



*Proyecto "Fortalecimiento del Sector
Justicia para la reducción de la
Impunidad en Colombia"*



LA IMPUNIDAD EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

INFORME DE CONSULTORÍA

(Borrador final)

Equipo de Evaluación:

Sneider Rivera (Jefe de misión)

Luis Hernando Barreto

Febrero 2009

“This report has been prepared with the financial assistance of the European Commission. The views expressed herein are those of the consultant and therefore in no way reflect the official opinion of the Commission”

Las opiniones vertidas en el presente informe reflejan las apreciaciones del equipo de evaluación y son de exclusiva responsabilidad de los expertos que lo han redactado.

Por lo tanto no comprometen en ningún caso la Comisión Europea ni reflejan necesariamente su opinión.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I – EL ENFOQUE, EL MARCO ANALÍTICO Y LA METODOLOGÍA	
1.1. El enfoque.....	7
1.2. Marco analítico.....	9
1.3. Metodología.....	15
1.3.1. Recopilación documental.....	15
1.3.2. Los datos estadísticos.....	15
1.3.3. Muestra de casos.....	19
1.3.4. Talleres de discusión institucional.....	19
CAPITULO II - EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO	
Presentación.....	20
2.1. La definición de los delitos, contravenciones y penas.....	21
2.2. El procedimiento penal.....	26
2.3. Procedimientos y jurisdicciones especiales.....	30
2.4. El sistema de ejecución de penas.....	32
2.5. Instituciones que intervienen en el sistema penal.....	33
2.6. El proceso penal oral acusatorio.....	40
2.7. Esquema general del proceso penal acusatorio.....	48
CAPITULO III - LA IMPUNIDAD ANTES DEL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO (Ley 906 de 2004)	
Presentación.....	49
3.1. El tratamiento conceptual de la impunidad.....	49
3.2. La impunidad en cifras.....	53
3.3. Las explicaciones.....	60
3.4. Impunidad y reforma procesal.....	65
CAPITULO IV – VALORACIÓN DE LA GESTIÓN DEL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO	
Presentación.....	73
4.1. Valoración cuantitativa del desempeño del SPOA.....	73
4.2. Perfil delictivo.....	75
4.3. Perfil sociodemográfico de los victimarios.....	77
4.4. Perfil sociodemográfico de las víctimas.....	84
4.5. La oferta de justicia.....	88
4.6. La conciliación.....	101
4.7. Los casos archivados.....	106

CAPITULO V – LOS RESULTADOS DE APLICAR EL SISTEMA PENAL

5.1. La población privada de libertad en Colombia.....	111
5.2 Características socio demográficas.....	113
5.3. Situación jurídica y penal de los internos.....	121
5.4. Los delitos según la condición laboral.....	130
5.5. Condiciones materiales de reclusión y el presupuesto en cárceles.....	132
5.7. Las cárceles. Un estado de cosas inconstitucional.....	134

CAPÍTULO VI - LA MEDICIÓN DE LA IMPUNIDAD

Presentación.....	138
6.1. Requisitos básicos para medir la impunidad.....	138
6.2. El método para medir la impunidad procesal.....	139
6.3. La información del sistema penal acusatorio.....	140
6.4. Medición de la impunidad.....	142
6.5. La impunidad en homicidios.....	152
6.6. La impunidad consolidada.....	153

CAPITULO VII - RACIONALIDADES PARA HACER FRENTE A LA IMPUNIDAD

Presentación.....	155
7.1. Racionalidad colombo norteamericana	155
7.2. La racionalidad europea	171
7.3. Los costos de la intervención	177
7.4. Familia- convivencia.....	181

CAPITULO VIII - CONCLUSIONES

Presentación.....	200
8.1. Principales resultados.....	200
8.2. Factores que contribuyen a la impunidad.....	201
8.3. Las propuestas.....	209

ANEXOS

Anexo I - Términos de Referencia

Anexo II – Bibliografía

Anexo III – Procedimientos penales – Flujogramas

Anexo IV – Instituciones que intervienen en el Sistema Penal – Organigramas.

Anexo V – Procedimiento Penal según fases procesales

Anexo VI – Estudios y ponencias sobre la impunidad en Colombia

Anexo VII – Histórico de Leyes penales y procesales

Anexo VIII – Listado de Siglas

INTRODUCCIÓN

Si bien en términos tradicionales se puede entender como ausencia de pena, no punibilidad o falta de castigo, lo cierto es que el concepto de impunidad no describe un asunto legal, en sentido estricto, sino un fenómeno de dimensiones legales, sociales, culturales, políticas, psicológicas y hasta económicas.

En la construcción de la impunidad como problema social en Colombia participan al menos tres movimientos o tendencias. La primera, procedente del ámbito de la preocupación por la eficacia del sistema penal, la segunda del de la protección de los derechos humanos y la tercera, derivada de los esfuerzos por mejorar los niveles de convivencia.

Aunque este estudio tiene como objetivo determinar las características y el comportamiento de la impunidad en el sistema de justicia colombiano, en relación con las conductas delictivas atribuibles a particulares fuera del ámbito del conflicto interno, en este esfuerzo también se tendrán en cuenta las demandas de los movimientos o tendencias antes mencionadas.

Conviene poner de manifiesto que se trata de una iniciativa auspiciada por la Unión Europea, cuya cooperación con Colombia tiene como objetivo principal el apoyo a la búsqueda de la paz (artículo 5.1 Documento Estrategia País para Colombia 2002 2006). La paz social y la convivencia dependen, en buena medida, de la forma como se construya la respuesta a la criminalidad y se organice el funcionamiento del sistema de justicia penal.

De conformidad con la asunción de una perspectiva de política del derecho para la convivencia, en este informe se realiza una aproximación multidisciplinaria que intenta articular las dimensiones jurídica, sociológica, criminológica y económica, así como dar cuenta de la impunidad en Colombia tanto empírica como teóricamente.

En el primer capítulo se presenta el enfoque, el marco conceptual y la metodología utilizada en la realización del presente estudio. En el segundo se expone una breve descripción del marco normativo e institucional que configura el sistema penal colombiano, y se presentan las principales características del nuevo proceso penal oral acusatorio y sus etapas o fases procesales.

El tercero está dedicado al análisis de la impunidad en Colombia antes de la entrada en vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio. Teniendo como referencia los estudios producidos y los informes institucionales publicados, se intentan analizar las distintas aproximaciones conceptuales que tanto desde el mundo académico como institucional se vienen realizando en el país.

Junto a esta aproximación de tipo conceptual, se hacen otras, como las referidas a la magnitud del fenómeno, las explicaciones y respuestas construidas para hacerle frente, así como sobre las relaciones entre impunidad, reformas procesales y gasto público en justicia.

El cuarto capítulo se dedica al análisis de los datos que arroja la experiencia del sistema penal oral acusatorio SPOA. La recopilación y análisis de las cifras del SPOA se ha hecho teniendo en cuenta la ruta o el mapa procesal, las fases en que está dividido el proceso penal, las diversas actuaciones procesales y los diversos roles institucionales. También se tiene en cuenta el tipo de delito cometido, las distintas circunstancias que rodean la ejecución del ilícito, las distintas condiciones de la víctima y del victimario, así como los lugares de comisión del hecho y los tipos de jurisdicción existentes. A partir de estos datos, se intenta comprender cómo se va construyendo la verdad procesal, la determinación de la responsabilidad penal y la justificación de la pena, así

como, desde una perspectiva de justicia restaurativa, la reparación a las víctimas en el proceso judicial. En el quinto se hace un análisis sobre los resultados de aplicar el sistema penal.

El sexto por su parte se ocupa de la medición de la impunidad en el sistema pena oral acusatorio. Aquí se presentan los resultados que arroja el estudio en el esfuerzo por estimar cuantitativamente el fenómeno.

La aproximación teórica, cuantitativa y cualitativa, permitirá caracterizar el problema de la impunidad en el sistema penal colombiano, comprender el pensamiento construido, las ideas que han orientado los programas de lucha contra la impunidad, la criminalidad y la reforma judicial en el país, así como los fundamentos y efectos económicos, políticos, culturales y legales que contribuyen al surgimiento de la impunidad y que ésta genera.

Antes de elaborar una serie de propuestas, en el séptimo capítulo se presentan los elementos fundamentales de al menos dos tipos de racionalidades que se utilizan para hacer frente a temas como la impunidad, la criminalidad y las reformas judiciales: una de origen norteamericano, y otra de origen europeo. Se muestran aquí sus principales características y sus resultados prácticos, de manera que puedan constituir un punto de referencia o de análisis útil a la construcción de respuestas eficaces para hacer frente a la impunidad y al delito.

Este énfasis particular sobre el pensamiento construido proviene de la constatación que los programas de lucha contra la impunidad son también un proyecto teórico confiado a las organizaciones sociales y al trabajo de las instituciones que tienen en este propósito su fuente de legitimación y justificación.

Finalmente, desde una perspectiva de política del derecho y de política judicial para la convivencia, se formulan las recomendaciones o propuestas para la reducción de la impunidad a corto, mediano y largo plazo.

Para hacer este trabajo se han consultado todos los sistemas de información estadística que poseen las instituciones del sector, los documentos e informes anuales presentados por cada una de las instituciones, los estudios realizados en el país y en otros lugares sobre el fenómeno de la impunidad, la legislación vigente, así como las decisiones judiciales y de la Fiscalía. Se han mantenido reuniones y entrevistas de trabajo con muchos funcionarios, operadores del sector justicia, profesores universitarios y abogados en ejercicio.

Para facilitar la lectura del texto, se han realizado una serie de anexos con información relevante y de utilidad para profundizar en el tema.

Dada la importancia que el fenómeno de la impunidad tiene en el país, y conscientes igualmente que todo concepto técnico es factible expresarlo en palabras sencillas, se han hecho todos los esfuerzos posibles para utilizar un lenguaje que, sin perder el rigor que cada disciplina exige, sea comprensible no sólo para los distintos profesionales que se ocupan del tema, sino también para la sociedad en su conjunto.

Capítulo I - EL ENFOQUE, EL MARCO ANALÍTICO Y LA METODOLOGÍA

1.1. El Enfoque

Desde la perspectiva de la convivencia, este trabajo intenta hacer una aproximación al problema de la impunidad en Colombia en sus ámbitos teórico y empírico. Desde el punto de vista teórico el discurso intenta articular los aportes de por lo menos tres disciplinas: la criminología, el derecho penal y la economía pública.¹

La impunidad constituye una problemática que ha sido motivo de preocupación tanto social como institucional. Es lógico pensar que las reacciones institucionales se han ido basando en las distintas interpretaciones que, desde el ámbito de los estudiosos de las disciplinas implicadas, se ha ido generando sobre esta temática, la criminalidad y el sistema de justicia penal; unas respuestas que han ido variando en función del predominio de una u otra orientación.

Por esta razón, el trabajo tiene una investigación documental que intenta recopilar la síntesis de las principales aportaciones teóricas al estudio de la impunidad en Colombia, que permita caracterizar tanto las respuestas construidas para hacerle frente como sus fundamentos.

Desde el punto de vista teórico se pueden agrupar en dos grupos las distintas aproximaciones realizadas al fenómeno de la impunidad. En el primero están todas las explicaciones construidas desde una perspectiva de carácter procesal.

Para esta perspectiva la impunidad es vista como un problema autónomo y propio de la administración de justicia, como un asunto fundamentalmente procesal. La manera de hacer frente a esta problemática deriva prioritariamente en cambios en los procedimientos, en creación de nuevas estructuras institucionales e incrementos considerables en el gasto público en justicia. En ocasiones también supone reformas en las normas sustanciales. Tal como se desarrollará a lo largo de este trabajo, para esta aproximación poco importa el lugar que ocupe o deba ocupar el sistema penal en una sociedad, no se preocupa por la prevención y reducción de la criminalidad sino que centra su esfuerzo por lo tanto en programas que privilegian la gestión de la criminalidad y de la impunidad.

En el segundo grupo están todas las aproximaciones que consideran a la impunidad no sólo como un problema procesal, sino también como un asunto propio de convivencia. La manera de hacer frente a éste fenómeno está en estrecha relación con los mecanismos e instrumentos que se diseñen para asegurar que el sistema penal tiene efectivamente el carácter de último recurso y que sus contenidos son los propios de un derecho penal mínimo. Desde esta perspectiva se intenta abordar la impunidad reduciendo el ámbito de actuación del sistema penal y garantizando jurídica y teóricamente el principio de última ratio. Una aproximación de esta naturaleza supone comprender también, entre otros aspectos, la relación entre legalidad, justicia, economía, política, cultura institucional y cultura ciudadana.

¹ En carta fechada el 12 de febrero y recibida el 23 del mismo mes, la Dirección Nacional de Fiscalía hace una serie de observaciones y recomendaciones al estudio entre las que destaca la falta de un concepto de impunidad y de una metodología para su medición acorde con la estructura del proceso penal acusatorio. Del hecho que, por razones ajenas a nuestra voluntad, no se haya podido exponer oportunamente a las autoridades de la Fiscalía el enfoque, los conceptos de impunidad, el marco analítico y la metodología utilizada no se puede concluir que no existen. En este capítulo se presentan los elementos centrales de nuestra aproximación al estudio de la impunidad en Colombia con la que esperamos sortear la observación realizada por la Dirección Nacional. En todo caso, es posible que la perspectiva asumida en este estudio no se corresponda con la propia de la Dirección Nacional de Fiscalías.

Conviene reiterar que con el propósito de construir una nueva mirada a la impunidad, este estudio presentará los elementos fundamentales de dos tipos de racionalidades elaboradas para hacer frente al fenómeno de la impunidad, la criminalidad y las reformas judiciales penales. Una de origen norteamericano y otra de origen europeo. Se mostrarán aquí las principales características de estos dos tipos de racionalidades y sus resultados prácticos en términos de organización de la justicia, de reducción de la impunidad, de gasto público y de mejora de los niveles de convivencia.

Desde el punto de vista empírico, se analizan tanto los estudios que han intentado aproximarse a cuantificar la impunidad en Colombia como las cifras que arroja el funcionamiento del Sistema Penal Oral Acusatorio.

Con la medición de la impunidad pasa lo mismo que sucede con la medición de la criminalidad. Los criminólogos reconocen que, por múltiples razones (cifra oculta, definiciones normativas, etc.), no es posible medir con exactitud el fenómeno de la criminalidad en una sociedad. El estudio de las cifras sólo nos permite valorarla o estimarla (Hassemer, 1997).

Para aproximarse a esta valoración o estimación cuantitativa, la criminología recomienda analizar la información que producen las instituciones y hacer los contrastes correspondientes.

Tal como se desarrollará a lo largo del estudio, la impunidad que se intenta estimar o valorar es la de carácter procesal, esto es, la que se desprende del funcionamiento del sistema penal, teniendo como fuente de análisis la información oficial.²

Para hacer esta estimación, después de analizar los distintos conceptos que sobre la impunidad han elaborado los estudiosos del problema, hemos tenido en cuenta cinco conceptos diferentes.

En primer lugar, hemos recurrido a su sentido etimológico. Desde esta perspectiva la impunidad es ausencia de castigo. Es el producto de aquel delito que mereciendo castigo no se le impone. Esta definición nos es útil tanto para aproximarnos a la estimación cuantitativa como para tener el cuidado de no incurrir en la utilización de conceptos que pueden llamarla de forma diferente pero que no cambian su esencia. Es de recordar que si a una cosa le cambian de nombre, no cambia la cosa, cambia las posibilidades de entendernos.

En segundo lugar, consideramos posible aplicar al ámbito de la delincuencia común el concepto de impunidad que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para esta Corte, la impunidad es la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, condena de los delincuentes y reparación a la víctima. Este concepto nos es útil para conocer los índices de investigación, captura, enjuiciamiento, condena y reparación.

La otra definición que utilizamos procede del ámbito de los documentos de trabajo que han dado origen a los programas de reforma a la justicia penal en América Latina. Conviene tener en cuenta que la lucha

² Somos conscientes de los límites que tienen los sistemas de información estadística que gestionan cada una de las instituciones. Ante ésta circunstancia la criminología recomienda hacer los contrastes pertinentes entre los distintos sistemas de información. Y así lo hicimos. En el caso de las sentencias condenatorias, por ejemplo, los datos que arroja el SPOA fueron cotejados con el número de sentencias que registra el sistema de información del Consejo Superior de la Judicatura.

Es importante igualmente tener en cuenta que las cifras que arroja el Sistema Penal Oral Acusatorio han sido publicadas por la oficina de planeación de la Fiscalía y están también en la página web de la institución. No obstante lo anterior, hemos registrado en nota de pie de página los cambios que propone la Dirección Nacional de Fiscalías. Cambios que no modifican el análisis ni el sentido de este estudio.

contra la impunidad constituye uno de los propósitos de estos programas y que la reforma judicial puesta en marcha en Colombia se enmarca dentro de los esfuerzos reformativos que se llevan adelante en la región.

La impunidad es entendida en estos documentos como la no resolución de los conflictos penales o la solución sumamente dilatada de tales conflictos merced al represamiento de las causas. En definitiva, impunidad es no atender a las demandas sociales de justicia.

En sentido parecido, hay otra definición procedente del ámbito de los derechos humanos, que entiende la impunidad como la falta de acceso a la justicia. Esta definición resulta importante porque, tal como lo veremos en otro apartado de este documento, el acceso a la justicia es un derecho humano reconocido en los tratados internacionales suscritos por Colombia. Este derecho ciudadano conlleva para la administración de justicia los deberes de investigar y decidir sobre el fondo del caso sometido a su conocimiento.

El último concepto que, a nuestro juicio, resulta útil para intentar estimar la impunidad en Colombia es de naturaleza criminológica. Y la entiende como la discrepancia que se produce entre los procesos de creación y aplicación de normas penales, entre el deber ser y el ser de la justicia penal. Este concepto resulta útil porque permitirá identificar las razones de esa discrepancia y sobre todo los criterios utilizados en los distintos procesos de selección que realiza el sistema penal.

En este esfuerzo se tendrán en cuenta también la ruta o el mapa procesal, las fases en que está dividido el proceso penal, las diversas actuaciones procesales, los diversos roles institucionales, así como los distintos bienes jurídicos protegidos y sus correspondientes tipos penales.

1.2 Marco analítico

Como ha sido ya señalado, para aproximarnos al fenómeno de la impunidad utilizamos la perspectiva de la convivencia, perspectiva que intenta articular en un solo discurso los aportes de la criminología, el derecho penal y la economía pública.

La Criminología, como se sabe, se ha ocupado del estudio de la criminalidad. A continuación presentaremos un breve resumen o repaso de las distintas interpretaciones que sobre la criminalidad se han ido sucediendo desde el ámbito académico.

Los primeros planteamientos sobre el estudio del delito pueden encontrarse en el siglo XVIII. En el periodo de la ilustración con su apuesta por la razón, como arma contra el orden del pasado y con su apelación a la Ley Natural y a los Derechos Naturales, se sientan las bases del Estado Moderno. Apoyados en el concepto teórico del Contrato Social por el cual se establecía que los seres humanos sobre la base de un consenso social habían renunciado a parte de su libertad individual para ganar libertad civil, y organizar la sociedad por medio de la promulgación de leyes civiles que regularan la convivencia. Desde este pensamiento iluminista sobre la vida social, se consideraba que el comportamiento criminal devenía de la voluntad de ciertos individuos para enfrentarse al contrato social, del cual por otra parte, nacía la legitimidad del Estado para castigar a los infractores de la ley penal. De este modo, el fenómeno de la criminalidad aparece claramente vinculado al concepto de Estado. Es en este contexto cuando surge Beccaria con su obra “De los delitos y las penas”, la cual constituye un tratado sobre el comportamiento criminal, sobre los castigos que deben imponerse y sobre la legitimidad del Estado para hacerlo.

Pero sin duda fue el pensamiento propio del Positivismo del siglo XIX el que elaboró un abordaje teórico profundo al tema de la criminalidad. La aplicación de las leyes de la naturaleza – entendidas como invariables- a los fenómenos sociales y la búsqueda de la explicación causal pasan a ser elementos claros

del proyecto científicista del positivismo. También para todo lo referente a la criminalidad. Con estos presupuestos se enfrentará a la tesis indemostrable de una causalidad espontánea consistente en un acto de libre voluntad y defenderá causas situadas en el individuo como un carácter patológico implícito. Nace así lo que pasará denominarse paradigma etiológico de la criminalidad, que cómo se podrá apreciar, permanece vigente hasta nuestros días.

El delito para esta escuela era un fenómeno natural, un fenómeno como el nacimiento o la muerte, determinado por causas biológicas de naturaleza generalmente hereditaria. Causas hereditarias, psicológicas y sociales favorecen la producción del comportamiento criminal.

Con la aparición del recurso a la estadística se intenta desarrollar la sociología del delito. Es a partir de la obra de Durkheim que los enfoques sociológicos suplirán, en los Estados Unidos, a los planteamientos anteriores, al menos en el ámbito disciplinar de la Criminología. Los estudios realizados bajo este enfoque no se centran en la determinación biológica y social de delincuencia, sino que ésta se entiende fundamentalmente como la no aceptación de la organización social. La anomia y la desviación pasan a ser conceptos centrales y establecen un amplio marco que englobará diversos enfoques teóricos agrupables bajo el rótulo de sociología criminal o Sociología de la Desviación, como el de la Escuela de Chicago, la Teoría de las subculturas criminales, el pensamiento estructural funcionalista, la teoría de la asociación diferencial o la corriente del interaccionismo simbólico.

La Escuela de Chicago considera que la sociología debería referirse tanto a leyes de la naturaleza como a los enunciados generales sobre los seres humanos y sus sociedades. Por lo que respecta al ámbito criminológico su contribución más importante es la llamada Teoría de la Ecología Social, que se fundamenta en la comprensión de las relaciones que se crean entre los individuos y su medio ambiente. Se trata del tema del debilitamiento, como consecuencia de la vida ciudadana, de ciertos vínculos que mantenían unidos a los grupos primarios; la pérdida de enraizamiento en los lugares donde se vive, la modificación de las relaciones interpersonales. Aparecen muchos estudios sobre las bandas de delincuentes de la ciudad de Chicago de los años 20, con reflexiones acerca de los condicionantes ecológicos que hacen variar la producción de delincuencia, como puedan ser la proximidad o la lejanía de las zonas industriales, el tamaño de las ciudades, la densidad de población, etc.

Luego surgió la teoría de la Asociación Diferencial fundamentada en teorías del aprendizaje de corte evidentemente psicológica y desarrollada también en los Estados Unidos. Para ellos el comportamiento criminal es siempre comportamiento aprendido. En consecuencia todo dependerá de qué se aprende, de quién se aprende, durante cuánto tiempo, etc.etc.

Bajo la perspectiva del aprendizaje el problema del crimen no recae, como en los planteamientos biologistas, en la patología que definía al delincuente ni en la patología de la sociedad, tal como lo expone la teoría de la anomia y de las subculturas, que se verán más tarde, recae únicamente en el aprendizaje, la transmisión social, incluyendo tanto los aspectos psicológicos (motivaciones, impulsos, racionalizaciones y actitudes) como las propias técnicas del crimen. De aquí surgen conceptos como reeducación, el aprendizaje compensatorio y la modificación de la conducta de los infractores, conceptos de actualidad en la política de tratamiento a reclusos, cuyas bases se sustentan en esta perspectiva.

Con posterioridad se desarrollara la Teoría de las subculturas criminales. La noción central de esta teoría es, obviamente, el concepto de subcultura y su relación con la cultura dominante. Sea como sea es a partir de la segunda postguerra mundial cuando el uso del concepto de subcultura se generaliza en el ámbito de la sociología. Cohen empieza a desarrollar el concepto en investigaciones sobre jóvenes delincuentes. La pertenencia a una determinada subcultura criminal es presentada como un nuevo factor causal del comportamiento desviado. Se señalaba que fuesen cuales fuesen las inadecuaciones de las estadísticas criminales, la delincuencia juvenil y las subculturas siempre aparecerían en los sectores sociales

masculinos y de baja condición. Según este autor, la actividad delictiva derivaría de la frustración social que se produce en la clase trabajadora al no asumir los valores de la clase media. Incapacitado o falta de voluntad, el joven de baja condición socio económica se volcaría a comportamientos agresivos vandálicos, con la finalidad de obtener las metas de ésta.

Las distintas explicaciones de la criminalidad que hemos podido ver hasta ahora pueden ser agrupadas bajo un mismo rotulo, Criminología Tradicional pues todas ellas acaban constituyendo un mismo paradigma que ha pasado a denominarse paradigma etiológico o causal explicativo de la criminalidad. La explicación causal de la criminalidad ha dominado la mayoría de estudios producidos sobre el fenómeno y la mayoría de políticas públicas puestas en marcha para combatirla o reducirla.

La Criminología moderna pone en duda el paradigma causal explicativo pues, según esta perspectiva, el delito carece de naturaleza ontológica, no es un fenómeno natural sino el resultado de un proceso de definición. Y por tanto la condición de criminal, delincuente o desviado no es ninguna calidad natural de determinados comportamientos sino apenas un calificativo con todas sus graves consecuencias que se asignan a algunos individuos o conductas mediante alguna serie de selecciones basadas principalmente en la desigual distribución de recursos y de poder dentro de la sociedad y que poco o nada tienen que ver con el eventual daño social de ciertos actos.

Consecuentemente, científica y epistemológicamente, resulta inadmisibile la pretensión de indagar las causas de un fenómeno definido por medios de selecciones normativas, convencionales, institucionales o sociales, como lo es la criminalidad. La criminología por tanto, antes que en las improcedentes especulaciones sobre el origen de la criminalidad en cuanto supuesta calidad de ciertas conductas, ha de concentrarse más bien en los análisis de los procesos de criminalización, esto es a examinar cómo y sobre todo porque ciertas personas y sus comportamientos llegan a ser considerados como delincuentes en tantos que otros no son objeto de esa calificación.

En este trabajo se intenta hacer con el estudio de la delincuencia lo que las ciencias de la paz han hecho con la aproximación a la violencia. La criminología, en consecuencia, más que estudiar las causas de la delincuencia y los procesos de definición de lo delictivo en una sociedad, debiese ocuparse más bien del estudio de los distintos instrumentos que ha puesto en marcha la sociedad para alcanzar la convivencia, sus mecanismos e indicadores, e incursionar con ello en el conocimiento de las políticas públicas, de la economía y su relación con el derecho.

Las distintas teorías criminológicas no sólo contienen un instrumental teórico y práctico para analizar la criminalidad, sino que representan también o son portadoras de una experiencia social distinta respecto a la forma de tratar la delincuencia y sus instituciones. No es extraño por tanto que sean los países con altos niveles de convivencia los que promuevan la abolición o reducción del sistema penal y su institucionalidad. Incluso la llamada producción científica o literaria sobre la criminalidad cambia en los distintos ámbitos culturales y sociales, como puede apreciarse de la síntesis del pensamiento criminológico antes expuesta.

No sobra reiterar que el estudio de la convivencia presupone el conocimiento de las aproximaciones teóricas y empíricas a la problemática de la delincuencia.

La economía pública por su parte se ocupa del estudio de las intervenciones que las autoridades públicas realizan con los ingresos y los gastos públicos en una economía de mercado.

Esta disciplina se encarga del análisis de la elección puesta en práctica por los presupuestos públicos y de los efectos que desencadenan las intervenciones públicas.

En términos cuantitativos, la importancia de esta área del conocimiento y de la actuación institucional correspondiente guarda relación con la magnitud de los ingresos y del gasto público. Hoy en día, y tal como se detallará más adelante, en la mayoría de los países desarrollados, la ratio gasto público / PIB supera la cota del 40%.

Los expertos sostienen que los dos objetivos fundamentales de los sectores públicos actuales son: a) lograr una asignación eficiente de los recursos que conduzca a un crecimiento económico equilibrado y b) redistribuir la renta y la riqueza de un país.

Si bien puede aparecer incorporado en uno de los dos anteriores, resulta importante hacer explícito un tercer objetivo de la economía pública y de la intervención en consecuencia de los sectores públicos. Contribuir al logro de la convivencia debe ser, a nuestro juicio, tarea también tanto de esta ciencia como de la actuación de la institucionalidad pública.

Tradicionalmente, la tarea básica del sector público ha sido la de garantizar la administración general del Estado: servicios generales de la administración, defensa nacional, orden y justicia. A ésta se le han unido dos funciones esenciales: desarrollar la política del bienestar social y organizar servicios comunes que de otra forma no se producirían en la medida socialmente deseable.

Desde el punto de vista teórico se intentará además incursionar en las teorías económicas que se han ocupado del estudio de la criminalidad. Se tendrán en cuenta los aportes de la economía del delito, perspectiva que interpreta al criminal como un agente racional que compara los costos y los beneficios esperados que le puede reportar la comisión de un delito. Si el costo probable que resulta de ser detectado, investigado, juzgado y sancionado es menor al beneficio que el acto le puede reportar entonces es muy probable que el agente incurra en dicho acto, porque en términos económicos, el acto es rentable.

Igualmente intentaremos incursionar en las teorías económicas de las instituciones y de la justicia que han influido decididamente en el estudio y la definición de políticas públicas sobre la rama judicial tanto en Colombia como en otras partes de la región y del mundo (Uprimny, 2006).

La impunidad y la ineficiencia de la justicia, para algunas teorías económicas de las instituciones, son expresión de la debilidad institucional, del bajo cumplimiento de los postulados normativos y de elevados costos de transacción. Y por tanto, es necesario implantar un sistema de Estado de Derecho a través de jueces independientes, con capacidad para imponer sanciones efectivas y disuasorias. Sólo de esta manera puede existir la seguridad en los derechos- particularmente los de propiedad- y la eficiencia del mercado que se requiere para el desarrollo.

Si bien se tendrán en cuenta las distintas aproximaciones que desde la economía se hacen respecto del delito y del sistema de justicia, no sobra reiterar que nuestro propósito es pensar en las implicaciones que para la economía pública conlleva la convivencia en una sociedad, así como estudiar el gasto público en justicia y su relación con la impunidad.

Además de una economía pública para la convivencia, de una criminología que se ocupe del estudio de sus mecanismos e indicadores, la necesidad de construir un sistema jurídico para la convivencia es consustancial a esta perspectiva toda vez que aquella es definida como la armonización de tres sistemas normativos: el legal, el socio cultural, el ético o moral. Y su logro, depende, en buena medida, de la forma como se construya la respuesta a la criminalidad y se organice el funcionamiento del sistema de justicia penal.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la convivencia no es otra cosa que el resultado de la

forma como la sociedad organiza la protección de los derechos y el cumplimiento de los deberes.

Por ello, así como es necesario avanzar en la construcción de una teoría jurídica de la democracia, resulta fundamental introducirse simultáneamente en el estudio de las características y contenidos de un derecho al servicio de la convivencia.

La presencia en una sociedad de altas tasas de criminalidad, impunidad y violencia puede ser entendida perfectamente como expresión de la falta del derecho o como el signo y el efecto de su ausencia en las relaciones sociales.

Sobre el particular vale la pena recordar a Kelsen para quien la paz y la convivencia antes que problemas políticos son asuntos jurídicos “A veces se llega a decir que las causas de los conflictos son económicas o políticas y no jurídicas en su carácter, que el derecho desempeña sólo un papel de menor importancia en el control social, y que, en consecuencia el lugar de los tribunales es a priori limitado. Esto es un sofisma.

Todo conflicto, entre estados como entre personas privadas, es de carácter económico o político, pero eso no impide que sea tratada la disputa como una disputa jurídica. Un conflicto es económico o político con respecto a sus intereses, es jurídico o no jurídico con respecto al orden normativo que gobierna a esos intereses.

Si las relaciones entre personas- individuos particulares o estados- son reguladas de alguna manera por un orden jurídico, todos los conflictos posibles entre personas, ya tengan un carácter económico o político, son al mismo tiempo conflictos jurídicos si son juzgados por el orden jurídico.

De aquí que declarar que un conflicto es político significa únicamente que la parte que no fundamenta su demanda o el rechazo de la demanda de la otra parte en el derecho positivo considera a este insatisfactorio, injusto, etc.

Nada es más peligroso para la paz y la convivencia que la existencia de un conflicto no resuelto y para cuyo arreglo pacífico no se prevea un procedimiento obligatorio. No se puede proscribir la guerra (la violencia) sin eliminar la posibilidad de conflictos no resueltos ni que puedan resolverse pacíficamente” (Kelsen, 1954).

No es la confrontación ideológica o política, es la organización excluyente y anárquica de la sociedad, es la organización social no regulada debidamente por el derecho, la causante de altas tasas de violencia y criminalidad. Para eliminarlas o reducirlas a su mínima expresión, más que del perfeccionamiento de la participación política y social, se requiere acordar una mejor estructuración del derecho, de la justicia y de los tribunales. Hace falta un sistema jurídico y unas instituciones capaces de asegurar un mínimo común a los habitantes de un país y de resolver la tensión entre protección de los derechos y cumplimiento de los deberes.

Tal como lo sostiene Ferrajoli, la primera regla constitucional y legal sobre la convivencia civil no es que se debe decidir y quien debe hacerlo sino sobre todo que es lo mínimo común a todos los ciudadanos y ciudadanas que no puede (no debe) ser alterado ni siquiera por un gobierno legítimamente constituido con el respaldo de las mayorías (Ferrajoli, 1985).

Esto conlleva el diseño de mecanismos institucionales y legales para lograr sacar de la disputa política un mínimo de condiciones comunes a los habitantes de un país que no puede estar en juego. El diseño técnico de estos instrumentos es tarea conjunta precisamente de juristas, economistas y criminólogos.

La convivencia requiere de un sistema legal capaz de asegurar la protección jurídica y social de un mínimo de condiciones de vida de interés común a toda la población. Un acuerdo de este tipo es también un instrumento de crecimiento económico. Douglas North, premio Nobel de economía, ha demostrado en sus estudios que el crecimiento económico de los países es más rápido en aquellos donde la gente logra ponerse de acuerdo (North, 2001).

Todo ello supone cambiar incluso la relación entre juristas economistas, sociólogos del desarrollo, etc., no porque los abogados gocen de una suerte de privilegio sobre los demás sino porque la única alternativa a la violencia es el derecho.

La falta de comunicación entre juristas, economistas y sociólogos afecta al movimiento por la efectividad de los derechos. A los juristas los excluye del análisis de la realidad que hacen los sociólogos y los economistas y a estos de la comprensión de las causas jurídicas de la violencia como del aporte que el derecho y la legalidad tienen para alcanzar la convivencia.

La segunda regla tiene que ver con la legitimidad del monopolio del uso de la violencia, y con la prohibición del uso de medios violentos en las relaciones sociales. Para poder que el Estado o la comunidad organizada logre este monopolio es preciso reunir algunas condiciones, pues de lo contrario se corre el riesgo que se convierta en una imposición y por tanto en un factor de violencia más que de convivencia.

La tercera regla jurídica guarda relación con la existencia de una política judicial para la convivencia. Política que supone, entre otras cosas, el diseño de una estructura institucional que proteja el mínimo común de todos los habitantes de un país, que asegure la aplicación de la legalidad y que sea independiente de todos los poderes públicos y privados.

La cuarta tiene que ver con el carácter de último recurso que debe tener el sistema penal. El Estado social de derecho garantiza maximizar la tutela de los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales de sus ciudadanos, al tiempo que las garantías penales y procesales minimizan la violencia punitiva. Dentro de este marco normativo una sociedad justifica la existencia del derecho penal como derecho penal mínimo y último recurso que tiene la sociedad para construir convivencia. El derecho penal no es el único medio, ni tampoco el más importante para prevenir los delitos, reducir la violencia arbitraria y evitar la imposición de penas informales. Por el contrario, el progreso de un sistema político se mide por su capacidad para tolerar sencillamente la desviación como signo y producto de tensiones y disfunciones sociales no resueltas, y por otro lado, prevenirla sin medios punitivos o autoritarios propiciando siempre la búsqueda de mejores niveles de convivencia.

El derecho penal se justifica para evitar la imposición de penas informales, para evitar que los particulares asuman la tarea de imponer penas y castigar por cuenta propia. El *ius puniendi*, el derecho a castigar es una potestad exclusiva del Estado, sujeta a límites legales, para evitar la justicia privada y contribuir por tanto a la convivencia.

La pena, como lo sostiene Ferrajoli, deberá consistir siempre en un *paini*, es decir en la privación de un derecho sufrida pasivamente. En esto radica su diferencia con las sanciones civiles, como el resarcimiento del daño y la ejecución en forma específica, que son prestaciones positivas que satisfacen obligaciones de hacer y tienen un contenido reparatorio. Se puede alterar el contenido de la pena, lo que no podrá alterarse es su carácter privativo, que es condición de su certeza, legalidad y determinación.

En definitiva, la articulación del derecho, la criminología y la economía pública desde la perspectiva propuesta pretende hacer un análisis de la impunidad, que comprenda, entre otros aspectos, el pensamiento construido, la estructura institucional, el carácter de último recurso y sus garantías teóricas y jurídicas, los instrumentos e indicadores de convivencia, los resultados del funcionamiento del sistema penal y, los costos y efectos económicos que supone su intervención.

1.3 *Metodología*

El discurso de la convivencia sirve como base teórica y metodológica que orienta tanto el diseño del estudio como su forma de análisis. La perspectiva propuesta tiende a evitar que el análisis de un problema como la impunidad derive en una suerte de impunología. Dotar de autonomía teórica o práctica asuntos que pueden ser efectos o manifestaciones de otros problemas sociales, puede conllevar la generación de estructuras institucionales e intereses difíciles de desmontar posteriormente.

En esta perspectiva también se tiene en cuenta que la dimensión cuantitativa de un problema social, como la impunidad, puede empezar a perder relevancia si los costos económicos de las respuestas construidas para hacerle frente son mayores que los resultados obtenidos. Y cuando hay prueba empírica de la existencia de otras respuestas menos costosas económicamente y más rentable socialmente.

En consecuencia la metodología supuso un trabajo de recopilación documental, de análisis de las cifras que arroja el funcionamiento del sistema penal oral acusatorio, el estudio de la evolución del gasto público en justicia, así como el análisis también de una muestra de casos jurídicos conocidos por el sistema penal y que consideramos de especial relevancia para los propósitos de este trabajo.

1.3.1 *La recopilación documental*

En este campo se hicieron todos los esfuerzos posibles para recopilar la mayor parte de la producción teórica realizada en Colombia sobre el fenómeno de la impunidad. También se incluyeron los estudios que intentan aproximarse a la dimensión cuantitativa de esta problemática. Se analizaron más de 70 documentos entre estudios y ponencias. Como anexo se encuentra un cuadro resumen.

Se recopiló igualmente toda la información legal e institucional relacionada con los programas de lucha contra la impunidad puestos en marcha en el país. Se revisaron más de 40 instrumentos legales. Como anexo también aparece un resumen de los instrumentos consultados. Algo similar realizamos con los programas de reforma a la justicia puestos en marcha recientemente en América Latina.

Finalmente reunimos y analizamos toda la información presupuestal sobre la evolución del gasto público en justicia en Colombia.

1.3.2 *Los datos estadísticos*

Se recopiló información para cada una de las cinco aproximaciones conceptuales a la impunidad que hemos presentado para este análisis.

De acuerdo con la primera definición, impunidad es delito sin castigo; es el resultado que se obtiene cuando una conducta delictiva que merece sanción no la recibe. Para intentar cuantificar la impunidad, partiendo de este concepto, identificamos los distintos supuestos legales en los que un delito puede quedarse sin castigo. Si bien son distintos si se trata de delitos querellables o de persecución oficiosa,

hemos intentando clasificarlos en tres grupos, atendiendo a la fuente determinante en la realización del supuesto. En este sentido, en el primero se integran todos aquellos para cuya realización es necesaria la actuación de los particulares.

Un delito se puede quedar sin castigo porque los particulares no denuncian, no presentan la querrela, no la presentan oportunamente, o cuando una vez presentada manifiestan su pretensión de no continuar con el proceso y ésta es aceptada por la Fiscalía y por el Juez. También un delito se puede quedar sin castigo cuando los particulares alcanzan un acuerdo conciliatorio.

La actuación o no actuación de los particulares puede contribuir de forma significativa o determinante para que en un delito se quede sin castigo en los siguientes casos:

1. No denuncian. El artículo 67 del Código de Procedimiento Penal establece que toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. Salvo en los casos de denuncia contra sí mismo, su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, o cuando medie secreto profesional.
2. No presentan querrela para el caso de los delitos querellables. La querrela, de conformidad con el artículo 70 del Código de Procedimiento Penal, es condición de procesabilidad de la acción penal.
3. Manifiestan verbal o por escrito su deseo de no continuar con los procedimientos. Figura conocida como desistimiento y reconocida en el artículo 76 del estatuto procesal.
4. Cuando los particulares no presentan la querrela oportunamente. De acuerdo con lo establecido en el artículo 73 del C.P.P. debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito, con la excepción del caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados. Si no se presenta dentro de este plazo, caduca la posibilidad de dar inicio a la acción penal.
5. Cuando concilian. La conciliación es aquel mecanismo mediante el cual las partes envueltas en un conflicto buscan una solución, racional, lógica y satisfactoria que ponga fin a la controversia. Si bien existe conciliación en el incidente de reparación integral, de la que nos ocuparemos aquí brevemente es la denominada preprocesal. Aunque podría pensarse que para este caso estaríamos en presencia más de un cambio de castigo que de un delito sin sanción, puesto que no se imponen penas restrictivas de la libertad sino obligaciones de otro tipo, lo cierto es que la potestad de castigar no la tienen los particulares sino que es una facultad exclusiva del Estado. En esta perspectiva, el resultado del acuerdo conciliatorio es que el Estado no castiga al autor del delito. El delito por tanto se queda sin castigo por renuncia expresa del Estado a su poder de castigar. Las razones por las cuales renuncia (los problemas de la pena privativa de libertad, los mecanismos alternos de solución de conflictos, la reparación a la víctima, etc...) no importan ahora, lo importante es advertir que el delito no se castiga porque las partes llegan a un acuerdo conciliatorio. En caso que la conciliación no se produzca puede continuar la acción penal y el delito recibir la sanción correspondiente.

En ningún caso esto significa que estemos abogando por la imposición de penas para los autores de los delitos objeto de conciliación, ni propiciando la desprotección de la víctima ni de la sociedad, estamos más bien abogando por delimitar con el mayor detalle posible el campo de actuación del sistema penal y advirtiendo, como tendremos la oportunidad de

demonstrarlo a lo largo de este trabajo, que el tratamiento penal de la conflictividad social sea éste por la vía sancionatoria o por el establecimiento de mecanismos alternos como la conciliación no resuelve los problemas judiciales y poco contribuye a la convivencia. Al contrario la situación se agrava porque se produce un incremento considerable e innecesario del gasto público. También queremos señalar, como lo expondremos en otro apartado de este documento, que existen otras formas de hacer frente al problema de la impunidad y de la criminalidad menos costosas económicamente y más rentable social y judicialmente.

La falta de denuncia o de querrela es considerada por algunos autores como impunidad social. Esta impunidad resulta difícil de estimar, pues supone conocer la criminalidad real.

Como ya ha sido señalado, este estudio solo se ocupará de la criminalidad registrada por las instituciones. La falta de querrela, el desistimiento, la caducidad de la querrela y la conciliación son para nosotros supuestos legales en los que la actuación de los particulares puede traer como consecuencia que un delito puesto en conocimiento de las autoridades se quede sin castigo.

En el segundo grupo de supuestos legales que pueden dejar un delito sin el reproche y sanción correspondiente agrupamos a todos aquellos que requieren autorización constitucional, legislación específica, expedición de normas reglamentarias o la vinculación de estos supuestos con motivos superiores de interés general como la paz y la política criminal. Incluimos aquí la amnistía, el indulto y el principio de oportunidad.

La amnistía es una causa de extinción de la responsabilidad penal. Es un acto jurídico emanado del poder legislativo que extingue toda responsabilidad penal y anula los antecedentes penales.

Es precisamente la impunidad generada por la mayoría de las leyes de amnistía expedidas en América Latina, por ejemplo, la que ha dado origen a la derogatoria de toda esta normativa por considerarse violatoria de la constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El indulto es también otra causal de extinción de la responsabilidad penal que supone el perdón de la pena o el castigo y normalmente está en manos del poder ejecutivo.

De conformidad con lo establecido en El Manual de procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, “el principio de oportunidad surge ante el inevitable aumento de la criminalidad y la imposibilidad de perseguir todos los hechos que revistan las características de un delito. El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renuncia a ella por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal general de la Nación y sometido a control posterior de legalidad ante el juez de garantías.

Por medio de la aplicación del principio de oportunidad, el Estado finalmente renuncia a investigar una conducta con características de delito, a la imputación o a la acusación de los presuntos responsables a pesar de que existan suficientes motivos para hacerlo, sólo por razones trascendentes de política criminal”. En consecuencia, y como resultado de la aplicación de este principio, un delito también se puede quedar sin castigo. Ver entre otras, las causales 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13 y 17 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

El tercer grupo de supuestos legales en los que un delito se puede quedar sin castigo está asociado al trabajo directo de las instituciones que integran el sistema judicial. La extinción de la acción penal, la preclusión y las sentencias absolutorias figuran dentro de las más importantes.

1. La declaratoria de extinción de la acción penal puede dejar un delito sin castigo en los siguientes casos:
 - a) Cuando se produce como consecuencia del reconocimiento de la prescripción. El Código Penal establece los supuestos en lo que puede darse la prescripción de la acción y de la pena.
 - b) Cuando se aplica el principio de oportunidad en las causales que ya hemos señalados. Artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, causales 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13 y 17,
 - c) Cuando se aplique la amnistía.
2. La decisión que reconozca la preclusión también puede dejar un delito sin castigo, a saber :
 - a) Cuando se reconozca y declare la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
 - b) Cuando exista una causal que excluya la responsabilidad.
 - c) Cuando exista imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
 - d) Cuando se haya vencido el término máximo previsto en el inciso 2 del artículo 294 del C.P.P.
3. Sentencias absolutorias. El pronunciamiento de una sentencia de este tipo puede dejar en la práctica algunos delitos sin castigo. En todo caso, dado que las sentencias son individuales, para estimar cuantitativamente si un delito se queda sin castigo sería necesario entrar a cada una de estas decisiones.

Existen otros supuestos legales relacionados con la actuación de las instituciones del sector justicia en la que existe alta probabilidad de impunidad:

1. El archivo. El artículo 79 del C.P.P. dice que procede el archivo cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, indiquen su posible existencia como tal. La decisión de archivo puede tener una alta probabilidad de impunidad, para estimarla decidimos incursionar en el estudio de algunas de estas decisiones.

La Corte Constitucional enmarco los supuestos en los que se puede dar el archivo como un asunto de tipicidad objetiva y la Corte Suprema de Justicia profirió posteriormente una sentencia para distinguir entre archivo y preclusión que está contribuyendo a fundamentar decisiones de la Fiscalía con altos índices de probabilidad de impunidad.

2. La permanencia en indagación. Los casos que permanecen en indagación tienen para nosotros también una alta probabilidad de impunidad. La probabilidad la hemos calculado teniendo en cuenta el tiempo de prescripción en la ley para cada delito, el tiempo promedio en que la Fiscalía resuelve los asuntos a su consideración y el tiempo promedio en que permanece un delito en indagación.

En cambio un delito no queda impune cuando se produce sentencia condenatoria, cuando se decreta la preclusión por atipicidad del hecho investigado y por la inexistencia del hecho, cuando se aplica la oblación y cuando se extingue la acción penal por aplicación de lagunas de las causales del art 324 del C.P.P. o principio de oportunidad.

1. Sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria es la forma como tradicionalmente termina un proceso penal declarando la responsabilidad e imponiendo las sanciones correspondientes.
2. Preclusión de la acción penal por atipicidad del hecho investigado.
3. Preclusión de la acción penal por inexistencia del hecho
4. Oblación. El artículo 87 del Código Penal establece que el procesado por conducta punible que tenga pena de unidad multa, previa tasación de la indemnización cuando a ello haya lugar, podrá poner fin al proceso pagando la suma que el juez le señale.
5. Extinción de la acción penal por aplicación del principio de oportunidad. Art 324 del C.P.P. causales 1, 2, 3, 8,10, 14,15

Con fundamento en la segunda definición de impunidad que hemos adoptado se han calculado los respectivos índices de investigación, capturas, enjuiciamiento, condena y reparación. De la misma forma hemos procedido con los otros conceptos.

Para recopilar y analizar la información estadística se tuvo en cuenta la ruta o el mapa procesal, las fases en que está dividido el proceso penal, las diversas actuaciones procesales y los diversos roles institucionales.

El primer paso que se dio fue identificar todas las instituciones del sector justicia y analizar la información pública disponible.

Posteriormente se elaboró un formato para recopilar la información para cada una de las instituciones identificadas. Se solicitó información a la Policía Nacional, La Fiscalía General, El Consejo Superior de la Judicatura, La Defensoría del Pueblo, La Procuraduría General de la Nación, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, el Ministerio de Justicia.

Una vez procesada la información de cada institución se procedió a hacer el contraste correspondiente con la obtenida de las demás instituciones. Posteriormente se realiza un proceso de devolución y consulta de los resultados que arrojan las cifras con funcionarios de las distintas instituciones. Sobre la base de un primer informe se realizan talleres de discusión con funcionarios de las instituciones, fiscales, procuradores, defensores públicos, jueces, con expertos y abogados litigantes. En el esfuerzo por obtener información consistente se llegó a estimar, para el caso de Bogotá, el número de denuncias diarias promedio y contrastarla con las que reciben efectivamente las instituciones.

1.3.3 Muestra de casos

Para profundizar en el análisis se hizo necesario tomar muestras de algunos casos de relevancia. Una de estas guarda relación con las decisiones de archivo registradas por SPOA. También se ha querido incursionar en una muestra de casos en los que se da aplicación del principio de oportunidad y de otros donde se recurre a la utilización de figuras jurídicas como los acuerdos y preacuerdos.

1.3.4 Talleres de discusión institucional

Procesada la información y producido un primer informe, se realiza una primera presentación a las autoridades políticas y técnicas de cada una de las instituciones vinculadas al sector.

La aproximación teórica, cuantitativa y cualitativa, permitirá caracterizar el problema de la impunidad en Colombia, comprender el pensamiento construido, las ideas que han orientado los programas de lucha contra la impunidad, los resultados que arroja el sistema penal, la relación gasto público e impunidad, así como nos permitirá elaborar propuestas o recomendaciones de nuevo tipo.

CAPÍTULO II - EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

Presentación.-

Tal y como señalara Emiro Sandoval Huertas, con la expresión “sistema penal” se hace referencia al conjunto de instituciones estatales, y a sus actividades, que intervienen en los procesos de creación y aplicación de normas penales.

De la forma como se organicen y desarrollen estos procesos depende, en buena medida, la paz social y la convivencia en una sociedad.

Equivocadamente, y con frecuencia, se piensa que el sistema penal se refiere sólo a las instituciones jurisdiccionales y administrativas que aplican las leyes, desconociendo el papel que cumplen tanto las propias normas penales como el proceso de creación de las mismas. El análisis y la crítica de un sistema penal no pueden estar dirigidos solamente a quienes aplican la normativa, pues el proceso de creación, además de condicionar el de aplicación, produce efectos de alta significación para la convivencia social.

Desde esta perspectiva, el estudio de la creación de normas penales supone entonces el análisis teórico y empírico de por lo menos cuatro procesos:

- 1) el de definición de conductas como delictivas o criminales, que intenta responder a las preguntas cuándo y cómo prohibir,
- 2) el de selección de las penas a imponer, que pretende por su parte dar respuesta a los interrogantes sobre cuándo y cómo castigar,
- 3) el de definición y selección de los mecanismos procesales para ejercer la potestad punitiva del Estado, que intenta contestar a las preguntas cuándo y cómo juzgar, y
- 4) el de selección y diseño de las instituciones encargadas de aplicar las normas sustanciales y procesales.

Desde el ámbito de la aplicación de normas penales, conocido también como proceso de definición secundario o de aplicación de las definiciones de delito y de “delincuente” a las conductas y a los individuos en concreto, es necesario aproximarse al estudio de la intervención de la Policía, de la Fiscalía, de Poder Judicial, de la Defensa Pública, del Ministerio Público, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y de los Jueces encargados del control judicial de la ejecución de penas.

Aunque en este informe no se aborda la descripción de los procesos de creación y aplicación de normas penales, conviene advertir que se tendrán en cuenta tanto las características particulares de cada uno de ellos, como sus relaciones entre sí. A manera de ejemplo, la impunidad puede llegar a estar condicionada por la selección de los bienes jurídicos a proteger y de los tipos penales a sancionar; hay conductas que pueden quedar fuera de este proceso de selección, y por tanto, su violación no sería objeto de sanción alguna. Los procedimientos también pueden generar impunidad, como sucede con las leyes de amnistía, perdón y olvido, y en los sistemas jurídicos transicionales, etc. Incluso en los casos de negociación de penas y delitos, la impunidad podría dejar de tener la tradicional connotación negativa y alcanzar, si se pudiera decir de esta forma, un cierto sentido positivo.

Antes de intentar describir las características de la impunidad en Colombia, resulta pertinente hacer una breve descripción del marco normativo e institucional que define y estructura el sistema penal colombiano. La acción

de quienes intervienen en la aplicación de normas está condicionada por las decisiones tomadas por el poder legislativo en algunas ocasiones, y en otras por las del poder ejecutivo.

Por su parte, la apuesta político-criminal de regular un proceso penal de tipo oral y acusatorio trae consigo una serie de cambios en el funcionamiento y organización del aparato de justicia. A fin de precisar estos cambios y su contribución a la lucha contra la impunidad, es necesario también identificar las principales innovaciones del nuevo sistema procesal, describir su estructura y las etapas procesales del mismo. En Anexo III se presenta el flujograma de este proceso, así como el de los otros sistemas procesales relacionados en este estudio.

2.1. La definición de los delitos, contravenciones y penas.

En el Código Penal, ley 599 de 2000, el legislador colombiano estableció el conjunto de normas que definen ¿Qué es? ¿Cuáles son? y ¿Qué sanciones tienen? los comportamientos que son calificados como delitos. El derecho penal colombiano es un derecho penal de acto, que sanciona la conducta y no al actor, proscribire la responsabilidad objetiva, es decir, aquella que se genera directamente por la producción de un resultado.

La definición de los delitos se hace a partir del proceso de selección de bienes jurídicos que incluye algunos de interés colectivo y excluye otros. Bien jurídico es todo bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social, es protegido jurídicamente. Los delitos son agrupados en la ley 599 de 2000 de la siguiente forma:

Delitos contra la administración pública	Delitos contra Personas y bienes Protegidos por el DIH	Delitos Contra la Libertad Individual y otras Garantías	Delitos contra el Patrimonio Económico	Delitos contra el Orden económico	Delitos contra la seguridad Pública
1. Peculado por apropiación. 2. Peculado por uso. 3. Peculado por aplicación oficial diferente. 4. Peculado culposo. 5. Omisión del agente retenedor o recaudador. 6. Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos. 7. Concusión. < 8. Cohecho propio. 9. Cohecho por dar u ofrecer. 10. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. 11. Interés indebido en la celebración de contratos. 12. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. 13. Tráfico de influencias de servidor público. 14. Enriquecimiento ilícito. 15. Prevaricato por acción. 16. Prevaricato por omisión. 17. Abuso de Autoridad por Acto Arbitrario e Injusto. 18. Abuso de autoridad por omisión de denuncia. 19. Revelación de secreto. 20. Utilización de asunto sometido a secreto o reserva. 21. Utilización indebida de información oficial privilegiada. 22. Asesoramiento y otras	1. Homicidio en persona protegida. 2. Lesiones en persona protegida. 3. Tortura en persona protegida. 4. Acceso carnal violento en persona protegida. 5. Actos sexuales violentos en persona protegida. 6. Prostitución forzada o esclavitud sexual. 7. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. 8. Perfidia. 9. Actos de terrorismo. 10. Actos de barbarie. 11. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida. 12. Actos de discriminación racial. 13. Toma de rehenes. 14. Detención ilegal y privación del debido proceso. 15. Constreñimiento a apoyo bélico. 16. Despojo en el campo de batalla. 17. Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria. 18. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. 19. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. 20. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. 21. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de	1. Desaparición forzada. 2. Secuestro simple. 3. Secuestro extorsivo. 4. Celebración indebida de contratos de seguros. 5. Apoderamiento de aeronaves, naves, o medios de transporte colectivo. 6. Privación ilegal de libertad. 7. Prolongación ilícita de privación de la libertad. 8. Detención arbitraria especial. 9. Desconocimiento de hábeas corpus. 10. Tortura. 11. Desplazamiento forzado. 12. Constreñimiento ilegal. 13. Constreñimiento para delinquir. 14. Fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar. 15. Inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas. 16. Tráfico de migrantes. 17. Trata de personas. 18. Violación de habitación ajena. 19. Violación de habitación ajena por servidor público. 20. Violación en lugar de trabajo. 21. Violación ilícita de comunicaciones.	1. Hurto 2. Hurto cualificado 3. Alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado. 4. Extorsión. 5. Estafa. 6. Emisión y transferencia ilegal de cheque. 7. Abuso de confianza. 8. Abuso de confianza calificado. 9. Abuso de condiciones de inferioridad. 10. Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito. 11. Alzamiento de bienes. 12. Sustracción de bien propio. 13. Disposición de bien propio gravado con prenda. 14. Defraudación de fluidos. 15. De la prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones 16. Utilización indebida de información privilegiada. 17. Malversación y dilapidación de bienes.	1. Acaparamiento. 2. Especulación. 3. Alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida. 4. Ofrecimiento engañoso de productos y servicios. 5. Agiotaje. 6. Pánico económico. 7. Ilícita explotación comercial. 8. Daño en materia prima, producto agropecuario o industrial. 9. Usura. 10. Usurpación de derechos de obtenedores de variedades vegetales. 11. Uso ilegítimo de patentes. 12. Violación de reserva industrial o comercial. 13. Sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes constitucionales o legales. 14. Exportación o importación ficticia. 15. Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. 16. Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. 17. Evasión fiscal. 18. Utilización indebida de fondos captados del público. 19. Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados. 20. Captación masiva y habitual de dineros. 21. Manipulación fraudulenta de especies inscritas en el registro nacional de valores e intermediarios. 22. Urbanización ilegal. 23. Contrabando. 24. Contrabando de hidrocarburos y sus derivados. 27. Favorecimiento de contrabando. 28. Favorecimiento de contrabando	1. Concierto para delinquir 2. Entrenamiento para actividades ilícitas. 3. Circunstancia de agravación. 4. Terrorismo. 5. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas. 6. Utilización ilegal de uniformes e insignias. 7. Amenazas. 8. Instigación a delinquir. 9. Incitación a la comisión de delitos militares. 10. Incendio 11. Daño en obras de utilidad social. 12. Provocación de inundación o derrumbe. 13. Perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial. 14. Siniestro o daño de nave. 15. Pánico. 16. Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles 17. Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos. 18. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. 19. Perturbación de instalación nuclear o radiactiva. 20. Tráfico, transporte y posesión de materiales radiactivos o sustancias nucleares. 21. Obstrucción de obras de defensa o de asistencia. 22. Fabricación, tráfico y porte

<p>actuaciones ilegales. 23. Intervención en política. 24. Empleo ilegal de la fuerza pública. 25. Omisión de apoyo. 26. Usurpación de funciones públicas. 27. Simulación de investidura o cargo. 28. Abuso de función pública. 29. Violencia contra servidor público. 30. Perturbación de actos oficiales. 31. Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública. 32. Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública. 33. Soborno transnacional. 34. Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública.</p>	<p>lugares de culto. 22. Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. 23. Represalias. 24. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. 25. Atentados a la subsistencia y devastación. 26. Omisión de medidas de protección a la población civil. 27. Reclutamiento ilícito. 28. Exacción o contribuciones arbitrarias. 29. Destrucción del medio ambiente.</p>	<p>22. Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación 23. Privada entre personas. 24. Divulgación y empleo de documentos reservados. 25. Violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial. 26. Utilización ilícita de equipos transmisores o receptores. 27. Violación de la libertad de trabajo. 28. Sabotaje. 29. Violación de los derechos de reunión y asociación.</p>	<p>18. Gestión indebida de recursos sociales. 19. Usurpación de tierras. 20. Usurpación de aguas. 21. Invasión de tierras o edificaciones. 22. Perturbación de la posesión sobre inmueble. 23. Daño en bien ajeno.</p>	<p>de hidrocarburos o sus derivados. 29. Defraudación a las rentas de aduana. 30. Favorecimiento por servidor público. 31. Favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados. 32. Lavado de activos. 33. Omisión de control. 34. Testaferro. 35. Enriquecimiento ilícito de particulares. 36. Apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan. 37. Apoderamiento o alteración de sistemas de identificación. 38. Receptación. 39. Destinación ilegal de combustibles.</p>	<p>de armas de fuego o municiones. 23. Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas. 24. Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares. 25. Empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal. 26. Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.</p>
<p>Contra la Fe Pública</p>	<p>Delitos Contra la Vida y la Integridad</p>	<p>Delitos contra la Salud Pública</p>	<p>Delitos contra la Integridad y la formación sexual</p>	<p>Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia</p>	<p>Delitos contra los mecanismos de participación</p>
<p>1. Falsificación de moneda nacional o extranjera. 2. Tráfico de moneda falsificada. 3. Tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda. 4. Emisiones ilegales. 5. Circulación ilegal de monedas. 6. Valores equiparados a moneda. 7. Falsificación de efecto oficial timbrado. 8. Circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado. 9. Emisión ilegal de efectos oficiales. 10. Supresión de signo de anulación de efecto oficial. 11. Uso y circulación de efecto oficial anulado. 12. Falsedad marcaría. 13. Falsedad ideológica en documento público. 14. Falsedad material en documento público. 15. Obtención de documento público falso. 16. Falsedad en documento privado. 17. Uso de documento falso. 18. Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público. 19. Destrucción, supresión u ocultamiento de documento privado. 20. Falsedad para obtener prueba de hecho verdadero. 21. Falsedad personal</p>	<p>1. Genocidio. 2. Embarazo forzado. 3. Apología del genocidio. 4. Homicidio. 5. Homicidio preterintencional. 6. Homicidio por piedad. 7. Inducción o ayuda al suicidio. 8. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. 9. Homicidio culposo. 10. Lesiones. 11. Parto o aborto preterintencional. 12. Lesiones culposas. 13. Aborto. 14. Aborto sin consentimiento 15. Lesiones al feto. 16. Lesiones culposas al feto. 17. Abandono. 18. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. 19. Omisión de socorro. 19. Manipulación genética. 20. Respetabilidad del ser humano. 21. Fecundación y tráfico de embriones humanos.</p>	<p>1. Violación de medidas sanitarias. 2. Propagación de epidemia. 3. Propagación del virus de inmunodeficiencia humana o de la hepatitis b. 4. Contaminación de aguas. 5. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico. 6. Imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias. 7. Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud. 8. Conservación o financiación de plantaciones. 9. Tráfico, fabricación o porte de stupefacientes. 10. Destinación ilícita de muebles o inmuebles. 11. Estimulo al uso ilícito. 12. Suministro o formulación ilegal. 13. Suministro o formulación ilegal a deportistas. 14. Suministro a menor. 15. Tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos. 16. Porte de sustancias. 17. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.</p>	<p>1. Acceso carnal violento. 2. Acto sexual violento. 3. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. 4. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. 5. Actos sexuales con menor de catorce años. 6. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. 7. Acceso carnal. 8. Inducción a la prostitución. 9. Constreñimiento a la prostitución. 10. Estimulo a la prostitución de menores. 11. Pornografía con menores. 12. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. 13. Omisión de denuncia.</p>	<p>1. Falsa denuncia. 2. Falsa denuncia contra persona determinada. 3. Falsa autoacusación. 4. Circunstancias de agravación. 5. Reducción cualitativa de pena en caso de contravención. 6. Omisión de denuncia de particular. 7. Falso testimonio. 8. Soborno en la actuación penal. 9. Infidelidad a los deberes profesionales. 10. Favorecimiento. 11. Receptación. 12. Fuga de presos. 13. Favorecimiento de la fuga. 14. Fraude procesal. 15. Fraude a resolución judicial. 16. Amenazas a testigo. 17. Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. 18. Impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas.</p>	<p>1. Perturbación de certamen democrático. 2. Constreñimiento al sufragante. 3. Fraude al sufragante. 4. Fraude en inscripción de cédulas. 5. Corrupción de sufragante. 6. Voto fraudulento. 7. Favorecimiento de voto fraudulento. 8. Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación. 9. Alteración de resultados electorales. 10. Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula. 11. Denegación de inscripción.</p>
<p>Delitos Contra la integridad Moral</p>	<p>Delitos contra la Familia</p>	<p>Delitos contra los derechos de autor</p>	<p>Delitos contra el régimen legal y constitucional</p>	<p>Delitos contra la seguridad estatal</p>	<p>Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente</p>

<ol style="list-style-type: none"> 1. Injurias. 2. Calumnias. 3. Injurias y calumnias indirectas. 4. Eximente de responsabilidad. 5. Retracción. 6. Injurias por vías de hecho. 7. Injurias o calumnias recíprocas. 8. Imputaciones de litigantes. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Violencia intrafamiliar. 2. Maltrato mediante restricción a la libertad física. 3. Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. 4. Mendicidad y tráfico de menores. 5. Adopción irregular. 6. Inasistencia alimentaria. 7. Malversación y dilapidación de bienes de familiares. 8. Incesto. 9. Supresión, alteración o suposición del Estado civil. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Violación a los derechos morales de autor. 2. Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos. 3. Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Rebelión. 2. Sedición. 3. Asonada. 4. Seducción, usurpación y retención ilegal de mando. 5. Conspiración 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Menoscabo de la integridad nacional 2. Hostilidad militar. 3. Traición diplomática. 4. Instigación a la guerra. 5. Atentados contra hitos fronterizos. 6. Actos contrarios a la defensa de la nación. 7. Ultraje a emblemas o símbolos patrios. 8. Aceptación indebida de honores. 9. Espionaje. 10. violación de tregua o armisticio. 11. Violación de inmunidad diplomática. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables. 2. violación de fronteras para la explotación de recursos naturales 3. manejo ilícito de microorganismos nocivos. 4. daños en los recursos naturales. 5. contaminación ambiental. 6. contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo. 7. experimentación ilegal en especies animales o vegetales. 8. pesca ilegal. 9. caza ilegal 10. invasión de aéreas de especial importancia ecológica 11. explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales
--	--	---	---	---	---

Existe otra serie de conductas prohibidas de menor significación llamadas contravenciones o pequeñas causas. El Código Nacional de Policía, y la Ley de Convivencia y Seguridad Ciudadana definen estas conductas en Colombia. La Ley de Pequeñas Causas, aunque la tendremos en cuenta en el desarrollo de este estudio, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

El objeto del derecho de policía es la reglamentación de las libertades públicas, con el fin de garantizar la tranquilidad, la seguridad, la moralidad y la salubridad pública. El Código Nacional de Policía está contenido en el decreto 1355 de 1970, modificado por el decreto 522 de 1971. En este cuerpo legislativo se encuentran regulados los medios a través de los cuales las autoridades de policía pueden cumplir con sus funciones. Entre ellos, podemos nombrar los reglamentos, permisos, órdenes, empleo de la fuerza, servicios de policía, vigilancia privada, allanamiento de domicilio y asistencia militar.

