

RESULTADOS PRIMARIOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA

Genith Toledo Carreño

Cuando se implementa en un Estado un sistema procesal penal, ¿qué es lo que finalmente debe primar: el interés de éste en la persecución penal, o el de los procesados en el respeto de sus garantías fundamentales? En la tradición colombiana, esta cuestión siempre se resolvió a favor de los intereses del Estado. Pero esta situación tuvo un giro radical en 2004 con la introducción del sistema adversarial de inspiración anglosajona, para el cual se diseñó un proceso que preveía limitaciones al poder del ente acusador y una activa participación de la novedosa figura del juez de garantías. En este artículo —que fuera el discurso de ingreso como miembro correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia de la autora— esta última reflexiona sobre los primeros resultados de esa trascendente reforma, en donde por un lado reconoce los efectos positivos en cuanto a la eficiencia terminal en el aparato de justicia en lo referente a delitos de escasa envergadura, pero también advierte sobre el aumento de la impunidad en aquellos delitos catalogados como de gran impacto social. La principal lección es, como sostiene esta procuradora delegada ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, que ningún sistema jurídico puede importarse como si fuera un producto enlatado, sin considerar primeramente los requerimientos socio-culturales y económicos de un Estado.

I

El ejercicio de la acción penal que se concreta en la puesta en movimiento de la jurisdicción, determina en buena parte la estructura del poder punitivo y robustece o debilita los objetivos que esa sociedad pretende lograr. Es el monopolio mismo del Dere-

cho a castigar lo que está en juego y, finalmente, la asunción de una postura política.

El Derecho Penal, como es de amplio conocimiento, puede tener dos finalidades de conformidad con la política criminal que un Estado debidamente organizado le provea: por un lado, el Derecho Penal tanto sustancial como adjetivo puede aplicarse ya sea para sancionar los delitos (conductas reprochables y de peligrosidad para la seguridad de las personas y la comunidad), esto es con una finalidad represiva; o para evitar la sucesión de esos delitos, esto es una finalidad preventiva.

Para efectos de este estudio, sólo tomaremos la parte adjetiva de nuestra normativa penal. En otras palabras el procedimiento penal, concretamente el sistema que adopta nuestro Estado para investigar, juzgar y condenar las conductas punibles taxativamente señaladas en el estatuto penal.

Así las cosas Colombia, como Estado social de Derecho sujeto al imperio de la ley,¹ encuentra el fundamento de un procedimiento penal para todos los colombianos en la Carta Magna, que desde su artículo primero imprime unas obligaciones a sus autoridades:

Artículo 1. Colombia es un Estado social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.²

Consecuente con este artículo de la Constitución, el artículo 29 refrenda la naturaleza democrática de nuestro ordenamiento jurídico y el compromiso de nuestro Estado frente al respecto de la dignidad de las personas. El debido proceso acepta que como en toda sociedad existe la necesidad de tomar medidas frente al delito, más aun en Colombia, un país en vía de desarrollo con hondos problemas sociales que sirven de caldo de cultivo para el incremento y protagonismo dañino del crimen organizado, quienes deban ser procesados penalmente no pierden unas garantías mínimas, y un trato considerado por

¹ Utilizaremos el vocablo “ley” como sinónimo de ordenamiento jurídico, y a la Carta Política como norma de normas.

² Subrayado fuera de texto por parte de la autora.

el simple hecho de ser seres humanos, sujetos de derechos y con garantías irrenunciables.

Así pues, no es gratuito que un país que afronta tantas conductas y que internacionalmente es catalogado como uno de los más violentos del mundo, se vea en la imperiosa obligación de investigar delitos y de mantener un complejo de normas procesales para sancionar a quien delinquirió.

En este punto vale la pena preguntarse: ¿Qué fines ha perseguido el sistema procesal penal en Colombia? ¿La concepción final del sistema o de los sistemas procesales penales que se han adoptado en Colombia para combatir la impunidad, han buscado la represión o más bien la prevención del delito? ¿Qué sistema penal adjetivo se ha implementado —tradicionalmente— en nuestro ordenamiento jurídico?

Históricamente en Colombia, se ha conocido como modelo para juzgar a las personas que realizan conductas reprochables el sistema inquisitivo. Pero antes de repasar brevemente las características principales de este sistema, tenemos que abordar la cuestión a que se enfrenta una sociedad cuando implementa un modelo procesal penal para juzgar las manifestaciones delictuosas que la afectan. ¿Al momento de implementar un sistema procesal penal, acaso prima el interés del Estado en la persecución penal o el interés de los procesados en el respeto de sus garantías fundamentales?

La tradición jurídica colombiana resolvió este asunto a favor de los intereses del Estado, en detrimento de los derechos que llegaren a tener los sujetos parte en la ocurrencia del ilícito penal, bien sean víctimas de la conducta o los actores de ésta.

Se acepta entonces que el proceso penal colombiano fue a lo largo de la historia un sistema abiertamente inquisitivo,³ donde prevaleció claramente la obligación de la autoridades en la persecución del delito, sin detenerse en la importancia de quién es procesado y quiénes sufren los perjuicios, considerados como simples objetos procesales.

³ La clasificación de sistemas procesales penales en inquisitivo y acusatorio, ha generado no poca polémica doctrinaria y jurisprudencial en la historia jurídica de Occidente. Me acojo a la teoría del Nuevo Derecho, que si bien no acepta sistemas puros de juzgamiento penal sí acepta que éstos puedan calificarse de acusatorios e inquisitivos, si en ellos se pueden identificar claramente rasgos generales de uno u otros sistema, por lo que a mayores características inquisitivas se hablará de sistema inquisitivo y viceversa.

Bajo este sistema —que a rasgos generales se caracteriza por un desbordado poder del Estado que casi siempre encarna la facultad de investigar y la de juzgar—, se cometieron a lo largo de la historia escandalosas arbitrariedades.

