

# Acerca de la Reforma Procesal Penal. Una primera aproximación\*

Armando Luis Calle Calderón\*\*

## RESUMEN

*Las innovaciones en el sistema procesal penal colombiano, con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 03 de 2002 y con la Ley 906 de 2004, se supone, llevan a una metodología de persecución penal acusatoria. Sin embargo, al entender que un sistema de persecución penal acusatorio implica que sus paradigmas y categorías responden a la exigencia de que las garantías individuales son límite infranqueable a la política criminal del Estado, y al analizar las figuras del nuevo Código de Procedimiento Penal, se observa que evidentemente se ha celebrado la adscripción a una estructura conocida como acusatoria, pero a la manera norteamericana (selectiva, racista, desigual) y de Puerto Rico, que en cuanto a compromiso democrático y garantías no alcanza a responder a los estándares que se estiman como condiciones para llamar acusatorio a ese sistema, en los términos políticos en que se cree debe ser entendido. En esa medida, no parecería que el nuevo sistema procesal penal pueda*

---

El texto corresponde en lo fundamental a una conferencia dictada el 9 de septiembre de 2004 en la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, en el marco de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Posteriormente el texto fue enriquecido en discusiones que llevé a cabo en la Universidad del Norte (Barranquilla) y en la Universidad Popular del Cesar (Valledupar), por la amable invitación de los profesores Jaime Sandoval Fernández y Leovedis Martínez Durán, respectivamente.

\*\* Profesor de derecho penal y procesal penal de las Universidades de Antioquia y EAFIT.

*contribuir al mejoramiento democrático del sistema de justicia penal, ya que estas reformas se encuentran al servicio del programa político-criminal autoritario y antidemocrático del actual gobierno, y pretenden, principalmente, lograr que las persecuciones penales terminen pronto, con sentencias anticipadas y negociadas, sentencias condenatorias en todo caso.*

#### PALABRAS CLAVE

*Sistema procesal penal colombiano - Ley 906 de 2004 - Código procesal penal - Principio de oportunidad - Oralidad.*

### Introducción

Agradezco mucho que se me haya invitado a participar en la discusión en torno a las modificaciones introducidas en el sistema procesal penal colombiano a partir de la reforma constitucional 03 de 2002, que ahora parecería concretarse en el nuevo Código Procesal Penal, o ley 906 de 2004. Como se sabe, dicho código, dicho sistema, ha sido diseñado para ser aplicado a partir del 1° de enero de 2005, en un ejercicio de vigencia gradual que culminará el 1° de enero de 2008, cuando empezará a regir en los distritos judiciales de la Costa Atlántica (Cfr. artículo 530 de la ley 906). Como también se sabe, de acuerdo a lo que se dice cotidianamente, probablemente con una insistencia digna de mejores causas, con la reforma constitucional del 2002 y con el nuevo código nos habríamos comprometido con una metodología de persecución penal tipo acusatorio.

Al agradecer la invitación que se me ha hecho, no quiero hacer apenas una fórmula de cortesía, sino mejor el reconocimiento del valor que tiene para mí que como profesor de Universidad se me permita participar en una tarea que posiblemente defina una de las condiciones esenciales de la Universidad, cual es la discusión pública de las políticas estatales. Tarea que es más ardua y agonística, si se quiere, cuando dichas políticas poseen la virtualidad de centralizar la siempre dramática relación entre el poder y los derechos individuales, los que en la mejor tradición de la filosofía ilustrada son entendidos como límites al ejercicio del poder.

Desde luego, querría hoy realizar una perspectiva genuinamente política y universitaria, esto es, leer en el orden del discurso oficial sobre la

reforma procesal penal, intentar deconstruir y poner “blanco sobre negro”, con la finalidad de comprobar qué es lo que hay detrás de las palabras y de ejercer el arte de la impugnación del juego de las ficciones y metáforas que con mucha frecuencia está en la base constitutiva del derecho legislado. Se trata, por supuesto, de una metodología llena de riesgos, pero también con una altísima capacidad de rendimiento político, sobre todo si se reconoce que, en palabras de Hannah Arendt, *nadie ha dudado jamás que la verdad y la política nunca se llevaron demasiado bien, y nadie, por lo que se sabe puso nunca la veracidad entre las virtudes políticas*<sup>1</sup>.

### Constancias preliminares

**1ª.** Debo decir que pienso que no hay ninguna posibilidad de salvación para el derecho penal. Su profunda ilegitimidad, habida cuenta de su carácter fisiológicamente autoritario y su convivencia desgraciada con todas las estructuras injustas de dominación, y la insufrible violencia que lo caracteriza, no nos lo pueden mostrar más que como un *factum*, más o menos una realidad de hecho, un poder que existe, frente al cual el único acercamiento esencial y plausible tendría que ser en función de la reafirmación de su ilegitimidad y de la reducción de su violencia, “sin perjuicio de un objetivo mediato, remoto o utópico, que sería la abolición del sistema penal y su reemplazo progresivo por distintos modelos de solución de conflictos”<sup>2</sup>.

**2ª.** Aunque reconozco que es verdad que no todos están de acuerdo con esa comprensión estratégicamente minimalista; que en algunos, probablemente en muchos, late una alta fe en el sistema penal, aunque se vean a calzas prietas para fundar su justificación y aunque cada intento de justificación no sea más que un ejercicio metafísico, y que en otros, inclusive, se promueve su repotenciación y su profunda expansión<sup>3</sup>, yo

<sup>1</sup> Cfr. HANNAH ARENDT, “Verdad y política”, en *Entre el pasado y el futuro, ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Barcelona, 2003, p. 347.

<sup>2</sup> En la línea de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, “La crítica sociológica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica”, en *Hacia un realismo jurídico marginal*, Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1992, p. 26; en el mismo sentido, vid JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 37.

<sup>3</sup> En la que probablemente sea la línea más acentuada de semejante posición, vid. por todos a LUIS GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización*

quiero reivindicar el discurso de los límites como condición de la vocación reductora de su violencia. Si se me permite decirlo así, como ejercicio jurídico racional frente a un hecho de poder irracional<sup>4</sup>. Creo que así se refunda la herencia de Carrara, aquélla que convenía en que la más importante tarea de una ciencia del derecho penal era refrenar y moderar los abusos de la autoridad<sup>5</sup>, idea que ha sido recogida por Zaffaroni para decir que *o el derecho penal sirve para contener límites y reducir un poder deslegitimado, o no sirve para nada*<sup>6</sup>.

**3ª.** En tanto es cierto que existe sistema penal quizá convendría volver a proponer algunas ideas básicas en torno a lo que tendría que ser el proceso penal en la lógica política del Estado liberal y democrático de derecho, ideario donde posiblemente todos estaríamos de acuerdo como un compromiso esencial, con prescindencia de la particular comprensión que cada uno de nosotros tenga del problema penal, a saber:

**3.1.** El proceso y el juez son momentos de civilización y de cara a la realización de los valores de la democracia se trata de claves insustituibles e irrenunciables<sup>7</sup>. Para decirlo con Michele Massa, el proceso no sirve al poder, sino al ciudadano<sup>8</sup>.

*y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, presentación de Bernd Schünemann, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003. Un tiempo antes Jesús María Silva Sánchez había formulado una propuesta de lectura de la expansión del derecho penal, en orden a un llamado "derecho penal de dos velocidades" e, inclusive, a uno de "tercera velocidad", concepto donde se le concedía sitio al llamado "derecho penal del enemigo", vid. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001.

<sup>4</sup> Sobre la ilegitimidad del sistema penal, Cfr. LUIS PRIETO SANCHÍS, "Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico", en *Nuevo Foro Penal*, N° 65, tercera época, año I, Mayo-agosto 2003, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, pp. 46-91.

<sup>5</sup> Cfr. FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal, parte general*, Volumen I, reimpresión, Bogotá, Temis, 1983, p. 3.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, "La crítica sociológica al derecho penal...", cit., p. 13.

<sup>7</sup> Según Kant, el proceso es el único medio de resolver las querellas en el estado jurídico, Cfr. EMMANUEL KANT, *La metafísica de las costumbres*, trad. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989, p. 185.

<sup>8</sup> "La premessa era, ed é, che il processo non serve al potere. Potrebbe benissimo farne a meno, procedere direttamente alla punizione, alla vendetta, alla cieca repressione, all'ammonimento destinato a terrificare. Di questo sopruso color rosso vermiglio é costellata la storia dell'uomo, é

**3.2.** El proceso penal, es decir, la persecución penal, constituye un instrumento al servicio de la discusión de una hipótesis de delito y nunca un fin en sí mismo. Dicho política y jurídicamente, el proceso carece de autonomía definitoria de cualquier *telos* diferente a su utilidad para racionalizar los términos de aquella hipótesis, justamente el objeto principal del proceso penal<sup>9</sup>.

**3.3.** Por cuanto se trata de un proyecto cognoscitivo y por cuanto su realización comporta –lo ha comportado en la historia de las técnicas punitivas– un evidente gravamen para los derechos y las libertades de los ciudadanos perseguidos penalmente, el proceso se debe a unas reglas, a una lógica y a unas condiciones, las únicas que, siquiera en gracia de discusión, permitirían hablar de un proceso justo. Esa idea ha sido concretada por un autor contemporáneo en términos de que *son los medios los que legitiman el fin y no el fin el que justifica los medios*<sup>10</sup>.