En el libro segundo se encuentra la regulación de las libertades públicas, entre ellas: la libertad de locomoción, residencia, reunión, comercio e industria, derecho de propiedad, espectáculos y la prostitución. En el libro tercero se encuentran reguladas las contravenciones de policía, cuya consecuencia es la imposición de amonestación. El título cuarto regula lo relativo a las contravenciones especiales y sus correspondientes sanciones.

A través de la ley 1153 de 2007, conocida como Ley de Pequeñas Causas, el legislador colombiano convirtió muchas de las conductas que eran consideradas como delito en contravenciones. La contravención tiene las mismas características del delito, con la diferencia que el legislador considera que la lesión es de menor la gravedad y las penas que se imponen por las mismas suelen ser también menos graves.

Como ya lo señalamos ésta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-879 de 2008, argumentando que la ley no podía facultar a policías y jueces para adelantar investigaciones que solo puede realizar la Fiscalía lo cual, entre otras cosas, afectaba el principio de separación de las funciones de investigación y juzgamiento y llevaba a la impunidad pues no estaba ceñida a los términos legales. Como consecuencias notables de la declaratoria de inexecutable de la ley se puede mencionar que los condenados por ésta deberán cumplir su pena (exclusión del principio de favorabilidad) y los procesos que se tramitaran serían traspasados a la Fiscalía General de la Nación.

Finalmente, se plantea la posibilidad de crear una nueva ley de pequeñas causas que atienda a los requerimientos sugeridos por la Corte Constitucional, ya que la intención del ejecutivo es apoyar a descongestión judicial y

hacer el proceso más expedito. Sin embargo, hasta el momento no se conoce ningún otro pronunciamiento al respecto. En todo caso, con la advertencia de su carácter inconstitucional, a manera ilustrativa de tendencias en este campo, dejamos incorporada en el análisis la Ley.

Las contravenciones que regulaba esta ley se pueden agrupar en cuatro bloques:

- a) **contravenciones contra la integridad personal** (lesiones personales: dolosas con incapacidad menor a 10 días, culposas con incapacidad de menos de 30 días -en ambos casos que no deje secuelas- y la omisión del deber de socorro);
- b) **contravenciones contra el patrimonio económico** (cuando la cuantía sea de menos de 10 salarios mensuales legales vigentes);
- c) **contravenciones contra la salud pública**, (consumo de sustancias estupefacientes o que generen dependencia en presencia de menores, así como el consumo en establecimientos educativos, lugares aledaños a éstos o en domicilio de menores - ley 745 de 2002) y
- d) **la violación a la libertad religiosa, falsa autoacusación y la infidelidad a los deberes profesionales.**

Contravenciones especiales del Código Nacional de Policía.

Contravenciones especiales que afectan la seguridad y la tranquilidad públicas	Contravenciones especiales que afectan el patrimonio	Contravenciones especiales que afectan el orden social
<ol style="list-style-type: none"> 1. Uso indebido de la bandera o el escudo de Colombia o cualquiera otro emblema patrio. 2. Reunión tumultuosa que perturbe el pacífico desarrollo de las actividades sociales. 3. Organización de reunión pública efectuada sin el cumplimiento de los requisitos legales. 4. Obstaculización del tránsito de persona o vehículo en vía pública 5. Obstaculización con ocasión de huelga, reunión pública u otra circunstancia análoga. 6. Escritura colocación de leyenda o dibujo ultrajante o incite a quebrantar la ley o desobedecer a la autoridad en lugar público o abierto al público. 7. Desobedecimiento de orden legítima de autoridad u omite sin justa causa prestarle el auxilio que aquella solicite. 8. Omisión de colocar los aparatos, señales o avisos destinados a prevenir accidentes en el trabajo o en las vías de comunicación, o los altere o dañe. 9. Prender fuego a cosa propia, con riesgo para persona o propiedad ajena. 10. Adquirir o portar sin permiso de autoridad competente arma de fuego. 11. Fabricación, venta o suministro sin permiso de autoridad fuegos artificiales incurrirá. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Enajenación o constitución de prenda sobre reliquias, cuadros o esculturas o utensilios históricos o artísticos, que se encuentren en zonas arqueológicas, edificios públicos, museos, monasterios, templos o casas consistoriales. 2. Sacar del país reliquias, cuadros o esculturas o utensilios históricos o artísticos, que se encuentren en zonas arqueológicas, edificios públicos, museos, monasterios, templos o casas consistoriales. 3. Negociación de administrador, dueño o empleado de prenda o establecimiento donde se adquieran objetos con pacto de retroventa, con persona e negocie con persona que no se identifique debidamente ni declare la procedencia legítima de los bienes, u omite dejar testimonio escrito de estas circunstancias con la firma del contratante en libro foliado y registrado en Cámara de Comercio. 4. Recibir u obtener dinero de alguna manera objeto procedente de un delito sin conocer su origen, omite, después de saberlo, dar aviso a la autoridad de tal hecho. 5. Posesión de cosa mueble que haya sido objeto de una infracción penal y no de explicación satisfactoria de su tenencia legítima. 6. Alteración de marca que acredite la propiedad de semoviente ajeno, o marque como propio el que no le pertenezca. 7. Posesión de llave falsa o deformada, ganzúa o cualquiera otro instrumento apto para descerrajar o abrir puerta o ventana o para quebrantar otro medio de protección de la propiedad, y no de explicación satisfactoria sobre su tenencia o destino legítimos, incurrirá en arresto de seis a doce meses. 8. Ser sorprendido dentro de habitación ajena, depósito, granero, caballeriza o cualquier otro lugar destinado a la guarda o custodia de animales u otros bienes, o dentro de tienda o almacén que no estén abiertos al público, y no justifique su presencia en tales lugares. 9. Abuso de la ignorancia, la superstición o la credulidad ajenas. 10. Apropiación de cosa ajena extraviada, parte de un tesoro o cosa por error. 11. Negación a pagar sin justa causa el valor de lo consumido en establecimiento comercial. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ejercicio de la mendicidad teniendo medios de subsistencia. 2. Ejercicio de la mendicidad fingiendo enfermedad o defecto físico. 3. Ejercicio mendicidad explotando enfermedad cierta o lacra o defecto físico verdaderos que no lo inhabiliten para trabajar. 4. Ejercicio de la mendicidad, valiéndose de menores de edad, o de enfermos o de lisiados, o los facilite a otro con tal fin. 5. Explotación de juegos prohibidos. 6. Suministro de bebidas alcohólicas a menores de diez y ocho años en establecimiento abierto al público en donde se suministren. 7. Omisión dar aviso a la autoridad competente de la entrada de persona presumiblemente víctima de lesión inferida por otra por parte de médico, practicante o enfermero de hospital, casa de salud, clínica u otro establecimiento similar público o privado. 8. Ejercicio ilegal de profesión u oficio.
Contravenciones especiales que afectan la fe pública	Contravenciones especiales que afectan la salubridad pública	Contravenciones especiales que afectan la economía nacional
<ol style="list-style-type: none"> 1. No de aviso a la autoridad de la existencia de persona afectada de enfermedad respeto de la cual se exija tal aviso. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Declaración falsa o recusación dar datos sobre la identidad, estado u otras generalidades de la ley acerca de su propia persona o de otra conocida a funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones, declare falsamente o rehúse. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Enajenación o suministro de cosa destinada al comercio en cantidad o calidad inferior a la declarada o convenida. 2. Señalar mercancías con distintivo o

2. Venda medicamentos cuya fecha para uso terapéutico haya expirado o suprima o altere tal fecha. 3. Adulteración de bebidas o las suministre o expendas adulteradas. 4. Enajenación o suministro de cosa adulterada, dañada o alterada.	2. Modificar sin permiso los números de identificación de motor, carrocería, bastidor o "chasis" de vehículo automotor o los de la placa de su matrícula o use placa distinta de la autorizada 3. Cambio sin autorización de figura o forma exterior de vehículo automotor. 4. Autorización de la matrícula de vehículo automotor nacionalizado o el registro del traspaso de su propiedad, cuando el peticionario no presente los documentos prescritos por ley o reglamento, en ejercicio de función pública	marcas que induzcan a error sobre su procedencia o contenido, incurrirá en multa de un mil a veinte mil pesos. 3. Posesión de pesas o medidas adulteradas, incurrirá en multa de quinientos a cinco mil pesos.
CONTRAVENCIONES ESPECIALES QUE AFECTAN LA MORAL PÚBLICA 1. Acto obsceno en sitio público o abierto al público.	CONTRAVENCIONES ESPECIALES QUE AFECTAN LA INTEGRIDAD PERSONAL 1. Averiguación de hechos de la vida íntima o privada de otra persona, incurrirá. 2. Divulgación de los hechos de la vida íntima o privada de otra persona. 3. Divulgación de un hecho de la vida privada ajena del que tenga conocimiento.	

Contravenciones de la Ley de Pequeñas Causas (Declarada inconstitucional)

CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO La cuantía no supere 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y no sea excluido por la ley: 1. Hurto 2. Hurto calificado 3. Hurto agravado 4. Hurto atenuado 5. Estafa 6. Emisión y transferencia ilegal de cheque 7. Abuso de confianza 8. Abuso de confianza calificado 9. Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito 10. Alzamiento de bienes 11. Disposición de bien propio gravado con prenda 12. Defraudación de fluidos 13. Perturbación de la posesión sobre inmueble 14. Daño en bien ajeno	CONTRA LA INTEGRIDAD PERSONAL 1. Lesiones personales dolosas. 2. Lesiones personales culposas. 3. Omisión de socorro. CONTRA LA SALUD PÚBLICA 1. <i>Consumo de sustancias en presencia de menores.</i> 2. <i>Consumo de sustancias en establecimiento educativo o domicilio.</i> OTRAS CONTRAVENCIONES 1. Violación a la libertad religiosa. 2. Impedimento y perturbación de ceremonia religiosa. 3. Daños o agravios a personas o a cosas destinadas al culto. 4. Irrespeto a cadáveres.
--	--

Hace más de un año se promulgó la Ley de Convivencia y Seguridad Ciudadana, Ley 1142 de 2007. A través de esta ley se modifican el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. Su objeto es adoptar medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto. Establece que los jueces penales municipales serán los encargados de juzgar casos de lesiones personales, delitos contra el patrimonio económico (no superiores a los 150 salarios mínimos), delitos de violencia intrafamiliar; y regula su función como juez de control garantías. Fija nuevas pautas para evaluar el nivel de peligrosidad de un imputado y asimismo su libertad, entre las que se pueden mencionar: a) la continuidad, b) número de delitos y la naturaleza, c) estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, d) sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional. Además, anula la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando el delito imputado sea: a) tráfico de migrantes, b) acceso carnal o actos con incapaz de resistir, c) violencia intrafamiliar, d) hurto calificado y agravado, e) estafa agravada, f) uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados, g) fabricación, tráfico y uso de armas de fuego o municiones de uso personal, g) peculado por apropiación en cuantía superior a 50 salarios mínimos, h) concusión, i) cohecho, j) receptación.

También dispone la ley una agravación punitiva en los delitos de Violencia Intrafamiliar y Hurto. En el primer caso, la pena es de 4 a 8 años, que aumenta entre la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor de edad, una mujer, mayor de 65 años, incapacidad o estado de indefensión. Para el hurto calificado, la pena de prisión es de 6 a 12 años (elementos de servicio de comunicaciones, energía eléctrica, gas domiciliario, o de acueducto y alcantarillado), a 14 años (violencia contra las cosas), a 15 años (un medio motorizado, mercancías o combustible) o a 16 años (violencia contra las personas).

La Ley permite que haya jueces de garantías ambulantes para aquellos sitios donde sólo existe un juez municipal. Otro aspecto que regula es la obligación que tienen los fiscales de fundamentar por escrito y exigir reserva a las personas que participan en diligencias de interceptación de comunicaciones.

Para que un hecho punible no quede impune es necesario determinar la responsabilidad e imponer en consecuencia una sanción. Las penas previstas para los delitos y contravenciones también están definidas en la ley. En materia punitiva, además del principio de legalidad, es indispensable tener en cuenta principios como el de humanidad, necesidad de la pena o pena mínima necesaria, respeto de la persona humana, proporcionalidad, equidad y certeza, y determinación judicial de la pena, entre otros.

El siguiente es el catálogo de penas existentes en la legislación colombiana.

Ley 599 de 2000. Código Penal

PENAS PRINCIPALES	PENAS ACCESORIAS
1. La privativa de la libertad , 2. La pecuniaria de multa, 3. Privativas de otros derechos: 3.1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. 3.2. La pérdida del empleo o cargo público. 3.3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio. 3.4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría. 3.5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas. 3.6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma. 3.7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos. 3.8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. 4.9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.	Las penas privativas de otros derechos, son accesorias y se imponen cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible.
	PENAS SUSTITUTIVAS
	1. La prisión domiciliaria 2. Arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa. 3. Sistemas de vigilancia electrónica

Ley de Pequeñas Causas (Declarada inconstitucional)

PRINCIPALES	1. El trabajo social no remunerado en dominicales y festivos. 2. La multa 3. El arresto
ACCESORIAS	1. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio. 2. Prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas. 3. Privación del derecho a la tenencia y porte de armas. 4. Privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas. 5. Capacitación obligatoria del contraventor o participación en programas de rehabilitación para personas con problemas de drogadicción, alcoholismo o similares.

Código de Policía

CONTRAVENCIONES NACIONALES DE POLICÍA.	CONTRAVENCIONES ESPECIALES DE POLICÍA
1. La amonestación en privado; 2. La represión en audiencia pública; 3. La expulsión de sitio público o abierto al público; 4. La promesa de buena conducta; 5. La promesa de residir en otra zona o barrio; 6. La prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público; 7. La presentación periódica ante el comando de policía; 8. La retención transitoria; 9. La multa; 10. El decomiso; 11. El cierre del establecimiento; 12. La suspensión de permiso o licencia; 13. La suspensión de obra; 14. La demolición de obra; 15. La construcción de obra; 16. El trabajo en obras de interés público;	1. Multa 2. Arresto. 3. Decomiso 4. Clausura del establecimiento.

2.2. El procedimiento penal

La respuesta a las preguntas cuándo y cómo juzgar que consagra todo procedimiento penal no es para nada una respuesta simple. Un procedimiento penal es el conjunto de mecanismos a través de los cuales el Estado ejerce

su potestad punitiva. El reconocimiento de las garantías procesales, como la de jurisdiccionalidad (que establece que no hay delito, proceso ni pena sin jurisdicción), la presunción de inocencia y todas las demás, son elementos esenciales de un proceso, pues la actividad jurisdiccional es fundamentalmente una actividad de carácter cognoscitivo sujeta a pruebas y contra pruebas, ya que están en juego los derechos de los ciudadanos. La capacidad de estructurar un proceso para buscar tendencialmente la verdad y resolver conflictos respetando los derechos, supone también, como se verá más adelante, la organización de un sistema institucional que haga posible la intervención de un juez independiente.

La justificación democrática de la jurisdicción y del proceso penal no tiene nada que ver con la idea democrática de representación de las mayorías, ya que no es legítimamente posible condenar a un ciudadano por la opinión de la mayoría, pues ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero.

En definitiva, un proceso penal es o debe ser garantía de: verdad, independencia y libertad.

En el proceso de selección del procedimiento a aplicar, el legislador colombiano optó por un sistema procesal de carácter oral y acusatorio. Se puede llamar acusatorio, siguiendo a Ferrajoli, a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes, y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público, resuelto por el juez según su libre convicción.

2.2.1. Procedimiento Ordinario de Juzgamiento. Ley 906 de 2004. Proceso Penal Oral Acusatorio

A través del acto legislativo N° 3 de 2002 inicia el llamado “sistema penal acusatorio” en Colombia. Este acto legislativo modificó, junto con al artículo 116, los artículos 250 y 251 de la Constitución Nacional. Alrededor de la redefinición de los roles que debe cumplir la Fiscalía, se estructuró un nuevo sistema de procedimiento penal.

Este es el proceso ordinario de juzgamiento del sistema penal en Colombia e intervienen en el mismo: a) Juez penal; b) Fiscalía (quien investiga y lleva al juez el caso para que sea sancionado por el juez –ejercicio de la acción penal-); c) Policía Judicial, que auxilia a la Fiscalía en la investigación de los hechos; d) La defensa; e) Ministerio Público, cuya presencia en el proceso es potestativa y se encarga de la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales; e) Víctima y su representante.

Como se desarrollará más adelante, son tres las etapas del proceso penal: a) indagación, b) Investigación y c) Juicio. En la primera, la Fiscalía y Policía Judicial buscan los elementos materiales, evidencias e información que señale quien es autor o partícipe del hecho que se investiga. Una vez concluidas estas actividades, la Fiscalía realiza la **formulación de la imputación** ante el juez de control de garantías. Con **la formulación de imputación se abre la segunda etapa**. La imputación es el acto de comunicación a través del cual se informa a una persona de que se ha iniciado un proceso penal en su contra. Finalizada la audiencia de formulación de imputación, el fiscal tiene 30 días para adelantar la investigación, y proceder a **formular la acusación** o la preclusión del proceso ante el juez de conocimiento. También puede hacer uso del principio de oportunidad, mediante el cual la Fiscalía puede, en los casos y con los requisitos establecidos en la ley, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. El fiscal formula la acusación en audiencia ante el juez de conocimiento y se da inicio a la **etapa de juzgamiento**.

A partir de la **audiencia de acusación** comienza el descubrimiento de las pruebas por parte de la fiscalía, que termina con el señalamiento de la fecha, hora y sala para la celebración de la **audiencia preparatoria**. En esta última, Fiscalía y Defensa debaten sobre las pruebas que se practicarán en el juicio. Hay que señalar que hasta antes del inicio del juicio oral se pueden aceptar los cargos y se pueden hacer negociaciones y preacuerdos. En el **juicio oral**, la Fiscalía y la Defensa exponen la teoría del caso y presentan pruebas a través del interrogatorio. En esta audiencia el juez tiene que emitir el sentido del fallo, sea absolutorio o condenatorio. Si condena,

escucha los alegatos de las partes dirigidos a la dosificación de la pena, que impondrá en la audiencia que se celebrará 15 días después. La decisión del juez puede ser apelada en segunda instancia, recurso que será resuelto en 10 días.

Por último, debe tenerse en cuenta que las medida de aseguramiento, las cautelares necesarias y las restrictivas de la libertad deben ser ordenadas y vigiladas por el juez de control de garantías. Las medidas cautelares tienen como finalidad limitar los derechos de propiedad del imputado sobre sus bienes a fin de garantizar el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a la víctima. Las de aseguramiento por su parte, son aquellas que limitan la libertad de la persona relacionada con la comisión de un delito con el propósito de evitar la fuga o evasión de la justicia.

2.2.2. *Ley de Pequeñas Causas (Declarada inconstitucional)*

Para las contravenciones de la llamada Ley de Pequeñas Causas, el procedimiento se caracterizaba por ser oral y sumario; las penas a imponer eran: multa, trabajo social y arresto. Dos eran las modalidades procesales que desarrollaba la ley : una que iniciaba a petición de parte, con la instauración **de querrela**, y otra que se iniciaba de oficio, en los **casos de flagrancia**. Este proceso no contemplaba la intervención del Fiscal, por lo que la **investigación** la realizaba la Policía Judicial. A continuación, se desarrollaba la **audiencia preliminar**, en la que se debía realizar el acto de imputación, es decir, el acto por medio del cual se le comunica al procesado que existe una causa contravencional en su contra. En esta audiencia, el procesado podía **aceptar la imputación**, lo que tenía prevista una posible rebaja de pena. Posteriormente, en el **juicio oral** se tenía previsto decidir sobre la culpabilidad o inocencia de la o las personas a las cuales se realizó la imputación.

2.2.3. *Sistema de Responsabilidad Juvenil.*

La ley 1098 de 2006³, establece un tratamiento especial para todos los menores de edad, entre los 14 y 17 años, que trasgreden la ley penal. Este proceso pretende ser de carácter educativo, diferenciado al de los adultos, y que tenga como centro el restablecimiento de derechos. Al conjunto de principios, normas, autoridades y procedimientos, que intervengan a este respecto se le denomina **sistema de responsabilidad para adolescentes**⁴. Para los menores de 14 años está establecida la exclusión de la responsabilidad penal, es decir, que no serán juzgados por violaciones de la ley penal; para ellos se aplican medidas de verificación y restablecimiento de sus derechos, a través de programas de atención especializada a cargo del Instituto de Bienestar Familiar.

A pesar de su especialidad, el artículo 144 de la ley 1098 de 2006⁵ establece que el proceso se regirá por la ley 906 de 2004, procedimiento establecido para adultos, salvo algunas reglas espaciales y aquellas que sean

³ Entre otros, se señala por muchos autores que los avances más significativos de esta ley tienen que ver con: a) el cambio de paradigma, de la situación irregular a la protección integral; b) el establecimiento de la responsabilidad penal para los adolescentes entre 14 y 17 años; y c) el establecimiento del debido proceso para los menores. Esta ley deroga el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos.

⁴ Artículo 139 de la Ley 1098 de 2006.

⁵ Artículo 144 de la ley 1098 de 2006: “Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.”.

contrarias al interés superior del niño⁶. Brevemente señalaremos a continuación algunos aspectos particulares: **a.** La realización de los procedimientos policiales que se requieran, está a cargo de la Policía Judicial para la infancia y la adolescencia, o por Policías Judiciales capacitados en derechos humanos y de infancia. Además se crean los Juzgados penales para adolescentes. **b.** Se establecen limitaciones respecto de la publicidad de las audiencias para proteger la identidad o daño psicológico. **c.** En cualquier momento del proceso y en todo procedimiento policial, el adolescente debe ser acompañado por el Defensor de Familia, quien verifica la garantía de sus derechos. **d.** No proceden los acuerdos entre la Defensa y la Fiscalía. **e.** Los adolescentes no podrán ser juzgados en ausencia. **f.** Establece la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en casos de adolescentes que participen en hostilidades o acciones de grupos armados.

Las sanciones establecidas en la ley son: 1. La amonestación. 2. La imposición de reglas de conducta. 3. La prestación de servicios a la comunidad. 4. La libertad asistida. 5. El internamiento en medio semi-cerrado. 6. La privación de libertad en centro de atención especializado⁷.

2.2.4. *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) son un conjunto de medios o vías, diferentes a la judicial, que la ley les da fuerza u obligatoriedad para la solución de conflictos. La mayoría de estos mecanismos fueron desarrollados a partir de la ley 23 de 1991 (y la normas que la modifican). Dentro de las figuras que existen se puede mencionar la **mediación**, un sistema de autocomposición en el cual las partes resuelven sus diferencias por sí mismas, gracias a la ayuda de un tercero imparcial aceptado por ambas partes. Una modalidad de la mediación es la denominada mediación **comunitaria**. En ésta, es un miembro de la comunidad quien voluntariamente y de forma gratuita presta sus servicios para esa comunidad.

Otro MASC es la **Conciliación**, otro sistema de autocomposición. Puede solicitarse, ejercerse, ante las autoridades judiciales, las administrativas y los Centros de Conciliación debidamente autorizados. Los efectos que le otorga la ley son los mismos que los de una sentencia. La conciliación se denomina **de derecho** cuando se realiza a través de los conciliadores de centros de conciliación, o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias (Ley 640 de 2001). Es **en equidad**, cuando el tercero que interviene es una persona con reconocimiento comunitario y alto servicio social.

La **Amigable composición**, se asimila a la mediación, con la diferencia que en esta modalidad las partes delegan en un tercero la facultad de precisar -con fuerza para ambas partes- la solución de un conflicto específico. Este mecanismo, en sus efectos, es igual a la transacción. La **Transacción** ha sido definida por la ley como una “forma anormal de terminación del proceso judicial”; aunque hay quienes la ubican como una forma de MASC si el arreglo amigable proviene de las partes.

El **Arbitramento** es un mecanismo en el que las partes involucradas en un conflicto (en el que la ley prevé que los derechos en disputa sean negociados), permiten que un particular dirima cualquier diferencia surgida de una relación contractual, denominándoseles árbitros. Su pronunciamiento se llama Laudo Arbitral y equivale a una sentencia. Si en el contrato se pacta este mecanismo, la estipulación se llama “cláusula arbitral”; “Compromiso” se llama si el mecanismo se pacta en el momento que se presenta el conflicto.

Para cerrar este apartado, la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, establece lo relativo a la justicia restaurativa. Define la misma como “todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un

⁶ Este principio convierte a los niños en sujetos privilegiado de derechos, y sus intereses y derechos son prioritarios a los de cualquier otro. Tomado de MUÑOZ, Jesús Antonio. “NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL”. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Consejo Superior de la Judicatura. Primera edición. 2006.

⁷ Artículo 177 de la Ley 1098 de 2006.

resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.” (Artículo 518 de la ley 906 de 2004). Son mecanismos de justicia restaurativa, la conciliación pre-procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

2.3. Procedimientos y jurisdicciones especiales

Además de la jurisdicción ordinaria, existen otras jurisdicciones y procedimientos especiales que forman parte del sistema penal colombiano y que merece la pena describir brevemente.

2.3.1. Ley de justicia y paz.

La ley 975 de 2005, así como sus decretos reglamentarios, conforman el conjunto normativo que el gobierno nacional, en el marco de la política de seguridad democrática, expidió para la desmovilización de los grupos al margen de la ley. Esta ley tiene como objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil, de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Se aplica para los delitos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos que hubieran decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional. Este proceso inicia con la entrega por parte del Gobierno a la Fiscalía del listado de pertenecientes al grupo armado. A partir de ese momento, ésta asume la tarea de indagar sobre las conductas que sean de su competencia. A más tardar dentro de los 6 meses siguientes, se realiza la **Audiencia de versión libre**, en la que el desmovilizado confiesa los hechos en los que haya participado (Circunstancias de tiempo, modo y lugar), así como la indicación de bienes que se entregan. Dentro de las treinta y seis horas siguientes se adelanta la **Audiencia de Imputación**. El Fiscal hace la imputación fáctica de los cargos investigados y se adoptan las medidas cautelares sobre los bienes. El fiscal tiene 60 días para la investigación y verificación de los hechos admitidos por el imputado, además, de todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia. Con base en ello se realiza la **Acusación en audiencia**. El desmovilizado imputado puede aceptar o no los cargos; sobre lo aceptado se sigue el trámite por este procedimiento, respecto a lo no aceptado, se remite al juez competente. La aceptación de cargos se **verifica a través de audiencia**, y si ésta es conforme a derecho (declaración que hace el juez de conocimiento), se cita a **audiencia de reparación integral**, instancia en la que se trata lo relativo a las pretensiones de la víctima, y a audiencia de **individualización de la pena**. La pena alternativa consiste en privación de la libertad por un período de 5 a 8 años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos. El lugar es el que determine el Gobierno Nacional (deben reunir condiciones de seguridad y austeridad propias de los establecimientos administrados por el INPEC).

2.3.2. Justicia Penal Militar

A través de la Justicia Penal Militar se juzga a los miembros de la Fuerza Pública, es decir, a los miembros del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional, por los delitos cometidos en desarrollo de las actividades que la Constitución Nacional les asigna⁸. Estos delitos pueden ser comunes, los señalados en la ley penal⁹ para

⁸ Artículo 221 de la Constitución Nacional y art. 1 y 2 de la ley 522 de 1999 –Código Penal Militar.

⁹ Ley 599 de 2000.

todos los colombianos, o especiales, propios de su actividad, establecidos en el código Penal Militar. Es importante mencionar aquí que en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada¹⁰; así como los delitos de lesa humanidad y demás violaciones e infracciones de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario (DIH)¹¹.

La Justicia Penal Militar está compuesta por:

- a) Juzgados de Primera Instancia, Tribunal Superior Militar y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- b) Jueces de Instrucción de Primera Instancia; Magistrados del Tribunal Superior Militar y los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;
- c) Fiscales Penales Militares ante los Juzgados de Primera Instancia y Tribunal.
- d) Los Auditores de Guerra, que son asesores jurídicos y elaboran proyectos de decisión.
- e) El Ministerio Público delegado ante la Justicia Penal Militar.

2.3.3. Jurisdicción¹² Indígena¹³.

El derecho colombiano define la comunidad indígena como una colectividad que posee una serie de rasgos característicos de tipo cultural, territorial y genético, que permiten identificarla como un grupo diferenciado del resto de la sociedad¹⁴. Como parte de los elementos culturales que comparte, se encuentran formas de gobierno, gestión y control social; así como autoridades y sistemas normativos. Por ello, el artículo 246 la Constitución Nacional reconoce una Jurisdicción Especial a los pueblos indígenas, para *“ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”*.

Desde la postura Estatal, cuatro son los elementos que componen esta Jurisdicción¹⁵ y que demarcan sus límites y ejercicio: a) La existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; b) La capacidad de los pueblos para establecer normas y procedimientos propios; c) la sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y la ley, y, d) La competencia del legislador para reglamentar la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las autoridades nacionales.

Por tanto, los miembros de las diferentes comunidades indígenas tienen derecho a ser juzgados por sus autoridades y sus leyes y procedimientos, derecho que se conoce con el nombre de “fuero indígena”. El fuero indígena comprende dos aspectos: el personal y el territorial. El primero hace referencia a la pertenencia del individuo a las normas y costumbres de su propia comunidad; el segundo, se refiere al hecho de que cada comunidad pueda juzgar las conductas que ocurran dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. Así, *“las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena.”*¹⁶.

¹⁰ Artículo 3 de la ley 522 de 1999.

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional C- 358 de 1997.

¹² En sentido lato este término se entiende como el poder de gobernar y ejecutar; y en sentido lato, que es como la utilizamos en el aquí, es la facultad de administrar justicia mediante la aplicación de normas legales a casos concretos. En este sentido: ARENAS, Antonio Vicente. *“PROCEDIMIENTO PENAL”*. Ed. Temis. Sexta edición. Bogotá. 1987.

¹³ Nos referimos a ella desde la perspectiva legal y Constitucional, más con el ánimo de hacer una descripción normativa, que de tomar partido dentro de las diferentes concepciones antropológicas o jurídicas.

¹⁴ artículo 2º del decreto 2164 de 1995.

¹⁵ Elementos estructurados por la Corte Constitucional, a partir de la sentencia de tutela, SU 510 DE 1998.

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional T- 728 de 1997.

2.3.4. *Jurisdicción de paz*

A la jurisdicción de paz en Colombia le compete resolver en equidad los conflictos individuales y comunitarios sin reemplazar las funciones de los aparatos jurisdiccionales. Intenta ser una alternativa para la solución de conflictos en el país.

Los miembros de la jurisdicción de paz son particulares elegidos por elección popular para administrar justicia a sus electores en equidad como un mecanismo de justicia comunitaria. La justicia comunitaria dice expresarse en los procedimientos y mecanismos que recogen el sistema de valores y creencias, de tradiciones y costumbres que realizan los criterios de justicia de la comunidad.

La jurisdicción de paz nace dentro del seno de la comunidad aplicando, a partir de ciertas formas de autoridad natural donde se desempeña, mecanismos de resolución integral y pacífica de los conflictos particulares y comunitarios que por su naturaleza y cuantía pueden ser vistos como menores pero que son fuente de una parte grande de la violencia que agobia al país.

2.3.5. *Juicio ante el Congreso.*

La Constitución Nacional prevé un mecanismo especial para juzgar al Presidente de la República, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos y por los hechos que hubieren cometido en ejercicio de sus funciones. La investigación se adelanta ante la Cámara de Representantes, que podrá requerir el auxilio o la comisión de la práctica de pruebas a los funcionarios y autoridades que considere necesarios. Si hay mérito para acusar, la Cámara eleva cargos ante el Senado de la República. Para llevar a cabo el juicio observará estas reglas:

- a) El acusado queda de hecho suspendido de su empleo, siempre que la acusación sea públicamente admitida;
- b) si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al imputado se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo hacen responsable de infracción que merezca otra pena;
- c) si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema;
- d) el Senado podrá encargar la instrucción de los procesos a una comisión de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, al menos, de los votos de los Senadores presentes¹⁷.

2.4. *El sistema de ejecución de penas*

2.4.1 *Código Penitenciario y Carcelario.*

La legislación penitenciaria y carcelaria en Colombia se consagra en la ley 65 de 1993, denominada Código Penitenciario y Carcelario. Su finalidad principal es la resocialización del delincuente después de haber

¹⁷ Artículos 174, 175 y 178 de la Constitución Nacional.

retribuido el daño con la ejecución de la pena. En la ley 65 se define y desarrolla el concepto del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, como un conjunto de organismos del Estado el cual estará a cargo de la orientación y coordinación de la política penitenciaria, a cuya cabeza se encuentra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). En la ley los establecimientos de reclusión se dividen en: cárceles (para sindicados), penitenciarias (condenados), reclusorios de mujeres, cárceles para miembros de la fuerza pública, colonias agrícolas y casa-cárcel. Se establecen como autoridades al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, los Directores Regionales, los Directores de los Establecimientos de Reclusión y los Jueces de Ejecución de Penas y medidas de seguridad. Estos son los funcionarios competentes para hacer efectivas las decisiones judiciales sobre privación de la libertad en los establecimientos de reclusión. Los Jueces de Ejecución de Penas tienen una calidad de garantes del actuar administrativo y del control de la ejecución de la pena.

Además, la ley establece las directrices generales sobre el funcionamiento de los establecimientos de reclusión, el procedimiento para el ingreso y libertad del interno, los principios para su administración y dirección, así como las orientaciones de atención, tratamiento penitenciario, seguridad y vigilancia de estos. La ley 65 establece de manera expresa garantías como el derecho a la salud, a la alimentación, a la comunicación, a las relaciones familiares y sociales, a la asistencia jurídica, religiosa, al ejercicio físico y al sufragio.

Es importante señalar que se contempla la obligatoriedad del trabajo a cargo de los condenados, como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. También la educación, que junto al trabajo, se constituye como la base fundamental de la resocialización. Ésta deberá tener en cuenta los métodos pedagógicos propios del sistema penitenciario, el cual enseñará y afirmará en el interno, el conocimiento y respeto de los valores humanos, de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y el desarrollo de su sentido moral.

2.5. Instituciones que intervienen en el sistema penal

2.5.1. Fiscalía General de la Nación

La Constitución Nacional señala que la Fiscalía General de la Nación es un órgano encargado de administrar justicia¹⁸, que está obligado a adelantar el ejercicio de la acción penal y llevar adelante la investigación de las conductas que revistan el carácter de delitos¹⁹. Sólo podrá interrumpir, suspender o renunciar al ejercicio de la persecución penal en los casos previstos por la ley en aplicación del principio de oportunidad²⁰. Su dirección está a cargo de El Fiscal General de la Nación. Es elegido por la Corte Suprema de Justicia, para un periodo de cuatro años (no podrá ser reelegido), de una terna enviada por el Presidente de la República²¹. Dentro de la Estructura Orgánica de la Fiscalía General de la Nación²² se encuentra el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI)²³ y el Instituto Nacional de Medicina Legal²⁴.

Para el ejercicio de sus funciones, la Fiscalía cuenta con una Unidad ante la Corte Suprema de Justicia, que se encarga de investigar y acusar, si a ello hubiere lugar, a los servidores con fuero legal, cuyo juzgamiento esté atribuido, en única instancia, a la Corte Suprema²⁵. También existe la Unidad Nacional de Justicia y Paz²⁶, que

¹⁸ Artículo 116 de la C.N.

¹⁹ artículo 250 de la C.N.

²⁰ Artículo 250 de la C.N y 66 de la ley 906 de 2006.

²¹ Artículo 249 de la C.N.

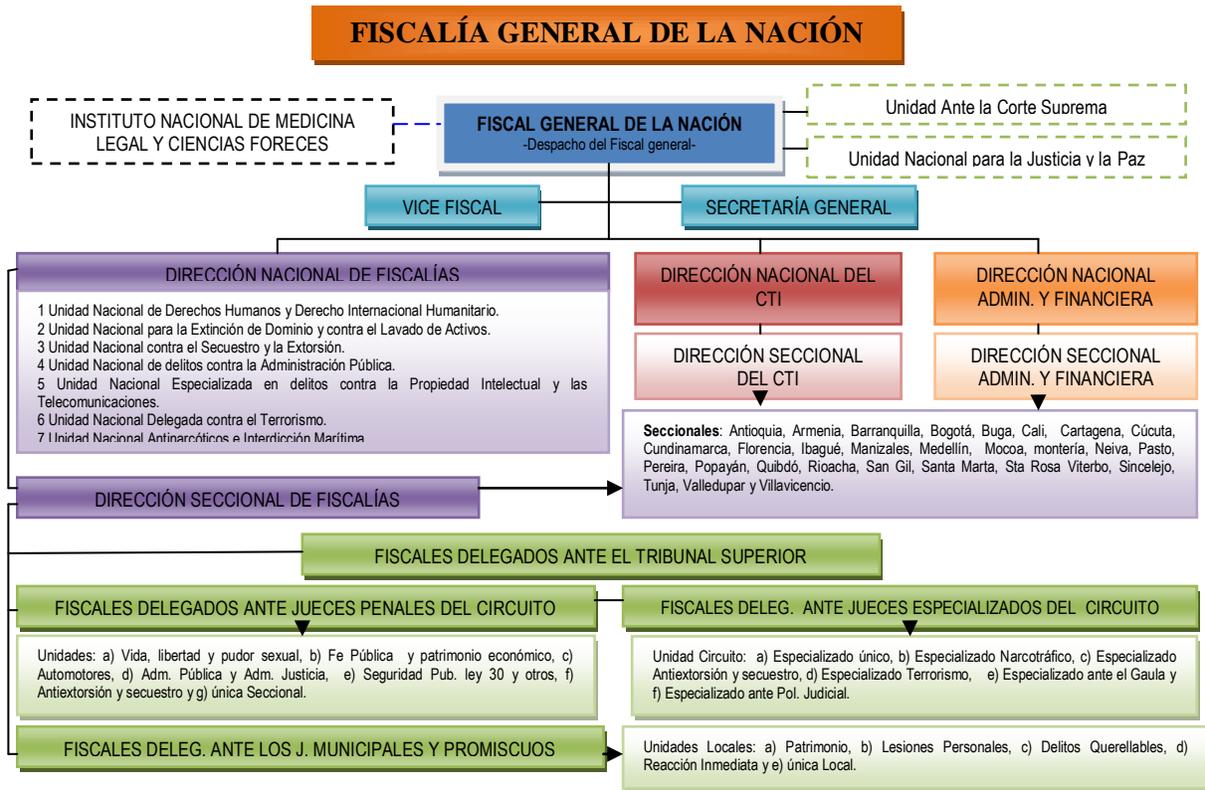
²² Ley 938 de 2004.

²³ Artículo 11 de la ley 938 de 2004.

²⁴ Artículo 1 y 11 de la ley 938 de 2004.

²⁵ Art. 14 de la ley 938 de 2004.

se encarga de los procesos que se desarrollan en el marco de la ley 975 de 2005. Otra unidad importante es la Dirección Nacional de Fiscalías, responsable de la dirección de las funciones de investigación y acusación de todas las seccionales y locales en el país²⁷. Además, se encarga de coordinar las unidades nacionales en materia de: a) Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, b) Extinción de Dominio y contra el Lavado de Activos, c) Secuestro y Extorsión, d) Delitos contra la Administración Pública, e) Propiedad Intelectual y Telecomunicaciones, f) Terrorismo y g) Antinarcóticos e Interdicción Marítima.



2.5.2. Consejo Superior de la Judicatura

Es este otro de los organismos que participa en la administración de justicia en el país. Su función más importante es la dirección y control de la Administración de Justicia, en lo que tiene que ver con su funcionamiento, presupuesto y administración. El Consejo Superior de la Judicatura está integrado por 13 magistrados; 6 de los cuales componen la Sala Administrativa (2 son elegidos por la Corte Suprema de Justicia, 1 por la Corte Constitucional y 3 por el Consejo de Estado), y 7 la Sala Disciplinaria (la elección la realiza el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno). Los artículos 256 y 257 del C.N. señalan como funciones del Consejo Superior de la Judicatura:

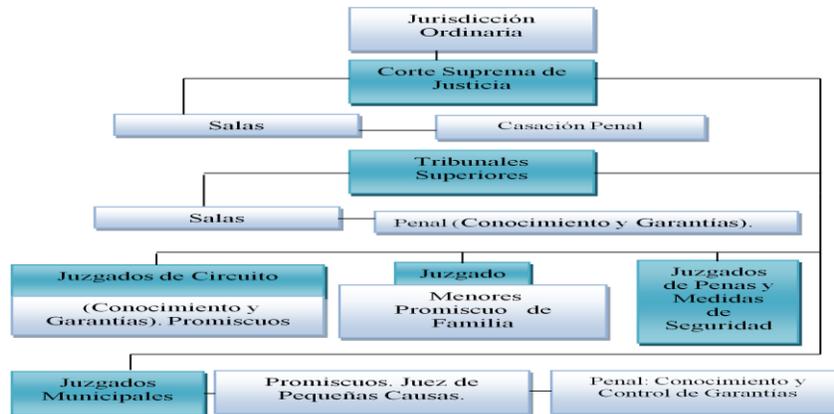
1. Administrar la carrera judicial y fijar la división del territorio para la administración de justicia.
2. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos; además de elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales (se exceptúa la jurisdicción penal militar).
3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial y abogados.
4. Elaborar el proyecto de presupuesto de la rama judicial.

²⁶ Artículo 33 de la ley 975 de 2005.

²⁷ Artículo 26 y 27 de la Ley 938 de 2004.

La Sala Administrativa, es donde se concentran los aspectos administrativos y financieros de la rama judicial, tanto en tribunales y juzgados, y la Sala Disciplinaria es la que se encarga de los procedimientos disciplinarios, de dirimir los impedimentos y recusaciones de los Miembros de la Corporación y de los conflictos de competencia²⁸. En las ciudades de cabeceras del Distrito Judicial, a juicio de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se podrán establecer los Consejos Seccionales de la Judicatura. En ellos se replica la estructura y funciones que ya fueron señaladas²⁹.

La Jurisdicción ordinaria, que es donde se encuentran los jueces que juzgan los asuntos penales, responde a la siguiente estructura:



Para cerrar este apartado es pertinente señalar que a cargo de la Sala Administrativa se encuentra: la Unidad de Carrera Administrativa, la Unidad de Desarrollo y Análisis de Estadística, la Unidad de Recursos Físicos e Inmuebles, el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), la Escuela judicial RODRIGO LARA BONILLA y la Unidad del Registro Nacional de Abogados. Es importante destacar que la Escuela judicial se encarga de realizar la capacitación de todos los funcionarios de la administración de justicia, y la Unidad de la Carrera Judicial tiene a su cargo la realización de las directrices del Consejo Superior a este respecto.

La Sala Administrativa del Consejo Superior determina y controla la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados; además, establece los indicadores de gestión de los despachos judiciales. La Sala Administrativa de los Consejos seccionales administra la Carrera Judicial en el correspondiente distrito y lleva el control del rendimiento y gestión de los despachos judiciales.

Al Consejo Superior de la Judicatura le corresponde administrar el **Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial**, creado por la ley 270 de 1996. Este sistema tiene como objeto el acopio, procesamiento y análisis de información. Se busca con ello: a) mejorar la toma de decisiones administrativas en el sector justicia, b) llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales y c) proveer la información para la formulación de la política judicial y criminal del país. Forman parte del SIERJU:

1. Los Órganos que integran la Rama Judicial,
2. El Ministerio de Justicia y del Derecho,
3. El Ministerio de Salud Pública,
4. El Departamento Nacional de Planeación,
5. El Departamento Administrativo Nacional de Estadística,

²⁸ Artículo 76 de la Ley 270 de 1997.

²⁹ Artículos 100, 101, 102 y 114 de la ley 270 de 1996.

6. El Departamento Administrativo de Seguridad.
7. El Director de la Policía Nacional; y,
8. El Director del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

La coordinación está a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, el cual acopiará, procesará y reproducirá toda la información que sea requerida por las entidades usuarias para la adopción de políticas relacionadas con el sector.

El Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial (SIERJU). Se define como el conjunto de datos, herramientas, procedimientos y procesos que se utilizan para el acopio, procesamiento y análisis de la información sobre la actividad del sector justicia. Las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura son las responsables de procesar y consolidar la información a nivel seccional. La Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, es quien procesa y consolida la información a nivel nacional y la hace pública³⁰.

2.5.3. Defensoría del Pueblo y Sistema Nacional de Defensoría Pública

La Defensoría del Pueblo desarrolla sus funciones bajo la dirección del Procurador General. Su máxima autoridad es el Defensor del Pueblo, que es elegido por la Cámara de Representantes para un período de 4 años, de una terna elaborada por el Presidente de la República³¹. Las funciones que desarrolla, en términos constitucionales, son: 1) Orientar e instruir a los habitantes en el ejercicio y defensa de sus derechos; 2) Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza y 3) Invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela y acciones populares en los casos que lleguen a su conocimiento³².

Para el desarrollo de sus actividades, la Defensoría del Pueblo cuenta con las direcciones nacionales de: Recursos y Acciones Judiciales, Atención, Trámite de Quejas y la de Promoción y Divulgación de Derechos Humanos y Defensoría Pública.

La Defensoría Pública es un conjunto institucional que se creó con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública. Asume la representación judicial o extrajudicial a favor de las personas respecto de quienes se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de asumir por sí mismas la defensa de sus derechos³³. En materia civil, el Defensor Público actuará en representación de la parte a quien se otorgue amparo de pobreza, según las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, debiendo recaer la designación preferentemente en un abogado que forme parte de las listas de Defensores Públicos que elaborará la Dirección de Defensorías Públicas y remitirá a los Despachos Judiciales. En los asuntos laborales y contenciosos administrativos, los Defensores Públicos tendrán la calidad de representantes judiciales o apoderados, y para ello requerirán otorgamiento de poder por parte del interesado³⁴. La Defensoría Pública está conformada por: a) Los abogados que, como Defensores Públicos, formen parte de la planta de personal de la entidad; b) Los abogados titulados e inscritos que hayan sido contratados como Defensores Públicos; c) Los estudiantes de los dos últimos años de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado, pertenecientes a los consultorios jurídicos, d) Los egresados de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado, que escojan la prestación gratuita del servicio como Defensor Público durante nueve (9) meses como requisito para optar al título de abogado, y de acuerdo con las condiciones previstas en el Estatuto de la Profesión de Abogado.

³⁰ Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura N° PSAA05 – 2915 de 2005 y N° PSAA08 – 4806 de 2008.

³¹ Artículo 281 de la C.N. y 1 y 2 de la ley 24 de 1992.

³² Artículo 282 de la C.N. y 9 de la ley 24 de 1992.

³³ Artículo 21 de la ley 24 de 1992.

³⁴ Artículo 21, 22 y 23 de la ley 24 de 1992.

En materia penal, la defensoría pública es gratuita y se prestará en favor de aquellas personas que se encuentren en imposibilidad económica de proveer la defensa de sus derechos, con el fin de asumir su representación judicial³⁵. Excepcionalmente, la defensoría pública podrá prestarse a personas que, teniendo solvencia económica, no puedan contratar un abogado particular por causas de fuerza mayor. Está conformada por: el Defensor del Pueblo, Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública, los Defensores del Pueblo Regionales y Seccionales, los coordinadores administrativos y de gestión, los personeros municipales, los defensores públicos, los abogados particulares vinculados como Defensores Públicos, los investigadores, técnicos y auxiliares, los judicantes, los estudiantes de los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho y las personas y asociaciones científicas dedicadas a la investigación criminal³⁶.

2.5.4. Ministerio Público

El Ministerio Público es un órgano de control, independiente de las tres ramas del poder público³⁷, que por mandato Constitucional³⁸, tiene como misión vigilar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la salvaguarda de los derechos de la sociedad y los derechos humanos (junto con la Defensoría del Pueblo), el ejercicio del poder disciplinario y la intervención de las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. El Procurador General de la Nación es su máxima autoridad. Este funcionario es elegido por el Senado, órgano de representación, para un período de cuatro años, de una terna integrada por candidatos enviados por: el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado³⁹. Dentro del proceso penal, el Ministerio Público tiene la misión de ser un participante imparcial (interviniente), cuya función es la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales⁴⁰. En la mayor parte del proceso penal su asistencia es optativa y su participación se condiciona a las directrices que trace el Procurador General, ya sea a través de: la Procuraduría Delegada⁴¹, en los procesos y actuaciones de competencia de la Corte Suprema de Justicia; las Procuradurías Judiciales⁴², en los procesos penales ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los juzgados especializados, penales y promiscuos del circuito, de ejecución de penas y medidas de seguridad; los personeros distritales y municipales, que actúan como Ministerio Público en el proceso penal, y ejercerán sus competencias en los juzgados penales y promiscuos del circuito y municipales y ante sus fiscales delegados⁴³; o constituyendo agencias especiales en los procesos de significativa y relevante importancia⁴⁴.

2.5.5. Ministerio del Interior y de Justicia (Decreto 200 de 2003).

A través de la ley 790 de 2002 se fusionaron los Ministerios del Interior y del Derecho, conformando el Ministerio del Interior y de Justicia. La máxima autoridad es el Ministro, que es un funcionario de libre nombramiento y remoción del Presidente y quien actúa bajo su dirección⁴⁵. Entre sus funciones se encuentra:

a) La orientación y coordinación de las entidades adscritas y vinculadas,

³⁵ Artículo 43 de la ley 941 de 2005.

³⁶ Artículo 12, 14, 20 y 22 de la ley 941 de 2005.

³⁷ Artículo 117 de la CN.

³⁸ Artículo 276 de la CN.

³⁹ Artículo 276 de la C.N. y artículo 3 del decreto 262 del 2000.

⁴⁰ Artículo 109 de la ley 906 de 2004.

⁴¹ Artículos 23 a 36 del decreto 262 del 2000.

⁴² Artículos 23 a 36 del decreto 262 del 2000.

⁴³ Artículo 109 de la ley 906 de 2004.

⁴⁴ Artículo 109 de la ley 906 de 2004.

⁴⁵ Artículo 208 de la Constitución Nacional.

- b) Formular y promover la política de Estado en materia de conservación del orden público en coordinación con el Ministro de Defensa Nacional en lo que a este corresponda, la convivencia ciudadana y la protección de los derechos humanos,
- c) Formular, promover y ejecutar políticas en materia de descentralización, ordenamiento y autonomía territorial, desarrollo institucional y las relaciones políticas;
- d) Apoyar la formulación y ejecución de la política de Estado dirigida a los grupos étnicos,
- e) Coordinar y garantizar el normal desarrollo de los procesos electorales;
- f) Participar con el Gobierno Nacional en el diseño de las políticas relacionadas con la protección de la fe pública, sistema de notariado, registro público inmobiliario, derechos de autor;
- g) Fomentar una política de Estado eficaz y pronta en materia de justicia, derecho y demás aspectos relacionados,
- h) Participar en el diseño y definición de los principios que rigen la política criminal y penitenciaria del Estado, prevención del delito, acciones contra la criminalidad organizada; y promover la generación de una moderna infraestructura para los establecimientos de reclusión;
- i) Coordinar en el Congreso de la República la agenda legislativa del Gobierno Nacional con el concurso de los demás ministerios.

Dentro de las entidades adscritas al Ministerio se encuentran el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Dirección Nacional de Estupefacientes.

2.5.6. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) fue creado por el decreto extraordinario 2160 de 1992, y reemplazó la antigua Dirección de Prisiones del Ministerio del Interior, creado en 1914. Hoy es un establecimiento público adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia. Dentro de sus funciones están las de “dirigir y coordinar el control y seguridad de los establecimientos de reclusión del orden nacional, velar por la debida ejecución de las penas privativas de la libertad y la detención precautelativa; desarrollar programas de tratamiento penitenciario dirigidos a la resocialización y rehabilitación de la población reclusa; administración y sostenimiento de las sedes y establecimientos a su cargo.”⁴⁶

El órgano rector del INPEC es el Consejo Directivo, formado por: el Ministro del Interior y de Justicia o su delegado; el Fiscal General de la Nación o su delegado; el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura o su delegado, el Director de la Policía Nacional o su delegado, el Director del DAS o su delegado, el Defensor del Pueblo o su delegado, dos delegados del Presidente de la República. El Director General del INPEC asistirá con voz a las sesiones del Consejo⁴⁷.

Para el desarrollo de sus funciones el INPEC cuenta con seis Direcciones Regionales: Bogotá (Central), Cali (Occidente), Barranquilla (Norte), Bucaramanga (Oriente), Medellín (Noroeste) y Pereira (Viejo Caldas). Los establecimientos de Reclusión a nivel Nacional suman 139 y se clasifican en: Colonias Agrícolas, Establecimiento Carcelario, Establecimiento Penitenciario (sea de baja, media y alta seguridad), Establecimiento Penitenciario y Carcelario (sea de baja, media o alta seguridad), Reclusión Mujeres (baja o alta seguridad), Reclusión Especial y Establecimiento para Justicia y Paz⁴⁸.

⁴⁶ Artículo 4 del decreto 1170 de 1999.

⁴⁷ Artículo 9 del decreto 1170 de 1999.

⁴⁸ Para ver la distribución de estos establecimientos en la diferentes regiones ingresar a:

http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_DISENIO/SeccionInpeccomoinstitucion/Pagina%20-%20Inpec%20Hoy/Rese%F1a%20Hist%F3rica

2.5.7. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público, es decir, es una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Fue creado por la ley 75 de 1968 y reemplazó al Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia y al Instituto Nacional de Nutrición. Su función principal es proveer, garantizar y restablecer los derechos de las niñas y los niños colombianos, así como el fortalecimiento de la familia⁴⁹. El máximo órgano de dirección es el Consejo Directivo, que está formada por: Dos delegados del Presidente de la República, uno de los cuales lo presidirá; el Ministro de la Protección Social, o su delegado; el Ministro de Educación Nacional, o su delegado; el Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado, el Director de la Policía Nacional, o su delegado; un representante de la Asociación Nacional de Industriales ANDI, un representante de la Federación Nacional de Comerciantes Fenalco; un representante de las Iglesias del país, designado por el Presidente de la República; un representante de las asociaciones sindicales, designado por el Presidente de la República de terna que le presenten los Presidentes de las Confederaciones⁵⁰.

El Instituto Nacional de Bienestar Familiar es el encargado de direccionar el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, que es el conjunto de entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y el restablecimiento de los mismos, en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal y resguardos o territorios indígenas⁵¹. Orgánicamente, el Instituto está organizado en el nivel central, las dependencias del nivel regional y los centros zonales. Las dependencias regionales son las encargadas de administrar, orientar, apoyar, supervisar y controlar la gestión de las unidades zonales y las entidades que constituyen el Sistema Nacional de Bienestar Familiar en el ámbito departamental. Los Centros Zonales son las unidades encargadas de la prestación del servicio de Bienestar Familiar⁵².

2.5.8. Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria (Decreto 200 de 2003 y Ley 888 de 2004).

Este es un organismo que funciona como asesor del Estado, adscrito al Ministerio del Interior, en la formulación de la política criminal y penitenciaria. Está integrado por: a) el Ministerio del Interior y de Justicia, b) el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, c) el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, d) el Fiscal General de la Nación, e) el Procurador General de la Nación, f) el Defensor del Pueblo, g) el Director General de la Policía, h) el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), i) el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, j) el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), k) 2 Senadores y 4 Representantes a la Cámara pertenecientes a las Comisiones Primera y Segunda, l) Invitado permanente: el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Director de Justicia y Seguridad de dicha entidad.

Dentro de sus funciones cabe destacar: a) Recomendar al Ministerio la elaboración o contratación de estudios para establecer las causas y dinámicas de la criminalidad y la pena, b) Asesorar a las autoridades encargadas de formular la Política Criminal y Penitenciaria del Estado, c) Recopilar y evaluar anualmente las estadísticas en materia de criminalidad, d) Revisar anualmente el estado de hacinamiento y condiciones de resocialización del sistema penitenciario, e) emitir concepto y preparar proyectos de ley relacionados las materias de su conocimiento, f) Emitir concepto con destino a la Fiscalía General de la Nación indicando el tipo de delito a los cuales se puede aplicar el principio de oportunidad.

⁴⁹ artículo Ley 7 de 1979 y artículo 11 ley 1098 de 2007.

⁵⁰ Decreto 2746 de 2003.

⁵¹ Artículo 208 y ss. de la ley 1098 de 2006.

⁵² Artículo 25 y 26 del DECRETO 1138 DE 1999.

Hecha esta breve descripción del marco normativo e institucional del sistema penal colombiano, corresponde ahora hacer una presentación de las principales características y de la estructura del proceso penal oral acusatorio puesto en marcha en el país.

2.5.9 Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Penal Acusatorio

La Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Penal Acusatorio es una entidad que viene actuando desde el 2001, aunque en estricto sentido, fue creada en el año 2002, y está conformada por la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa -, la procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Entre sus funciones tiene las de buscar la ampliación de la infraestructura física y tecnológica, el desarrollo del modelo de gestión judicial para la oralidad, la construcción de conocimiento sobre el sistema acusatorio y el desarrollo legal de la reforma al sistema penal Colombino.

El fin último perseguido por la Comisión es el de fijar la política pública y las líneas de intervención con relación a las materias o actividades que sea necesario adelantar para hacer efectiva la aplicación del sistema penal acusatorio. Para ello la Comisión goza de una estructura organizativa tripartita de Plenaria, Comité Técnico y Asesor y Secretaría Técnica.

2.6. El Proceso Penal Oral Acusatorio en Colombia

El proceso judicial es un método para administrar justicia; es la secuencia lógica u ordenada de pasos u actos procesales que permite llegar a los fines que le son propios y cumplir su función. En un Estado Social de Derecho, un proceso penal está orientado a cuatro fines básicos: a) lograr una aproximación razonable al conocimiento de la verdad, b) respetar los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el proceso; c) resguardar los intereses sociales en juego; d) flexibilizar, cuando es del caso, las normas del derecho sustancial.

Como ya fue señalado, se llama acusatorio, siguiendo a Ferrajoli, a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes, y al juicio, como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que le compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público, y resuelta por el juez según su libre convicción.

2.6.1. Características principales

El procedimiento penal instaurado con la ley 906 de 2004 se enmarca en una serie de medidas que intentan luchar contra la impunidad. Este procedimiento responde al modelo acusatorio, que se caracteriza por un esquema triangular en el que dos partes disputan el convencimiento del juez a través del debate oral y público.

Entre sus principales características se pueden mencionar: a) la separación de roles y funciones entre la investigación y el juzgamiento; b) la oralidad y el debate público como técnica y espacio donde se desarrolla el proceso; c) la aparición del principio de oportunidad, los preacuerdos y las negociaciones, instituciones propias de la llamada justicia negociada.

Establece la Constitución que “*La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento...*”⁵³. Con esto se consagra el ejercicio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía, ejercicio que es controlado por el juez, denominado de control de garantías, quien vigila que las actuaciones de indagación e investigación que realice la Fiscalía se enmarquen dentro de la más estricta legalidad y constitucionalidad.

El modelo es *adversarial*, es decir, son dos partes (defensa y acusador) las que se trenzan en el pleito. **La carga de la prueba** está en cabeza del ente acusador, quien debe desvirtuar la inocencia, que se presume de todos y cada uno de los ciudadanos. La labor de cada una de las partes a través del proceso es pugnar para que su hipótesis y perspectiva de calificación de los hechos -**teoría del caso**- sea avalada. En medio de ellos se encuentra el **Juez, sujeto neutral** al que acude el acusador, para desvirtuar la presunción de inocencia general.

Para garantizar la neutralidad, se ha creado la figura del **Juez de Garantías**, diferente a la del **Juez de Conocimiento**. El primero es el encargado de garantizar la legalidad de las labores de investigación del ente acusador; y el segundo, se encarga de emitir el juicio de responsabilidad sobre la base del conglomerado de pruebas que presentan las partes en disputa.

Para que los ciudadanos puedan ejercer su defensa, es necesario que se garantice la **igualdad de armas**, que no es otra cosa que el equilibrio de oportunidades para llevar al convencimiento al juez. Así, se debe garantizar a los ciudadanos, en ejercicio de la defensa, mecanismos para producir evidencias a su favor. Esta garantía se realiza principalmente a través del Sistema de Defensoría Pública descrito en el numeral 1.5.3 de este texto.

El nuevo proceso penal tiene como uno de los principios rectores la protección de los derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia. Véase entre otros, el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

El legislador prevé como técnica de debate la **Oralidad**. Esta es una técnica basada en la comunicación verbal, que garantiza en los escenarios correspondientes (audiencias), que el debate sea conocido por las partes y la sociedad. Con la introducción de esta técnica se pretende garantizar la contradicción, inmediación, continuidad, celeridad y eficiencia de la administración de justicia.

También el legislador establece una serie de **mecanismos que tienden a evitar el juicio oral** e inyectarle mayor celeridad a la justicia. Como parte de ellos está el **principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones**. A través del primero se faculta al ente investigador para que suspenda o renuncie al ejercicio a las labores de investigación y acusación. Es una flexibilización del principio de obligatoriedad de investigar y perseguir cualquier conducta que revista la calidad de delito. Los preacuerdos y las negociaciones son mecanismos que se enmarcan en el paradigma de la justicia negociada.

Es igualmente un procedimiento que **estimula la confesión** mediante la rebaja de penas, y busca la **eficacia** en la administración de justicia.

Aunque en el proceso penal colombiano la víctima no es parte (en opinión de muchos penalistas no tiene un papel protagónico), el procedimiento quedó inscrito en el paradigma de la **Justicia restaurativa**. Con esto se busca involucrar a víctimas en la resolución de sus propios conflictos y en la consecución de los derechos de verdad, justicia y reparación. Para ello, ha previsto el proceso penal un escenario denominado incidente de reparación integral; además de los mecanismos de la conciliación y la mediación, para lograr la indemnización de perjuicios.

⁵³ Artículo 250 de la Constitución Nacional

2.6.2. Esquema del Proceso Penal Oral Acusatorio. Ley 906 de 2004.

2.6.2.1. Indagación preliminar

Esta etapa comienza con la recepción de la *noticia criminis* y finaliza con la presentación de la imputación por parte de la Fiscalía. Tiene como objeto adelantar las labores que permitan reunir y asegurar los elementos materiales probatorios, evidencia física o información que posibiliten inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.

En esta etapa interviene principalmente la Fiscalía General, como titular de la acción penal y órgano encargado de realizar la indagación de los hechos que revistan características de un delito en todo el territorio nacional⁵⁴. En concordancia con la Constitución Nacional, la ley 906 le asigna a la Fiscalía General la dirección, coordinación, control y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial⁵⁵.

Esta dirección se hace a través del programa metodológico⁵⁶. Este plan debe contener⁵⁷: la determinación de los objetivos, los criterios para evaluar la información, la delimitación de las funciones, los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. Como director de la investigación, el Fiscal del caso ordena todas las actividades que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados, y a la asistencia y protección de las víctimas⁵⁸.

Las labores que realiza la Fiscalía en esta etapa pueden ser divididas en: actividades que requieren autorización judicial y aquellas que no. Dentro de las actividades que no requieren autorización judicial se encuentran todas aquellas que no implican restricción de derechos fundamentales⁵⁹.

Algunas actuaciones que no necesitan de autorización judicial, si tienen control posterior, por su vinculación con los derechos fundamentales⁶⁰. Este control se realiza dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la actividad. Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir: el fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia. El juez podrá interrogar directamente a los comparecientes, después de escuchar los argumentos del fiscal. La decisión que tome el Juez no tiene recurso alguno.

También se encuentran bajo esta clasificación, la captura en flagrancia, captura sin orden judicial, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas, infiltración y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, cotejo de ADN, etc. En estos casos, la audiencia de control se realiza dentro de las 36 horas siguientes.

⁵⁴ Artículo 200 de la ley 906 de 2004.

⁵⁵ Inciso segundo del artículo 200 de la ley 906 de 2004.

⁵⁶ Artículo 205 de la ley 906 de 2004.

⁵⁷ Artículo 207 de la ley 906 de 2004.

⁵⁸ Artículo 207 de la ley 906 de 2004.

⁵⁹ Como: a) inspección en el lugar del hecho; b) inspección de cadáveres; c) inspección en lugar distinto al lugar del hecho; d) exhumación; e) reconocimiento fotográfico o en filas; etc. Artículos 213 a 217 y 252 y 253 de la ley 906 de 2005.

⁶⁰ a) órdenes de registro y allanamiento; b) retención de correspondencia; c) interceptación de comunicaciones; d) recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares. Artículo 237 y ss. de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007

Como ya fue mencionado, hay actuaciones que pueden afectar derechos fundamentales, por lo que requieren de autorización judicial previa⁶¹. Sólo en casos excepcionalísimos se practican sin autorización judicial (en estos casos siempre se requiere control posterior). Entre ellas se encuentran: a) la inspección corporal⁶²; registro personal⁶³; obtención de muestras que involucran al imputado⁶⁴ o la captura.

Dentro de esta etapa podrá el investigado, que no es imputado, adelantar labores de investigación⁶⁵ y actos tendientes a adelantar su defensa. Puede buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. *“Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que ejerza sus funciones sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.”*⁶⁶.

La Corte Constitucional señaló que la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación⁶⁷. Así lo establece el propio Código, por ejemplo, desde la captura o inclusive desde antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. La Corporación precisó que ello no significa un entorpecimiento de la actuación del fiscal, ni comprende la contradicción de la prueba que se hace en el juicio.

Esta etapa no tiene otro límite diferente al establecido para el ejercicio de la acción penal, que es el tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad. En ningún caso será inferior a cinco años, ni excederá de veinte. Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad⁶⁸.

Dentro de esta etapa es posible que las labores de indagación terminen sin que se realice imputación y, como consecuencia, no se inicie formalmente proceso penal en contra del indagado. Es posible que a través de las labores de indagación no se logre caracterizar al hecho como delito (elementos objetivos del tipo), por lo que es posible el archivo de la actuación⁶⁹, archivo que deberá comunicarse al denunciante y al Ministerio Público⁷⁰.

Se puede solicitar al juez de conocimiento que ordene el archivo de la actuación o la preclusión por extinción de la acción penal, en los casos de muerte del indagado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento⁷¹. También procede el archivo por falta de querrela o petición especial, que según la ley son requisitos de procesabilidad⁷², y cuando se logre la conciliación en delitos querrelables⁷³. Procede la orden de archivo, ante el juez de control de garantías, de la actuación (suspender o interrumpir) o la preclusión (renunciar), por aplicación del principio de oportunidad⁷⁴.

⁶¹ Artículo 246 de la ley 906 de 2004.

⁶² Artículo 247 de la ley 906 de 2004.

⁶³ Artículo 248 de la ley 906 de 2004.

⁶⁴ Artículo 249 de la ley 906 de 2004.

⁶⁵ Artículo 267 de la ley 906 de 2004.

⁶⁶ Artículo 267 de la ley 906 de 2004.

⁶⁷ Sentencia C – 799 de 2005, revisión de exequibilidad del artículo 8 de la ley 906 de 2004.

⁶⁸ Artículo 82 de la ley 599 de 2000. Código Penal.

⁶⁹ Artículo 79 de la ley 906 de 2004.

⁷⁰ Sentencia C – 1154 de 2005.

⁷¹ Artículos 77 y 78 de la ley 906 de 2004.

⁷² Artículo 70 de la ley 906 de 2004

⁷³ Artículo 522 de la ley 906 de 2004.