El Estado se preciaba de no dejar delito sin su respectiva persecución y juzgamiento.

El sistema inquisitivo simboliza la primigenia justicia. La justicia-venganza ya no en manos de los individuos, sino de un monstruo organizado⁴ llamado Estado, quien cobraba venganza a quien rompía el pacto de paz y seguridad que “todos” habían acordado. Este sistema, que por décadas rigió los destinos del proceso penal colombiano, admiraba la condena por encima de la efectividad o el pragmatismo.

Lo que ciertamente importaba era demostrar a la sociedad que sí era efectiva la venganza, mientras que se buscaba persuadir por vía del terror a quien se viera tentado a delinquir.

Aunque no es materia de este estudio describir los detalles del sistema inquisitivo, para facilidad del lector nos dispondremos a exhibir un paralelo entre el antiguo y tradicional sistema inquisitivo que se implementó en Colombia, y el sistema acusatorio que representa al menos en nuestro país el nuevo paradigma en materia procesal penal. Ilustraremos para este fin, el paralelo de Christian Salas:⁵

El juicio penal

El juicio penal consiste en un debate, una contradicción entre las partes, con igualdad de oportunidades, lo que exige un amplio y cabal reconocimiento del derecho de defensa, que es, en definitiva, lo que torna en racional y legítima la persecución penal y la pena que eventualmente llegue a imponerse y lo que nos permite hablar con propiedad de un verdadero juicio. El procedimiento acusatorio, lo mismo que el mixto, donde el juicio también es oral y público, introducido en Europa durante el siglo XIX, es propio de los Estados democráticos de Derecho. De ahí que lo que debiera sorprendernos no son las características del procedimiento inquisitivo (concentración en un mismo órgano de la investigación y juzgamiento; debilitamiento del derecho de defensa, prevalencia del sumario sobre el plenario, etc.), pues ellas son coherentes con el sistema político donde surge el Estado absoluto; lo que en verdad debiera sorprendernos es la con-

⁴ Hobbes, Tomas. *El Leviatán*. Editorial Planeta, 2000.

⁵ Salas, Christian. *Derecho Penal y Procesal Penal*. Juristas andinos, 2005.

tradición y el desfase histórico y político que significa haber mantenido hasta hoy en nuestro país un sistema de enjuiciamiento criminal premoderno, propio de los Estados absolutos.

Concentración de las funciones de investigación y juzgamiento

El principal rasgo del procedimiento inquisitivo radica en la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento en un mismo órgano, lo que obviamente resulta incompatible con el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial. Como lo ha destacado reiteradamente la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, la imparcialidad del tribunal tiene una dimensión también objetiva, referida a la confianza que debe suscitar el tribunal en primer lugar en relación con el imputado, para lo cual es preciso que el juez que dicta la sentencia no sea sospechoso de parcialidad, y lo es si ha intervenido de alguna manera durante la fase de investigación.

Uno de los paradigmas de la revolución liberal del siglo XIX fue la división del poder. El procedimiento penal siguió el mismo principio: dividir el procedimiento, entre un órgano instructor y otro juzgador. Quien instruye, total o parcialmente, no puede dirigir el juicio y dictar sentencia.

Así las cosas el sistema penal acusatorio, mas de raigambre anglosajona y con una rica experiencia histórica en los EE.UU., adquiere un inusitado protagonismo en Colombia desde el año 2000, que con la Ley 600 plantó las bases de lo que se vendría: el proceso de transformación de la justicia penal, que apostaría por un sistema abiertamente acusatorio en la Ley 906 de 2004, dejando de lado la antiquísima tradición de la justicia penal colombiana, muchas veces criticada por ineficiente, lerda, arbitraria e irrespetuosa de los derechos fundamentales y, sobre todo, incapaz de terminar con uno de los problemas endémicos de la sociedad colombiana: “la impunidad”.

II

El término “impunidad” se desprende del vocablo latino *impunitas*,⁶ que se traduce como “falta de castigo”, que en un Estado de Derecho significa —nada más y nada menos— que la impotencia de éste para garantizar los “bienes jurídicos” tutelados por la ley penal.

⁶ *Pequeño Larrousse*, 2000.

Los factores que generan impunidad en una sociedad son múltiples y complejos. De todas maneras, podemos afirmar que uno de ellos es la ausencia de una política criminal ajustada a las necesidades de la sociedad, pues si no existe un real entendimiento de las conductas que el Estado debe perseguir como delitos y la clasificación cualitativa de estos delitos en graves y menos graves, se naufragará en impotentes ensayos y extrapolaciones de fórmulas que de poco o nada servirán para que efectivamente se pueda combatir la manifestación delincinencial, y se logren juzgar con eficiencia estas conductas reprochables.

En nuestro país no conocemos la implementación de una verdadera política criminal que describa el “por qué” de la delincuencia en Colombia, las “razones de fondo” que conllevan a los altísimos índices de delincuencia común y organizada que azotan al país y, mas importante aún, el tratamiento jurídico que debe darse a la obligación constitucional de defender la libertad, honra y bienes de las personas que viven en el territorio nacional. Seguramente esta problemática, que a lo largo de su historia han afrontado los distintos gobiernos, explica el porqué para muchos eruditos internacionales Colombia es un “Estado fallido”.⁷

Con lo anterior, no queremos decir que en Colombia no se hayan efectuado políticas criminales. Lo que señalamos es que éstas no han alcanzado los resultados que se esperaban, y no llenaron las expectativas de la sociedad civil que manifiesta culturalmente una arraigada desconfianza en la justicia penal.

También es necesario aclarar que el sistema procesal penal no es la política criminal en sí, sino un producto de ella. Como política criminal debe entenderse una noción de naturaleza socio-política, socio-económica y socio-cultural de una comunidad específica. A su vez el sistema procesal penal es una noción eminentemente jurídica, llámese sistema acusatorio o inquisitivo.