**3.4.** La construcción de esa racionalidad es, por supuesto, un crucial problema político. Siempre una determinada estructura persecutoria de naturaleza procesal penal expresa una comprensión política y ética sobre el poder y sobre el hombre, sobre las relaciones inherentes al control, sobre el delito y sobre el delincuente. Para decirlo con palabras de Roxin, el proceso penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado<sup>11</sup>.

*ricorrente anche nel nostro tempo. Voi amici sudamericani ne sapete qualcosa. Appena può, il potere fa a meno del processo o fa passare per processo meccanismi apparenti di amministrazione della giustizia, che viene comunque eufemisticamente chiamata sempre così. Il processo non serve al potere. Il processo serve al cittadino contro l'abuso del potere, sempre possibile, anche in regimi formalmente democratici", Cfr. "PROVA E GIUDIZIO", en Un "Codice Tipo" di Procedura Penale per L'America Latina, a cura di Michele Massa y Sandro Schipani, Cedam, Roma, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, p. 109.*

<sup>9</sup> Según la caracterización clásica de Beling, "es el asunto de la vida (causa, "res"), en torno del cual gira el proceso, y cuya resolución (mediante decisión sobre el fondo) constituye la tarea propia del proceso (los *merita causae* o *materia causae*, en la terminología de la ciencia pandectista)", Cfr. ERNST BELING, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, DIN editora, 2000, p. 79.

<sup>10</sup> Vid. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2001, p. 830: "Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los medios, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el fin no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida sólo por su medio y prejuzgada por su abandono".

<sup>11</sup> Cfr. CLAUS ROXIN, *Derecho procesal penal*, trad. de la 25ª edición alemana, de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires, Editores del Puerto,

**3.5.** Creo que en los momentos más críticos de una sociedad hay que reivindicar un papel muy digno, pero también muy humilde, para el proceso.

Muy digno, en términos políticos, porque un proceso democrático, un modelo democrático de persecución penal, y acusatorio, diríamos, constituye una especie de imperativo categórico para el Estado, como condición de su propia legitimación y como una lección de alta pedagogía política y civilizadora, según la cual el Estado se somete al derecho y se inhibe de ser un criminal, para que el Estado de derecho siga siendo irreprochable.

De otra manera dicho, la dignidad del proceso, quizá como la dignidad de todo poder político, no está sino en que el Estado que se somete al Derecho y a las reglas básicas de su propia morfología enseña mediante el ejemplo; para decirlo nuevamente con Hannah Arendt, *la única forma de "persuasión" de la que es capaz la verdad filosófica sin caer en la perversión o la distorsión*<sup>12</sup>.

Y muy humilde, porque, para subrayar sobre alguna idea ya expresada, el proceso es, apenas un momento civilizado, formalizado y limitado para

---

2000, p. 10: "De todas las intervenciones estatales en el ámbito de libertad del individuo, la pena representa la medida más grave y, por ello, también la más problemática. A menudo, su imposición significa un menoscabo total del interés por la libertad del autor penal a favor del interés de seguridad de la generalidad. Dado que, por ello, en el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!. Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal".

<sup>12</sup> HANNAH ARENDT, "Verdad y política", p. 379. Según esta autora, "la verdad filosófica puede convertirse en "práctica" e inspirar la acción sin violar las normas del ámbito político sólo cuando consigue hacerse manifiesta a la manera de un ejemplo: es la única oportunidad que un principio ético tiene de ser verificado y confirmado. Por ejemplo, para verificar la idea de valor podemos recordar el comportamiento de Aquiles y para verificar la idea de bondad nos inclinamos a pensar en Jesús de Nazareth o en San Francisco; estos ejemplos enseñan o persuaden por inspiración, de modo que cada vez que tratamos de cumplir un acto de valor o de bondad, es como si imitáramos a alguien, *imitatio Christi o de quien sea*".

elaborar y definir un conflicto propio del mundo de los delitos, según reglas claramente preestablecidas. Realmente, un modelo procesal no hace sino acordar una particular comprensión epistemológica, es decir, no es sino un modelo de construcción de la verdad.

**4ª.** Me parece que hay que hacer de esta oportunidad –en la que al hablar del proceso desde una dimensión democrática de modo irreductible también nos tenemos que referir al juez- otra vez el escenario para reivindicar y potenciar la figura del JUEZ como garante de derechos y como condición última de límite frente a la arbitrariedad y el capricho. Y sobre ello, quizás convenga volver a insistir en lo siguiente<sup>13</sup>.

El Estado social y democrático de derecho sólo puede ser tal a condición de que entienda que los derechos fundamentales de los ciudadanos –en clave negativa y positiva, es decir, de abstención y de prestación- hacen a su verdadera esencia definitoria. Por lo mismo, sólo podrá hablarse de una jurisdicción democrática cuando el juez mantenga su capacidad de realizar cotidianamente esos derechos, de protegerlos y de participar públicamente en favor de los mismos. Y en tiempos de crisis, que es también la crisis de la jurisdicción, la única propuesta que tiene clara conciencia del camino hacia la relegitimación del juez es la de enfatizar sus compromisos con los derechos y las libertades.

Se requiere de una jurisdicción activa y militante en favor de los derechos como límites, dispuesta a impugnar los proyectos autoritarios que pretenden burocratizarla y hacerla, otra vez, "boca de la ley" y a superar, en consecuencia, sus complicidades con las viejas estructuras de dominación y de desigualdad. Es decir, un juez constitucional, proyecto cierto de tercero, imparcial e independiente, con independencia interna y externa, con convicción axiológica para defender los más altos valores constitucionales y para inscribirse en los planes por la realización pacífica y democrática de los conflictos y del derecho justo<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Las ideas que en referencia a la jurisdicción se expresan en los siguientes párrafos ya habían sido formuladas en un trabajo del autor, presentado en el escenario de unas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Medellín bajo el título "Acerca de una pregunta probablemente perversa: ¿Garantismo o paternalismo?", que fuera publicado con el título "Garantismo o paternalismo, una pregunta perversa", en *Temas Procesales*, Nº 25, Medellín, Editorial Leyer, junio 2001, pp. 27-51.

<sup>14</sup> Para decirlo con palabras de Perfecto Andrés Ibáñez, jueces que no le tengan miedo al conflicto, "sino que cuando éste resulte ineludible para la defensa de los derechos, sean capaces de moverse en él con la autoridad y la naturalidad

Una jurisdicción preocupada por su legitimación necesita estar vinculada de modo permanente a los proyectos políticos que potencian la realización de un orden social justo. En esa medida, la jurisdicción debe proponer en el cuerpo de los procesos las condiciones para una igualdad efectiva, en los términos mandados por el artículo 13 de la Constitución.

Por lo demás, la democracia no necesita sino de jueces que actúen democráticamente, inclusive si las personas que ellos son tienen comprensiones autoritarias del mundo y del poder. Quizá porque el asunto de que un hombre sea un demócrata parecería más un problema de la virtud, el Estado apenas está interesado en que sus jueces, los jueces que son esos hombres, realicen sus valores. Con absoluta prescindencia, decimos, de lo que esos hombres sean.

Por supuesto, la jurisdicción democrática está bien enterada de que el debido proceso es el único medio que podría tener alguna capacidad para no hacer profundamente ilegítimos los fines de la persecución penal y de que ninguna razón tiene suficiente entidad política para hacer claudicar sus compromisos con los derechos. Ni la discusión sobre la impunidad, que no es un problema suyo, si su presencia en el cuerpo de las persecuciones penales coadyuva y gestiona proyectos de fallos justos, es decir, de acuerdo a las reglas de racionalidad constituidas por el debido proceso; ni la autoritaria e imposible antinomia victimario-víctima, por cuanto la recuperación de los derechos procesales de las víctimas y la evitación de un plus de victimización no pueden ser al precio de los derechos de los justiciables<sup>15</sup>; ni siquiera los peligros que pueden estar implicados en el

que confiere la certeza de que se está al lado de la razón, dando vida a un imperativo constitucional de obligado cumplimiento...”, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, “Reivindicación de la juez Huerta”, en *Jueces para la Democracia*, N° 19, 2/93, Madrid, p. 4.

<sup>15</sup> “...lo que se vislumbra en la década de los ochenta es el resurgir de una (nueva) victimología que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, en su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima y en su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente”, Elena Larrauri en JUAN BUSTOS RAMÍREZ y ELENA LARRAURI, *Victimología: presente y futuro*, 2ª edición, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1993, pp. 56-57, son nuestras las cursivas; en ese mismo sentido, Joan J. Queralt, “...si bien la víctima ha de tener mayor protagonismo en el sistema penal, su incorporación con plenitud al mismo no ha de suponer la mengua de los derechos del presunto delincuente y del delincuente”; cfr. JOAN J. QUERALT, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos”, en AAVV, *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, libro homenaje a Claus Roxin, J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona, Bosch, 1997, p. 171; y también, aunque en una dimensión más general, Sergio Moccia,

ejercicio mismo de la jurisdicción, que tienen que ser superados por una jurisdicción profundamente legítima y por una efectiva y cierta protección por parte del Estado, sin el recurso, utilitarista e hipócrita, de considerar que la solución es la limitación de las garantías procesales<sup>16</sup>.

El Acto Legislativo 03 de 2002 y el nuevo Código de Procedimiento Penal.