⁷⁴ Artículo 66 de la ley 906 de 2004.

2.6.2.2. Etapa de imputación e investigación.

La imputación es el acto de comunicación a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona tanto su calidad de imputado⁷⁵, como los hechos en que se fundamenta dicha imputación. Es a partir de este momento cuando la defensa puede preparar su actividad procesal⁷⁶, y cuando empiezan a correr los términos para que el fiscal decida formular la acusación o solicitar la preclusión.⁷⁷ Conviene señalar que el imputado tiene la posibilidad de allanarse a la imputación, lo que trae la rebaja de la mitad de la pena.

En esta audiencia, el juez concederá la palabra al requirente para que formule la imputación desde los fundamentos jurídicos y fácticos. El fiscal podrá proponer al imputado que acepte los cargos, y a continuación, el juez debe verificar que el imputado haya entendido. Concederá a la defensa la palabra para que ejerza la controversia de la imputación y/o solicite precisión de los hechos penalmente relevantes⁷⁸.

El fiscal, al requerir la audiencia, suministra al juez los datos para la citación del imputado. Si no comparece sin que exista justificación, se puede llevar a cabo con la presencia del defensor. Si no comparece ni imputado ni defensa, se hará con un defensor público⁷⁹. Si el fiscal no pudo localizar al imputado, solicitará al juez que se le declare como persona ausente y adjuntará los fundamentos fácticos y jurídicos. El juez después de declararlo persona ausente, le designará un defensor público.

Una vez realizada la imputación, el fiscal puede proceder a solicitar al Juez de control de garantías una medida de aseguramiento, sea ésta privativa o no privativa de la libertad. Esta medida de aseguramiento será concedida por el juez, cuando de los elementos materiales probatorios o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

Para poder decretar la privación de libertad se requiere que se cumplan además los siguientes requisitos:⁸⁰

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”.

El término para realizar la investigación comienza a correr una vez que termine la audiencia de imputación. Esta etapa dura 30 días. Excepcionalmente, puede prolongarse este tiempo por un periodo igual cuando se requiera la designación de un nuevo Fiscal⁸¹.

En esta etapa puede darse aplicación al principio de oportunidad. La Constitución Nacional, en el artículo 250, modificado por el artículo 2 del acto legislativo 03 de 2002, establece la excepción al principio de *obligatoriedad de la investigación penal*. Reza el artículo que la Fiscalía, una vez conozca de un posible hecho delictivo, no podrá, “*suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.*”.

⁷⁵ Artículo 286 de la ley 906 de 2004.

⁷⁶ Artículos 268 a 274 de la ley 906 de 2004.

⁷⁷ Artículos 331 y 336 de la ley 906 de 2004.

⁷⁸ Artículos 288 y 299 de la ley 906 de 2004.

⁷⁹ Artículos 127, 128 y 291 de la ley 906 de 2004.

⁸⁰ Artículo 308 de la ley 906 de 2004.

⁸¹ Artículos 175 y 24 de la ley 906 de 2004.

También está contemplada la posibilidad de negociación, a través del establecimiento de preacuerdos con la Fiscalía y/o la aceptación de cargos. Los acuerdos y negociaciones pueden ir desde la eliminación de alguna causal de agravación punitiva, hasta la tipificación de una forma específica de la conducta. La aceptación de cargos puede llevar a una disminución de la pena y dar lugar a la sentencia anticipada, siempre que el acta de acuerdo se notifique al juez de conocimiento, quien puede rechazar o aceptar lo acordado. La aceptación implica que el acuerdo hace parte de la sentencia condenatoria que pone fin al proceso.

Hay que recordar la sentencia C 591 de 2005, que declaró inexecutable las expresiones “*a partir de la formulación de la imputación el fiscal*” del artículo 331 de la Ley 906 de 2004. Según esta disposición, el fiscal podía en cualquier momento, desde la imputación, solicitar al juez de conocimiento la preclusión. La Corte determinó que, de acuerdo con el nuevo sistema penal acusatorio, la orden de archivo de la actuación o la preclusión por extinción de la acción penal sólo puede darla el juez de conocimiento y no la Fiscalía, pues se trata de una decisión de contenido eminentemente judicial.

2.6.2.3. Fase de Juicio.

2.6.2.3.1. Audiencia de formulación de acusación.

Una vez el Fiscal haya recaudado los elementos probatorios que determinan la existencia de la conducta y la probable participación o autoría del imputado⁸², presenta al juez de conocimiento el escrito de acusación, el cual contiene los hechos y el anexo de descubrimiento de la prueba⁸³. El juez debe fijar la fecha y hora para la audiencia de formulación de acusación, a más tardar dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito⁸⁴.

Después de realizada la formulación oral de la acusación por parte de la Fiscalía, se inicia el descubrimiento de elementos materiales, evidencia física e información. Este descubrimiento constituye una garantía para que la defensa y el imputado conozcan los hechos sobre los cuales versará el juicio. Si la defensa pretende presentar evidencia basada en la inimputabilidad de su defendido, deberá descubrir los elementos materiales que la respaldan⁸⁵.

En esta audiencia se determina la calidad de víctima y se reconoce su representación legal⁸⁶. También el juez puede solicitar que se adopten medidas de protección de víctimas y testigos⁸⁷.

Finalizada la audiencia se procederá a fijar fecha y hora para la realización de la audiencia preparatoria, evento que deberá ocurrir en un término no inferior a 15 ni superior a los 30 días después de concluida la de acusación. Durante este término se puede dar aplicación del principio de oportunidad. También puede darse la aceptación de la acusación, que en caso de ser validada por el juez de conocimiento, se convoca a audiencia para sentencia e individualización de la pena. En este caso, la rebaja de la pena puede llegar a ser hasta de una tercera parte⁸⁸.

Otra posibilidad de terminación del proceso es la realización de un preacuerdo entre defensa y fiscal sobre los hechos y sus consecuencias. La pena a imponer será la que resulte del acuerdo (si no desconocen derechos y garantías). El juez revisa el acuerdo, la acusación, así como la aceptación libre y, si lo aprueba, citará para audiencia de individualización de pena y sentencia.

⁸² Artículos 336 de la ley 906 de 2004.

⁸³ Artículos 337 de la ley 906 de 2004.

⁸⁴ Artículos 338 de la ley 906 de 2004.

⁸⁵ Artículos 344 a 347 de la ley 906 de 2004.

⁸⁶ (artículos 340 de la ley 906 de 2004)

⁸⁷ (artículos 342 de la ley 906 de 2004)

⁸⁸ (artículos 352 de la ley 906 de 2004)

2.6.2.3.2. Audiencia Preparatoria.

Esta audiencia tiene como finalidad que sólo ingresen al juicio las pruebas pertinentes, que las partes conozcan los medios y elementos probatorios, evitar dilaciones injustificadas y dictar sentencia. En el desarrollo de la audiencia se concede la **palabra al acusado** y a su defensor, para que manifiesten **si aceptan los cargos**. Si es así, el juez verifica que la declaración es libre, con conocimiento, consciente, ilustrada, sobre derechos y consecuencias de hacerlo, y dicta sentencia con la consecuente rebaja de la pena. Si no hubo aceptación, el juez **concede la palabra al fiscal** para que se pronuncie sobre el **descubrimiento de la prueba**, y posteriormente **a la defensa**, para que reconozca que el descubrimiento de la prueba ha sido completo, o para que señale que algún elemento del que tiene información no se les ha dado a conocer. Si la defensa formula reparo, se le concederá la palabra a la fiscalía para que controvierta las afirmaciones de lo solicitado. A continuación, el juez ordena a la defensa que descubra los elementos materiales de prueba y la evidencia física que utilizará en el juicio. El juez pregunta a las partes si van a hacer estipulaciones probatorias, y si lo hacen, se da receso para que las discutan. El juez las revisará, y si no violan ninguna garantía, las aprueba para que se introduzcan en el juicio.

Acto seguido el juez **concede la palabra al fiscal para que enuncie las pruebas** que hará valer en el juicio, y enseguida **oír a la defensa sobre su solicitud de pruebas**. Si alguna de las partes pretende que no se admita alguna prueba debe presentar el fundamento jurídico y fáctico. Si se entrega, el juez debe darle la palabra a la contraparte para que controvierta los fundamentos de la exclusión o inadmisibilidad. Oídas las partes, el juez se pronuncia sobre las solicitudes de inadmisibilidad, incluyendo los motivos, y decreta la práctica, en el juicio de las pruebas pertinentes que hayan sido solicitadas y no fueron rechazadas. Finalmente, el juez debe resolver la solicitud para exhibir los elementos materiales de prueba. En la decisión el juez establece las reglas de la práctica de las pruebas durante el juicio. Contra la decisión judicial de **no admitir un medio** de conocimiento **procede recurso de apelación**⁸⁹.

Finalizada la audiencia, se procederá a fijar fecha y hora para la realización de la audiencia de Juicio Oral, que deberá efectuarse en un plazo no superior a 30 días. Durante éste término, el proceso puede terminar mediante aplicación del principio de oportunidad, aceptación de la acusación (sólo se rebaja una tercera parte de la pena), o por preacuerdo entre defensa y fiscal sobre los hechos y sus consecuencias.

2.6.2.3.3. Audiencia del Juicio Oral.

El **juicio oral** se inicia dando la palabra al acusado, para que declare sobre su culpabilidad o inocencia. Tal declaración puede ser total o mixta, y la rebaja de pena sobre lo aceptado será de la sexta parte⁹⁰. Es posible hacer manifestaciones sobre declaraciones de culpabilidad pre-acordadas. A continuación se realizan los alegatos de apertura, en los que cada una de las partes hará la presentación de su teoría del caso (hipótesis fáctica, jurídica y probatoria). Posteriormente se realiza la actividad probatoria, presentándose las pruebas a través del interrogatorio. Las partes interrogan y contrainterrogan a los testigos y peritos; además se introducen las evidencias físicas o materiales a analizar. Realizadas todas las pruebas, se presentan los alegatos de conclusión, donde las partes fundamentan sus pretensiones y dan sugerencias al Juez respecto de cómo valorar las pruebas.

En esta audiencia el juez tiene que emitir el sentido del fallo, sea absolutorio o condenatorio. Si condena, escucha los alegatos de las partes dirigidos a la cuantificación de la pena, que impondrá en audiencia posterior, que se deberá realizar dentro de los 15 días siguientes. La decisión del juez puede ser apelada en segunda instancia, recurso que será resuelto en 10 días.

⁸⁹ Artículos 332 a 362 de la ley 906 de 2004.

⁹⁰ Artículos 367 de la ley 906 de 2004.

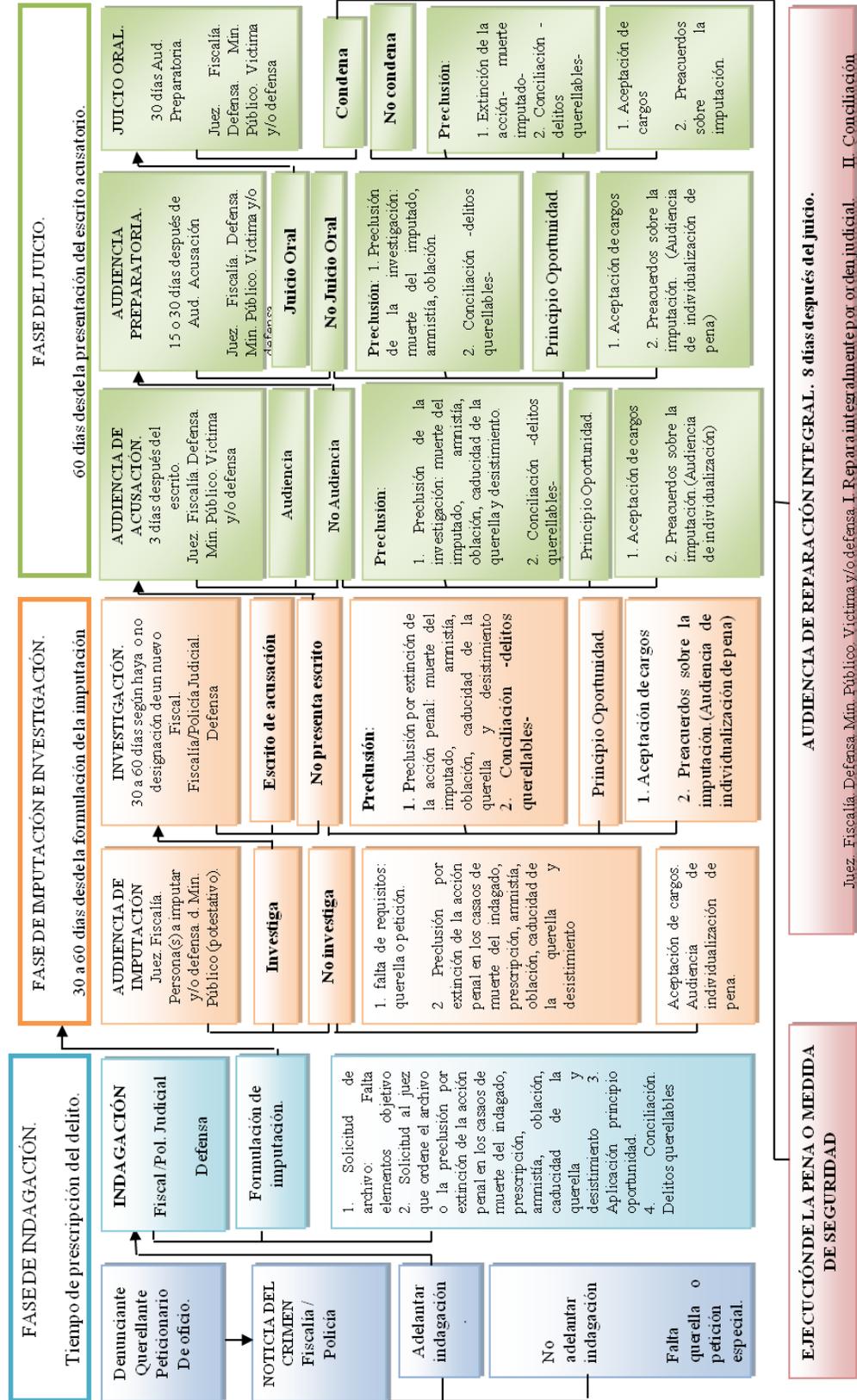
2.6.2.3.4. Incidente de Reparación Integral.

Si el fallo declara la responsabilidad penal del acusado, la víctima o su representante, el fiscal o el Ministerio Público podrán pedir que el juez fallador de inicio el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal. Para ello, se convocará a audiencia pública dentro de los 8 días siguientes.

En el inicio de la audiencia, la víctima formula oralmente su pretensión, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira, e indicación de las pruebas que hará valer. La pretensión puede ser rechazada si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios, y ésta fuere la única pretensión formulada; en el primer caso procede recurso. Admitida la pretensión, el juez la pone en conocimiento del condenado.

Posteriormente ofrece la posibilidad de una conciliación. Si prospera, se da por terminado el incidente; si no, el juez fijará fecha para una nueva audiencia, dentro de los 8 días siguientes para intentar nuevamente la conciliación. Si vuelve a fracasar, da la palabra al condenado, para que presente sus propios medios de prueba. Luego se procederá a la práctica de la prueba de cada parte, y se oirá el fundamento de sus pretensiones, y se falla. Lo acordado en la conciliación o lo decidido por el juez se incorporará a la sentencia.

A continuación, se presenta un esquema general del proceso penal acusatorio, resaltando las etapas procesales y sus respectivas entradas y salidas. Este esquema será de gran importancia para hacer el análisis respecto de las cifras de impunidad que arroja la experiencia de este sistema y que se presentan en el capítulo tercero. Capítulo y análisis que se ocupa del plano de la aplicación de normas penales.



Capítulo III - LA IMPUNIDAD ANTES DEL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO (Ley 906 2004)

Presentación.-

Pese a las discrepancias existentes en torno a la conceptualización y cuantificación del fenómeno, es posible afirmar que casi todos los estudios, instituciones y proyectos relacionados con el sector justicia reconocen centralidad a la problemática de la impunidad en Colombia.

La impunidad es un problema que el Estado colombiano no ha podido resolver satisfactoriamente, y frente al cual casi todas las acciones puestas en marcha han resultado insuficientes.

En la construcción de la impunidad como problema social participan al menos tres movimientos o tendencias. La primera procedente del ámbito de la preocupación por la eficacia del sistema penal, la segunda de la protección de los derechos humanos y la tercera derivada de los esfuerzos por mejorar los niveles de convivencia.

Aunque este estudio tiene como propósito determinar la caracterización y el comportamiento de la impunidad en el sistema de justicia colombiano, en relación con las conductas delictivas atribuibles a particulares fuera del ámbito del conflicto interno; en este esfuerzo se tendrán en cuenta las demandas de los movimientos o tendencias antes mencionadas.

En este capítulo se intenta describir como era el fenómeno de la impunidad antes de la entrada en vigor del Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA). Tanto por la forma como se ha ido desarrollando ésta investigación (la recopilación de la información institucional relacionada con el funcionamiento del SPOA no ha sido fácil), cuanto por las pretensiones propias del nuevo sistema procesal, se ha hecho una división del estudio de la impunidad de forma tal que sea posible realizar una suerte de comparación entre lo sucedido antes de su entrada en vigencia, y lo que acontece ahora con el SPOA en pleno desarrollo.

Se hará en esta parte una aproximación al tratamiento conceptual dado a la impunidad en los estudios académicos, en los documentos de política institucional y en los escritos, ponencias o artículos de opinión publicados por expertos. También se presentarán las cifras de la impunidad, los orígenes y fundamentos de la preocupación por el problema y las explicaciones construidas en torno a este fenómeno. Se tratará de identificar y presentar igualmente los factores considerados favorecedores de la impunidad, así como los fundamentos y efectos sociales, económicos, políticos y culturales que la originan y los que ésta produce. De igual forma, se caracterizará el manejo institucional dado hasta entonces y su relación con la reforma procesal penal y el gasto público en justicia.

3.1. El tratamiento conceptual de la impunidad.

Si bien el significado puede trascender el campo de lo penal y existir también impunidad laboral, social, etc., lo cierto es que cuando se habla de impunidad penal, generalmente se entiende como ausencia de punición o ausencia de castigo. En palabras de Etienne Bloch: “ausencia de castigo merecido”. En un sentido amplio, la impunidad también es entendida como ausencia de justicia.

La problematización del concepto surge cuando se intenta medir la impunidad. Ninguno de los conceptos utilizados en el país prescinde de la idea general que la entiende como delito sin castigo. La elaboración conceptual responde más bien a esfuerzos por cuantificar el fenómeno, identificar los momentos en que se produce y determinar las responsabilidades institucionales correspondientes.

Tal vez sea oportuno recordar aquí que los problemas que tiene la medición de este fenómeno son consecuencia propia de los que tiene también la medición de la criminalidad. Si la criminalidad no puede ser cuantificada con exactitud será muy difícil medir la impunidad. Es por este motivo que la mayoría de los esfuerzos terminan centrándose en la denominada “impunidad procesal”, esto es, en el análisis de las cifras oficiales que arroja el funcionamiento del sistema de justicia penal.

Revisada buena parte de la literatura colombiana relacionada con la impunidad, se encuentra que sociólogos, juristas, criminólogos y economistas aparecen interesados en su estudio y análisis. Unos, preocupados por la consolidación del Estado de derecho, otros por alcanzar mejores niveles de convivencia. También hay quienes se interesan por un mejor sistema de justicia, por la distribución y utilización de los recursos públicos, así como por las consecuencias que para la economía y para la sociedad tiene una mala administración de justicia o un funcionamiento defectuoso del sistema penal. (En el Anexo VI se hace una descripción y síntesis de la producción académica e institucional que sobre la impunidad se ha desarrollado en Colombia)

En el análisis de esta literatura es posible identificar una variedad de conceptos de impunidad utilizados. Seguidamente se hará un breve repaso de los más importantes.

De todos los conceptos, el que mayor desarrollo ha tenido ha sido precisamente el de impunidad procesal. Se denomina impunidad procesal a toda la discrepancia que se produce entre el proceso de creación de normas penales y el de aplicación. En este ámbito se ha ido desagregando el concepto, hasta tal punto que se le relaciona con cada una de las fases y etapas procesales, y con los distintos roles que tienen las instituciones en el proceso.

La impunidad procesal es aquella que se produce por los problemas del sistema judicial penal, bien sea por ineficacia, ineficiencia, corrupción, falta de coordinación, etc., con respecto de las noticias criminales que son oficialmente reportadas. (Dejusticia, 2007).

Kai Ambos señala que, desde el punto de vista procesal, existen algunas diferencias dependiendo del estado del proceso. En este sentido, habla de cinco formas diversas de impunidad procesal: La impunidad fáctica, causada por la ausencia de denuncia de los hechos punibles; la ocasionada por la insuficiente actividad investigadora, denominada impunidad investigativa; la debida a la sobrecarga de la justicia penal, llamada impunidad por congestión; la originada en reglas procesales o en legislación especial, conocida como impunidad legal; y la producida por el desarrollo de actividades delictivas en contra de las partes procesales, llamada impunidad delictuosa. También se produce impunidad cuando no hay reparación a las víctimas. (Ambos, 1997).

La impunidad de hecho, representa una preclusión anticipada, como quiera que nunca se inicie el proceso de investigación. La responsabilidad recae en los ciudadanos mismos, ya que no reportan los hechos a las autoridades. En este caso, el Ministerio de Justicia de Colombia habla de falta de responsabilidad social. En los otros casos, el Estado de manera directa o indirecta ocasiona la impunidad, al vincularse normativamente con las causas fácticas. En la impunidad investigativa, la responsabilidad recae en las autoridades encargadas de investigar, en la impunidad por congestión, en toda la justicia estatal.

Vladimiro Naranjo la denomina impunidad judicial, entendiendo por ésta el resultado o producto de la ineficiencia del aparato de justicia. Impunidad judicial que divide, a su vez, en de hecho y de derecho. La primera es la que proviene de no haber descubierto el delito y/o autor, o de haberse fugado el responsable. La segunda es la originada por una actuación irregular del juez.

Con el propósito de medir mejor la impunidad procesal, Elvira María Restrepo y Mariana Martínez han distinguido tres dimensiones básicas de la impunidad penal: prejudicial, relativa y absoluta. La impunidad prejudicial se presenta cuando un hecho denunciado o conocido por la Fiscalía no se judicializa, es decir, no se investiga preliminarmente, cuando en realidad se trataba de un delito, y existe un posible responsable. La

impunidad relativa es aquel movimiento del proceso penal que se da sin que se haya realizado una investigación de fondo por parte de la Fiscalía, pero el proceso sale de la competencia del fiscal o de la Fiscalía. Finalmente, la impunidad absoluta se da cuando los delitos que se judicializaron se quedan sin resolver, porque el paso del tiempo hace que mueran (prescriban), por vencimiento de los términos legales establecidos.

Junto a la impunidad procesal, se han desarrollado otros conceptos como los de impunidad estructural, social, normativa, fáctica. Se dice que la impunidad es estructural cuando es inherente a una problemática sociopolítica, que representa una imagen de las relaciones socioeconómicas y políticas de una sociedad subdesarrollada. (Ambos, 1997)

La impunidad social, que otros autores denominan impunidad de hecho, es aquella que se presenta por la falta de denuncia, y se asocia fundamentalmente con la cifra oculta de la criminalidad.

La impunidad real, por su parte, guarda relación con la cifra real de la criminalidad, esto es, la sumatoria del estimativo de la criminalidad oculta, junto con el registro de la criminalidad oficial. El caso de homicidio es el que más se usa como un posible indicador de impunidad real, pues en este caso la cifra oculta tiene características particulares. La criminalidad oficial en materia de homicidios es tendencialmente igual a la real, de tal forma que la impunidad real podría llegar a ser perfectamente también una de tipo procesal.

Otros autores distinguen entre impunidad normativa e impunidad fáctica. La primera es toda ausencia de pena que se fundamente directamente en normas legales, como las amnistías y los indultos. La segunda, por el contrario, es el resultado fáctico, los mecanismos que no abarcan lo normativo, y que impiden el procesamiento y la penalización.

Kai Ambos distingue igualmente entre impunidad en sentido estricto e impunidad en sentido amplio. La segunda la vincula con los hechos subordinados al derecho penal general, mientras que la primera, la relaciona sólo con la violación de los derechos humanos universalmente reconocidos. La impunidad en sentido amplio, implica la no penalización de comportamientos (acciones u omisiones), que encajan en el principio del derecho penal nacional material y que forman parte de la criminalidad común, pero que por razones más bien fácticas que normativas, no resultan castigadas.

Por su parte, impunidad en sentido estricto significa ausencia de penalización por violaciones a los derechos humanos. Es en este ámbito donde mayor desarrollo ha tenido, constituyendo una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, de adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores (especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas adecuadas), de asegurar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones. (Orentlicher, 1997).

Para identificar los distintos momentos en que puede producirse, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió la impunidad como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables. (CIDH, 1998).

Los distintos conceptos de impunidad que se han elaborado en Colombia podrían clasificarse en dos grandes grupos. Los primeros, procedentes de aquellos preocupados por la eficacia del sistema penal. La impunidad en este caso adquiere un carácter autónomo, en tanto es un problema propio del sistema de justicia que guarda relación con el proceso de aplicación de las normas penales. En este grupo se encuentran la mayoría de los conceptos utilizados en los estudios y artículos consultados.

“La ineficacia y la debilidad del aparato judicial explican en buena medida la precariedad estructural del Estado colombiano o el derrumbe de la institucionalidad colombiana. Esto explicaría la enorme impunidad frente a la cual tanto los sectores autoritarios como los movimientos democráticos reclaman una intervención creciente de la administración de justicia y, en especial, del derecho penal. Los unos para reestablecer el orden, preservar el régimen político y re dinamizar los procesos de acumulación. Los otros reclamando castigo para los crímenes de los poderosos y en general por las graves violaciones de los derechos humanos”. (Uprimny, 2001)

Buena parte del movimiento de derechos humanos ha hecho de la impunidad también un problema procesal propio de la administración de justicia. “Los mecanismos de impunidad son múltiples... éstos incluyen impunidad mediante ley, a través de la legislación que exime la persecución de los perpetradores de abusos de derechos humanos, o la impunidad práctica, en la cual no obstante la existencia de leyes que prevén la persecución a los violadores de derechos humanos, las amenazas y la intimidación dirigida en contra de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y/o de los testigos, hacen peligrar la investigación, así como los problemas relacionados con el funcionamiento del órgano judicial, particularmente su independencia e imparcialidad.” (UN- ECOSOC_CHR, 1994)

También en este primer grupo hay quienes asocian el problema a temas de congestión y mora en la actividad judicial, y propugnan por mecanismos alternativos de solución de conflictos y por el traslado de competencias de la justicia a la policía.

El segundo grupo reúne todos aquellos conceptos que consideran que la impunidad no es un fenómeno autónomo, sino derivado. Participan de este grupo autores como Jesús Antonio Muñoz Gómez, Germán Silva y Hernando Valencia Villa, entre otros.

En esta perspectiva conviene tener en cuenta la opinión de Alfonso Reyes Echandía: “Los jueces entran a operar cuando falla el Estado; cuando el Estado no es capaz de resolver los conflictos. Restituámosle esa fe al Estado; démosle esa capacidad al Estado para que pueda resolver los conflictos y por ese camino seguramente podremos lograr la descongestión de la justicia”.

Jesús Antonio Muñoz Gómez considera que la impunidad no es un problema central sino un problema derivado. Para este autor el centro de la problemática está en los contenidos mismos del derecho penal, los conflictos que ha de recoger y aquellos que ha de excluir, y no la impunidad, que partiría del supuesto de dejar inalterados los contenidos mismos del derecho penal y solamente ocuparse de disminuir la distancia entre las definiciones del legislador y la que hacen los jueces.

El derecho es una creación humana, elaborada en un contexto social. Es decir, es una construcción social. Esta creación humana que es el Derecho recae a su vez sobre algo que bien podemos llamar realidad social. Si consideramos a la vez a la realidad como algo construido socialmente, y no como algo existente al margen del actuar humano -realidad ontológica-, podríamos entonces enunciar el primer postulado para abordar el problema de la impunidad:

1- El derecho trabaja sobre una realidad que ya ha sido producto de una construcción social. El elevado grado de artificialidad del mundo jurídico depende de dos circunstancias: la primera es que el derecho construye sobre una realidad que ya es producto de una construcción social. El resultado es una construcción de segundo grado, producida a través de la reelaboración de la realidad y del significado social de la acción. Lo anterior significa que el derecho redefine las situaciones y conflictos sociales que son sometidos a su intervención. El Derecho, y en especial el penal, redefine el conflicto y lo presenta a su manera, desligándolo de su origen y significación social.

2- Toda la vida social no puede ser recogida por el Derecho. El Derecho reparte las situaciones y conflictos que regula en distintas áreas especializadas. Este reparto de los conflictos no corresponde a la naturaleza de los problemas. No existe en efecto, una naturaleza o cualidad criminal de ciertos actos que los lleven a que sean tratados exclusivamente por el Derecho penal. De la misma forma, no existen situaciones y conflictos que por su esencia correspondan al derecho civil, comercial, laboral, etc.

3- Un tercer aspecto que crea dificultades al tomar la impunidad como eje de reflexión de los problemas de la justicia consiste en el hecho de que, en realidad, el derecho penal no tiene como función real reprimir y prevenir la criminalidad. En verdad su función es meramente simbólica: da la impresión de que actúa y protege a los miembros de la comunidad cada vez que se produce un hecho delictivo. Sin embargo, nada más falso que esta impresión. Los estudios sobre la llamada cifra negra de la criminalidad nos indican que bajo las redes del derecho penal sólo caen unos pocos casos, del total de infracciones que se cometen en una sociedad.

La impunidad es la distancia que se produce entre los dos niveles del proceso de criminalización de conductas e individuos. Por consiguiente, las posibles soluciones al problema comenzarían por una profunda revisión de los contenidos del derecho penal y del funcionamiento de todo el sistema, de sus costos y consecuencias reales.

La mayoría de los estudios sobre el tema, todos los programas de lucha contra la impunidad puestos en marcha en Colombia y la política oficial en este campo parten de una aproximación que entiende esta problemática como un asunto propio de la administración de justicia penal.

La segunda aproximación a duras apenas ha alcanzado a formularse en el país, tiene muy poca, escasa o nula incidencia en la definición de los programas y políticas de lucha contra la impunidad.

3.2 La impunidad en cifras

Las cifras que a continuación se presentan son extraídas de los diversos estudios académicos que sobre la impunidad y el funcionamiento de la administración de justicia se han realizado en el país, de los documentos de política institucional elaborados por las autoridades, de las ponencias de expertos, así como de los informes que cada una de las instituciones del sistema judicial elabora periódicamente.

El problema de la impunidad, la congestión judicial y la falta de justicia es una constante del sistema penal colombiano. Para Mauricio Rubio, entre 1940 y 1964, el sistema de justicia tenía dificultades para atender el 90% de los procesos sometidos a su competencia. En esta época, los procesos penales en conocimiento del aparato de justicia se multiplicaron por cinco al pasar de treinta mil a ciento cincuenta mil, mientras que la capacidad efectiva de atención del sistema sólo aumentó de diez mil a quince mil procesos (Mauricio Rubio; 1999).

Rubio argumenta de manera documentada las fallas que ha padecido el sistema penal colombiano a través de su historia. La congestión ha sido uno de los problemas endémicos de la justicia en Colombia, y bajo el prurito de reducirla se han justificado muchas reformas y se han asignado cuantiosos recursos.

De acuerdo con este autor, las estadísticas de la justicia penal que se conocían para 1964, ponían en evidencia, desde entonces, como problema grave de la sociedad colombiana, el no funcionamiento del sistema penal. En ese año, entraban al sistema cerca de 10 veces el número de sumarios que se podían investigar, sin descontar los sumarios que prescribieron. La situación era tal que el acumulado de sumarios sin calificar equivalía a diez años de entrada.

En 1971 se crearon jueces de instrucción criminal para apoyar labores de investigación y poder así evacuar el significativo número de procesos estancados. Si bien esto coadyuvó a incrementar notoriamente la evacuación de procesos, los que se duplicaron cada cinco años, esto se hizo con laxos criterios de terminar con procesos sin resolución acusatoria. Las cifras que a este respecto muestra Rubio son elocuentes: Mientras en 1971 las acusaciones constituían el 30% de las calificaciones a los sumarios, en 1981 este porcentaje se había reducido al 9%. Pero el problema no fue sólo de laxitud a la salida, sino también de laxitud a la entrada, toda vez que los criterios con los cuales se seleccionaban los procesos para iniciar la instrucción, se orientaron a escoger los casos más fáciles de resolver, es decir, aquellos menos graves y con sindicado conocido. Los homicidios sin autor conocido se convirtieron en los casos graves y difíciles de resolver, en los que la tarea instructiva no mostró efectividad.

Desde mediados de los setenta, la situación de violencia del país se agrava y ello se refleja en un crecimiento del 6,1% anual entre 1971 y 1985 de las entradas de procesos penales al sistema, frente a la escasa respuesta de evacuación con resolución de acusación, que también se manifestaba en la precaria capacidad del sistema penal para detener sindicados.

El homicidio ha sido ampliamente reconocido no sólo como el delito más grave, sino como aquel para el cual las estadísticas son más fiables. De acuerdo con las cifras policiales, la tasa de homicidios empieza a crecer aceleradamente a partir de 1970, alcanzando sus tasas más altas a mediados de los años 80.

Rubio mide la capacidad del sistema penal para investigar los homicidios y castigar a los responsables. En ese sentido, encuentra que la proporción de homicidios que se llevan a juicio, que en los sesenta alcanzó a superar el 35%, fue en la primera mitad de los noventa inferior al 6%. Mientras en 1975 por cada 100 homicidios, el sistema penal capturaba a más de 60 sindicados, en 1994 ese porcentaje se había reducido al 20%. Las condenas por homicidios, que en los sesenta alcanzaban el 11% de los homicidios cometidos, no pasan del 4% en la primera mitad de los noventa (Mauricio Rubio; 1999).

En la década del 80, según el Viceministro de Justicia de entonces, Dr. Temístocles Ortega, se estima que únicamente el 20% de los delitos que se cometen en Colombia llega a conocimiento de las autoridades, y de ese 20%, tan sólo el 4% obtiene solución mediante sentencia. El resto de esos delitos duermen permanentemente en los despachos judiciales, una parte de ellos indefinidamente, otra parte se resuelve mediante mecanismos como la prescripción, la cesación de procedimiento y otros autos que de una u otra manera afectan los índices de impunidad.

Por su parte, Carlos Eduardo Lozano Tovar, Ex Director Nacional de Instrucción Criminal, pone de manifiesto la relación entre el aumento de la impunidad y el incremento de la criminalidad. Dice que, entre 1958 y 1982, la criminalidad contra la vida creció 37 veces, pasó de 33.913 homicidios y lesiones personales a 125.031. Los delitos contra el patrimonio crecieron 50 veces, pasando de 37.845 a 1.916.174. Entre 1985 y 1986 aumentó el homicidio el 8,59%, y los delitos contra el patrimonio un 3,35%. Asimismo, señala que los niveles de impunidad también aumentan: en 1984 sólo el 2,88% de los procesos penales obtuvo sentencia, y en 1985 el 2,44% (Carlos Eduardo Lozano Tovar; 1991).

Gabriel Ricardo Nemogá Soto, en un estudio sobre la reforma a la justicia, llama la atención sobre tres aspectos importantes a considerar. El primero, relacionado con el conocimiento de las decisiones judiciales para precisar los niveles de ineficacia y de impunidad. Para 1988, la actuación de la administración de justicia registraba el inicio de 215.665 nuevos procesos, 165.216 casos resueltos mediante cesación de procedimiento, y 27.084 mediante sentencia. En el 47% de los casos, la cesación se acuerda por inexistencia del hecho, inocencia del procesado o desistimiento, y en el 53% restante, se fundamenta en la prescripción. Según estas cifras, la impunidad para este año no alcanzaría a llegar al 50%.

El segundo elemento a destacar del análisis de Nemogá Soto es el desplazamiento en la congestión que produce las reformas procesales penales. Con la entrada en vigor del nuevo Código de Procedimiento Penal se produce un desplazamiento de la congestión en los juzgados penales hacia el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial.

El tercer elemento guarda relación con la reducción de sumarios que se produce como consecuencia del cambio de competencia, que traslada el conocimiento de los llamados delitos menores a las inspecciones de policía. Muchas veces los resultados de este tipo de cambio se presentan de forma inadecuada como reducción de la criminalidad. (Gabriel Ricardo Nemogá Soto; 1991).

En la década de los noventa se registra también un aumento significativo en los niveles de criminalidad. Y hacia 1995 se comienza a medir la efectividad del paquete de reformas que se hicieron desde 1991. En resumen, durante el primer lustro de la década, la impunidad calculada por diversas fuentes es superior al 95%. (Sáez, Felipe; 2003).

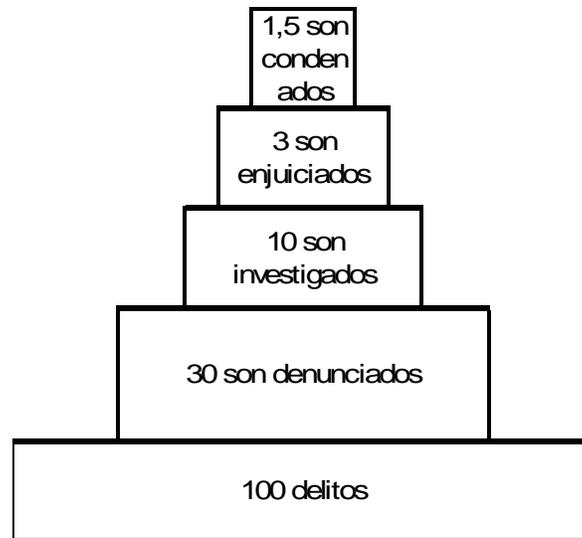
La Fiscalía General de la Nación, entidad encargada de las labores de investigación, es objeto de constantes señalamientos. En opinión de Felipe Sáez, pese a los amplios poderes de la Fiscalía General de la Nación en materia de investigación y competencias “judiciales”, y al generoso presupuesto, los aumentos en efectividad son poco significativos. Entre 1996 y 2000, el volumen de nuevas entradas se mantuvo prácticamente constante en 590.000, y el trabajo acumulado se mantuvo en unos 320.000, con un progreso muy modesto en la reducción de la congestión.

El trabajo de investigación de la Fiscalía se concentra en el 35% de los casos que llegan. Por término medio se desestiman 377.000 casos sin que se realice prácticamente ninguna labor de investigación. (Felipe Sáez. 2003).

La ineficacia del trabajo de la Fiscalía es preocupante y se debe tener en cuenta el desequilibrio existente en la cantidad de acciones delictivas que acontecen por número de habitante. Son 4.000 por cada 100.000 habitantes, y la cantidad de denuncias oficiales que llegan a la Policía y al sistema judicial, 1300 por cada 100.000 habitantes. La capacidad del sistema judicial para procesar las investigaciones criminales es de unos 400 casos por cada 100.000 habitantes. (Felipe Sáez. 2003).

Según el Consejo Superior de la Judicatura, en 1995 se registraron 720.968 denuncias, que corresponden aproximadamente al 43% de los delitos cometidos. Las investigaciones que se abren son menos del 40%, y las condenas inferiores al 7%. En este mismo año sólo se profieren 44.400 sentencias, y de éstas, 16.444 fueron condenatorias (Vladimiro Naranjo Mesa; 1995).

Para los años 1994-1995, Rubio muestra la “*pirámide de la litigiosidad*” para caracterizar el sistema penal colombiano. Menciona que sólo la tercera parte (31,5%) de los delitos que se cometen en el país llega a conocimiento de las autoridades. A su vez, sólo la tercera parte de las denuncias se investiga formalmente. De estas investigaciones, que son el 10% de los delitos cometidos, sólo uno de cada tres llega a la etapa del juicio. Un 60% de los juicios terminan en condena. Por tanto, menos del 2% de los delitos que se cometen en el país reciben sentencia condenatoria. Afirma Rubio que “la impunidad en el país aún bajo una definición conservadora —porcentaje de los delitos denunciados que no se condenan— bordea el 95%” (Mauricio Rubio; 1998).



En la composición por tipo de delito, Rubio muestra que, para 1994-1995, el 90% de los delitos penales tienen que ver con atentados a la propiedad privada, muy similar a las denuncias hechas por las víctimas. Los delitos contra la vida, alcanzan el máximo en las denuncias reportadas a la policía, y aunque se reduce en la etapa sumarial, sigue siendo superior a la que se da en la base de la pirámide.

La atención del sistema penal para los delitos contra el patrimonio económico está fuertemente restringida. Las víctimas informan a las autoridades de menos del 20% de las infracciones. La policía registra denuncias por menos del 10% de los delitos cometidos, únicamente para el 3,3% de los delitos se abre investigación y se condena menos del 1%.

Los delitos contra la vida y la integridad de las personas (homicidios y lesiones personales) se denuncian sólo en un 44% por las víctimas, aunque siempre llegan a conocimiento de la autoridad. A pesar de ello, las investigaciones que se abren son menos del 40% de los delitos cometidos y las condenas son inferiores al 7% de los incidentes.

Otro estudio que merece ser comentado es el que realizó la Comisión de Racionalización del Gasto y de las Finanzas Públicas, Comisión que se estableció en agosto de 1995 como una recomendación de un grupo de congresistas al Gobierno, dada la difícil situación por la que atravesaban en ese momento las finanzas del gobierno nacional central. El informe final de esta Comisión se publicó en 1997, y dentro del Tomo V se evaluó el sector justicia y los derechos civiles.

A propósito de la impunidad, el informe de la Comisión afirma que la probabilidad de castigo en Colombia es muy baja. A mediados de los sesenta era de un 20% y bajó al 5% en 1971. Desde entonces ha descendido de forma permanente hasta llegar al 0,5% en los años noventa. En otras palabras, afirma el informe, que el grado de impunidad existente supera el 99,5%. La información y los cálculos que utilizó la Comisión son los siguientes:

- 3.493.922 es el total de casos penales identificados, de los cuales el 74% es criminalidad oculta (fuente: DANE) y, la diferencia, es decir, el 26% son los casos conocidos por el aparato judicial.
- 720.968 (26%) son los casos denunciados, de los cuales el 93,1% fueron casos puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación.
- 57.834 casos, equivalentes al 8% del total de casos denunciados fueron tramitados por los jueces penales.
- 36.444 casos (5,1%) fueron efectivamente sancionados.

- Respecto a las denuncias, el índice de impunidad es del 90,5%⁹¹
- Respecto a las condenas, el índice de impunidad es del 99,9%⁹²

El Consejo Superior de la Judicatura elaboró con la asesoría de la Universidad Nacional el modelo probabilístico para cuantificar la impunidad. En este estudio se define la criminalidad como un tipo de conductas desviadas del modelo social, que menoscaban las condiciones de convivencia, afectan el ente social o los derechos o fundamentos que cimientan la sociedad. La impunidad es definida en relación con la posibilidad que tiene el Estado para responder al hecho en las diferentes etapas del ciclo criminal. El ciclo criminal se divide en: Etapa de realización, Etapa de denunciabilidad, Investigación previa, Etapa instructiva y Juicio.

La impunidad que se genera depende del momento en que ésta proceda, por ello tenemos: a) la impunidad social, que se manifiesta en la imposibilidad del Estado de determinar la responsabilidad del hecho porque el aparato de justicia no pudo conocerlo; b) la impunidad procesal, que es la que se da por imposibilidad del Estado de determinar la responsabilidad del hecho porque el aparato de justicia, en las diferentes etapas del proceso, no pudo llevar a cabo su tarea.

Para medir la impunidad se utiliza el método probabilístico. Éste consiste en determinar, en cada etapa del ciclo criminal o proceso penal, la probabilidad de elementos que se asocian con la impunidad. La impunidad social se mide según el hecho sea o no denunciado. La impunidad procesal, en la fase de investigación, responde a que el proceso prescriba o sea suspendido por no identificación del responsable. En la etapa procesal se identifica la impunidad porque precluye la investigación por prescripción o por vencimiento de términos. En la etapa de juicio se imputa la impunidad a la emisión de sentencia absolutoria por incertidumbre de responsabilidad del acusado, por terminación del procedimiento o porque éste termine por cesación de procedimiento. La impunidad acumulada es la suma de la impunidad en cada fase. El método también tiene en cuenta la división de competencias por factor funcional, es decir, según sea el juez municipal o de circuito quien conozca de la conducta.

Este método fue aplicado en Bogotá en 1997. La aplicación del método arroja los siguientes resultados:

- a) el 29% de los hogares dijeron ser víctimas de delitos. Del total de hogares que fueron víctimas de delitos, el 63,73% no denunció.
- b) La impunidad procesal en Bogotá, en el nivel municipal es de 43,9%, en el nivel circuito es del 26%, y para las contravenciones especiales del 65,7%.

A través de la metodología también es posible diagnosticar la impunidad judicial, que es aquella que surge cuando un hecho denunciado queda impune, independientemente de la etapa donde lo haga. Teniendo en cuenta las posibilidades, se puede inferir que una vez se haya abierto instrucción y termina en el juzgado, es poco probable que presente en impunidad, ya que el margen es del 6%.

Elvira María Restrepo y Mariana Martínez Cuellar publicaron en junio de 2004 un documento titulado “*Impunidad Penal: mitos y realidades*”, en calidad de investigadoras del CEDE de la Universidad de los Andes. Afirman las autoras lo siguiente:

“El tema de la impunidad se ha manejado tradicionalmente en Colombia a través de las cifras que provienen de encuestas de percepción que sugieren niveles de impunidad del orden del 90% al 99%. Estas cifras son mitos pues es casi imposible saber cuál es la verdadera magnitud de este fenómeno, de ahí que sean mitos (...) Además (las cifras) confunden diferentes tipos de impunidades, algunas de ellas que no dependen del sistema penal”

⁹¹ El indicador usado es (No Juicios / Denunciados – Conciliados – Inhibidos)

⁹² El indicador usado es (No Condenados / Denunciados – Concebidos – Inhibidos)

En este estudio las autoras ponen en evidencia las distintas cifras que existen en Colombia sobre la impunidad, mediciones que oscilan entre el 32% y el 99%.

La pretensión de las autoras es precisar el concepto de impunidad para luego proceder a su medición. En ese sentido, diferencian el crimen reportado o conocido por las autoridades de la cifra negra o criminalidad oculta. La diferencia radica en el conocimiento o el desconocimiento que las autoridades tienen sobre los delitos. La cifra negra normalmente se ha calculado a partir de las encuestas de victimización realizadas como un módulo dentro de la encuesta nacional de hogares por el Daño. En contraste, el crimen reportado es el conocido por la Policía y otras autoridades.

La cifra negra la denominan *impunidad social*, pues los delitos que allí se clasifican nunca llegan a conocimiento del sistema penal. Sobre la cifra reportada se genera *impunidad penal*, pues se trata de delitos que conoce el sistema penal y sobre los cuales tiene que responder. La impunidad penal se divide en prejudicial, absoluta y relativa. La *impunidad prejudicial* se presenta cuando un delito conocido por la Fiscalía no se judicializa. La *impunidad relativa* es cuando el proceso penal sale de la competencia de la Fiscalía, sin que se haya realizado una investigación de fondo. La *impunidad absoluta* se presenta cuando los delitos que se judicializaron se quedan sin resolver porque prescribieron por vencimiento de términos.

Utilizando las definiciones anteriores de impunidad, las autoras crearon indicadores de impunidad penal de acuerdo con las cifras de la Fiscalía, el Consejo Superior de la Judicatura y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

Restrepo y Martínez estiman la impunidad relativa alrededor del 77% entre 1996 y 2003. Los componentes de esta impunidad tienen el siguiente comportamiento: las suspensiones decrecen y desaparecen en 2001, pero son reemplazadas por los inhibitorios, que pasaron del 19% al 57% en el período analizado. Las reasignaciones decrecieron del 25% en 1998, al 10% en 2003. La impunidad absoluta, es decir, las salidas por prescripción disminuyeron notablemente pasando de 6% a 1% en este período.

En síntesis, y tal como lo exponen Restrepo y Martínez, las cifras sobre la impunidad oscilan entre el 32% y el 99%, cifras que en cualquier caso ponen en evidencia serios problemas en el interior de la administración de justicia penal.

Cuadro 1. Estudios sobre la impunidad en Colombia

Metodología	%	Fuente
1. <u>Cifra negra o criminalidad oculta:</u>		
720.000 denuncias - 3.5 millones casos penales ocurridos	74%	DANE, Encuesta de Hogares 1995.
2. <u>Índice de impunidad respecto a denuncias</u>		
- Calificación/ denuncias delitos de lesiones personales;	94.8%	Giraldo, Reyes, Acevedo, 1987.
Llamamiento a juicio/ denuncias	97.1%	
Sentencias/ denuncias	98.6%	
- En juicios: #juicios/ (denunciados, conciliados, inhibidos)	90.5%	Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas, 1997.
- En condenas: #condenados/ (denunciados, inhibitorios)	99.9%	Comisión de Racionalización del Gasto y las Finanzas Públicas, 1997.
- 20 de cada 100 delitos se denuncian y de esos 14 prescriben. De los 6 restantes, 3 terminan en sentencia. Probabilidad de que un delincuente reciba sentencia:	97%	Armando Montenegro. "Justicia y desarrollo económico". 1994.
3. <u>De acuerdo con la providencia que califica el sumario:</u>		
- 1987: Providencias dictadas por jueces de cesación de procedimiento (60% por prescripción) y archivo:	80%	Indicadores sociales en Coyuntura Social, No. 1. 1989.
4. <u>Índice de impunidad asociado con Fiscalía General:</u>		
- Proporción de expedientes excedidos en los tiempos normativos / Total de expedientes activos (682.983)	55.4%	Informe de gestión FGN 1997-2001 (2001), basado en estudio del Cider
- Etapa de investigación previa	41.2%	
- Etapa de instrucción	14.2%	
5. <u>Modelo probabilístico para cuantificar la impunidad aplicado a Bogotá (3.492 hogares encuestados y 34 fiscalías):</u>		
- Cifra negra: probabilidad de no denuncia por hogar afectado (1.030 afectados)	63.7%	Consejo Superior de la Judicatura "Modelo Probabilístico para cuantificar la impunidad" a través del Depto. De Matemáticas y Estadística de la Universidad Nacional. Enero, 2000.
- Impunidad procesal en la fase de investigación previa:	12.1%	
Prob. Proceso prescriba + prob. proceso suspendido por no identificación responsable, competencia circuito y municipal	41.7%	
- Impunidad procesal en la fase de instrucción:	8.8%	
Prob. Proceso precluya por prescripción+ prob. precluya por venc. de términos, en competencia circuito y municipal	1.1%	
6. <u>De acuerdo con las salidas de los procesos en cada fase:</u>		
- Investigación previa: participación de las salidas de suspensión y reasignaciones dentro del total de salidas	39.3%	Corporación Excelencia en la Justicia. "Informe de coyuntura de la justicia, labor de la Fiscalía General de la Nación". Junio 2001. Cifras para año 2000.
- Instrucción: participación de salidas de cambio de competencia dentro y fuera de la Fiscalía, preclusiones por prescripción y por muerte, recusaciones, impedimentos y cierres parciales	17.5%	
7. <u>Indicadores internos de la Fiscalía</u>		
- Impunidad puntual = (denuncias - decisiones judiciales de fondo)/ denuncias	32%	Indicadores de Desempeño de la Fiscalía General 2000-2003 Fiscalía General de la Nación, Diciembre 30 de 2003

Fuente: Restrepo, E.M. "La Justicia como Instrumento de Paz". Debates de Coyuntura Social, Fedesarrollo, No 15, Junio de 2003 y datos Fiscalía

Los intentos por precisar cuantitativamente el fenómeno también evidencian las dificultades existentes en la construcción y manejo de la información relacionada con el funcionamiento del sistema de justicia y con el proceso de aplicación de las normas penales.

3.3. Las explicaciones

Mauricio Rubio ha sido uno de los economistas que más tradición tiene en el análisis de violencia y economía. Rubio intentó usar la "teoría económica del crimen" (Rubio, Mauricio. 1998) para estudiar el funcionamiento del sistema penal. Esta teoría consiste en los estímulos que tiene un potencial denunciante frente al aparato de justicia. La decisión de acudir a no a las vías judiciales para resolver un conflicto, depende de los costos o beneficios esperados en esta resolución.

En el análisis que Mauricio Rubio hace del el sistema penal colombiano, ha dicho que este ha sido particularmente tolerante con la violencia (Rubio, Mauricio. 1998). Dice que la legislación colombiana nunca ha sido lo suficientemente severa para el tratamiento legal de los atentados contra la vida. En sus explicaciones explora la historia de los códigos penales y los argumentos de quienes los aprueban. En primer lugar, están quienes piensan que las medidas penales son inocuas si de manera simultánea no se aplican políticas globales más ambiciosas para mejorar la situación social. En segundo lugar, hay otros que argumentan que la sanción penal se ha concentrado en las intenciones de los homicidas y no tanto en las consecuencias de sus acciones. En tercer lugar, están quienes sostienen que existe un divorcio entre la realidad de la violencia y lo que los legisladores redactaban como castigo en el código penal.

Finalmente, Rubio analiza las encuestas de victimización para llamar la atención sobre la actitud de los ciudadanos ante el delito. Más de la mitad de los hogares víctimas no hicieron nada, y únicamente el 38% puso la denuncia. Dentro de las razones para no denunciar se encuentra la falta de pruebas, toda vez que el sistema penal delegó en los ciudadanos la responsabilidad de aclarar los crímenes. El temor a las represalias es la segunda razón que tienen los hogares para no denunciar.

En la evaluación de Rubio, el sistema se nivela por lo bajo, dado que en lugar de fortalecer la capacidad del sistema judicial para identificar, capturar, juzgar y castigar a los delincuentes, se limita a realizar lo que su débil capacidad de investigación le permite. Adicionalmente, el decreto 050 de 1987 limitó a 60 días la 1ª etapa de investigación, para que en ese plazo se esclarecieran los delitos y se identificaran a los autores. Si vencido este término no se hubiesen logrado estos objetivos, se suspenden las diligencias. Según Rubio, se decretó la impunidad para aquellos crímenes no aclarados en menos de dos meses. Posteriormente, la Ley 81 de 1993 volvió a extender la investigación hasta tanto no se hubiesen identificado a los responsables, y el término de 60 días continuó vigente únicamente para los casos de imputados conocidos.

Las dos lecturas que Rubio hace de estos resultados es que el mal desempeño de la justicia ha incentivado en Colombia los comportamientos violentos. Pero, por otro lado, hay un argumento opuesto y es que uno de los factores que contribuyeron a la parálisis de la justicia penal colombiana fue, precisamente, la violencia y en particular la ejercida por los grupos armados.

Asimismo, Rubio utiliza la perspectiva de los efectos del crimen en el desarrollo económico, para medir los costos económicos de la impunidad. Dentro de esta perspectiva sostiene que el deterioro de la capacidad de la justicia colombiana para investigar, juzgar y condenar a los delincuentes se ha visto acompañado de un aumento sostenido en diferentes manifestaciones delictivas. El impacto más directo y visible del crimen es de índole redistributiva, en el entendido que un conjunto de individuos se apropia de recursos sobre cuya propiedad no tienen ningún derecho.

Rubio estima en diez billones de pesos de 1995, los recursos que se transfieren en Colombia de manera ilegal. Esto es equivalente al 17% del PIB. Es como si a una parte de los colombianos se les impusiera anualmente el equivalente a doce reformas tributarias de manera ilegal. Los ataques a la propiedad de los hogares, las empresas y el Estado constituye el hecho delictivo que mayor transferencia ilegal de recursos produce (8,3% del

PIB), muy por encima de los ingresos que produce el narcotráfico (1,3% del PIB)⁹³. Rubio concluye que el efecto regresivo de las fortunas de las nuevas elites estaría anulando los avances que logro el país en materia redistributiva en la segunda mitad del siglo. Las actividades delictivas crearon una bonanza de ingresos ilegales que impactaron de manera negativa en los sectores legales de la economía.

Es enorme y variado el impacto negativo que tiene la violencia sobre el desempeño económico de una sociedad. El Estado colombiano debe tener mayor capacidad para contener la violencia. Existe un estrecho vínculo entre la violencia y el ineficaz funcionamiento del sistema penal. En este sentido, el sistema penal de justicia no sólo contribuyó a la impunidad sino que fue víctima de ella.

Jorge Enrique Gutiérrez Anzola considera que en la medida en que mejoren los métodos de investigación, la impunidad se reducirá, ya que los infractores de la ley penal recibirán castigo a través de los mecanismos procesales establecidos. Propone una reforma del sistema penal para tipificar algunas conductas que son socialmente perjudiciales, una reforma procesal y la elaboración de un sistema de estadística.

Temístocles Ortega señala que las causas de la impunidad se encuentran en la deficiente estructura administrativa y en los procedimientos judiciales. Propone una reforma en los procedimientos penales, con políticas de estabilidad laboral de los jueces, capacitación, reestructuración de la medicina legal y fortalecimiento del aparato de investigación. Señala además que, para luchar contra la impunidad, el gobierno nacional decidió incrementar el gasto público y llevar adelante una política de descriminalización y desjudicialización.

Para Carlos Eduardo Lozano Tovar, la principal causa del fenómeno está en las fallas que tiene la investigación de los hechos delictuales; la carencia de un cuerpo auxiliar investigativo, la falta de un sistema de registro domiciliario, etc. Propone la creación de una comisión permanente contra la impunidad.

Pablo Cáceres Corrales explica la impunidad como una problemática estructural, derivada del fenómeno del narcotráfico, que utiliza y financia tanto la delincuencia común, como a la guerrilla. En relación con la estructura del proceso penal, señala como limitantes, la judicialización de la instrucción y la inexistencia del juicio oral. La solución que propone es el fortalecimiento y la reforma institucional de la Fiscalía General de la Nación en términos de: a) independencia del ejecutivo y de las facultades jurisdiccionales, b) recursos necesarios para investigar y c) jerárquicamente organizado. (Corrales, Cáceres. 1996).

El ex-Vicéfiscal General de la Nación, Adolfo Salamanca Correa, señala que el derecho penal es la última ratio que tiene una sociedad para resolver sus diferencias, y que por tanto, la impunidad es el reflejo también de la utilización excesiva del derecho penal. Puntualiza que la lucha contra la impunidad es, a su vez, una apuesta por luchar contra la delincuencia, especialmente la de cuello blanco, relacionada con la corrupción, que es la que mejor se escabulle de la justicia. En relación con el proceso penal, asegura que éste tiene las siguientes fallas: juicio mecánico, privación de libertad exagerada, no uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, mal manejo de beneficios legales, falta de debate sobre la calificación jurídica y mal uso de la sentencia anticipada (Salamanca Correa, Adolfo. 1997).

En el estudio que realizó la Comisión de Gasto Público, se relaciona la impunidad con los problemas de congestión y lentitud del aparato judicial; situación que explica la baja credibilidad en la justicia. Relaciona las variables: gasto público en el sector justicia y atención a la oferta, y concluye que un simple aumento del gasto en la justicia no es la solución a la criminalidad ni a la impunidad. (Min Hacienda y crédito público.1997).

⁹³ Rubio reconoce que estos ingresos del narcotráfico están subestimados.

Una de las conclusiones de este informe dice: “A pesar de la magnitud de los recursos destinados a este fundamental servicio social, por su comprobada ineficiencia, los colombianos encuentran en su desempeño motivos de insatisfacción y razones poderosas para demandar resultados concretos acordes con el esfuerzo económico que implica” (Comisión de Racionalización del Gasto y de las Finanzas Públicas”. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 1997).

La Comisión reclama que los resultados de la justicia estén de acuerdo con las reformas implementadas por la Constitución de 1991. Los principales problemas diagnosticados en ese momento fueron el alto grado de congestión, la marcada lentitud y la alta tasa de impunidad. Argumenta el informe que ello explica la pobre percepción que la ciudadanía tiene sobre la capacidad de la justicia para imponer el orden y preservar las libertades y garantías ciudadanas. El término promedio de trámite de un proceso penal, es de 850 días, es decir, 3,2 años en primera instancia.

Establece el informe que frente al creciente grado de delincuencia común y organizada, se esperaría una gran capacidad del Estado para sancionar a los autores de las conductas criminales. Las dos razones que argumenta el informe para tener tan pobres resultados de la gestión del sector justicia son la criminalidad oculta (80%) y la limitada capacidad investigativa de las autoridades, que se traduce en sólo el 5% de resoluciones de acusación por parte de la Fiscalía. Adicionalmente, el informe llama la atención sobre la dificultad de acceso a la justicia. Ésta es una expresión de marginalidad y exclusión social, concluye el informe.

Estos resultados no guardan correspondencia con el esfuerzo económico que realiza la sociedad a través del gasto público en justicia, el cual creció más de seis veces en el período comprendido entre 1970 y 1996. En 1996, dice el informe, el gasto en justicia representó el 1,14% del PIB, equivalente a 2,800 millones de pesos diarios. Al mismo tiempo, el producto de la economía ha aumentado menos de tres veces en este mismo período. En términos de crecimiento real, el informe establece que el gasto en justicia creció a una tasa del 7,35% en los últimos 25 años (1970-1996), y en los años de la década de los noventa, el gasto creció a una tasa real del 16% anual. En ese momento Colombia era uno de los países de América Latina que más recursos destinaba a la justicia. Llama la atención el informe porque la ejecución de ese gasto siempre se ha realizado dentro de los parámetros tradicionales de burocracia e instalaciones físicas.

Diagnostica el informe que no se advierte una proporción justa entre el número de servidores de la justicia por especialidad (penal, civil, familia, laboral, etc.) y las cargas de trabajo existentes. La justicia penal emplea el 67% de los funcionarios, atendiendo a la tercera parte del total del trabajo. Obviamente esta afirmación hay que evaluarla con más y mejores elementos de juicio, como la complejidad de los casos penales, sobre todo en los jueces penales especializados. Lo que expone el informe es que, en general, la distribución de la carga laboral entre las diferentes jurisdicciones no es proporcional a la demanda para cada una de ellas. Sugiere con este diagnóstico una ineficiente asignación de los recursos, lo cual implica unos resultados precarios de la reforma judicial.

Dado que la Fiscalía absorbe la mitad del gasto público en el sector justicia, la evaluación que sobre esta entidad hace el informe de la comisión arroja los siguientes resultados: La Fiscalía no inició actividades contando con el indispensable apoyo de la sistematización de sus operaciones. Segundo, en el corto lapso que se dispuso para que entrara a operar, resultó prácticamente imposible capacitar a los nuevos funcionarios en las tareas que acometerían. De allí las fallas observadas a lo largo de su corta existencia. La paradoja que se presenta en la Fiscalía, dice el informe, es que se duplica el presupuesto y, también se duplica el número de procesos por fiscal. El mayor esfuerzo fiscal no ha reportado mejoramiento alguno en el grado de confianza de los ciudadanos en la justicia, ni en la reducción de la impunidad.

Concluye la Comisión lo siguiente:

“Parece claro que un simple aumento en el gasto público en la justicia penal y en particular en la Fiscalía General de la Nación, no es la solución ni a la impunidad, ni al grado de criminalidad que golpea a nuestra sociedad” (Comisión de Racionalización del Gasto y de las Finanzas Públicas. Ministerio de Hacienda y crédito público, 1997)

Otro autor que se acerca a esta mirada del problema es **Sergio Clavijo**. Este autor define la impunidad como la imposibilidad de instaurar un castigo como elemento disuasivo. En sus estudios llega a la conclusión de que la impunidad y la congestión judicial son las características del sistema judicial colombiano. Al igual que el Ministerio de Hacienda, sostiene la tesis de que la mayor cantidad de recursos no representan mayor y mejor administración de justicia.

La Corporación Excelencia en la Justicia publicó en agosto de 1997 un documento de Sergio Clavijo titulado “Situación de la Justicia en Colombia: Incidencia sobre el Gasto Público e Indicadores de Desempeño” (Clavijo, Sergio. 1997). Allí Clavijo es perentorio en su dictamen:

“La alta congestión judicial y la impunidad, o sea la imposibilidad de instaurar el castigo como elemento disuasivo, continúan siendo las ‘marcas de agua’ del sistema judicial en Colombia. Más aún, en muchos aspectos la relación insumo-producto al nivel de la justicia se ha deteriorado respecto del período anterior a la reforma, queriendo decir con esto que la mayor cantidad de recursos públicos y privados asignados a la justicia no se ha traducido en una mejor administración de la misma”. (Clavijo, Sergio. 1997).

Estos resultados, en criterio de Clavijo, han sido producto de la improvisación y la falta de un plan bien estructurado. Es un fracaso atribuible a la imposibilidad de articular jerarquías y procesos de decisión de manera ordenada, afirma Clavijo. Los argumentos que sustentan estas afirmaciones los ilustra en la dualidad organizativa que se creó al otorgarse una mayor autonomía a través del Consejo Superior de la Judicatura y adoptar un sistema penal acusatorio a través de la Fiscalía. Ello hace referencia a que la justicia colombiana ha tenido que edificarse sobre la dualidad de un sistema organizativo hispano y un sistema acusatorio no hispánico o anglosajón.

Debido a que Clavijo formó parte de la Comisión de Racionalización del Gasto Público, la presentación que hace del problema de la impunidad penal es igual a la que presentó la mencionada Comisión y está citada en la sección anterior. En este sentido, también Clavijo concluye que la impunidad respecto a las denuncias es del 90,5%, y respecto a las condenas es del 99,9%.

El valor agregado que propone Clavijo, frente a lo ya dicho por la Comisión, es el debate que existe sobre el poder disuasivo del castigo por una parte, y sobre cómo el tipo de encarcelamiento determina a su vez la probabilidad de reincidencia, por otra parte. Clavijo trae un cálculo de elasticidad del crimen a la tasa de encarcelamientos de $-0,16\%$ en Estados Unidos. Quiere decir ello que un incremento del 10% en la tasa de encarcelamientos conduce a disminuir en 1,6% la tasa de los crímenes. Al corregir este cálculo por sobrecupo y hacinamiento en las cárceles, la elasticidad se ubica en $-0,40\%$, lo cual mejora el efecto disuasivo del castigo. Si esto es cierto, es evidente que la sociedad estará dispuesta a endurecer sus procedimientos frente al crimen, aun incurriendo en un costo anual carcelario tan elevado (40.000 millones de dólares, superando tres veces los de Europa).

Plantea Clavijo que la rehabilitación del preso en Colombia es un problema de asignación de recursos y ésta no ha sido la prioridad dentro del manejo del sistema penal. Dentro del orden de prioridades de la justicia aparecen primero los problemas de descongestión judicial, la solución a la impunidad, el ensanchamiento del sistema carcelario y, sólo después, se estaría pensando en asignar recursos para la rehabilitación. Reconoce Clavijo que las sociedades modernas vienen exigiendo que se le de una mayor prioridad a la rehabilitación como elemento

preventivo de la criminalidad. La escasez de recursos en nuestro país y el estado grave de la congestión y la impunidad hacen pensar que el tema de la rehabilitación no se abordará con la seriedad que merece.

