una estrecha relación con el sistema de justicia que pretende perseguirlos y sancionarlos. Por lo tanto, no es cierto o no es demostrable que adoptar un sistema acusatorio pueda incidir de manera directa en la reducción de las tasas de criminalidad de un país.

5. ¿Es cierto que los sistemas acusatorios reducen la impunidad?

En donde sí parece existir una relación directa es entre el sistema de justicia adoptado y los índices de impunidad. Pero ¿será cierto, como lo afirma la exposición de motivos, que un sistema acusatorio reduce los índices de impunidad

³² Ibíd.

³³ RUBIO, Mauricio. *Crimen e impunidad, precisiones sobre la violencia*. Bogotá: CEDE, Tercer Mundo, 1999.

frente a uno inquisitivo? Ésta afirmación se encuentra igualmente sin demostrar, por lo que se hace necesario examinar la cuestión con detenimiento para establecer hasta qué punto es cierta. Si, como ya se señaló, los índices de impunidad de un sistema se calculan a partir del número de procesos que ingresan y salen del mismo dentro de un determinado tiempo, es lógico que la incidencia del sistema en la impunidad dependerá, en primer lugar y de manera preponderante, de los mecanismos de entrada y salida adoptados por cada uno y, en segundo lugar, del trámite que se tenga previsto para resolver los casos una vez ingresados.

Teniendo ya claro que para hacer este tipo de análisis no se deben partir de modelos en abstracto, sino que se deben comparar los modelos realmente existentes, no resulta lógico adelantar la discusión en términos de acusatorio-inquisitivo, por lo que más bien hablaremos del modelo existente y el modelo a adoptar. En el modelo actualmente vigente, el mecanismo de ingreso del caso al sistema es la *noticia criminis*, entendiendo por tal cualquier mecanismo mediante el cual la autoridad competente se entera de la ocurrencia de un delito, distinguiéndose tan solo aquellas conductas que deban ser investigadas a solicitud de parte, caso en el cual, solo si media una querella del interesado es dable poner en marcha la actuación. En consecuencia, el momento en el cual el caso ingresa al sistema y se convierte en un *proceso* es cuando se tiene noticia de la comisión de un delito y se inicia cuando menos una indagación preliminar. A partir de ahí, hablamos de un delito en términos estadísticos y, en consecuencia, ese dato incide, ya en las tasas de impunidad del sistema. En el sistema adoptado, por el contrario y siguiendo en esto el esquema de los sistemas adversariales, el caso ingresa al sistema de justicia tan solo a partir del momento en que se formula la imputación, es decir, cuando el fiscal pone el asunto en conocimiento de las autorida-

des judiciales y traba una controversia con el imputado.

Lo anterior quiere decir, de entrada, que el ingreso de un caso al sistema penal depende de lo que en cada sistema se entienda por *proceso penal*; y todo ello depende de establecer en qué momento es que el proceso se inicia; y resulta evidente que en ambos sistemas esto ocurre de manera completamente diferente. En efecto, mientras en el sistema actual, el caso se incorpora como dato estadístico desde el momento mismo en que se inicia la indagación preliminar; en el nuevo, es sólo después de que el fiscal ha adelantado toda la investigación y concluye en la formulación de la imputación ante el juez de garantías que se puede hablar de un proceso penal, es decir que sólo allí ingresaría el caso como dato estadístico al sistema. Así las cosas, de lo que estamos hablando es claramente de dos conceptos diferentes de lo que se debe entender por un *caso criminal*. Por lo tanto, los criterios con los que se hace la medición de la impunidad son completamente distintos en uno y otro sistema y los resultados de esa medición serán necesariamente diferentes. Por impunidad se entiende en el sistema vigente el número de procesos respecto de los cuales se inicia cuando menos una indagación preliminar o una investigación y que no son resueltos dentro de un determinado tiempo. Por el contrario, en el nuevo sistema habrá que entender por impunidad el número de casos respecto de los cuales se ha formulado una imputación y no han sido resueltos dentro de un determinado tiempo.

Varias cosas cabe señalar a este respecto. En primer término, está claro que en el sistema actual la medición de la impunidad incorpora a sus datos las indagaciones y las investigaciones y el nuevo no, lo que de entrada produce una diferencia descomunal. En segundo término, la decisión sobre qué casos ingresan al sistema depende en el proceso actual de que se tenga

noticia del caso, es decir que es completamente contingente y puede estar en manos de la víctima, los medios de comunicación, las instancias de policía y de una manera muy reducida, del fiscal. En el nuevo, en cambio, la decisión sobre ingresar o no el caso es exclusiva y completamente discrecional del fiscal, que es quien decide cuando convierte sus investigaciones en procesos mediante la formulación de la imputación. Así las cosas, la afirmación de que el nuevo sistema reduce las tasas de impunidad sería cierta si se entiende que con su entrada en vigencia se reducirá la tasa de casos que ingresan al sistema penal y se someten a la decisión de un proceso, pero sería falsa si los cálculos se hacen a partir del número de delitos de que se tiene conocimiento por la Fiscalía.

El problema entonces termina siendo semántico; si por impunidad entendemos los casos que se quedan dentro del sistema judicial sin resolver, reduciendo el número de casos que se ingresan al sistema, en realidad se estaría reduciendo la impunidad, por cuanto al bajar los volúmenes de casos que sometemos a la decisión de los tribunales, resulta razonable pensar que el número de casos sin resolver descenderá en una proporción semejante y no cabe duda de que de esta manera también el volumen objetivamente medible de los delitos cometidos registraría un descenso, con lo cual parecería que la aplicación práctica del sistema le daría la razón a sus mentores, en la medida en que efectivamente se producirían los efectos que se anuncian. No obstante, todo ello es tan solo aparente y dependerá de la manera como se definen los criterios político-criminales de presentación de casos por parte de la Fiscalía. Si la orientación político-crimeinal de persecución del delito se concentra en determinados sectores, por ejemplo los delitos contra el patrimonio económico, en detrimento de otros, los esfuerzos investigativos de la Fiscalía se concentrarían en ese campo y eso se reflejaría estadísticamente en un incremento

del volumen de estos casos en los tribunales y en mayores decisiones judiciales al respecto, lo que permitiría mostrar altos estándares de eficacia en esos renglones. Pero el que determinados delitos sean objeto de mayor persecución que otros no significa que esos delitos se cometan más, y el que la Fiscalía no se ocupe de investigar ciertas conductas y en consecuencia no lleve casos a los tribunales respecto de ellas, no significa que se cometan menos o que no se comentan. Significa, tan solo, que por razones de política criminal la Fiscalía renuncia a su persecución.