Yerran, quienes responsabilizan de la impunidad en Colombia únicamente al sistema procesal penal. Se equivocan también los que aseguran que con la mera implementación de tal o cual sistema procesal penal, desaparecerá automáticamente la impunidad.

Si bien es cierto que el sistema acusatorio que se acaba de realizar en Colombia no es el único responsable en materia de impunidad, sí

⁷ Informe Especial del *New Herald*, 2003.

es una herramienta fundamental en la lucha contra la impunidad en todas sus formas. Además, es un termómetro que evalúa qué tan acertada es la política criminal de nuestro Estado.

III

Una de las críticas más asiduas que se le perpetró al anterior sistema procesal penal, preceptuado en la Ley 600 de 2000, consistía en su violación a derechos fundamentales como la libertad, la defensa, la igualdad y la dignidad. Con la detención de miles de procesados sin una sentencia y ante los desbordados poderes del ente acusador, se debatió no pocas veces la necesidad de darle un vuelco absoluto a la justicia penal colombiana, cuyo objetivo principal era constituir un sistema más efectivo en la lucha contra la impunidad, y además garante de los derechos fundamentales de todas las personas que directa o indirectamente participaban del proceso penal.

Entre otras falencias que debía suplir este nuevo sistema, se encontraban:

- Efectivizar la lucha en contra de la aberrante impunidad de que es víctima la sociedad colombiana.
- Alcanzar una justicia penal más económica para el Estado y las partes del proceso.
- Garantizar el respeto de la persona humana, en todas las etapas del proceso penal
- Propender por una actuación penal más pronta, eficaz y productiva, en cuanto a la ecuación “investigaciones-condenas”.

La respuesta a estos cuestionamientos, fue la apuesta decidida por un sistema acusatorio de corte eminentemente oral y la transformación de los actores protagónicos del proceso penal en Colombia. La fiscalía —como ente acusador— debía transformarse. Los jueces penales debían transformarse. Los litigantes debían transformarse y, en fin, la comunidad en general debían transformarse y darle paso a este nuevo paradigma jurídico, que se puso en marcha como la solución práctica a la inconformidad que existía frente al añejo sistema inquisitivo, y sus precarios resultados en cuanto a la superación de la impunidad.

En palabras del ex-parlamentario Humberto Gómez Gallo:⁸

El sistema actual de investigación de una conducta que merece castigo y juzgamiento de los responsables, es una dispendiosa sucesión de etapas que empieza por la recepción de la noticia criminal, la vinculación mediante indagatoria de autores y partícipes, la definición de la situación jurídica, la práctica de pruebas, el cierre de la investigación, los alegatos de los sujetos procesales, la calificación del mérito del sumario mediante acusación, celebración de audiencia preparatoria, la práctica de pruebas en el juicio, la audiencia de juzgamiento y, finalmente, la sentencia.

Todo ese trasegar se desarrollaba de forma escrita, lo que implicaba la acumulación de voluminosos expedientes, en un tiempo promedio de 42 meses, suponiendo que no se acudiera mediante los recursos, al examen de las decisiones en segunda instancia. Cuando esto último ocurría, que lo era la inmensa mayoría de los casos, la duración estimada podía duplicarse.

La aprobación y puesta en vigencia del nuevo sistema procesal penal colombiano, probablemente constituye el paso más audaz que en esa materia se haya dado en la historia jurídica del país.

La implementación de un procedimiento de corte resueltamente acusatorio para la investigación y el juzgamiento de las conductas infractoras de la ley penal, no consiste en la simple sustitución de un método por otro, sino que se erige en un verdadero cambio de paradigmas.

La duración de los procesos, la vigencia de las garantías fundamentales, las ventajas de la oralidad y el principio de la oportunidad son los aspectos más importantes en torno a las transformaciones significativas en el nuevo sistema.

La reducción en los tiempos y costos del proceso en el nuevo sistema, resultan significantes y muy dicientes de lo que significa este nuevo sistema. En vez de voluminosos expedientes que acumulan años y folios hasta semejar archivos históricos, tendremos una actuación dinámica, oral, pública y concentrada.

Una vez la Fiscalía consolide los elementos de convicción necesarios, formula la imputación del delito al sujeto (solicita la medida de aseguramiento, y la legalización de la captura). En el término de 30 días está obligado

⁸ Luis Humberto Gómez Gallo, Presidente del Senado de la República, 13 de enero de 2005.

a presentar ante el juez la acusación; enseguida se realiza la audiencia preparatoria, y luego la audiencia del juicio oral.

El nuevo sistema penal acusatorio se nos presentó como la panacea que resolvería las dificultades de nuestra justicia penal. Se manifestó que como ningún otro sistema procesal penal en Colombia, éste exhibiría su eficacia en sus resultados en materia de impunidad.

¿Como se puede medir la efectividad de tales resultados? ¿La disminución formal de los tiempos, garantiza una reducción significativa de la impunidad en nuestro medio? ¿Se contaba en nuestro medio con el material humano y los recursos técnicos, logísticos y tecnológicos, para una reforma en materia penal de esta magnitud?

IV

El sistema acusatorio en Colombia no está exento de particularidades que lo distinguen de cualquier otro sistema implementado en nuestro medio. Su definición, fines, límites y alcances se encuentran en el texto de la Ley 906 de 2004

El nuevo sistema consta de dos grandes etapas: por un lado, la etapa de investigación y, por otro, la etapa de juzgamiento, con unas limitaciones taxativas al otrora omnímodo poder del ente acusador y con una activa participación de la novedosa figura del juez de garantías, como la entidad contenedora de cualquier abuso de la fiscalía en la etapa de investigación y acusación. Ya la fiscalía no podrá ser juez y parte y un sinnúmero importante de sus acciones en contra de quien será sujeto de una acusación penal, deberán obtener la autorización expresa del juez de garantías.