En relación con las finanzas del sector justicia, Clavijo ilustra las mismas cifras ya citadas en la sección de la Comisión de la Racionalización del Gasto Público. Entre 1990 y 1996, el gasto en justicia se duplicó al pasar de 0,65% a 1,4% del PIB. Este incremento corresponde a una tasa de crecimiento del 15% real anual. Adicionalmente, la participación relativa dentro del total de gastos de funcionamiento del gobierno central se ha incrementado del 8,5% en 1990, al 12% en 1995, y el 11% en 1996. La expansión del gasto público se explica por un aumento del 55% de la planta de personal en este período (alcanzó 42.000 empleados), y por la creación de nuevas instituciones como la Corte Constitucional, la Fiscalía y la Defensoría. El conjunto de los sectores Defensa y Justicia acaparan el 85% de los gastos de funcionamiento (excluyendo transferencias territoriales).

Concluye Clavijo afirmando que uno de los hechos más sorprendentes ha sido el continuo ascenso del gasto público, al tiempo que se eleva la tasa de homicidios y decae la de encarcelamientos. Mientras el gasto público en justicia fluctuaba alrededor del 0,50% del PIB en los años setenta, la tasa de homicidios era cercana a 20 por cada 100,000 habitantes, y la tasa de encarcelados era de unos 140 por cada 100,000 habitantes. Para mediados de los noventa, el gasto alcanzó el 1,4% del PIB, al tiempo que la tasa de homicidios se había cuadruplicado hasta alcanzar 80 por cada 100,000 habitantes, mientras que el número de presidiarios se había reducido en valor absoluto en unos cinco mil, y la tasa relativa con respecto a la población, caía aún más rápidamente a tan sólo unos 80 por cada 100,000 habitantes.

Elvira María Restrepo, Mariana Martínez Cuellar y Fabio Sánchez publicaron en febrero de 2004 el documento titulado “*¿impunidad o castigo?*”, que es un análisis e implicaciones de la investigación penal en secuestro, terrorismo y peculado. A partir de una muestra de 732 expedientes penales inactivos de la Fiscalía y de los juzgados penales especializados de Bogotá, Medellín y Villavicencio, los autores identifican las variables que contribuyen a explicar la capacidad del sistema penal para aclarar y castigar los delitos de secuestro extorsivo, terrorismo y peculado. El éxito de la justicia penal, según los autores, radica en la capacidad del sistema en vincular e individualizar un sindicado; acusarlo ante los jueces; y que éstos lo condenen.

Los resultados muestran que para el éxito de la justicia en investigar y castigar el delito de secuestro se encuentran dos tipos de pruebas: las pruebas técnicas como el análisis de las armas, peritajes y medios magnéticos, y las pruebas que surgen de los testigos y de las autoridades. El éxito de la justicia en un proceso de secuestro depende de la colaboración estrecha entre las autoridades (Fiscalía y Gaceta) y los testigos y familiares del secuestrado. La rapidez con la que se recoja la información después del hecho es fundamental para el éxito general de la investigación y para los rescates.

En el caso del terrorismo, los resultados muestran que las pruebas tienen un mayor impacto que en secuestro y en peculado. El éxito de un proceso por el delito de terrorismo depende casi en su totalidad de las pruebas técnicas que ordene la Fiscalía y de las actuaciones de las autoridades (Fiscalía, CTI y Policía).

Para los éxitos en peculado son esenciales las pruebas como el informe de las autoridades, testimonios de los funcionarios de la entidad afectada, constitución de parte civil y actuación de la misma durante el proceso. A diferencia del secuestro y el terrorismo, las pruebas técnicas no juegan un rol importante.

Para el profesor Rodrigo Uprimny, la impunidad se debe en gran medida a la ausencia de la Fiscalía y a la ausencia de sistema acusatorio. Señala como prioritario establecer controles, por jueces independientes, a los actos que la Fiscalía lleva a cabo que son susceptibles de afectar las libertades fundamentales de los ciudadanos. Propone una reforma que gire alrededor de dos ejes centrales: la especialización de los jueces y fiscales en la investigación; y la revaloración del juicio oral y público como núcleo del debate judicial.

Las explicaciones al fenómeno de la impunidad son fundamentalmente de carácter judicial, y se centran en los problemas de congestión y en las dificultades que las instituciones encuentran en las distintas etapas del proceso penal. Las respuestas para hacer frente al fenómeno, como se desarrolla en el siguiente apartado, se componen fundamentalmente de dos elementos: un incremento del gasto público en justicia y una serie de reformas procesales.

3.4. Impunidad y reforma procesal

No es exagerado afirmar que la historia de la reforma penal y procesal penal colombiana es en buena medida la historia de la llamada lucha contra la impunidad. En algunas ocasiones esta lucha aparece expresamente como uno de los propósitos de las reformas, y en otras, viene asociada con los problemas de ineficacia y congestión del sistema penal.

Con estas finalidades declaradas, tal como se desarrollará más adelante, las reformas penales y procesales han girado en torno a los siguientes aspectos:

1. La investigación de los delitos. En las reformas procesales se recurre con cierta frecuencia al cambio en los roles institucionales en materia de investigación. En ocasiones se entrega a los fiscales, y en otras, a los jueces.
2. Las formas procesales. Cambian entre la oralidad y la escritura.
3. Las pequeñas causas. Aparece casi siempre como un problema a resolver el tema de los delitos o infracciones menores, que transitan de competencias judiciales a fiscales, policiales o administrativas.
4. Nuevas instituciones. Se crean instituciones nuevas o se reforman otras. A modo de ejemplo, téngase en cuenta Medicina Legal, la Dirección de Instrucción Criminal y la Fiscalía General de la Nación. La Fiscalía en sus orígenes era una institución adscrita a la Procuraduría General de la Nación, luego fue considerada también una institución judicial y posteriormente fue adquiriendo personalidad propia y autonomía.
5. Se diseñan e implementan mecanismos alternativos para la solución de conflictos.
6. Aparece igualmente el tema de la legislación de excepción o de emergencia. Se endurecen las penas, se establecen procedimientos y jurisdicciones especiales.
7. Se hacen reformas al sistema carcelario y se intentan poner en marcha alternativas a la privación de libertad.
8. Se crean nuevos tipos penales, ampliando el campo de trabajo del derecho penal.
9. La formación y la especialización. Cada reforma siempre trae consigo una serie de programas de formación y especialización para jueces, fiscales y operadores judiciales.

Para hacer un breve recorrido por la historia de las reformas penales y procesales en su relación con la impunidad, se han tenido en cuenta cuatro momentos.

A.- El primero corresponde a la época en que se intentó una reforma integral del sistema judicial, proceso que arranca desde los primeros años de la década del treinta y arbitrariamente se ha decidido demarcar hasta la década del 50.

En la década de los 30' se desarrolla un gran proceso de reforma del sistema penal colombiano. La ley 20 de 1933 crea la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios. Esta Comisión pone a consideración el Proyecto de Código de Procedimiento Penal, que se convierte en la Ley 94 de 1938.

Esta ley introduce como innovación de gran importancia la creación de los Jueces de Instrucción Criminal. Conserva las etapas que ya se conocían en el proceso penal colombiano, a saber: sumario, juicio y sentencia. Se intenta, además, la simplificación de los trámites de tal manera que, sólo en casos especiales, como sucede en los juicios ante el Senado, ante los Jueces de menores y en los que se ventilan con intervención del Jurado, se establecen las ritualidades peculiares que impone la naturaleza del asunto.

En relación con la acción civil, se establece la posibilidad de decretar el embargo y secuestro de los bienes del sindicado. Ésta es una “*reforma trascendental*”, en términos de la Comisión, ya que “*no solamente favorecerá a la víctima de un delito, sino a la sociedad misma, coadyuvando a la disminución de la criminalidad*” (Comisión de Asuntos penales y Penitenciarios, 1938). En cabeza del Ministerio Público queda el ejercicio de la acción penal, correspondiente al Estado, como representante de la sociedad. También le corresponde la acción fiscalizadora de persecución del delito. El sistema adoptado lo describen de la siguiente manera: “Los fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial practicarán visitas trimestrales a los juzgados superiores y a los del circuito en lo penal, a fin de tomar nota de los sumarios y causas que se encuentren al estudio de dichos juzgados, de las demoras e irregularidades que se observen en el despacho de los asuntos, de la fecha de iniciación, del estado en que se hallen, de las determinaciones que se hayan decretado, de las excarcelaciones concedidas, de las condenas condicionales, de las libertades condicionales y de los perdones judiciales que se hayan otorgado, y de las demás circunstancias que ocurran en los procesos, aptas para establecer el cumplimiento o incumplimiento de los términos procesales, y, en general, de los deberes legales del juez. (...) Los fiscales de los juzgados superiores visitarán mensualmente los juzgados de instrucción criminal y los juzgados municipales de la cabecera del distrito, con los mismos fines ya indicados. Los personeros deberán visitar las alcaldías y juzgados municipales. La Procuraduría practicará visitas a la Corte Suprema de Justicia. Estas visitas, practicadas en verdadero espíritu fiscalizador, son de grandísima importancia para la pronta y correcta administración de justicia. Los jueces y funcionarios de instrucción tienen graves obligaciones que deben cumplir dentro de términos precisos, bajo sanciones establecidas en este proyecto y las leyes.” (Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios. 1938. Pág. 217 a 218).

Este intento de reforma fue frustrado, entre otras situaciones, por la expedición de decretos de emergencia. Los Decretos N° 1239 y 1259 de 1948 declaran turbado el orden público, y dictaminan el estado de sitio, a raíz de los sucesos que acontecieron después del 9 de abril de 1948.

De allí en adelante se suprimirá la figura de los jurados para el juzgamiento de algunos delitos (Decreto N° 3347 de 1950), se aumentarán las penas, y se cambiarán las funciones a los jueces de instrucción criminal, que se convertirán en jueces de policía (Decreto N° 241 de 1951), se amplía la calificación de maleantes: a) a toda persona que se relacione con la producción y consumo de Marihuana; b) Emisión de cheques sin fondos; y, c) funcionario o empleado público que se aproveche o haga suyo dineros que estén bajo su custodia (Decreto N° 1858 de 1951), se penaliza a los que dirijan, editen, redacten, auxilien o difundan escritos o publicaciones que calumnien o injurien a la autoridad legítimamente establecida; propicien el irrespeto a la ley; y/o signifiquen, directa o indirectamente irrespeto a la autoridad (Decreto N° 0684 de 1954), entre otras situaciones.

B.- Otro periodo es el que se abre en la década de los 50´ y culmina con la expedición de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal de 1981. En los últimos años de la década de los cincuenta y los primeros de la de los sesenta, a raíz de todos los problemas ocasionados por el fenómeno de la llamada violencia en Colombia, se intenta poner en marcha una reforma grande de la justicia penal colombiana, toda vez que ésta se mostraba altamente ineficaz para hacer frente a la violencia. Ante varios intentos fallidos liderados por el Gobierno, el Congreso aprobó la Ley 141 de 1961, mediante la cual se adoptó como permanente la legislación de excepción que había aprobado la dictadura.

Mauricio Rubio señala que las estadísticas de la justicia penal que se conocían en aquel momento ponían en evidencia la existencia de un problema grave de no funcionamiento del aparato de justicia. En 1964 entraban anualmente al sistema penal cerca de 10 veces el número de sumarios que se podían investigar. (Rubio, 1999).

La Ley 27 de 1963 otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para expedir los estatutos legales necesarios que garantizaran la reforma de la justicia. En virtud de esta ley, el Gobierno expidió 18 decretos, a través de los cuales se pusieron en marcha las reformas del Código Penal, se suprimieron los juzgados del circuito, se establecieron términos más exactos para el sumario, se creó el estatuto de conductas antisociales (Decreto 1669 de 1964), se trasladó la competencia en este ámbito a los jueces, y se dejó en manos de los fiscales de la Procuraduría General la tarea de investigación. La Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la atribución de esta competencia a la Fiscalía, por considerar que la instrucción es una función eminentemente jurisdiccional, y que por tanto, debía estar en manos de los jueces. Conviene evidenciar que luchar contra la impunidad constituía uno de los propósitos de este proceso de reforma de la justicia.

Posteriormente, mediante la Ley 16 de 1969, se les quita la competencia en materia de conductas menores a los jueces municipales y se devuelve a las autoridades de policía. El Decreto 2267 de 1969 organiza la instrucción criminal de conformidad al pronunciamiento de la Corte.

En 1970, mediante el decreto 1345 se expidió un nuevo Código de Procedimiento Penal cuyo propósito fundamental era agilizar el proceso y reglamentar adecuadamente la intervención de la Policía Judicial.

En 1971, se realiza una reforma en materia de investigación. El Código de Procedimiento Penal vigente hasta este año concentraba las funciones de juzgar y de instruir en los mismos funcionarios judiciales: los jueces encargados de investigar los procesos eran los mismos encargados de juzgarlos. El Decreto 409 de 1971 comienza a dividir las funciones de investigación y de juicio.

Es en este año cuando aparecen los Juzgados de Instrucción Criminal. Según los datos señalados por Rubio, desde que iniciaron sus funciones, las providencias de calificación de los sumarios aumentaron considerablemente, duplicándose cada 5 años. Sin embargo, esta efectividad se produjo gracias a unos criterios que permitían dejar salir sumarios del sistema sin resolución acusatoria. En 1971 cuando empezaron los jueces de instrucción las acusaciones constituían el 30% de sus actuaciones, para 1981, diez años más tarde, este porcentaje había bajado al 9%.

Siguiendo a Rubio “Puede pensarse que los nuevos jueces de instrucción, presionados por unas metas cuantitativas de evacuación de procesos, no sólo relajaron los criterios para dejar salir del sistema sumarios sin acusación, sino que se dedicaron a escoger los casos más fáciles de resolver. La gran deformación del sistema penal colombiano, la de dedicarse a aquellos que menos investigación requieren se comenzó a gestar a principios de los setenta”. (Rubio, 1999).

Este autor sostiene que la reforma procesal en comento fue hecha sin tener en cuenta la magnitud ni las características de la demanda por servicios de justicia, ni tampoco la capacidad de respuesta del sistema a esa demanda. En esta década las entradas al sistema siguieron creciendo a tasas que se estiman superiores al 6% anual. Y en todo caso, fueron superiores al crecimiento factible y realista en la capacidad de respuesta del sistema.

El Acto Legislativo No 1 de 1979 introdujo profundas modificaciones en la administración de justicia. En primer lugar, introdujo el sistema acusatorio, al crear la Fiscalía General de la Nación como entidad del Ministerio Público, con la función de investigar los delitos y promover su juzgamiento ante las autoridades, mediante la respectiva acusación. La Policía Judicial pasa a ser un organismo auxiliar de la justicia, dependiente de la Fiscalía General de la Nación.

En segundo término, se creó el Consejo Superior de la Judicatura, con las funciones de administrar la carrera judicial, enviar a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado la lista de quienes pueden ser nombrados magistrados, y a los tribunales, la lista de los que pueden ser nombrados magistrados y jueces.

Para hacer viable la reforma constitucional fue necesario elaborar un nuevo Código de Procedimiento Penal, acorde con los principios propios del proceso acusatorio. Fue así como el Presidente obtuvo facultades extraordinarias del Congreso para expedir el nuevo Código Procesal Penal, por medio de la ley 6 de 1979.

Es de anotar también que mediante decreto 100 de 1980 se expidió el nuevo Código Penal que el Gobierno venía trabajando desde 1972. Este Código representa una nueva orientación en los fundamentos del castigo. De un sistema basado en la peligrosidad, pasamos a uno basado en la responsabilidad penal, fundada en el principio de culpabilidad.

La lucha contra la impunidad fue uno de los propósitos centrales de esta reforma, así lo reconoció expresamente en la exposición de motivos el presidente Turbay Ayala.

Mediante decreto numero 181 de 1981, se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, que empezaría a regir un año después de su promulgación.

Las características de tal ordenamiento eran las siguientes:

- Se estructura con base en una función de acusación y otra de juzgamiento
- Se consagra la excarcelación como principio y la detención preventiva como excepción.
- El proceso se divide en dos grandes etapas: La primera de instrucción, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, y la segunda, de juzgamiento.
- Novedad importante que trae el Código es que no habrá proceso si no existen personas vinculadas a la investigación.
- La controversia probatoria se hace sólo en el juzgamiento
- Se establece un procedimiento especial para los casos de flagrancia, cuasi flagrancia y delitos de menor entidad.

Por medio de la Sentencia del 3 de noviembre de 1981, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la totalidad del acto legislativo N°1 de 1979. El Gobierno se vio en la obligación de volver al anterior Código de Procedimiento Penal.

Esta frustrada reforma hay que tenerla muy en cuenta, porque en realidad las pretensiones de la clase política que quería imponerla se lograron materializar en la reforma a la Constitución de 1991 y en la reforma a la justicia que le siguió, de la cual constituye su antecedente más inmediato y preciso.

C.- La presencia progresivamente más grave de problemas como el secuestro extorsivo, la extorsión, el terrorismo y el narcotráfico dan origen al otro momento de la reforma a la justicia penal colombiana que va desde 1981 hasta 1991, cuando se inicia el proceso de implementación del sistema acusatorio.

Por medio de la Ley 2 de 1984, se estableció un procedimiento especial y se crearon unos jueces especializados para el juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo. Con la ley 30 de 1986 se instaura una nueva legislación para reprimir el tráfico y consumo de drogas.

Por medio del Decreto 1038 de 1984, el Gobierno declaró turbado el orden público en todo el territorio nacional para combatir a los terroristas y narcotraficantes, estado de excepción que duraría hasta la expedición del Decreto 1686 de 1991.

Las normas de excepción tienen entre otras, las siguientes características:

- La creación de nuevas figuras delictivas, lo cual implicó una expansión irracional del sistema penal.

- Las normas de emergencia elevaron las penas de forma desproporcionada y sistemática.
- Se crearon procedimientos especiales para el juzgamiento de algunos delitos
- Se aumentaron las facultades de policía judicial.
- Se crearon jueces y tribunales especializados para el enjuiciamiento de ciertos delitos.
- Se establecieron beneficios por delación y colaboración con la justicia.

Este es el inicio de la tendencia eficientista del sistema penal, propia de la justicia norteamericana, que empieza a permear el sistema de justicia colombiano. Con ello también empieza a cambiar la referencia cultural de la justicia colombiana que transita del sistema penal continental europeo hacia el pragmatismo del derecho norteamericano.

En 1988, mediante Decreto 180, se crea la Jurisdicción de Orden Público. En medio de la legislación de estado de sitio, se pone en marcha un nuevo Código de Procedimiento Penal, mediante el Decreto 050 de 1987.

Con este Decreto se restringió la apertura del sumario a aquellos incidentes penales que tuvieran un sindicado conocido, y se decidió poner un término de 60 días a la labor de investigación previa para esclarecer los delitos e identificar los autores para vincularlos al proceso. Si vencido ese término no se hubiere logrado la individualización o identidad física del presunto infractor, el Juzgado de Instrucción (...) ordenará suspender las diligencias (art 340). Simultáneamente, se fue dando un continuo y sostenido deterioro de la capacidad del Estado colombiano para capturar sindicados.

Para Rubio, la combinación de estos dos factores, que son la deformación de los criterios para escoger los casos que meritaban ser investigados y la incapacidad para detener sindicados, trajo consecuencias altamente negativas para la justicia colombiana.

En otros términos, se decretó la impunidad para aquellos crímenes que no fueran aclarados en el término de dos meses. Posteriormente, por medio de la ley 81 de 1993, se alteró de nuevo el procedimiento, para retornar al principio de extender la investigación previa hasta la identificación de los implicados. El término de 60 días siguió vigente sólo para los casos con imputado conocido.

Esta reforma no sólo consolidó la trivialización de la justicia penal, sino que, en la práctica, le otorgó una patente de corso al crimen organizado. Es difícil pensar que una reforma como esta fuera un simple desacierto y que no hubiera detrás de ella presiones de grupos poderosos, sostiene Rubio.

El Acto legislativo No 1 de 1991, en su artículo 143.3, establecía que sería función del FGN la persecución de los delitos y contravenciones que afectaran el orden social y la acusación de sus autores o partícipes ante los jueces y tribunales competentes.

Uno de los aspectos decisivos para este cambio constitucional fue la insistencia del senador Álvaro Gómez Hurtado en crear mecanismos para luchar contra el flagelo de la impunidad.

“En la actualidad las deficiencias de la instrucción criminal conducen necesariamente a la impunidad, ora porque se dilata en forma indefinida o porque ignora la técnica investigativa o también porque un papeleo absurdo oculta la verdad verdadera y, por lo mismo, esta no coincide con la verdad formal del expediente. Los jueces de instrucción actualmente obran por sí y ante sí, sin que sus superiores los sometan a rigurosa vigilancia ni les sancione disciplinariamente. No obedecen a un criterio uniforme porque cada cual ordena según su talante y a su libre arbitrio, además de que las leyes y las doctrinas dependen de su personal interpretación. Si la reforma se orienta hacia el sistema acusatorio no por ello es menos cierto que el inquisitivo persiste en todo cuanto ha sido útil y bueno, según la experiencia judicial del país”. (Escobar Sierra, Hugo 1979)

Con la reforma de 1991 se señaló que ahora sí se podría contar con investigadores especialmente formados, que facilitaran esa labor, para reducir sustancialmente la impunidad, superando así las fallas del sistema inquisitivo. (Carrillo, Fernando 1992)

En todo caso, conviene tener en cuenta que la FGN pasó de 280.000 procesos represados en 1996, a más de 650.000 en 1999. (Fuentes, Alfredo 2001)

Según Jesús Antonio Muñoz Gómez, la reforma a la justicia de 1991 no es más que traer a la mesa antiguas recetas para problemas nuevos y también para los problemas viejos. Se refiere, en particular, a la conversión en legislación permanente de toda la legislación de emergencia y a la reforma a la justicia, con base en la introducción del sistema penal acusatorio. Decimos recetas viejas, en primer lugar, porque en los primeros años de la década del 60 se hizo lo mismo con la legislación de emergencia, y en segundo lugar, porque la introducción del sistema penal acusatorio ya se había intentado sin éxito en dos ocasiones en 1964 y en 1979.

Resulta pertinente señalar que la reforma de 1991 ha sido tal vez la de mayor trascendencia en el país. Se crearon la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura. Los fiscales adquirieron la calidad de miembros de la rama jurisdiccional y se volvió legislación permanente toda esa legislación de emergencia que violaba los principios del llamado derecho penal liberal.

D.- Desde entonces, se asiste al proceso de poner en marcha el sistema penal acusatorio en Colombia, proceso que constituye el cuarto momento de la reforma a la justicia colombiana, en su lucha contra la impunidad.

En 1991 se promulga un nuevo Código de Procedimiento Penal mediante el Decreto 2700 de 1991. Este Código que introduce el sistema acusatorio tiene, entre otras, las siguientes características:

- Divide el proceso penal en dos grandes etapas, una de investigación, en manos de la Fiscalía, y otra de juzgamiento, en cabeza de los jueces.
- Atribuye a la Fiscalía la doble función de investigar con igual celo todo lo que le permite acusar al procesado, así como todo aquello que le favorezca.
- El Código y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía, le dan a esta institución una organización jerárquica cuyo vértice es unipersonal, fuertemente verticalizada, que le permite al Fiscal General asumir cualquier proceso, nombrar un delegado, o simplemente asignar la investigación a otro funcionario.
- El Código integró la jurisdicción de orden público con la ordinaria, desde el momento en que entró en vigor, los antiguos jueces de orden público pasaron a llamarse jueces regionales y el Tribunal superior Tribunal nacional. Es decir, con este Código, la Jurisdicción de Orden Público, concebida como especial y de excepción, pasó a integrarse en la justicia ordinaria.

La Corte Constitucional se pronunció en más de una ocasión declarando inexecutable total o parcialmente normas del CPP.

En 1991 se expide también la Ley 23, por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales. En la exposición de motivos se dice: “Según estudios realizados por el Instituto Ser de Investigación al año entran a los despachos judiciales cerca de 350.000 denuncias, de las cuales sólo se tramita el 25%, lo que implica que por año se están quedando acumulados el 75%, por lo que en el momento actual hay retenidos más de 2.000.000 de expedientes, los cuales suelen terminar en autos de cesación de procedimiento por prescripción. Esta gravísima congestión tiene entre sus causas fundamentales la de haberse venido implantando en el país un progresivo proceso de jurisdiccionalización de los conflictos, despojando cada vez más a la comunidad y a las autoridades administrativas de la participación en la solución de los mismos. Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, le quito a las Inspecciones de Policía la capacidad de sancionar infracciones menores de hurto y lesiones personales, implicando este sólo hecho que a cada juzgado

penal municipal de Bogotá entraran 10.000 procesos más por razón del traslado de los expedientes respectivos, el cual nunca se pudo realizar por falta de capacidad operativa del Estado para hacer el traslado físico de los expedientes, y de los juzgados municipales para almacenarlos. (Anales del Congreso, miércoles 17 de octubre de 1990. Proyecto de Ley No 127 de 1990. Cámara de Representantes).

La Ley 81 de 1993 que modifica el procedimiento penal introduce la sentencia anticipada y la audiencia especial, mecanismos orientados a la terminación anticipada del proceso. Estas instituciones son el fiel reflejo de una actitud pragmática de la justicia que pretende aumentar su eficacia aún a costa de conceder algunos beneficios a sus sindicados. Se trata de una clara influencia de la corriente eficientista, que ya había hecho su aparición en nuestro sistema penal, en todas aquellas normas de emergencia convertidas luego en legislación permanente, que permitieron la entrega y el sometimiento a la justicia de un buen número de narcotraficantes.

El Código carcelario de 1993 no agrega nada nuevo y mantiene como finalidad la resocialización, finalidad que está sometida a una profunda crisis tanto a nivel de sus postulados teóricos como a nivel de los resultados prácticos alcanzados.

La ley de alternativas a la privación de libertad no es más que un programa de descongestión carcelaria. La cárcel de máxima seguridad, única innovación del sistema carcelario, la ley 333 de extinción de dominio de bienes adquiridos ilícitamente, la ley 365 de 1997 sobre normas para el control de la delincuencia organizada y la extradición de nacionales, son claros ejemplos de la agenda de 20 puntos que el Gobierno norteamericano exigía a la justicia colombiana.

Se trata en definitiva de una política criminal impuesta bajo el pretexto de la lucha contra las drogas, que afecta en su totalidad al sistema de justicia penal.

En 1995 se modifica parcialmente el Código de Procedimiento Penal para promover mecanismos contra la impunidad y garantizar el acceso a la justicia. En la exposición de motivos se señalaba:

“Trabas para el acceso a la justicia. Factor de impunidad. Es evidente que el país se ha propuesto sin quererlo, propiciar el camino de la impunidad. Con este fin se han ingeniado las más variadas formas para obstaculizar el acceso a la justicia. La simple formulación de la denuncia es un viacrucis para la víctima o sus allegados. Nadie la recibe. Se recorre todos los despachos públicos sin éxito. El denunciante desiste por agotamiento. Es una peculiar manera para lograr la descongestión de los juzgados. Así la impunidad es la que resulta favorecida.

No se concibe que dentro de un estado social de derecho, el simple acto de formular una denuncia se constituya en un clavario para el ciudadano que quiere acudir a la administración de justicia. La reforma que se propone busca subsanar estos vicios y facilitar al ciudadano acudir a la justicia.

Del mismo modo se debe facilitar a la víctima o a sus allegados acceder al expediente en igualdad de condiciones con el imputado o sindicado. No puede haber reserva para estas personas, que son precisamente quienes tienen interés directo en la actuación penal. Si se esgrime el argumento de reserva es evidente que estos interesados no pueden colaborar en el desarrollo y práctica de las pruebas porque desconocen el estado del expediente y la actuación.

Si se quiere realmente combatir la impunidad y agilizar los trámites, hay que facilitarles a los interesados su participación activa dentro del desarrollo de las diligencias. No se les puede marginar bajo el argumento peregrino, de la reserva, que se aduce desde que empieza la investigación preliminar. Por esta razón en la mayoría de los casos la investigación previa termina mal. No hay participación o concurrencia de quienes conocen el desarrollo y antecedentes de la conducta delictiva.

La impunidad como factor multiplicador de la delincuencia. La impunidad, es uno de los fenómenos que con mayor rigor inciden en el incremento de la delincuencia en el país. Las trabas para acceder a la administración de justicia y el poco éxito que se logra en las diversas investigaciones, son elementos multiplicadores de la impunidad. Los delincuentes consuetudinarios conocen esta situación y por ello la justicia no les inspira el menor respeto o temor.

Ante un país insolidario y temeroso y ante una administración de justicia ineficaz, el imperio del delito es su consecuencia lógica. Estos factores incitan a las más aberrantes formas y prácticas delincuenciales. El Estado es un espectador frente a su propia incapacidad y absoluta impotencia. Hoy es un hecho que el ciudadano ha perdido la fe y la credibilidad en la administración de justicia.

Debe reconocerse que se han hecho esfuerzos para garantizar una mejor calidad de la justicia, incentivando al personal vinculado a la misma, elevando su nivel salarial y prestacional para dignificar su profesión. Es necesario complementar este esfuerzo con una adecuada capacitación y con una eficaz selección del personal para asegurar el objetivo propuesto. De igual modo en el orden procesal se busca introducir reformas de fondo con miras a garantizar la eficacia de la justicia y con este fin se vienen implementando figuras jurídicas como la conciliación, la sentencia anticipada, la cesación de procedimiento por indemnización integral, etc.

Es importante de igual modo buscar que el afectado con el delito o el denunciante, colaboren de la mejor forma posible en el aporte de pruebas para mejorar y agilizar la investigación. Para este fin se les debe facilitar el acceso al expediente desde el comienzo de la investigación.

El argumento de la reserva frente a la víctima o el denunciante, sólo contribuye a fortalecer los canales de impunidad. Es evidente que si la persona no tiene acceso al expediente, y por tanto desconoce las pruebas incorporadas, no puede contribuir con eficacia a su complementación, aclaración o contradicción. Por manera, que la reserva en estos casos, favorece sólo la impunidad". (Gaceta del Congreso 21 de marzo de 1995).

En la exposición de motivos que sustentan la aprobación de la Ley 906 de 2004 se establece que “*de acuerdo con las estadísticas de la Dirección General de Fiscalías para el año 2000 ingresaron a la FGN por asignación 589.403 investigaciones previas, salieron 605.563 y quedo un acumulado 308.575 para el mes de enero siguientes. Para el año 2001 ingresaron 747,427 y salieron 659.180 y quedo un acumulado de 396.396. Para el año 2002 ingresaron 913.911, salieron 822.550 y quedo un acumulado de 484,651.*”

Si fuera posible como solución el incremento de los medios personales y materiales de investigación, al mismo ritmo del crecimiento de la delincuencia, este país no soportaría semejante indexación.

El principio de oportunidad está dirigido a descongestionar la justicia. Regular el fenómeno del crecimiento de la demanda en materia de justicia penal. También pretende, de manera muy peculiar, desarrollar los principios de la lucha contra la impunidad.

Este breve recorrido por las principales normas penales y procesales penales de la historia reciente de Colombia pone en evidencia los límites de la imaginación nacional para hacer frente al fenómeno de la impunidad sólo mediante reformas procesales.

Hasta la fecha, falta por ver los resultados del Ley 906 de 2004, las reformas cambian el sitio de congestión, cambian los roles procesales, tienen un incremento considerable en el gasto público y pocos resultados en la reducción de la criminalidad y de la impunidad.

CAPITULO IV - VALORACIÓN DE LA GESTIÓN DEL SISTEMA PENAL ORAL ACUSATORIO—SPOA (Enero 2008 – Mayo 2008)

La valoración de la gestión del SPOA consiste primero en realizar una valoración cuantitativa del comportamiento del sistema durante el período analizado, con el propósito de obtener los elementos de juicio necesarios que permitan lograr una visión precisa y objetiva sobre su desempeño. Esta evaluación global se convierte en un referente empírico a partir del cual es posible profundizar el análisis sobre la impunidad en el SPOA. Ello desde luego, estará precedido de un marco analítico sobre el concepto y el método de medición de la impunidad, sobre todo en el SPOA. Al final del capítulo, a manera de conclusión, se presentará una discusión sobre las fortalezas y las debilidades del SPOA y las recomendaciones consideradas por este estudio.

4.1 Valoración cuantitativa del desempeño del SPOA

4.1.1 La demanda de justicia

La demanda de justicia se mide a través de las noticias criminales recibidas por el SPOA. La cuantificación de estas noticias criminales se hizo con base en la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación—FGN—, la que tiene una cobertura temporal que inicia el 1 de enero de 2005, fecha en que entra en operación el nuevo sistema penal, y va hasta finales de mayo de 2008⁹⁴, fecha de corte definida para este estudio. Con esta información se estaría cubriendo las cuatro fases en que se dividió la implementación del SPOA⁹⁵ en todo el país.

El cuadro No. 1 muestra un registro total de 1,408,101 noticias criminales para el período de análisis, de las cuales el 48,9% se presentaron en la primera fase, cuya operación inició en enero de 2005. El 36,2% de las noticias corresponden a la segunda fase que inició operación en 2006. El 11,9% de las noticias pertenecen a la tercera fase que comenzó el en 2007. Por último, la cuarta fase empezó en enero de 2008 y con apenas cuatro meses de operación recibió el 2,1% de los casos.

Cuadro No. 1
Noticias criminales totales del SPOA

Fase-Año	Casos	%
I - 2005	688.071	48,9
II - 2006	509.081	36,2
III - 2007	167.254	11,9
IV - 2008	29.754	2,1
Sin información	13.941	1,0
Total	1.408.101	100,0

Fuente: Fiscalía General de la Nación. Cálculos propios

Al desagregar dentro de cada fase sus correspondientes distritos judiciales, inicialmente se observa en el cuadro No. 2 las noticias criminales discriminadas por distrito judicial de la primera fase. Bogotá es el Distrito con el

⁹⁴ En la reunión celebrada con la Fiscalía el 9 de febrero, La Dirección Nacional de Fiscalías presentó como noticias criminales registradas por el SPOA a abril de 2008, una cantidad ligeramente superior a 1300.000. La fecha de corte de la información presentada en este estudio es mayo de 2008 y no abril.

⁹⁵ Según el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, el sistema se aplicó gradualmente por grupos de distritos judiciales, cuya primera fase entró a operar a partir de enero de 2005, la segunda fase a partir de enero de 2006, la tercera fase, a partir de enero de 2007, y la cuarta y última fase en enero de 2008.

más alto número de casos (79%) y en menor medida los Distritos correspondientes al eje cafetero. Hay que destacar que un poco más de una tercera parte de los casos totales del país han sido conocidos por Bogotá, lo que se explica no solamente porque fue el primer distrito que comenzó operaciones en el SPOA, sino también porque en la capital se ha concentrado tradicionalmente buena parte de la actividad judicial del país.

Cuadro No. 2
Casos SPOA de la Fase I

Distrito Judicial	Casos	%
Bogotá	522.630	76,0
Pereira	62.619	9,1
Manizales	61.421	8,9
Armenia	41.401	6,0
Total	688.071	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

En la fase II se destaca el Distrito Judicial de Medellín con el conocimiento del 34,5% de los casos totales ingresados en esta fase. Hay que anotar que el Distrito de Antioquia que abarca los municipios de este departamento distintos a su ciudad capital Medellín, entró a operar en el SPOA en la tercera fase. El segundo Distrito en importancia dentro de esta fase es Cali con el conocimiento del 31,3% de los casos; le sigue con un poco más de distancia el Distrito de Bucaramanga con el 13,5%, Buga con el 8,7%, Tunja con el 4,7%, Santa Rosa de Viterbo con el 3,8% y San Gil con el 3,5%

Cuadro No. 3
Casos SPOA de la Fase II

Distrito Judicial	Casos	%
Medellín	175.384	34,5
Cali	159.233	31,3
Bucaramanga	68.916	13,5
Buga	44.213	8,7
Tunja	24.080	4,7
Santa Rosa	19.341	3,8
San Gil	17.914	3,5
Total	509.081	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

En la fase III del SPOA participaron ocho Distritos Judiciales que hacen parte de las principales ciudades intermedias del país más Antioquia y Cundinamarca. Estos últimos son los departamentos más grandes del país y por eso se ha justificado el que haya Distritos Judiciales adicionales a los de sus ciudades capitales.

Cuadro No. 4
Casos SPOA de la Fase III

Distrito Judicial	Casos	%
Ibagué	36.179	21,6
Cundinamarca	26.037	15,6
Neiva	25.229	15,1
Antioquia	23.930	14,3
Popayán	19.810	11,8
Villavicencio	16.454	9,8
Florencia	9.975	6,0
Pasto	9.640	5,8
Total	167.254	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

Finalmente, se encuentra la fase IV del SPOA de más reciente iniciación (enero de 2008), la que abarcó los Distritos Judiciales de las principales ciudades capitales del Norte y Caribe de Colombia a excepción de Quibdó. Los Distritos de Barranquilla y Cartagena explican la mitad del conocimiento de los casos que por infringir la ley penal se han conocido en esta cuarta fase.

Cuadro No. 5
Casos SPOA de la Fase IV

Distrito Judicial	Casos	%
Barranquilla	8.304	27,9
Cartagena	6.916	23,2
Cúcuta	4.613	15,5
Montería	3.305	11,1
Santa Marta	2.406	8,1
Sincelejo	1.886	6,3
Valledupar	1.172	3,9
Quibdó	1.051	3,5
Riohacha	101	0,3
Total	29.754	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

4.2 Perfil delictivo

El cuadro No. 6 muestra los bienes jurídicos que a lo largo de los tres últimos años han sido transgredidos dentro del funcionamiento del SPOA. La sola infracción contra el patrimonio económico explica la tercera parte de las transgresiones totales al código penal. Una cuarta parte adicional han sido delitos contra la vida y la integridad personal. Es decir, la sola infracción a estos dos bienes jurídicos explica el 56% de los quebrantamientos totales al régimen penal. Ciertamente, estos son los bienes jurídicos clásicos que a pesar de que toda sociedad tutela y protege, son los más frecuentemente violentados.

Cuadro No. 6
Bienes jurídicos transgredidos y registrados en el SPOA (enero de 2005 a mayo de 2008)

No.	Delitos contra:	Fase I	Fase II	Fase III	Fase IV	Sin identificar	Total	%
1	El patrimonio económico	234.018	162.579	46.702	8.920	3.708	455.927	32,4
2	La vida y La integridad personal	157.594	124.714	44.201	6.352	5.297	338.158	24,0
3	La familia	139.500	90.173	29.840	4.872	2.063	266.448	18,9
4	La fe pública	33.446	19.163	3.864	839	453	57.765	4,1
5	La seguridad pública	29.320	30.450	11.814	3.356	1.010	75.950	5,4
6	La salud pública	23.725	30.418	7.914	1.378	1.082	64.517	4,6
7	La libertad, integridad y formación sexuales	18.929	11.390	4.875	779	393	36.366	2,6
8	La integridad moral	12.036	10.631	3.567	1.098	184	27.516	2,0
9	La administración pública	9.538	5.965	2.283	365	172	18.323	1,3
10	La eficaz y recta impartición de justicia	8.683	6.006	1.752	267	210	16.918	1,2
11	La libertad individual	8.332	10.543	3.467	560	342	23.244	1,7
12	Los derechos de autor	6.346	5.467	1.333	542	249	13.937	1,0
13	El orden económico social	3.803	2.907	482	204	112	7.508	0,5
14	El regimen constitucional y legal	547	313	1.321	49	29	2.259	0,2
15	Los recursos naturales y el medio ambiente	398	806	366	180	43	1.793	0,1
16	Las personas protegidas por el dih	182	109	137	12	17	457	0,0
17	Mecanismos de participación democrática	172	379	278	4	19	852	0,1
18	La existencia y seguridad del estado	4	3	1			8	0,0
19	Sin identificar	68	72	10		5	155	0,0
Total		686.641	512.088	164.207	29.777	15.388	1.408.101	100,0
Participación		48,8	36,4	11,7	2,1	1,1	100,0	

Fuente: FGN Cálculos propios

Los delitos contra la familia representan el tercer bien jurídico más lesionado en la sociedad colombiana, toda vez que equivale casi a una quinta parte del total de transgresiones al régimen penal. De esta manera, el 75,3% de los delitos totales registrados por el sistema penal son contra el patrimonio, la familia y la vida e integridad personal.

En el cuadro No. 7 se aprecia el desglose de los bienes jurídicos en los principales delitos individuales que los componen. Sólo seis delitos explican más del 70% de las infracciones totales al régimen penal.

El hurto (25%) en todas sus modalidades es el delito más representativo de las transgresiones al régimen penal. Le sigue en orden de importancia las lesiones personales (18,7%) como el segundo delito de más alta incidencia. La inasistencia alimentaria (11,7%) y la violencia intrafamiliar (6,6%) son los tercer y cuarto delito que más atentan contra la convivencia de los colombianos, toda vez que están relacionados con al familia. El narcotráfico (4,6%) y el homicidio (4,5%) cierran este primer grupo de los seis delitos más representativos y frecuentes en Colombia.

Cuadro No. 7
Delitos procesados por el SPOA (enero de 2005 a mayo de 2008)

No.	Delito	Fase I	Fase II	Fase III	Fase IV	Sin identificar fase	Total	Particip. %
1	Hurto	176.403	128.773	36.042	7.769	2.855	351.842	25,0
2	Lesiones	127.729	95.755	32.667	4.060	3.255	263.466	18,7
3	Inasistencia alimentaria	98.569	46.075	17.307	978	1.393	164.322	11,7
4	Violencia intrafamiliar	36.565	40.803	11.278	3.295	608	92.549	6,6
5	Narcotráfico	24.108	30.326	7.891	1.374	1.078	64.777	4,6
6	Homicidio	21.965	26.271	10.925	2.140	1.436	62.737	4,5
7	Falsedad	30.358	15.613	3.141	619	367	50.098	3,6
8	Amenazas	17.570	12.280	5.031	2.070	306	37.257	2,6
9	Estafa	21.176	10.950	2.842	260	235	35.463	2,5
10	Acceso carnal y actos sexuales	18.108	10.978	4.768	753	380	34.987	2,5
11	Tráfico con armas de fuego	9.993	15.633	5.816	1.033	548	33.023	2,3
12	Daño en bien ajeno	14.280	9.938	3.681	304	222	28.425	2,0
13	Calumnia e injuria	12.015	10.242	3.428	1.050	181	26.916	1,9
14	Abuso de confianza.	15.673	8.524	2.215	306	144	26.862	1,9
15	Fraude a los derechos patrimoniales de autor	4.682	4.214	792	416	156	10.260	0,7
16	Constreñimiento ilegal	2.318	5.284	762	191	35	8.590	0,6
17	Delitos contra la vida y la integridad personal	5.693	1.508	107	22	150	7.480	0,5
18	Arbitrariedad en custodia de hijo menor de edad	3.781	2.606	711	156	50	7.304	0,5
19	Extorsión	2.476	1.838	1.300	192	192	5.998	0,4
20	Secuestro	1.894	1.491	790	108	86	4.369	0,3
21	Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto	1.672	1.984	425	105	27	4.213	0,3
22	Abandono	1.797	946	385	65	435	3.628	0,3
23	Fraude procesal	1.940	1.114	291	44	18	3.407	0,2
24	Omisión del agente retenedor o recaudador	1.653	538	173	-	1	2.365	0,2
25	Delitos contra la administración de pública	1.598	161	67	1	9	1.836	0,1
26	Otros	32.625	28.243	11.372	2.466	1.221	75.927	5,4
Total		686.641	512.088	164.207	29.777	15.388	1.408.101	100,0

Fuente: Fiscalía General de la Nación. Cálculos propios

4.3 Perfil sociodemográfico de los victimarios

Dentro del sistema de información de la Fiscalía no todos los victimarios tienen registrada información básica de edad, género, estado civil, etc., razón por la cual para cada una de estas variables se tomaron los casos para los cuales existía el registro de la variable requerida⁹⁶. Si bien esa información distinta para cada variable se puede interpretar como una muestra, en sentido estrictamente estadístico sería una muestra sesgada, toda vez que no está determinada por criterios de representatividad, sino por restricción de información.

4.3.1 Grupo etario

En el caso de la variable edad existe información para 500,229 victimarios, los cuales se clasifican por grupo etario como se muestra en el cuadro No. 8.

⁹⁶ El número de victimarios reportados por el SPOA asciende a 1,146,985, de los cuales no para todos se tiene información para cada variable sociodemográfica.

Cuadro No. 8
Grupo etario de los indiciados por la Fiscalía General de la Nación

Grupos Etarios		Fases Sistema Penal Acusatorio				Total	
		Fase I	Fase II	Fase III	Fase IV	Indiciados	%
Infancia y Adolescencia	< 17	7.633	4.143	942	77	12.795	2,6
Joven	18-24	62.437	50.740	11.394	1.811	126.382	25,3
Adulto Joven	25-29	49.109	35.891	9.301	1.401	95.702	19,1
	30-34	39.123	27.493	7.132	1.003	74.751	14,9
	35-39	33.460	23.792	6.319	868	64.439	12,9
Adulto	40-44	25.804	18.552	4.583	638	49.577	9,9
	45-49	17.077	13.024	3.244	400	33.745	6,7
	50-54	10.420	8.291	1.986	250	20.947	4,2
	55-59	5.466	4.163	1.025	144	10.798	2,2
	60-64	2.865	2.191	565	63	5.684	1,1
	65-69	1.485	1.245	283	31	3.044	0,6
	70-74	636	558	168	17	1.379	0,3
	75-79	312	259	77	6	654	0,1
> 80	153	137	39	3	332	0,1	
Mayores de 18 años		248.347	186.336	46.116	6.635	487.434	97,4
Población total		255.980	190.479	47.058	6.712	500.229	100,0

Fuente: Fiscalía General de la Nación. Cálculos propios

Allí se evidencia que los jóvenes son el grupo etario individual con mayor participación (25%) dentro del total de indiciados, aunque los adultos jóvenes, como grupo etario agregado, son aún más representativos (47%). Lo que esto indica es que el 74,8% del total de indicados son personas jóvenes.

4.3.2 Género

Cuadro No. 9
Genero de los indiciados

Enero de 2005 a Abril de 2008

Grupos Etarios	Edad	Hombres	Mujeres	Total	%
Infancia y Adolescencia	< 17	9.292	2.318	11.610	2,5
Joven	18-24	97.927	18.454	116.381	25,0
Adulto Joven	25-29	76.808	12.469	89.277	19,2
	30-34	60.108	9.838	69.946	15,0
	35-39	51.443	8.840	60.283	13,0
Adulto	40-44	39.522	6.795	46.317	10,0
	45-49	26.955	4.576	31.531	6,8
	50-54	16.680	2.898	19.578	4,2
	55-59	8.717	1.356	10.073	2,2
	60-64	4.498	734	5.232	1,1
	65-69	2.416	397	2.813	0,6
	70-74	1.062	207	1.269	0,3
	75-79	503	94	597	0,1
> 80	269	41	310	0,1	
Total		396.200	69.017	465.217	100
Total (%)		85%	15%	100%	

Fuente: Fiscalía General de la Nación. Cálculos propios

Aunque la muestra de indiciados con información de género se reduce en más de 35 mil personas con respecto a la muestra de edades, las participaciones por grupos etarios se mantiene. El 85% de las personas comprometidas

con infringir la ley penal son hombres y el 15% son mujeres; al final, después de adelantarse todo el proceso de investigación y juzgamiento el porcentaje de hombres se aumenta a 90% y el de mujeres se reduce a 10%.

4.3.3 Estado civil

La muestra con información del estado civil de los indicados por la Fiscalía se reduce en más de 150 mil personas con respecto a la primera muestra de edades con las que se formaron los grupos etarios, pero no obstante la estructura por edades se mantiene. La mayor parte de los indiciados, de acuerdo a su estado civil son los solteros (43,1%), siguiéndole los que están en unión libre (34,8%) y los casados (18,3%). Los grupos minoritarios son los divorciados (3%) y los viudos (0,8%).

Al examinar cada grupo, de acuerdo a su estado civil y edad, son los jóvenes solteros los que mayor participación tiene dentro del total de indiciados (17,4%). En orden de importancia le sigue los adultos jóvenes solteros cuyas edades oscilan entre 25-29 años (8,9%); Enseguida están los adultos jóvenes entre 30 y 34 años en unión libre (6,5%) y los que están solteros en este mismo rango de edad (5,3%).

Cuadro No. 10
Estado Civil de los Indiciados

Grupos Etarios		Estado Civil					Total
		Casado	Unión Libre	Divorciado	Soltero	Viudo	
Infancia y Adolescencia	< 17	29	577	19	7.700	12	8.337
Jóven	18-24	2.584	25.809	492	60.643	134	89.662
Adulto Jóven	25-29	7.264	27.946	1.135	30.999	145	67.489
	30-34	10.021	22.577	1.547	18.515	214	52.874
	35-39	12.300	17.682	2.061	12.596	251	44.890
Adulto	40-44	11.197	12.451	1.870	8.643	304	34.465
	45-49	8.392	7.213	1.379	5.588	317	22.889
	50-54	5.724	3.928	964	3.156	337	14.109
	55-59	3.131	1.743	519	1.491	247	7.131
	60-64	1.747	833	255	653	211	3.699
	65-69	961	376	128	335	147	1.947
	70-74	417	138	46	127	127	855
	75-79	172	53	20	55	105	405
> 80	90	21	9	30	71	221	
Total		64.029	121.347	10.444	150.531	2.622	348.973

Fuente: INPEC y cálculos propios

4.3.4 Ocupación

Solamente una muestra de 293,236 indiciados por la Fiscalía, tienen registrada la ocupación a la que se dedican, cuando no a su nivel académico adquirido. El cuadro No. 11 muestra la formación de una pirámide con este número de indicados al organizarlos de acuerdo al grado de calificación de su actividad.

En la base de la pirámide se encuentra el 51,4% de los indiciados con unas actividades que corresponden a una baja calificación desde el punto de vista académico y laboral. Por ejemplo, allí es frecuente encontrar, entre otros, albañiles, aseadores, servicio doméstico, ayudantes, carniceros, carteros, coteros, lavacarros, limpiavidrios, lustrabotas, meseros, mensajeros, vendedores ambulantes y vigilantes.

Cuadro No. 11
Ocupación de los indiciados

Enero de 2005 a Abril de 2008

Ocupación	Indiciados	Particip. %
Diplomático	11	0,0
Notario	11	0,0
Ministro	19	0,0
Desplazado	35	0,0
Doctorado	49	0,0
Religioso	73	0,0
Magister	112	0,0
Ilegal	126	0,0
Profesional especializado	210	0,1
Derechos humanos	211	0,1
Legislador	438	0,1
Juez y Magistrado	500	0,2
Empleado publico	551	0,2
Empleado fiscalia	784	0,3
Desmovilizado	926	0,3
FF.MM	5.622	1,9
Rebusque	6.873	2,3
Estudiante	8.927	3,0
Profesional	18.965	6,5
Desempleado	30.684	10,5
Tecnico	67.447	23,0
Baja calificación	150.662	51,4
Total	293.236	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

Los indiciados con un nivel técnico son el 23% de la muestra y sus actividades tienen una calificación que exige unos conocimientos un poco más especializados, tales como zapateros, latoneros, árbitros, artesanos, asistentes administrativos, auxiliares de oficina, cajeros, comerciantes, deportistas, dibujantes, digitadores, electricistas, fotógrafos, ebanistas, secretarias, técnicos profesionales, tecnólogos, etc.

Los indiciados desempleados ocupan el tercer lugar de la base hacia arriba con el 10,5% de la muestra. Lastimosamente la información no discrimina ni por nivel académico, ni por oficio u especialidad del indicado. Únicamente informa sobre la calidad de desempleo del indiciado.

Los profesionales representan el 6,5% del total de indicados de la muestra y allí se encuentran clasificados todos aquellos que han accedido a un título universitario como administradores de todo tipo de empresas, abogados, agrónomos, antropólogos, arquitectos, bacteriólogos, bellas artes, bibliotecólogos, biólogos, comunicadores sociales, contadores, diseñadores, economistas, educadores, escritores, estadísticos, filólogos, financistas, fisioterapeutas, físicos, fonoaudiólogos, gerentes, ingenieros, licenciados, matemáticos, médicos, nutricionistas, odontólogos, optómetras, pilotos, pintores, profesores, psicólogos, publicistas, químicos, restauradores, sociólogos, teólogos, terapeutas, traductores, veterinarios y zootecnistas entre otros. Una extensión de los profesionales se hace con los agrupados como profesionales especializados (0,1%), el magister y el doctorado quienes se encuentran camino arriba de la cúspide.

Los estudiantes, por su parte, representan el 3% de los indiciados de la muestra. Allí básicamente se haya estudiantes de secundaria y universitaria. Dentro de las actividades clasificadas como rebusque, que representan el 2,3% se hayan principalmente recicladores, indigentes, acompañantes domiciliarios y trabajadores sexuales. Los desmovilizados representan menos del 1% y se trata de personas que se encontraban en grupos al margen de la ley y se reincorporaron a la vida civil.

Un grupo de empleados de la Fiscalía, empleados públicos, jueces y magistrados no suman en conjunto el 1%. Se trata de fiscales delegados, fiscales seccionales y locales, e incluso directores seccionales de la Fiscalía. En el caso de los empleados públicos entre otros hay personeros, procuradores, defensores, gobernadores y superintendentes. En cuanto a los jueces se trata de jueces municipales de familia, de menores, promiscuos, administrativos, laborales, penales, etc. Los magistrados indiciados pertenecen al Consejo de Estado, al Consejo Nacional Electoral, al Consejo Superior y también el Seccional de la Judicatura, a la Corte Suprema de Justicia, etc, de cuyos casos seguramente reciben denuncia o alguna noticia delictuosa y enviarán a su correspondiente juez en la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes.

Dentro de los legisladores están senadores y representantes, diputados, concejales y ediles. Dentro de los defensores de derechos humanos se encuentran activistas en derechos humanos, sindicalistas, líderes de organizaciones campesinas, políticas y humanitarias, y miembros de ONG's.

Más hacia arriba de la pirámide se hayan indicados a quienes generalmente la calificación de sus actividades o estudios y también va ascendiendo, a excepción de los ilegales y desplazados, quienes se encuentran allí más por su bajo número de indicados en esta muestra.

4.3.5 Delitos por grupo etario

Al tomar la muestra de indiciados y clasificarlos de acuerdo a las infracciones a los bienes jurídicos del código penal se mantiene el resultado frente al presentado inicialmente por frecuencia de ocurrencia para todos los bienes jurídicos. Los delitos de mayor ocurrencia para esta muestra son contra la familia (25,9%), contra la vida y la integridad personal (23%) y contra el patrimonio económico (21,1%). Entre estos tres bienes jurídicos se explica el 70% del total de los delitos cometidos, similar a los explicados en el cuadro No. 6.

Los adultos jóvenes cuyas edades oscilan entre los 25 y 39 años, son el grupo etario que mayor incidencia registra en la comisión de todo tipo de delito, toda vez que su participación es del 47%. Los más jóvenes (18 a 24 años) y los adultos (mayores de 40 años) participan como grupo etario por partes iguales (25%) en la comisión de delitos. No obstante, hay una diferenciación entre estos dos últimos grupos. Por ejemplo, en relación con los tres bienes jurídicos más vulnerados, mientras los jóvenes son más proclives a cometer delitos contra el patrimonio económico, los adultos lo hacen más contra la familia; y ambos, en general, quebrantan por igual las normas que protegen la vida y la integridad personal. Esto, por su puesto, reitera que para todos los casos, los adultos jóvenes son los de mayor participación en la comisión de delitos.

Al observar la participación de cada grupo etario dentro de los diferentes delitos, se encuentra que los adolescentes y los jóvenes participan más en los delitos contra el patrimonio económico; y los adultos jóvenes y adultos mayores lo hacen principalmente en los delitos contra la familia. Todos los grupos etarios tienen como segundo bien jurídico más vulnerado, los delitos contra la vida y la integridad personal.

Cuadro No. 12
Infracciones al régimen penal por grupo etario

Bienes Jurídicos del Código Penal	Infancia y adolescencia	Joven	Adulto joven	Adulto	Total	Partic. %
Contra la familia	528	18.105	73.486	37.295	129.414	25,9
Contra la vida y la integridad personal	3.456	28.803	52.516	30.427	115.202	23,0
Contra el patrimonio económico	5.243	37.359	43.361	19.657	105.620	21,1
Contra la salud pública	1.000	16.248	19.751	11.805	48.804	9,8
Contra la seguridad pública	1.103	11.471	15.449	5.202	33.225	6,6
Contra la libertad, integridad y formación sexuales	942	2.494	4.776	4.740	12.952	2,6
Contra la fe pública	126	2.411	5.875	3.665	12.077	2,4
Contra los derechos de autor	114	2.559	4.620	2.241	9.534	1,9
Contra la eficaz y recta impartición de justicia	45	1.625	4.156	2.726	8.552	1,7
Contra la libertad individual	69	1.940	3.148	1.531	6.688	1,3
Contra la integridad moral	55	645	2.429	2.952	6.081	1,2
Contra el orden económico social	2	560	1.646	1.667	3.875	0,8
Contra la administración pública	51	911	1.718	951	3.631	0,7
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	2	441	933	908	2.284	0,5
Contra el regimen constitucional y legal	52	721	742	275	1.790	0,4
Contra mecanismos de participación democrática	-	64	216	104	384	0,1
Contra las personas protegidas por el DIH	7	25	70	14	116	0,0
Total	12.795	126.382	234.892	126.160	500.229	100
Total (%)	2,6	25,3	47,0	25,2	100,0	

Fuente: FGN. Cálculos propios

4.3.6 Relación de la ocupación de los victimarios y sus delitos

De los 293,236 indiciados que tienen registrada una ocupación (Cuadro No. 11), se toma una muestra de 259,577 (88,5%) a quienes se les identifica los principales delitos por los que son indiciados por la Fiscalía General de la Nación. El cuadro No. 14 muestra una matriz que cruza las ocupaciones con los delitos para esta muestra de indiciados. El 85% del total de los delitos han sido cometidos por indiciados que tienen las primeras 3 ocupaciones de baja calificación, técnico y desempleado. Los delitos que cometen este grupo de las tres mayores ocupaciones, están cubiertos en más de un 80%, de mayor a menor incidencia, por lesiones personales, inasistencia alimentaria, violencia intrafamiliar, hurto, narcotráfico y tráfico de armas. El primer delito vulnera el bien jurídico contra la vida y la integridad personal, el segundo y tercero contra la familia, el cuarto contra el patrimonio económico, el quinto contra la salud pública, y el sexto contra la seguridad pública.

Cuadro No. 13
Ocupación del victimario y los delitos cometidos

No.	Ocupación	Lesiones personales	Inasistencia alimentaria y abandono	Violencia intrafamiliar	Hurto	Narcotráfico	Fabricación, tráfico y porte de armas	Homicidio	Calumnia e injuria	Daño en bien ajeno	Falsedad	Extorsión y estafa
1	Baja calificación	32.318	29.091	17.595	15.134	16.302	7.297	3.562	2.541	2.694	1.727	1.645
2	Técnico	9.982	13.487	7.357	6.822	4.725	3.275	1.070	1316	1.061	1.790	1982
3	Desempleado	3.664	1.339	3.548	8.150	6.409	2.120	597	256	622	511	397
4	Profesional	3.030	3.296	2.198	1.272	926	559	323	924	308	646	661
5	Estudiante	2.121	338	409	1.696	1.468	549	285	145	317	181	113
6	Rebusque	734	281	341	1.923	2.614	258	75	31	125	21	43
7	FF:MM	1.202	616	486	358	345	322	447	153	90	91	94
8	Desmovilizado	95	161	100	48	20	44	55	8	14	7	10
9	Empleado fiscalía	42	20	19	4			14	26	1	17	12
10	Empleado público	80	76	23	16	19		14	28	6	15	4
11	Legislador	41	35	15	5		8	4	54	13	21	10
12	Juez y Magistrado	6	3	3								
13	Derechos humanos	49	25	19	24	16	3	3	10	6		
14	Profesional espec.	47	22	14	10	33	15	6	5	2	13	1
15	Illegal	4						10				
16	Magister	21	14	16	5	15	5		3			
17	Religioso	23	12	9	11	7	1	0	4	3	0	0
18	Doctorado	15	3	4	2				1		3	
19	Desplazado	5	2	2	6	4	3		2			
20	Ministro											
21	Notario	2	1					2			3	
22	Diplomático				1		1		2		1	
Total		53.481	48.822	32.158	35.487	32.903	14.460	6.467	5.509	5.262	5.047	4.972
Total (%)		21,9	20,0	13,1	14,5	13,5	5,9	2,6	2,3	2,2	2,1	2,0

No.	Ocupación	Acceso carnal y actos sexuales	violación de derechos	Amenazas	secuestro	Prevaricato	Concierto para delinquir	Peculado y admón pública	Rebelión	abuso de autoridad	prolongación ilícita de la privación de la libertad	cohecho
1	Baja calificación	1.984	1.309	1.205	719	6	493					
2	Técnico	1.048	1.234		369	23	503	66				
3	Desempleado	941	189		164	27	193	37				
4	Profesional	404	350		87	396	85	249				
5	Estudiante	289	64		14	1	54	1				
6	Rebusque	70	20	33	7							
7	FF:MM	112	21	271	53	27	22	37				
8	Desmovilizado	9	2	62	28		16		206			
9	Empleado fiscalía	4				421	2	96		21	16	11
10	Empleado público	5	4	10	6	80	1	52		38		5
11	Legislador	5	2	17	8	75	1	24	2	16		3
12	Juez y Magistrado					336		57	1	14	10	
13	Derechos humanos			8		5						
14	Profesional espec.	6										
15	Illegal			14	1				90			
16	Magister	6		2								
17	Religioso					2						
18	Doctorado	4		2				2				
19	Desplazado		1		1				1			
20	Ministro			1		9		3		2		
21	Notario									1		
22	Diplomático					1		2		1		
Total		4.887	3.196	1.625	1.457	1.409	1.370	626	300	93	26	19
Total (%)		2,0	1,3	0,7	0,6	0,6	0,6	0,3	0,1	0,0	0,0	0,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

La relación directa que existe entre la educación recibida y el oficio o actividad que una persona desempeña⁹⁷, también se ve reflejada en el cuadro No. 13 cuando esta persona comete un delito. Por ejemplo, el número de lesiones personales cometidas por las personas con un nivel bajo de calificación son tres veces las cometidas por un técnico, once veces las cometidas por un profesional, más de mil quinientas veces las cometidas por una persona con estudios superiores de magister o más de dos mil veces las cometidas por una persona con estudios de doctorado.

4.4 Perfil sociodemográfico de las víctimas

⁹⁷ En la información suministrada por la Fiscalía no existe la variable grado de educación para los indiciados, pero más adelante cuando se analice la situación sociodemográfica de los reclusos se podrá evidenciar empíricamente la relación educación-oficio.

4.4.1 Víctimas por grupo etario y delitos

El cuadro No. 14 muestra la clasificación de las víctimas⁹⁸ de los delitos penales por grupo etario. El adulto joven es el grupo humano más vulnerado (32,1%), después del adulto mayor (28,3%), los niños y niñas (24,8%) y, finalmente, los jóvenes (14,8%) como grupo menos vulnerado. Los delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico y la familia, son los que más producen víctimas en Colombia. Los delitos contra la vida impactan relativamente más a la población joven que a la población adulta, mientras la mayor parte de las víctimas contra el patrimonio económico son personas adultas mayores. Los niños y las niñas son el grupo humano más lesionado por la comisión de delitos contra la familia, y la libertad, integridad y formación sexuales.

Cuadro No. 14
Víctimas por grupo etario y bien jurídico

Delitos contra:	Infancia y Adolescencia	Joven	Adulto Joven	Adulto	Total	%
	0-17	18-24	25-39	40-80		
La vida y la integridad personal	24.128	36.185	59.086	46.137	165.536	33,8
El patrimonio económico	3.418	15.738	52.359	58.932	130.447	26,7
La familia	71.799	11.444	23.509	13.072	119.824	24,5
La libertad, integridad y formación sexuales	18.440	2.049	1.381	420	22.290	4,6
La seguridad pública	1.046	2.426	7.003	6.333	16.808	3,4
La libertad individual	1.269	1.315	3.521	3.439	9.544	2,0
La integridad moral	647	1.412	3.756	3.344	9.159	1,9
La fe pública	62	743	3.582	3.957	8.344	1,7
La administración pública	258	920	1.384	700	3.262	0,7
El orden económico social	9	148	631	975	1.763	0,4
La eficaz y recta impartición de justicia	117	116	544	854	1.631	0,3
La salud pública	79	37	53	51	220	0,0
Las personas protegidas por el DIH	57	29	31	23	140	0,0
Mecanismos de participación democrática	1	20	35	61	117	0,0
Los recursos naturales y medio ambiente	-	3	20	52	75	0,0
Los derechos de autor	4	4	12	35	55	0,0
El regimen constitucional y legal	7	10	22	9	48	0,0
Sin identificar	3	4	15	18	40	0,0
Total	121.344	72.603	156.944	138.412	489.303	100,0
%	24,8	14,8	32,1	28,3	100,0	

Fuente: DNF-Fiscalía General de la Nación

Al traducir los bienes jurídicos mostrados en el anterior cuadro a delitos individuales, se aprecia en el cuadro No. 15 que las lesiones personales y la violencia intrafamiliar afectan más a los grupos jóvenes, especialmente a las personas que se encuentran entre los 25 y 29 años de edad. El hurto, por su parte, es el delito que se inclina a afectar a la población adulta mayor. El homicidio recae principalmente sobre la población adulta ya sea joven o mayor. Niños y niñas definitivamente son las víctimas de la inasistencia alimentaria.

Cuadro No. 15
Víctimas por grupo etario y delito

⁹⁸ Una muestra impuesta por la restricción de información.

Delitos	Infancia y Adolescencia	Joven	Adulto Joven	Adulto	Total	%
	0-17	18-24	25-39	40-80		
Lesiones personales	19.938	27.578	44.586	31.913	124.015	25,3
Hurto	3.042	12.944	41.201	43.837	101.024	20,6
Inasistencia alimentaria	64.608	2.746	-	-	67.354	13,8
Violencia intrafamiliar	7.933	8.625	19.941	11.735	48.234	9,9
Homicidio	3.568	7.730	13.102	12.204	36.604	7,5
Otros delitos	22.255	12.980	38.114	38.723	112.072	22,9
Total	121.344	72.603	156.944	138.412	489.303	100,0
%	24,8	14,8	32,1	28,3	100,0	

Fuente: DNF-Fiscalía General de la Nación

4.4.2 Origen de las víctimas

Tres ciudades capitales principales concentran el 52% de las víctimas: Bogotá registra el 20,9%, Medellín el 16,8% y Cali el 14,3%, produciendo delitos y víctimas en una proporción mayor al de sus habitantes con respecto a la población de todo el país. Las aglomeraciones urbanas se manifiestan en una elevada densidad poblacional, lo que genera un mayor riesgo de conflicto de convivencia entre sus habitantes frente a zonas densamente menos pobladas. Otras cuatro ciudades intermedias (Bucaramanga, Pereira, Manizales e Ibagué) concentran un 20,9% adicional de víctimas. El restante 27% de las víctimas se distribuye en el resto del país.