El Acto Legislativo 03 de 2002 reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional en función de superar, según se decía, los que parecían obstáculos de rango constitucional para la realización de un sistema procesal penal acusatorio o marcadamente acusatorio<sup>17</sup>. Qué tan

“...nosotros pensamos que sólo de una armónica interacción de garantías formales y substanciales, que requiere de una visión y de una indagación sistemática que abarque todos los problemas concretos a resolver, podrán alcanzarse soluciones realmente eficientes. Difícilmente los recortes en la efectiva observancia de los principios fundamentales conducirán a resultados satisfactorios: la pérdida de garantías trae consigo inevitables consecuencias negativas, incluso desde el punto de vista del mero control social... cierto es que los intereses y la modalidad de tutela están condicionados históricamente, así como los principios que los inspiran, pero, mientras que los principios no cambien, las aserciones y las modalidades de tutela, aunque distintos desde el punto de vista de la fenomenología, deben ser coherentes con aquellos principios”, Cfr. SERGIO MOCCIA, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, en AAVV, *Política criminal y nuevo Derecho penal*, libro homenaje a Claus Roxin, J.M. Silva Sánchez (ed.), Barcelona, Bosch, 1997, pp. 116 y 120.

<sup>16</sup> “Vemos, pues, la relevancia del papel del juez en la salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que tienen que estar siempre por encima de “éticas de la responsabilidad” o “razones de Estado”, más o menos encubiertas. Esta labor de salvaguarda es también decisiva para evitar que demandas de la opinión pública más o menos espontáneas en defensa de la seguridad pública, que ponen en el punto de mira a los grupos sociales más marginados, y por ello más visibles, para cumplir el papel de “chivos expiatorios”, sirvan de excusa para la promulgación de normas o para actuaciones del poder, que vacían de contenido esos derechos y esas libertades. El poder debe ser inmune a la tentación de utilizar como argumento el hecho de que la sensación de la inseguridad ciudadana esté generalizada o sea mayoritaria, ya que de lo que se trata es de que la coacción estatal se someta a los límites de la defensa de todos los individuos incluidos los presuntos delincuentes”, CLAUDIO MOVILLA, “Independencia del juez y derechos humanos”, en *Berbíquí - Revista del colegio de jueces y fiscales de Antioquia*, Edición Especial (“Independencia y autonomía judicial”), Medellín, 2000, p. 106. Son nuestras las cursivas.

<sup>17</sup> Según la exposición de motivos del Fiscal General de la Nación para el proyecto de CPP, “con la expedición del acto legislativo 03 del 20 de diciembre de

indiscutibles eran tales propósitos y qué tan necesaria era la remodelación de la Carta en función de un sistema acusatorio, son cuestiones menesterosas de suficiente justificación y clarificación, y a ello quisiéramos contribuir.

1. En materia de justicia penal pocas cuestiones han sido más mencionadas y manipuladas que la referencia al sistema acusatorio. Todos los proyectos de reforma procesal penal han pasado por la reclamación de una estructura acusatoria y muchos reformadores se han sentido muy cómodos manifestando la satisfacción de haber contribuido a la creación de la cultura acusatoria, sin que necesariamente uno pudiera reconocer que existe claridad acerca de lo que es y lo que significa procesal y políticamente la metodología acusatoria.

Ello explica, por ejemplo, que cuando el gobierno Gaviria presentó a la consideración de la Constituyente de 1991 su propuesta de Fiscalía reclamara el nombre de lo acusatorio para una propuesta comprometida con institutos decididamente autoritarios, antigarantistas e inquisitivos, como toda la estructura penal y procesal de la justicia de orden público –más tarde regional y hoy especializada- y como el principio de presunción de culpabilidad<sup>18</sup>.

Y ello explica las precauciones manifestadas por Carrara hace muchos años a propósito de una discusión sobre los sistemas procesales. Esto decía el maestro:

2002, el constituyente borró las ataduras normativas que impedían el diseño, construcción e implementación del sistema acusatorio en materia criminal".

<sup>18</sup> Cfr. Parte motiva del Decreto 1926 de 1990, por el cual se diseñó la convocatoria de una Asamblea Constituyente (vid. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Magistrados Ponentes: Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz, *Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo XIX, N° 228, diciembre de 1990, Bogotá, pp. 985-1034). Como parte del temario que ocuparía la atención de dicha Constituyente el gobierno del presidente Gaviria proponía el establecimiento de las bases del sistema acusatorio por medio de la Fiscalía General de la Nación o de otros procedimientos alternativos de investigación criminal (Cfr. numeral 2.2). También se habló de la regulación de "mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba (...), la rebaja de penas por colaboración eficaz (...), la protección de identidad de jueces y testigos, el pago de recompensas y el aumento significativo de sanciones penales, fiscales y pecuniarias. También de "(...) la creación de un régimen especial para la lucha contra el terrorismo que involucre la alternativa de creación de jurisdicciones especiales, excepciones al principio de responsabilidad subjetiva" (Cfr. numeral 2.1). También de la "posibilidad de atribuir la implantación de manera gradual del sistema que considere más conveniente, y de señalar los delitos que serán sometidos a dicho sistema. Se podrá conservar el sistema inquisitivo para el tratamiento de determinados delitos" (Cfr. numeral 2.2.).

*Yo creo que estas dudas y divergencias no pueden dilucidarse ni conciliarse guiándose únicamente por nombres, pues éstos son palabras vanas, y en los ordenamientos estatales se verifica muy a menudo la cínica sentencia de TALLEYRAND, de que Dios le ha dado al hombre la palabra para esconder la verdad. (...) TALLEYRAND se refería a los ordenamientos políticos, y por este aspecto su sentencia es a menudo una verdad muy triste. Los gobernantes han abusado muchas veces de los nombres para engañar al pueblo, presentándole una institución odiosa bajo el ropaje de seductoras palabras; y el pueblo iluso las acepta y sólo reconoce el engaño cuando la opresión de los hechos le hace sentir la realidad que bajo esas palabras se esconde. El hombre de estudio no debe definir las funciones del poder público siguiendo a ciegas los nombres que artificiosamente se les haya dado, sino que tiene que examinar las atribuciones y poderes de ellas, y según este criterio distinguir entre uno y otro cargo, ya que, para mostrar un ejemplo desgraciado, "el pueblo romano no quería el odioso nombre de rey, y aceptó el de emperador; y los emperadores fueron más tiranos que los reyes"<sup>19</sup>.*

2. Si un sistema de persecución penal se reconoce cabalmente en lo que se llama la fórmula acusatoria, es porque sus paradigmas y categorías responden a la evidencia de que las garantías individuales son límite infranqueable a la política criminal de Estado y de que las persecuciones penales que las desconocen constituyen verdadero terror de Estado. Si se mira en el modelo discursivo de Carrara, por ejemplo, se comprobará que las diversas categorías responden a una vocación garantista y limitativa del poder: libertad durante la persecución, oralidad y publicidad, contradicción e inmediatez, defensa e igualdad en todos los momentos de la persecución, principio acusatorio, es decir, separación entre quien investiga y quien juzga, prohibición de la prueba de oficio, juez de libertades.

Por lo mismo, cuando responde a los paradigmas mencionados, entonces se puede decir que el sistema comporta la realización de valores democráticos y acusatorios; y si en vez de aquéllos, se trata de una metodología que afirma la plausibilidad de la restricción de la libertad, la escritura y el tono analítico de la actuación, la ausencia de publicidad y el carácter secreto de los trámites, los denunciadores secretos, la ausencia de

<sup>19</sup> Cfr. FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal, parte general*, Volumen II, cuarta edición revisada, Bogotá, Temis, 1985, pp. 302-303.

inmediación y de contradicción, la concentración en un solo funcionario de todas las funciones del "proceso"<sup>20</sup>, entonces el sistema expresa una vocación de poder autoritario, con ningún o muy poco respeto por las garantías individuales.

*Excursus:* Sólo las vicisitudes políticas propias del proyecto de la modernidad, esas que han reconducido todas las perversiones en el ejercicio del poder, permitieron hablar de un tal "sistema procesal mixto", al que, probablemente por ser la ilusión de una combinación imposible entre la idea autoritaria y la idea democrática, Luigi Ferrajoli ha llamado el "monstruo"<sup>21</sup>, y a cuya inteligencia y desenmascaramiento, intentó contribuir Carrara con una preciosa alegoría en los siguientes términos:

*El concepto general del proceso mixto no es la compenetración de los dos procesos, para que de ella resulte un tercer método, completamente especial; ni es tampoco una mixtura (mixtio) en sentido propio; es más bien la reunión alternada de las otras dos formas. El metal llamado de Corinto no es un resultado de la fusión de muchos metales, sino un objeto que tiene una parte de cobre y otra de plata, y en la que la parte cobriza puede predominar sobre la argénteo, y viceversa, a gusto del artífice. La parte de cobre representa en este caso al proceso inquisitivo, y la de plata al acusatorio. El valor de la institución aumentará cuanto más predomine el elemento de mayor precio (...)*<sup>22</sup>.

**3.** Creo que en la discusión sobre si hemos construido o no un sistema acusatorio, es preciso pensar en un modelo, en un espejo, para mirarnos y contrastarnos con lo que fehacientemente hemos consagrado. Y el modelo no estriba sino en lo que por su propia esencia es un sistema de persecución penal acusatorio, esto es, definición política de una comprensión limitada del ejercicio de perseguir y de castigar, para el cual el imperio de las garantías individuales es la única condición para ensayar –siquiera remotamente– una mínima reclamación de legitimación. Si con

ello termino aventurando la conclusión de que entonces no habría ninguna posibilidad de legitimación para un sistema que viola tan consistentemente las libertades de los individuos, creo que no sería una cuestión opinable.