Otro factor de gran importancia a tener en cuenta en este análisis son los mecanismos de los que dispone cada sistema para evacuar los casos una vez ingresan. En el proceso actualmente vigente, los mecanismos de salida de los casos son: los inhibitorios, las preclusiones, la sentencia anticipada y las sentencias propiamente dichas. Mediante las resoluciones inhibitorias el fiscal pone fin a una indagación preliminar cuando encuentra que los hechos no ocurrieron o que no constituyen delito, bien porque la conducta es atípica, por sobrevenir una causal excluyente de responsabilidad o porque el proceso no puede iniciarse; con las resoluciones de preclusión de investigación, por idénticas causas el fiscal puede poner fin a la investigación a la hora de calificarlas; en las sentencias anticipadas, el procesado puede aceptar los cargos que se le imputan y poner fin al proceso antes de que se cumpla con la totalidad del proceso; y, finalmente, mediante las sentencias, el juez de conocimiento decide de fondo la cuestión, bien condenado o absolviendo. Todas y cada una de estas formas de terminación de los procesos se encuentran expresamente reguladas y deben reunir una serie de requisitos de fondo y de forma; no son potestativas de los funcionarios que las profieren y respecto de ellas se ejerce un estricto control, tanto por las partes como por el Juez y el Ministerio Público.

En el nuevo sistema, por el contrario, los mecanismos para poner fin al proceso son menos formales y más expeditos. Una vez formulada la imputación se puede recurrir a los pre-acuerdos, las negociaciones de pena, el retiro de los cargos, el ejercicio del principio de oportunidad, la aceptación voluntaria de cargos y la sentencia. Todos ellos se deben ejercer dentro de los términos procesales oportunos que nunca superan los 30 días. Igualmente, la sentencia se debe dictar dentro del juicio una vez terminen las intervenciones de las partes. Como se ve, también los mecanismos de salida de los procesos en el nuevo sistema están diseñados para que existan más posibilidades de resolver los casos de forma más expedita, lo que permite prever que este factor incidirá de manera importante en la reducción de los índices de impunidad, es decir que es previsible una reducción del número de casos que se queden sin resolver una vez hayan ingresado al sistema.

Pero de todo esto no se puede concluir que el sistema en sí mismo sea más eficaz para combatir la delincuencia y reducir la impunidad en términos reales. Lo que significa es que en el nuevo sistema habrá mucha mayor discrecionalidad por parte de la Fiscalía para decidir cuándo y qué casos ingresan al sistema de justicia penal y qué casos no. Así mismo, tendrá más discrecionalidad para *sacar* casos del sistema una vez ingresados. De tal suerte que, no es que se esté implantando un sistema que combata más y mejor la criminalidad reduciendo la impunidad, sino uno que puede manejar más eficientemente los mecanismos de producción de los datos, que permite un manejo más arbitrario de éstos y, en consecuencia, puede mostrar mejores resulta-

dos en términos numéricos aparentes. Que esto signifique un mejor sistema de justicia es algo que depende de qué se entienda por una mejor justicia y cuál sea la función que se le asigne al sistema penal dentro de la sociedad³⁴.

6. ¿Encuentro de dos tradiciones?

Llegado este punto, lo que el presente estudio demuestra es que lo que está en juego no son dos modelos de justicia penal, ni dos tendencias de un mismo sistema, sino dos maneras distintas de concebir el derecho penal dentro de la sociedad. Esta discusión se suele plantear a partir de la confrontación entre las dos grandes tradiciones jurídicas de Occidente, representadas en el llamado modelo de derecho continental y el modelo anglosajón. El primero, heredero de la tradición greco-romana del derecho escrito, se suele asociar con los sistemas inquisitivos; y el segundo, construido a partir de un sistema de derecho no escrito, se identifica con los sistemas acusatorios. A partir de estas asimilaciones, se tiene la creencia común de que los sistemas acusatorios son el fruto de una evolución de los sistemas inquisitivos una vez liberados de los rigurosos cánones del derecho romano de los tiempos del papado. Todo esto es erróneo y, como bien lo puso de presente recientemente Óscar Julián Guerrero³⁵, corresponde con una mala lectura del tema que hasta hace relativamente poco tiempo dominaba la discusión doctrinal en este campo.

El sistema penal anglosajón comparte con el derecho continental su origen romano-germánico. Ambos tienen su antecedente inmediato en el derecho imperial introducido por Carlomagno

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez de la Frontera: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

³⁵ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. «El difícil encuentro entre el derecho penal anglosajón y el derecho penal continental». En: *Estudios Procesales*, n. 2. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2004. pp. 13 ss.

y sus sucesores. En este sentido, se puede decir que hasta el siglo XVI no existe en Europa más que un solo Derecho, el derecho romano-germánico, que en materia penal no tenía un procedimiento claramente establecido, como quiera que en el Imperio convivían los ritos originales de los pueblos conquistados (la mayoría de ellos basados en tribunales de legos), con los ritos del Santo Oficio y los tribunales de la inquisición que combinaban el sistema de ordalías con los procesos inquisitoriales propiamente dichos; por su parte, los principes de los reinos distantes practicaban sus propios ritos en la solución de la criminalidad doméstica.

Un primer antecedente de la división entre el derecho anglosajón y el derecho continental, lo constituye la reforma. La reforma significó la primera gran fractura del Imperio Romano-Germánico. Lutero y sus seguidores se rebelaron contra el dominio de Roma y su oprobioso sistema de justicia de sabios y eruditos basado en los mandatos del derecho canónico y su interpretación oficial mediante las bulas papales. El protestantismo se extendió a Inglaterra, donde, años más tarde, nacería la nueva Iglesia luterana que, gracias a Enrique VIII, se convierte en la oficial del reino, separándose definitivamente del derecho continental. El efecto directo de esta ruptura en materia penal se refleja en el desconocimiento, también por parte de los ingleses, de las bulas papales y los cánones de la Iglesia romana y la adopción de nuevos sistemas de justicia autónomos basados en la interpretación directa de los evangelios y los decretos de los Obispos.

Sin embargo, una división definitiva entre el derecho continental y el anglosajón no se dio sino hasta el surgimiento del *Code Napoleón*. La pretensión imperial de Napoleón fue expandir por toda Europa su famoso código civil, que en realidad era un compendio de derecho público y privado, incluido el código penal en el primero. La Corona Inglesa, en guerra con Francia y enemiga declarada del emperador francés, se negó a adoptar un código escrito. Mientras tanto todas las naciones, Prusia y Baviera entre ellas, se sometieron a Napoleón y su código, el cual permaneció más o menos inalterado después de la caída del emperador y se mantiene hasta hoy en prácticamente todas las legislaciones continental-europeas. En materia penal, el derecho continental se siguió desarrollando de acuerdo con el principio napoleónico del derecho escrito. En Italia y Alemania, y después en España, se desarrollaron importantes escuelas de derecho escrito, conocidas también como escuelas de la exégesis, a lo largo del siglo XIX³⁶. Toda esta tradición fue transmitida a las naciones iberoamericanas, constituyéndose el derecho penal latinoamericano³⁷ como un tributario del derecho continental europeo de marcada influencia italiana hasta mitad del siglo y con un dominio absoluto en la actualidad de la escuela dogmática jurídica, inaugurada en Alemania por Binding, Liszt y Beling, y cuyos últimos desarrollos se encuentran en las escuelas de Múnich con Roxin³⁸ y Bonn con Günter Jakobs³⁹, ambas de amplio reconocimiento en el derecho penal colombiano⁴⁰.

³⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia* (trad. Luis Diez-Picazo). Madrid: Taurus, 1964. pp. 10 ss.

³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho pena*. Bogotá: Temis, 1986. pp. 23 ss; reiterado en *Poder y control*. Barcelona: PPU, 1986. pp. 25 ss.

³⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. Muñoz Conde). Barcelona: Bosch, 1972; también en *Problemas básicos del derecho penal* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña). Madrid: Reus S.A., 1976. pp. 128 ss.

³⁹ JAKOBS, Günter. *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. Manuel Cancio Meliá). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994; del mismo: *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Marcial Madrid: Pons, 1995.

⁴⁰ REYES ALVARADO, CESID. «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva». En: *Derecho penal y criminología*, n. 45, U. Externado de Colombia, 1991. pp. 97 ss. Más tarde, también en su *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1994.

Por su parte, el derecho anglosajón, de tradición no escrita y con fuerte influencia de fuentes jurisprudenciales, se impuso en Inglaterra y en todos los países del *Common Law*, entre los que destacan, además de los pertenecientes al Reino Unido, Australia y los Estados Unidos. Este derecho tiene como fuente la costumbre social y se desarrolla a través de las decisiones judiciales en el transcurso del tiempo. La base del sistema del *Common Law* son los precedentes, es decir, el conjunto de decisiones judiciales anteriores al caso que se debate, que pueden tener algún interés para la decisión que se debe adoptar. Inicialmente el principio imperante en el sistema de precedentes era que se debían seguir las reglas lógicas utilizadas para la solución del caso. A ello se le denomina *ratio decidendi*; los criterios tenidos en cuenta son: 1) decisiones producidas por el mismo tribunal con anterioridad; 2) decisiones de tribunales de superior jerarquía; 3) decisiones de otros tribunales con más de dos precedentes semejantes; y 4) decisiones posteriores de la Cámara de los Lores.

Los criterios para apartarse de los anteriores precedentes son: 1) cuando el precedente se tomó de manera contraria a los precedentes establecidos con anterioridad; 2) cuando una nueva decisión de la Cámara de los Lores desestime el precedente; 3) cuando una decisión del Tribunal Superior del Reino, desestima los precedentes; y 4) excepcionalmente, de acuerdo con una reciente decisión de la *Practice Statement* de 1976, se estableció que en ocasiones y por razones de equidad, el tribunal puede apartarse de sus propios precedentes, pero guardando mucha cautela. Existe de todas maneras en Inglaterra una comisión del parlamento, la *Criminal Law Commission*, en-

cargada de fijar *dictámenes* para la definición de criterio de responsabilidad y adecuación de delitos en materia penal. De todas maneras, los delitos no se definen por la creación de tipos penales como en el derecho continental, sino por los precedentes o por los *dictámenes* de la *commission*, siempre ateniéndose a principios políticos de carácter pragmático.

No obstante, no se pueden confundir estas dos tradiciones del derecho occidental con los dos modelos de justicia penal que se suelen asociar a ellos. Una cosa es la *tradición de derecho no escrito* y otra muy distinta los sistemas procesales basados en la oralidad. De la misma manera, una cosa es el *derecho de tradición escrita* y otra muy distinta los sistemas procesales escriturarios. Tampoco es exacto pensar que los sistemas acusatorios nacen con el derecho anglosajón mientras los inquisitivos provenían del derecho romano-germánico. En realidad, las cosas son bien diferentes en este punto. De hecho, como ya se señaló, en el derecho imperial previo a la reforma convivían ambos sistemas, siendo los más antiguos los de corte acusatorio, que tuvieron su origen en los ritos de los pueblos paganos germánicos y sajones del norte de Europa⁴¹. Era costumbre de los pueblos celtas y germánicos convocar una asamblea del pueblo cada vez que alguien cometía una falta. En esa asamblea, la víctima presentaba sus cargos y el acusado se defendía mientras la comunidad escuchaba y luego de evaluar las pruebas daba su veredicto. Con el tiempo, fue surgiendo la figura del moderador, que imponía el orden en el debate.

En ese modelo primitivo se ven ya las características esenciales del moderno sistema acusato-

⁴¹ FOUCAULT, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1978. del mismo: *De las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas* (trad. A. Garzón del C). México: Siglo XXI, 1986, p 375.

rio: un proceso público, regido por la oralidad, la concentración y la inmediación, en el que una parte presenta la acusación, la otra hace su defensa, un árbitro modera el juicio y un jurado de legos decide. Por su parte, los procesos inquisitoriales evolucionaron a partir de las ordalías, en las cuales se sometía al procesado a una prueba con el propósito de comprobar su inocencia o culpabilidad. Se pensaba en aquellos pueblos que los espíritus de los dioses acompañaban a aquél de cuya parte estuvieran y en consecuencia le darían la fortaleza necesaria para pasar las pruebas a las que fuera sometido, con lo cual demostrarían su beneplácito con él. Era claro entonces que quién juzgaba no eran los hombres sino los dioses⁴². Estas costumbres se cristianizaron luego y sirvieron de base para la institucionalización de los tribunales de la inquisición, en los cuales un grupo de eruditos reemplazó el papel de los dioses y algunos clérigos se encargaban de recaudar las evidencias contra el procesado; otro ejercía como su defensor y argumentaba en su favor y ambas causas eran presentadas al escrutinio de los sabios para que estos dieran su veredicto, que en todo caso tenía como finalidad la salvación del alma y no del cuerpo.

Con el tiempo, los sistemas acusatorios toman de los inquisitivos la presencia de los abogados en el proceso, evolucionando de un proceso de legos a uno de juristas en el que éstos asumen los papeles centrales de la defensa, la acusación y el arbitramento, conservando sin embargo la decisión en cabeza de los legos mediante la figura del jurado de conciencia. Por su parte, y gracias a la imposición de un derecho secular por obra de Napoleón, los procesos de tradición escrita se secularizan, dando paso a los modelos modernos en los cuales los jueces adelantan la

instrucción y recaudan las pruebas de cargo, mientras el defensor se hace cargo de la representación del acusado. Los tribunales colegiados son paulatinamente reemplazados por los jueces, pero se conservan en las jerarquías superiores que continúan, aún hoy, adoptando las decisiones definitivas de los casos de manera colegiada.

7. Legalidad y oportunidad, ¿ideologías en pugna?

Como se observa, lo que ya desde los orígenes se perfila en los dos modelos procesales estudiados son dos maneras distintas de entender la justicia. Mientras que para los sistemas de inspiración católica de corte inquisitorial el proceso tiene como propósito supremo el adjudicarle justicia al procesado, los modelos acusatorios de inspiración pagana entienden por justicia un acto de compensación, de reivindicación de la sociedad respecto de quien le ha causado un daño. Los tribunales de la inquisición pensaban que el juicio y la sentencia eran derechos que tenía el alma del acusado para reivindicar su culpabilidad o su inocencia y tener la posibilidad de la salvación. Los pueblos que practicaban un sistema de justicia de corte adversarial entendían que el proceso era un derecho de la comunidad de ventilar las acciones de uno de sus miembros para que se estableciera si debía o no pagarle a la sociedad por sus faltas. En el sistema inquisitorial se entendía que la pena redimía al condenado y le preparaba el camino para la salvación. En el sistema acusatorio se pensaba que la pena era la manera como la sociedad se compensaba por los daños causados por el delincuente. En los sistemas inquisitivos, el tribunal no podía renunciar libremente al juicio del acusado una vez los cargos fueran presentados. En los siste-

⁴² HENTING, Hans von. *La pena, formas primitivas y conexiones psico-culturales*. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1956. pp. 137 ss, v. I.

mas acusatorios, por el contrario, el acusador podía renunciar libremente a su acusación, si consideraba que ella no era necesaria o carecía por completo de utilidad.