Cuadro No. 16
Origen de las víctimas por grupo etario

Distritos Judiciales	Infancia y Adolescencia	Joven	Adulto Joven	Adulto	Total	%
	0-17	18-24	25-39	40-80		
Bogotá	26.750	14.917	33.444	27.350	102.461	20,9
Medellin	23.787	11.465	24.702	22.364	82.318	16,8
Cali	12.635	11.156	24.977	21.047	69.815	14,3
Bucaramanga	7.099	5.614	12.000	9.844	34.557	7,1
Pereira	5.997	4.785	9.689	9.354	29.825	6,1
Manizales	5.591	2.994	5.519	5.447	19.551	4,0
Ibague	5.050	2.507	5.247	5.267	18.071	3,7
Buga	3.943	2.476	5.522	4.660	16.601	3,4
Armenia	5.125	1.740	3.532	3.702	14.099	2,9
Santa Rosa de Viterbo	3.748	1.868	4.081	4.142	13.839	2,8
Cundinamarca	3.966	1.879	3.694	3.327	12.866	2,6
Tunja	3.041	1.652	3.689	3.639	12.021	2,5
Popayan	2.850	1.542	2.985	2.693	10.070	2,1
Neiva	2.547	1.420	2.944	2.405	9.316	1,9
Antioquia	1.530	1.435	3.058	2.778	8.801	1,8
Villavicencio	1.313	1.161	3.069	3.090	8.633	1,8
San gil	2.254	1.018	2.457	2.453	8.182	1,7
Florencia	1.393	646	1.225	890	4.154	0,8
Pasto	499	605	1.367	1.160	3.631	0,7
Cucuta	381	374	837	612	2.204	0,5
Cartagena	587	325	582	412	1.906	0,4
Barranquilla	415	227	610	476	1.728	0,4
Monteria	179	286	637	438	1.540	0,3
Santa Marta	225	149	340	254	968	0,2
Sincelejo	128	85	201	184	598	0,1
Quibdo	68	93	161	112	434	0,1
Valledupar	71	72	170	111	424	0,1
Nivel Central	50	46	64	78	238	0,0
Sin identificar	51	29	55	57	192	0,0
Yopal	56	24	60	45	185	0,0
Mocoa	10	2	14	14	40	0,0
Riohacha	4	10	11	6	31	0,0
Pamplona	1	1	1	1	4	0,0
Total	121.344	72.603	156.944	138.412	489.303	100,0
%	24,8	14,8	32,1	28,3	100,0	

Fuente: DNF-Fiscalía General de la Nación

4.4.3 Ocupación de las víctimas

El cuadro No. 17 presenta una relación de ocupaciones que agrupan a las víctimas que contaban con esta información en los registros del SPOA dentro de la Fiscalía. Estas ocupaciones se agrupan atendiendo la combinación de dos criterios: uno es el oficio, empleo u ocupación desempeñado al momento de ser víctima y otro es el nivel académico inherente a cada ocupación. Por ejemplo, un profesor universitario es equivalente a un profesional y un reparador de equipos electrónicos es equivalente a un técnico.

Al ordenar esta agrupación de víctimas por ocupaciones de menor a mayor, se encuentra en la base que el mayor número de víctimas corresponden a oficios con baja calificación, (37,7%) por generar un bajo valor agregado y también por su bajo nivel académico. Allí se encuentran meseros, vigilantes, albañiles, aseadores, mensajeros, ayudantes, impulsores de productos, cocineros, etc. De este grupo de víctimas, un 30% lo ha sido por lesiones personales, un 18,6% por hurto, un 18,5% adicional por violencia intrafamiliar y un 10,2% por homicidio.

Cuadro No. 17
Ocupación de las víctimas

Actividad	Víctimas	%
Juez	74	0,0
Doctorado	76	0,0
Fiscal	76	0,0
Religioso	98	0,0
Protegida DIH	124	0,1
Desplazado	126	0,1
Sindicalista	137	0,1
Derechos Humanos	155	0,1
Legislador	183	0,1
Desmovilizado	184	0,1
Investigador penal	202	0,1
Deportista	207	0,1
Sin identificar	362	0,2
Comunicador	434	0,2
Empleado público	628	0,3
Gerente	856	0,4
Policia	1.342	0,7
Artista	1.613	0,8
Fuerzas Militares	2.307	1,1
Docente	2.651	1,3
Jubilado	4.708	2,3
Rebusque	6.631	3,3
Desempleado	6.988	3,5
Profesional	20.804	10,3
Técnico	20.903	10,4
Estudiante	25.717	12,8
Comerciante	27.694	13,8
Baja calificación	75.865	37,7
Total	201.145	100,0

Fuente: DNF-Fiscalía General de la Nación

Los comerciantes son el segundo grupo más vulnerado por la comisión de delitos. El homicidio es el primer delito que los afecta con el 36,2%, las lesiones personales con el 17,4% y el hurto con el 9,5%.

Llama especialmente la atención el tercer grupo de víctimas que corresponde a los estudiantes, toda vez que su más fuerte vulneración penal son los delitos contra la familia (38,4%) como la inasistencia alimentaria y la violencia intrafamiliar. Así mismo, los delitos contra la vida y la integridad personal son el segundo factor de vulneración penal (30,1%), particularmente las lesiones personales. El hurto se convierte en el tercer factor de mayor incidencia en la comisión de delitos contra los estudiantes.

Bienes jurídicos lesionados en contra de los estudiantes

Delitos contra:	Menores de 11 años	Entre 12 y 17 años	Entre 18 y 24 años	Entre 25 y 29 años	Total	%
La familia	1.536	6.951	1.233	144	9.863	38,4
La vida y la integridad personal	371	4.112	2.753	500	7.735	30,1
El patrimonio económico	37	1.113	2.031	558	3.739	14,5
La libertad y formación sexuales	324	1.831	250	20	2.425	9,4
La seguridad pública	13	232	307	75	626	2,4
La integridad moral	5	228	197	39	469	1,8
La libertad individual	23	253	161	25	462	1,8
Otros	10	124	208	55	397	1,5
Total	2.319	14.844	7.139	1.415	25.717	100,0
%	9,0	57,7	27,8	5,5	100,0	

Fuente: DNF-Fiscalía General de la Nación

Así sucesivamente se puede ir describiendo los distintos grupos humanos afectados por la comisión de delitos y encontrar, por ejemplo, que tanto las víctimas profesionales como los técnicos han sido vulnerados principalmente por el hurto y las lesiones personales (57%). Entre tanto, los miembros de las fuerzas militares, así como los desempleados han sido víctimas principalmente de homicidio y lesiones personales (52%).

Cuadro No. 19
Ocupación de las víctimas por delito

Actividad	Hurto	Lesiones Personales	Violencia intrafamiliar	Homicidio	Inasistencia alimentaria	Otros	Total	%
Baja calificación	14.108	22.034	14.055	7.739	1.698	16.231	75.865	37,7
Comerciante	10.033	4.821	1.814	2.622		8.404	27.694	13,8
Estudiante	3.268	6.282	2.386	1.110	7.455	5.216	25.717	12,8
Técnico	6.367	5.335	2.586	1.254		5.361	20.903	10,4
Profesional	9.618	2.528	1.090	826		6.742	20.804	10,3
Desempleado	618	1.648	854	1.977	216	1.675	6.988	3,5
Rebusque	857	2.649	859	1.076	79	1.111	6.631	3,3
Jubilado	1.757	696	386	494		1.375	4.708	2,3
Docente	984	351	220	100		996	2.651	1,3
Fuerzas Militares	441	600	44	570		652	2.307	1,1
Resto	1.821	1.470	286	672	120	2.508	6.877	3,4
Total	49.872	48.414	24.580	18.440	9.568	50.271	201.145	100,0
%	24,8	24,1	12,2	9,2	4,8	25,0	100,0	

Fuente: DNF-Fiscalía General de la Nación

4.5 La oferta de justicia

Esta sección valora la gestión operativa del SPOA frente a la demanda de justicia presentada en la sección 3.1. Para ello es útil considerar el diagrama No. 1 que presenta la estructura del proceso penal en sus etapas, actuaciones y tiempos. La etapa de indagación comienza con el conocimiento de la noticia criminal por parte de la Fiscalía General de la Nación y los fiscales pueden actuar hasta antes del término de prescripción. Una vez se formule la imputación en contra del indiciado frente al juez de garantías, comienza formalmente la etapa de investigación, la cual tiene un límite de 30 días para que el fiscal presente el escrito de acusación, excepcionalmente prorrogable por otros treinta días. Tres días después se lleva a cabo la audiencia de formulación de acusación, comenzando la formalidad exigida dentro del juicio oral. Quince días después de adelantado el juicio, esta etapa termina con la fijación de sentencia.

Diagrama No. 1
Estructura del proceso penal

Tiempos		Actuaciones	Etapas	
Indefinido Hasta el término de Prescripción		Noticia criminal	Indagación	Etapa preprocesal
30 días (60 días)		Formulación de imputación	Investigación	Etapas procesales
	3 días	Escrito de acusación Audiencia de formulación de acusación	Juicio	
	>15 y < 30 días	Audiencia preparatoria		
	30 días	Juicio oral		
	15 días	Fijación de sentencia		

4.5.1 Las noticias criminales conocidas por la Fiscalía

La Fiscalía General de la Nación conoce de las noticias criminales mediante los siguientes mecanismos: querellas, denuncias, actos urgentes, de oficio, compulsación de copias y peticiones especiales.

Las querellas generalmente son presentadas por el sujeto pasivo del delito, a excepción de cuando este ha fallecido lo pueden hacer sus herederos. Las querellas solamente proceden cuando se refieren a los delitos establecidos en el artículo 74 de la ley 906 de 2004, los cuales tienen como característica común tener, un impacto social relativamente menor a los demás delitos. Allí se encuentran clasificados delitos como lesiones personales menores, inasistencia alimentaria, hurto simple, abuso de confianza y daño en bien ajeno, entre otros. Adicionalmente, están aquellos delitos que de conformidad con el código penal no tienen establecida pena privativa de la libertad. Otra característica exclusiva de los delitos querellables es que estos pueden ser conciliables entre las partes antes de iniciarse formalmente la acción penal. No obstante, una vez se inicie la acción penal por fracaso de la conciliación es posible que el querellante desista de la acción penal (Art. 76 C.P.P). La querella debe presentarse antes de los seis meses de ocurrencia del delito, tiempo después del cual caducará su validez legal ante las autoridades penales.

La denuncia procede contra los demás delitos (no querellables) y puede ser interpuesta por cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito. La Fiscalía está obligada a recepcionar la denuncia y ejercer la acción penal investigando los hechos y acusando al responsable ante los jueces. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional.

Los actos urgentes son aquellos que requieren una atención inaplazable por parte de la Policía Judicial, porque el conocimiento de los hechos que connotan delito ha sido inmediato al momento de su ocurrencia. La actuación rápida de las autoridades permite evitar la pérdida o alteración de elementos materiales probatorios o evidencia física, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección del cadáver y entrevistas, así como la posible captura en flagrancia de los responsables.

Cuando un servidor público que conozca de la comisión de un delito, debe investigarlo de oficio, iniciando sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, tendrá la obligación inmediata de poner el hecho en conocimiento de las autoridades competentes para que inicien de oficio las correspondientes investigaciones.

Para los delitos que requieren petición especial, la acción penal se iniciará por petición del Procurador General de la Nación, cuando el delito se cometa en el extranjero, no hubiere sido juzgado y el sujeto activo se encuentre en Colombia.

El cuadro No. 20 muestra las noticias criminales, clasificadas por tipo de noticia, conocidas por la Fiscalía General de la Nación entre enero de 2005 y mayo de 2008.

Cuadro No. 20
Noticias criminales (enero de 2005 a Mayo de 2008)

Tipo de noticia	Casos	%
Denuncias	626.058	44,5
Querellas	426.874	30,3
Actos urgentes	249.951	17,8
De oficio (informes)	93.006	6,6
Compulsación de copias	9.980	0,7
Petición especial	1.327	0,1
Asistencia judicial	905	0,1
Total	1.408.101	100,0

Fuente: DNF-FGN

Las denuncias constituyen la mayor cantidad (44,5%) de noticias criminales recibidas en este período, luego de las querellas (30,3%), los actos urgentes (17,8%) y los informes de oficio (6,6%). La compulsación de copias a la Fiscalía por parte de otras autoridades como la Corte Suprema de Justicia, las peticiones especiales y las asistencias judiciales no alcanzan el 1% del total de casos conocidos por la Fiscalía.

4.5.2 *La gestión del proceso penal*

Para valorar la gestión procesal sobre las noticias criminales, es importante considerar las acciones diferenciadas por lo menos sobre tres tipos de noticias. La primera es la gestión de los fiscales sobre las querellas, puesto que su objetivo inicial es lograr una conciliación satisfactoria para las partes en conflicto, antes de proceder con la acción penal. En caso de fracasar la conciliación, procede entonces la formulación de la imputación sobre el querellado. Es decir, la iniciación formal del proceso penal. La segunda es la gestión penal de los fiscales sobre los casos en flagrancia, toda vez que el carácter incontrovertible de las pruebas reduce ostensiblemente las etapas de indagación e investigación dentro del proceso, permitiendo al fiscal una gestión penal rápida y eficiente. La tercera es la gestión penal sobre los demás casos, conocidos por la Fiscalía generalmente mediante denuncias o informes de oficio. En estos casos se requiere un empleo más a fondo de la capacidad investigadora de los fiscales para encontrar a los responsables del hecho delictivo.

El cuadro No. 21 presenta una síntesis cuantitativa de las actuaciones más decisivas⁹⁹ dentro del proceso penal, resueltas por fiscales y jueces, frente a los 1,408,101 de noticias criminales conocidas por la Fiscalía General de la Nación durante el período de análisis (1 de enero de 2005 a 30 de mayo de 2008). Es importante aclarar que si bien la querrela recoge todos aquellos delitos que son susceptibles de conciliación, éstos también son conocidos por la Fiscalía mediante la demás modalidades de noticia como la denuncia, los actos urgentes, los informes de oficio y las peticiones.

Cuadro No. 21
Noticias criminales y la actuación procesal (enero de 2005 a mayo de 2008)

Etapa	Actuación	Denuncias	Querellas	Actos urgentes	Informes de oficio	Peticiones y otras	Total
1	Noticias criminales	626.058	426.874	249.951	93.006	12.212	1.408.101
2	Conciliaciones	58.488	162.684	14.098	11.647	579	247.496
	Con acuerdo	45.014	128.194	10.968	9.141	467	193.784
	Sin acuerdo	10.480	28.091	1.536	2.165	90	42.362
	Fracasadas	2.994	6.399	1.595	341	22	11.350
3	Formulacion de imputacion	9.978	3.559	58.111	15.184	1.032	87.864
4	Escrito de acusacion	8.835	2.591	45.561	11.135	1.014	69.136
5	Audiencia de formulacion de acusacion	2.250	1.193	7.447	1.098	287	12.275
6	Audiencia preparatoria	1.539	763	3.076	584	192	6.154
7	Audiencia de juicio oral	951	344	2.010	325	127	3.757
8	Sentencias	5.333	1.085	37.521	7.668	743	52.350
	Condenatorias	5.113	1.004	36.704	7.539	699	51.059
	Absolutorias	220	81	817	129	44	1.291
9	Audiencia de reparacion integral	251	-	383	60	8	702

Fuente: DNF-FGN

A partir del total de noticias criminales registradas, se observa la secuencia consecutiva de actuaciones, según el procedimiento penal, y los casos que han llegado a cada una de ellas. De un total de 1,408,101 noticias, 247,496 han llegado a conciliación, pero de estas 11,350 han fracasado. El proceso penal comienza formalmente con la formulación de la imputación, etapa a la cual han llegado 87,864 casos, de los cuales 69,136 han tenido escrito de acusación. Después del escrito, los acusados se pueden allanar en cargos o negociar con los fiscales, caso en los cuales el proceso pasa directamente a sentencia. De lo contrario continúan las demás audiencias. Por esta vía llegaron 12,275 casos para la audiencia de formulación de acusación, 6,154 casos para la audiencia preparatoria y 3,757 casos para la audiencia de juicio oral. Al final del proceso se fallaron 48,166 sentencias condenatorias y 6,184 absolutorias. Solamente se llevaron a cabo 702 incidentes de reparación integral.¹⁰⁰

Si bien estos resultados puestos en cifras absolutas expresan órdenes de magnitud frente a las actuaciones de fiscales y jueces dentro del proceso penal, es conveniente expresarlas en términos relativos de unas actuaciones frente a las otras para tener una mayor comprensión sobre el desempeño del SPOA. En este sentido, el cuadro No. 22 establece tres grandes segmentos de relación de actuaciones, cada una con unos indicadores concretos. En el primer segmento se encuentra el grupo de indicadores relativos a las conciliaciones; en el segundo están los indicadores relacionados con el proceso propiamente penal. En el tercer segmento se hallan los indicadores que tienen que ver con el resultado final de todo proceso penal: las sentencias.

Cuadro No. 22

⁹⁹ Las actuaciones decisivas del proceso penal son la conciliación para los delitos querrelables, la formulación de imputación, el escrito de acusación, las audiencias consecutivas de formulación de acusación, preparatoria, juicio oral, sentencia y reparación integral. Ver diagrama 1.

¹⁰⁰ La Fiscalía en carta de 12 de Febrero de 2009 señala que son más de 80.000 los escritos de acusación y más de 56.000 las sentencias, si bien nosotros comparamos las cifras con otras fuentes, lo cierto es que las presentadas por la Fiscalía no cambian significativamente los resultados obtenidos y el análisis realizado en éste estudio.

Relaciones entre actuaciones procesales del SPOA

Ind.	Relación de actuaciones	Denuncias	Querellas	Actos urgentes	Informes de oficio	Peticiones y otras	Total
1	Conciliaciones / noticias criminales	9,3	38,1	5,6	12,5	4,7	17,6
2	Conciliaciones con acuerdo / conciliaciones totales	77,0	78,8	77,8	78,5	80,7	78,3
3	Conciliaciones sin acuerdo / conciliaciones totales	17,9	17,3	10,9	18,6	15,5	17,1
4	Conciliaciones fracasadas / conciliaciones totales	5,1	3,9	11,3	2,9	3,8	4,6
5	Conciliaciones fracasadas / formulación de imputación	30,0	179,8	2,7	2,2	2,1	12,9
6	Formulacion de imputacion / noticias criminales	1,6	0,8	23,2	16,3	8,5	6,2
7	Escrito de acusacion /formulación de imputación	88,5	72,8	78,4	73,3	98,3	78,7
8	Audiencia de formulacion de acusacion /escrito de acusación	25,5	46,0	16,3	9,9	28,3	17,8
9	Audiencia preparatoria / Audiencia de formulación de acusación	68,4	64,0	41,3	53,2	66,9	50,1
10	Audiencia de juicio oral / audiencia preparatoria	61,8	45,1	65,3	55,7	66,1	61,0
11	Sentencias / noticias criminales	0,9	0,3	15,0	8,2	6,1	3,7
12	Sentencias condenatorias / noticias criminales	0,8	0,2	14,7	8,1	5,7	3,6
13	Sentencias condenatorias / sentencias totales	95,9	92,5	97,8	98,3	94,1	97,5
14	Sentencia absolutoria /sentencias totales	4,1	7,5	2,2	1,7	5,9	2,5
15	Audiencia de reparacion integral /sentencias condenatorias	4,9	-	1,0	0,8	1,1	1,4

Fuente: DNF-FGN

Con respecto a la gestión de los delitos querellables, cuyo proceso penal se extingue con la conciliación, actuación que inicialmente promueve el fiscal en las Salas de Atención al Usuario (SAU), tiene el propósito esta gestión satisfacer a las dos partes en conflicto. El 17,6% del total de noticias criminales fueron conciliaciones. Ahora bien, del total de conciliaciones un 78,3% terminaron en un acuerdo, el 17,1% no lograron un acuerdo y el 4,6% fueron conciliaciones que fracasaron. Estas conciliaciones que fracasaron representan el 12,9% del total de imputaciones formuladas a los jueces de garantías¹⁰¹.

Es conveniente relacionar las conciliaciones frente al total de delitos querellables, toda vez que este es su propio universo. En ese sentido, en el cuadro No. 23 se evidencia que el total de delitos querellables ascendieron a 511,686 casos, de los cuales solamente 247,496 fueron objeto de conciliación¹⁰², equivalentes al 48,4% del total.

Cuadro No. 23
Gestión de los delitos querellables

Tipo de conciliación	Casos	%
Delitos querellables	511.686	100,0
Conciliaciones	247.496	48,4
Con acuerdo	193.784	37,9
Sin acuerdo	42.362	8,3
Fracasadas	11.350	2,2

Fuente: DNF-FGN

Una vez surtido el proceso de conciliación, se lograron acuerdos para 193,784 casos, equivalentes al 37,9% del total de delitos querellables. En cambio no se lograron acuerdos en 42,362 casos (8,3%) y fracasaron intentos de conciliación en 11,350 casos (2,2%).

En cuanto al segundo segmento de indicadores del cuadro No. 22, relacionados con el proceso penal, hay que destacar la baja tasa de imputaciones formuladas frente a las noticias criminales recibidas por la Fiscalía (6,2%).

¹⁰¹ Llama la atención que para los delitos querellables, el número de conciliaciones fracasadas fue superior al número de casos a los que se les formuló imputación, lo cual sugiere que un número importante de conciliaciones fracasadas terminaron por otra vía o caducaron.

¹⁰² En este capítulo no se hará ningún análisis sobre los casos que no fueron objeto de conciliación, toda vez que los mismos serán examinados en el siguiente capítulo relativo a la impunidad.

Al corregir las noticias criminales por los delitos querellables¹⁰³, el indicador de tasa de imputaciones aunque mejora un poco sigue siendo bajo (9,8%).

Solamente el 78% de los casos a los que se les formuló imputación, los fiscales presentan escrito de acusación. Esto equivale a un poco más de 69 mil casos¹⁰⁴. Únicamente sobre el 17,8% de estos casos se produce formalmente la audiencia de formulación de acusación. Este bajo indicador se explica porque buena parte de los casos con escrito de acusación no continúan con las audiencias completas del juicio, en la medida que han aceptado los cargos o han negociado con el fiscal. El cuadro No. 24 muestra que solamente el 30,8% de los escritos de acusación continuaron con las demás audiencias del juicio oral, toda vez que el restante 69,2% aceptaron los cargos (60,6%) o se realizaron preacuerdos entre el acusado y el fiscal. Estas dos últimas modalidades hacen parte de la justicia premial o negociada propia del SPOA.

Cuadro No. 24
Clasificación de los escritos de acusación

Tipos de escritos de acusación	Casos	%
Por acusación directa	21.221	30,8
Por aceptación de cargos	41.700	60,6
Por preacuerdo o negociación	5.946	8,6
Total	68.867	100,0

Fuente: DNF-FGN

Finalmente, el tercer segmento de indicadores relacionados con las sentencias, hay que señalar el bajo índice de estas sobre las noticias criminales (3,7%), el cual aunque aumenta un poco al corregir las noticias criminales por los delitos querellables, el resultado sigue siendo muy reducido (5,8%). La mayoría de las sentencias son condenatorias (97,5%) y frente a ellas son muy reducidos (1,4%) los incidentes de reparación integral que se producen. El cuadro No. 25 presenta la clasificación de las sentencias condenatorias, la cual evidencia el predominio de la justicia premial y negociada (78%), toda vez que ello implica beneficios en cuanto a rebaja de penas.

Cuadro No. 25
Clasificación de las sentencias condenatorias

Tipos de sentencias condenatorias	Casos	%
Por acusación directa	11.218	22,0
Por aceptación total de cargos	34.553	67,7
Por acuerdo o negociación	5.288	10,4
Total	51.059	100

Fuente: DNF-FGN

4.5.3 La eficacia relativa del SPOA

Por eficacia relativa se entiende la capacidad de un sistema, una organización, una empresa o una persona de conseguir un resultado determinado o deseado. En el caso del SPOA el resultado deseado es la administración de justicia para todos los responsables de infringir los bienes jurídicos protegidos en el código penal. Con esta medida se pretende capturar el desempeño permanente de los componentes de un sistema al compararlos entre

¹⁰³ En el entendido de que el esfuerzo inicial de la justicia es que los delitos querellables terminen en la etapa de conciliación.

¹⁰⁴ Los casos que no tuvieron escrito de acusación serán objeto de análisis en el siguiente capítulo sobre la impunidad.

sí. Esta comparación permitirá distinguir los componentes relativamente fuertes, frente a los componentes relativamente débiles. En este sentido, se revela el carácter distintivo del sistema u organización.

Para efectos de medir el desempeño relativo del SPOA, resulta conveniente diferenciar los siguientes tres componentes: el primero agrupa todas aquellas noticias criminales relacionadas con delitos querellables; el segundo aglutina todas aquellas noticias criminales acompañadas de captura del responsable en situación de flagrancia¹⁰⁵; y el tercero congrega todos las demás noticias criminales. La razón para agrupar el universo de noticias criminales en estos tres componentes, obedece a que para cada uno de ellos existe una acción claramente diferenciada por parte de la policía judicial y los fiscales, de tal suerte que esta acción (o inacción) es definitiva para el futuro judicial de la noticia criminal. La acción prioritaria de los fiscales para los delitos del primer grupo es lograr la conciliación de las partes en conflicto, antes de proceder con la acción penal del querellado. La captura en situación de flagrancia, para los responsables del segundo grupo, facilita una acción judicial rápida y abreviada, toda vez que la etapa de indagación es prácticamente inexistente y la etapa de investigación es muy reducida. También es probable que el juicio oral se simplifique, en la medida que ante la evidencia de las pruebas que comprometen penalmente a los acusados, éstos se allanen en cargos para buscar beneficios en rebaja de penas.

El cuadro No. 26 presenta las noticias criminales agrupadas en los tres componentes mencionados, y para cada uno de ellos, se discrimina el número de noticias criminales que siguen la ruta procesal penal¹⁰⁶.

Cuadro No. 26
Clasificación de los casos de acuerdo a la funcionalidad del SPOA

Etapa	Actuación procesal	Componentes del SPOA			Total
		Delitos querellables	Flagrancia	Resto de casos	
1	Noticias criminales	511.686	143.365	753.050	1.408.101
2	Conciliaciones	247.496	-	-	247.496
	Con acuerdo	193.784	-	-	193.784
	Sin acuerdo	42.362	-	-	42.362
	Fracasadas	11.350	-	-	11.350
3	Formulacion de imputacion	3.559	66.526	17.779	87.864
4	Escrito de acusacion	2.591	50.293	16.252	69.136
5	Audiencia de formulacion de acusacion	1.193	6.966	4.116	12.275
6	Audiencia preparatoria	763	2.599	2.792	6.154
7	Audiencia de juicio oral	344	1.619	1.794	3.757
8	Sentencias	1.085	40.864	10.401	52.350
	Condenatorias	1.004	40.074	9.981	51.059
	Absolutorias	81	790	420	1.291
9	Audiencia de reparacion integral	-	287	415	702

Fuente: DNF-FGN. Cálculos propios

A partir de esta agrupación y clasificación de las noticias criminales, en el cuadro No. 27 se muestran los indicadores más relevantes para comprender la eficacia relativa del SPOA, así como el carácter distintivo de sus componentes.

¹⁰⁵ Las noticias criminales con captura en flagrancia correspondiente a delitos querellables (5,4%) se clasifican en el primer grupo.

¹⁰⁶ Las noticias criminales que no están explicadas por este flujo que conforman las actuaciones más importantes del proceso penal, serán objeto de análisis en el capítulo siguiente sobre la impunidad.

Cuadro No. 27
Indicadores de eficacia relativa del SPOA

Indicador	Relación de actuaciones	Componentes del SPOA			Total
		Delitos querellables	Flagrancia	Resto de casos	
1	Conciliaciones con acuerdo / noticias criminales	37,9	-	-	17,6
2	Formulación de imputación / noticias criminales	0,7	46,4	2,4	6,2
3	Sentencias / noticias criminales	0,2	28,5	1,4	3,7
4	Audiencia de reparación integral /sentencias condenatorias	-	0,7	4,2	1,4
Noticias criminales		511.686	143.365	753.050	1.408.101
Noticias criminales (%)		36,3	10,2	53,5	100,0

Fuente: DNF-FGN. Cálculos propios

La lectura de los indicadores es para el período comprendido entre enero de 2005 y mayo de 2008 como sigue:

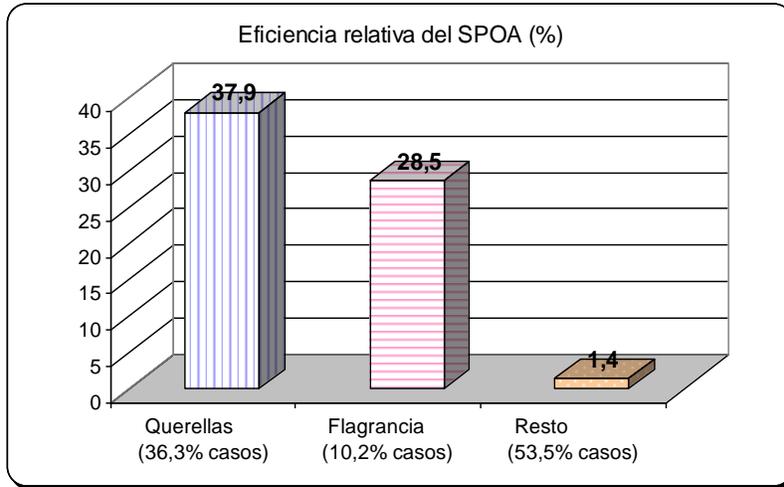
1. La Fiscalía conoció 511,686 noticias criminales (36,3%) que corresponden a delitos querellables, de los cuales conciliaron con acuerdo el 37,9% de los casos.
2. La Fiscalía conoció 143,365 noticias criminales (10,2%) que corresponden a casos con captura en flagrancia, de los cuales se les formuló imputación al 46,4% de los casos, se sentenciaron el 28,5% y hubo incidente de reparación integral para el 0,7% de los casos con sentencia condenatoria.
3. La Fiscalía conoció 753,050 noticias criminales (53,5%) que corresponden a aquellos delitos que no son querellables ni con capturas en flagrancia, de los cuales se les formuló imputación al 2,4% de los casos, se sentenciaron el 1,4% y hubo incidente de reparación integral para el 4,2% de los casos con sentencia condenatoria.

Un ejemplo importante a destacar guarda relación con el caso de los homicidios; la Fiscalía registró 62.737 noticias criminales e igualmente registró 1.699 sentencias condenatorias.

4. A pesar de que los casos con capturas en flagrancia solamente representan el 10,2% del total de las noticias criminales recibidas por la Fiscalía, produce el 76% de las imputaciones totales formuladas ante el juez de garantías, y el 78% de las sentencias totales emitidas por los jueces de conocimiento.
5. Como contraparte a los casos en flagrancia y delitos querellables, se encuentran el 53,5% de las noticias criminales, las cuales solamente producen el 20% tanto de las imputaciones totales formuladas como de las sentencias totales emitidas.

En la gráfica No. 1 se ilustra que el SPOA tiene una eficacia relativa más alta (37,9%) en los delitos querellables, frente a los casos con captura en flagrancia (28,5%) y a los demás casos (1,4%). Para los delitos no querellables, es evidente que los casos conocidos en situación de flagrancia, tienen una eficacia relativa más alta que los casos donde no se presenta esta situación de flagrancia.

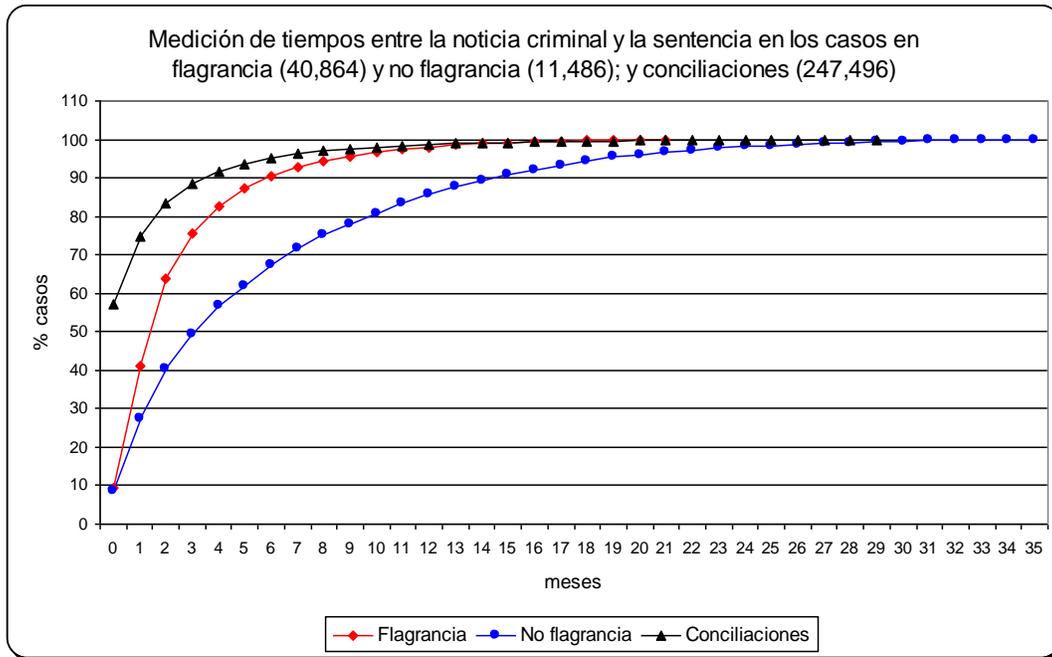
Gráfica No. 1



4.5.4 Los tiempos empleados en los procesos del SPOA

La administración oportuna de la justicia penal es la expresión más eficaz de un Estado de Derecho. Los tiempos empleados en los procesos tramitados a través del SPOA para los tres componentes mencionados anteriormente se observan en la gráfica No. 2. Allí se mide la diferencia en meses que transcurrió entre la fecha de la noticia criminal y la fecha de la sentencia para los casos de flagrancia y no flagrancia; y la diferencia en meses transcurridos entre la fecha de la noticia criminal y la fecha de conciliación para las querellas.

Gráfica No. 2



Las tres curvas de la gráfica No. 2 indican el tiempo empleado por cada uno de los componentes en lograr conciliaciones y sentencia. Entre más cerca esté la curva al extremo superior izquierdo de la gráfica, más eficiente es el proceso en términos del uso del tiempo utilizado para resolver los casos. Pues este punto

representa una situación óptima, toda vez que allí se maximiza el número de casos resueltos en el menor tiempo posible. El extremo inferior derecho, en cambio, representa el punto más ineficiente porque allí se resuelve el menor número de casos con el máximo uso del tiempo.

El componente de conciliaciones representa la curva que más cerca se encuentra del punto superior izquierdo de la gráfica, indicando que este proceso es el que mejor resultados le arroja a la Fiscalía en términos de la oportunidad en la resolución de los procesos. Adicionalmente, hay que destacar que las conciliaciones representan el mayor número de casos relativos resueltos frente a la flagrancia y a los demás casos.

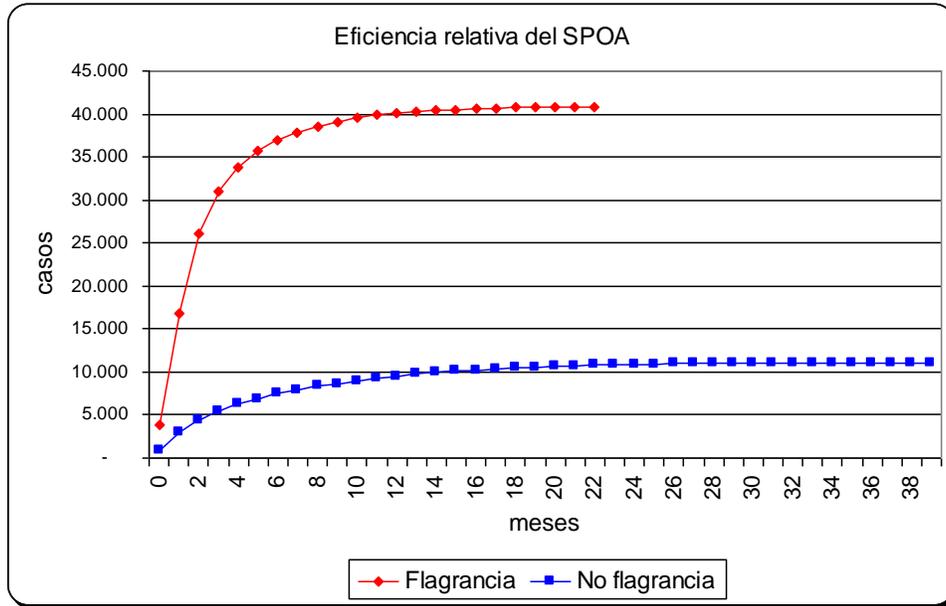
El 57,2% de las querellas en conciliación, es decir, más de 142 mil casos se resolvieron en menos de un mes. Esta cifra incluye 11,720 conciliaciones en el mismo día en el que la Fiscalía conoció la noticia. En menos de un año la Fiscalía propició el 99% de las conciliaciones que se presentaron durante el período de análisis de este estudio.

La flagrancia es el segundo componente de mayor eficiencia en el empleo del tiempo para resolver los casos que conocen los fiscales y jueces. Frente a las conciliaciones, los casos en flagrancia tienen una mayor complejidad procesal, puesto que el objetivo es utilizar a fondo la acción penal hasta lograr la sentencia. En las conciliaciones, por el contrario, los esfuerzos de los fiscales se orientan a evitar la acción penal. Así las cosas, la flagrancia es más comparable con los casos de no flagrancia o con las conciliaciones fracasadas y sin acuerdo que inician la acción penal, toda vez que para ellas rige el mismo proceso.

Lo cierto es que los casos en flagrancia son más eficientes en términos del uso del tiempo que los casos de no flagrancia. Mientras el 90,4% de los casos en flagrancia se sentenciaron a los seis meses de conocida la noticia, en este mismo tiempo se sentenciaron el 67, 2% de los casos de no flagrancia. Obviamente hay que destacar la diferencia en volumen entre uno y otro, porque ello pondera la eficiencia relativa de la flagrancia sobre los casos de no flagrancia. A los seis meses se sentenciaron casi 37 mil casos en flagrancia, mientras que el mismo tiempo fue empleado para sentenciar no más de 7,500 casos de no flagrancia (Gráfica No. 3)

Así mismo, es importante subrayar que durante el período de análisis el caso de flagrancia que más demoró en lograr sentencia fue de 22 meses, mientras que el máximo tiempo utilizado para sentenciar un caso de no flagrancia fue de 39 meses. Esta eficiencia relativa en el uso del tiempo para producir resultados en el proceso penal, lo facilita más los casos de flagrancia que los casos en donde la averiguación del responsable del delito es un requisito *sine qua non* para que avance y sea exitoso el proceso.

Gráfica No. 3



4.5.5 Los tiempos empleados

Dado que la ley 906 de 2004 pretende resolver los conflictos sometidos a la justicia penal en tiempos relativamente cortos, hemos contrastado los casos resueltos en tiempos inferiores y superiores a 100 días. En el cuadro 28 se muestra que del total de casos conocidos en situación de flagrancia, en 26.225 se utiliza un tiempo inferior a 100 días equivalentes al 64,2% de los casos. Los demás excedieron los 100 días. Por ejemplo, 4.824 casos (11.8%) fueron sentenciados después de transcurrir 101 y 150 días de formulada la imputación; para 2.224 casos (5.4%) transcurrieron entre 151 y 200 días; y así sucesivamente se encuentran casos que superan tres, cuatro y hasta ocho veces éste tiempo.

Cuadro No. 28
Días transcurridos entre la formulación de la imputación y la sentencia (casos en flagrancia)

Días	Casos	%
0-100	26.225	64,2
101-150	4.824	11,8
151-200	2.224	5,4
201-250	1.096	2,7
251-300	589	1,4
301-400	573	1,4
401-500	219	0,5
501-600	80	0,2
601-700	19	0,0
701-800	11	0,0
> 801	2	0,0
Muestra	35.862	87,8
Sentencias	40.864	100,0

Fuente: FGN cálculos propios

Los demás casos excedieron los 100 días. Por ejemplo, 4,824 casos (11,8%) fueron sentenciados después de transcurrir entre 101 y 150 días de formulada la imputación; para 2,224 casos (5,4%) transcurrieron entre 151 y 200 días; y así sucesivamente se encuentran casos que superan 3, 4 y hasta 8 veces el término establecido para fallar después de formulada la imputación.

Para los casos cuyo conocimiento no fue en situación de flagrancia, la información suministrada por la Fiscalía no contenía registro alguno de formulación de imputación.. El cuadro No. 29 muestra que sólo 5,676 casos, equivalentes al 49,4%, utilizaron un tiempo inferior a 70 días entre la presentación del escrito de acusación y el fallo que fija la sentencia.

Cuadro No. 29
Días transcurridos entre el escrito
de acusación y la sentencia
(casos de no flagrancia)

Días	Casos	%
0-70	5.676	49,4
71-100	1.085	9,4
101-200	1.683	14,7
201-300	522	4,5
301-400	201	1,7
401-500	91	0,8
501-600	30	0,3
601-700	11	0,1
>701	16	0,1
Muestra	9.315	81,1
Sentencias	11.486	100,0

Fuente: FGN cálculos propios

4.5.6 *Los excesivos tiempos de la etapa de indagación*

El cuadro No. 30 muestra los resultados de un ejercicio que consiste en calcular el tiempo promedio en que fueron terminados con éxito 260,859 casos, una vez la Fiscalía tuvo conocimiento de la noticia criminal, durante el período de análisis. Las querellas lograron conciliar con acuerdo entre las partes en 65 días en promedio; los actos urgentes que normalmente incorporan los casos en flagrancia, lograron sentencias en 101 días; y las denuncias lograron sentencias en 192 días. La parte derecha del cuadro presenta la clasificación de 983,939 casos, calculándoles el tiempo que llevan estos casos en indagación, a partir de la fecha en que la Fiscalía tuvo conocimiento de la noticia criminal hasta el 31 de mayo de 2008, fecha de corte de este estudio. Ese tiempo se compara con los días promedio empleados para terminar con éxito un proceso penal. Los resultados de esa comparación es que solamente 181,018 casos, equivalente al 18,4% de los procesos en indagación, se ubicaron dentro del tiempo promedio. Los restantes 802,921 casos se ubican por fuera de ese tiempo promedio. En la medida que transcurra el tiempo y no se tomen decisiones de fondo sobre estos procesos en indagación, el sistema penal comienza adquirir un sesgo hacia la prescripción.

Cuadro No.30
Desviación de duración de los procesos en indagación

Tipo de Noticia	Decisión de terminación	Procesos terminados		Procesos en indagación		
		casos	Días promedio	casos	Dentro del tiempo promedio	Por fuera del tiempo promedio
Querrela	Conciliación	208.509	65	226.089	6.956	219.133
Actos urgentes	Sentencias	40.864	101	148.733	16.679	132.054
Denuncias	Sentencias	11.486	192	609.117	157.383	451.734
Total		260.859	76	983.939	181.018	802.921
Participación porcentual				100,0	18,4	81,6

Fuente: calculos con base en información de la Fiscalía General de la Nación

4.5.7 Resultados de la justicia premial y negociada

La justicia premial y negociada se presenta cuando se interrumpe el curso normal y ordinario de un proceso, con el objeto de anticipar la sentencia como resultado de que el responsable penal acepta total o parcialmente los cargos imputados por la Fiscalía, o también que entre el acusado y el fiscal se acuerde o negocie los términos de la acusación para presentarla ante el juez de conocimiento. En ambos casos, el propósito es obtener beneficios en términos de rebajas de penas.

El cuadro No. 31 presenta el tipo de justicia aplicada, diferenciando si se trata de casos en flagrancia o casos en no flagrancia. Allí se evidencia que el 80% de las sentencias proferidas para los casos en flagrancia son de carácter anticipado, toda vez que fueron cobijados por la justicia premial y negociada. En cambio, para los casos de no flagrancia la justicia premial y negociada cubre las dos terceras partes de estos casos.

Cuadro No. 31
Tipo de justicia aplicada

Tipo de justicia aplicada	Flagrancia		No flagrancia		Total	
	Casos	%	Casos	%	Casos *	%
Justicia ordinaria	7.145	20	3.148	34	10.293	23
Acusación directa	1.734	5	1.534	16	3.268	7
Dosificación de la pena y sentencia	5.411	15	1.614	17	7.025	16
Justicia premial y negociada	28.716	80	6.167	66	34.883	77
Aceptación total o parcial de cargos	25.448	71	4.993	54	30.441	67
Acuerdo o negociación	3.268	9	1.174	13	4.442	10
Total	35.861	100	9.315	100	45.176	100

Fuente: FGN. Cálculos propios

* No incluye 7,174 sentencias por presentar problemas de consistencia en sus fechas.

En términos generales, la justicia premial y negociada está jugando un importante rol en los casos que se deciden con sentencia ya sea condenatoria o absolutoria.

4.6. La conciliación

La conciliación está delimitada para aplicarla únicamente a los delitos querellables como forma legal alternativa de terminar de manera anticipada un proceso penal¹⁰⁷. La conciliación se convierte en un paso previo antes de la imputación para continuar con la acción penal. En este sentido, la conciliación cumple una instancia para la solución negociada de las partes de un conflicto, mediada por un tercero perteneciente a la administración judicial. La conciliación también es un mecanismo al que recurren las partes para resolver los aspectos económicos relacionados con los perjuicios del delito, por ejemplo, para casos de delitos no querellables, bien como parte de un acuerdo que da origen a una sentencia anticipada o como parte del incidente de reparación integral a la víctima.

Cuadro No. 31
Número de casos en los que se recurre a la conciliación (enero de 2005 a abril de 2008)

No.	Tipo de conciliación	Casos	%
1	Conciliación con acuerdo	186.394	82,8
2	Conciliación sin acuerdo (para fiscal SAU o Casa de Justicia)	28.518	12,7
3	Conciliación con acuerdo (Por Verificar)	7.731	3,4
4	Conciliación sin acuerdo (para fiscales no SAU)	2.594	1,2
Total conciliaciones		225.236	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

En las Salas de Atención del Usuario (SAU) se reciben las querellas por los delitos querellables y se programa luego una conciliación entre las partes, de modo que en caso de no lograrse un acuerdo, se inicia la investigación formal. No obstante, llama la atención que dentro de los cuatro tipos distintos de conciliación propiciados por las autoridades judiciales, aparezcan dos tipos de conciliación sin acuerdo cuyos casos ascienden a 31,112, equivalentes al 13,8% del total de casos que hacen uso de la conciliación. La conciliación con acuerdo, por su parte, ascendió a 194,125 casos, equivalente al 86,2% de los casos. De estos últimos, hay 7,731 casos que están por verificar a la fecha de corte de este informe. En total son 225,236 los casos que recurren a la conciliación. En buena parte de estos casos, el SPOA ha logrado la solución de conflictos evitando su avance al ámbito penal.

Los bienes jurídicos protegidos por el código penal que han sido objeto de conciliación se ilustran en el Cuadro No. 32. Los tres primeros bienes jurídicos más representativos que han sido conciliados son, en primer lugar, las infracciones contra la familia (48,3%); en segundo lugar, los delitos contra la vida y la integridad personal (35,0%); y, en tercer lugar, las transgresiones al patrimonio económico (10,9%). Estos tres bienes jurídicos aglutinan el 94,2% de los delitos conciliados. En el restante 5,8% de las infracciones conciliadas se encuentran principalmente los delitos contra la integridad moral (4,4%); y los restantes delitos (1,4%) están distribuidos entre los demás 14 bienes jurídicos.

¹⁰⁷ Ver artículo 522 de la Ley 906 de 2004.

Cuadro No. 32
Conciliación/ según bienes jurídicos (enero de 2005 a abril de 2008)

No.	Delitos contra:	Casos	%
1	La familia	108.686	48,3
2	La vida y la integridad personal	78.887	35,0
3	El patrimonio económico	24.552	10,9
4	La integridad moral	9.852	4,4
5	La libertad individual	1.173	0,5
6	La administración pública	796	0,4
7	La fe pública	416	0,2
8	La eficaz y recta impartición de justicia	355	0,2
9	La seguridad pública	261	0,1
10	El orden económico social	123	0,1
11	La libertad, integridad y formación sexuales	47	0,0
12	Sin identificar	34	0,0
13	Los derechos de autor	17	0,0
14	La salud pública	12	0,0
15	Los recursos naturales y el medio ambiente	12	0,0
16	Las personas protegidas por el DIH	9	0,0
17	Mecanismos de participación democrática	2	0,0
18	La existencia y seguridad del estado	1	0,0
Total		225.236	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

Las lesiones personales son los delitos más conciliados (34,9%), que se encuentran dentro del bien jurídico que protege la vida y la integridad personal; posteriormente la inasistencia alimentaria (31,4%) y la violencia intrafamiliar (16,5%), que forman parte de los delitos querellables que pertenecen al bien jurídico que protege a la familia. A continuación se encuentra el hurto (2,6%) para los casos de hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes¹⁰⁸.

Cuadro No. 33
Delitos en los que se recurre a la conciliación
(Enero de 2005 a abril de 2008)

No.	Delitos	Casos	%
1	Lesiones personales	78.512	34,9
2	Inasistencia alimentaria	70.781	31,4
3	Violencia intrafamiliar	37.214	16,5
4	Hurto	5.875	2,6
5	Homicidio	85	0,0
6	Narcotráfico	15	0,0
7	Otros delitos	32.754	14,5
Total		225.236	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

¹⁰⁸ Inciso 2º., Artículo 239 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

Hay muchos delitos no querellables que registran como última actuación la conciliación. Es necesario profundizar en estos casos a fin de comprobar si es un problema de mal registro en el SPOA o si se está aplicando o no la conciliación como forma de terminación de proceso para delitos no querellables. De la misma manera es pertinente estudiar si la conciliación para efectos de reparación a la víctima incide o no significativamente en la marcha del proceso penal.

4.7. Los casos archivados

El archivo de un proceso penal se presenta, según el artículo 79 del CPP, cuando la Fiscalía constata que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización del hecho investigado como delito. Entre enero de 2005 y abril de 2008 se llevó a cabo el archivo de 134,946 casos, que representan el 24,8% de los casos terminados y el 9,6% de los casos totales. El cuadro No. 34 muestra los distintos tipos de archivo que se han presentado durante la vigencia del SPOA. Cabe advertir que, si bien estas medidas tienen carácter provisional, lo cierto es que tienen cierta tendencia definitiva.

Cuadro No. 34
Casos archivados (enero de 2005 a abril de 2008)

No.	Tipo de archivo	Casos	%
1	Archivo por conducta atípica Art. 79 C.P.P	95.476	70,8
2	Archivo por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo Art. 79 C.P.P Auto Julio 5 de 2007 MP Yesid Ramírez Bastidas	20.475	15,2
3	Archivo por inexistencia del hecho Art 79. C.P.P	17.230	12,8
4	Archivo por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto pasivo Art. 79 C.P.P Auto Julio 5 de 2007 MP Yesid Ramírez Bastidas	1.388	1,0
5	Archivo por encontrarse el sujeto en imposibilidad fáctica o jurídica de efectuar la acción Art. 79 C.P.P Auto Julio 5 de 2007 MP Yesid Ramírez Bastidas	377	0,3
Total casos archivados		134.946	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

La mayoría de los casos que se han archivado (70,8%) ha sido porque el SPOA encontró en ellos una conducta atípica; una parte menor de casos archivados (15,2%) ha sido por la imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo (victimario); otra parte (12,8%) se ha archivado por la inexistencia del hecho; y en una minoría de casos (1%) su archivo se explica porque no se encontró al sujeto pasivo (víctima).

Los bienes jurídicos tutelados por el código penal que han sido objeto de archivo se muestran en el Cuadro No. 35. Los delitos contra el patrimonio económico representan el 36,2% del total de delitos archivados; en orden de importancia, los delitos contra la vida y la integridad personal equivalen al 19,6% de los delitos archivados; los delitos contra la familia ocupan el tercer puesto con el 8,6%; contra la salud pública el 7,2%; y contra la fe pública el 5,2%. Estos seis bienes jurídicos significan el 85% del total de delitos archivados. El restante 15% se distribuye entre doce bienes jurídicos que protegen la libertad, integridad y formación sexuales (3,1%), la libertad individual (3,1%), los derechos de autor (2,5%), la eficaz y recta impartición de justicia (1,9%) y la integridad moral (1,3%) y otros (1,1%).

Cuadro No. 35
Archivos/ según bien jurídico (enero de 2005 a abril de 2008)

No.	Delitos contra:	Casos	%
1	El patrimonio económico	48.793	36,2
2	La vida y la integridad personal	26.392	19,6
3	La familia	11.644	8,6
4	La seguridad pública	11.261	8,3
5	La salud pública	9.681	7,2
6	La fe pública	7.009	5,2
7	La libertad, integridad y formación sexuales	4.199	3,1
8	La libertad individual	4.161	3,1
9	Los derechos de autor	3.367	2,5
10	La eficaz y recta impartición de justicia	2.574	1,9
11	La administración pública	2.517	1,9
12	La integridad moral	1.805	1,3
13	El orden económico social	686	0,5
14	El regimen constitucional y legal	331	0,2
15	Los recursos naturales y el medio ambiente	299	0,2
16	Mecanismos de participación democrática	168	0,1
17	Las personas protegidas por el dih	43	0,0
18	Sin identificar	15	0,0
Total		134.946	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

El hurto es el delito que en Colombia encabeza la lista de los delitos más comunes contra el patrimonio económico. Así mismo, es la infracción penal que con más frecuencia (39,188 casos) es archivada por la Fiscalía, en sus dos modalidades de hurto agravado (Art. 239 CP) y hurto calificado (Art. 240 CP). Las lesiones personales y el homicidio son los delitos que más abundan en contra de la vida y la integridad personal y, son además, el segundo y tercer delito que más se archiva. En el caso de las lesiones personales se han archivado 13,119 procesos entre enero de 2005 y abril de 2008.

Así mismo, para este mismo período, se han archivado 10,678 procesos que investigaban homicidios. En el cuadro No. 22 se muestran otros 16 delitos, que van desde el narcotráfico hasta el fraude, y que han archivado 59,760 procesos adicionales, los que equivalen al 44,3% del total de casos archivados. Por último, en el grupo 20 del cuadro se aglutinan 12,210 procesos archivados que equivalen al 9% del total. Allí se encuentra una diversidad de delitos que van desde el secuestro con 741 casos, el prevaricato con 735, extorsión con 453, delitos contra la administración pública con 369 y voto fraudulento con 334, entre otros.

Cuadro No. 36
Archivos/ según tipo de delito (enero de 2005 a abril de 2008)

No.	Delitos	Casos	%
1	Hurto	39.188	29,0
2	Lesiones personales	13.119	9,7
3	Homicidio	10.678	7,9
4	Narco tráfico	9.659	7,2
5	Amenazas	6.056	4,5
6	Inasistencia alimentaria	6.022	4,5
7	Acceso carnal y actos sexuales	5.448	4,0
8	Falsedad	5.193	3,8
9	Fabricacion, trafico y porte de armas de fuego	4.045	3,0
10	Estafa	3.509	2,6
11	Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad	3.026	2,2
12	Violencia intrafamiliar	2.540	1,9
13	Daño en bien ajeno	2.405	1,8
14	Abuso de confianza	2.313	1,7
15	Constreñimiento ilegal	2.301	1,7
16	Delitos contra la vida y la integridad personal	2.136	1,6
17	Defraudacion a los derechos patrimoniales de autor	2.095	1,6
18	Injuria y calumnia	1.796	1,3
19	Fraude	1.206	0,9
20	Otros delitos	12.210	9,0
Total		134.946	100

Fuente: FGN. Cálculos propios

Ahora bien, al examinar los delitos que se archivan por conducta atípica en aplicación del artículo 79 del CPP, se encuentran numerosos casos con situaciones como las siguientes.

a) El 21 de abril de 2006 se registró en Cali una noticia criminal de doble homicidio de un hombre y una mujer, lo que requirió del servicio de actos urgentes¹⁰⁹ del cuerpo técnico de investigación (CTI) de la Fiscalía o de la policía judicial. El presunto autor del doble homicidio fue capturado en flagrancia con el arma de fuego que presumiblemente utilizó en la comisión de este delito. Sobre la identificación del victimario, el SPOA únicamente informa que es un hombre de estado civil soltero.

Para ese mismo día de los hechos, el SPOA registra tres actuaciones de la policía judicial como los trámites y solicitudes a Registraduría Nacional, tomas de muestras para análisis de residuos de disparo, y toma y revelado de fotografías. En la información suministrada para este estudio no se encuentra ninguna actuación del fiscal sobre legalización de la captura, ni tampoco sobre solicitud de audiencias preliminares ante el juez de garantías. Existe un último registro en el SPOA sobre este caso el día 17 de noviembre de 2006 que dice: “Archivo por conducta atípica Art.79 C.P.P”. Es decir, casi siete meses después de ocurrido este doble homicidio, se archiva el caso por conducta atípica.

¹⁰⁹ La Policía Judicial al recibir la noticia criminal a través de denuncia, querrela, petición especial, o de manera oficiosa, debe realizar el reporte de iniciación en forma inmediata y por el medio más expedito, momento desde el cual el fiscal asumirá la coordinación, dirección y control jurídico del caso. Aquella desarrollará labores de indagación, adelantando actos urgentes tales como inspección al lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios de conformidad con el artículo 205 de la ley 906 de 2004. Cumplido lo anterior, mediante el informe ejecutivo que deberá presentarse dentro de las treinta y seis horas siguientes, la policía judicial dará conocer al Fiscal los resultados de su actividad en forma detallada, con el fin de establecer la ocurrencia de un acto delictivo y sus probables autores o partícipes. Ver: Modulo de Formación para Fiscales en “Estructura del Proceso Penal “. Bogotá, noviembre de 2007. Página 48.

b) Este caso es muy parecido al anterior y la información registrada en el SPOA indica que el 10 de julio de 2006 ocurrió el homicidio de un hombre de estado civil soltero en plena vía pública de Calí. El presunto autor fue capturado en flagrancia y es un hombre de 20 años de estado civil soltero, al que se le encontró un arma de fuego con la que presumiblemente cometió el homicidio.

Las actuaciones registradas por el SPOA son las siguientes: el mismo día de los hechos la policía judicial verifica el arraigo familiar y solicita historias clínicas en centros asistenciales. Al día siguiente, el 11 de julio de 2006, el fiscal que asume el conocimiento del caso solicita audiencia preliminar ante el juez de garantías y en esta audiencia se decreta la ilegalidad de la captura y se ordena la libertad del detenido por parte del juez de garantías. La última actuación registrada en el SPOA para este caso es de fecha 6 de junio de 2007, es decir 10 meses y 25 días después de los hechos, y dice lo siguiente: “Archivo por conducta atípica Art. 79 C.P.P”.

c) Un ejemplo más es un caso de secuestro en el que se ha capturado en flagrancia al autor, se ha legalizado su captura, se ha solicitado imposición de medida de aseguramiento y se ha formulado imputación; pero 48 días después de esta última actuación, se archiva por conducta atípica aplicando el artículo 79 del CPP. Un cuestionamiento de procedimiento que surge es ¿por qué no existió el escrito de acusación a los 30 días después de haberse formulado la imputación, de acuerdo con los términos establecido en el artículo 175 del CPP? Igual que en los anteriores casos, surge la inquietud de si existieron circunstancias fácticas tan contundentes para anular un hecho evidente y flagrante.

No alcanzaría el espacio asignado para este estudio, si se continúa examinando los numerosos casos en los que se ha aplicado el archivo por conducta atípica, toda vez que los casos analizados anteriormente fueron seleccionados de una muestra aleatoria de procesos con este tipo de archivo.

El segundo criterio jurídico por el que más se terminan anticipadamente procesos penales, es el “archivo por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo Art. 79 C.P.P sentencia de la Corte Suprema de Justicia Julio 10 de 2007, en virtud de la cual se han archivado 20,475 procesos entre enero de 2005 y abril de 2008 (Cuadro N. 34). Algunos ejemplos ilustran la utilización de esta figura jurídica que provisionalmente termina anticipadamente un proceso.

- a) El 4 de febrero de 2008 se capturaron en flagrancia en la Fiscalía Seccional de Valledupar a dos hombres de 37 y 22 años de edad, bajo el cargo de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes (Art. 376 del CP)¹¹⁰. En el registro de actuaciones aparece que el mismo día de las actuaciones el fiscal encargado del caso formula el programa metodológico de la investigación; luego, el 15 de febrero hay una orden de inspección como diligencia investigativa; y el 29 de febrero de 2008 aparece la última actuación que dice “Archivo por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo Art. 79 C.P.P.
- b) El 18 de febrero de 2008, la Seccional de Fiscalías de Montería captura en flagrancia a un hombre bajo el cargo de hurto calificado (Art. 240 CP)¹¹¹. Las actuaciones de la Fiscalía en torno a este caso aparecen registradas en el SPOA como sigue: el mismo día de los hechos se presenta las identificaciones e individualizaciones de los responsables; diez días después, el 28 de febrero, el fiscal del caso formula el programa metodológico; y después de haber pasado más de dos meses aparece la última actuación que dice: “Archivo por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo Art. 79 C.P.P.”
- c) Alrededor de 150 casos de homicidio se han registrado en el SPOA y sus procesos penales han sido terminados con “Archivo por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo Art. 79 C.P.P.” Este aparente contrasentido, por lo menos en uno de estos casos, se explica porque los victimarios fueron dos personas y una de ellas fue dejada en libertad y la otra procesada. Al haber ruptura procesal, posteriormente aparece el archivo del caso por no encontrar sujeto activo. Este último caso sucedió el 9 de septiembre de

¹¹⁰ La pena para este delito fluctúa entre 4 a 20 años de prisión y depende de la cantidad de droga incautada.

¹¹¹ Este delito tiene una pena que fluctúa entre 3 y 8 años y su fijación depende de las circunstancias de violencia e indefensión de la víctima, entre otras.

2007 y el 4 de febrero de 2008 se archiva el caso. Es decir en 4 meses y 25 días se cerró este caso de homicidio.

La mayoría de los 20,475 casos archivados por imposibilidad de ubicar el victimario, han tenido como único registro en el SPOA, después de la noticia criminal, el archivo con este criterio, invocando las facultades de archivo establecidas en el artículo 79 del CPP.

La evidencia presentada en los casos anteriores, hace presumir que no solamente se están teniendo en cuenta los casos en los que no ha sido posible la caracterización de un hecho como delito, sino que va más allá por la no identificación del responsable, victimario o sujeto activo. Las razones están explicadas en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de julio 10 de 2007¹¹².

Con el debido respeto por las providencias de la Corte Suprema de Justicia, como debe ser en todo Estado de Derecho, existe un contrasentido en la doctrina que ha expedido la Corte en relación con el archivo de los procesos por imposibilidad de establecer el sujeto activo. El artículo 79 del CPP razona exclusivamente de un hecho que se pretenda tipificar como delito y si sobre este hecho no hay tipicidad o no hay motivos fácticos que permitan afirmar con certeza que allí existió un delito, es claro para estos casos el mandato legal. Pero, lo que no se puede confundir con ese mandato, es el hecho de que aun existiendo el delito, pero por desconocimiento del responsable se archive el proceso. Ello tiene el agravante de la presunción que existe de que en algunos casos se está aplicando el archivo del proceso aun conociendo al responsable.

Incorporar el sujeto activo del delito como un elemento de la tipicidad objetiva, como hace la sentencia de la Sala Penal de la CSJ con base en una cita de Roxin que dice "al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado"¹¹³, para sustentar que "Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo"¹¹⁴. (Subrayado fuera de texto).

Si bien es acertada la contextualización teórica —de estructura y contenido del tipo objetivo— que hace la sentencia de la Corte para aplicar el artículo 79 del CPP, se hace imperativo confrontar los hechos bajo las cuales se ha venido aplicando esta sentencia, con los detalles doctrinarios explicados por el mismo Roxin. Aunque la Corte en su sentencia no explicó los detalles doctrinarios¹¹⁵ sobre el tipo objetivo, este estudio considera que se debe retomar cuanto antes la revisión de estos detalles, con el fin de evitar las altas probabilidades de impunidad que traen consigo las decisiones de archivo.

Es importante precisar que Roxin nunca consideró como independientes los tres elementos que forman parte de la estructura y contenido del tipo objetivo: sujeto activo del delito, acción típica y resultado penado; porque el sentido común apenas lo intuye y lo da por cierto, lo cual hace innecesario aclarar algo que es evidente. No obstante, al parecer esta sutileza juega un papel determinante en el medio jurídico colombiano. La sentencia establece que si el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como

¹¹² Ref.- Exp. No. 11-001-02-30-015-2007-0019. Aprobado Acta No. 022, CSJ. Bogotá, D. C., Julio cinco (5) de dos mil siete (2007).

¹¹³ Sentencia Sala Penal CSJ: "Diferencias entre archivo y preclusión de la investigación". Magistrado Ponente YESID RAMÍREZ BASTIDAS. Ref.- Exp. No. 11-001-02-30-015-2007-0019. Aprobado Acta No. 022. Bogotá, D. C., Julio cinco (5) de dos mil siete (2007). En la página 6 se cita a Roxin, Claus, "Derecho Penal". Parte General, Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, p. 304. Madrid, 1999 Civitas.

¹¹⁴ Sentencia CSJ, op cit., pág. 6

¹¹⁵ La sentencia al respecto dijo: "Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que "al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado"

delito, se procede al archivo. El desconocimiento por parte de la Fiscalía del sujeto activo de un delito cierto y comprobable, toda vez que se realizó el levantamiento del cadáver, no es óbice para argumentar que un caso como este no tiene los presupuestos mínimos para continuar con la investigación.

Al existir un hecho delictuoso cierto, Roxin establece en su formulación teórica, que la tarea jurídica más importante que el tipo objetivo plantea es “aclarar qué características ha de tener entre sujeto activo y resultado para que se le pueda imputar al sujeto activo el resultado como acción suya”¹¹⁶. Si el delito existe, el sujeto activo también existe y el resultado objeto de pena existe en el código penal, entonces la obligación de la Fiscalía, invocando el principio de legalidad, es perseguir y judicializar al responsable. No es posible justificar el desconocimiento de la identidad del sujeto activo con la inexistencia de este sujeto activo. Frente a la imputación del tipo objetivo, Roxin se refiere a “la constatación de los presupuestos con los que es lícito considerar un resultado como obra de un determinado sujeto se le denomina imputación al tipo objetivo”¹¹⁷. Roxin se refiere al responsable de un delito como “un determinado sujeto”, sin importar su identidad porque lo determinante es que hubo alguien que cometió un delito que ha sido verificado y constatado y, por tanto, se ha tipificado una lesión a un bien jurídico del código penal.

Corresponde, entonces, a la Fiscalía ejercer toda su función y capacidad investigadora para encontrar e individualizar al responsable. Esto es un problema de eficacia penal antes de ser un hecho o una conducta atípica.

Tal y como se demostró con los casos citados anteriormente, es incuestionable que hayan existido delitos como el homicidio, hurto, narcotráfico, lesiones personales, etc., en muchos de los procesos penales que se han archivado invocando el artículo 79 del CPP. Una cosa es evitar acusar a alguien de un delito que no cometió, porque el hecho mismo no fue un delito; y otra cosa muy distinta es no acusar a nadie porque se desconoce quién cometió el delito. Para el primer caso aplica el archivo establecido en el artículo 79 del CPP. En cambio, para el segundo caso se, debe fortalecer la capacidad investigativa de la Fiscalía para que el delito no quede impune.