**4.** Después de leer la exposición de motivos del Acto Legislativo 03 de 2002 y del proyecto de CPP, las explicaciones de sus autores y de sus defensores y de estudiar sus contenidos<sup>23</sup>, se puede llegar a la conclusión de que evidentemente se ha celebrado la adscripción a una estructura conocida como acusatoria, pero a la manera americana y de Puerto Rico, en una avanzada más de lo que Bernd Schünemann ha llamado *la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Los contenidos del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la ley 906 de 2004 o nuevo Código de procedimiento penal.

<sup>24</sup> Cfr. BERND SCHÜNEMANN, "¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)", en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 288-302. Recientemente, en una conferencia en la facultad de derecho de la Universidad de Antioquia en Medellín, el profesor Manuel Salvador Grosso ha vuelto a recordar que la profundización de las fórmulas acusatorias estadounidenses en América del Sur y en Centro América hacen parte del Plan Bush para las Américas. Por lo demás, en el capítulo tercero del documento de "ofrecimiento y ayuda internacional para combatir el narcotráfico y posicionar a Colombia a nivel internacional dentro del nuevo orden mundial" –más conocido como el "Plan Colombia", a partir de la firma del presidente Clinton de la *Public Law 106-246* del 13 de junio de 2000, capítulo denominado de "La Reforma del Sistema Judicial y la protección de los derechos humanos", se dice que "Colombia se ha comprometido a respetar el Estado de derecho y seguirá fortaleciendo todos los aspectos de su sistema judicial. Esto incluye el apoyo para la transición continua a un sistema acusatorio (incluidos procesos verbales e investigaciones eficaces) y una mayor agilidad del proceso en todo sistema judicial, con el fin de asegurar que habrá acceso universal a la justicia sin importar la ubicación geográfica ni el nivel de ingresos. El gobierno liderará los esfuerzos para hacer que el sistema judicial sea más justo y eficaz, más transparente y más accesible. Con ese fin, el gobierno buscará disminuir la impunidad mediante mejoras en el sistema de Fiscalías, investigaciones más efectivas y procesos más ágiles". Y así ha sido asumido, aceptado y promovido por algunas instituciones, como la Corporación Excelencia para la Justicia, esa que tan graciosamente un día cualquiera empezó a "expresar las convicciones de la sociedad civil colombiana" y a "liderar", en consecuencia con esa "legitimidad", los procesos de reforma a la justicia penal en Colombia. En una columna del 11 de octubre de 2003 en el periódico *El Tiempo*, el doctor Mauricio González Cuervo, su director, decía que "Tampoco en la víspera de suscribir tratados de libre comercio, puede (se refiere a Colombia) darse mañas con procesos interminables que alejan la inversión y el empleo. A partir de la reforma constitucional que anuncia el Gobierno (sic), Colombia puede hacer de su sistema judicial un instrumento de competitividad y un aliado del

<sup>20</sup> Las comillas expresan nuestra convicción acerca de que así no se podía hablar, en su cabal sentido políticamente civilizado, de proceso.

<sup>21</sup> Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 5ª edición, cit., p. 566. Según este autor, "(...) la experiencia acusatoria no duró en el continente europeo más que los años de la Revolución. Ya el código termidoriano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel "monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo", que fue el llamado "proceso mixto" (...).

<sup>22</sup> FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, Vol. II, cit. p. 310.

Y frente a tal evidencia, entonces caben dos preguntas: la primera, si el modelo de justicia norteamericana, selectiva, racista, desigual, esa que potencia escenarios tan bondadosos para la actuación discrecional y unilateral de la Fiscalía, la cual encuentra en los institutos de las negociaciones, de las delaciones, de las confesiones para sentencias de conformidad, de los agentes encubiertos, razones suficientes para decidir estratégicamente si se juzga o no se juzga, si se perdona o no se perdona, decimos, si esa justicia alcanza en términos de garantías a responder a los estándares que hemos acordado como condiciones para que ese sistema pueda ser llamado acusatorio en los términos políticos en que según creemos debe ser entendido. Y la segunda, si moralmente resulta razonable y presentable recoger la sistemática procesal de la justicia penal americana, cuando ella se encuentra tan sensiblemente cuestionada por la irracionalidad propia de IRAK y GUANTÁNAMO, donde el terrorismo de Estado campea para tratar como animales, hombres sin Dios ni ley, a quienes han sido demonizados como los enemigos del pueblo americano<sup>25</sup>.

5. En esa medida, no parecería que el nuevo sistema procesal penal pudiese contribuir al mejoramiento democrático del sistema de justicia penal. Creo que detrás de la reforma procesal penal que ahora discutimos no existe una vocación garantista o limitativa de la violencia y de las contradicciones autoritarias connaturales a todo sistema penal; se trata de una reforma al servicio del programa político-criminal autoritario y antidemocrático del actual gobierno –frente al cual, por ejemplo, el Fiscal General de la Nación representa una alarmante posición de sometimiento y de obsecuencia- y, en el fondo, y ya está dicho, de la inmoral pretensión de importar el sistema de justicia penal americano, “acusatorio a lo americano”, con el fin de institucionalizar y de legitimar las instituciones más

---

*desarrollo. Y, por sobre todo, un mecanismo igualitario de administración de justicia pronta y eficaz que refuerce la confianza del público en las instituciones de justicia”.*

<sup>25</sup> Sobre el tema ha llamado la atención FERRAJOLI: “(...) Piénsese, sobre todo, en las vergonzosas “leyes patrióticas” del 16 al 26 de octubre de 2001, que autorizan al presidente norteamericano a declarar “terrorista”, de acuerdo a su soberano juicio, a cualquier sujeto o asociación nacional o extranjera, al tiempo que instituyen tribunales especiales y procedimientos sumarios para quienes no sean ciudadanos norteamericanos”, Cfr. LUIGI FERRAJOLI, “La Guerra infinita” y el orden internacional. A propósito de la invasión de Irak”, en *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 2004, p. 71.

perversas de dicho modelo, dígase, por ejemplo, las negociaciones, las delaciones, las confesiones, los agentes encubiertos<sup>26</sup>.

Claro, y sobre ello volveremos a discutir más tarde, es en función de tales propósitos donde pudo haberse sintetizado la necesidad de una reforma constitucional, antes que en la reapertura de la normativa fundamental a nuevas necesidades garantistas y democráticas, quizá la idea que mejor se adecua al entendimiento de la Constitución como programa de contención del poder a favor de las libertades.

Ni la creación del juez de garantías, menos en la patética dimensión en que se le ha concebido, es decir, como “juez de control” y no como “juez de autorización”, ni cualquier idea sobre la oportunidad, ni la rediscusión y redefinición del papel de la procuraduría (el Ministerio Público, en los escenarios de la persecución penal), ni el acercamiento a la figura del jurado popular, ni la pretendida consolidación del valor de la oralidad, nada de ello requería de la reforma de una Constitución que ha constituido la fórmula política del Estado liberal y democrático de derecho. Justamente, porque si es verdad que pertenece a la vocación más última de dicho modelo que las persecuciones penales se hagan democráticamente, nadie reclamaría en contra de un supuesto déficit de constitucionalidad de institutos que sólo pueden ser entendidos en clave democrática.

O quizá la reforma no obedecía sino a los afanes de relegitimación de los discursos oficiales, a la manera de un nuevo propósito a favor de la construcción de derecho penal simbólico, con las consecuencias nefastas que ello representa para los derechos y las libertades individuales consagrados en la norma fundamental. Este lamentable procedimiento ha sido definido por Ferrajoli en este texto:

*Para cubrir la propia crisis de representatividad y su creciente separación de la sociedad, el sistema político (...) hizo de las reformas institucionales (...) el tema central del debate y de la confrontación política (...). El resultado de esto ha sido una pérdida del sentido de*

<sup>26</sup> Un profesor norteamericano, de las Universidades de Chicago y de Yale, el profesor John H. Langbein, ha intentado mostrar relaciones y parecidos entre la tortura medieval y el moderno sistema estadounidense del *plea bargaining*. Según su propia definición, “(...) Existe *plea bargaining* cuando un fiscal induce a una persona acusada penalmente a confesar su culpabilidad, y a renunciar a su derecho a un juicio, a cambio de una sanción penal más benigna de la que le sería impuesta si se declarara culpable luego de un juicio...” (JOHN H. LANGBEIN, “Tortura y *plea bargaining*”, en JULIO B.J. MAIER y ALBERTO BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 3-29).

*la constitución que ha afectado el propio valor del constitucionalismo; (...), a la misma idea de un pacto vinculante; (...), a las reglas en cuanto tales, es decir, al valor mismo de las reglas, comenzando por la meta-regla general del Estado de Derecho que quiere a todos los poderes sometidos a normas superiores a ellos y finalizados a la satisfacción de los derechos fundamentales inatacables tanto por el mercado como por la política*<sup>27</sup>.

O quizá la reforma no ha pretendido sino repotenciar los dominios del Fiscal General de la Nación sobre la política criminal del Estado, lo que parecería una evidencia según las definiciones del Acto Legislativo 03 de 2002, las que vinieron a ampliar de un modo francamente alarmante el marco de sus competencias. Ahora, además de que se le permite participar de modo muy incidente en el diseño de la política criminal del Estado, podrá asumir directamente las investigaciones y procesos, en el estado en que se encuentren, lo mismo que desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Si se recuerdan las condiciones de escogencia del Fiscal General de la Nación -según el artículo 249,1 de la Carta, seleccionado por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República-, podría repararse fácil y desgraciadamente en las problemáticas relaciones que así se podrán articular en el centro del poder, por la vía de unas posibilidades altamente funcionales a la profundización del carácter selectivo del sistema penal y a su utilización al servicio de políticas comunitaristas y autoritarias como las del actual gobierno<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Con referencia a la constitución italiana, LUIGI FERRAJOLI, "El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", en PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y estado de derecho*, Madrid, Trotta, 1996, p. 28.