Otro asunto que no poca polémica ha generado, es el atinente al principio de oportunidad. Es decir a la posibilidad concreta de que el ente acusador, como máximo representante del Estado y materializador de la acción penal, pueda suspender o renunciar a ésta, con la finalidad de obtener resultados más óptimos en la persecución del delito. Este punto merecerá un acápite especial, donde ahondaré las posiciones jurídico-políticas frente a este principio y su real efectividad en el ordenamiento jurídico colombiano.

No sobra recordar el esquema básico de nuestro sistema procesal penal, prescrito al tenor de la Ley 906 de 2004:

- a) Como primera medida, se tiene una etapa de investigación preliminar o de preacusación, en la cual el ente acusador y el sujeto o los sujetos procesados, preferiblemente con defensa técnica, son enterados de la existencia de un proceso y cuentan con espacio prudencial de tiempo (señalado en la ley) para prepararse para un eventual juicio, que se efectuará en un lapso de tiempo taxativo, a menos que exista una terminación anormal del proceso o que los procesados acepten los cargos o se acojan a la aplicación del principio de oportunidad. Se considera una verdadera etapa procesal, porque la actividad de los procesados en su tratamiento se regula taxativamente. Su apertura es un criterio referencial para la contabilización de dos términos importantes, a saber: la interrupción de la prescripción de la acción penal y su nueva contabilización, y el término de investigación.
- b) Posterior a este primer ítem, abordaré una segunda etapa que bautizaré de interlocución o encuentro. En ésta los antagonistas del debate (acusador-acusado), ya con una planificación dirigida y con un acervo probatorio definido, se presentan ante el juez con la intención de acercarlo a la cuestión penal materia de investigación. Se define en este trance la dinámica a desarrollar en el juicio. Las partes destapan sus cartas probatorias, se precisa cuál de estas pruebas posee aptitud legal y pertinencia como para ser introducida a juicio, qué asuntos no serán materia de discusión por ser aceptados por las partes y no existir contradicción frente a ellos. A su vez, se otorgan las últimas oportunidades para que los acusados voluntariamente acepten su responsabilidad respecto de las conductas reprochables que se les imputan, o alcancen un acuerdo con el ente acusador.
- c) Para finalizar me remitiré a la etapa de juicio oral, que consiste en la intervención última del juez de conocimiento, en la cual se practican las pruebas anticipadamente pedidas por los sujetos procesales y decretadas por el juez y se exhiben las razones alegatorias de las partes. Una vez superadas las fases anteriores, a menos que se haya dado lugar a alguna forma de terminación anticipada, el juez proferirá sentencia.

En este orden de ideas, con un esquema básico y con un margen de acción amplio para que el ente acusador pueda negociar, preacordar y acordar además de la aplicación bajo las condiciones legales del prin-

cipio de oportunidad, se inició en enero de 2005 en ciertos distritos judiciales la entrada en vigencia de este nuevo sistema procesal penal. En su momento, estas fueron las expectativas alrededor de su irrupción en nuestro medio:

- Combatir, en forma más efectiva, la impunidad.
- Desarticular el crimen organizado y los delitos de envergadura, como los de lesa humanidad, tráfico y comercialización de estupefacientes.
- Priorizar en la utilidad práctica de las investigaciones que emprendería el ente acusador, haciendo especial énfasis en la persecución de grandes delitos.
- Descongestionar los despachos judiciales.
- Adecuar la justicia penal con recursos técnicos, tecnológicos, logísticos y humanos, que se espera sea más celera y eficaz.
- Garantizar especialmente los derechos fundamentales de todas las personas, que directa e indirectamente participen de un proceso penal; y
- Generar un vínculo de seguridad y confianza entre los operadores de la justicia penal y la ciudadanía en general, a partir de los resultados.

Seguramente con un poco más de dos años de la entrada en vigencia del sistema acusatorio a la colombiana, la observación detallada de sus resultados parciales puede que resulte reveladora y facilite la labor de detectar las reales fortalezas de este sistema, y qué medidas se deben aplicar de inmediato para superar las posibles flaquezas que se hayan suscitado.

Comenzaré por las estadísticas del Distrito Capital y el Eje Cafetero, que son el punto de partida de toda esta revolución en materia procesal penal:

Estadísticas desde el 1 de enero de 2005 al 1 de enero 2006:

Las personas con sentencias proferidas por los jueces en los casos de aceptación de cargos, preacuerdos y en juicio oral ascendieron a: 7,680

Audiencias preliminares (ante jueces de control de garantías):

Según la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el primer año, se efectuaron 22,300 audiencias preliminares, que corresponden a 43,593 solicitudes efectuadas por la Fiscalía General de la Nación. El 76% de las audiencias preliminares se atendieron en Bogotá. En los Distritos Judiciales de Bogotá, Manizales, Pereira y Armenia, en donde se estrenó el sistema penal acusatorio por virtud de la gradualidad consagrada en la Ley 906 de 2004, se realizaron 16,381 audiencias de conocimiento, de las cuales el 66% se efectuaron en el Distrito Judicial de Bogotá y las demás, el 34%, en los Distritos Judiciales del Eje Cafetero. La gestión de los jueces de conocimiento en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad solicitado por los fiscales, representa el 7% del total de salidas. Las preclusiones representan el 23% y las sentencias el 70%.

Para el primer año del sistema penal acusatorio, los delitos tratados en el mapa muestran la siguiente composición:

Hurto:	38.0%
Lesiones Personales:	12.9%
Fabricación, importación y tráfico de armas:	11.9%
Tráfico de estupefacientes:	5.5%
Receptación:	3.5%
Homicidio:	3.1% ⁹

El número de sentencias y el mapa de los delitos sancionados, arrojan luces de suma importancia para determinar la real efectividad de este sistema frente a la impunidad y el logro de sus objetivos generales, donde en tan sólo 12 meses de aplicación el nuevo sistema comienza a delinear pautas muy interesantes, que más adelante serán de vital relevancia para el objeto de mi estudio.