Adicionalmente, la sentencia de la CSJ tiene la debilidad de endosar la carga de la prueba a las víctimas, toda vez que afirma lo siguiente: “Por último, en tercer lugar, como quiera que la decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas, pues a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad, se impone (i) que la decisión sea motivada, (ii) con lo que se permite que pueda ser conocida, (iii) teniendo que ser apropiadamente comunicada, para permitir con ello que las víctimas y el Ministerio Público -para el cumplimiento de sus funciones- puedan expresar su inconformidad con la misma en ejercicio de sus derechos. Se resalta en cuanto a las víctimas (lo que se hace extensivo al Ministerio Público), que tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación”¹¹⁸. (subrayado fuera de texto).

La razón, en cuanto a los sujetos, expuesta por la Corte en su sentencia afirma que “solamente podrán ser tenidos en cuenta como motivos o circunstancias fácticas que no permiten la caracterización de un hecho como delito (...) cuando luego de adelantadas las averiguaciones resultan imposible encontrar o establecer el sujeto activo de la acción”¹¹⁹. Si la acción existió y el delito también existió, no hay razón para archivar el proceso porque el responsable no está presente. Es lógico pensar que una reacción de la persona que infringe la ley penal es huir, así como también es lógico suponer que la justicia lo perseguirá para que responda por sus actos. Lo que no es lógico ni siquiera imaginar es que la justicia renuncie a su misión de perseguir y castigar el delito.

¹¹⁶ Roxin, op cit, pág. 304

¹¹⁷ Roxin, op cit, pág. 205

¹¹⁸ Sentencia CSJ, op cit, pág. 7

¹¹⁹ Ibidem, pág.10

Asimismo, refiriéndose a esta misma sentencia, en un pie de página del Módulo de Formación para Fiscales, argumenta la Fiscalía General de la Nación: “Tal precisión de la Corte, permite considerar la posibilidad de archivo en aquellos casos en que por sus especiales características y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia, no obstante haberse agotado las labores investigativas suficientes y necesarias, no es posible la individualización o identificación de los autores o partícipes del delito. No resulta razonable mantener activa una indagación, esperando vencimientos de términos prolongados como los sería el de la preclusión de la investigación”¹²⁰ (subrayado fuera de texto).

Por otra parte, la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía imparte cátedra a los fiscales de la siguiente manera: “...los eventos que ejemplarizan las decisiones que vienen de comentarse (*refiriéndose a la sentencia en cuestión*), deben tenerse en cuenta por los Fiscales, en la medida que se constituyen en eventos en los que una vez cumplidas las razonables gestiones investigativas pertinentes y teniendo fundamentos efectivos para tomar tal determinación, lo conveniente será proceder con el archivo de las diligencias en todos los casos que ellos sean posibles, como una manera de depurar el sistema y descongestionarlo, en el reiterado propósito de racionalizar los recursos y dedicarse prioritariamente a aquellos asuntos en los que en realidad es viable consolidar el ejercicio de la acción penal, ejercer la función de acusación y concretar las aspiraciones de la administración de justicia.”¹²¹ (Subrayado fuera de texto)

Pues esta enseñanza de la Escuela de la Fiscalía, parece que ha tenido efectos inmediatos. En la Gráfica No. 4 se evidencia el tiempo promedio transcurrido entre el momento en que la Fiscalía tiene conocimiento de la noticia criminal y el archivo del proceso. La lectura de la gráfica sé deber hacer tomando cada mes (eje x) como la fecha de la noticia criminal y los meses (eje y) como el tiempo que transcurrió en promedio para archivar un proceso. Los procesos abiertos en enero de 2005 que luego fueron objeto de archivo duraron 34 meses (casi 3 años); los que se abrieron en enero de 2006 duraron 23 meses (casi 2 años) antes de su archivo; los abiertos en enero de 2007 duraron 11 meses (casi un año) para su archivo. En marzo de 2008 hubo procesos que se abrieron y duraron un mes antes de su archivo. Lo que quiere decir esto es que después de expedida la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia en julio de 2007, se tomó una decisión de archivo masivo de procesos. Los procesos archivados después de expedida la sentencia, no duran tanto como los que se archivaron antes de expedida la sentencia. Si ahora los procesos penales se pueden archivar rápido, la cuestión es dónde queda el discurso de “haberse agotado las labores investigativas suficientes y necesarias”, y más bien cobra vigencia el otro discurso de “lo conveniente será proceder con el archivo de las diligencias en todos los casos que ellos sean posibles, como una manera de depurar el sistema y descongestionarlo”.

¹²⁰ Módulo de formación para fiscales en “estructura del proceso penal”, Fiscalía General de la Nación, noviembre de 2007. Nota a pie de página No. 162. Pág. 117.

¹²¹. Ibidem, Págs. 116-117.

Gráfica No. 4



Es evidente que hay un problema de congestión y de represamiento de hechos punibles en la Fiscalía, pero ello no debería ser óbice para buscarle solución en donde no se debe. Esta actitud, además de ocasionar impunidad, la estimula y la favorece.

Este estudio pretende evidenciar como la forma de pensar, diagnosticar y resolver los problemas que tanto agobian a la sociedad colombiana, lo que produce es una profundización de los mismos. La solución comienza por intentar pensar estas cuestiones de una manera diferente, de tal suerte que por lo menos sea posible un debate educado, sincero y sano sobre lo que nos aqueja. Ubicar cada cosa en su lugar, permite ordenar esta discusión; reconocer que los instrumentos utilizados no son los adecuados para la solución de lo que se persigue, es avanzar en la misma solución.

Capítulo V - EL RESULTADO DE APLICAR EL SISTEMA PENAL

El resultado más notorio que se deriva directamente de la aplicación del régimen punitivo del Estado, se observa en el castigo impuesto a la población infractora de la ley penal, juzgada y condenada por los jueces y recluida en los centros penitenciarios y carcelarios para cumplir ese castigo. Si bien el número de personas internas en los centros de reclusión o en detención domiciliaria podría estar dando cuenta de cuan eficiente es o no la justicia penal en la lucha contra la impunidad, también este indicador podría estar reflejando los distintos problemas de conflictividad social aún no resueltos. Debe preocupar a una sociedad que el Estado busque la eficiencia del sistema punitivo para reducir la impunidad, sin que simultáneamente se mitiguen los riesgos sociales que producen el delito y la delincuencia.

Precisamente el objetivo del presente estudio es evaluar el resultado del accionar punitivo del Estado, para evidenciar los logros, los impactos y las consecuencias de la política criminal en la sociedad. Esta evaluación comienza por responder primero a las preguntas de ¿cuántos y quiénes son las personas privadas de la libertad en Colombia? Y ¿cuáles son sus características socio-demográficas?, para luego examinar su situación jurídica y penal, enfatizando, desde luego, en las infracciones al régimen penal y en la magnitud del castigo. Así mismo, se analizará la condición laboral y educativa de los reclusos al momento de su detención como indicador de su condición social.

Especial atención merece el examen de si el objeto re-socializador de la cárcel, que tanto promueven las normas y el derecho, se cumple en la práctica. El encarcelamiento como fase final del régimen punitivo es a su vez la fase más decisiva para el éxito o fracaso de la política criminal del Estado. Las condiciones materiales de la reclusión y el presupuesto destinado a las cárceles también son objeto del análisis, con el fin de visualizar si existe una postura coherente del Estado a mediano y largo plazo, frente a la búsqueda de una mayor y mejor convivencia entre los colombianos. Finalmente, el caso de Colombia se analiza dentro del contexto mundial, lo cual permite hacer comparaciones relativas entre países de similar grado de desarrollo.

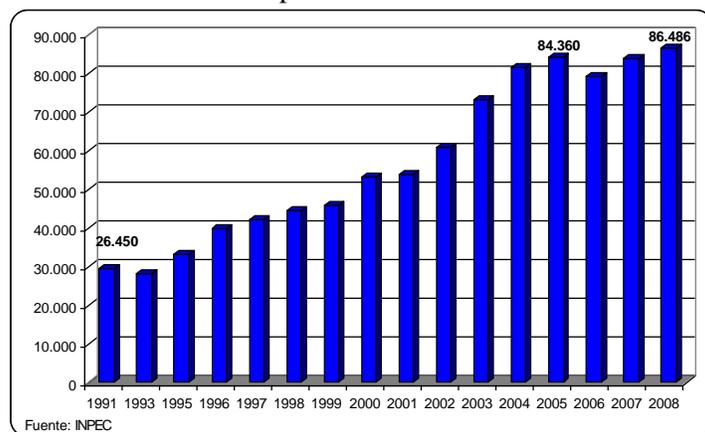
La expectativa que genera un examen sobre el resultado de aplicar el sistema penal en un país como Colombia, no debería ser otra que aquella que revele el peso específico asignado por el Estado para utilizar el instrumento punitivo en la formulación y ejecución de la política criminal, frente a las demás políticas públicas. La búsqueda de la paz, la convivencia y la concordia entre los colombianos así lo exigen.

5.1. La población privada de la libertad en Colombia

La población privada de la libertad en Colombia aumentó de 26,450 a 86,486¹²² personas entre diciembre de 1991 y abril de 2008. Es decir que en el curso de diecisiete años el total de reclusos se triplicó. En términos relativos, esta evolución representa un incremento de 76 a 195 reclusos por cada cien mil habitantes, indicador que también se multiplica por dos veces y media durante este período.

¹²² 66,345 (77%) están recluidas en centros penitenciarios (información a abril de 2008) y 20,141 en detención domiciliaria (23%)

Gráfica No. 5
Evolución de la población interna en Colombia



En la Gráfica No. 5 se puede observar que la velocidad de crecimiento de los internos fue más rápida (8,6% anual) durante el período 1991 y 2005, de aquella registrada (0,8% anual) entre 2005 y abril de 2008. Este quiebre en la tendencia coincide con la entrada en vigencia del Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA), lo cual sugiere un régimen penal menos punitivo que el anterior sistema inquisitivo.

5.2. Características socio-demográficas de los internos en Colombia

Para una sociedad es muy importante conocer sobre quienes está recayendo el control ejercido por el régimen punitivo del Estado, o visto de otra manera, quienes son las personas o el grupo social proclive a cometer delitos. Una u otra mirada depende del enfoque escogido para analizar un mismo fenómeno. A continuación se describen las características socio-demográficas de la población privada de la libertad como son género, edad, estado civil, nivel educativo, ocupación u oficio, etc.

5.2.1. Género y Edad

El Cuadro No. 37 ilustra el agrupamiento de las 86, 486 personas privadas de la libertad por grupos etarios de la población y por género. También muestra una comparación de la población interna frente a la población total del país, con el fin de conocer las proporciones de internos por cada cien mil habitantes, teniendo en cuenta cada grupo etario separado por género.

Cuadro No. 37
Población Interna en Colombia - Abril de 2008

Grupos Etarios		Población Total			Población Interna			%	Población Interna por cada 100.000 Habitantes		
		Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres	Total *		Hombres	Mujeres	Total
Infancia y Adolescencia	0-17	8.071.952	7.713.301	15.785.253			-				
Joven	18-24	2.840.699	2.770.378	5.611.077	14.425	1.449	15.874	18	508	52	283
Adulto Joven	25-29	1.719.410	1.791.586	3.511.006	16.759	1.602	18.361	21	975	89	523
	30-34	1.527.544	1.611.485	3.139.029	13.173	1.341	14.514	17	862	83	462
	35-39	1.411.151	1.520.411	2.931.562	10.125	1.193	11.318	13	717	78	386
Adulto	40-44	1.399.408	1.521.027	2.920.435	7.245	920	8.165	9	518	60	280
	45-49	1.246.134	1.358.534	2.604.668	4.799	706	5.505	6	385	52	211
	50-54	1.010.228	1.108.003	2.118.231	3.108	447	3.555	4	308	40	168
	55-59	803.040	874.426	1.677.466	1.695	199	1.894	2	211	23	113
	60-64	615.500	674.169	1.289.669	899	92	991	1	146	14	77
	65-69	464.261	524.221	988.482	546	59	605	1	118	11	61
	70-74	360.959	430.921	791.880	288	23	311	0	80	5	39
	75-79	234.853	289.369	524.222	118	13	131	0	50	4	25
	> 80	237.058	320.222	557.280	134	33	167	0	57	10	30
No identificada							5.095	6			
Población mayor de 18 años		13.870.245	14.794.762	28.665.007	73.314	8.077	86.486	100	529	55	302
Población total		21.942.197	22.508.063	44.450.260	73.314	8.077	86.486		334	36	195

Fuente: INPEC y DANE

* Los internos en centros penitenciarios son 66,345 a abril de 2008 y los internos con detención domiciliaria son 20,141 a marzo de 2008.

Los 86,486 internos se dividen en 73,314 hombres (85%), 8,077 mujeres (9%) y 5,095 sin identificar¹²³. Por grupo etario, la población interna joven representa el 18%, los adultos jóvenes equivalen al 51%, los adultos propiamente dichos representan el 26% y el 6% restante no están identificados.

Al reunir los internos pertenecientes a los grupos etarios de los jóvenes y el de los adultos jóvenes, cuyas edades oscilan entre los 18 y los 39 años, se evidencia que en este rango se encuentra un poco más de dos terceras partes (69%) del total de la población interna. A su vez, en la franja de los más jóvenes (18-29 años) se halla el grupo de reclusos que mayor participación (40%) tiene dentro del total de las personas privadas de la libertad.

Al comparar la población interna con la población total se encuentra que por cada cien mil habitantes hay 195 internos. Al examinar este mismo indicador por grupos etarios, es alarmante la situación de los adultos jóvenes cuya edad oscila entre los 25 y los 29 años, toda vez que casi triplican el indicador total. Ello es equivalente a decir que una de cada doscientas personas en este rango de edad es privada de la libertad. No menos alarmante es la situación para los demás grupos etarios clasificados dentro de la población joven, puesto que el indicador de presos por cada cien mil habitantes del resto de franjas de edad que la componen, 462 para 30 y 34 años y 386 para 35 y 39 años, están más que duplicando el indicador total.

Ahora bien, la situación en materia penal para la población clasificada dentro de la franja de la infancia y la adolescencia (menores de 18 años)¹²⁴ se aprecia en el Cuadro No. 33. Allí se observa que entre marzo y diciembre de 2007 fueron capturados 32,907 menores de edad, entre los cuales, la gran mayoría (96,4%) son adolescentes entre 14 y 18 años, y los restantes (3,6%) son menores de 14 años¹²⁵.

¹²³ Los 5,095 internos sin identificar su género, edad y demás variables, se origina por la diferencia de internos que reporta la Oficina de Sistemas del INPEC (del aplicativo SISIPPEC) con corte a abril de 2008 que es de 81,391 personas; frente a la información reportada por la Oficina de Planeación del INPEC, que lleva un registro mensual de estadísticas y allí aparecen 86,486 internos (66,345 en penitenciarias y 20,141 en detención domiciliaria).

¹²⁴ 18 años no cumplidos; es decir aquí clasifica un adolescente con una edad máxima de 17 años, 11 meses y 29 días.

¹²⁵ Las sanciones del Código Penal aplica para los adolescentes entre 14 y 18 años.

Cuadro No. 38
Niños (as) y adolescentes capturados por infracción a la ley penal

Rango de edad	Población total	Capturados*	%	Capturados por cada 100.000 habitantes
Entre 14 y 17 años	3.516.053	31.716	96	902
Menores de 13 años	12.269.200	1.191	4	10
Total	15.785.253	32.907	100	208

Fuente: Cifra de capturados: Discurso de la Directora del ICBF en el VI encuentro de gobernadores por la infancia, la adolescencia y la juventud. Paipa, Junio 12 y 13 de 2008. Datos de población del DANE.

* Capturados entre marzo 15 y diciembre 31 de 2007

Al comparar esta población menor capturada con la población total del país que se encuentra en estos mismos rangos de edad para 2007, sorprende, alarma y preocupa la gran magnitud de adolescentes (902) capturados por cada cien mil habitantes. Este indicador para adolescentes casi quintuplica el mismo indicador para la población adulta privada de la libertad (195). Incluso está muy por encima del indicador para Estados Unidos, país que en el mundo tiene el mayor número de presos (738) por cada cien mil habitantes.

Al suponer¹²⁶ que los 31,716 adolescentes infractores de la ley penal hubiesen sido procesados¹²⁷ y sancionados, el indicador total junto con el de los adultos (86,486) privados de la libertad asciende a la inquietante cifra de 269 personas (por cada cien mil habitantes) sancionados por el régimen punitivo (Cuadro No. 39).

Cuadro No.39
Población total que infringe la ley penal

Grupo etario	Población total	Adultos reclusos y menores capturados*	%	Capturados por cada 100.000 habitantes
Niños (Menores de 13 años)	12.269.200	1.191	1	10
Adolescentes (14-17)	3.516.053	31.716	27	902
Jóvenes (18-24)	5.611.077	15.874	13	283
Subtotal niñez y juventud	21.396.330	48.781	41	228
Adulto joven (25-39)	9.581.597	44.193	37	461
Adultos (Mayores de 40 años)	13.472.333	26.419	22	196
Subtotal adultos	23.053.930	70.612	59	306
Total	44.450.260	119.393	100	269

Fuente: INPEC, ICBF y DANE

* Corresponden a los adultos reclusos en las cárceles a abril de 2008 y a los menores capturados en 2007 por infringir la ley penal de adolescentes

Un **primer mensaje** que deja la lectura de estas cifras es que dentro de la población total objeto de control por la ley penal, los adolescentes y los jóvenes representan el 41%, y los adultos jóvenes el 37%. Es decir, el peso

¹²⁶ El adolescente capturado no necesariamente ha sido procesado penalmente. Lamentablemente para este estudio no se obtuvo la colaboración del Consejo Superior de la Judicatura en el suministro de la información sobre los procesos penales y resultados en los casos de adolescencia adelantados por los respectivos jueces.

¹²⁷ El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), contempla en su Libro II el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y en el capítulo IV de este libro las sanciones aplicables a los adolescentes que infrinjan este código. Estas sanciones van desde la amonestación hasta la privación de la libertad en centro de atención especializado, pasando por la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida y la internación en medio semi-cerrado. Este Código entró en vigencia en marzo 15 de 2007 para las ciudades de Bogotá y Cali, y su implementación irá hasta diciembre de 2009 para todo el país.

del régimen punitivo del Estado recae fundamentalmente sobre la gente joven, toda vez que ellos representan el 78% de los penalizados y sancionados.

5.2.2. Estado Civil

Los cuadros No. 40 ilustran la clasificación de la población interna de acuerdo a su estado civil y grupo etario. La mayor parte de los reclusos en Colombia se encuentran en unión libre (44%) y solteros (34%); y en menor proporción están casados (11%) y separados (3%).

Del grupo de los reclusos que están en unión libre, el 78% son personas jóvenes que se encuentran entre los 18 y 39 años; en tanto que el 22% restante son personas adultas mayores de 40 años. Así mismo, del grupo de reclusos solteros, el 83% son jóvenes y adultos jóvenes, en tanto que el 17% son personas mayores de 40 años.

Por el contrario, dentro de los reclusos casados, divorciados, separados¹²⁸ y viudos, predominan las personas adultas mayores de 40 años. En el caso de los casados, los adultos representan el 58%, mientras los jóvenes son el 42%; en el caso de los divorciados, los adultos son el 67% y los jóvenes el 33%; en los separados, los adultos son el 51% y los jóvenes el 49%. Finalmente, los viudos están representados por los adultos en un 64%, mientras los jóvenes son el 36%.

Cuadro No. 40
Estado civil de la población interna (Abril de 2008)

Grupos Etarios		Estado Civil							Sin especific.	Total
		Casado	Unión Libre	Divorciado	Separado	Soltero	Viudo	Religioso		
Jóven	18-24	194	6.256	2	127	9.132	27	1	135	15.873
	25-29	778	9.344	6	359	7.623	83	1	168	18.362
	30-34	1.336	7.811	17	401	4.726	100	1	122	14.514
	35-39	1.695	5.867	35	414	3.094	107	4	102	11.318
Adulto	40-44	1.699	3.740	36	444	2.046	113	-	86	8.164
	45-49	1.380	2.258	27	359	1.310	112	1	58	5.505
	50-54	998	1.325	17	245	835	99	1	35	3.555
	55-59	599	610	13	148	429	68	-	27	1.894
	60-64	359	282	13	62	198	56	-	21	991
	65-69	217	138	7	56	137	40	-	10	605
	70-74	106	60	4	20	67	47	-	7	311
	75-79	50	16	3	7	30	24	-	1	131
	> 80	19	24	1	-	59	15	1	49	168
Sin identificar									5.095	5.095
Total		9.430	37.730	181	2.642	29.686	891	10	5.916	86.486
Participación		11%	44%	0%	3%	34%	1%	0%	7%	100%

Participación porcentual

Grupos Etarios		Estado Civil							Sin especific.	Total
		Casado	Unión Libre	Divorciado	Separado	Soltero	Viudo	Religioso		
Jóven	18-24	2	17	1	5	31	3	10	2	18
	25-29	8	25	3	14	26	9	10	3	21
	30-34	14	21	9	15	16	11	10	2	17
	35-39	18	16	19	16	10	12	40	2	13
Adulto	40-44	18	10	20	17	7	13	-	1	9
	45-49	15	6	15	14	4	13	10	1	6
	50-54	11	4	9	9	3	11	10	1	4
	55-59	6	2	7	6	1	8	-	0	2
	60-64	4	1	7	2	1	6	-	0	1
	65-69	2	0	4	2	0	4	-	0	1
	70-74	1	0	2	1	0	5	-	0	0
	75-79	1	0	2	0	0	3	-	0	0
	> 80	0	0	1	-	0	2	10	1	0
Sin identificar		-	-	-	-	-	-	-	86	6
Total		100	100	100	100	100	100	100	100	100

Fuente: INPECy cálculos propios

¹²⁸ La diferencia entre divorciado y separado proviene del origen de la unión de la pareja. El caso del divorcio se presenta cuando la pareja tuvo un matrimonio formal eclesiástico o civil, mientras en el caso de la separación se presenta cuando la pareja se unió libremente sin ninguna formalidad.

La alta proporción de uniones libres (44%) de la población interna está reflejando una de las grandes transformaciones socio-demográficas que Colombia y América Latina sufrió durante la segunda mitad del siglo anterior. Generalmente, una gran parte de estas parejas jóvenes legalizan la unión con el paso del tiempo, razón por la cual se podría explicar que la importancia de las uniones libres disminuyan con la edad¹²⁹.

Hay que destacar que 53,852 personas privadas de libertad, que equivalen al 62% de la población reclusa total, son personas cuyo estado civil son solteros o estaban conviviendo en unión libre con su pareja al momento de producirse su encarcelamiento. El **segundo mensaje** sugiere que son las personas solteras y en unión libre las que más probabilidad tienen de cometer delitos, frente a las personas casadas, divorciadas, separadas o viudas.

5.2.3. Ocupación

Los Cuadros No. 41 muestran el tipo de ocupación que los internos tenían antes de su ingreso a los centros penitenciarios o a la detención domiciliaria. La mayoría de ellos (77%) son trabajadores independientes, y en menor proporción son empleados (15%), desempleados (7%) o estudiantes (1%).

Cuadro No. 41
Ocupación de la población interna (Abril de 2008)

Grupos Etarios		Empleado	Estudiante	Independiente	Desempleado	Total
Joven	18-24	2.624	349	11.477	1.423	15.873
	25-29	3.100	210	13.703	1.349	18.362
	30-34	2.169	75	11.342	928	14.514
	35-39	1.693	51	8.965	609	11.318
Adulto	40-44	1.098	17	6.610	439	8.164
	45-49	720	10	4.509	266	5.505
	50-54	450	6	2.911	188	3.555
	55-59	229	1	1.563	101	1.894
	60-64	111	3	818	59	991
	65-69	65	1	490	49	605
	70-74	30	-	250	31	311
	75-79	13	-	108	10	131
	> 80	15	-	135	18	168
Sin identificar		-	-	-	-	5.095
Total		12.317	723	62.881	5.470	86.486
Participación		15%	1%	77%	7%	100%

Participación porcentual

Grupos Etarios		Empleado	Estudiante	Independiente	Desempleado	Total
Joven	18-24	21	48	18	26	18
	25-29	25	29	22	25	21
	30-34	18	10	18	17	17
	35-39	14	7	14	11	13
Adulto	40-44	9	2	11	8	9
	45-49	6	1	7	5	6
	50-54	4	1	5	3	4
	55-59	2	0	2	2	2
	60-64	1	0	1	1	1
	65-69	1	0	1	1	1
	70-74	0	-	0	1	0
	75-79	0	-	0	0	0
	> 80	0	-	0	0	0
Sin identificar		-	-	-	-	6
Total		100	100	100	100	100

Fuente: INPEC y cálculos propios

El 72% de los internos que tienen una ocupación independiente son personas jóvenes y el 28% son adultos. De igual manera ocurre con los internos que eran empleados antes de su reclusión, pues el 78% de ellos son personas jóvenes y sólo el 22% son adultos. Así mismo sucede con los internos que estaban en condición de desempleados, en la medida que los jóvenes son el 79%, mientras los adultos son el 21%. Por último, el 95% de los internos estudiantes son personas jóvenes, mientras sólo el 5% son adultos.

¹²⁹ Ver Carmen Elisa Flórez, "Las transformaciones socio-demográficas en Colombia durante el siglo XX", Banco de la República y Tercer Mundo Editores, enero de 2000. Pág. 46.

El Cuadro No. 42 presenta la pirámide de los delitos clasificados por la ocupación que desempeñaban los reclusos al momento de ser privados de la libertad. Al organizar el número de delitos de menor a mayor, de acuerdo al grado de calificación, se observa la formación de una pirámide. En la base de la pirámide se encuentran el 41,1% de los delitos cometidos por reclusos con ocupaciones de baja calificación; más arriba de la pirámide, después de la base, se encuentra el 26,9% de los delitos con las actividades clasificadas como técnicas; a continuación, más arriba con el 23,9%, están los delitos correspondientes a las actividades denominadas de rebusque¹³⁰. Entre estos tres tipos de ocupación, se encuentra distribuido el 91,1% de los delitos. Luego, con el 2,4% se encuentran los delitos cometidos por reclusos que tienen una profesión, y en la cúspide de la pirámide, curiosamente, se encuentran compartiendo con el 2% de los delitos, dos actividades relacionadas directamente con el conflicto armado en Colombia¹³¹.

Cuadro No. 42
Pirámide de los delitos calificados por ocupación

Calificación interno	Delitos	%
Estudiante	2.219	1,7
Fuerza Militares	2.531	2,0
Ilegal	2.548	2,0
Profesional	3.077	2,4
Rebusque	30.373	23,8
Técnico	34.270	26,9
Baja calificación	52.336	41,1
Total *	127.354	100,0

Fuente: Inpec

*10,324 internos no presentan registro de ocupación; con estos se completan los 137,638 delitos

La clasificación de las actividades se ha realizado con un criterio de conocimiento, habilidad y destreza para su desempeño. En este sentido, algunas actividades que ejercían los reclusos antes de su encarcelamiento y que pueden ilustrar el grado de baja calificación o trabajo no calificado son, entre otras, las siguientes: albañil, arenero, arriero, ascensorista, ayudante, camionero, cantero, capataz, cantinero, carnicero, celador, conductores, empleadas domésticas, escolta, garitero, impulsador, jornalero, maletero, mayordomo, mesero, montallantas, mototaxista, niñera, obrero, taxista, tramitador y portero.

Las actividades ejercidas por los reclusos al momento de su captura y que fue considerada con una calificación de rebusque son entre otras: barrendero, cartonero o reciclador, chancero, coter, indigente, lavador de carros, lotero, limosnero, lustrabotas o embolador, trabajador sexual, pregonero, vendedor ambulante, voceador y zorrero.

Algunas de las actividades calificadas de técnicas son: agente de seguros, analista de sistemas, arbitro, artesano, auxiliar contable, auxiliar de enfermería, azafata, cajero, carpintero, ceramista, comerciante, confeccionista, constructor, curtidor de pieles, decorador, dentista, dibujante, digitador, diskjokey, ebanista, electricista, enfermero, entrenador, fileteador, florista, fotógrafo, fotomecánico, guarnecedor, guía turístico, hotelero, joyeros, laboratorista, litógrafo, locutor, mantenimiento de computador, marroquiner, mecánico dental, modelista, modelo, músico, operario, ornamentador, panadero, peluquero, plomero, programador, radio

¹³⁰ En Colombia se denomina el rebusque a aquellas personas que al no tener ningún grado de escolaridad, ni estar calificadas para desempeñar un empleo estable, se dedican a rebuscar el sustento diario en actividades que no requieren ninguna habilidad, destreza o conocimiento. Aunque muchas de estas personas se ingenian soluciones mediáticas para resolver una dificultad práctica a un grupo de personas que así lo requieran. Cuidar un automóvil estacionado en una calle, facilitar el paso en una calle inundada por la lluvia, recrear en los semáforos a los conductores y pasajeros de los vehículos, lavar automóviles, barrer las calles, etc, son algunas de estas actividades consideradas de rebusque.

¹³¹ Se clasificaron por separado los reclusos cuya actividad en ejercicio al momento de su encarcelamiento era miembros de las fuerzas militares, pero se hubiese podido incorporar dentro del grupo de los profesionales y técnicos de acuerdo a su grado militar en oficial y suboficial respectivamente. Dentro del grupo ilegal se encuentran los delitos cometidos por reclusos que declararon ocupación guerrillero o paramilitar.

operador, relojero, sastre, talabartero, tapicero, taquígrafo, técnico en sistemas, tejedor, telefonista, tipógrafo, topógrafo y zapatero.

Dentro de las actividades calificadas como profesionales se encuentran las de abogado, administrador, arquitecto, artista pintor, aviador piloto, banquero, biólogo, comunicador social, contador, corredor de bolsa, directores, economistas, empresario, escultor, estadígrafo, gerente, matemático, médico, miembro de cuerpo legislativo, miembros del clero, notario, odontólogo, periodista, profesor, publicista y traductor.

Las actividades clasificadas de ilegales son las que desempeñaban los reclusos al momento de su captura y encarcelamiento. Así figuran en la base de datos del Inpec las actividades de guerrillero, paramilitar y terrorista. Finalmente, en la clasificación referida a las fuerzas militares se encuentran los reclusos que al momento de su detención eran oficiales y suboficiales pertenecientes al Ejército, la Policía, la Fuerza Aérea, la Armada y el Das.

La pirámide anterior arroja un **tercer mensaje** y es que si por el carácter de las ocupaciones de las personas privadas de la libertad se puede calificar su condición económica y social, se deduce entonces que el régimen punitivo del Estado y su sistema carcelario ejerce control sobre amplias franjas de la población que ejercen actividades no calificadas, informales y de rebusque.

5.2.4. Educación

Los cuadros No. 43 presentan la clasificación del tipo de educación que poseen los 86,486 internos, donde se encuentra que la gran mayoría, el 67% de ellos, tiene solamente educación básica primaria, el 18% educación media o secundaria, el 4% educación superior y el 5% no tiene educación.

Al examinar solamente los grupos etarios de los jóvenes y los adultos jóvenes, es decir los internos cuyas edades oscilan entre los 18 y los 39 años de edad, se encuentra que los porcentajes anteriores por tipo de educación para el total se incrementan notoriamente. Por ejemplo, el 75% de este subgrupo de internos solamente tiene educación primaria, el 80% educación media o secundaria, el 54% con educación superior y el 59% sin ninguna educación.

Cuadro No. 43
Educación de la población interna (Abril de 2008)

Grupos Etarios		Ninguna	Básica	Media	Superior	Total
Joven	18-24	633	11.661	3.282	297	15.873
Adulto Joven	25-29	772	12.893	4.155	542	18.362
	30-34	650	10.357	2.927	580	14.514
	35-39	557	8.161	2.001	599	11.318
Adulto	40-44	503	5.733	1.387	541	8.164
	45-49	389	3.787	846	483	5.505
	50-54	294	2.444	461	356	3.555
	55-59	235	1.284	188	187	1.894
	60-64	134	657	101	99	991
	65-69	98	426	42	39	605
	70-74	73	201	19	18	311
	75-79	30	90	9	2	131
	> 80	56	106	3	3	168
Sin identificar		-	-	-	-	5.095
Total		4.424	57.800	15.421	3.746	86.486
Participación		5	67	18	4	100

Participación porcentual

Grupos Etarios		Ninguna	Básica	Media	Superior	Total
Joven	18-24	14	20	21	8	18
Adulto Joven	25-29	17	22	27	14	21
	30-34	15	18	19	15	17
	35-39	13	14	13	16	13
Adulto	40-44	11	10	9	14	9
	45-49	9	7	5	13	6
	50-54	7	4	3	10	4
	55-59	5	2	1	5	2
	60-64	3	1	1	3	1
	65-69	2	1	0	1	1
	70-74	2	0	0	0	0
	75-79	1	0	0	0	0
	> 80	1	0	0	0	0
Sin identificar		-	-	-	-	6
Total		100	100	100	100	100

Fuente: INPEC y cálculos propios

Si se restringe aún más el análisis al grupo etario que por su juventud (18-24) está más cerca de la edad estudiantil, se encuentra que, de los 15,873 internos allí clasificados, el 73% tiene sólo educación primaria, el 21% tiene educación media, el 2% posee educación superior y el 4% no tiene educación. Esta educación de los internos más jóvenes refleja la estructura educativa existente para toda la sociedad. El censo de 2005 indica que, si bien la asistencia escolar para los niños entre 7 y 11 años asciende al 92%, esta asistencia se reduce al 77,8% para los adolescentes entre 12 y 17 años, y se disminuye aún más, al 27,1% para los jóvenes entre 18 y 24 años. Al mismo tiempo el censo arrojó un índice de analfabetismo para la población entre 15 y 24 años del 4,3%, lo que quiere decir que por lo menos el 95,7% de esta población sabe leer y escribir.

El Estado colombiano se ha preocupado porque el país no tenga analfabetos y ha hecho los esfuerzos necesarios para lograr una alta cobertura en educación básica primaria. Pero cuando se observa el avance en el ciclo educativo de acuerdo a la edad de los niños, adolescentes y jóvenes, se encuentra una decantación cada vez mayor en el acceso a la educación. Esta situación se refleja en el máximo grado educativo logrado por las personas privadas de la libertad, como se aprecia en el Cuadro No. 43, lo cual sugiere el bajo nivel educativo de la mayoría de personas sobre las que actúa el sistema penal.

De aquí surge un **cuarto mensaje** y es el reflejo directo de la estructura educativa del país en la estructura educativa de las personas privadas de la libertad. Ello indica que ante un bajo nivel educativo de la sociedad, son más elevadas las probabilidades de que sus asociados cometan delitos. Por el contrario, un mayor grado de educación reduce ostensiblemente la probabilidad de infringir la ley penal.

Ahora bien, al comparar la ocupación con la educación de los internos mostrada en los cuadros No. 41 y 43 se obtiene el cuadro No. 44, en el que se cruza el tipo de empleo con el grado de educación para los 86, 486 internos del país. Lo primero que hay que destacar es que más de la mitad (52%) de los internos tienen la característica de poseer un trabajo independiente y de haber logrado solamente una educación primaria, lo que marca un contraste frente al 3% de independientes con educación superior. Lo segundo es que si se considera

que los independientes tienen oficios calificados, como se evidenció en el cuadro No. 41, se puede concluir que dos terceras partes de los reclusos tienen un trabajo no calificado (41,1%) o están dedicados al rebusque o a la subsistencia diaria (23,8%).

Cuadro No.44
Empleo y Educación de la población interna (Abril de 2008)

Empleo/Educación	Ninguna	Básica	Media	Superior	Total
Independiente	3.647	45.128	11.404	2.702	62.881
Empleado	435	8.385	2.738	759	12.317
Desempleado	333	3.972	1.020	145	5.470
Estudiante	9	315	259	140	723
Sin identificar					5.095
Total	4.424	57.800	15.421	3.746	86.486

Participación porcentual

Empleo/Educación	Ninguna	Básica	Media	Superior	Total
Independiente	4	52	13	3	73
Empleado	1	10	3	1	14
Desempleado	0	5	1	0	6
Estudiante	0	0	0	0	1
Sin identificar	-	-	-	-	6
Total	5	67	18	4	100

Fuente: INPECy cálculos propios

El **quinto mensaje** es que la evidente causa del precario medio de subsistencia al momento de la reclusión de la mayoría de los internos del país, es su bajo nivel educativo. La falta de conocimientos, destrezas y habilidades, reduce significativamente a estas personas la posibilidad de competir en el mundo laboral. La necesidad de satisfacer sus necesidades primarias y la incapacidad para conseguirlo de manera digna y decorosa, presionan a estas personas a actuar en un área muy peligrosa donde fácilmente se confunde el rebusque con el delito. Ello ciertamente no les permite a estas personas posibilidad alguna de movilidad o ascenso social y su vulnerabilidad las hace candidatas potenciales a habitar una cárcel por mucho tiempo de su precaria existencia.

5.2.5. Lugar de procedencia

El lugar de origen de los 86,486 internos del país se muestra por departamento en el cuadro No. 45. Se observa que por grupo etario la mayor parte de los internos pertenecen a los adultos jóvenes (51%) y el lugar de procedencia refleja la misma concentración espacial que el país tiene de su población.

Cuadro No. 45
Lugar de procedencia de los internos (Abril de 2008)

No.	Departamento	Grupo Etario			Total	Particip. %
		Jóvenes (18-24)	Adultos jóvenes (25-39)	Adultos (>40)		
1	Bogotá D. C.	2.659	6.086	2.069	10.814	12,5
2	Antioquia	2.021	5.838	2.563	10.422	12,1
3	Valle	2.278	5.218	2.261	9.757	11,3
4	Santander	1.152	2.960	1.522	5.634	6,5
5	Tolima	700	2.626	1.683	5.009	5,8
6	Cundinamarca	579	1.960	1.647	4.186	4,8
7	Caldas	520	1.539	1.058	3.117	3,6
8	Boyacá	362	1.485	1.151	2.998	3,5
9	Cauca	497	1.464	767	2.728	3,2
10	Norte Santander	438	1.453	634	2.525	2,9
11	Huila	392	1.145	605	2.142	2,5
12	Bolívar	483	1.150	474	2.107	2,4
13	Nariño	322	1.100	640	2.062	2,4
14	Risaralda	414	969	596	1.979	2,3
15	Meta	341	1.082	424	1.847	2,1
16	Atlántico	388	971	325	1.684	1,9
17	Cesar	324	1.022	318	1.664	1,9
18	Quindío	279	789	497	1.565	1,8
19	Caquetá	257	925	243	1.425	1,6
20	Magdalena	234	795	381	1.410	1,6
21	Córdoba	217	738	283	1.238	1,4
22	Chocó	205	503	223	931	1,1
23	Sucre	124	450	232	806	0,9
24	Putumayo	154	363	103	620	0,7
25	La Guajira	91	327	126	544	0,6
26	Casanare	99	307	115	521	0,6
27	Extranjero	91	251	151	493	0,6
28	Arauca	98	331	49	478	0,6
29	San Andrés y Providencia	63	114	28	205	0,2
30	Amazonas	31	84	47	162	0,2
31	Guaviare	34	70	8	112	0,1
32	Vichada	22	54	26	102	0,1
33	Guanía	3	10	3	16	0,0
34	Vaupés	1	3	4	8	0,0
35	Sin especificar	-	12	68	5.175	6,0
Total		15.873	44.194	21.324	86.486	100
Participación %		18	51	25	100	

Fuente: INPEC

En los seis primeros departamentos (Bogotá, Antioquia, Valle, Santander, Tolima y Cundinamarca) se concentran 22,8 millones de habitantes, equivalentes al 52% de la población total del país. Y es precisamente en estos mismos seis departamentos, incluido Bogotá, donde se origina el 53% de las personas que el sistema penal priva de la libertad. En los otros 27 departamentos se distribuye el origen del 46,4% de los internos, y el resto de reclusos que son 493, equivalentes al 0,6% del total son de procedencia extranjera.

En el otro extremo se encuentran los cinco departamentos del grupo de la amazonía (Amazonas, Guaviare, Vichada, Guanía y Vaupés) que albergan 304 mil habitantes, equivalente al 0,69% de la población. Son 400 las personas privadas de libertad que provienen de estos departamentos, y equivalen al 0,46% del total de presos en el país.

Hay una clara correspondencia entre tamaño de la población por departamento y el origen de los reclusos en las penitenciarías (o en detención domiciliaria) del país. El **sexto mensaje** sugiere que alrededor de los conglomerados humanos que se forman en las grandes ciudades, como resultado del proceso de urbanización que trae su propia dinámica de desarrollo de las actividades económicas, es donde se origina la mayor conflictividad y los problemas de convivencia más serios entre los habitantes de un país.

5.3. Situación jurídica y penal de los internos

Las condiciones legales de las personas privadas de libertad están relacionadas con la situación jurídica frente al régimen penal, el tipo de delito por el cual fueron o están siendo procesados penalmente, la condición de ingreso a los penales, si es en un centro penitenciario, una cárcel o en detención domiciliaria, y el tiempo de la pena para el que han sido condenados.

5.3.1. Situación jurídica de los internos

La situación jurídica de las personas privadas de libertad se muestra en el Cuadro No. 46. El 60% de los internos están condenados por los jueces penales de la República, y el 34% están sindicados y actualmente afrontan procesos penales en su contra.

El grupo etario más representativo dentro de los internos condenados es el de los jóvenes, con el 73% (jóvenes 17% y adultos jóvenes 56%), mientras los adultos representan el 27%. Estas proporciones se mantienen muy aproximadas para los internos sindicados (76% jóvenes y 24% adultos).

Dentro del grupo de los jóvenes, los que oscilan entre los 25 y 29 años son los que representan la mayor proporción de condenados (23%). Así mismo son el grupo de los jóvenes entre 18 y 24 años los que mayor proporción representa de sindicados.

De las 86,486 personas privadas de la libertad en abril de 2008, se tiene información de 137,677 infracciones cometidas al código penal por 81,391 reclusos¹³². Las infracciones al régimen penal que más se castigan por la justicia en Colombia son los delitos contra la seguridad pública, los cuales ascendieron a 30,669 en abril de 2008, equivalente al 22,3% del total de delitos. En orden de importancia le siguen las infracciones contra el patrimonio económico con 25,568 delitos (21,5%), contra la vida y la integridad personal con 26,212 delitos (19%), contra la salud pública con 19,493 delitos (14,2%). Los 16 bienes jurídicos adicionales cobijan los restantes 31,736 delitos (24,1%).

Cuadro No. 46
Situación jurídica de los internos del país. Abril de 2008

Grupos Etarios		Condenado	%	Sindicado	%	Sin verificar	Total
Joven	18-24	8.566	17	7.299	25	8	15.914
	25-29	11.812	23	6.547	22	3	18.407
Adulto Joven	30-34	9.563	19	4.946	17	5	14.549
	35-39	7.594	15	3.722	13	2	11.345
	40-44	5.407	10	2.756	9	1	8.184
Adulto	45-49	3.637	7	1.866	6	2	5.518
	50-54	2.360	5	1.195	4	-	3.564
	55-59	1.224	2	670	2	-	1.899
	60-64	658	1	333	1	-	993
	65-69	373	1	231	1	1	606
	70-74	216	0	95	0	-	312
	75-79	92	0	39	0	-	131
> 80	109	0	59	0	-	168	
Sin identificar		-	-	-	-	5.095	5.095
Total		51.611	100	29.758	100	5.117	86.686
Participación %		60		34		6	100

Fuente: INPEC. Cálculos propios

5.3.2. Las infracciones al régimen penal

La población joven (18 a 39 años) que abarca a los grupos etarios de los jóvenes y los adultos jóvenes, es sobre la que más interviene el sistema penal. Pues se les ha sindicado y condenado por su concurrencia en 104,355 de estas infracciones, equivalentes al 75,8% del total. Los adultos (mayores de 40 años), por su parte, han sido

¹³² Los 137,677 delitos corresponden a los 81,391 internos identificados en la base de datos sisipec del Inpec, la cual tiene información completa para internos en penitenciarías, cárceles y detención domiciliaria. Los 5,095 internos restantes que completan el universo de reclusos de 86,486 provienen de la diferencia que se origina de los internos que de acuerdo con la Oficina de Planeación del Inpec, se encuentran en penitenciarías y cárceles, pero que no están en sisipec.

sindicados y condenados por su participación en las restantes 33,322 transgresiones al código penal, es decir, el 24,2% del total.

Las infracciones penales del grupo de los jóvenes entre 18 y 24 años ascienden a 24,895 que equivalen al 18,1% del total. Estas infracciones afectaron básicamente a 4 bienes jurídicos de los 20 contenidos en el código penal. Estos jóvenes infringen con más frecuencia el patrimonio económico (5,8%), la seguridad pública (4,2%), la vida y la integridad personal (3,4%), y la salud pública (2,5%).

Los adultos jóvenes fueron sindicados y condenados por 79,460 infracciones al código penal, de las cuales infringen con más frecuencia la seguridad pública (14,2%), el patrimonio económico (12,4%), la vida y la integridad personal (11,8%) y la salud pública (7,5%). Los adultos infringen con más frecuencia la salud (4,2%), la seguridad pública (3,9%), la vida e integridad personal (3,9%) y el patrimonio económico (3,3%).

Cuadro No. 47
Bienes jurídicos del código penal, sancionados (Abril de 2008)

No.	Delitos Contra:	Grupo Etario			Total
		Joven 18-24	Adulto joven 25-39	Adulto Mayor de 40	
1	La seguridad pública	5.786	19.555	5.328	30.669
2	El patrimonio económico	7.919	17.042	4.607	29.568
3	La vida y la integridad personal	4.657	16.186	5.369	26.212
4	La salud pública	3.507	10.259	5.727	19.493
5	La libertad, integridad y formación sexuales	900	3.529	4.459	8.888
6	La libertad individual	877	4.915	1.863	7.655
7	La fé pública	227	1.962	1.752	3.941
8	El régimen constitucional y legal	374	1.947	778	3.099
9	La eficaz y recta impartición de justicia	323	1.718	927	2.968
10	La familia	83	832	989	1.904
11	La administración Pública	106	784	945	1.835
12	El orden económico y social	30	310	464	804
13	Las personas protegidas por el DIH	57	306	47	410
14	Los derechos de autor	24	78	31	133
15	Mecanismos de participación democrática	3	12	18	33
16	El servicio militar	17	12	2	31
17	La integridad moral	1	6	11	18
18	Los recursos naturales y el medio ambiente	2	6	6	14
19	La disciplina militar	2	1	-	3
20	La existencia y seguridad del Estado	-	1	-	1
Total		24.895	79.460	33.323	137.678

Participación porcentual

No.	Delitos Contra:	Grupo Etario			Total
		Joven 18-24	Adulto joven 25-39	Adulto Mayor de 40	
1	La seguridad pública	4,2	14,2	3,9	22,3
2	El patrimonio económico	5,8	12,4	3,3	21,5
3	La vida y la integridad personal	3,4	11,8	3,9	19,0
4	La salud pública	2,5	7,5	4,2	14,2
5	La libertad, integridad y formación sexuales	0,7	2,6	3,2	6,5
6	La libertad individual	0,6	3,6	1,4	5,6
7	La fé pública	0,2	1,4	1,3	2,9
8	El régimen constitucional y legal	0,3	1,4	0,6	2,3
9	La eficaz y recta impartición de justicia	0,2	1,2	0,7	2,2
10	La familia	0,1	0,6	0,7	1,4
11	La administración Pública	0,1	0,6	0,7	1,3
12	El orden económico y social	0,0	0,2	0,3	0,6
13	Las personas protegidas por el DIH	0,0	0,2	0,0	0,3
14	Los derechos de autor	0,0	0,1	0,0	0,1
15	Mecanismos de participación democrática	0,0	0,0	0,0	0,0
16	El servicio militar	0,0	0,0	0,0	0,0
17	La integridad moral	0,0	0,0	0,0	0,0
18	Los recursos naturales y el medio ambiente	0,0	0,0	0,0	0,0
19	La disciplina militar	0,0	0,0	-	0,0
20	La existencia y seguridad del Estado	-	0,0	-	0,0
Total		18,1	57,7	24,2	100,0

Fuente: INPEC. Cálculos propios

* Los 137,677 delitos corresponden a los 81,391 internos identificados en la base de datos Sisipec del Inpec, la cual tiene información completa para internos en penitenciaria, cárceles y domiciliaria. Los 5,085 internos restantes que completan el universo de reclusos a 86,486 provienen de una diferencia de internos que están en penitenciarias y cárceles registrados por la Oficina de Planeación y no por Sisipec del Inpec.

Normalmente la comisión de una infracción está asociada a otra infracción. Por ejemplo, el hurto a una persona en el que se utiliza la violencia contiene las infracciones no sólo por hurto, sino también por lesiones personales. Así mismo, puede suceder que el porte ilegal de armas esté asociado con un homicidio y a su vez con un hurto. El Cuadro No.48 muestra el número de internos¹³³ y la cantidad de infracciones por grupo etario. Los jóvenes internos tienen un promedio de 1,57 infracciones por persona, los adultos jóvenes tienen el indicador más alto de 1,86 infracciones por personas y, finalmente, los adultos mayores de 40 años tienen el indicador muy parecido al de los jóvenes, de 1,56 infracciones por persona.

¹³³ Con información de delitos hay 81,391 internos, de un total de 86,486 internos.

Cuadro No. 48
Delitos en promedio por interno (abril de 2008)

Criterio	Joven 18-24	Adulto joven 25-39	Adulto Mayor de 40	Total
Internos *	15.874	44.193	21.324	81.391
Cantidad de infracciones	24.895	79.460	33.323	137.678
Infracciones por interno	1,57	1,80	1,56	1,69

Fuente: Sisipec-Inpec. Cálculos propios

* Corresponde al número de internos que tiene información en la base SISPEEC

Al analizar las infracciones individuales a la ley penal cometidas por los condenados y sindicados que actualmente se encuentran privados de la libertad, se encuentra que solamente diez delitos explican el 87% de las aproximadamente 260 infracciones tipificadas como delitos en el código penal. El hurto es el delito por el que la justicia sindical y condena con más frecuencia; son 24,440 infracciones de hurto que equivalen al 17,8% del total. Los adultos jóvenes (10,2%) son los que más incurren en esta infracción de hurto, siguiéndoles los jóvenes (5,2%) y los adultos mayores de 40 años (2,4%).

El homicidio es el segundo delito en importancia por la frecuencia con que es sancionado por el régimen penal. En abril de 2008 había 22,932 personas privadas de la libertad por la comisión de este delito, equivalente al 16,7% del total de delitos cometidos. Los adultos jóvenes (10,3%) son los victimarios sobre los que más actúa el sistema penal, siguiéndole los adultos mayores de 40 años (3,4%) y finalmente los jóvenes (2,9%).

La fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones es el tercer delito que lleva más sindicados y condenados a las penitenciarías y a las cárceles, pues han sido 20,547 casos (13,4%) los que han sido o están siendo juzgados por la comisión de este delito. Nuevamente sobre los adultos jóvenes recae la mayor actuación de la justicia penal (9,6%), siguiéndole los jóvenes (3,2%), y finalmente los adultos mayores de 40 años (2,1%).

El narcotráfico, contenido en los delitos de fabricación o porte de estupefacientes o narcóticos, es la cuarta infracción penal por la que más se juzga en Colombia. Dentro de los delitos totales, por esta conducta han sido privadas de libertad 18,417 personas. En este caso también es sobre los adultos jóvenes (7,1%) sobre quienes más interviene el sistema penal, siguiendo los adultos mayores de 40 años (3,9%) y finalmente los jóvenes (2,4%).

Las infracciones al código penal relacionadas con acceso carnal violento (6,4%), concierto para delinquir (6%), secuestro (4,7%), extorsión (2,7%), lesiones personales (2,5%) y rebelión (2,1%) suman el 24,3% del total de delitos, por los que más de 33 mil personas han sido o están siendo procesadas por la justicia penal y se encuentran privadas de la libertad, ya sea en calidad de condenadas o sindicadas. Los adultos jóvenes son el grupo etario sobre el que más interviene el sistema penal, siguiéndole los adultos y, finalmente los más jóvenes.

Cuadro No. 49
Delitos sancionados con más frecuencia (Abril de 2008)

No.	Delitos Contra:	Infracciones	Grupo Etario			Total
			Joven 18-24	Adulto joven 25-39	Adulto Mayor de 40	
1	Patrimonio	Hurto (todas las modalidades)	7.131	14.066	3.243	24.440
2	Vida e integridad	Homicidio (todas las modalidades)	3.950	14.248	4.734	22.932
3	Seguridad pública	Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego (todas)	4.431	13.191	2.925	20.547
4	Salud pública	Narcotráfico (todas)	3.293	9.749	5.375	18.417
5	Libertad individual	Acceso carnal y sexual (todas las modalidades)	898	3.481	4.378	8.757
6	Seguridad pública	Concierto para delinquir	1.098	5.132	2.008	8.238
7	Libertad individual	Secuestro (todas las modalidades)	717	4.209	1.605	6.531
8	Patrimonio	Extorsión	687	2.332	658	3.677
9	Vida e integridad	Lesiones personales (todas las modalidades)	735	2.071	644	3.450
10	Régimen legal	Rebelión	342	1.755	747	2.844
11	Todos	Resto	1.613	9.227	7.005	17.845
Total			24.895	79.461	33.322	137.678

Participación porcentual

No.	Delitos Contra:	Infracciones	Grupo Etario			Total
			Joven 18-24	Adulto joven 25-39	Adulto Mayor de 40	
1	Patrimonio	Hurto (todas las modalidades)	5,2	10,2	2,4	17,8
2	Vida e integridad	Homicidio (todas las modalidades)	2,9	10,3	3,4	16,7
3	Seguridad pública	Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego (todas)	3,2	9,6	2,1	14,9
4	Salud pública	Narcotráfico (todas)	2,4	7,1	3,9	13,4
5	Seguridad pública	Acceso carnal y sexual (todas las modalidades)	0,7	2,5	3,2	6,4
6	Patrimonio	Concierto para delinquir	0,8	3,7	1,5	6,0
7	Libertad individual	Secuestro (todas las modalidades)	0,5	3,1	1,2	4,7
8	Vida e integridad	Extorsión	0,5	1,7	0,5	2,7
9	Libertad individual	Lesiones personales (todas las modalidades)	0,5	1,5	0,5	2,5
10	Régimen legal	Rebelión	0,2	1,3	0,5	2,1
11	Todos	Resto	1,2	6,7	5,1	13,0
Total			18,1	57,7	24,2	100,0

Fuente: INPEC. Cálculos propios

El **séptimo mensaje** es que los adultos jóvenes representan el grupo etario de la población que con más frecuencia cometen delitos en Colombia. Este grupo duplica a los jóvenes y triplica a los adultos en la comisión de los delitos clásicos de una sociedad, como son el hurto y el homicidio.

5.3.3. La condición de ingreso a la reclusión

Un condenado o sindicado ingresa como recluso en un centro penitenciario administrado por el Inpec o puede tener la calidad de detenido en su propio domicilio. Para uno y otro caso existen unos criterios que los evalúa el juez para decidir si el condenado o sindicado representa un peligro para la sociedad derivado de la gravedad del delito que cometió; o si el sindicado o condenado es una mujer cabeza de familia y el delito que cometió no es de alto impacto social; o también si el futuro recluso padece alguna enfermedad crónica que requiera de atención médica especializada, etc¹³⁴.

¹³⁴ Ver título III, artículos 306 al 320 de la Ley 906 de 2004.

Cuadro No. 50
Condición de ingreso de los internos del país. Abril de 2008

Grupos Etarios		Establec. Penitenciario y carcelario	Particip. %	Prisión y detención domiciliaria	Particip. %	Total
Joven	18-24	13.235	20	2.638	13	15.873
Adulto Joven	25-29	15.489	23	2.873	14	18.362
	30-34	12.141	18	2.373	12	14.514
	35-39	9.297	14	2.021	10	11.318
Adulto	40-44	6.478	10	1.686	8	8.164
	45-49	4.343	7	1.162	6	5.505
	50-54	2.784	4	771	4	3.555
	55-59	1.461	2	433	2	1.894
	60-64	705	1	286	1	991
	65-69	377	1	228	1	605
	70-74	185	0	126	1	311
	75-79	63	0	68	0	131
	> 80	84	0	84	0	168
Sin identificar		-	-	5.095	26	5.095
Total *		66.642	100	19.844	100	86.486
Participación %		77		23	0	100

Fuente: INPEC y cálculos propios

*Hay un desfase de 297 internos que deberían estar en prisión domiciliaria y se encuentran registrados en establecimiento penitenciario. Esta es una diferencia en relación con lo mencionado en la nota a pie de página número 2.

La condición de ingreso de los internos al finalizar el mes de abril de 2008 se presenta en el Cuadro No. 50. Se muestra que el 77% de los condenados y sindicados se encuentran purgando sus penas en un establecimiento de reclusión dispuesto para este fin, mientras el 23% restante se encuentra en detención o prisión domiciliaria dependiendo si es sindicado o condenado respectivamente. Dentro de los internos que están en un establecimiento penitenciario, el 75% corresponde a jóvenes entre los 18 y los 39 años de edad. Este mismo grupo etario representa el 50% dentro de los reclusos en su propio domicilio.

Con la entrada en vigor de la ley 906 de 2004 o nuevo código de procedimiento penal, las detenciones domiciliarias se incrementaron notablemente. En el Cuadro No. 51 se muestra que un año antes de promulgarse el nuevo código, la distribución de los sindicados y condenados por la justicia penal era del 85% en centros penitenciarios y el 15% en detención domiciliaria. Cinco años después, al finalizar abril de 2008, está relación es del 77% del total de reclusos que se encuentran en centros penitenciarios, y del 23% en detención domiciliaria. Otra manera de analizarlo es decir que para este período, los internos de los establecimientos carcelarios solamente aumentaron en 4,068, equivalente al 7%, mientras que los detenidos en su propio domicilio aumentaron en 9,248, con un incremento porcentual del 85%.

Cuadro No. 51
Número de internos por sitio de prisión

Año	Penitenciaria	%	Domiciliaria	%	Total
2003	62.277	85	10.893	15	73.170
2008*	66.345	77	20.141	23	86.486
Variación Absoluta	4.068	31	9.248	69	13.316
Variación relativa (%)	7		85		18

Fuente: INPEC. Cálculos propios

* Corte a abril de 2008

El **octavo mensaje** es que la prisión domiciliaria se contempló en la ley 906 de 2004 como una posibilidad para sustituir la detención preventiva, cuando la sola restricción en la residencia se revele suficiente para garantizar los fines de la medida de aseguramiento, así como también por razones de salud o de avanzada edad. No obstante, las motivaciones que han llevado a que se duplique en menos de cinco años la prisión domiciliaria han

sido la congestión y hacinamiento de las cárceles, a pesar de los cuantiosos recursos que se han destinado para construir nuevas cárceles y ampliar algunas existentes.

5.3.4. Magnitud del castigo para los condenados

La magnitud del castigo para los condenados por el régimen penal depende del número de delitos por los que fueron procesados, la pena que el código penal establece para cada uno de ellos y por las atenuantes de rebajas de penas, acuerdos o preacuerdos que se hayan negociado durante el proceso de acusación y juzgamiento.

En el Cuadro No. 52 se clasifican los 51,611 internos condenados de acuerdo con el número de delitos cometidos. El conjunto de reclusos de cada grupo registra su respectiva acumulación de años, meses y días por los que fueron privados de la libertad. Los 51,611 internos condenados con sentencia ejecutoriada, tienen que purgar una pena conjunta de 520.851 años, 3 meses y 22 días. El 56,8% de esos internos fueron privados de la libertad por haber cometido un solo delito y su condena suma 210,216 años, 2 meses y 7 días; el 25,1% de los internos condenados y presos acumulan penas por 154.259 años, 2 meses y 24 días. Así, sucesivamente, se observa que a medida que aumenta el número de delitos por interno condenado, disminuye el número absoluto de condenados, y aumenta la magnitud de la pena. Es el caso del último interno que aparece en el cuadro con trece delitos¹³⁵ y una pena de 25 años.

Cuadro No. 52
Magnitud del castigo para los condenados (abril de 2008)

Número de delitos	Condenados	%	Tiempo de la condena		
			Años	Meses	Días
1	29.314	56,8	210.216	2	7
2	12.954	25,1	154.259	2	24
3	5.847	11,3	91.390	11	15
4	2.180	4,2	38.313	8	13
5	782	1,5	15.882	9	4
6	318	0,6	6.446	5	18
7	143	0,3	2.964	9	-
8	43	0,1	791	4	13
9	16	0,0	317	1	5
10	8	0,0	141	1	15
11	2	0,0	39	10	-0
12	3	0,0	62	10	0
13	1	0,0	25	-	-
Total	51.611	100,0	520.851	3	22

Fuente: Inpec y cálculos propios

El Cuadro No. 53 muestra la magnitud promedio de años, meses y días de condena individual para cada grupo de internos, de acuerdo al número de delitos cometidos. Los internos que cometieron un delito fueron condenados en promedio a 7 años, 2 meses y 2 días de prisión. No obstante, es necesario advertir que este promedio oculta desviaciones importantes. Por ejemplo, una mujer interna, viuda, de ocupación hogar, de 49 años de edad condenada a 26 años de prisión por homicidio; otro interno de profesión administrador de empresas y ocupación taxista de 46 años de edad fue condenado a dos años y un mes por inasistencia alimentaria; otro ejemplo más es el de un interno de 24 años de edad, desempleado, soltero, educación primaria, fue condenado a 14 años y dos meses¹³⁶.

¹³⁵ Es un interno que tiene 46 años de edad y fue procesado y condenado por los siguientes delitos: Secuestro extorsivo-fuga de presos-infracción ley 30 de 1986-concierto para delinquir-asociación para la comisión de un delito contra la-homicidio-lesiones personales causando incapacidad para trabajar-hurto-fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o munición-fabricación, tráfico y porte de armas y municiones-lavado de activos-trafico fabricación o porte de estupefacientes-enriquecimiento ilícito

¹³⁶ El promedio tiene como fin dar información sobre un orden de magnitud individual dentro grandes volúmenes de información, pero ciertamente esconde los casos puntuales que se citan para comprender mejor que frente a este promedio hay una desviación estándar que en algunos casos puede llegar a ser del 30%.

Así mismo, los internos que cometieron dos delitos han sido condenados en promedio a 11 años, 10 meses y 27 días de prisión. Sin embargo, dentro de este promedio se encuentran internos que han sido condenados con un tiempo incluso por debajo de algunos reclusos que cometieron un solo delito. Por ejemplo, hay un interno de ocupación pintor (o albañil) de 25 años de edad que fue juzgado y condenado por hurto y porte de armas de fuego a un año y once meses, por debajo del anterior caso de inasistencia alimentaria. Otro caso es el de un recluso de ocupación celador, de 49 años de edad, que fue juzgado y condenado a 17 años de prisión por concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes.

El promedio de condena para los internos que han cometido tres delitos es de 15 años, 7 meses y 17 días, pero al igual que en los casos anteriores hay internos con tres delitos cuya condena es muy superior e inferior a este promedio. Por ejemplo, un interno de 35 años de edad, desempleado, con educación primaria fue condenado a 25 años de cárcel por homicidio, hurto y porte de armas; otro interno de 32 años de edad, también desempleado y con educación media, condenado a 3 años, 11 meses y 21 días por homicidio, extorsión y lesiones personales.

Cuadro No. 53
Magnitud en promedio del castigo por condenado (abril de 2008)

Número de delitos	Condenados	%	Promedio de condena individual		
			Años	Meses	Días
1	29.314	56,8	7		2
2	12.954	25,1	11	10	27
3	5.847	11,3	15	7	17
4	2.180	4,2	17	6	27
5	782	1,5	20	3	22
6	318	0,6	20	3	8
7	143	0,3	20	8	24
8	43	0,1	18	4	26
9	16	0,0	19	9	25
10	8	0,0	17	7	21
11	2	0,0	19	11	-
12	3	0,0	20	11	10
13	1	0,0	25	-	-
Promedio			10	1	3

Fuente: Inpec y cálculos propios

Saltando al grupo de los internos que cometieron 9 delitos, hay 16 condenados que en promedio están purgando una pena de 19 años, 9 meses y 25 días, pero en este grupo se encuentra un agricultor de 40 años de edad con educación primaria, cuya condena a 40 años de prisión se desvía bastante —hacia arriba— del promedio. Los delitos por los que fue procesado y condenado fueron concierto para delinquir, daño en bien ajeno, estafa, falsedad en documento privado, homicidio, hurto, lesiones personales, secuestro extorsivo, terrorismo y toma de rehenes, y utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. En este mismo grupo también se encuentra otro agricultor de 29 años de edad con educación primaria, cuya condena a 8 años de prisión se desvía bastante —hacia abajo— del promedio. Los delitos fueron concierto para delinquir, daño en bien ajeno, fabricación tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, homicidio, hurto, lesiones personales, rebelión, secuestro extorsivo y terrorismo.

Así, sucesivamente, se puede ir analizando con algún grado de detalle los demás grupos, pero también los cruces entre grupos muestran sugerentes comparaciones. Por ejemplo, un caso con cuatro delitos cuya pena se desvía —hacia arriba— del promedio, corresponde a un escolta de 31 años con educación primaria, condenado a 24 años, 2 meses y 18 días por los delitos de homicidio, hurto, acceso carnal violento, y fabricación tráfico y porte de armas de fuego o municiones. Por otra parte, se encuentra otro interno de 27 años de edad y sin ningún grado de escolaridad que fue juzgado por cometer cinco delitos, tres de los cuales son los mismos del anterior caso (homicidio, hurto, acceso carnal violento) y los otros dos delitos son fuga de presos y lesiones personales. La condena de este interno fue de 13 años y 6 meses, la cual está desviada —hacia abajo— del promedio para este grupo.

De acuerdo con lo anterior, el **noveno mensaje** está relacionado con las grandes desviaciones que existen frente al promedio de las sanciones penales impuestas en relación con la cantidad de delitos. Ello sugiere problemas de proporcionalidad y graduabilidad de las penas, en el sentido de que se puedan fraccionar para adecuarlas al hecho que se intenta sancionar. Además de que dicha proporcionalidad no sólo recoja la sanción establecida en el delito en el código penal, también es dable considerar la conducta y antecedentes del condenado de acuerdo a la gravedad o levedad de la infracción con el objetivo que tenga un tratamiento diferenciado.

5.4. Los delitos según la condición laboral del interno

La condición laboral del interno está directamente relacionada con el grado de calificación de la ocupación que desempeñaba al momento de ser privado de la libertad. La habilidad y destreza para desempeñar un oficio, actividad o profesión lo capacita para generar un valor agregado a la sociedad producto de su desempeño laboral. Así mismo, con la remuneración laboral e incluso condición social. El Cuadro No. 54 es una ampliación del Cuadro No. 36¹³⁷ en el que se encuentran clasificados los 137,678 delitos cometidos por los 81,391 reclusos con información, de acuerdo al grado de calificación de la actividad de quien los cometió.