Modernamente prevalecen en los dos sistemas los rasgos ideológicos de su origen. Los sistemas de inspiración continental siguen viendo en el proceso penal un conjunto de derechos y garantías para el procesado y, en consecuencia, son celosos en el respeto de los ritualismos y las formas. De igual modo, una vez iniciado el proceso, este debe ir hasta el final y sólo excepcionalmente se acepta que el proceso tenga un final anticipado. En esta tradición se sigue pensando que la pena es una posibilidad de redención del procesado y le apuestan a su reivindicación social. Para que todo eso se cumpla, es necesario que el sistema esté subordinado a un conjunto claro de principios y reglas que se deben cumplir a cabalidad y estas formalidades se convierten en la encarnación misma de los derechos y en muchas ocasiones constituyen los derechos mismos del procesado. Por esta razón, el sistema se articula a partir del *principio de legalidad*. Los sistemas acusatorios, por el contrario, entienden que el proceso penal es el escenario dentro del cual la sociedad le presenta un reclamo a quien le ha ocasionado un agravio y le dan la oportunidad de que se defienda para que mantenga su inocencia; pero si es encontrado culpable, se le impone una pena como castigo⁴³ o compensación por su agravio y para que le pague a la sociedad el mal causado con el mal recibido. En este sistema, no son los principios ni los ritos los que rigen el proceso, sino la demostración, mediante evidencias, de la verdad, y como quiera que el delito es un agravio a la comunidad, es esa comunidad la que decide la suerte del procesado. Por eso, el acusador

puede disponer libremente de su acusación, el sistema se articula a partir del *principio de oportunidad*.

En los sistemas de inspiración continental, al igual que en el pasado era Dios el Juez supremo, en la actualidad es la Ley. El acusador actúa en nombre de la ley, el Ministerio Público, el defensor y el Juez también, de ahí que su tarea sea la de ser los voceros de la ley, sus intérpretes, y su papel en el proceso se contrae a presentar una interpretación de los hechos a la luz de una interpretación de la ley y la justicia, que se entiende realizada cuando se aplica adecuadamente la ley. Por el contrario, en los sistemas acusatorios, las partes actúan de acuerdo con unos intereses, el acusador representa la sociedad agravada con el delito, el defensor representa al acusado, el juez representa al derecho y el jurado al pueblo. Por tal razón, sólo el fiscal puede reclamar justicia, en la medida en que es la sociedad la que sufre el agravio y, en consecuencia, sólo su representante puede reclamar; pero también puede, si así lo considera, renunciar a ese reclamo. Por su parte, el juez, en cuanto encarnación de la Constitución, defiende el derecho como conjunto de reglas y garantía de imparcialidad; y, por último, el jurado encarna la justicia porque en su condición de lego, representa tanto a la sociedad como al acusado y por eso es el único que puede legítimamente decidir en conciencia.

Como se ve, resulta claro que *legalidad* y *oportunidad* son dos principios contrapuestos, que encarnan dos concepciones ideológicas completamente distintas de lo que es el sistema penal y las funciones que se le asignan al mismo dentro de la sociedad. En consecuencia, la adopción de uno u otro principio implica necesaria-

⁴³ BETEGON, Jerónimo. *La justificación del castigo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

mente una toma de partido ideológico por una determinada concepción de la justicia penal en la sociedad y todo ello tiene una relación directa con la tradición jurídica de los pueblos. Por eso, no parece posible un encuentro pacífico entre estos dos principios, en la medida en que ambos encarnan ideologías muy diversas y excluyentes. No obstante, parece ser que ninguna de estas cuestiones fue tenida en cuenta por los autores del proyecto de reforma ni por quienes de manera tan presurosa se lanzaron a su aprobación, al parecer con una total inconciencia respecto de la criatura que estaban engendrando. Lo cierto es que se ha implantado hoy en Colombia un sistema procesal penal que pretende superar los problemas de la administración de justicia mediante la adopción de un sistema completamente extraño a nuestra tradición jurídica y con una inspiración ideológica completamente contrapuesta a la que consagran nuestras instituciones jurídicas de tiempo atrás.

8. ¿Justicia eficiente o justicia eficientista? Las otras razones de la reforma

Para poder intentar una comprensión de por qué se desencadenó un tan intempestivo movimiento de revolución de nuestras instituciones jurídico-procesales, que culminó con la precipitada adopción de un sistema de tendencia acusatoria, adversarial, oral, en abierta contradicción con los principios constitucionales de un sistema legal de tendencia continental, es decir, que se implantara un sistema propio de una ideología basada en el principio de oportunidad dentro de un ordenamiento jurídico configurado a partir del principio de legalidad, se hace necesario partir

de la base de que toda reforma del sistema de justicia penal responde a unos "fines declarados" y otros "fines encubiertos"⁴⁴, entendiendo por los primeros aquellos que se pregonan abiertamente como propósitos que inspiran las reformas y por los segundos los motivos reales que mueven a quienes las promueven, que permanecen ocultos, o cuando menos no son abiertamente reconocidos. Los fines declarados han sido ya examinados y se ha demostrado hasta la saciedad que carecen por completo de fundamento, por lo que se hace necesario indagar por los segundos, para lo cual se hace necesario mirar más allá de las meras exposiciones de motivos, para examinar en forma más amplia el contexto político dentro del cual se produce la reforma e intentar, a partir de ese análisis, desentrañar las verdaderas razones que motivaron estos cambios.

Este análisis se debe hacer al menos en dos niveles, uno en el ámbito nacional y otro global. En el campo doméstico, una aproximación a la administración de justicia en materia penal presenta un panorama desolador. En concreto, la labor de la Fiscalía General de la nación, lejos de ser la panacea de todos los males, como se la promocionó al momento de su instauración, se ha convertido en un ente inmanejable, dotado de un poder descomunal, pero completamente inoperante, corrupto e ineffectaz. En efecto, la Fiscalía nació entre nosotros precedida de un clima viciado por la crisis imperante. Su creación estuvo orquestada por los traficantes de imagen que quisieron hacerle creer al país que su instalación solucionaría todos los problemas de la justicia. Pero, por todos los desafueros tanto del proceso constituyente como de la posterior reglamentación gubernamental, se terminó crean-

⁴⁴ Al respecto, Cf. VALBUENA, Hugo Luis. «Los fines imaginarios del derecho penal y su función política». En: *Capítulo criminológico*, nn. 9 -10, Maracaibo: Universidad del Zulia. 1981, pp. 103-112. También, MUÑOZ GÓMEZ, Jesús Antonio. *Funciones no declaradas de la pena privativa de la libertad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tesis de Grado, 1980.

do un ente sin control con super poderes y tan arrevesado en su estructura funcional, que prácticamente estaba desde el comienzo condenado a la parálisis⁴⁵. Si se examina con detenimiento la estructura de la institución, las diferentes facultades y poderes de la misma y los mecanismos para controlarla, se llega fácilmente a la conclusión de que la Fiscalía es el ente más poderoso del Estado después de la Presidencia de la República.