En este sentido, me detengo a reflexionar acerca de los resultados del nuevo sistema en sus primeros cien días en Cali, capital del Valle del Cauca, y la tendencia resultará muy familiar:

Conforme a estadísticas, en el primer año, según la Fiscalía de Cali, se han realizado 1,492 audiencias preliminares y 406 juicios, de los cuales 168 fueron sentencias falladas.

⁹ Sala Administrativa del Consejo Superior (Informe Anual).

Hasta febrero 28 cursaban 640 procesos, 230 de los cuales eran capturados por vender discos compactos piratas.

Según las estadísticas del Consejo Seccional de la Judicatura, se han realizado 482 audiencias por defraudación a derechos de autor (vendedores de discos y libros piratas), y 294 por tráfico de estupefacientes.¹⁰

Cualquier lector desprevenido podría hacer más o menos estos interrogantes, frente a los resultados parciales del sistema acusatorio: ¿Acaso un desbordado número de sentencias, garantiza una efectiva derrota de la impunidad? ¿El abultado número de preacuerdos y acuerdos alcanzados por la fiscalía, indican que la ausencia de recursos de muchos indiciados los conlleva a aceptar deliberadamente los cargos? ¿Por qué existe una clara tendencia a la desbordada persecución de delitos considerados menores o de bagatela, mientras que los delitos de envergadura como narcotráfico, terrorismo, violencia intrafamiliar en todas sus formas, son inferiores en número?

En cuanto al primer interrogante, puedo afirmar que el número de sentencias que se alcanzaron en los primeros doce meses de implementación del sistema, son un avance significativo en materia punitiva. Uno de los inconvenientes del anterior sistema procesal penal era la cantidad de tiempo que tardaba finiquitar una investigación en etapa de juicio, así que las sentencias proferidas en juicio oral al viejo modo gastarían 2 o 3 años aproximadamente, lo que claramente indica que en cuanto a la celeridad, los resultados primarios del sistema penal acusatorio son ponderables.

Ahora, no necesariamente un número importante de sentencias garantizan el cumplimiento integral de los objetivos principales que se plantearon, al darle vida jurídica a un sistema procesal penal como el acusatorio colombiano. De todas maneras puedo hablar de una evolución cuantitativa de importancia, que ha mejorado sostenidamente aún cuando no ha creado una plena confianza en la sociedad civil.

Respeto a los preacuerdos y acuerdos, comunes en la dinámica del sistema acusatorio entre el ente acusador y el potencial acusado, significan naturalmente la aspiración de este sistema por ser práctico y de resultados. No son precisamente las grandes elucubraciones filosóficas las que preocupan a los apologistas incondicionales de este sistema, sino su resultado y como éste se traduce en un beneficio para la

¹⁰ Diario *El País*, Cali, Colombia.

comunidad. Los acuerdos generan un ahorro económico indiscutible para el Estado, y esto es muy práctico, aunque esta justificación a favor de la practicidad y utilidad de la figura no debería significar el desmedro del derecho a la libertad y al juicio justo que se debe garantizar a todas las personas en un Estado democrático de Derecho. Aceptar los cargos para un indiciado no puede convertirse en un mal menor, para quien desea evitar una condena o efectivamente no cuenta con los recursos económicos para proveerse una defensa integral que pueda demostrar su inocencia.

No deja de inquietarnos la profunda coincidencia entre el mapa de delitos juzgados en Bogotá-Eje Cafetero-Cali, que se compone de hurtos menores, defraudación a derechos de autor, defraudación de fluidos, porte ilegal de armas, receptación y lesiones personales en un 56.5%; mientras que al homicidio, narcotráfico, secuestro extorsivo, y terrorismo les corresponde el 34.9%. A su vez, la violencia intrafamiliar en todas sus formas, el desplazamiento forzado y la integridad sexual de las personas constituyen un 8.6% de los delitos penados.

Estos resultados primigenios arrojan más interrogantes: ¿Qué conductas, finalmente, se están condenando en nuestro país? ¿Se puede predicar la eficacia práctica del sistema oral para todos los delitos, o exclusivamente para los delitos de escasa envergadura?

Estas interrogantes alimentan con ahínco las razones de los detractores que se oponen a la justicia penal acusatoria en nuestro medio. En este sentido se expresó el catedrático Fabio López López:

El éxito o el fracaso de un sistema penal adjetivo no pueden jamás medirse con el número de fallos definitivos dictados o proferidos. Si el sistema penal acusatorio se ha mostrado como el mejor del mundo, en nuestro país no lo es por la manera como se ha implantado, sin funcionarios preparados y con normas creadas sólo para hacerle *sui generis* apología al delito.

Muchas de esas normas deben ser sometidas a severa revisión, para que se arreglen aspectos que incrementan la impunidad y que abren la vía al crecimiento del delito, originado con la visible multiplicación de la venganza privada.

Así, si Juan, por ejemplo, mata al padre de Diego, aprovechándose de la indefensión, aquél incurre en homicidio agravado con pena máxima de 40 años. Pero si luego de la captura en flagrancia de Juan, acepta los cargos, la máxima pena que podría imponérsele serían 20 años, que se reducirían

también si el condenado trabaja o estudia en la cárcel, en un día por cada dos de trabajo o estudio. Y hay otra rebaja de una tercera parte por concepto de libertad condicional; y otra más si al Papa se le ocurre visitar a Colombia. En fin, Juan, por la muerte de Diego, estará en la cárcel sólo cuatro o cinco años, si acaso no concurren otras circunstancias como la ira o el intenso dolor, que permiten más rebajas.