Cuadro No. 54
Delitos clasificados por el grado de calificación de la actividad de quien lo cometió

Delitos	Baja calificac.	Técnico	Rebusque	Profesional	Illegal	Fuerzas Militaries	Estudiante	Sin identificar	Total
Hurto (todas las modalidades)	8.381	6.288	6.830	253	158	350	509	1.671	24.440
Homicidio (todas las modalidades)	9.198	5.262	4.833	273	548	528	369	1.921	22.932
Fabrica y tráfico de armas de fuego (todas)	7.765	5.557	4.494	218	356	394	332	1.431	20.547
Narcotráfico (todas)	7.167	3.730	5.158	271	49	182	267	1.593	18.417
Concierto para delinquir	2.709	2.471	1.476	329	436	202	130	485	8.238
Extorsion	1.413	947	726	64	130	76	77	244	3.677
Secuestro (todas las modalidades)	2.745	1.704	1.055	111	218	210	97	391	6.531
Lesiones personales (todas las modalidades)	1.423	812	750	34	48	56	76	251	3.450
Violencia sexual (todas las modalidades)	3.898	1.715	1.912	216	19	100	110	787	8.757
Rebelion	1.446	533	379	78	209	12	35	152	2.844
Resto	6.191	5.251	2.760	1.230	377	421	217	1.398	17.845
Total	52.336	34.270	30.373	3.077	2.548	2.531	2.219	10.324	137.678

Participación porcentual

Delitos	Baja calificac.	Técnico	Rebusque	Profesional	Illegal	Fuerzas Militaries	Estudiante	Sin identificar	Total
Hurto (todas las modalidades)	6,1	4,6	5,0	0,2	0,1	0,3	0,4	1,2	17,8
Homicidio (todas las modalidades)	6,7	3,8	3,5	0,2	0,4	0,4	0,3	1,4	16,7
Fabrica y tráfico de armas de fuego (todas)	5,6	4,0	3,3	0,2	0,3	0,3	0,2	1,0	14,9
Narcotráfico (todas)	5,2	2,7	3,7	0,2	0,0	0,1	0,2	1,2	13,4
Concierto para delinquir	2,0	1,8	1,1	0,2	0,3	0,1	0,1	0,4	6,0
Extorsion	1,0	0,7	0,5	0,0	0,1	0,1	0,1	0,2	2,7
Secuestro (todas las modalidades)	2,0	1,2	0,8	0,1	0,2	0,2	0,1	0,3	4,7
Lesiones personales (todas las modalidades)	1,0	0,6	0,5	0,0	0,0	0,0	0,1	0,2	2,5
Violencia sexual (todas las modalidades)	2,8	1,2	1,4	0,2	0,0	0,1	0,1	0,6	6,4
Rebelion	1,1	0,4	0,3	0,1	0,2	0,0	0,0	0,1	2,1
Resto	4,5	3,8	2,0	0,9	0,3	0,3	0,2	1,0	13,0
Total	38,0	24,9	22,1	2,2	1,9	1,8	1,6	7,5	100,0

Fuente: Inpec. Cálculos propios

Como se mencionó en la sección 1.2.3, la mayoría de los delitos (85%) son cometidos por personas que tienen una precaria condición laboral, toda vez que por la carencia en el acceso a la educación, formación tecnológica y universitaria, desempeñan una actividad u oficio con reducido o nulo valor agregado. Es el caso de los reclusos con desempeño de labores no calificadas o de baja calificación, los que explican el 38% de los delitos cometidos, principalmente hurto, homicidio, tráfico de armas, narcotráfico y violencia sexual. Este mismo patrón de comportamiento delictivo se repite para los reclusos con una condición laboral como la del rebusque y

¹³⁷ La diferencia es que aquí se encuentran incluidos los 10,324 delitos porque a pesar de que no se conoce la ocupación del interno que los cometió, si se sabe cuál fue el delito cometido.

el técnico. En cambio, es notoria la diferencia en volumen y tipo de delito de los reclusos profesionales¹³⁸, puesto que la mayoría de los delitos cometidos no están dentro de los diez delitos más infringidos por la mayoría de reclusos.

La condición laboral del recluso al momento de ser privado de la libertad, refleja las condiciones estructurales del mercado laboral para Colombia. Más allá de la evolución que muestra el Cuadro No. 55 del mercado laboral, entre diciembre de 2001 y abril de 2008, lo que se quiere destacar es la estructura que de ese mercado permanece a través del tiempo.

Cuadro No. 55
Estructura del mercado laboral colombiano

Variable mercado laboral	Dic-01	Abr-08
Población total (PT)	42.035	46.485
Población en edad de trabajar (PET)	31.684	36.061
Población económicamente activa (PEA)	20.080	21.294
Ocupados (O)	17.363	18.954
Subempleado (S)	6.289	6.013
Resto (E)	11.074	14.767
Desocupados (D)	2.717	2.341
Población económicamente inactiva (PEI)	11.605	15.307
Indicadores	Dic-01	Abr-08
PET/PT	75	78
PEA/PET	63	59
PEI/PET	37	42
O/PEA	86	89
D/PEA	14	11
S/O	36	32
S/PEA	31	28
(S+D)/PEA	45	39

Fuente: Dane. Cálculos propios.

En primer lugar, la población desocupada permanece por encima del 10% de la población económicamente activa. Ello quiere decir que más de dos millones de personas permanecen en condición de desempleados de manera permanente. En segundo lugar, más del 30% de la población ocupada está en condiciones de subempleo¹³⁹, normalmente son trabajadores informales. En tercer lugar, la población en condiciones laborales irregulares (desempleados y subempleados) fluctúa alrededor del 40% de la población económicamente activa, lo que equivale a más 8,3 millones de personas al finalizar abril de 2008. En cuarto lugar, el elevado porcentaje de la población económicamente inactiva —42% en abril de 2008 sobre la población en edad de trabajar— esconde los problemas laborales que los demás indicadores no muestran. Por ejemplo, si a la población económicamente inactiva le restamos un poco más de diez millones de adolescentes y jóvenes entre los 12 y los 24 años que allí se clasifican, bajo el supuesto de que todos estarían estudiando, aún quedan más de cinco millones de personas mayores de 25 años en condiciones de inactividad. Pero, al tener en cuenta que la asistencia a la educación media es del 77,8% y a la educación superior es del 27,1%, entonces aumenta la población adolescente y joven en condiciones de inactividad. Es suficiente el análisis somero de estas cifras, para intuir que el desempleo y subempleo disfrazado de inactivo joven es mucho mayor que la cifra oficial.

El **décimo mensaje** quiere destacar la estrecha oferta del mercado laboral colombiano, la cual excluye por desempleo, subempleo o inactividad y ofrece escasas o nulas oportunidades para un desempeño laboral digno, a personas de baja o ninguna calificación laboral y de exiguo nivel educativo. En Colombia existe una clara

¹³⁸ En las cárceles del país hay médicos, arquitectos, odontólogos, economistas, abogados, administradores, ingenieros, etc., cuyos delitos más comunes son contra la administración pública en la celebración indebida de contratos, cohecho, peculado, falsedad en documento público, estafa, enriquecimiento ilícito, entre otros. Ello no quiere decir que algunos de estos profesionales no hayan cometido delitos clásicos como el hurto, homicidio y violencia sexual, pero no son los más representativos.

¹³⁹ Es decir que tienen un empleo con insuficientes horas de trabajo (30% del subempleo), empleo inadecuado por competencias (54%) o empleo inadecuado por ingresos (16%). Porcentajes a abril de 2008.

asociación entre las actividades, ocupaciones y oficios que desempeñaban los reclusos al momento de su privación de la libertad, y las condiciones del mercado laboral en cuanto a cantidad y calidad del empleo.

5.5. Condiciones materiales de la reclusión y el presupuesto en cárceles

Utilizar el sistema punitivo del Estado como el único instrumento para disuadir las infracciones al régimen penal, puede correr un riesgo contraproducente en el sentido que el endurecimiento de las penas no disuada las conductas desviadas. Por esa razón, es muy probable que un Estado punitivo reciba ilimitadas presiones para ampliar cada vez más su sistema penitenciario y carcelario, cambiándole el orden de prioridades a la asignación de recursos en un país con infinitas necesidades sociales y escasos recursos para atenderlas.

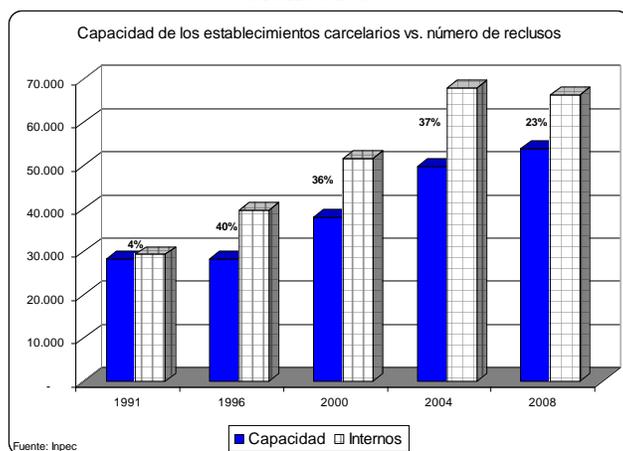
5.5.1. El hacinamiento carcelario

En la Gráfica No. 6 se muestra que la capacidad de los establecimientos carcelarios ha sido desbordada por la cantidad de condenados y sindicados privados de la libertad. Nótese que al comenzar los años noventa, el índice de hacinamiento era sólo del 4%, en la medida que la capacidad de las cárceles era de 28,319 cupos y estaban ocupadas por 29,356 internos. Un exceso de 1,037 internos era tolerable para una sana convivencia dentro de las cárceles.

Durante el transcurrir de los años noventa se evidencia un aumento más rápido (6,4% anual) de las personas privadas de libertad, frente a un aumento más lento (3,3% anual) en la capacidad de las cárceles para albergarlos. Ello produjo un índice de hacinamiento que se multiplicó por diez veces (40% en 1996) con respecto al índice que se tenía en 1991 (4%). La última información disponible (Abril de 2008), manifiesta una reducción significativa del hacinamiento, al ubicarse en el 23%. Este resultado coincide con dos hechos relevantes: el primero es el ya mencionado incremento extraordinario de las detenciones domiciliarias y, el segundo es la reducción del número de cárceles en 30¹⁴⁰ establecimientos entre diciembre de 1996 y abril de 2008, al pasar de 170 a 140.

¹⁴⁰ Se redujeron 8 establecimientos penitenciarios en el departamento de Antioquia, 4 en Cundinamarca, 3 en Córdoba, 2 en Nariño, 2 en Bolívar, 2 en Meta y de a un establecimiento en los departamentos de Boyacá, Caldas, Casanare, Cauca, Magdalena, Quindío, Risaralda, Sucre y Tolima.

Gráfica No. 6



A pesar de esta disminución en el número de cárceles, la capacidad de los establecimientos carcelarios existentes aumentó en 25,637 cupos (Cuadro No. 56). No obstante, estos nuevos cupos fueron insuficientes para haber subsanado al mismo tiempo el número absoluto de hacinados en 1996, y adicionalmente haber albergado el aumento de los nuevos reclusos generados en los siguientes años. El aumento en el número de internos ingresados a los centros penitenciarios fue más que proporcional con respecto al aumento del número de nuevos cupos. Es decir, al ingresar más internos frente a los nuevos cupos se ocasionó un incremento absoluto en el nivel de hacinamiento de 1,032 internos. Ello se refleja en el aumento del hacinamiento relativo por cárcel que pasó de 67 internos en diciembre de 1996 a 88 internos en abril de 2008.

El balance global de lo que ha sucedido con el hacinamiento en un contexto de construcción de nuevas cárceles que suponen nuevos cupos, al tiempo que se cierran 30 cárceles que suponen pérdida de cupos, se observa mejor en un análisis estático. En el Cuadro No. 57 se supone inicialmente que la situación de hacinamiento de 1996 se congelaba en el tiempo, es decir que no se generaría hacinamiento adicional. En ese caso, los nuevos cupos (25,637) que realmente se generaron alcanzaban para subsanar el hacinamiento de ese año (11,344) y aún quedaban (14,293) cupos adicionales para atender la futura demanda.

Cuadro No. 56
Hacinamiento en las cárceles

Criterio	1996	2008	Diferencia
Cantidad de cárceles (1)	170	140	-30
Capacidad (2)	28.332	53.969	25.637
Internos (3)	39.676	66.345	26.669
Capacidad promedio por cárcel (4)=(2)/(1)	167	385	219
Interno promedio por cárcel (5)=(3)/(1)	233	474	241
Hacinamiento promedio por cárcel (6)=(5)-(4)	67	88	22
Hacinamiento total en cantidad (7)=(3)-(2)	11.344	12.376	-1.032
Hacinamiento total en % (8)=(7)/(2)	40%	23%	-17%

Fuente: INPEC. Cálculos propios

Al abandonar el supuesto y retomar la realidad, la demanda posterior (1997-2008) generada fue por 46,810 cupos adicionales, lo cual implicó un déficit en cupos por atender en 32,517 condenados y sindicados. Si este número de personas hubiese ingresado totalmente a los establecimientos carcelarios del país, la situación de hacinamiento hubiera llegado al 60,2%¹⁴¹, a todas luces intolerable desde el punto de vista de la convivencia

¹⁴¹ Resultado de dividir la demanda total de internos —a abril de 2008— de 86,486 entre la capacidad de los establecimientos que es de 53,969 internos.

humana dentro de las cárceles. Sucedió entonces que para evitar la generación de una situación penitenciaria y carcelaria crítica, se abrió la válvula de escape de la detención domiciliaria, que absorbió 20,141 condenados y sindicados, quedando en las cárceles un hacinamiento de 12,376 internos (23%).

Cuadro No. 57
Oferta y demanda de cupos en las cárceles- Período 1996-2008

Movimiento	Cupos
Capacidad en 1996 (1)	28.332
Internos en 1996 (2)	39.676
Hacinamiento en 1996 (3)=(2)-(1)	11.344
Nuevos cupos generados 1997-2008 (4)	25.637
Oferta de cupos menos hacinamiento 1996 (5)=(4)-(3)	14.293
Demanda adicional 1997-2008 (6)	46.810
Déficit de cupos (7)=(6)-(5)	32.517
Detención domiciliaria (8)	20.141
Hacinamiento 2008 (9)=(7)-(8)	12.376

Fuente: INPEC. Cálculos propios

El **undécimo mensaje** es la contradicción que existe entre un sistema penal que maximiza el régimen punitivo endureciendo las penas y reduciendo los beneficios a los reclusos y, sin embargo, los niveles intolerables de hacinamiento lo obligan a buscar válvulas de escape en la prisión domiciliaria.

5.6. Las cárceles: un estado de cosas inconstitucional

Maximizar el uso del régimen punitivo demanda crecientes recursos públicos, sin que se obtengan resultados claros sobre el beneficio que esta política tiene a corto, mediano y largo plazo para la sociedad. No es claro que las cárceles produzcan reinserción social a quienes las habitan por largos períodos de tiempo, toda vez que en Colombia la reincidencia de reclusos condenados en el pasado es creciente, y el endurecimiento de las penas ha sido una política deliberada para contener el delito. La Gráfica No. 7 registra un incremento de 1,771 reclusos reincidentes, al pasar de 9,244 en diciembre de 2003 a 11,015 en abril de 2008. Este incremento se traduce en que durante los últimos cuatro años, la justicia condenó cada mes a una persona reincidente o que ya había sido condenada anteriormente.

Gráfica No. 7



Por otra parte, es preocupante que el hacinamiento de las cárceles contribuya a generar un clima hostil para la convivencia entre los internos. Durante 2007, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario —Inpec— tuvo que recurrir a estrategias de seguridad integral dentro de los establecimientos carcelarios para evitar tomas, atentados, fugas y motines. Así mismo, dentro de los centros penitenciarios es común el consumo de sustancias

alucinógenas, toda vez que se incautaron 237,7 kg de estupefacientes entre marihuana, cocaína y bazuco. Adicionalmente, se decomisaron dentro de las distintas cárceles 2 granadas, 27.904 armas blancas, 32 armas de fuego y 48 cartuchos de municiones calibre 38. También se decomisaron 20 mil litros de alcohol de fabricación carcelaria y 3.584 celulares. Como responsables de estos decomisos se identificaron 454 internos, de los cuales 392 fueron judicializados¹⁴². Esta situación da cuenta de las acciones delincuenciales que se llevan a cabo dentro de los establecimientos de reclusión.

Así mismo, con base en la información de inteligencia que adelanta el mismo Inpec, fue posible neutralizar dentro de las cárceles 19 planes de fuga, 3 jornadas de protesta de los internos, 3 casos de extorsión entre reclusos, 8 casos de corrupción y 2 atentados contra dos funcionarios del Inpec. En relación con las investigaciones disciplinarias en contra del personal del Inpec, entre marzo de 2006 y diciembre de 2007, se produjeron 1,280 decisiones disciplinarias, dentro de las cuales se destacan 86 destituciones, 178 suspensiones entre uno y doce meses, 68 multas, 32 amonestaciones y las restantes medidas disciplinarias entre autos inhibitorios, archivos y remisorios¹⁴³. De igual manera, existen serios indicios de presunta corrupción en la guardia, durante las visitas en detención y prisión domiciliaria¹⁴⁴.

En las cárceles colombianas se presenta un estado de cosas inconstitucional¹⁴⁵ manifiesta la Corte Constitucional en su Sentencia T-153/98¹⁴⁶, en la cual analiza en profundidad los factores explicativos del hacinamiento carcelario y la carencia de resocialización del recluso.

Así mismo, hay que subrayar también cómo las precarias condiciones materiales y morales con las que conviven los internos en las cárceles, los llevan a generar unas condiciones en las que se impone la ley del más fuerte, privatizando el acceso a algunos servicios básicos. Eso no es otra cosa que una actitud de corrupción y chantaje. La guardia penitenciaria está en incapacidad numérica de controlar muchas de estas situaciones, las sabe y las conoce pero se siente imposibilitada para hacer algo. El “mal de la convivencia” que se señala en estos testimonios, es producto del hacinamiento que obliga a las personas allí recluidas a compartir entre ellos una celda, un baño, un patio.

Es evidente que los males sociales como la corrupción y la violencia se reproducen y se exacerbaban dentro de las cárceles. Eso definitivamente no es resocialización y niega totalmente las finalidades de la sanción penal. Las precarias condiciones de convivencia dentro de las cárceles que muestra el recuadro, son contrarias a cualquier mínima posibilidad de enmendar y rehabilitar el interno, porque sencillamente no existe ningún tratamiento pertinente para corregir en el individuo los factores que lo llevaron a infringir la ley penal. En consecuencia, no se puede garantizar su reintegro a la sociedad y así evitar su reincidencia.

¹⁴² Información tomada del Informe de Gestión 2007 del Inpec, pág. 4

¹⁴³ Inpec, op cit, pág. 17.

¹⁴⁴ Inpec, op cit, pág. 2

¹⁴⁵ La Corte Constitucional ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general —en tanto que afectan a multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.

¹⁴⁶ Si bien lo diagnosticado por la Corte Constitucional obedece a hechos de los años 1997 y 1998, este estudio considera que en la actualidad las cosas en las cárceles no han mejorado, toda vez que entre 1996 y 2008 los reclusos se multiplicaron por dos y los establecimientos carcelarios se disminuyeron en 30, hacinamiento que pasó de 67 internos por cárcel a 88 internos por cárcel como se evidenció en el cuadro No. 20.

El hacinamiento es inherente a la escasez de recursos y a la falta de espacios, instrumentos y herramientas para el estudio y el trabajo, pilares fundamentales de cualquier programa de resocialización. Por esa razón, la condición de hacinado es un gran impedimento para su resocialización. El hacinamiento es sinónimo de violación de los derechos humanos, situación que genera violencia y reincidencia delictiva, afectando la integridad y la dignidad humana de la población carcelaria. Es por esta razón que el problema carcelario no se soluciona únicamente con una infraestructura física. Este aspecto es un elemento fundamental a fin de garantizar condiciones adecuadas de reclusión dentro de la pena, pero no la define en su totalidad.

Los resultados en términos de muertes dentro de los establecimientos carcelarios y penitenciarios de la población reclusa durante los últimos cinco años se muestran en el Cuadro No. 58. En total fueron 658 fallecidos, a razón de un 19% de esta cifra en promedio por cada año. Al momento de sus fallecimientos, el 35% de estos reclusos tenían una condición jurídica de sindicados y el 65% ya eran condenados.

Cuadro No. 58
Población reclusa fallecida

Año	Arma utilizada			Natural	Suicidio	Accidente	Total
	Blanca	Fuego	Contundente				
2003	23	14	2	80	15	8	142
2004	14	16	3	74	15	5	127
2005	16	11	3	75	6	5	116
2006	9	2	2	70	19	19	121
2007	4	6	6	72	20	6	114
2008*	8	0	3	20	5	2	38
Total	74	49	19	391	80	45	658
%	11	7	3	59	12	7	100

Fuente: Inpec

* Cifras a marzo de 2008

Según estadísticas del Inpec, el mayor número de reclusos fallecidos durante el período transcurrido entre enero de 2003 y marzo de 2008 se explica por causas naturales. Es altamente probable que las enfermedades que causaron el deceso de estos reclusos, esté asociada al precario servicio de atención médica en las cárceles colombianas. Una evaluación de las condiciones de atención médica general y especializada fue realizada por la Misión Internacional “Derechos Humanos y Situación Carcelaria”¹⁴⁷ de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2003. En dicha evaluación se afirma lo siguiente:

“La Misión comprobó graves deficiencias en materia de sanidad y servicios de salud en todas las cárceles y penitenciarías visitadas, incluyendo problemas de insalubridad e inadecuada atención médica que con frecuencia impiden responder a las necesidades básicas de salud de los internos y obstaculizan o impiden una respuesta adecuada a la situación precaria de salud generada por el hacinamiento y la insalubridad (...).

(..) La mayoría de los centros carcelarios y penitenciarios carecen de programas de salud preventiva, de prevención y tratamiento de adicciones, de primeros auxilios, de seguridad industrial, de salud ocupacional y de saneamiento ambiental, de acuerdo a la propia Contraloría General de la República. En la mayoría de las reclusiones femeninas no existen servicios de ginecología ni pediatría”.

¹⁴⁷ Ver “Situación de los derechos humanos de los reclusos en los establecimientos de reclusión de Colombia”; Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos OACNUDH—Defensoría del Pueblo. 8 de junio de 2003.

Por otra parte, 142 reclusos han sido asesinados por sus compañeros de prisión durante este mismo período, equivalentes al 22% del total de reclusos fallecidos. Seguramente la causa común de su asesinato fue por venganzas personales provenientes de los problemas de convivencia que se generan en un entorno de hacinamiento. En el asesinato de estos reclusos se utilizó arma blanca en 74 de los casos, armas de fuego en 49 de los casos y elementos contundentes en los 19 casos restantes. Por otra parte, se sucedieron 80 suicidios (12%) durante este mismo período dentro de las cárceles del país. Los fallecidos de esta manera representan alrededor del 1% de los suicidios totales del país. La misma cárcel parece ser la causa directa que explica la determinación de estos reclusos de terminar con su vida. Finalmente, 45 reclusos (7%) fallecieron en distintos tipos de accidentes.

El **décimo segundo mensaje** revela que el alto índice de hacinamiento en las cárceles, la creciente reincidencia de los reclusos, los asesinatos, el suicidio y la muerte por enfermedades dentro de los centros penitenciarios, son hechos que niegan el fin último del sistema penal. A pesar de que todas las autoridades conocen la situación de hacinamiento y sus consecuencias, parece no existir voluntad política para remediar el problema de fondo. Algunos de los representantes del Estado en el gobierno, en la justicia y en el legislativo perciben que aquí hay un problema grave de la justicia penal, pero al parecer no se consigue formar consenso alrededor del fracaso de la forma tradicional como se viene abordando este problema, lo cual lo agrava aún más.

Capítulo VI – LA MEDICIÓN DE LA IMPUNIDAD

Medir un fenómeno social, económico, político y jurídico, entre otras áreas, implica primero tener claro por qué se mide, para que se mide, cómo y con qué se mide. Por ejemplo, la inflación, la pobreza, el desempleo y la tasa de mortalidad infantil, etc., son variables de reconocido estatus histórico dentro de las sociedades, que han servido para orientar las decisiones de la política económica y la política social. La obtención de un indicador técnicamente idóneo ha requerido de la estandarización de un único método y del aseguramiento de fuentes de información confiables y oportunas. La evolución de las sociedades ha implicado que los métodos y la información se vayan ajustando, de tal suerte que los indicadores reflejen la realidad lo más fidedigna posible de lo que se quiere medir.

Aunque se ha discutido lo suficiente sobre la impunidad del sistema penal, ha sido muy escaso el consenso que se ha logrado en relación con su concepto, su medición y la utilidad de los indicadores que se construyen. La falta de información adecuada condiciona el diseño mismo de los indicadores y de allí proviene la limitación a su alcance. El tradicional indicador construido con el “método del embudo” siempre arroja índices de impunidad que fluctúan alrededor del 95% al 99%. Es una mirada simple del fenómeno de la impunidad y su causa generalmente se asocia a la ineficiencia de la administración de justicia penal. Por supuesto que los diagnósticos sobre esa base, no dudan en recomendar mayores recursos monetarios, físicos y humanos para maximizar el régimen punitivo del Estado.

Este capítulo no busca hacer un aporte adicional a la confusión que hoy existe en materia de impunología. La medición de la impunidad no se considera un fin en sí mismo, sino un medio, un instrumento que sea útil para revelar a fondo y de manera permanente los problemas de convivencia de una sociedad. El sistema penal es apenas el cristal a través del cual se reflejan los problemas que tiene un barrio, localidad, pueblo, ciudad o país. La impunidad es el síntoma por excelencia de que el Estado no logra debidamente el monopolio de la fuerza y la justicia.

Desde esta perspectiva se propone un método para medir la impunidad, de tal suerte que los resultados de sus indicadores sean el ‘termómetro’ que oriente la toma de decisiones armonizada de la política criminal con las demás políticas públicas del Estado, especialmente la política social. En este contexto se proponen unos requisitos básicos para medir la impunidad, se explica el método a utilizar, la información necesaria y su procesamiento, la medición como tal de la impunidad con sus resultados.

6.1 Requisitos básicos para medir la impunidad

Una medición rigurosa de la impunidad requiere como mínimo el cumplimiento de tres requisitos: una definición precisa de la impunidad, de tal suerte que no quepa la ambigüedad; el establecimiento de un método técnicamente robusto, transparente y exacto; y la disponibilidad de la información necesaria.

Con respecto a la definición de la impunidad, la conclusión a la que se llegó en el capítulo I sobre el tratamiento conceptual, este estudio adopta como definición de impunidad el delito sin castigo o la ausencia de castigo merecido. Es una definición sencilla y fácil de verificar, toda vez que el delito y el castigo están plenamente definidos y acotados en el código penal. Allí no cabe la incertidumbre, duda o imprecisión. Resulta pertinente reiterar que se trata de un delito sin castigo y no de un caso no resuelto debidamente por la administración de justicia penal. Un caso puede ser resuelto mediante conciliación, aplicación del principio de oportunidad, empero pueden ser casos que se quedan sin castigo y por tanto impunes.

En cuanto al método para medir la impunidad, es de anotar que los analistas tradicionalmente han utilizado el método del “embudo”, el cual consiste en cuantificar y comparar el número de casos que terminaron en sentencia frente al número de casos conocidos por el aparato de justicia en un período determinado. Este método es inexacto porque supone que todas las denuncias constituyen delito y que el hecho de terminar casos sin sentencia condenatoria es sinónimo de impunidad. Así mismo, este método contiene *a priori* un sesgo que le resta transparencia y que se manifiesta en creer que toda decisión que favorezca a un indiciado y que se desvíe de la ruta hacia una sentencia condenatoria, refuerza la impunidad.

En relación con la información que requiere la medición de la impunidad, esta hace referencia al número de casos que son objeto de la medición, a la identificación del delito principal para cada caso, al período de tiempo establecido para efectuar la medición, y a las actuaciones y decisiones tomadas o no tomadas por los fiscales y los jueces dentro de la evolución misma de las etapas del proceso penal. Estas decisiones penales están, a su vez, en función de la identificación e individualización del responsable del hecho delictivo.

6.2 *El método para medir la impunidad procesal*

Para medir la impunidad procesal es necesario dividir los casos que han sido conocidos por el sistema penal en dos grandes grupos: el primero considera únicamente aquellos casos en los cuales los jueces penales tomaron una decisión judicial con efectos de cosa juzgada. El segundo abarca los demás casos en los cuales así se hayan tomado diversas decisiones judiciales por parte de los fiscales y los jueces, ninguna de ellas tiene efectos de cosa juzgada. El primer grupo se denominará procesos terminados y el segundo procesos vigentes¹⁴⁸. El carácter terminado o vigente de un proceso penal, le otorga una diferenciación clara y precisa, lo que permite un manejo independiente y autónomo de un grupo con respecto al otro.

La medición de la impunidad para el primer grupo califica si las actuaciones que tuvieron efecto de cosa juzgada sobre un proceso penal, condujeron o no a la impunidad en los términos que este estudio ha definido este concepto; mientras la medición para el segundo grupo está en función del tiempo transcurrido desde que el sistema penal conoció el caso sin haber tomado alguna decisión de fondo, incluyendo la preclusión. En el primer grupo se hace una medición absoluta y cierta de la impunidad, mientras en el segundo la medición es relativa y probable en atención al riesgo que presente cada caso.

La ventaja de medir la impunidad utilizando estos dos componentes independientes es que recoge en un todo la naturaleza dinámica del sistema penal. Por ejemplo, hoy un proceso está vigente y mañana puede estar terminado. Para este mismo proceso se medirá la impunidad (hoy) dentro del componente de los casos vigentes y mañana su medición desaparecerá de allí y aparecerá en los casos terminados. Ello quiere decir que la variación de la impunidad probable en el grupo de los casos vigentes tiene una correspondiente variación de la impunidad definitiva en el grupo de los casos terminados. Estas variaciones pueden cambiar de un período a otro en diferentes sentidos. Casos extremos de procesos que ayer tenían una alta probabilidad de quedar impunes, hoy terminaron con una decisión de castigo a los responsables y, por tanto, definitivamente no quedaron impunes. Así mismo, podría presentarse casos en donde a pesar de que hoy tienen una probabilidad baja de impunidad, mañana (o en un período corto de tiempo) podrían terminar en una decisión final con efectos de cosa juzgada que no esclareció el caso, ni halló, ni castigó al responsable, quedando absolutamente impune.

¹⁴⁸ Los procesos vigentes son aquellos que a la fecha de corte de este estudio (mayo 31 de 2008), no tienen ninguna decisión con efecto de cosa juzgada.

6.3 *La información del sistema penal acusatorio*

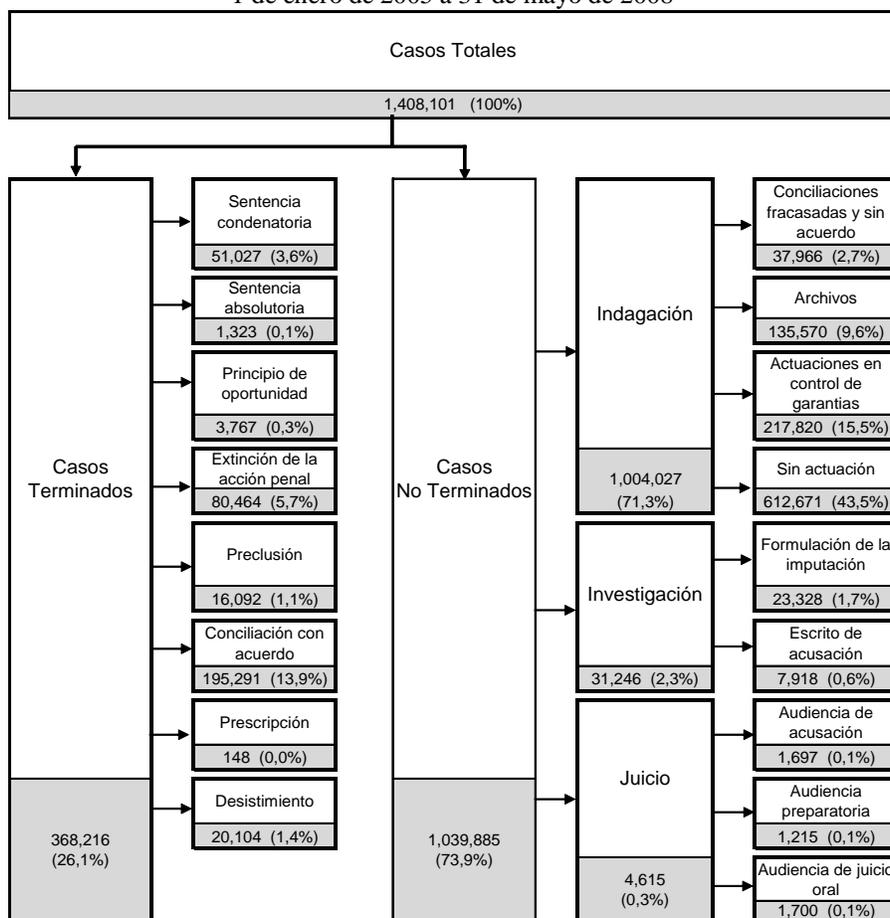
Una vez establecida la definición de impunidad y el método que se usará para su medición, el siguiente paso es estructurar la información en una base de datos, de tal suerte que sea posible lograr la suficiente consistencia técnica, para luego filtrar los requerimientos que demandan tanto la definición como el método propuesto para la medición de la impunidad.

El diagrama No. 4 presenta el número total de noticias criminales que el SPOA conoció durante el período mencionado, clasificadas de acuerdo a si la última actuación registrada por los fiscales o los jueces, terminó con la acción penal o esta se encontraba vigente al 31 de mayo de 2008, fecha de corte de este estudio.

Las características de la base de datos para efectos de la medición de la impunidad son las siguientes:

- a. El período de análisis abarca 41 meses que es el tiempo transcurrido entre enero de 2005 y mayo de 2008.
- b. El número de casos ingresados al SPOA como noticia criminal durante este lapso de tiempo ascendió a 1.408.101.
- c. Cada caso tiene identificado un delito principal. El 62% de los casos se agrupan alrededor de cuatro delitos: el hurto (25%), las lesiones personales (18,7%), la inasistencia alimentaria (11,7%) y la violencia intrafamiliar (6,6%) .
- d. Cada caso con su respectivo delito también tiene asociada las distintas actuaciones (o no actuaciones) y decisiones de los fiscales y los jueces en donde ellas se presentaron.

Diagrama No. 4
Noticias criminales en el SPOA
 1 de enero de 2005 a 31 de mayo de 2008



Este último es el principal criterio para clasificar las noticias criminales, de tal suerte que si las decisiones tuvieron efecto de cosa juzgada se clasificaron como casos terminados (26,1%). Allí se encuentran las sentencias, la aplicación del principio de oportunidad, la extinción de la acción penal, la preclusión, la prescripción, la conciliación con acuerdo y el desistimiento.

El resto de casos (73,9%) corresponden a aquellos que a la fecha de corte de este estudio (mayo 31 de 2008) se encontraban vigentes, en virtud de que las decisiones que los afectan (o falta de decisiones) no tienen efecto de cosa juzgada y por lo tanto jurídicamente son procesos penalmente activos. El criterio para clasificarlos dentro de los tres grupos que allí se encuentran (indagación, investigación y juicio) obedece a la última actuación registrada.

Si bien los casos archivados constituyen casos inactivos, el hecho de que exista la posibilidad jurídica de reactivarlos, indica que deben clasificarse dentro de la etapa de indagación. Los casos cuya última actuación registrada corresponden a conciliaciones fracasadas o sin acuerdo, o con alguna actuación ante juez de control de garantías o sencillamente no presentan actuación alguna, son casos que hacen parte de la etapa de indagación toda vez que el indiciado no ha tenido formulación de imputación. Por otra parte, los casos cuya última actuación es la formulación de imputación o la presentación del escrito de acusación, corresponden a la etapa de

investigación; en tanto que los casos que registran la audiencia de acusación, la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio oral son aquellos que ya se encuentran en la etapa de juicio.

6.4 Medición de la impunidad

La medición de la impunidad se hará separando los procesos terminados de los procesos vigentes. No es posible mezclar ambos procesos en una sola medición porque la naturaleza de la impunidad procesal depende la acción (u omisión) de quienes tienen la responsabilidad de administrar la justicia penal. Sobre los procesos vigentes no es posible emitir una afirmación contundente y sustentada de impunidad, como si lo es sobre los procesos con decisiones de cosa juzgada. Para los primeros se considera una medición relativa en términos de camino que recorren hacia la prescripción.

6.4.1 La impunidad en los procesos terminados

La medición de la impunidad en los procesos terminados consiste en calificar si las decisiones con efecto de cosa juzgada que dieron término a un proceso penal condujo o no a la impunidad. Para calcularla al número total de noticias criminales y al número total de casos resueltos por la justicia penal se les deduce aquellos casos en los que la decisión del sistema penal determina que el hecho no existió, que la conducta no se enmarca dentro de ningún tipo penal, y aquellos en los que la decisión considera que el autor no merece castigo. Posteriormente se deduce los casos en los que no se impone castigo o se compara con aquellos en los que efectivamente el sistema penal recurrió al castigo.

6.4.1.1. La información

En relación con la información para hacer esta medición, en el cuadro No. 59 se discriminan las distintas decisiones que con efecto de cosa juzgada extinguieron la acción penal para 368,216 casos, entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de mayo de 2008. En orden de importancia la conciliación con acuerdo es la decisión jurídica que explica la finalización del 53% de los casos terminados; en segundo lugar está la extinción de la acción penal (21,9%), en tercer lugar, las sentencias (14%); en cuarto, el desistimiento de la querrela (5,5%) y, finalmente, en quinto lugar, las preclusiones (4,4%).

Cada uno de los subgrupos que corresponden a la extinción de la acción penal, la preclusión ejecutoriada, la aplicación del principio de oportunidad y las sentencias ejecutoriadas, tienen las correspondientes decisiones por las que cesó la acción penal.

Cuadro No. 59

PROCESOS PENALES TERMINADOS ENTRE ENERO DE 2005 Y MAYO DE 2008

Actuación de terminación	Número	%
Casos Totales Terminados	368.216	100
Conciliación con acuerdo	195.291	53,0
Desistimiento de la querrela	20.104	5,5
Prescripción de la Querrela	148	0,0
Extinción de la acción penal	80.464	21,9
Extinción de la acción penal por Desistimiento	59.195	16,1
Extinción de la Querrela por cumplimiento	13.218	3,6
Extinción de la acción penal por caducidad de la querrela	7.960	2,2
Extinción de la acción penal	64	0,0
Extinción de la acción penal por Muerte del Indiciado o Procesado	19	0,0
Extinción de la acción penal por Amnistía	4	0,0
Extinción de la acción penal por Prescripción	3	0,0
Extinción de la acción penal por Oblación	1	0,0
Preclusión ejecutoriada	16.092	4,4
imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal	5.599	1,5
Extinción de la acción penal por Desistimiento	2.501	0,7
Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia	2.101	0,6
Atipicidad del hecho investigado	2.054	0,6
Imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal (Aplica al Imputado)	1.773	0,5
Existencia de causal que excluye responsabilidad	639	0,2
Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado	486	0,1
Inexistencia del hecho investigado	425	0,1
Extinción de la acción penal por muerte del indiciado o imputado	305	0,1
Inexistencia del hecho investigado - (Aplica al Imputado)	133	0,0
Vencimiento del termino previsto en el inciso 2o del art 294 del c.p.p.	42	0,0
Extinción por prescripción de la acción penal	20	0,0
Extinción de la acción penal por Oblación	11	0,0
Extinción de la acción penal por amnistía	3	0,0
Principio de oportunidad	3.767	1,0
Renuncia de la acción penal	1.971	0,5
Extinción de la acción penal por aplicación del Principio de Oportunidad	1.219	0,3
Interrupción de la acción penal	256	0,1
Suspensión de la acción penal	201	0,1
Aplica principio de oportunidad	120	0,0
Sentencias ejecutoriadas	52.350	14,2
Sentencias condenatorias	51.027	13,9
Condenatoria por Aceptación Total de cargos	34.470	9,4
Dosificación de la pena y sentencia	7.504	2,0
Condenatoria por acuerdo o negociación	5.147	1,4
Condenatoria por acusación directa	3.361	0,9
Condenatoria por Aceptación Parcial de Cargos	545	0,1
Sentencias absolutorias	1.323	0,4
Absolutoria por acusación directa	815	0,2
Absolutoria por Aceptación Total de cargos	354	0,1
Absolutoria por acuerdo o negociación	135	0,0
Absolutoria por Aceptación Parcial de Cargos	19	0,0

Fuente: Cálculos autor con cifras DNF

6.4.1.2 Los resultados

En primer lugar si restamos al total de noticias criminales conocidas por el sistema penal, el número de decisiones judiciales en las que el hecho no existió, la conducta no se tipifica y las que, a juicio de los funcionarios judiciales, el autor no merece castigo se obtendrá el universo total de noticias criminales sobre las cuales comparar el número de noticias que recibieron sanción. Esto es, a 1.408.101 debe deducirse 5.385 para obtener un universo total de 1,402.716.

Algo similar debe hacerse con el número total de decisiones de fondo tomadas por el sistema penal. A 368.216 decisiones con efecto de cosa juzgada se le deducen las 5,385 en las que el hecho no existió, la conducta no se tipifica o el autor no merece reproche, se concluye que son 362.831 el número total de casos con decisiones de fondo el que constituye una segunda referencia sobre la cual comparar el número total de decisiones de la justicia penal que imponen castigo.

Si del número total de casos terminados se deduce el número de decisiones judiciales que con certeza no impusieron castigo al autor se obtiene que en 54.870 casos el sistema penal ha podido recurrir al uso de castigo. Se trata en definitiva de 51.027 sentencia condenatorias, de 3,767 casos de aplicación del principio de oportunidad, sobre los que valorar si recibieron castigo o no requeriría de información más detallada no disponible en el estudio, y otros en los que se puede hacer uso de la Oblación.

De esta manera, en primer lugar, la probabilidad de imponer castigo por un delito en Colombia a duras penas alcanza a ser superior al 3%. Y en segundo lugar, la probabilidad de usar el castigo como instrumento de decisión de fondo de la justicia penal gira en torno al 15%.

La impunidad en los delitos no querellables se caracteriza porque los procesos penales han terminado debido a la imposibilidad del sistema penal de hallar al responsable del delito. La no impunidad en los delitos no querellables obedece principalmente a que la mayoría de los casos (76,8%) que culminaron la acción penal, fueron conocidos por la Fiscalía a través de la noticia en flagrancia. Esto ratifica lo ya mencionado en el capítulo IV sobre la valoración del sistema penal acusatorio, en el sentido de que son los casos en flagrancia los que mayor probabilidad tienen de culminar con éxito un proceso penal (cuadro No. 60).

Cuadro No. 60
La no impunidad en los delitos no querellables

Tipo de noticia	Casos	%
Flagrancia	42.343	76,8
Denuncia	12.787	23,2
Total	55.130	100,0

Fuente: cálculos del autor con base en información de la DNF

Otra razón importante para explicar la probabilidad de culminar un proceso penal con éxito, proviene del examen de las sentencias condenatorias (cuadro No. 61). Allí se evidencian dos hechos: el primero es que la mayor parte de estas sentencias (78,1%) se originaron en casos con noticia criminal en flagrancia; y el segundo, es que la mayoría de las sentencias condenatorias fueron el resultado de la aceptación de los cargos por parte de los imputados y, también, estas sentencias fueron el producto de los acuerdos y negociaciones entre el fiscal y la defensa. Los casos que tuvieron sentencia condenatoria por acusación directa, en realidad son muy reducidos.

Cuadro No. 61
Origen de las sentencias condenatorias

Origen de la sentencia	Casos	%
Flagrancia	39.856	78,1
Aceptación de cargos	29.128	57,1
Acuerdo o negociación	3.656	7,2
Acusación directa	1.632	3,2
Dosificación de pena y sentencia	5.440	10,7
Denuncias	11.171	21,9
Aceptación de cargos	5.887	11,5
Acuerdo o negociación	1.855	3,6
Acusación directa	1.366	2,7
Dosificación de pena y sentencia	2.063	4,0
Sentencias condenatorias	51.027	100,0

Fuente: cálculos del autor con base en información de la DNF

En suma, mientras la terminación de un proceso con delito no querellable depende totalmente de la gestión de los investigadores, fiscales y jueces, quienes conforman la administración de la justicia penal del Estado, para los delitos querellables su terminación depende más de la voluntad de las partes en conflicto durante la etapa de indagación. Los casos en flagrancia y la justicia premial y negociada explican el resultado de los procesos que no terminan en la impunidad. La flagrancia simplifica al máximo la etapa de indagación, toda vez que ante la contundencia probatoria son mínimos los requerimientos de investigación. La justicia premial incentiva la rebaja de penas y por ello el allanamiento de cargos por parte de los imputados.

6.4.2 La impunidad en los procesos vigentes

Para medir la impunidad en los procesos penales vigentes, este estudio propone el indicador de prescripción, el cual calcula la proporción de tiempo que ha avanzado un proceso sin decisión de fondo con respecto al tiempo límite que tiene el delito para prescribir. Es un indicador dinámico porque captura de manera permanente el impacto de las decisiones (u omisiones) de la justicia penal.

La relativa juventud del sistema penal acusatorio hace posible que exista la información desde que comenzó a funcionar, para alimentar continuamente este indicador. Esa fue la principal motivación para definir el indicador de prescripción, como un indicador técnicamente robusto, de fácil medición y comprensión, y con la garantía de permanencia en el tiempo.

El significado del indicador de prescripción está referido exclusivamente a capturar la impunidad. El indicador es una proporción que fluctúa entre cero y uno. Cuando el indicador es cero la impunidad es nula y cuando es uno la impunidad es total. La utilidad del carácter dinámico de este indicador, reside en que al entrar en operación un nuevo régimen penal, como es el caso de Colombia, se pone el contador en ceros¹⁴⁹. A partir de allí, el indicador comienza a registrar las mediciones hacia el futuro.

En la medida que un delito con tiempo de prescripción mínima es de 60 meses (5 años)¹⁵⁰ y el tiempo máximo que lleva operando el sistema penal acusatorio es de 41 meses a la fecha de corte de este estudio, entonces el

¹⁴⁹ Sin que esto signifique que en ese momento realmente la impunidad haya sido cero, toda vez que de atrás viene operando el sistema mixto inquisitivo (Ley 600 de 2000), con todas sus virtudes y defectos. Es decir puede venir una impunidad que muy difícilmente se podría medir como aquí se está proponiendo con el nuevo sistema penal acusatorio.

¹⁵⁰ Según el artículo 83 del Código Penal.

máximo indicador de prescripción que se puede presentar es del 68,3%. Solo a partir del primero de enero de 2010 se conocerá que casos y delitos tuvieron un indicador de prescripción del 100%.

6.4.2.1 Formalización de la medición

El indicador de prescripción (*IP*) se calcula considerando el tiempo transcurrido entre la ocurrencia del delito y el término establecido para su prescripción en el código penal. Tres razones adicionales a las mencionadas anteriormente robustecen la escogencia de este indicador para formalizar la medición de la impunidad. El primero tiene que ver con la carencia de un término legal temporal para la etapa de indagación; la segunda está referida al alto porcentaje de casos en indagación (73,9%) del total conocidos por la Fiscalía durante el período de análisis; y la tercera se relaciona con la creciente cantidad de procesos archivados¹⁵¹ (9,6%) antes de iniciarse la acción penal. La asociación de estos tres hechos configura, para el caso de Colombia, un sesgo del sistema penal hacia la prescripción¹⁵².

La formalización matemática del indicador es la siguiente:

$$IPV = IP \quad (2)$$

La ecuación 2 establece que la impunidad en los procesos vigentes (*IPV*) es igual a un indicador de prescripción (*IP*) en todos los procesos que aún no tienen decisión con efecto de cosa juzgada. Ahora bien,

$$IP = \frac{ta_{ij}}{tp_{ij}} = \frac{\sum_{i=1}^n ta_{ij}}{\sum_{i=1}^n tp_{ij}} \quad (3)$$

Donde:

IP = índice de prescripción para los procesos vigentes

ta_{ij} = tiempo de avance del caso *i* con el delito *j*

tp_{ij} = término de prescripción del caso *i* para el delito *j*

La aplicación de la ecuación (3) significa que el indicador de prescripción de los procesos vigentes es igual a la razón que existe entre la sumatoria de los tiempos de avance de los *n* casos vigentes¹⁵³, frente a la sumatoria de los términos de prescripción —para todos los delitos asociado a los procesos vigentes— establecidos en el código penal¹⁵⁴.

¹⁵¹ Los procesos archivados equivalen a las anteriores resoluciones inhibitorias del régimen penal inquisitivo y la decisión de archivo si bien inactiva judicialmente el proceso penal, no tiene efectos de cosa juzgada. Es por ello que en cualquier momento podría reabrirse la acción penal.

¹⁵² La prescripción de un proceso penal es por excelencia el indicador universal de impunidad

¹⁵³ Se utiliza el criterio legal de cosa juzgada para definir la vigencia de un caso. Por ejemplo, el archivo de un proceso lo inactiva pero lo deja vigente.

¹⁵⁴ Artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

6.4.2.2 La información

Los procesos que se encontraban vigentes a la fecha de corte de este estudio (mayo de 2008) ascendieron a 1.039.889 casos, cada uno con su respectivo delito principal. Estos procesos equivalen al 73,9% de las noticias criminales totales conocidas por la Fiscalía durante el período de análisis. El cuadro No. 62 clasifica el número de casos y las distintas actuaciones que aún no tienen efecto de cosa juzgada y, por tanto, son procesos que jurídicamente se encontraban vigentes ya sea en indagación, investigación y juicio.

Cuadro No. 62

PROCESOS PENALES NO TERMINADOS ENTRE ENERO DE 2005 Y MAYO DE 2008		
TOTAL DE CASOS NO TERMINADOS	1.039.889	100,0
CASOS EN INDAGACIÓN	1.004.027	96,6
Archivos	135.570	13,0
Archivo por conducta atípica Art.79 C.P.P	90.607	8,7
Archivo por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto activo Art. 79 C.P.P Auto Julio 5 de 2007 MP Yesid Ramírez Bastidas	20.510	2,0
Archivo por inexistencia del hecho Art 79. C.P.P	17.287	1,7
Archivo por conducta atípica (Aplica al indiciado) Art.79 C.P.P	4.991	0,5
Archivo por imposibilidad de encontrar o establecer el sujeto pasivo Art. 79 C.P.P Auto Julio 5 de 2007 MP Yesid Ramírez Bastidas	1.387	0,1
Archivo por conducta atípica (Aplica al proceso)	410	0,0
Archivo por encontrarse el sujeto en imposibilidad fáctica o jurídica de efectuar la acción Art. 79 C.P.P Auto Julio 5 de 2007 MP Yesid Ramírez Bastidas	378	0,0
Conciliaciones fracasadas y sin acuerdo	37.966	3,7
Conciliación sin acuerdo (para fiscal SAU o CASA JUSTICIA)	28.419	2,7
Conciliación fracasada (No se hizo - complementar con el motivo)	6.931	0,7
Conciliación sin acuerdo (para fiscales no SAU)	2.616	0,3
Inasistencia de las partes del proceso	71.189	6,8
Inasistencia Querellado	19.115	1,8
Inasistencia Querellante	23.157	2,2
Inasistencia Querellante y Querellado	28.195	2,7
Inasistencia injustificada del querellado (inicio de la acción penal) Para Fiscal SAU	438	0,0
Inasistencia injustificada del querellante cuando la víctima es menor de edad (para Fiscal SAU)	242	0,0
Inasistencia injustificada del querellante cuando la víctima es menor de edad (para Fiscal NO SAU)	42	0,0
Nulidades	363	0,0
Nulidad por violación a garantías fundamentales	278	0,0
Nulidad por incompetencia del Juez	49	0,0
Nulidad/es Confirma	13	0,0
Nulidad derivada de la prueba ilícita	9	0,0
Nulidad Imputación	6	0,0
Nulidad otras decisiones	3	0,0
Nulidad Preclusión de Instrucción	2	0,0
Nulidad medidas de aseguramiento	1	0,0
Nulidad niega aporte de evidencia	1	0,0
Nulidad otros autos interlocutorios	1	0,0
Casos con otras actuaciones en indagación	146.268	14,1
Casos sin ninguna actuación	612.671	58,9
CASOS CON ACTUACIONES EN INVESTIGACIÓN	23.328	2,2
CASOS CON ACTUACIONES EN JUICIO	12.534	1,2

Fuente: Cálculos autor con cifras DNF

Los casos vigentes en indagación son la mayor parte (96,6%) y allí se encuentran aquellos casos en los que el SPOA no registra ninguna actuación (58,9%); que tuvieron una actuación ya sea del investigador, el fiscal o el juez de control de garantías (14,1%); los archivos (13%), que a pesar de estar inactivos no han transitado a cosa juzgada y son susceptibles de reactivarse si se presentan hechos sobrevinientes que así lo indiquen; las conciliaciones sin acuerdo o fracasadas (3,7%), los cuales son procesos que cumplen los requisitos para iniciarse la acción penal; la inasistencia de las partes en las querellas (6,8%); y finalmente, las nulidades, que si bien inactivan el proceso, es temporal mientras se subsanan las causas que lo llevaron a esta situación.

Los casos vigentes en la etapa de investigación son aquellos cuya última actuación registrada en el SPOA ha sido la formulación de la imputación (2,2%), mientras los casos cuya última actuación fue un escrito de acusación, una audiencia de formulación de acusación, una audiencia preparatoria o una audiencia de juicio, corresponden a procesos que se encuentran en la etapa de juicio (1,2%).

6.4.2.3 *Los resultados*

Algunos ejemplos previos a la presentación de los resultados consolidados ayudan a comprender mejor el significado del indicador de prescripción como un indicador de impunidad. El cuadro No. 63 muestra cuatro casos con delitos distintos. Además contiene las fechas más importantes de un proceso penal como son la fecha de ocurrencia de los hechos, la fecha de la noticia criminal que es el momento cuando la Fiscalía conoce el caso, y la fecha de la última actuación registrada por el fiscal del caso. Los cuatro ejemplos se encuentran en la etapa de indagación.

Para calcular el indicador es necesario definir una fecha de corte que para el caso de este estudio fue el 31 de mayo de 2008, toda vez que fue en ese momento en que la Fiscalía suministró la información. Esta fecha es útil para hallar la diferencia (en meses) con respecto a la fecha de los hechos. Al resultado de esta diferencia se le llamara tiempo avanzado y representa el numerador del indicador.

Para calcular el denominador del índice del indicador se requiere primero hallar el referente legal que tiene cada delito establecido en el código penal¹⁵⁵, toda vez que la prescripción de un delito será igual a la pena máxima fijada en este código. En todo caso la prescripción no será inferior a cinco ni superior a veinte años, a excepción de los crímenes de lesa humanidad que tendrán 30 años de plazo. La pena máxima establecida para cada delito de un proceso vigente, será el referente para determinar el tiempo de la prescripción.

Los cuatro ejemplos tuvieron ocurrencia durante 2005. Los ejemplos 1 y 3 ocurrieron el mismo día que comenzó a operar el sistema penal acusatorio (1 de enero de 2005) y sin embargo tienen un índice de prescripción (*IP*) distinto. El primero registra un indicador del 68,3% y el segundo de solo el 11,5%. La diferencia se explica porque mientras la pena máxima para el delito de inasistencia alimentaria es de 36 meses, el de la desaparición forzada es diez veces mayor, o sea, 360 meses. Esto condiciona el tiempo de prescripción (*tp*), que para el caso de estos dos ejemplos representan los dos extremos posibles. En el ejemplo 1 la pena está por debajo del tiempo mínimo de prescripción establecido en el artículo 83 del código penal (60 meses) y, en el ejemplo 3, el tiempo de prescripción (360 meses) obedece a que el delito de desaparición forzada es uno de los cuatro delitos que hacen parte de la excepción¹⁵⁶ que supera el límite máximo establecido para la prescripción que son 20 años.

En relación con las actuaciones adelantadas por los fiscales, se tiene que para el caso 1 existe un único registro de inasistencia del querellado con fecha del 15 de marzo de 2007, es decir, dos años y tres meses después. A la fecha de corte (31 de mayo de 2008) no se registró ninguna actuación. Igual sucede para el caso 3, cuya única actuación de orden de entrevista, se registró el 7 de marzo de 2008.

¹⁵⁵ El artículo 83 de la Ley 599 de 2000 establece “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años. En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

¹⁵⁶ Los otros tres delitos que hacen parte de esta excepción son tortura, desplazamiento forzado y genocidio.

Cuadro No. 63
Ejemplos de aplicación del indicador de prescripción

Caso	Delito	Fecha hechos	Fecha noticia criminal	Fecha última actuación en indagación	ta = tiempo avanzado a 31/05/2008 (meses)	Penal máxima (meses)	tp = prescripción (meses)	Indicador de prescripción IP = ta/tp (%)
	(1)=(30/05/08)=fecha de corte	(2)	(3)	(4)	(5)=(1)-(2)	(6)	(7)	(8)=(5)/(7)
1	Inasistencia alimentaria- art. 233 CP	01/01/2005	01/01/2005	15/03/2007	41	36	60	68,3
2	Hurto calificado art. 240 CP agravado por la destreza art. 241 CP N.10	29/09/2005	29/09/2005	30/09/2005	32	144	144	22,5
3	Desaparición forzada art. 165 CP	01/01/2005	03/03/2008	07/03/2008	41	360	360	11,4
4	Homicidio art. 103 CP agravado	23/01/2005	24/01/2005	13/07/2005	41	480	240	17,0

Fuente: casos elegidos al zar de la base de datos Fiscalía General de la Nación

Con respecto a los demás ejemplos, hay que destacar del caso 2 que la determinación de la pena máxima tiene dos componentes por tratarse de un delito agravado. El primer componente lo establece el artículo 240 del código penal para el delito de hurto calificado, cuya pena máxima es 96 meses (8 años) y, el segundo, lo ordena el numeral 19 del artículo 241 del código que dice que la circunstancia de agravación punitiva por destreza¹⁵⁷, aumentará la pena de una sexta parte a la mitad. Al sumarle 48 meses (4 años) a la pena de hurto calificado se llega a una pena máxima de 144 meses (12 años) que será el tiempo establecido legalmente como plazo máximo para la prescripción.

En los 32 meses que lleva el caso del ejemplo 2 tiene registrada dos actuaciones: la primera es sobre verificación del arraigo familiar el 29 de septiembre de 2005, fecha en que sucedieron los hechos y en que la Fiscalía conoció del caso. La segunda actuación es al día siguiente (30 de septiembre de 2005) con la solicitud de audiencia preliminar, por tratarse de un caso de captura en flagrancia de una mujer de 33 años que cometió este delito a las 4 Pm en plena vía pública en algún lugar de la ciudad de Bogotá. Al no existir registro alguno de lo que pudo suceder más adelante con este caso, el indicador de prescripción es del 22,5%.

En relación con el ejemplo 4 hay que destacar lo siguiente: a pesar de llevar el mismo tiempo de avance de los casos 1 y 3, su indicador de prescripción es del 17%, porque el delito de homicidio agravado¹⁵⁸ supera el tiempo máximo permitido para la prescripción de 240 meses (20 años). Las actuaciones registradas en este caso son del 25 de enero de 2005 con una solicitud orden de captura al juez; el 13 de julio de 2005 con una solicitud que declara persona ausente al victimario; y el 13 de julio 05 con otra solicitud al juez de prórroga de orden de captura. Se trata de un caso conocido por la Fiscalía a través de actos urgentes¹⁵⁹, cuya víctima fue una mujer de 25 años de estado civil soltera, asesinada el 23 de enero de 2005 con arma de fuego en la ciudad de Bogotá. A la fecha de corte de este estudio no tiene registro de actuaciones posteriores y su indicador de prescripción es del 17%.

Los ejemplos 3 y 4 muestran que para delitos graves socialmente, se evidencia una gran dificultad de la investigación para establecer el (los) responsable(s) de los hechos. Los ejemplos 1 y 2 muestran incertidumbre

¹⁵⁷ Por destreza quiere decir cuando el victimario arrebató cosas u objetos que las personas llevan consigo; o por dos o más personas que se hubieron reunido o acordado para cometer el hurto.

¹⁵⁸ También tiene dos componentes: el primero del artículo 103 del CP que establece una pena máxima de 300 meses (25 años) y el segundo que por la circunstancia agravada aumenta la pena máxima a 480 meses (40 años).

¹⁵⁹ Hace referencia al levantamiento de un cadáver en vía pública.

sobre lo que sucedió con estos casos, toda vez que en el caso 2 hubo captura en flagrancia y en el caso 1 después de dos años hay un reporte de inasistencia del querellado.

Los ejemplos anteriores ilustran la forma como se adelantó el análisis para 983,939 casos vigentes en indagación¹⁶⁰. Un resultado consolidado del índice de prescripción para todos estos casos no tiene mucho sentido, debido a que se estarían mezclando casos de reciente conocimiento por parte de la Fiscalía (mayo de 2008) con los casos más antiguos conocidos (enero de 2005). Por esta razón, en función de la lógica que tiene el indicador de prescripción, el cual combina la antigüedad en el conocimiento de los casos con el término de prescripción, se crean unos gradientes que clasifiquen el nivel de riesgo de impunidad que presenten los casos medidos con este indicador.

Cuando los procesos registren un indicador de prescripción menor al 20% el riesgo de impunidad es bajo. El riesgo de impunidad será medio cuando un caso registre un indicador de prescripción entre el 21% y el 40%. Finalmente, un caso se ubicará en un riesgo de impunidad alto cuando el indicador supere el 41%. Si bien los parámetros adoptados para marcar estos límites pueden ser arbitrarios, su razonabilidad está sustentada en que la probabilidad de lograr una investigación exitosa que individualice y judicialice las responsabilidades, en general es inversamente proporcional al tiempo de duración de la indagación. Es decir, a mayor tiempo que un proceso permanezca en la etapa de indagación, será menor la probabilidad de iniciar la acción penal y viceversa. Ello está directamente relacionado con la rapidez o la tardanza con la que un investigador se aproxime al conocimiento de los hechos. Entre más pronto aboque la investigación más probabilidad existirá de recabar las pruebas necesarias para esclarecer los hechos, identificar y judicializar al responsable. En la medida que transcurra el tiempo, después de ocurrido los hechos, sin que avance la investigación, la probabilidad de lograr un proceso penalmente exitoso se va reduciendo.

El cuadro No. 64 muestra los resultados de la medición de la impunidad para 983,939 casos que se encuentran en indagación¹⁶¹. El 50,7% de estos casos tienen un indicador de prescripción promedio del 9,5%, lo cual indica que para ellos existe un riesgo bajo de quedar en la impunidad. Ello en virtud no solo de la cercanía de la fecha de los hechos con la fecha de corte de este estudio, sino también por la lejanía de los términos de prescripción.

¹⁶⁰ A 20,088 casos no fue posible realizarles este análisis por carecer de fecha de los hechos y fecha de noticia criminal.

¹⁶¹ Para 20,084 casos en indagación no fue posible incluirlos dentro del análisis por carecer de fecha de los hechos y fecha de la noticia criminal.

Cuadro No. 64
Impunidad en los casos en indagación

Riesgo de impunidad	Indicador de Prescripción (IP)*		Casos **	
	Intervalo	Promedio	Número	%
Bajo (IP<20%)	00-10	5,0	276.157	28,1
	11-20	15,0	222.441	22,6
	00-20	9,5	498.598	50,7
Medio (21%<IP<40%)	21-30	25,0	168.067	17,1
	31-40	35,0	113.731	11,6
	21-40	29,0	281.798	28,6
Alto (IP>41%)	41-50	45,0	91.391	9,3
	51-60	55,0	56.183	5,7
	61-70	65,0	55.969	5,7
	41-70	53,3	203.543	20,7
Total	00-70	24,1	983.939	100,0

Fuente: calculos con base en información de la Fiscalía General de la Nación

* El tiempo (%) hacia la prescripción se calcula como la proporción en meses entre la resultante que arroje la diferencia entre la fecha actual (31/05/08) y la fecha de los hechos frente al término establecido para la prescripción de la acción penal (Art. 83 C.P), para cada caso y delito.

** 20,084 casos carecen de fecha de hechos y de fecha de noticia.

Adicionalmente, se encuentra que el 28,6% de los casos totales en indagación tienen un indicador de prescripción promedio del 29%, lo cual indica que para ellos existe un riesgo medio de impunidad. Este rango podría subdividirse en otros dos: el medio bajo con un indicador entre el 21% y el 30%, y el medio alto entre el 31% y el 40%. El sentido de esta división adicional, es definir que en este rango medio existe una mayor proporción de casos (17,1%) en el rango medio bajo con respecto a los que existen en el rango medio alto (11,6%).

Por último, se encuentran más de doscientos mil casos con un riesgo alto de impunidad, toda vez que el indicador de prescripción supera el 50%. Es decir más de la mitad del tiempo establecido para la prescripción de los delitos del 20,7% de los casos en indagación, no han superado la etapa de indagación a la fecha de corte de este estudio. Allí se destacan casi 56 mil casos (5,7%) que lideran la carrera hacia la impunidad con un indicador de prescripción promedio de 65%¹⁶².

Finalmente, para completar el análisis de todos los casos que conoció la Fiscalía, hay que incorporar aquellos casos cuya última actuación corresponde a la etapa de investigación y a la etapa de juicio.

El cuadro No. 65 muestra este análisis para los restantes 35,862 casos que hacían falta por examinar. En la etapa de investigación se encontraron 23,328 procesos (65%), toda vez que tenían registrada como última actuación la formulación de la imputación. En la etapa de juicio se encontraron 12,534 procesos (35%) con último registro de una de las cuatro actuaciones correspondientes a esta la etapa.

¹⁶² Si por un momento se hace el supuesto de que estos casos continúan en su etapa de indagación sin ninguna decisión de fondo que profundice la acción penal, en diciembre de 2009 alcanzarían un indicador de prescripción del 100%. Es decir, se llega a una impunidad cierta y absoluta.

Cuadro No. 65
Casos en investigación y juicio sin terminación

Año	Investigación	Juicio	Total
2005	443	769	1.212
2006	3.522	2.429	5.951
2007	10.300	5.900	16.200
Subtotal	14.265	9.098	23.363
2008	9.063	3.436	12.499
Total	23.328	12.534	35.862
Total (%)	65,0	35,0	100,0

Fuente: Fiscalía General de la Nación. Cálculos del autor

A este indicador que bien podría denominarse formal de probabilidad de impunidad, porque está asociado al término de prescripción que establece la ley, bien se le podría contrastar con indicador real asociado al tiempo promedio en que el sistema penal resuelve sus conflictos. Un ejercicio preliminar realizado sobre estos parámetros nos da como resultado un indicador de probabilidad de impunidad que supera el 75%.

6.5. La impunidad en homicidios

Antes de hacer un consolidado, es pertinente hacer unas consideraciones sobre la impunidad en homicidios. El bien jurídico que tutela la vida y la integridad personal, debería ser el bien público máspreciado y de especial cuidado, dedicación y atención por parte de la Administración de Justicia, ya que la credibilidad de las instituciones judiciales se forja a partir del irrestricto cumplimiento de la misión para la cual fueron creadas. La laxitud y el descuido en este sentido restan confianza a los ciudadanos en su aparato judicial, lo cual vulnera la justicia, columna vertebral del funcionamiento de un Estado de Derecho. Evitar la pérdida de gobernabilidad de un sistema de justicia dentro de un territorio, llámese Estado, nación o país, radica en evitar la impunidad contra la vida. El homicidio no debe ser tolerable en una nación civilizada, y su repudio no sólo debe buscar el castigo de quien lo comete, sino sobretodo y lo más importante saber qué hace un estado para evitarlo.