<sup>28</sup> En palabras de María Teresa Uribe de Hincapié, "(...) *la propuesta del actual Gobierno es la de convertir la guerra en un asunto de todos e involucrar a los ciudadanos, a los civiles en tácticas de inteligencia militar como la vigilancia, el control y la información sobre lo que, a juicio de estas personas, pueda parecer sospechoso o peligroso. De esta manera se han venido expandiendo -con un crecimiento exponencial- las redes de informantes en quienes descansa ahora una parte significativa de la estrategia bélica del Gobierno, desdibujándose o diluyéndose la línea divisoria entre lo institucional (el Ejército) y lo social (el ciudadano). Estos ciudadanos cooperantes, que se imbrican con el Ejército y con los organismos de seguridad, perfilan el despliegue de lo que podríamos llamar la sociedad vigilada, donde las confianzas entre vecinos, las viejas lealtades solidarias y las tramas de sociabilidad se fracturan, se disuelven, se atomizan, porque cualquiera puede ser el enemigo, cualquiera puede ser el informante*

Esta impresión, ha sido convalidada por profesores y expositores bastante cercanos al discurso oficial en torno al nuevo CPP. Así, por ejemplo, Francisco José Sintura Varela, quien fuera Vicefiscal General de la Nación, se ha quejado con asiduidad de las escasas posibilidades que el sistema todavía vigente le dejaba a la Fiscalía General de la Nación para la aplicación de mecanismos de disponibilidad de la acción penal<sup>29</sup>.

### Acerca de algunos aspectos del nuevo sistema

**A.** Se consagra expresamente el llamado "principio de oportunidad", como fórmula según la cual no siempre y por cualquier hipótesis sería de delito habrá persecución penal. Es decir, se exceptúa el principio de legalidad o de obligatoriedad de la actuación de la Fiscalía, pues ésta podrá, "dentro del marco de la política criminal del Estado y bajo el control del juez de garantías", "suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal"<sup>30</sup>.

Y sobre este asunto, apenas estas dos precisiones:

*del aparato estatal*", Vid. MARÍA TERESA URIBE DE HINCAPIÉ, "El republicanismo patriótico", en *Reelección: el embrujo continúa, segundo año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez*, Bogotá, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, 2004, p. 19.

<sup>29</sup> Vid. FRANCISCO JOSÉ SINTURA VARELA, "Implementación del nuevo sistema procesal penal: elementos para el debate", en *Ámbito Jurídico*, 5-8 de julio de 2004, p. 6B.

<sup>30</sup> Cfr. artículo 323 de la ley 906 de 2004, nuevo código procesal penal. Esto dijo, por lo demás, la exposición de motivos sobre el tema: "La regla en materia de investigación y acusación la determina el principio de legalidad y la excepción será el principio procesal de la oportunidad. El principio de legalidad o de obligatoriedad consiste en que la Fiscalía, ante conductas que se perfilan como delictivas (sospechas verosímiles), tiene la obligación de realizar las indagaciones e investigaciones pertinentes y, culminadas éstas, debe acusar a los presuntos responsables ante los jueces de la república, si a ello hubiere lugar. La antítesis es el principio de oportunidad o de discrecionalidad, según el cual se facultaría a la Fiscalía, en casos expresamente determinados en el Código de Procedimiento Penal que se proyecta, para optar entre investigar o dejar de hacerlo, acusar o precluir, de acuerdo con conveniencias político-criminales, así la prueba conduzca a la existencia de la conducta punible y a la responsabilidad del imputado, pero con el requisito adicional de que esa decisión sólo se consuma con el aval del juez que ejerce la función de control de garantías".

1ª. Frente a una larga tradición de sometimiento al principio de legalidad como obligatoriedad de la acción penal, debida probablemente a la penetrante influencia de las teorías absolutas sobre la pena y del pensamiento de Kant<sup>31</sup>, en algún momento, quizá por primera vez en Alemania, se produce una relativización de tales convicciones para concederse el sistema penal la licencia de renunciar a la persecución. Se trataba, en todo caso, de una situación excepcional, a la que se llegó también por el sobrepeso de la conflictividad sobre la administración de justicia y apenas con el propósito de declinar la persecución en materia de delitos de menor importancia, o “bagatela”.

Que más tarde en algunos ordenamientos del derecho continental tal lógica haya sido desbordada y confundida para poner en función de la oportunidad la solución de los problemas que les avecinaban fenómenos tan perversos y autoritarios de persecución penal como las delaciones, las negociaciones y los “testigos de la corona”, es indiscutible<sup>32</sup>. Y a ello es que nos queremos referir con la segunda precisión.

<sup>31</sup> Como se sabe, Kant había dicho que si alguien “(...) ha cometido un asesinato, tiene que *morir*. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia.(...). Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia”, Cfr. EMMANUEL KANT, *La Metafísica de las costumbres*, trad. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Consill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 168-169. Tal comprensión del filósofo de Königsberg fue enfatizada en uno de los últimos trabajos por él publicados, así: “Hay una frase que, a pesar de cierto dejo de fanfarronería, se ha hecho proverbial y es muy verdadera, *Fiat justitia, pereat mundus*. Puede traducirse así: Reine la justicia, aunque se hundan todos los bribones que hay en el mundo. Es un principio valiente de derecho, que ataja todo camino tortuoso de insidias y violencias (...). Aquella frase proverbial significa, pues, esto: las máximas políticas no deben fundarse en la perspectiva de felicidad y ventura que el Estado espera obtener de su aplicación; no deben fundarse en la voluntad, considerada como principio supremo –aunque empírico– de la política; deben, por el contrario, partir del concepto puro del derecho, de la idea moral del deber, cuyo principio *a priori* da la razón pura, sean cualesquiera las consecuencias físicas que se deriven”, Cfr. EMMANUEL KANT, *La paz perpetua, Apéndice I, sobre el desacuerdo que hay entre la moral y la política con respecto a la paz perpetua*, estudio introductorio y análisis de las obras por Francisco Larroyo, 7ª edición, México, Editorial Porrúa, 1990, p. 242.

2ª. Mirada con atención la regulación que el código ha hecho sobre la oportunidad, y muy especialmente la extensa y confusa relación de causales que se contemplan en el artículo 324, la impresión es, en primer lugar, que poco o nada tiene que ver la oportunidad así concebida con el *thelos* que históricamente habría explicado la opción por la declinación de la obligatoriedad de la persecución<sup>33</sup> (el principio de legalidad en tal sentido); y, en segundo lugar, que parecería que se hubiere querido elaborar la institución de la oportunidad en aras de brindarle a las situaciones de delación y colaboración (causales 5ª y 6ª) la cobertura para el afianzamiento de una política de no persecución, que no será más que, en términos francamente desiguales respecto de toda la gran delincuencia de este país, una fórmula de perdón y olvido.

Por lo demás, con ello se está instrumentalizando el derecho procesal para el estímulo de una fórmula política que pretende hacer de todos los ciudadanos activos y solidarios colaboradores con la consecución de los fines de una muy particular idea de seguridad, bajo el costo social y político de una gran inseguridad y de una profunda criminalización para quienes no creen en las políticas que día a día celebra el gobierno.

<sup>32</sup> Ferrajoli ha creído ver en los pactos, sobre la pena y sobre el procedimiento, la negación del proceso y de la idea acusatorios, según vamos a ver: “La tesis, refrendada por la doctrina hasta convertirse en un lugar común, de que las dos formas de acuerdo son un resultado lógico del “método acusatorio” y del “proceso entre partes”, es totalmente ideológica y mistificadora. (...), una tesis como ésta, reforzada por el recurso a la experiencia del proceso acusatorio americano y especialmente del *plea bargaining*, es fruto de una confusión entre el modelo teórico acusatorio –que consiste únicamente en la separación entre juez y acusación, en la igualdad entre acusación y defensa, en la oralidad y publicidad del juicio– y las características concretas del proceso acusatorio estadounidense, alguna de las cuales, como la discrecionalidad de la acción penal y el pacto, no tienen relación alguna con el modelo teórico”, Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 5ª edición, cit., p. 747.

<sup>33</sup> Así en la exposición de motivos del proyecto, y con ostensible hipocresía, se hubiese querido justificar la introducción de la oportunidad como una consecuencia de lo que allí se llama la sobrecriminalización que ha ido produciendo la política criminal del Estado colombiano. Que se trata ciertamente de una afirmación hipócrita, puede verse en el hecho de que simultáneamente se estaba perfeccionando una nueva reforma al Código penal, que al tiempo que creaba nuevos delitos, aumentaba de modo generalizado todas las penas, hasta llevar el nivel máximo de la pena privativa de la libertad a 60 años. Como se sabe, se trata de las innovaciones introducidas por la ley 890 de 2004.

Desde luego y en ese mismo sentido, constituirá la oportunidad también una institución muy útil para desarrollar el anverso del “derecho penal del enemigo”<sup>34</sup>, es decir, un “derecho penal del amigo”, que vendría a ser una concepción del control según la cual algunos de modo definitivo no podrán tener jamás la condición de delincuentes, justamente por amigos, y en consecuencia no habrá ninguna posibilidad de que accedan al sistema penal. Y según la cual, si por casualidad o por cualquier inadvertencia del sistema alguno llega a caer en las redes del sistema penal, entonces éste estará siempre presto a la justificación de sus actos, al tratamiento bondadoso de su conducta, en fin y justamente por amigo, a la elaboración de fórmulas de perdón y olvido.