Los delincuentes del país ya conocen estas gangas y las negocian cuando, como en la flagrancia, ven su causa perdida. Y esta negociación, que también la están conociendo los habitantes correctos de Colombia, obliga a personas como Diego a no acudir a la justicia ordinaria para sancionar a quien mató miserablemente a su padre, sino a la venganza privada, por regla general a través de sicarios.¹¹

Si bien, no aceptamos plenamente la posición de López, si puedo aseverar que de no tomarse medidas correctivas a inmediato plazo, el sistema se empantañará entre su afán cronológico de exhibir resultados y los verdaderos alcances de éstos en la magna tarea de asestar golpes contundentes a la delincuencia organizada en Colombia, y a la impunidad en términos generales.

No se trata exclusivamente de parecer extraordinarios en las estadísticas cuantitativas, sino que estas estadísticas resulten congruentes con los grandes objetivos que se plantearon al implementar el sistema. Sería imperdonable que esta gran reforma a la justicia penal se quede en meros aspectos de forma, y que la impunidad continué rampante bajo la burbuja fantasiosa de una justicia procesal penal más práctica y pronta.

En el siguiente punto me atreveré a formular unas hipótesis que expliquen el porqué de las tan enconadas críticas al nuevo sistema, y las razones por las cuáles la sociedad no ha acogido con entusiasmo las manifestaciones prematuras del sistema.

V

Reformar la justicia penal en Colombia, se había convertido en un clamor histórico por parte de todos los sectores de la sociedad. De todas maneras, el implantar un nuevo paradigma en nuestro ordena-

¹¹ Director del Consultorio Jurídico de la Universidad de Cartagena.

miento jurídico implica la dedicación y esfuerzo absoluto de todas las autoridades comprometidas con este fin. Aún así, y pese al increíble esfuerzo de organismos constitucionales como el Consejo Superior de la Judicatura, el nuevo sistema no ha estado exento de las serias limitantes presupuestales del poder judicial en Colombia. Por esto, muchos nos unimos a las voces que abogan por una inyección presupuestal sostenida y más amplia en este sentido, para que se puedan suplir las necesidades de formación del material humano con que cuenta el poder judicial actualmente, las adecuaciones técnicas, tecnológicas y logísticas.

Es una tendencia natural del hombre resistirse a los cambios. Por eso la puesta en marcha del nuevo sistema pecó en su apresuramiento y no pocas veces improvisación. Aún así, los resultados se pueden considerar moderadamente positivos, aunque no se sabe hasta qué punto puedan ser trascendentales de no tomarse las medidas necesarias para que en la práctica nuestros jueces, operadores de justicia, ministerio público, fiscales y comunidad en general, cuenten con los recursos tecnológicos, logísticos y humanos que amerita una investigación oral, con tan escaso tiempo para la investigación y con la necesidad apremiante de concentrar la mejor prueba en el juicio oral.

Esta preocupación la comparten conmigo los operadores de justicia del Valle del Cauca, quienes se consideran bastiones del sistema penal acusatorio:

La falta de equipos adecuados y de capacitación en los municipios diferentes a Cali y a Buga (sedes de los distritos judiciales), ha sido uno de los problemas que ha enfrentado el nuevo sistema penal.

Mientras en estas dos ciudades se cuenta con salas de audiencias, computadoras y sistemas de grabación de audio y video, en las otras poblaciones no se tienen estos recursos tecnológicos.

Por razones presupuestales, en las poblaciones pequeñas ha funcionado gracias a la voluntad de los jueces, quienes de su propio pecunio aportan los equipos de sistemas, las cámaras de video personales para que se opere ajustado a los requerimientos de la ley, aseveró el magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, Luis Alberto Peralta.

“Las bondades del sistema no pueden quedarse únicamente para las grandes ciudades. Es necesario hacerlo operativo en los municipios pequeños”, puntualizó el magistrado Peralta.¹²

¹² Balance municipal presentado al Consejo Seccional de la Judicatura del Valle.

Estas preocupaciones refrendan mi parecer en el sentido de que mas allá de ejecutar la reforma, debe existir un estudio más profundo de las necesidades imperantes que debieron suplirse con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio. Puede ocurrir un divorcio entre las dinámicas de comportamiento y los resultados entre los distritos municipales y las grandes capitales, fiel reflejo del exceso de centralismo que agobia nuestro país y las plausibles diferencias en desarrollo social, económico y cultural de una región a otra, lo que amerita una decidida campaña de capacitación, reactualización, reacompañamiento del material humano al servicio de nuestro poder judicial y la adecuación tecnológica que requiere el sistema para su normal desenvolvimiento.

En días recientes, una comisión de altos estudios académicos¹³ realizó una investigación en Bogotá sobre los inconvenientes prácticos que se han suscitado en la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, que sentenció resultados en este sentido:

A partir del análisis de casos y de entrevistas con actores del SPA, se pueden plantear los siguientes problemas generales:

La premura con la que se implementó el Sistema no ha estado exenta de fricciones de índole práctica y cultural, difíciles de superar en el corto plazo.

El Sistema no ha permitido evacuar las denuncias que han ingresado al mismo, y se ha dado un reapresamiento de los casos en los cuales NO se ha configurado una situación de flagrancia. Se percibe el alto nivel de congestión para aquellas situaciones que, sin flagrancia, implicaron la comisión de delitos (de 105,156 noticias criminales en 2005, sólo se formuló imputación en 3,294, el 3.13%). Esto se debe, en gran medida, a la debilidad en términos operativos de una institución primordial del sistema: la policía judicial.

Según los actores del sistema, la policía judicial no ha contado con la preparación suficiente. Tampoco con los medios necesarios para investigar. Todo esto afecta la tasa de esclarecimiento de delitos.