Y ese poder se concentra en el Fiscal General, que es por completo autónomo y concentra el control del ente acusador. En sus manos recae toda la actividad investigativa y acusatoria de la justicia penal. Dicho de manera más simple, toda la actividad jurisdiccional en materia penal, la iniciación de investigaciones previas, las labores de inteligencia y policía judicial, la potestad de decretar embargo y secuestro de bienes, imponer cauciones y prohibiciones de salir del país, librar órdenes de captura, decretar allanamientos, testimonios, etc., vincular a las personas a los procesos, imponerles medidas restrictivas o mantenerlas privadas de la libertad por largos períodos, acusar ante los jueces, aún a los propios jueces y a prácticamente todos los colombianos⁴⁶, está en cabeza de una sola persona: el Fiscal General, por cuanto sus delegados no son más que *agentes* que lo representan y son en su mayoría de libre nombramiento y remoción⁴⁷ y no poseen independencia en sus actuaciones y decisiones.

En consecuencia, se trata de una entidad organizada militarmente⁴⁸, en la que los funcionarios subalternos le deben obediencia a sus superiores, aún en materia de decisiones judiciales, toda vez que las políticas generales y las directrices en lo que a esas decisiones respecta las dicta el despacho del Fiscal. Por su parte el Cuerpo Técnico de Investigación, C.T.I., es una sección completamente militarizada del órgano investigativo. Sus miembros cumplen funciones de Policía Judicial, visten de uniforme, portan radio-transmisores y armas de grueso calibre de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Tras diez años de ejercicio, resulta claro que la Fiscalía es un paso adelante en el proceso de *administrativización* de la justicia, que se corresponde con una estrategia diseñada desde fuera para el endurecimiento de la política antinarcóticos, que fue, sin lugar a dudas, el factor decisivo para su instauración, a pesar del contundente fracaso de dicha política, en países como El Salvador⁴⁹.

No obstante, los efectos de esa concentración de poder han sido completamente adversos, como lo demuestran los altos índices de ineficacia del sistema y los múltiples casos de corrupción al interior de la institución.

Por otro lado, el hecho de que a la Fiscalía se le hayan asignado funciones judiciales terminó por paralizar su funcionamiento haciéndola aún más ineficaz de lo que en el pasado fueran los jueces de instrucción criminal, en la medida en que

⁴⁵ Cf. GARCÍA, Grosso. *La reforma...* Op. cit. pp. 101ss.

⁴⁶ Excepción hecha de los altísimos funcionarios del estado, a quienes investiga y juzga la Honorable Corte Suprema de Justicia, y los que investiga y juzga el Congreso de la República (arts. 174, 175 y numeral 3º art. 178 de la C.N.).

⁴⁷ Quien investiga las faltas disciplinarias al interior de la entidad es el superior del que supuestamente comete la falta [art. 129 del Dec. 1991 del 91].

⁴⁸ Cf. VARGAS, Álvaro. *La Fiscalía General de la Nación desde el sueño de la mariposa*. Ibagué: Forum Pacis, 1998. pp. 49-51.

⁴⁹ A pesar del rotundo fracaso de dicho programa en El Salvador, el gobierno de Washington insistió a través de su Embajador en la necesidad de la implementación de la Fiscalía en Colombia, especialmente para efectos de combatir el narcotráfico y el lavado de activos. Sobre el programa para El Salvador y su fracaso, consultar, además, ULLOA, Félix. «Breves reflexiones sobre los problemas de la administración de justicia en El Salvador y la incidencia de la ayuda económica de los Estados Unidos para la misma». En la misma publicación, pp. 177 ss.

al fiscal le corresponde investigar lo favorable y desfavorable y, a la vez, y de manera preponderante, acusar ante los jueces (!), lo que significa una verdadera "*esquizofrenia funcional*" que termina por convertir a los fiscales en inquisidores omnipotentes durante la instrucción, que pre-juzgan al resolver la situación jurídica, juzgan al calificar la investigación, y acusan en la etapa del juicio. Todo esto conducía a que el fiscal del caso se viera abocado a que, de una parte, se le asignara la función de perseguir y castigar el delito y, de otra, investigar lo que le es favorable. Además de esto, el fiscal tiene que dividir su tiempo en dos funciones marcadamente diferentes: en las mañanas ejerce como juez instructor en su despacho y en la tarde ejerce como parte en los juicios cuyas acusaciones tiene a su cargo. Desde luego, la carga laboral se duplica y la estructura mental y el buen juicio lógico se resquebrajan.

Resulta evidente, entonces, que las cosas no funcionan bien en la Fiscalía, como no era de esperarse que funcionaran, si se tiene en cuenta que todo esto no es más que el fruto de la improvisación legislativa que lo que hizo fue sobrecargar las de por sí pesadas tareas de los funcionarios de instrucción hasta conducir la institución a una hipertrofia funcional, en la medida en que quienes como instructores adelantan los procesos en la fase investigativa, casi nunca son los mismos que los adelantan en el juicio. El funcionario se ve en la necesidad de ocuparse de un asunto que no conoce. La consecuencia obvia de ello es la improvisación y con ello una mala administración de justicia. La Fiscalía, como representante por excelencia de la "institución" de la justicia penal, se encuentra atrapada en la paradoja de un poder incontrolado y arbitrario y de una parálisis funcional derivada de ese mismo poder y la hipertrofia de sus funciones. Este es otro de los frutos de nuestro desbarajuste institucional. Una Fiscalía omnipotente que a la

vez es impotente para cumplir con la "función" judicial que se le ha encomendado.

Así entonces, la reforma de la Fiscalía se hacia urgente, so pena de un completo desbarajuste institucional. No en vano el propio Fiscal General propuso, promovió y logró que se aprobara. ¿Por qué? Porque es la Fiscalía la más necesitada de la misma. ¿Y qué fue lo que se reformó? Precisamente todos aquellos aspectos que dificultaban, entorpecían o congestionaban las tareas de la Fiscalía. A los fiscales se los agobiaba con la obligación de tener que indagar en todas y cada una de las denuncias instauradas y abrir cuando menos indagaciones preliminares, que por ser actuaciones judiciales estaban sometidas a términos y en consecuencia demandaban resultados. Para resolver este punto, se modificó el sistema excluyendo las indagaciones del proceso penal y dejándoles una naturaleza puramente administrativo-policial. Igualmente las investigaciones significaban un gran problema para los fiscales, en la medida en que si vinculaban a una persona a un proceso tenían términos perentorios para decidir, términos que se hacían más apremiantes si había detenido, en la medida en que si no se producía oportunamente la calificación del proceso el detenido podía salir en libertad por vencimiento de términos. Este problema se solucionó de la misma manera, es decir, excluyendo la investigación del proceso penal y suprimiéndole los términos.