Realmente, la oportunidad en Colombia y habida cuenta las particulares contradicciones sociales, culturales, económicas que nos son propias y que han llevado la violencia a cimas de verdadera alucinación, no hará sino refundar la condición selectiva del sistema penal<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Comprensión que pasa por hacer de quien transgrede la ley penal un extraño y un enemigo de los valores hegemónicos, de algún modo autor de lo que un profesor alemán ha llamado *déficit de lealtad comunicativa* (Cfr. Urs KINDHÄUSER, “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig, Madrid, Mc Graw Hill, 1999, pp. 185 y ss.) y que probablemente donde ha alcanzado su más delirante dimensión es en la obra de Günther Jakobs, cuyo pensamiento podría haberse sintetizado en su trabajo “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en GÜNTHER JAKOBS y MANUEL CANCIO MELIÁ: *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 19-56. La formulación más completa del concepto de “derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*) había sido realizada por Jakobs en el Congreso de Berlín de 1999, cuyas ponencias, comentarios y discusiones fueron publicadas en 2000 por Verlag C.H., bajo la coordinación de Eser, Hassemmer y Burkhardt, con el título *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick*. La intervención de Jakobs está publicada entre las páginas 47 y 56. Recientemente ha sido editada una versión en español con la coordinación de Francisco Muñoz Conde, bajo el título *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, 2004. El texto de Jakobs (*Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor der Herausforderungen der Gegenwart*), traducido como *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*, puede verse entre las páginas 53 y 64.

<sup>35</sup> Vid. en GONZALO PAZ MAHECHA, *La reforma constitucional a la Fiscalía General de la Nación*, serie Cuadernillos de Derecho Penal N° 1, Cali, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad Santiago de Cali, sin fecha, p. 41.

Finalmente, recuérdese que en el sistema penal colombiano hemos tenido mecanismos que, algunos de ellos ciertamente atípicos, constituyen verdaderas fórmulas de oportunidad. Por ejemplo, todo lo atinente a la terminación de las persecuciones penales por sentencia anticipada, por virtud de la reparación y de la indemnización integral, así como también las regulaciones de la ley 418 de 1997, prorrogada por la ley 548 de 1999, contentiva de disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley, para su movilización, reconciliación y la convivencia pacífica<sup>36</sup>.

**B.** Mientras que el Acto Legislativo 03 de 2002 hizo expresa referencia al sistema de jurado en las causas criminales (artículo 1°, inciso 4°<sup>37</sup>), ni en el proyecto de Código Procesal Penal, ni en el Código finalmente aprobado se hizo el desarrollo respectivo, a pesar de que en la correspondiente exposición de motivos se había dicho que el proyecto adecuaba el rito procesal a los noveles principios y derroteros normativos plasmados en la Carta Política, ni en el código recientemente aprobado se ha dicho nada importante sobre el tema<sup>38</sup>. Con ello se evidencia una contradicción inexplicable, puesto que si se creía necesaria la reformulación de la Constitución para legitimar la irrupción del “sistema acusatorio”, no entendemos por qué cuando el Constituyente hizo expresa su vocación por el jurado, el legislador se inhibió de hacer a su concreción.

Por supuesto, que no haya jurado, inclusive al precio del propio desconocimiento de la Carta, demuestra la falta de compromiso acusatorio y democrático del nuevo régimen procesal, en tanto una institución tan secularmente vinculada a las relaciones democráticas de juzgamiento tendría que estar en el primer lugar de las preocupaciones de cualquier reformador, por ligeramente avisado que esté acerca de los valores fundantes del proyecto político de las libertades.

Me parece que en los tiempos en que también el derecho debiera aportar a favor de la democracia, quizá apenas esté bien que se consagre

<sup>36</sup> Cfr. Decretos 128 y 3360 de 2003, reglamentarios de las leyes 418 de 1997, 548 de 1999 y 782 de 2002.

<sup>37</sup> “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales (...)”.

<sup>38</sup> Por curiosidad reparamos que el nuevo Código Procesal Penal menciona al jurado en algunas normas, por ejemplo, en el artículo 114,6, referente a la protección de los jurados.

de modo efectivo el jurado para el juzgamiento de las causas penales. El jurado simboliza, como el que más, la esencia del juzgamiento democrático. El compromiso por su institucionalización tendría que ser una cuestión de principios y las condiciones propicias para su instalación entre nosotros deberían ser recreadas y consolidadas por el poder público. Dudo mucho acerca de que las razones que acostumbran a esgrimirse en su contra constituyan buenas razones para su declinación en nuestro sistema de juzgamiento. Por el contrario, me parece que ellas evidencian, de buena o de mala fe, frustraciones de viejas experiencias, sin ninguna capacidad de rendimiento político y argumentativo.

C. Como una respuesta al reclamo unánime de que resultaba una barbaridad propia de regímenes estructuralmente inquisitivos que las facultades limitativas de libertades y derechos durante la persecución penal fuesen del resorte de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto así por lo menos se formalizaba perversamente el principio acusatorio, según el cual quien investiga no juzga y quien juzga no investiga, y se ponían los derechos del justiciable a la disposición de su natural contraparte en el proceso<sup>39</sup>, se hizo desde el Acto Legislativo una referencia al Juez de Garantías, con el que los sistemas procesales más democráticos han pretendido asegurar la vocación acusatoria, es decir, garantista, de la persecución penal<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Lo que por su extraña e ilógica configuración algunos pusieron al mismo nivel de una hipotética norma que dejara a la disposición del abogado defensor la determinación sobre la libertad provisional del justiciable. Un importante aporte crítico en torno a esta discusión puede verse en RODRIGO UPRIMNY YEPES, "El desafío de la reforma al Proceso Penal: ajustes puntuales o reestructuración integral de la Fiscalía y de la investigación criminal en Colombia", en *Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999, pp. 74-99.

<sup>40</sup> En tanto la restricción de la libertad durante la persecución, según lo dicen comúnmente la ley y los doctrinantes a los efectos de las necesidades cautelares del mismo, comporta una afrenta innegable al principio de presunción de inocencia y plantea con ello y como es obvio, una insuperable contradicción política al sistema, hay que advertir que lo que se dice sobre el Juez de garantías como condición de democratización de ciertos niveles y ciertas relaciones al interior de las persecuciones penales encuentra en tal contradicción su punto de quiebre más deslegitimador. Con ello habrá que contar cuando se teorice sobre el instituto y de ello habremos de dar cuenta cuando se proponga el diseño concreto de la dimensión democrática del juez de garantías. Eso sí, en lo que podría restar de democracia para una institución puesta en la más

Lo que se ha dispuesto en materia de libertades y derechos susceptibles de lesionamiento por virtud de las persecuciones penales, sin embargo, es muy poco halagüeño y desdice tajantemente del supuesto temperamento democrático del nuevo sistema.

Así, se dijo que son funciones de la Fiscalía General de la Nación, que no del juez de garantías, "adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones"<sup>41</sup>, con lo que vino a relegitimarse, ahora en el nivel constitucional, la autorización para que el fiscal interfiera en el mundo de los derechos y las libertades del perseguido. Cualquier abundamiento crítico sobre el tema, lo podríamos resumir, paradójicamente, en la misma exposición de motivos del proyecto de código:

"De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la fiscalía, a la cual se le confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos".

Y también, que serán de la competencia del juez de control de garantías las llamadas medidas cautelares personales y reales, aunque se autorizó a la ley para concederle a la Fiscalía la facultad "para realizar

deplorable condición notarial. Según Paz Mahecha, "(...), bajo el control de un "juez de garantías" que realmente, lo único que puede ser es un simple "notario" de la actuación administrativa y judicial de una Superfiscalía que definitivamente sigue siendo juez y parte en el proceso penal", PAZ MAHECHA, *La reforma constitucional a la Fiscalía General de la Nación*, cit., p. 38.

<sup>41</sup> Como se sabe, la Fiscalía y la Policía Judicial. Y sobre la materia, así aventuraba el proyecto de código: "En cumplimiento de sus tareas investigativas, los órganos de Policía Judicial, bajo las órdenes de la Fiscalía General de la Nación, podrán adelantar los actos correspondientes tales como: entrevistas, reconocimientos, inspección del lugar del hecho; obtención de muestras en la escena del mismo; recolección de aquéllas y levantamiento de cadáveres; allanamientos y registros ordinarios y especiales; examen y devolución de correspondencia; interceptación de comunicaciones telefónicas y similares; recuperación de información dejada al navegar por Internet; vigilancia de personas; vigilancia de cosas; seguimientos de personas; seguimiento de vehículos; infiltraciones en organizaciones criminales; operaciones con agentes encubiertos; entregas vigiladas; búsquedas selectivas en bases de datos; inspecciones corporales; registros personales; y, en fin, todo aquello que sin quebrantar el marco legal sea idóneo y adecuado para establecer la verdad".

excepcionalmente capturas”, evento en el cual el juez operará como juez de control de garantías.

Probablemente no es una necedad si decimos que todo lo anterior traduce la esquizofrenización del discurso en torno a las garantías y de cualquier proyecto acusatorio y que así las cosas otra vez parecería tratarse de la concesión de una patente de corso a favor de la Fiscalía y de su mejor posición en el escenario de las persecuciones penales, de cara a lo que de modo visible es la mejor y primera preocupación de la reforma, que es lograr que las persecuciones penales terminen pronto, con sentencias anticipadas y negociadas, sentencias condenatorias en todo caso.