¹³ Resumen de la investigación exploratoria llevada a cabo entre septiembre y diciembre de 2006, por un equipo de investigación coordinado por: Elkin Velásquez M. (geógrafo PhD, administrador Público, ingeniero), y conformado por Isaac Beltrán (economista MSc, ingeniero), César Galindo (abogado penalista), Víctor León (abogado penalista), Jairo López (sociólogo), Juliana Patiño (abogada), Ricardo Tokunaga (profesional en gobierno) y Beatriz Trujillo (profesional en gobierno).

En general, la capacitación de los demás actores (jueces, fiscales, defensores públicos y ministerio público) también es evaluada como deficiente.

La cobertura de los delitos por parte del Sistema es fragmentada, según se trate de delitos en flagrancia o no. Adicionalmente, el sistema ha privilegiado la persecución a los delitos menores en relación con los delitos de “cuello blanco”, y los delitos en los cuales se requiere más especialización en la investigación criminal.

Sigue apareciendo la desconfianza de la ciudadanía frente a la efectividad y eficacia de la administración de justicia. Según la Corporación Excelencia en la Justicia, a través de un seguimiento a los medios de comunicación, se evidencia la percepción de impunidad. En el caso de las víctimas de abuso sexual y violencia intrafamiliar, los afectados consideran que todo lo que está escrito en la Constitución queda en el papel (CEJ, 2006). Existe un problema de seguimiento a los subrogados penales y las conciliaciones. No hay un apropiado esquema de seguimiento a la aplicación correcta de tales figuras, y se sabe que muchos delincuentes que se han beneficiado de esta institución, en su aparente libertad vigilada o conciliada, están delinquirando impunemente. El reconocimiento y la atención a la reincidencia constituyen uno de los problemas centrales del sistema penal.

En consecuencia, con este completo estudio nos atrevemos a proponer algunas medidas de suprema urgencia para salirle al paso a estas dificultades, que entorpecen el funcionamiento efectivo del sistema penal acusatorio y su obligación de reducir eficazmente los actuales índices de impunidad:

- Crear mecanismos que permitan organizar, sistematizar, identificar y actualizar la base de datos de todos los organismos que trabajan con el nuevo sistema, y de esta manera evaluar y recomponer el camino las veces que sea necesario en pro de un efectivo esclarecimiento de los delitos.
- Abogar por una reestructuración de todas las instituciones vinculadas directa o indirectamente con el nuevo sistema, con la finalidad de contar con una reglamentación clara y competencias específicas que permitan el normal funcionamiento y la planificación en todas las etapas del proceso.
- Destinar mayores recursos a la formación de más técnicos que requiere el sistema, debido a la enorme demanda y al

insuficiente material humano que deben atender estos quehaceres de tan vital importancia en la cotidianidad de este sistema.

- Para evitar errores y eventuales arbitrariedades que favorezcan la impunidad en la tarea de persecución del delito, se hace imprescindible implementar un plan macro de capacitación y acompañamiento a todos los funcionarios con funciones de policía judicial, y que por ley son actores protagónicos en el procedimiento acusatorio.
- Procurar el suministro de todas las herramientas necesarias para que los operadores de justicia puedan realizar sus labores con eficiencia, eficacia, y prontitud.
- Instrumentar una gran campaña educativa con la ayuda de las instituciones de enseñanza, en especial con las facultades de Derecho, para que los ciudadanos conozcan de primera mano el funcionamiento del nuevo sistema penal acusatorio, y se comprometan a actuar diligentemente y de buena fe cuando la justicia requiera de su intervención.

VI

Con anterioridad, expresé que una de las características principales de este nuevo sistema procesal penal que rige en Colombia y que materializa su aspiración de pragmatismo y utilidad es el famoso principio de oportunidad, que por su importancia merece un capítulo aparte.

En términos generales, al principio de oportunidad se le conoce como la posibilidad de que el titular de la acción penal —en este caso el Estado colombiano, que la hace efectiva a través de la Fiscalía General de la Nación— pueda suspender, interrumpir y terminar con la persecución de un delito, con la finalidad de que el beneficiario de esta medida colabore activamente en la desarticulación de personas u organizaciones criminales de alta peligrosidad. En otras palabras es sacrificar un poco, con la intención de que ganar mucho en el corto plazo.

Este principio está consignado en el artículo 323 de la Ley 906 de 2004, que textualmente reza: “Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o

renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este Código para la aplicación del principio de oportunidad.”

Respecto a la demanda de inconstitucionalidad¹⁴ interpuesta por el ciudadano Willman Alexis González Marquínez, se pronunció el Ministerio del Interior y de Justicia —a través de su apoderado Fernando Gómez Mejía— con respecto al principio de oportunidad, en el siguiente tenor:

(...) frente a los cargos enderezados en contra de la facultad otorgada a la Fiscalía General de la Nación de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, es decir, de aplicar el principio de oportunidad, se considera que esta figura se justifica como un intento válido del derecho por regular la necesaria selección de hechos punibles a perseguir, según criterios racionales, acordes con las metas políticas que persigue el ejercicio del poder penal del Estado. // El principio de Estado de Derecho es el que obliga al Estado, sin descartar las excepciones, a perseguir las actividades punibles, lo que no es obstáculo para que el Legislador incorpore excepciones a la persecución penal. Es la Constitución la que permite su utilización y la que dejó al criterio del Legislador su procedencia, eso sí, sujetándola a los límites establecidos por la política criminal del Estado. (...) Consideramos que el diseño constitucional del principio de oportunidad, incluyó tres aspectos: (1) es reglado; (2) se aplicará de conformidad a la política criminal del Estado; (3) estará sujeto a control de legalidad. // El que sea reglado implica que debe estar determinado por razones legalmente preestablecidas y obedecer a un criterio axiológico por encima del capricho del funcionario, ya que éste en ninguna manera puede disponer en forma omnímoda o arbitraria de su capacidad de acusar, debe tomar la opción de hacerlo o no, en función de criterios axiológicos que vendrían dados por el propio sistema procesal. // Esos criterios no son dejados a su buen juicio o arbitrio sino han sido previamente establecidos por el Legislador en la ley. En efecto, el artículo 324 de la Ley 906 de 2004 señala los casos en que es posible aplicar este principio.