En lo tocante a la indagatoria del procesado y detención preventiva, funciones claramente judiciales, también existían problemas. Una vez indagado al procesado se disponía de 5 días para valorar las pruebas obrantes y decidir si existía mérito suficiente para imponer medida de aseguramiento. Esto implicaba un claro compromiso del funcionario mediante un juicio de valor sobre la evidencia disponible al proceso. Si el fiscal decidía imponer medida de aseguramiento

to, debía sustentarla, lo que implicaba un pronunciamiento de fondo sobre el caso apenas iniciada la investigación. Esto comprometía el criterio del fiscal que a la hora de calificar el mérito del sumario, se veía en la disyuntiva de confrontar su decisión inicial con las demás pruebas recaudadas en el proceso, con lo que: si encontraba que no existía suficiente evidencia para acusar debía precluir y reconocer que se equivocó al resolver situación jurídica, o asumir que estaban corriendo el riesgo de equivocarse a la hora de calificar. Todo esto se resolvió de la misma manera, es decir quitándole a la Fiscalía las funciones de recibir indagatoria al procesado y dictar medidas de aseguramiento. Ahora, estas labores las cumple el juez de garantías, quien es el encargado de interrogar al imputado al momento de la formulación de cargos y de autorizar la imposición de la medida de aseguramiento.

Desde luego, la presencia del abogado a lo largo de toda la investigación, desde la indagación preliminar hasta la acusación, también dificultaba enormemente la labor de los fiscales, que no podían actuar a sus anchas, sino que tenían que respetar los procedimientos y las garantías. El abogado debía ser notificado de todas y cada una de las diligencias que se fueran a practicar y podía estar presente en la práctica de todas las pruebas, en los interrogatorios, en la indagatoria, en los allanamientos, etc., así mismo, podía solicitar pruebas y tenía la facultad de impugnar las decisiones de los fiscales. Todo ello queda igualmente resuelto con la misma solución, suprimiendo la presencia del abogado durante la investigación. En síntesis, se hace evidente que lo que buscó y consiguió el Fiscal General con la reforma fue fortalecer más a la Fiscalía en su labor investigativa y, sobre todo, hacer más expedita y autónoma su labor.

Esto quiere decir que, ante la ineptitud de la Fiscalía para poder cumplir con su labor de manera competente y eficaz, para superar las tremendas deficiencias de su funcionamiento y rendimiento práctico, lo que se hizo fue suprimir las exigencias legales de su función y dejarle las manos sueltas para poder actuar a su antojo. Estrategia que deja mucho que desear respecto de la verdadera idoneidad del ente acusador, pero que no es nueva, pues ya existe un antecedente de este tipo en la historia reciente de la reforma penal, cuando unos magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia propusieron, promovieron y obtuvieron una reforma legislativa para suprimir el Recurso Extraordinario de Casación, alegando como único fundamento su propia ineptitud para poder atender y resolver dentro de los términos los recursos propuestos⁵⁰. En la reforma presente, no se confiesan tan cínicamente los verdaderos motivos, sino que se disfrazan con las argumentaciones falaces que ya han sido estudiadas.

Pero la reforma no responde tan solo a problemas domésticos como los que se vienen señalando. Existe también un interés marcado del gobierno de los Estados Unidos por influir en nuestro sistema de justicia, particularmente por parte de los organismos de seguridad y las agencias antidrogas, que pretenden comprometer al Estado colombiano en sus guerras contra las drogas y el terrorismo, aún por encima de los límites del Estado de Derecho, con la implantación de su sistema de justicia en nuestras latitudes. Deseo este que tiene eco en algunos sectores de la clase dirigente y la justicia formados en las universidades estadounidenses y que, con cierta nostalgia americanista nacida de los *films*, han querido que nuestra justicia se parezca a la que vieron en la TV durante su infancia. Todo ello se

⁵⁰ Por fortuna, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, declaró inexequible buena parte del contenido de la Ley 553 de 2000, aún cuando en ella se introducen graves recortes al recurso.

incardina en una estrategia global de redefinición del poder en los últimos tiempos, por lo menos desde el final de la Guerra Fría, encaminada a la consolidación del monopolio del poder mundial en un solo eje, y que encuentra su mejor táctica en la sustitución del enemigo lejano y externo por uno cercano e interno, borrando las fronteras de diferenciación entre el conflicto interno y el externo para hacer una nueva división de la sociedad, esta vez en forma horizontal, entre el bien y el mal⁵¹.

Esta nueva lógica no divide a los pueblos verticalmente como comunidades autónomas identificadas por unos determinados rasgos culturales o raciales propios, que se señalaban como enemigos por el hecho de profesar determinadas ideologías o creencias, sino que divide las naciones en su interior a partir de su actitud frente al poder: los que se ponen del lado del poder tienen el reconocimiento y la aceptación, en tanto los que se distancian de él son los perversos que deben ser excluidos como enemigos de la sociedad⁵². En este nuevo escenario, el derecho penal juega un papel preponderante y se convierte en el mejor instrumento para la segregación social de los buenos y los malos. En efecto, mientras el enemigo externo puede ser identificado y eliminado físicamente, o sometido a la esclavitud disfrazada mediante la invasión de su territorio, el tratamiento del enemigo interno plantea ciertas dificultades. Para superarlas, el primer paso es lograr la identificación del uno con el otro y así eliminar los prejuicios morales que podrían surgir en la sociedad para darle a ambos el mismo tratamiento. Para ello es esencial que la sociedad perciba al enemigo interno igual que al externo, cuestión que se

logra articulando un arsenal de expresiones con las que se identifica a ambos por igual, denominaciones como *enemigo de la humanidad*, *terrorista*, *criminal transnacional*, etc., hacen referencia a una misma clase de enemigos, que pueden estar en cualquier parte, por lo que es necesario unificar las estrategias de lucha contra ellos. Pero, al estar demostrado que la estrategia de eliminación física es difícil y costosa, el sistema penal se convierte en el mejor instrumento de lucha contra el enemigo.

Esta lógica termina por ser un gran negocio para los centros del poder, tanto en términos económicos como políticos. Desde el punto de vista económico, permite diversificar las inversiones del gasto militar, que ya no se concentran en el almacenamiento de grandes arsenales, en la medida en que estos pueden ser vendidos en el exterior para mantener los conflictos de otros mientras el gasto interior se reduce, por cuanto siempre es más barato financiar tribunales de justicia y construir cárceles de máxima seguridad que financiar ejércitos corruptos y mantener grandes misiones militares. Por su parte, la implementación de tribunales de justicia permite mostrar una imagen que se vende muy bien al público, que desde hace ya tiempo se encuentra acostumbrado a percibir que los tribunales de justicia y los procedimientos penales son sistemas de garantías que protegen y defienden los derechos de los procesados y, en consecuencia, las decisiones que de ellos se obtiene serán justas.

De esta manera, la guerra fratricida por el control absoluto del poder mundial se presenta ante el público como una “nueva cruzada por la civi-

⁵¹ Cf. CHOMSKY, Noam. *Hegemonía o supervivencia: el dominio mundial de EE.UU.* (trad. Carlos José Restrepo). Bogotá: Norma, 2004.