Tampoco negamos nuestra preocupación por el “encorsetamiento” a que ha sido sometida la ambiciosa institución del juez de garantías en el cuerpo de lo que los textos constitucionales y legales han llamado el juez “de control” de garantías. Qué tanto es correcto suponer, en términos técnicos y políticos, que el juez “de control” de garantías tiene la misma dignidad y posee la misma virtualidad asegurativa de derechos y libertades que el JUEZ DE GARANTÍAS, es un asunto que hay que discutir, pues inicialmente parecería claro que del juez de garantías como “juez de control” no puede esperarse una inequívoca garantía para los derechos fundamentales de los perseguidos. A que ello mejore no podrá contribuir siquiera la C-1092 de 2003, por la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del numeral 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, según el cual el control del juez de garantías lo sería a los solos efectos de determinar la validez de las actuaciones de la Fiscalía<sup>42</sup>.

Nuestra preocupación ha sido igualmente la preocupación de otros. Recientemente, algunos profesores de la Universidad de los Andes así se han manifestado:

“(…), entregar a una de las partes interesadas en el resultado del proceso la facultad de decidir por sí misma la procedencia del registro, incautación, allanamiento o interceptación de comunicaciones del investigado, quien es su contraparte en el proceso, sin la intervención de un tercero imparcial y objetivo, se contrapone con la esencia

<sup>42</sup> Según la Corte, la función asignada al juez de control de garantías no sólo es formal, sino también material, es decir, que “el juez debe evaluar si se reúnen los requisitos probatorios y de necesidad y proporcionalidad para la adopción de la medida en cuestión (...). No puede sacrificarse la justicia material ante la evidencia de errores protuberantes en la restricción de un derecho fundamental” (Cfr. C-805 de 2002).

misma del procedimiento acusatorio y rompe con el principio de imparcialidad y con el equilibrio de las partes. (...). El diseño normativo así planteado debe ser objeto de crítica en cuanto establece notorio desequilibrio de partes que deslegitima la pretensión inicial de quienes hemos propugnado por la modificación del sistema actual y, pareciera corresponder a una intención de prorrogar la situación actual para evitar el enfrentamiento al verdadero cambio que significa la asunción de una forma acusatoria de procesamiento del delito”<sup>43</sup>.

D. Aunque algunos creerían encontrar allí una novedad, probablemente porque la legitimidad de las instituciones se reduce por muchos a la supuesta novedad de las mismas, se ha vuelto a insistir<sup>44</sup> en el derecho a un juicio oral, público, con inmediación de la prueba, contradictorio y concentrado, juicio al que se llegará a partir de que la Fiscalía presente ante el juez la correspondiente acusación.

Nosotros consideramos que a la oralidad, por donde pasan para centralizar su inmenso valor garantista otros principios (publicidad, contradicción, inmediación), le está siendo hurtada su significación realizativa de límites al ejercicio del poder punitivo. Y así está sucediendo, porque a la oralidad se le está vinculando con situaciones que esencialmente nada dicen frente a su significación garantista.

En primer lugar, porque bajo los afanes de la renuncia al escriturismo y de la promoción de una idea axiológicamente cuestionable de eficacia, se le ha querido sintetizar y agotar en la formulación de una estructura persecutoria definida en términos de audiencias. Naturalmente, con esa metodología, con muchas audiencias y nada más que audiencias, podría es verdad haber mucha “oralidad”, pero al mismo tiempo también muy pocas garantías para el perseguido, con lo que la oralidad no aportaría nada a la idea acusatorio-democrática.

<sup>43</sup> Cfr. MISAEL GARZÓN BARRETO y MÓNICA RUEDA RODRÍGUEZ, “La Fiscalía colombiana ante la reforma: ¿La resistencia al cambio?”, en *Tutela*, N° 55, tomo V, julio 2004, p. 1292.

<sup>44</sup> Decimos que “se ha vuelto a insistir” porque no tenemos ninguna duda de que bien miradas las cosas el artículo 29 de la Carta había hecho una programación en esa misma dimensión, lo que vendría a indicar que tampoco a esos efectos, esto es, a los efectos de la oralidad, por ejemplo, donde algunos querrían encontrar la sustancia del nuevo sistema, se requería de la remodelación de la Constitución.

Y en segundo lugar, porque en un país de estirpe caudillista y de tanto apego a las formas y a los discursos, se ha querido hacer creer que la oralidad, el principio de oralidad, se reduce a la caracterización de una serie de técnicas al servicio de lo que podríamos llamar el arte del “hablar bien”.

En nuestra convicción sobre el valor democrático del principio de oralidad, decimos ahora que él no significa nada o significa muy poco de lo que se le quiere hacer significar. Que todo lo contrario, él es el vehículo necesario para favorecer la vocación realizativa de los principios de publicidad, intermediación y concentración, y para la configuración tendencialmente acusatoria del juez. Y que si es cierto que ello difícilmente puede lograrse en el escenario de procedimientos profundamente analíticos, discontinuos y escritos, también lo es que para lograrlo no basta ni con la obsesión delirante por las audiencias, ni con las técnicas propias de la oratoria.

En fin, ponemos el verdadero valor de la oralidad en estos términos de Bernd Schünemann:

“Como es sabido, en la instrucción se refleja una imagen selectiva del hecho, constituida esencialmente por la actividad instructoria de la policía y según determinadas hipótesis de sospecha. Éstas no pueden conducir a la determinación de la verdad material sin una verificación crítica a la luz de los hechos que presenta el acusado, visión que suele aparecer en el juicio oral”.<sup>45</sup>

Y todavía pasan más cosas con la oralidad. Mientras que el discurso oficial ha venido insistiendo en que la característica más notable de la nueva persecución penal será la oralidad, ésa que lo liberará de los insufribles niveles de congestión que lo ha caracterizado hasta hoy, sin embargo, se ha venido presentando una situación realmente asombrosa. Cuando al Fiscal General de la Nación, y a sus principales asesores, entre ellos el más nombrado de todos, el doctor Jaime Enrique Granados, se les pregunta por la infraestructura para respaldar la construcción acusatoria de la oralidad, la respuesta inmediata ha sido que, por ejemplo, no se necesita tanto dinero como se cree para construir salas de audiencias, pues la lógica sobre la que se funda el sistema a partir de las negociaciones y de las confesiones indica que apenas aproximadamente el 20% de las persecuciones penales tendrá

<sup>45</sup> BERND SCHÜNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal?”, cit., p. 299.

juicio, es decir, el gran juicio oral<sup>46</sup>. Es que se espera, se ha calculado, también por la experiencia cultural del funcionamiento del sistema en otras calendas, que más o menos el 80% de las persecuciones penales terminarán en sentencia anticipada o terminarán en sede del principio de oportunidad.

Que se crea que así son las cosas y que el sistema cuenta con que sea así, queda con suficiencia demostrado, además, con lo que dice el artículo 8° del CPP<sup>47</sup>, perteneciente al título de normas rectoras, y con carácter preeminente y prevalente, por supuesto, en materia de renuncia a derechos. Según el literal L son renunciables los derechos al juicio oral y a guardar silencio, justamente los que dificultarían los programas de sentencia anticipada alrededor de las negociaciones, las delaciones y las confesiones.

Y que las cosas son así, y que el sistema cuenta con que las cosas podrán ser así, ha sido dicho en el último tiempo por el profesor William Monroy Victoria:

“(…), es necesario considerar que en un esquema anglosajón como el sistema americano la justicia (y así se ha sostenido) obtiene un 70 u 80 % de fallos por preacuerdos y negociaciones, es decir que sólo un 20% de procesos llegan a ser atendidos por el sistema judicial. En Colombia se aseguró que este mecanismo (de preacuerdos) va a producir el mismo efecto que en los Estados Unidos, por lo que el proceso penal vería solamente realizado un 20% de la criminalidad que se somete a juicio con todo lo que esto implica”<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Cuando han transcurrido los primeros días de la vigencia efectiva del nuevo Código procesal penal, desde la experiencia del funcionamiento del sistema, el Fiscal General de la Nación parecería haber encontrado la confirmación empírica de aquella idea. Según su versión, “en el curso de los primeros casos, un fenómeno importante ha sido que más del 70% de los procesados han decidido (sic), con sus defensores, aceptar los cargos y acogerse a una rebaja de penas por confesión (...). Esto es clave porque agiliza en gran medida el desarrollo de los casos”, Cfr. “Examen oral”, en revista *Cambio*, edición N° 602, Bogotá, enero 10 de 2005, p. 29.

<sup>47</sup> Cfr. igualmente y en el mismo sentido el artículo 131 *ibidem*.

<sup>48</sup> Cfr. WILLIAM MONROY VICTORIA, “Reforma procesal penal”, conferencia dictada en el XXV Congreso colombiano de derecho procesal (Cartagena, 2004), que corre publicada en el libro-memoria de dicho Congreso *XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2004, pp. 17-37. Que es el mismo sentido de lo dicho por Georgia Alessi, procesalista italiana: “D'altra parte, per riflettere ancora brevemente sui modelli anglosassoni, é

En esa misma vía quizá valga la pena anotar cómo todo el sistema penal parecería estar orientado hacia la celebración de una “justicia penal” sin juicio oral y en clave de las negociaciones y de las sentencias anticipadas. Así, en el proyecto Código Penitenciario y Carcelario que actualmente se discute en el Congreso<sup>49</sup>, se ha afirmado el compromiso con los ideales de eficacia y transparencia, los cuales se sintetizan en modo cabal en la promoción de la sentencia condenatoria anticipada, con las siguientes palabras:

“(se) supone que dicha capacidad de reacción sea real y no meramente formal, porque si se pierde la capacidad de disuasión y de prevención tanto general como especial, el incentivo de las personas acusadas para declararse culpables desaparecería”.