De primera mano, pareciera que este principio se constituye en un poder ilimitado por parte de los fiscales que, caprichosamente, decidirían qué delitos son relevantes y deben ser investigados, y qué otros delitos serán dejados sin la ejecución de la acción penal. Con funda-

¹⁴ Sentencia C-480 de 2005.

mento en el artículo 250 de la Carta Política, la oportunidad esboza las siguientes características:

- Es excepcional.
- Es reglada, ya que sólo opera para aquellos delitos permitidos constitucional y legalmente.
- Es limitado, pues, el juez deberá aprobar su concesión.

Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Viceprocurador General de la Nación, acota una clasificación del principio de oportunidad de conformidad con la libertad que el ente acusador tenga para aplicarlo, y en este orden de ideas según este versado jurista, se puede hablar de un sistema abierto y otro cerrado de dicho principio.¹⁵

Como sistema abierto, se entiende aquél que ofrece una alta discrecionalidad al acusador para que aplique, como considere conveniente, el principio de oportunidad. Como el sistema estadounidense en donde existe escaso control al fiscal, quien puede preconstituir una eximente de responsabilidad con base en la política criminal, sin cambiar un ápice de la ley sustancial.

A su vez, por sistema cerrado se conoce aquél en el que sólo en aquéllos casos taxativamente señalados en ley, se aplicará el principio de oportunidad. Aquí, la discrecionalidad del ente acusador es bastante restringida.

Obviamente como lo preceptúa el artículo 250 de la Constitución, además del artículo 323 de la Ley 906 de 2004, nuestro ordenamiento jurídico acoge con fervor el sistema cerrado de oportunidad, por lo cual podemos decir que este polémico principio no se traduce en Colombia en una desjudicialización del Derecho Penal. Hace algunos meses cuando el Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán, sugirió la aplicación del principio de oportunidad, arreciaron fuertes críticas y protestas de todos los sectores de la sociedad, lo que claramente indica que además de los problemas materiales que afronta nuestro sistema procesal penal, se suma el fuerte arraigo cultural que no tolera estas licencias por parte del ente acusador, pues alimenta un concepto de justicia inquisitiva sin importar que la aplicación de este principio vaya a generar mayores beneficios a largo plazo.

¹⁵ Gómez Pavajeau, Carlos. *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Quizá la tortuosa andanada de condiciones que se deben cumplir para que el ente acusador aplique el principio de oportunidad, explica la poca utilización de esta valiosa herramienta, lo que pasados doce meses del funcionamiento del sistema acusatorio, según estadísticas, la aplicación del principio no sobrepasa el 9%.

En la actualidad, no existen las condiciones necesarias de infraestructura y educación socio-cultural y logística para que los fiscales se atrevan abiertamente a aplicar, con más frecuencia, el principio de oportunidad.

En otras palabras, pese a que el nuevo sistema y en particular el principio de oportunidad soporta reticencia por parte de quienes se resisten al cambio, y consecuentemente con la centenaria tradición inquisitiva de nuestro proceso penal que imprime una jerarquía casi absoluta al principio de legalidad sobre el principio de oportunidad, aun así los mayores inconvenientes los encontramos en las entrañas del mismo sistema, que de no mejorar los aspectos logísticos, académicos, tecnológicos, técnicos y de infraestructura, condenarán al principio de oportunidad a ser una herramienta jurídica más para el museo de los fósiles, sin ninguna operatividad en la vida judicial del país.

REFLEXIÓN FINAL

Seguramente los resultados primarios del nuevo sistema penal acusatorio, obligan a una reflexión que no es otra que saludar los avances positivos en materia procesal penal, advirtiendo que si bien estos resultados son moderadamente buenos, no resuelven gran parte de las interrogantes que producen las inefables estadísticas.

Varias veces suele escucharse que en Colombia no se cuenta con una verdadera política para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, precisamente por los continuos cambios legislativos motivados en simples razones de eficiencia, que introducen instituciones foráneas sin ninguna clase de arraigo cultural y constitucional, a espaldas muchas veces de los intereses sociales. Con esto no se está criticando la inclusión del principio de oportunidad en la reforma al procedimiento penal, pero si se está llamando la atención sobre las verdaderas motivaciones legislativas que estuvieron detrás de tan cara herramienta. Este es un intento por tratar de reconstruir los pasos de la institución cuya implementación y ejercicio dará mucho

de que hablar, para finalmente determinar si su incorporación responde a una estrategia de justicia definida, o si por el contrario corresponde a una mera herramienta para descongestionar despachos judiciales.

Vale la pena argüir que las grandes reformas que necesitan los ordenamientos jurídicos no deben tomarse a la ligera. Que los sistemas no pueden importarse, como si fueran productos enlatados. Con mayor razón, cuando se hace referencia a la justicia penal. Estos cambios deben nacer de los debates y las necesidades específicas de la sociedad que las afrontará. Por eso, estoy convencida que la implantación en Colombia de un sistema oral en materia procesal penal no garantiza, por sí solo, resultados efectivos en la lucha contra la impunidad, a menos que este sistema se moldee a los requerimientos socio-culturales y económicos de nuestro pueblo, sin perjuicio de los apremiantes requerimientos que en materia técnica, académica, logística y humana necesita este proceso.

De no reorientarse la política criminal del Estado y de no tomarse las medidas de fondo para garantizar un funcionamiento menos limitado del sistema acusatorio, una vez más el ensayo fracasará estrepitosamente. Ésta vez en nombre del “pragmatismo y la impunidad”.