⁵² Cf. AMIN, Samir. «Geopolítica del imperialismo contemporáneo». En: *Nueva Hegemonía Mundial: alternativas de cambio y movimientos sociales*. Buenos Aires: Clacso Libros, 2004, pp. 73-110.

lización”⁵³, en la cual una nación altamente civilizada y humanista pretende ser el nuevo faro que oriente los destinos de la humanidad mediante unos ideales más altruistas y nobles. El problema es que el avance hacia esa “nueva era de la ilustración”⁵⁴ se ve oscurecido por la acción de un puñado de bárbaros que pretenden sembrar el terror y la anarquía, pretendiendo destruir los logros de la civilización tan duramente adquiridos. Es por ello que resulta *legítimo* librar una guerra en su contra, para salvar la humanidad. Desde luego que esta guerra no se libra por los cauces de la barbarie utilizados por el enemigo. En lugar de bombas que destruyen la población indefensa o atentados que aniquilan inocentes, la gran nación civilizada envía misiles teledirigidos que sólo afectan blancos estratégicos y tan sólo matan *enemigos*⁵⁵, ya que sus bombas tienen una particular sensibilidad para identificarlos de entre las multitudes. Desde luego que, si por pura casualidad muriera un inocente, se trataría de un lamentable insuceso, un “efecto colateral” que todo el mundo lamentaría. Entonces, el presidente de la gran nación expediría un comunicado de condolencias y destituiría a algún funcionario de menor rango.

Por supuesto que al enemigo capturado en combate no se le dará de ninguna manera un trato inhumano y cruel; se le somete a una detención preventiva, en una prisión, donde esperará pacientemente un juicio imparcial y justo, dentro del único sistema de justicia imparcial y justo, el de la nación civilizada. Pero, ¿cuál es la lógica

de ese *civilizado sistema de justicia* que se le aplica a los enemigos de la civilización?, la misma que desencadena y justifica los ataques militares y las intervenciones extranjeras, la lógica del enemigo interno y la seguridad ciudadana. Si el terrorista es un enemigo de la sociedad, y el delincuente es terrorista, necesariamente uno y otro son *el enemigo*⁵⁶, para el cual el sistema de garantías del derecho penal tradicional no debe existir. La lógica interna del discurso político en materia de persecución legal del crimen evoluciona de la mano de la política externa y es así como en los países que se encuentran bajo la esfera de influencia de la *gran nación civilizada* articulan en su interior los mismos conceptos, orientados hacia la lucha contra la criminalidad, y logran, por supuesto, el aplauso generalizado de la opinión pública para confluir en la instauración de un sistema de *justicia penal para el enemigo*⁵⁷, caracterizada, precisamente, por la tendencia perniciosa cada vez más generalizada a desplazar la *legislación penal* por la “*legislación de lucha contra la delincuencia*”, especialmente la llamada “*delincuencia organizada, delincuencia económica, financiera, de corrupción, de terrorismo y de narcotráfico*”⁵⁸.

Pero no debemos equivocarnos al pensar que la implementación de una justicia penal para *enemigos* está reservada exclusivamente para los ciudadanos del tercer mundo. Sus efectos se hacen sentir también al interior de la gran civilización. Basta con examinar las medidas adoptadas por el gobierno de Estados Unidos tras los

⁵³ WINES, Michael. *The New York Times*, 13 de junio de 1999. p. 2.

⁵⁴ CHOMSKY, N. *Hegemonía ...* Op. cit. pp. 77 ss.

⁵⁵ Reproduciendo un comentario del Presidente Busch, Elisabeth Bumiller. *The New York Times*, 2 de mayo de 2003.

⁵⁶ Sobre la elaboración del concepto del *enemigo interno* y sus efectos en el sistema penal, Cf. Americas Watch. *Estado de Guerra, violencia política y constrainrugencia en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo, IEPRI, CEI. 1994. pp 15 ss.

⁵⁷ Cf. JAKOBS, Günter. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente* (trad. Teresa Manso Porto) Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000, pp. 29 - 33.

⁵⁸ Ibíd., p. 32.

atentados del 11 de septiembre, para percibir cómo es que se lleva a cabo la estrategia de *guerra interna* de Estados Unidos. El secretario de justicia John Ashcroft señala que "...es fundamental que el gobierno de los Estados Unidos tenga el derecho de declarar a las personas (incluidos los ciudadanos estadounidenses) como *combatientes enemigos o terroristas sospechosos* y encarcelarlas sin dictarles cargos ni permitir el acceso de abogados y familiares hasta que la Casa Blanca determine que la guerra contra el terror ha culminado con éxito"⁵⁹. Política que ha encontrado respaldo en las decisiones de los tribunales de justicia, en los que se ha declarado que "un presidente en tiempos de guerra puede arrestar a un ciudadano estadounidense capturado como enemigo combatiente en el campo de batalla y negarle a esa persona el acceso a un abogado"⁶⁰.

Toda esta política de *guerra* mediante el sistema de justicia penal, también se libra con reformas legislativas. El Centro para la Integridad Pública dio a conocer un proyecto de ley del Departamento de Justicia, denominado "*Proyecto de ley 2003 para el fortalecimiento de la seguridad interna*". Este proyecto propone otorgarle facultades al ejecutivo para "*rescindir la ciudadanía a quién se le formulen cargos de apoyo material a una organización que se encuentre en la lista de enemigos de Estados Unidos, aún cuando el que brinde el apoyo ignore esa lista*"⁶¹. El proyecto, además, prevé "*poderes de vigilancia sin autorización judicial, posibilidad de arrestos administrativos secretos e inmunidad del gobierno sobre el deber de informar sobre estas acciones*". La semejanza entre ese proyecto y la fallida reforma promovida por el gobierno de la Se-

guridad Democrática en su estatuto antiterrorista es asombrosa y demuestra hasta qué punto la política de lucha antiterrorista es una estrategia de concentración del control de los ciudadanos mediante los mecanismos del derecho penal.

Como se observa, el repentino compromiso del país con una drástica y meteórica reforma de sus instituciones procesal penales no obedece tan solo a necesidades e intereses del poder nativo, sino que se inscribe dentro de las estrategias de poder global trazadas desde el centro del poder en la Casa Blanca. Otra cuestión que resulta evidente: la reforma no consulta para nada las verdaderas necesidades de justicia de la sociedad ni del sistema. Ni aquí ni allá se le consulta al pueblo si eso es realmente lo que quiere de su sistema de justicia; tampoco son tenidas en cuenta las necesidades más apremiantes del propio sistema. De hecho, uno de los aspectos a los que menos interés se le puso en este proceso de reforma es a los costos que en capital humano, logístico y técnico representa la reforma. Tampoco se ha calculado el impacto social que la entrada en vigencia de la reforma va a producir, máxime si se tiene en cuenta que implica un drástico cambio en la cultura jurídica de la nación, para la cual no se encuentra ni remotamente preparada. Menos aún se ha tenido en cuenta el efecto que el conflicto armado pueda producir en la adopción del nuevo sistema de justicia y, en fin, es tal la improvisación e irresponsabilidad con la que se ha asumido el nuevo sistema que muy seguramente nos veremos abocados a un nuevo fracaso, como lo han sido todas las reformas que se han emprendido en los últimos tiempos, siempre bajo la impronta de la improvisación facilista y la legislación de coyuntura.

⁵⁹ TUCKER, Neely. *The Washington Post*. diciembre 3 de 2002.

⁶⁰ LEWIS, Neil. *The New York Times*, 9 de enero de 2003.