(*Excursus*: la cínica y cuestionable situación en torno a la superficialidad del discurso oficial sobre la oralidad, es del mismo grado de lo que está pasando con la Defensoría pública. Si se creyese verdaderamente en una metodología acusatorio-democrática de persecución penal, de estirpe adversarial, naturalmente, de igualdad entre las partes y de juez tercero, imparcial e independiente, hoy la defensoría pública sería algo muy diferente de lo que es y de lo que ha sido en toda la vida político-constitucional desde 1991. Sin embargo, no es así y la realidad es que muy pocos quieren preocuparse por la defensa, que tendrá que ser necesariamente en clave de la Defensoría Pública para la inmensa mayoría de las persecuciones penales. Por ello el Estatuto de la Defensoría Pública, el proyecto de ley estatutaria para su debida estructuración<sup>50</sup>, ha sufrido los rigores del olvido y de la indiferencia en el Congreso de la República, inclusive hasta el extremo de su archivo, supuestamente por razones de forma. Que con ello se muestra otra vez la vacuidad del discurso oficial, no nos parece discutible. Como tampoco, que de esa manera se evidencia una vieja y latente profesión

---

*nota la bassissima percentuale di cause penali che giunge al trial –e dunque a interrogatori incrociati e cavalleresche partite –in America. Il patteggiamento sulla pena, il ricorso al rito abbreviato con renuncia al dibattimento concludono gran parte delle cause penali”, GEORGIA ALESSI, Il processo penale, profilo storico, Roma, Editori Laterza, 2001, pp. 20-210.*

<sup>49</sup> Proyecto de ley 03 de 2003, presentado por el Fiscal General de la Nación, el que se encuentra en la Comisión Primera de la Cámara desde el 30 de junio de 2004.

<sup>50</sup> N° 239/04 senado y N° 02/03 cámara.

inquisitiva y autoritaria en orden a la formación y sustanciación de las causas criminales, según la cual las formas y las solemnidades, entre ellas, el abogado defensor, constituyen sutilezas y estorbos más o menos insoportables. Como lo consagraba el *Manual de Inquisidores* de Nicolau Eymeric<sup>51</sup>, *simpliciter et de plano, sine advocatorum estrepitu et figura*).

E. Quizá por el lastre inquisitivo que significan tantos años, normas y sistemas, o probablemente por que la monotonía autoritaria de nuestro mundo jurídico y político no nos permite muchas contemplaciones alternativas, el Acto Legislativo ha insistido en mantener dentro de las persecuciones penales a la Procuraduría General de la Nación, el “Ministerio Público” según nuestro discurso, cuando cualquiera de nuestras experiencias culturales podría enseñar rápidamente que ella era sólo razonablemente explicable en el *corpus* de aquellos sistemas de persecución donde no cabía pensar ni siquiera remotamente en el principio acusatorio, el cual vino a ser introducido en el ordenamiento jurídico nacional apenas por virtud del Pacto Constituyente de 1991. Tendría que importar muchísimo que se definiera qué contradicciones de poder y qué aspiraciones se reflejan y se identifican en una política criminal, que de modo tan inopinado y elementalmente contradictorio supone legítimo mantener al Ministerio Público, a la Procuraduría General de la Nación, en el escenario de las persecuciones penales.

De todos modos, es preciso aclarar que, con prudente sindéresis sin lugar a dudas, el proyecto de Acto Legislativo, no contemplaba a la Procuraduría de la Nación (Ministerio Público) como integrante del nuevo esquema procesal penal. Hubo de requerirse de una incidente y “eficaz” intervención del Procurador General en los debates respectivos, para que en el Congreso se recompusieran los términos del proyecto y se le diese acogida, otra vez, a la Procuraduría en los procesos penales<sup>52</sup>.

En tales debates, se insistió por parte del Procurador General en la importancia de la presencia de la institución en los procesos penales, a

---

<sup>51</sup> *Vid.* NICOLAU EYMERIC, *Manual de Inquisidores*, Santafé de Bogotá, Planeta, 1999, p. 31. Dicho manual lo escribió Nicolau Eymeric a mediados del siglo XIV, probablemente en 1356.

<sup>52</sup> Cfr. parágrafo del artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, según el cual “La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”.

favor de la defensa de los intereses de la sociedad y como garantía de los derechos de los procesados<sup>53</sup>. Frente a ello, caben por lo menos estas dos acotaciones: la primera, que en un sistema de naturaleza acusatoria los intereses de la sociedad son los que justamente representa la Fiscalía General de la Nación, de donde también aquí parecerían estarse apretando las técnicas de la desigualdad en contra del perseguido penalmente, por cuanto unos mismos intereses estarían personificados en dos instituciones; y, la segunda, que posiblemente habría que considerar que en una metodología acusatoria la condición de garantía de los derechos de los sindicados no está en ningún sitio diferente a la Defensoría pública. Por ello tiene que resultar de elemental juicio que se proponga que los dineros asignados a la Procuraduría se entreguen mejor a la Defensoría pública, a los efectos de una más cabal y satisfactoria realización de sus funciones.

Dicho lo anterior, agrego ahora lo siguiente: el hecho de las profundas dificultades para articular al Ministerio Público, la Procuraduría General de la Nación, a un sistema de persecución penal de estirpe acusatoria queda evidenciado en el desconcierto que tal pretensión tuvo que haber causado en el legislador, lo que quizá quede demostrado con su no mención en el TÍTULO IV del nuevo Código Procesal Penal, de "las partes intervinientes", aunque en el artículo 109 y quizá porque no había manera de evitarlo en la vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002, se haya dicho que el Ministerio Público "intervendrá (...)".

F. Cualquier análisis del nuevo sistema procesal penal en orden a la pregunta sobre la significación garantista o democrática del mismo, tendría que considerar la relevancia de la dimensión expansiva del sistema penal por las supuestas o ciertas necesidades del sistema "acusatorio", según las definiciones que se han ido construyendo tanto para el derecho penal sustantivo, como para el derecho penal penitenciario.

Y claro, con absoluta legitimidad preguntaríamos por la circunstancia que pudiera explicar por qué la realización de un proyecto democrático de

<sup>53</sup> La intervención del Procurador aparece documentada en la sentencia C-966 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, por la cual la Corte Constitucional declaró que el artículo 2º (parcial) del Acto Legislativo 03 de 2002, se ajusta a la Constitución, por cuanto si bien la Procuraduría no había sido mencionada inicialmente, su introducción con posterioridad no comportaba una modificación esencial, pues el interés del Congreso era el de ampliar la protección de las garantías en el proceso penal.

persecución penal –por su propia naturaleza minimizador de la violencia connatural al sistema penal- tiene que exigir el alto coste social que significan más cárceles, más penas de prisión, más prisiones preventivas, y la delirante explosión producida en el sistema de las penas.

Según la exposición de motivos del proyecto de Código Penitenciario y Carcelario presentado a la consideración del Congreso por el Fiscal General de la Nación<sup>54</sup> existe la necesidad de que el sistema penitenciario se prepare para la reforma procesal penal acusatoria, por cuanto la experiencia de otros países dice que se incrementarán de modo sustancial tanto los casos de detención preventiva sin libertad, como las sentencias condenatorias y el número de personas penadas de modo efectivo.

Y se ha reformado el Código penal, según hemos dicho, también en función de las llamadas necesidades del sistema acusatorio<sup>55</sup>. La pena máxima de prisión está otra vez en 60 años<sup>56</sup>, se han aumentado automáticamente en una tercera parte los mínimos y en la mitad los máximos de todas las penas<sup>57</sup>, han sido aumentadas las penas para algunos delitos específicos<sup>58</sup> y se han creado nuevas figuras delictivas<sup>59</sup>. ¿Qué tiene que ver todo ello con un sistema de persecución penal? ¿Qué le aporta políticamente ello a un sistema de persecución penal anunciado casi alucinantemente como un código tendencialmente acusatorio, entonces democrático, es decir, de garantías?

<sup>54</sup> Proyecto de ley 03 de 2003, el que se encuentra en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes desde el pasado 30 de junio.

<sup>55</sup> Según la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Fiscal General de la Nación, el que más tarde sería la ley 890 de 2004, "el artículo cuarto transitorio del Acto Legislativo 03 de 2002 facultó a la Comisión Constitucional Redactora para expedir, modificar o adicionar el Código Penal en aquello relacionado con el nuevo sistema". Naturalmente, se trata de una expresa referencia al sistema acusatorio, para el cual habría sido necesario proceder a la reconfiguración de la Constitución de 1991.

<sup>56</sup> Cfr. artículo 1º de la ley 890 de 2004.

<sup>57</sup> Cfr. artículo 14 de la ley 890 de 2004.

<sup>58</sup> Cfr. artículos 8, 9 y 11 de la ley 890 de 2004, que respectivamente aumentan la pena para las conductas punibles del falso testimonio, del soborno y del fraude procesal.

<sup>59</sup> Cfr. artículo 13 de la ley 890 de 2004, que adicionó un capítulo (noveno) a los delitos contra la recta impartición de justicia consagrada en el Título XVI, Libro Segundo del Código penal, con los denominados delitos contra medios de prueba y otras infracciones, entre los cuales, amenazas a testigos (artículo 454A), ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (artículo 454B) y el impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas (artículo 454C).