⁶¹ BALKIN, Jack. *Los Angeles Times*, febrero 13 de 2003.

De todo esto, el más gravemente damnificado será, como siempre, el pueblo, en especial sus capas menos favorecidas, que serán las que, como siempre, serán reclutadas por el sistema. Para quién no tiene la capacidad de contratar un abogado, armar un equipo de defensa, obtener los servicios de un perito, obtener evidencias científicas costosas, pagar los servicios de un investigador y, en fin, asumir todos los costos que implican una adecuada defensa en el nuevo sistema, la opción será hoy, como ayer, aceptar los cargos, ir a sentencia anticipada o convertirse en delator oficial. De todo esto, no puede surgir sino el miedo y la desconfianza del pueblo hacia su sistema de justicia, y un pueblo que no pueda confiar en los cimientos de su ley es un pueblo aterrorizado que no podrá nunca obrar con la serenidad y lógica propias de aquel que sabe garantizados sus derechos, su libertad y su vida. Por lo tanto, no podemos pedirle a un pueblo, que a tal sistema legal se somete, que actúe como miembro ciudadano dentro de la zozobra de una sociedad en la que no puede confiar. Este hecho se hace más patético aún cuando se trata de la administración de justicia, que es en últimas donde se materializan la seguridad y garantías jurídicas tanto del derecho de defensa como de los demás derechos que la Constitución consagra para todo ciudadano. Las reformas penales no sólo deben ser el fruto del consenso de todos los estamentos del Estado y la sociedad civil, sino el fruto de maduras reflexiones que tengan como marco la institucionalidad nacional y tal cosa no puede lograrse sin antes zanjar la profunda brecha abierta por la endémica violencia que mantiene desintitucionalizado al país, por ende, el presupuesto de cualquier reforma seria de nuestras instituciones jurídicas pasa por alcanzar primero un acuerdo fundamental que permita sentar las bases de una verdadera nación y a partir de allí construir una administración de justicia acorde con ese nuevo consenso.

BIBLIOGRAFÍA

- AMIN, Samir. "Geopolítica del imperialismo contemporáneo". En: *Nueva hegemonía mundial: alternativas de cambio y movimientos sociales*. Buenos Aires: Ed. Clacso, Libros, 2004.
- BARATTA, Alessandro. "Criminología y derecho penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal" (trad. Roberto Bergalli). En: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Ed. Temis, 1982.
- BETEGON, Jerónimo. *La justificación del castigo*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- BENNASSAR, Bartolomé. *Inquisición española: poder político y control social*. (trad. Blanca Villalba). Barcelona: Ed. Crítica, 1981.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Ed. Temis, 1986.
- CARRASQUILLA, Juan Fernández. "La solución penal de los conflictos sociales". En: *Concepto y límites del derecho penal*. Bogotá: Ed. Temis, 1992.
- CASAUBON, Meric. "De la credulidad y la incredulidad en los juicios criminales". En: *instrucciones que han de guardar los comisarios del Santo Oficio en las causas y negocios de la fe*. (trad. Del original de 1681). Archivo Histórico, Biblioteca Nacional, Santafé de Bogotá.
- COHN, Norman. *Los demonios familiares de Europa*, Madrid: Ed. Alianza, 1987.
- CHOMSKY, Noam. *Hegemonía o supervivencia: el dominio mundial de EE.UU.* (trad. Carlos José Restrepo). Bogotá: Ed. Norma, 2004.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Tratado de derecho penal*. (trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier). Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1989.

FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. (trad. L. Prieto Castro). Barcelona: Ed. Bosch, 1933.

FERRI, Enrico. *Principios de derecho criminal*; (trad. José Arturo Rodríguez Muñoz). Madrid: Ed. Reus, 1933.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Barcelona: Ed. Labor S.A., 1952.

FOUCAULT, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1978.

_____. *De las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*. (trad. A. Garzón del C). México: Ed. Siglo XXI, 1986.

GARCÍA HERREROS, Mario. *Procedimiento penal colombiano*. Bogotá: Ed. Litografía Colombia, 1954.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *La reforma del sistema penal colombiano, la realidad detrás de la imagen*. Bogotá: Ed. Gustavo Ibáñez, 1999.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. «El difícil encuentro entre el derecho penal anglosajón y el derecho penal continental». En: *Estudios Procesales*, n. 2. Procuraduría General de la Nación; Bogotá, 2004.

GÜNTER, Jakobs. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente* (trad. Teresa Manso Porto). Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. "La imputación objetiva en derecho penal" (trad. Manuel Cancio Meliá). Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1994.

_____. "Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación" (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano

González de Murillo). Madrid: Ed. Marcial Pons, 1995.

HEINRICH JESCHECK, Hans. "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal". En: *Política criminal y reforma del derecho penal* (trad. Santiago Mir Puig), Bogotá: Ed. Temis, 1982.

HENTING, Hans von. "La pena, formas primitivas y conexiones psico-culturales". Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1956.

MONTER, William. *La otra inquisición*. Barcelona: Ed. Crítica, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y control social*. Jerez de la Frontera: Ed. Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

MUÑOZ GÓMEZ, Jesús Antonio. *Funciones no declaradas de la pena privativa de la libertad*, Tesis de grado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1980.

OSORIO, Luis Camilo. "Introducción a la ley estatutaria del código de procedimiento penal acusatorio". En: *Reforma de la justicia penal*. Bogotá: Ed. Corporación Excelencia de la Justicia, septiembre de 2003, T. III.

OSORIO ISAZA, Luis Camilo. "La justicia colombiana y el nuevo sistema penal". En: *Reforma constitucional del sistema penal*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 2003.

O'SEHA, Stephen, *Los cátaros, la herejía perfecta* (trad. Juan Soler). Barcelona: Ed. Javier Vergara, 2002.

PÉREZ VILLANUEVA, José y ESCANDELL, Bartolomé. *Historia de la inquisición en España y América; El*

conocimiento científico y el proceso histórico de la inquisición. Barcelona: Ed. Grijalbo, 1978, t. 1.

REYES ALVARADO, Yesid «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva». En: *Derecho penal y criminología*, n. 45. Bogotá; Ed. U. Externado de Colombia, 1991.

ROXIN Claus, MIR PUIG, Santiago y otros. *Política criminal y reforma del derecho penal.* Bogotá: Ed. Temis.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. Muñoz Conde). Barcelona: Bosch, 1972.

RUBIO, Mauricio. *Crimen e impunidad; precisiones sobre la violencia.* Santa Fe de Bogotá: Ed. CEDE, Tercer Mundo, 1999.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica.* Ed. Temis, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal*

en las sociedades postindustriales. Madrid: Ed. Cívitas, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites". En: *Política criminal y nuevo derecho penal.* Libro Homenaje a Claus.

VARGAS, Álvaro. *"La Fiscalía General de la Nación desde el sueño de la mariposa.* Ibagué: Ed. Forum Pacis, 1998.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia* (trad. Luis Diez-Picazo) Madrid: Ed. Taurus; 1964.

VALBUENA, Hugo Luis. Los fines imaginarios del derecho penal y su función política. En: *Capítulo criminológico*, n. 9 y 10, Maracaibo: Universidad del Zulia, 1981.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana.* Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1982.