El Cuadro No. 66 muestra lo que ha sucedido con este delito a partir del momento en que entró en vigor el Sistema Penal Oral Acusatorio. El SPOA ha registrado 62,737 homicidios en 41 meses que lleva funcionando entre enero de 2005 y mayo de 2008. Esta cifra equivale a que, en Colombia, se cometen en promedio 52 homicidios cada día o dos homicidios cada dos horas.

Cuadro No. 66

Actuaciones de la justicia frente a los homicidios

Tipo de actuación	Casos	%
Casos terminados	13.711	21,9
Archivo	10.646	17,0
Sentencia condenatoria	1.699	2,7
Preclusión	617	1,0
Traslado por competencia	372	0,6
Principio de oportunidad	140	0,2
Sentencia absolutoria	103	0,2
Conciliación	85	0,1
Extinción de la acción penal	36	0,1
Desistimiento de la querrela	12	0,0
Prescripción de la querrela	1	0,0
Casos no terminados	24.111	38,4
Indagación	21.507	34,3
Investigación	1.981	3,2
Juicio	623	1,0
Sin actuación	24.581	39,2
Sin identificar actuación	334	0,5
TOTAL	62.737	100,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

Del total de estos homicidios, solamente se han investigado, juzgado y condenado 1,699 responsables, equivalentes al 2,7% de los homicidios totales. Los casos de archivo ascienden a 10,646 casos (17%), y sin ninguna actuación por parte de la Fiscalía existen 24,581 casos (39,2%). De los casos que se supone que no han terminado o están vigentes, 21,507 casos de homicidio están en indagación, y realmente muy pocos en investigación y juicio. Ello es un indicador del alto riesgo que existe para que este grupo de casos vayan transitando hacia la impunidad.

El Cuadro No. 67 muestra que la impunidad en homicidios asciende al 93%. La probabilidad de que un homicidio sea condenado en Colombia con la aplicación del Sistema Penal Oral Acusatorio es de menos del 3%, probabilidad inferior a la registrada por el sistema penal anterior.

Cuadro No. 67

Impunidad en homicidios

Homicidios totales	62.737	100,0
- Sentenciados	1.802	2,9
- En investigación y juicio	2.604	4,2
Impunidad en homicidios	58.331	93,0

Fuente: FGN. Cálculos propios

6.6. La impunidad consolidada

La impunidad consolidada considera las dos mediciones tanto del componente de procesos terminados como del componente de los casos vigentes. La base común de ambos componentes es el número de casos y su agrupación se interpreta como los procesos impunes o con riesgo de impunidad. El primer componente mide la

impunidad absoluta, en la medida que los procesos allí clasificados tuvieron una decisión con efectos de cosa juzgada que condujeron a la impunidad. El segundo componente, por tratarse de casos vigentes, hace referencia a una impunidad relativa en el sentido de que puede variar con el paso del tiempo. Allí se agrupan los casos cuyo índice de prescripción arroja un riesgo medio y alto de impunidad.

Como ya fue señalado, la probabilidad de castigo por un delito cometido en Colombia gira en torno al 3%. Si al componente de impunidad absoluta 85% se le suma el de impunidad relativa, calculado con base en el tiempo de prescripción, del 35% tendríamos un promedio de impunidad de alrededor del 70%. Dicho de otra manera, la probabilidad que un delito reciba castigo en Colombia es del 30%.

Si en lugar del cálculo de probabilidad de impunidad formal, fundamentado en el tiempo de prescripción, se utilizará el real, fundamentado en el tiempo promedio de resolución de los casos en el sistema penal, la probabilidad de castigo por un delito en Colombia no sería superior al 20%.

En síntesis, el método y los indicadores presentados en este capítulo plantean una utilidad práctica para la toma de decisiones de política criminal, toda vez que estas herramientas se pueden aplicar por tipo de delito, por distrito judicial, por unidades nacionales, por unidades de fiscales delegados ante los distintos jueces, etc. Esta metodología tiene la virtud de que sus indicadores se pueden consolidar en un tablero de control de mando y en una mapa georreferenciado de la justicia penal, con el propósito de instrumentalizar de manera útil la gestión periódica del sistema penal.

El aporte de este capítulo a la lucha contra la impunidad es proactivo y constructivo, en el sentido de que el diagnóstico no es una crítica al sistema penal, sino la manera técnica de comprender las dificultades y sus causas, con el fin de proponer soluciones prácticas que permitan mejorar lo existente.

Capítulo VII - RACIONALIDADES PARA HACER FRENTE A LA IMPUNIDAD

Presentación.-

Los resultados que arroja la experiencia colombiana después de más de 70 años de esfuerzos permanentes de lucha contra la impunidad y el delito obligan necesariamente a evidenciar la racionalidad o el pensamiento que se ha construido en el país para hacer frente a esta problemática social y judicial.

Después de haber intentado caracterizar la impunidad en el Sistema Penal Oral Acusatorio colombiano (SPOA), en este capítulo se hará una reflexión que permita mostrar los principales caminos o racionalidades que se han construido con el propósito de reducir la impunidad, hacer frente a la criminalidad y mejorar la convivencia.

Revisada la literatura especializada, se puede decir que en este ámbito existen fundamentalmente dos perspectivas o dos racionalidades. A falta de otra denominación, y con el único propósito de identificarlas para hacer este análisis, hemos tomado como criterio para denominarlas el lugar donde se produce o dónde tiene o ha tenido mayor influencia. Decimos entonces que la una es norteamericana, aunque no sólo se produzca en ese lugar, porque es allí donde ha tenido sus orígenes y dónde tiene mayor desarrollo. Y que la otra es europea porque allí se origina, aunque no sea común a todos los países que integran Europa hoy en día. La adoptada por Colombia, si bien tiene sus particularidades propias, es como se verá, básicamente del mismo tipo de la norteamericana.

En este sentido, se intentará poner al descubierto las características del pensamiento que se ha elaborado en Colombia para hacer frente a la impunidad. A estas alturas de la experiencia que ha recorrido el país, es pertinente caracterizar este pensamiento, pues los limitados resultados que se obtienen en la reducción de este fenómeno y en el de la criminalidad dependen de la forma como ha sido abordada teóricamente (pensada) la problemática.

Dado que nos ocuparemos del caso colombiano, hemos decidido denominar la primera racionalidad como colombiana norteamericana, sin otro propósito que hacer explícito que en materia de lucha contra la impunidad, la criminalidad y la reforma a la justicia, Colombia y Estados Unidos comparten en lo esencial los mismos pensamientos, las mismas ideas.

La racionalidad europea por su parte tiene elementos propios que la caracterizan y diferencian de la anterior. En las páginas siguientes se expondrán cada una de estas dos racionalidades y sus consecuencias para el gasto público, la reducción de la impunidad y la mejora de la convivencia en la sociedad, de manera que se pueda hacer un contraste entre las dos, y se posibilite la construcción en Colombia de nuevos caminos que contribuyan a reducir efectivamente la impunidad y el delito.

7.1. Racionalidad colombo-norteamericana

La primera racionalidad, que denominamos “colombiana y norteamericana”, en atención a que ha sido asumida y puesta en práctica por Colombia y Estados Unidos, aunque no es exclusiva de estos dos países, se caracteriza por ser fundamentalmente de carácter reactivo, esto es, se pone en marcha para gestionar o administrar la

impunidad o la criminalidad misma. Son muy escasas y limitadas las estrategias para prevenirlas.

Para esta racionalidad, la impunidad es un fenómeno autónomo propio de la administración de justicia, que intenta ser enfrentado mediante la puesta en marcha de reformas a la legislación penal y procesal penal básicamente. Desde hace más de 70 años, como ha sido señalado, el país viene insistiendo en una serie de reformas de este tipo, sin que se produzcan cambios significativos en la reducción de este fenómeno.

Otra característica de esta racionalidad es que se fundamenta en una aproximación causal explicativa de la criminalidad como si el delito fuera un fenómeno natural, y no un problema construido socialmente a partir de los procesos de definición y selección de las conductas permitidas y prohibidas que realizan todas y cada una de las distintas sociedades. Desde una perspectiva científica, no es posible hablar de causas de fenómenos que se definen normativamente.

Cabe destacar igualmente que la lucha contra la impunidad en Colombia se inserta, por regla general, en una serie de programas de reforma a la justicia orientados a facilitar el desarrollo del mercado, la seguridad, el orden público y la protección de los derechos de propiedad. No existe un programa de reforma de la justicia para la convivencia.

La autonomía teórica y práctica dada a problemas que son objeto de definición o que guardan relación con otra serie de problemas sociales, corre el riesgo que actividades valoradas socialmente negativas, como lo es el caso de la criminalidad y la impunidad, empiecen a obtener connotaciones positivas y que por tanto su reducción deje de ser una prioridad. La lucha contra el delito, por ejemplo, corre el riesgo de convertirse en una profesión y en un factor de crecimiento económico, desapareciendo del imaginario de buena parte de los operadores del sistema penal que la tarea fundamental contra la criminalidad es su prevención o reducción no su gestión. La transformación del sentido negativo que tradicionalmente tiene la impunidad se hace presente cuando el proceso penal posibilita que los delitos se queden sin castigo para tratar de obtener mejores resultados de gestión.

Uno de los efectos que produce esta racionalidad es un aumento considerable del gasto público en justicia.

7.1.1. Evolución del gasto público en justicia

Seguidamente se evaluará el uso de los recursos que la sociedad ha dispuesto para la operatividad del sistema judicial, teniendo en cuenta los resultados alcanzados sobre todo en el sistema penal. Posteriormente, con el objeto de distinguir las dos racionalidades en comento, se hará una comparación internacional.

El Cuadro No. 68 presenta la evolución del gasto público en justicia para un período de 37 años que abarca desde 1970 hasta 2007. La información en millones de pesos corrientes se normaliza como porcentaje del producto de la economía (PIB) y también se actualizan todos los años a pesos de 2007. La razón de esta estandarización es permitir una comparación idónea de la serie en términos reales, es decir, descontando el impacto que la inflación de precios tuvo en el crecimiento del gasto público en cada año. Lo que se persigue en la medición del gasto en justicia como porcentaje del tamaño de la economía, es compararlo frente al comportamiento de una variable escala como es el producto interno bruto (PIB). Esta comparación permite apreciar si a través del tiempo el tamaño del sector justicia creció, disminuyó o se mantuvo en relación con la evolución de la economía. Por otra parte, actualizar la serie a precios de un mismo año, facilita evaluar el comportamiento real del sector justicia. Si a partir de aquí, se evidencia que el sector justicia aumentó de tamaño a través del tiempo, ello pudo haber obedecido a un incremento de jueces, magistrados o por la creación de nuevas entes como es el caso de la Fiscalía con la Constitución de 1991.

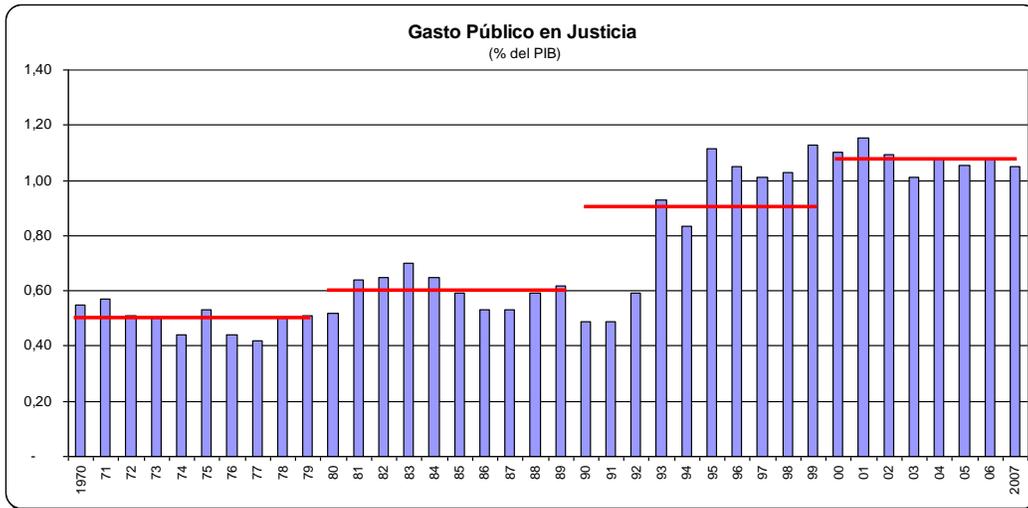
Cuadro No. 68
Evolución del gasto público en justicia

Año	Millones de pesos corrientes	% del PIB	Millones de pesos de 2007	Crecimiento real anual
1970	736	0,55	390.711	
1971	881	0,57	411.611	5,35
1972	966	0,51	395.859	-3,83
1973	1.225	0,50	406.391	2,66
1974	1.432	0,44	376.922	-7,25
1975	2.160	0,53	483.026	28,15
1976	2.368	0,44	421.355	-12,77
1977	3.018	0,42	418.347	-0,71
1978	4.578	0,50	534.293	27,72
1979	6.110	0,51	553.642	3,62
1980	8.221	0,52	591.385	6,82
1981	12.611	0,64	717.994	21,41
1982	16.143	0,65	741.015	3,21
1983	21.463	0,70	844.688	13,99
1984	25.105	0,65	835.299	-1,11
1985	29.494	0,59	801.409	-4,06
1986	36.022	0,53	809.272	0,98
1987	47.070	0,53	852.655	5,36
1988	69.370	0,59	980.774	15,03
1989	78.849	0,52	883.909	-9,88
1990	117.516	0,49	995.303	12,60
1991	151.893	0,49	1.014.395	1,92
1992	235.620	0,59	1.257.533	23,97
1993	485.758	0,93	2.114.644	68,16
1994	563.092	0,83	1.999.592	-5,44
1995	942.149	1,12	2.800.652	40,06
1996	1.059.279	1,05	2.588.864	-7,56
1997	1.230.743	1,01	2.556.016	-1,27
1998	1.444.750	1,03	2.571.094	0,59
1999	1.710.726	1,13	2.787.172	8,40
2000	1.926.885	1,10	2.886.754	3,57
2001	2.177.039	1,15	3.029.746	4,95
2002	2.223.927	1,09	2.892.793	-4,52
2003	2.308.905	1,01	2.820.292	-2,51
2004	2.774.590	1,08	3.212.435	13,90
2005	3.005.191	1,05	3.318.479	3,30
2006	3.448.789	1,08	3.645.025	9,84
2007	3.745.399	1,05	3.745.399	2,75
Promedio 70-79		0,50	439.216	3,95
Promedio 80-89		0,59	805.840	4,57
Promedio 90-99		0,87	2.068.526	12,12
Promedio 00-07		1,08	3.193.865	3,79
Promedio 70-07		0,74	1.544.388	6,30

La serie 1970-1989 se tomó de los informes de la Comisión de Racionalización del Gasto y las ... Bogotá, 1997 Tomo V. La serie 1990-2007 fue suministrada por la Contraloría General de la República ... tomó del SIIF-MHCP

En la Gráfica No. 8 se ilustra el comportamiento del gasto público del sector justicia como porcentaje del PIB. Se observa una diferenciación de cada una de las décadas, a saber:

Gráfica No. 8

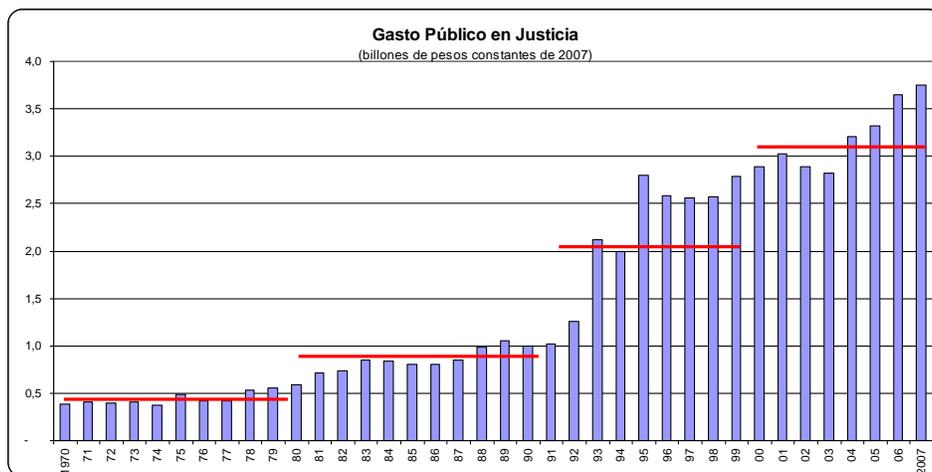


En la década de los setenta, el promedio anual de gasto en justicia fue del 0,5% del PIB. En los años ochenta, se incrementa medio punto del PIB, llegando al 0,6%. En los noventa, registró un salto del 0,37% y 0,27%, con respecto a los setenta y ochenta respectivamente. El promedio de gasto anual para lo transcurrido del presente milenio asciende a 1,08%, incrementándose 0,58%, 0,48% y 0,21% en relación con el promedio de las décadas de los setenta, ochenta y noventa respectivamente.

Durante este largo período de treinta y siete años, el gasto de justicia se duplicó con proporción al tamaño de la economía, explicado en buena parte por las nuevas instituciones que instauró la Constitución de 1991, como el Consejo Superior de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía General de la Nación. Así mismo, el tránsito del sistema penal inquisitorio al sistema penal acusatorio exigió el uso de mayores recursos para su implementación. Adicionalmente, la fragmentación del código penal en reformas específicas para la infancia y adolescencia, justicia y paz, y pequeñas causas también ha implicado una presión por mayores recursos.

La Gráfica No. 8 muestra durante el mismo período un ascenso del gasto más pronunciado que el reflejado en la Gráfica No. 9 debido a un crecimiento real del sector después de los años ochenta. La reducción de la inflación de dos a un dígito después de los noventa implicó que el efecto nominal de los precios fuese mucho menor de lo que fue el efecto real. El gasto anual ejecutado durante lo transcurrido de la presente década fue más de siete veces (3.193.865 millones de pesos) el gasto anual ejecutado durante la década de los setenta (439.216 millones de pesos); casi cuatro veces el ejecutado anualmente durante los ochenta (822.739 millones de pesos); y una vez y media el de los años noventa.

Gráfica No. 9



Ahora bien, como porcentaje del presupuesto de la Nación, el gasto público en justicia representa más del 5%.

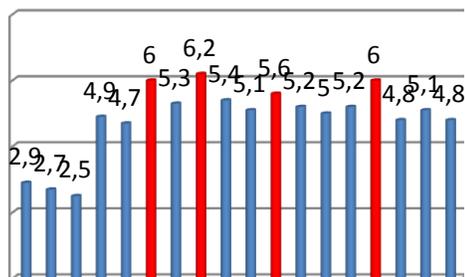
Cuadro N° 69

Año	Justicia / Presupuesto Total	Justicia / Presupuesto sin deuda
1990	2,5	2,9
1991	2,3	2,7
1992	2,2	2,5
1993	4,3	4,9
1994	3,7	4,7
1995	5,2	6,0
1996	4,2	5,3
1997	4,5	6,2
1998	3,8	5,4
1999	3,6	5,1
2000	3,8	5,6
2001	3,5	5,2
2002	3,3	5,0
2003	3,2	5,2
2004	3,8	6,0
2005	3,2	4,8
2006	3,3	5,1
2007	3,2	4,8
período 70-79	4,2	4,8
período 80-89	4,3	5,2
período 90-99	3,9	5,1

La serie 1970-1989 se tomó de los informes de la Comisión de Racionalización del Gasto Público. Bogotá, 1997 Tomo V. La serie 1990-2007 fue suministrada por la Contraloría General de la República, que a su vez la tomó del SIF-MHCP

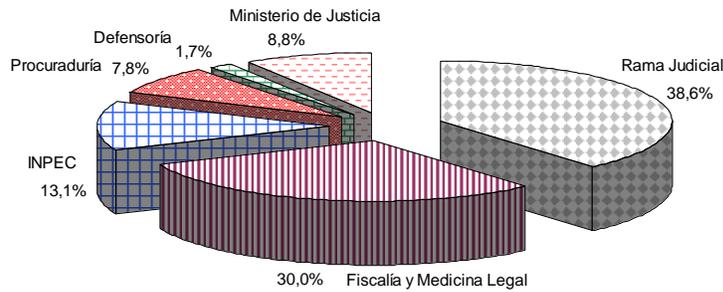
Gráfica N° 10

GASTO PÚBLICO EN JUSTICIA. PORCENTAJE DEL PRESUPUESTO.



Gráfica No. 11

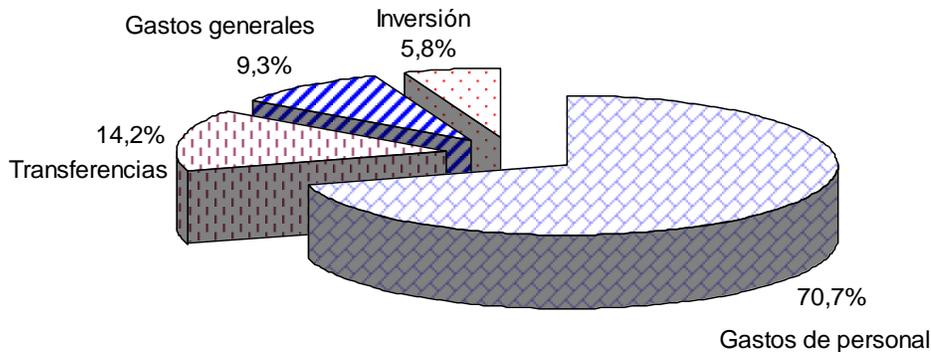
Participación de las instituciones dentro del sector justicia (1990-2007)



En la Gráfica No. 11 se muestra la distribución institucional dentro del sector justicia para el período de análisis. Se destaca el mayor peso específico (38,6%) que dentro del presupuesto total del sector justicia, absorbe la rama judicial. Le siguen, en orden de importancia, la Fiscalía General de la Nación (30%), el Instituto Nacional y Penitenciario (13,1%), el Ministerio de Justicia (8,8%), la Procuraduría General de la Nación (7,8%) y, finalmente, la Defensoría del Pueblo (1,7%).

Gráfica No. 12

Gasto en Justicia por destino 1990-2007



La Gráfica No. 12 ilustra que los gastos de personal representan más de dos terceras partes (70,7%) dentro de los gastos totales del sector justicia. Allí se incluyen los sueldos, salarios y los demás reconocimientos asociados a la nómina de los jueces, magistrados, fiscales y empleados de la Rama Judicial, la Fiscalía (incluyendo Medicina Legal), la Procuraduría, el Inpec, el Ministerio de Justicia y la Defensoría del Pueblo. Le siguen, en orden de importancia, las transferencias (14,2%), normalmente relacionadas con prestaciones sociales como las cesantías y las pensiones, así como las sentencias y conciliaciones falladas por los mismos jueces en contra de fiscales y jueces que hayan incurrido en faltas que fueron objeto de demandas de reparación. Los gastos generales es el rubro que le sigue en importancia y lo representa, entre otros, la adquisición de bienes y servicios, el pago de los servicios públicos, los arrendamientos y el pago de impuestos. Finalmente, la inversión es el rubro menos representativo de los gastos totales (5,8%), y está justificado, entre otros, por la adquisición de sedes para el funcionamiento de la justicia en las regiones, la adquisición y dotación de tecnología y la capacitación de los jueces y fiscales.

Se trata de un gasto público en justicia considerablemente alto, sólo comparable con el que realizan algunos países de América, que aplican también esta racionalidad, y con Estados Unidos, vanguardia de este pensamiento, país que tiene un gasto público en justicia superior al 1,6% del PIB, que representa más o menos alrededor del 11% de su presupuesto general.

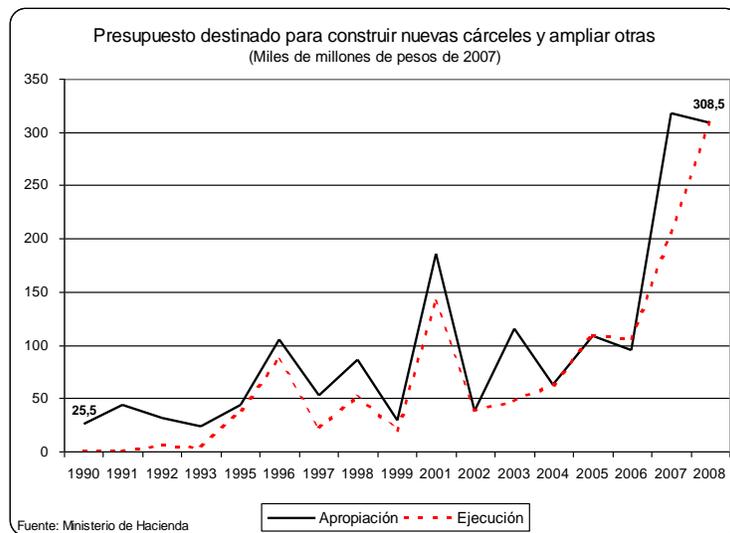
A fin de seguir caracterizando la racionalidad colombiana, resulta también importante conocer cómo ha evolucionado el gasto público en materia penitenciaria en el país.

7.1.2. Mayores recursos para el INPEC

A la vez que se ha reducido la cantidad de establecimientos penitenciarios, también se ha construido un número importante de nuevas cárceles¹⁶³. En marzo de 2006 se definió una estrategia para expandir la infraestructura penitenciaria y carcelaria del país¹⁶⁴, bajo la justificación de contrarrestar el hacinamiento de los establecimientos penitenciarios. Once nuevas cárceles¹⁶⁵ fueron programadas para construir entre 2007 y 2008, con un costo de 972 mil millones de pesos de 2006.

La política de maximizar el uso de las cárceles ha demandado, de manera permanente, importantes recursos del presupuesto nacional. Mientras en 1990 se apropiaron recursos por 25,5 mil millones de pesos (constantes de 2007), en 2008 se apropiaron 308,5 mil millones¹⁶⁶. Es decir, en 18 años el presupuesto para construir cárceles se multiplicó por doce veces como resultado de esta política (Gráfica No. 13).

Gráfica No. 13



¹⁶³ Hasta 2006 se construyeron nuevos centros penitenciarios de máxima seguridad como el de Combita en Boyacá e Itagui en Antioquia. Así mismo se construyeron y dotaron también cárceles en Girardot, Valledupar, Apartado, Colonia agrícola de los llanos, Popayán y Girón, entre otras.

¹⁶⁴ Ver documento Conpes 3412 del 6 de marzo de 2006.

¹⁶⁵ Cárceles nuevas para Medellín, Puerto triunfo, La Picota de Bogotá, Guaduas, Acacias, Yopal, Florencia, Jamundí, Cartagena, Cúcuta e Ibagué.

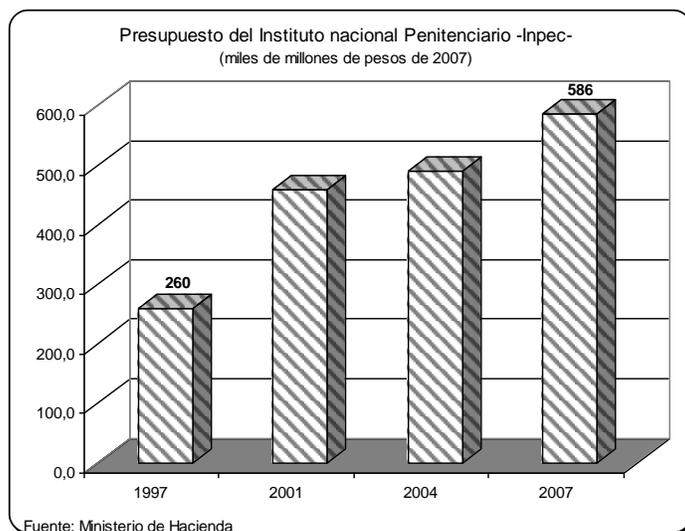
¹⁶⁶ Rubro de inversión exclusivo para la construcción, ampliación y dotación de nuevas cárceles y no incluye el mantenimiento de las mismas una vez construidas, ampliadas y dotadas, el cual corresponde apropiarse en el presupuesto anual ordinario del Inpec. Cifra en pesos constantes de 2007.

Entre 1990 y 2008 se destinaron recursos en el presupuesto nacional por importe de 1,6 billones de pesos, de los cuales se ejecutaron 1,2 billones¹⁶⁷. La construcción y dotación de nuevas cárceles, así como la ampliación, adecuación y dotación de las ya existentes, ha demandado recursos adicionales del presupuesto nacional, para la operación y mantenimiento de esta nueva infraestructura carcelaria.

Solamente para la entrada en operación de las once nuevas cárceles se proyectaba un requerimiento adicional de 3,199 guardias y 836 empleados administrativos. El costo anual de este nuevo personal ascendía a 106 mil millones (en pesos de 2006), más 42 mil millones de gastos generales¹⁶⁸

De esta manera, el presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) ha aumentado significativamente, toda vez que pasó de 260 mil millones de pesos¹⁶⁹ en 1997 a 586 mil millones en 2007, lo cual implicó que en diez años este presupuesto se haya más que duplicado (Gráfica No. 14). El crecimiento real de los gastos totales fue del 8,5% en promedio anual para el período mencionado, mientras que la inflación fue del 8,6%, lo que significa que el crecimiento anual de los gastos del Inpec duplicó el crecimiento de la inflación¹⁷⁰. Este referente informa sobre la presión que los requerimientos del Inpec han ejercido sobre el presupuesto nacional.

Gráfica No. 14



El gasto público corriente¹⁷¹ por recluso se ha incrementando significativamente en los últimos doce años, toda vez que en 1996 era de 2,3 millones por interno, y pasó a 4,1 millones por interno en el presupuesto del Inpec para 2008 (Cuadro No. 70). Es decir, que en doce años el costo por interno casi se duplica, lo cual indica que la presión en el presupuesto público que viene del sistema penitenciario no sólo es por el incremento absoluto del número de personas reclusas en los centros penitenciarios y carcelarios, que fueron de 26,669 reclusos en este período, sino también porque el costo de mantener un interno ha crecido el 4,8% anual en términos reales.

¹⁶⁷ Las cifras están traídas a valor presente como pesos de 2007. La fuente es Ministerio de Hacienda y crédito público, presupuesto General de la Nación 1990 a 2008. La cifra de 2008 en ejecución se refiere a apropiación presupuestal.

¹⁶⁸ Incluye adquisición de bienes y servicios para la operación carcelaria como muebles, papelería, utensilios de aseo, pago de servicios públicos y en general mantenimiento de las instalaciones físicas y sanitarias.

¹⁶⁹ Esta cifra se refiere a ejecución presupuestal y es traída a valor presente en miles de millones de pesos de 2007, para poder compararla con el valor de la ejecución presupuestal del año 2007.

¹⁷⁰ En términos nominales el presupuesto del Inpec creció el 17,1% anual entre 1997 y 2007.

¹⁷¹ Incluye solamente el gasto recurrente para atender la operación corriente de todas las cárceles. No incluye el presupuesto extraordinario asignado para construir cárceles.

Cuadro No. 70
Evolución del costo por interno

Millones de pesos de 1994

Año	Presupuesto ejecutado del Inpec	Personas Recluidas en centros penitenciarios	Costo por Interno
	(1)	(2)	(3)=(1)/(2)
1996	92.402	39.676	2,3
1997	94.772	42.028	2,3
1998	115.860	44.398	2,6
1999	132.291	45.064	2,9
2000	158.118	51.518	3,1
2001	172.485	49.302	3,5
2002	172.612	52.936	3,3
2003	187.186	62.277	3,0
2004	200.653	68.020	2,9
2005	238.284	66.829	3,6
2006	241.743	60.021	4,0
2007	225.875	63.603	3,6
2008*	270.936	66.345	4,1

Fuente: Ministerio de Hacienda para presupuesto ejecutado del Inpec; Inpec para internos recluidos; y, Dane y Banco de la República para PIB por habitante.

* Se estima que el 98% de lo apropiado en el presupuesto se ejecuta al final de año 2008. Ese ha sido el promedio de ejecución de los últimos seis años. Las personas recluidas se tomaron con fecha de corte a abril de 2008. El PIB por habitante se estima con base en las proyecciones de PIB del DNP y población del Dane para 2008.

Ahora bien, al comparar este costo anual por recluso con el ingreso por habitante de todos los colombianos, sobresalen dos hechos notorios: el primero es que para todos los años del período comprendido entre 1996 y 2008 es mayor el costo por recluso frente al ingreso por habitante¹⁷². El segundo es que la brecha entre estas dos variables se ha ampliado de manera importante con el transcurrir del tiempo (Gráfica No. 15). Mientras en 1996 la diferencia del costo por recluso frente al ingreso por habitante era de 480 mil pesos¹⁷³, en 2008 esa diferencia se amplió a un millón setecientos mil pesos¹⁷⁴, es decir, en doce años la diferencia se multiplicó por tres veces y media¹⁷⁵, como resultado del significativo aumento del costo por recluso.

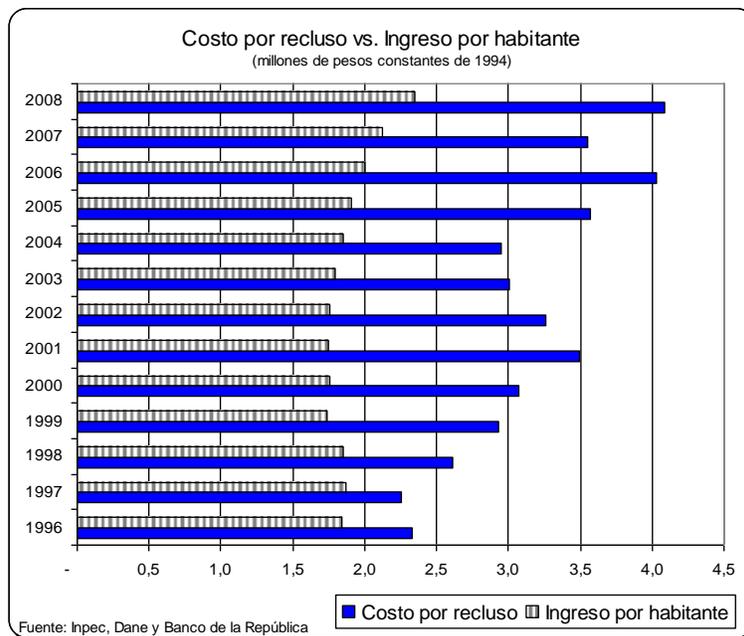
Gráfica No. 15

¹⁷² En valores absolutos y comparables. Ambas variables están en pesos constantes de 1994.

¹⁷³ Equivalente a 477 dólares.

¹⁷⁴ Equivalente a 960 dólares.

¹⁷⁵ En dólares esta diferencia se duplicó.



No deja de ser irónico lo que revela esta comparación. Como se ha evidenciado a lo largo de este análisis, la mayoría de la población privada de libertad es población joven, con un bajo nivel de educación, y en condiciones infralaborales, toda vez que se dedicaban a oficios de baja calificación y de rebusque, lo que señala una alta probabilidad de que el promedio de ingresos anuales de esta población no hubiese superado el 60% del ingreso por habitante¹⁷⁶. Al ser ésta una condición social y laboral de muchos colombianos, y no sólo de los reclusos, significa que ha existido una tradición del Estado por castigar indiscriminadamente a quienes desvían su conducta frente al código penal, sin reparar o cuestionarse primero sobre qué oportunidades les ha brindado el Estado a estas personas para superar su condición social.

Es un total contrasentido que el Estado colombiano dedique más recursos a castigar a un ciudadano, de los que ese mismo ciudadano está en capacidad de generar, porque ese mismo Estado le negó la posibilidad de evitar el delito. Sin caer en un determinismo teleológico de que el Estado es la fuente y solución de todos los problemas de las personas (lo cual se demuestra en que no todos los pobres¹⁷⁷ del país cometen delitos), lo cierto es que la mayoría de las personas que vincula el sistema penal sí son pobres. Y ese no es un problema de las personas, sino un problema social que atañe al Estado resolverlo.

El **mensaje** claro que deja como lección el anterior raciocinio, es que ningún presupuesto alcanzaría para encarcelar a todas las personas infractoras del régimen penal, cuando una sociedad tiene como único instrumento el régimen punitivo para atender los problemas de convivencia. Por tanto, es importante reflexionar seriamente sobre la eficacia de la política criminal cuando ésta se soporta únicamente en la maximización del régimen punitivo del Estado. Se hace imperativo sustituir la ecuación de más inversión pública en cárceles, más infractores del régimen penal y más hacinamiento, es igual a mayor impunidad¹⁷⁸; por la ecuación más inversión social, menos infractores del régimen penal, y menos cárceles es igual a menos impunidad. Además de la magnitud del gasto, que poca relación guarda con los resultados que arroja el sistema judicial, la

¹⁷⁶ El 60% del ingreso por habitante es el promedio entre 1996 y 2008 de lo que representa el ingreso anual de una persona que devenga el salario mínimo frente al ingreso promedio por habitante.

¹⁷⁷ La población bajo la línea de pobreza representa el 49,2% y bajo la línea de indigencia el 14,7% de la población total. Ver pobreza y desigualdad en Colombia de Hugo López y Jairo Núñez Méndez. DNP, 2007.

¹⁷⁸ El estudio de la impunidad se realizó en el capítulo anterior y allí se puede evidenciar su magnitud.

racionalidad asumida viene trasladando progresivamente a Colombia la misma lógica que en materia penitenciaria ha venido desarrollado Estados Unidos con la privatización de muchos de los servicios relacionados con las prisiones. En esta materia existen convenios de cooperación entre el Gobierno de Estados Unidos y el de Colombia. La racionalidad norteamericana no sólo se traslada a través de la reformas del sistema penitenciario, sino también a través de todos los programas de reforma de la justicia que Estados Unidos ha puesto en marcha en el país.

La lógica asumida para hacer frente a la impunidad ha traído como consecuencia un incremento del uso de la privación de libertad. Este incremento contribuye, sin duda, a propiciar una tendencia privatizadora de los servicios penitenciarios. La profesionalización de la atención a la criminalidad, junto a la privatización de servicios en el ámbito de la justicia, particularmente en el sistema carcelario, conduce a producir lo que algunos criminólogos llaman “la industria del control del crimen”. Cuando sobre una actividad negativa como la delincuencia, se crean instituciones, se desarrollan actividades empresariales o de crecimiento económico, no es posible esperar la reducción de la impunidad ni de la criminalidad. Como se ha visto, USA tiene más de 700 presos por cada 100.000 habitantes, y Colombia más de 190, población que viene creciendo gradualmente desde hace ya bastante tiempo.

7.1.3. El contexto mundial.

La comparación relativa de la población reclusa entre países, aporta elementos de juicio para evaluar en el contexto mundial, los resultados de la aplicación del sistema penal de Colombia.

Al finalizar la década de los noventa, ocho millones de personas estaban privadas de libertad en todo el mundo, lo que representó 133 reclusos por cada cien mil habitantes (Cuadro No. 71). Con el transcurso de 8 años, al finalizar 2007, la población mundial reclusa en centros penitenciarios había aumentado a 9,3 millones de personas, lo que representó 145 reclusos por cada cien mil habitantes. Mientras el aumento de la población mundial al año fue del 0,81%, el aumento de la población reclusa en las distintas cárceles del mundo aumentó un 1,87% al año; es decir, creció 1,05% anual por cada cien mil habitantes. Ello indica que ha sido más rápido el crecimiento de las personas privadas de la libertad, que el crecimiento mismo de la población en el mundo.

Cuadro No. 71
Reclusos en el mundo

Variable	1999	2007	Variación anual (%)
Población Mundial (Miles de millones)	6.000	6.401	0,81
Reclusos (Millones)	8,0	9,3	1,87
Reclusos (Personas por cada cien mil habitantes)	133	145	1,05

Fuentes: World prison population list in research findings No. 88, 1999 and World Prison Population List. International Centre for Prison Studies. Seventh Edition, 2007. Cálculos propios.

El Cuadro No. 72 muestra que la población interna en centros penitenciarios y en prisión domiciliaria de Colombia tiene una tendencia mucho más acentuada que la ilustrada atrás para el conjunto de países del mundo. Para este mismo período, los reclusos de Colombia casi se duplican al pasar de 43,000 a 83,904¹⁷⁹, registrando un crecimiento anual del 8,71%, es decir, siete veces más de lo que creció la población total del país al año (1,26%). En consecuencia, la población reclusa por cada cien mil habitantes creció a un ritmo anual del 7,36%, también siete veces más rápido de lo que creció la población reclusa del mundo en el período analizado.

¹⁷⁹ Presos a diciembre de 2007 según cifras del Inpec, con el fin de hacerlo comparable con las cifras del mundo. Los 86,486 reclusos del cuadro No. 1 tiene fecha de corte abril de 2008.

Cuadro No. 72
Reclusos en Colombia

Variable	1999	2007	Variación anual
Población Colombia (personas)	39.745.714	43.926.034	1,26
Reclusos (personas)	43.000	83.904	8,71
Reclusos (Personas por cada cien mil habitantes)	108	191	7,36

Fuentes: DANE para población; World prison population list in research findings No. 88 (1999) para reclusos 1999; e INPEC para reclusos 2007. Cálculos propios.

Ahora bien, para analizar cómo se sitúa Colombia ante el mundo en materia de castigo penal, es pertinente primero conocer cómo están las grandes regiones del mundo en esta materia. El Cuadro No. 6 muestra el número de reclusos por cada cien mil habitantes para las distintas regiones y subregiones del mundo, ordenadas de menor a mayor número de reclusos. En primer lugar, se encuentra el continente asiático, con un promedio de 87 presos por cada cien mil habitantes, destacándose los países del centro-sur de Asia con un indicador de 45. En segundo lugar, se encuentra África con un promedio de 102, donde sobresale África Occidental con 36. En tercer lugar, Europa tiene un indicador de 225, diferenciándose notablemente Europa Occidental con 94. En cuarto lugar, está América como la región que mayor número de reclusos tiene (361), destacando América del norte por su gran contribución a elevar este indicador (677).

La posición de Colombia (191) frente a las distintas regiones del mundo, en materia de castigo penal, duplica a los países de Asia y a los de Europa Occidental; se encuentra muy por encima de África y Oceanía; y converge con los países de América Central. Por otra parte, Colombia se encuentra tres veces y media por debajo de la tasa correspondiente a Norte América, donde se localiza EE.UU, país líder mundial en el castigo penal. En términos absolutos, Colombia con sus 83,904 reclusos de finales del año 2007, ocupa el puesto 17 en el ámbito mundial en cuanto a represión penal se refiere, dentro de un total de 214 países independientes y territorios dependientes¹⁸⁰. Pero en términos relativos, es decir, tomando el número de internos por cada cien mil habitantes, Colombia ocupa el puesto 56, después de 22 países de América, 12 de Asia, 10 de Europa Oriental y 9 de África

Cuadro No. 73

¹⁸⁰ Por encima de EE.UU (2,2 millones), China (1,5 millones), Rusia (870 mil), Brasil (361 mil), India (332 mil), México (214 mil), Ucrania (166 mil), Tailandia (164 mil), Sur África (157), Irán (148), Indonesia (100 mil), Filipinas (90 mil), Pakistán (89 mil), Reino Unido (88 mil), Vietnam (88 mil) y Polonia (88 mil). Información reportada al World Prison Population List (Seventh Edition). International Centre for Prison Studies, 2007.

Reclusos por grandes regiones del mundo (2007)

Regiones	Reclusos	Población	Reclusos por cada 100.000 habitantes
Asia Central	145.840	57.100.000	255
Asia Centro Sur	672.481	1.509.328.000	45
Asia del Sur Este	626.150	605.255.000	103
Asia Occidental	109.293	107.439.000	102
Asia Oriental	1.752.249	1.516.999.200	116
Asia Total	3.306.013	3.796.121.200	87
Africa del Norte	224.433	217.050.000	103
Africa Occidental	80.338	224.723.000	36
Africa Oriental	332.613	269.267.750	124
Africa Central	64.665	98.489.000	66
Africa del Sur	174.133	53.610.000	325
Africa Total	876.182	863.139.750	102
Oceania	40.844	33.172.700	123
Europa Centro Oriental	394.059	152.980.000	258
Europa del Norte	129.570	96.645.600	134
Europa del Sur	168.932	149.122.740	113
Europa Occidental	176.487	186.798.100	94
Europa/Asia	968.141	230.260.000	420
Europa Total	1.837.189	815.806.440	225
América Caribe	98.681	37.846.880	261
América Central	271.842	149.679.000	182
América del Norte	2.220.326	328.150.000	677
América del Sur	630.284	377.040.034	167
Colombia *	83.904	43.926.034	191
Resto de América del Sur	546.380	333.114.000	164
América Total	3.221.133	892.715.914	361
Total Mundial	9.281.361	6.400.956.004	145

Fuente: World Prison Population List. International Centre for Prison Studies. 7th Ed. United Kingdom, 2007

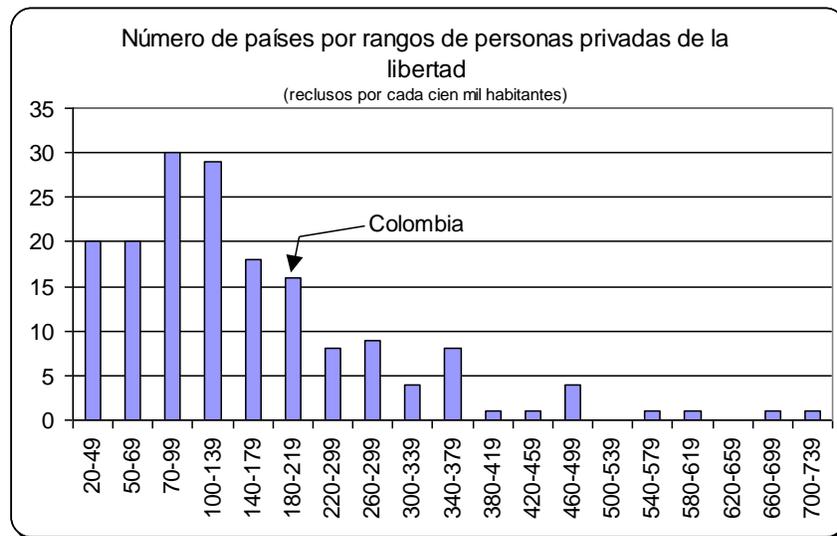
* La población reclusa de Colombia fue ajustada, con respecto al dato que traía este informe internacional, porque no incluye 20,301 personas en prisión domiciliaria en 2007, según datos del INPEC.

En la Gráfica No. 16 se ilustra la agrupación de 172 países, según el número de personas que cada uno de ellos tiene privadas de la libertad. Sólo 20 países poseen el menor número de reclusos (entre 20 y 49 por cada cien mil habitantes). En este grupo se encuentran entre otros, buena parte de los países de África Occidental como Burkina Faso (23), Mauritania (26) Nigeria (30), Malí (339) y Níger (46); también países del sur de Asia como India (26) y Nepal (26); y una isla del Caribe americano como Haití (43).

Los siguientes 20 países poseen entre 50 y 59 reclusos por cada cien mil habitantes: países africanos como Ghana (55), Senegal (54), Congo (57) y Mozambique (51); Guatemala (57) en centro América; Qatar (55), Bangladesh (50), Pakistán (57) y Cambodia (58) en Asia.

El mayor número de países se encuentra en dos grupos. En el primero de ellos, están los que poseen entre 70 y 99 reclusos, entre los que se encuentran la mayoría de países de Europa Occidental como Francia (85), Bélgica (91), Alemania (95), Suiza (83), Malta (86), Grecia (90), Dinamarca (77), Finlandia (75), Irlanda (72) y Suecia (82); países de América como Venezuela (74), Bolivia (83), Paraguay (86), Ecuador (93) y Nicaragua (98). En el segundo grupo están los que tienen reclusos entre 100 y 139 reclusos por cada cien mil habitantes, donde se encuentran países europeos como Italia (104), Serbia (104) Austria (105) Albania (111), Montenegro (108), Portugal (121), Holanda (128) y Reino Unido (124); Australia (126) en Oceanía; en África, Burundi (106), Kenia (130), Madagascar (107), Tanzania (113), Zambia (120) y Zimbabue (139). En América están Canadá (107) y Perú (126). En Asia se encuentran países como Jordania (104), Kuwait (130), Arabia Saudita (132), Vietnam (105) y Sri Lanka (114).

Gráfica No. 16



Fuente: ICPS (International Centre for Prison Studies). 2007. World Prison Population List, Seventh Edition. London. For more details visit: <http://www.prisonstudies.org/>.

Colombia (191) se encuentra en el grupo de países que tienen entre 180-219 reclusos por cada cien mil habitantes, en compañía de países de América Latina como Costa Rica (181), Jamaica (182), Brasil (191), México (196) y Uruguay (193).

Más hacia la derecha de la gráfica se encuentran los países de todo el mundo que más penalizan a sus ciudadanos. Por ejemplo, en ese recorrido se encuentran Israel (209), Polonia (230), Chile (240), Suiza (249), Mongolia (269), Trinidad y Tobago (296), South África (335), Singapur (350), Cuba (487), Rusia (611), Ruanda (691) y Estados Unidos de América (738).

No existe una homogeneidad del número de reclusos, ya sea por regiones o por sistemas de gobierno, toda vez que se encuentran pocos países de América Latina con un número bajo de sus ciudadanos en prisión, pero muchos con un número alto. De igual manera sucede en África, donde se encuentran la mayor parte de los países que menos castiga penalmente a sus ciudadanos, pero también está uno de los países que más se destaca por sus avances sociales, políticos y económicos como es South África, que se encuentra dentro de los países de mayor castigo penal. Si el promedio de reclusos en el mundo es de 145 por cada cien mil habitantes, Colombia se encuentra por encima de este promedio, con una desviación del 32%, pero no tanto como otros países cuya desviación supera el 320%, como Rusia, o el 400%, como EE.UU.

Aunque el propósito y alcance de este estudio no es profundizar sobre la mayor o menor intensidad del castigo penal en los distintos países del mundo, una comparación entre ellos sí permite vislumbrar que no existe una relación clara y definida entre reclusos-delitos, y en ese sentido, el número de presos de un país no se explica de manera determinante por el nivel de delitos de una sociedad en particular. El crecimiento del número de reclusos no necesariamente refleja la cantidad de delitos cometidos en determinado país, tal como se refleja en el set de Gráficas No. 10, divididas por la evolución del número de homicidios. En éstas se evidencia la relación entre el número de homicidios, como indicador representativo de los delitos, y el número de presos por cada cien mil habitantes, para 124 países en 2007. En la mayoría de las gráficas no se vislumbra una tendencia definida, a excepción del cuadrante superior derecho, en el que se podría estar bosquejando una relación directa y creciente.

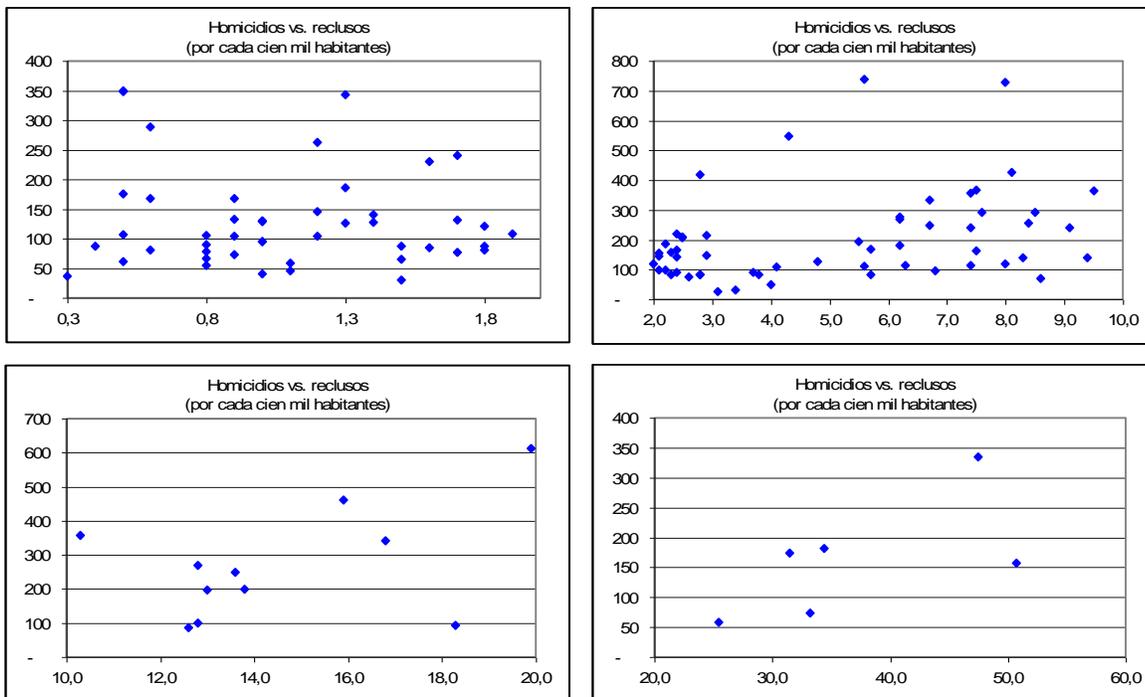
Este comportamiento sugiere que el número de reclusos es más consecuencia de la definición y castigo que una sociedad hace del delito en sus respectivos códigos penales. Por ejemplo, en la gráfica se puede observar que

existen algunos países como Singapur, que con un bajo número de homicidios (0,5)¹⁸¹, tienen un elevado número de presos (350), ambos indicadores por cada cien mil habitantes. Así mismo, por ejemplo, se pueden comparar México y Colombia. Ambos países tienen un nivel parecido de reclusos por cada cien mil habitantes (de 196 el primero y 191 el segundo), pero tienen una tasa de homicidios muy diferente: Mientras México tiene una tasa de 13 por cada cien mil habitantes, la de Colombia es de 62,5. Ahora bien, Estados Unidos tiene 5,6 homicidios y 738 reclusos por cada cien mil habitantes, lo cual indica que los homicidios son menos de la mitad de los que registra México, y el 9% de los que tiene Colombia, pero no obstante, los reclusos son casi cuatro veces los de ambos países.

Estas comparaciones reafirman la heterogeneidad y la multiplicidad de normas, reglas y comportamientos entre los países para penalizar y castigar a sus ciudadanos. Cada país, cada sociedad, ha convenido explícita o implícitamente resolver a su manera los problemas de convivencia entre sus ciudadanos. Lo más probable es que algunas de las sociedades industrializadas, por la lógica misma que envuelve la dinámica de su progreso, hayan maximizado la industria del control del delito, y ello explica porqué a pesar de una baja criminalidad en relación con otras sociedades, tienen el mayor número de presos en sus cárceles.

Seguramente las preguntas ¿cómo explicar las enormes variaciones que entre naciones se encuentra en relación con el encarcelamiento? y ¿por qué hay sociedades que tienen diez veces más presos que otras?, pueden responderse dentro del contexto histórico propio de cada Nación. La tradición de convivencia o conflictividad de una sociedad frente a otra; la maximización o minimización del régimen punitivo, que implica penalización o no de distintas conductas, la cultura, la educación, el bienestar social, etc., son entre otros, los elementos comunes a considerar para ahondar en la comparación entre países del resultado penal. Una comparación de esta índole, seguramente va permitir concluir que también la impunidad es relativa a cada país.

Gráfica No. 17



Source: ICPS (International Centre for Prison Studies), 2007. World Prison Population List, Seventh Edition, London. Homicides in PNUD

¹⁸¹ La fuente de esta información es human development reports. Homicidios son para 2002-2004 y presos para 2007. Ver: http://hdrstats.undp.org/countries/data_sheets/cty_ds_SGP.html.

Entre 1999 y 2007 los reclusos de Colombia se incrementaron a una tasa anual siete veces mayor que la tasa anual a la que se aumentaron los reclusos del mundo. Por eso dicha tasa duplica, en materia de castigo penal, a los países de Asia y Europa Occidental; está muy por encima de África y Oceanía; y converge con los países de América Central. Colombia se encuentra tres veces y media por debajo de la tasa correspondiente a EE.UU, país líder mundial en el castigo penal.

Teniendo en cuenta el perfil socio demográfico de la población privada de libertad que arrojan los datos del Sistema Penal Oral Acusatorio en éste país, más del 40% de los reclusos son personas jóvenes menores de 30 años de edad. En el caso de aplicarse la lógica privatizadora que se comenta, sería algo así como hacer negocio con la desgracia de los jóvenes.

7.1.4. Las demandas contra el sistema penal

Los programas de lucha contra la impunidad han generado también una serie de capturas ilegales, y éstas a su vez han dado paso a las correspondientes demandas judiciales contra la Nación por la actuación de jueces y fiscales. Las pretensiones que tienen estas demandas son considerablemente altas, pueden dar origen a fenómenos de corrupción, y representan sin duda una forma de distribuir el presupuesto vía acciones judiciales. También hay demandas contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), por muerte de internos bajo su responsabilidad.

En el cuadro siguiente se puede apreciar el monto de las pretensiones que tienen estas acciones judiciales. Igualmente, y con el propósito de ilustrar cómo el no funcionamiento del sistema de justicia puede dar origen a demandas internacionales costosas para el país, se presenta aquí también el monto de las condenas que ha sufrido la Nación como consecuencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cuadro N° 74

Instituciones del Sistema Penal.	Valor de Pretensiones.
Fiscalía General de la Nación (2000 – 2007)	5.006.838.365
Consejo Superior de la Judicatura (2000 – 2007)	4.116.972.425
Instituto Nacional Penal y Penitenciario.	5.674.000.000
Fallos Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006 – 2008).	106.436.290.007

El caso del Inpec merece un comentario. En la medida que es evidente que las condiciones carcelarias violan los derechos fundamentales de los internos, las demandas ante la justicia contenciosa administrativa no se hacen esperar, sobre todo cuando por esta causa se produce la pérdida de vidas. El fundamento legal de estas demandas está consagrado en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el cual establece la reparación directa por hechos u omisiones u operaciones administrativas. Cabe señalar que una parte significativa de los demandantes son personas naturales representadas por apoderados que litigan con frecuencia contra el Estado.

A finales de 2007, las pretensiones de las múltiples demandas interpuestas contra el Inpec ascendían a 784 mil millones de pesos¹⁸², es decir, equivalentes al 148% del presupuesto del Inpec de 2007¹⁸³. En julio de 2008 había un inventario de 70 acciones de la justicia contenciosa en relación con el Inpec, de las cuales 47 son sentencias, la mayoría ejecutoriadas, cuyas condenas ascienden a 2,113 millones de pesos. Pero en la medida que no existe dinero disponible para cancelar en un plazo prudencial el valor de estas sentencias, los intereses han hecho que esta suma ascienda a 4,194 millones de pesos. De igual manera ocurre con las 23 conciliaciones a las que ha llegado el Inpec con sus demandantes. Allí el valor conciliado ha sido del orden de los 1,480 millones de pesos. En total, entre sentencias y conciliaciones, el Inpec adeuda una suma de 5,674 millones de pesos.

La experiencia en análisis permite evidenciar la ironía que existe en el uso de los recursos públicos, toda vez que alimentan un círculo maligno de delito, castigo, muerte y riqueza, dentro del cual muchos se han profesionalizado para extraer de allí un lucro permanente. Es un contrasentido que Colombia, siendo un país con recursos escasos, privilegie el uso de su presupuesto público para subsanar económicamente las violaciones a los derechos humanos provenientes del mismo Estado.

Esta racionalidad también se caracteriza por un uso máximo o ilimitado del sistema penal, en sentido contrario al papel atribuido al derecho penal en una sociedad democrática, donde sólo está justificado en su expresión mínima y como último recurso. La impunidad es, en estas circunstancias, consecuencia de la utilización máxima del derecho penal.

A la racionalidad asumida poco le importa la condición socio-demográfica de las personas implicadas en el delito y criminaliza a los jóvenes. De conformidad con las cifras que arroja la experiencia del SPOA, es a la población joven menor de 30 años a quien más se le aplica el rigor de la legislación penal. La alta participación de la juventud en actividades delictivas obliga necesariamente a replantear los programas de lucha contra la impunidad y la criminalidad, como los que se han puesto en marcha en Colombia. Cuando en un país es este segmento de población el que participa cada vez más en actividades delictivas, es necesario preguntarse qué pasa en la sociedad, resulta central evitar que la criminalidad siga siendo sólo un problema de seguridad y de orden público, conviene hacer todos los esfuerzos posibles para evitar que aparezca la industria del control del crimen, e iniciar el estudio y puesta en marcha de mejores políticas públicas para la convivencia, así como hacer un mejor uso de los recursos públicos.

7.2. La racionalidad europea

En sentido distinto a la asumida por Colombia y Estados Unidos, existe otra racionalidad, cuyo origen es europeo. Se trata de una racionalidad que apuesta por la construcción de un derecho penal mínimo, que no utiliza medios punitivos o autoritarios, y que reconoce que el derecho penal no es el único medio ni tampoco el más importante para prevenir los delitos, hacer frente a la impunidad y a la delincuencia. Estas sociedades han logrado hablar incluso de la abolición del derecho penal.

Para esta racionalidad, la reducción de la impunidad no depende en estricto sentido, o solamente, de los cambios en el proceso penal, depende de la reducción del ámbito de actuación del sistema penal mismo.

Para lograr la vigencia de un derecho penal mínimo, estas sociedades construyeron un acuerdo de convivencia. La primera regla de un pacto constitucional y legal sobre la convivencia civil no es quién debe decir o cómo hacerlo, sino que es lo mínimo común a todos los habitantes de una sociedad que no puede ser alterado ni siquiera por un gobierno de mayoría legítimamente constituido.

¹⁸² Equivalentes a 443 millones de dólares o 284 millones de Euros.

¹⁸³ El presupuesto ejecutado para el Inpec en 2007 es de 531 mil millones (300 millones de dólares) y las demandas en contra del Inpec a finales de 2007 superan este presupuesto en 253 mil millones. Las demandas representan al 148% del presupuesto del Inpec.

Para esta racionalidad, la convivencia es la gestión de los riesgos sociales que comparten tres instituciones: el Estado, el mercado y la familia.

La convivencia es también el respeto de tres sistemas normativos: el legal, el socio-cultural y el ético o moral. La experiencia demuestra que la armonía de estos sistemas está condicionada por la intervención de la economía pública.

La viabilidad de la familia es condición fundamental para gestionar los riesgos sociales y mejorar la convivencia. Sin familias viables, la convivencia se torna difícil.

El objetivo central de esta parte del trabajo es poner en evidencia la relación directa que existe entre el gasto público en familia y la mejora de los indicadores de convivencia en un país. A tal fin, se intenta presentar y caracterizar el gasto social público en familia de la mayoría de los países desarrollados y de algunos de América Latina, y relacionarlo tanto con una serie de indicadores de convivencia como también con el gasto público en justicia, seguridad y defensa.

Por su importancia para Colombia y para el sistema de justicia penal, seguidamente se intentará hacer una aproximación a la racionalidad y a la experiencia europea, con algún grado de detalle. Simultáneamente se hará alguna comparación con países del norte y sur de América, en especial con Colombia.

7.2.1. Las prestaciones sociales para la familia en Europa

En la experiencia Europea hay tres tipos de medidas que acompañan la política familiar. Las primeras, denominadas políticas familiares monetarias, conocidas también con el nombre de “prestaciones económicas directas”, se refieren a los recursos monetarios que en forma de transferencias o desgravaciones fiscales reciben las familias.

Las segundas, las políticas familiares de servicio en especie, guardan relación con los tipos de servicios externos que en términos de prestaciones de apoyo se ofrecen a la familia para atender a las necesidades de los menores dependientes y de ancianos. Conviene advertir que buena parte de las medidas relacionadas con la tercera edad no se desarrollan en el ámbito de las políticas familiares.

Y la tercera clase de medidas se refieren al tiempo extraordinario de dedicación a la familia que se otorga a las personas con hijos a cargo, ya sea en forma de permisos de maternidad, de excedencia o de reducción de la jornada laboral, conocidas también como “políticas familiares de permisos o licencias”.

Seguidamente se intenta caracterizar y describir la intervención social que en el ámbito de la familia han puesto en marcha los distintos países europeos.

7.2.1.1. La protección económica de las familias

Dos son básicamente los tipos de prestaciones monetarias a la familia: los subsidios familiares y las desgravaciones fiscales.

Siguiendo a Lluís Flaquer, las primeras, son transferencias hechas a las familias con cargo a la tesorería de la seguridad social o a los presupuestos generales del Estado, con el objetivo de aumentar su renta disponible. Las desgravaciones fiscales, por su parte, representan diversos tipos de condonaciones de impuestos que gravan las rentas de las familias, que también tienen por efecto aumentar su disponibilidad financiera¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Flaquer, Luis: *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*. Fundación La Caixa. Colección Estudios Sociales. Barcelona, 2000. Págs. 35 y ss.

Los subsidios familiares

Aunque con diferencias, tanto en cantidad como en cobertura, los subsidios familiares existen en casi todas las naciones europeas avanzadas. Se trata de prestaciones pecuniarias que se facilitan a las familias para que puedan cumplir mejor sus funciones.

En Francia, considerados como una especie de complemento salarial, fueron creadas mediante la Ley de subsidios familiares del 11 de marzo de 1932. En el Reino Unido se establecieron en 1944. Suecia concedió prestaciones monetarias a las familias con hijos menores, independientemente de la edad del hijo y de la renta de los padres, a partir de 1948.

En los años 30 fueron aprobados estos subsidios o transferencias en Bélgica, Italia, España y Holanda. En los 40, en Portugal, Luxemburgo, Irlanda y Finlandia; y en los 50, en Dinamarca, Alemania y Grecia.

Si bien en su origen, y en algunos países, las políticas monetarias estuvieron asociadas con políticas familiares de corte natalista, lo cierto es que en la actualidad van más allá y se mantienen independientemente del propósito original declarado para el que fueron creadas.

Algo similar ocurre con el carácter de subsidio con que fueron establecidas en casi todos los países; con el tiempo se han convertido más bien en el reconocimiento del derecho a un ingreso mínimo para toda familia, a fin de que no resulte inviable económicamente.

Los autores distinguen dos tipos de prestaciones económicas: Una denominada universal, porque el derecho a percibir estas asignaciones lo tienen todas las familias con hijos menores de una cierta edad a cargo, sin tener en cuenta su renta ni ningún otro factor. La otra se le denomina condicionada, para indicar que el régimen que la regula reconoce este derecho no a todas las familias sino sólo a aquellas que obtienen unos ingresos por debajo de un techo previamente establecido.

En la actualidad la prestación es de carácter universal en Bélgica, Dinamarca, Alemania, Suecia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Austria y Finlandia.

Francia la tiene establecida con carácter universal para las familias con dos hijos o más. En Italia, las prestaciones se determinan en función inversa de la renta familiar y directa del número de miembros de la familia.

En Portugal se fijan en función de la renta familiar, el número de beneficiarios y su edad. En España, sólo la pueden recibir las familias que tengan una renta anual inferior a los 7954 Euros.

Si bien en un número considerable de países se ha intentado modificar este tipo de prestación, el carácter universal de la misma ha hecho difícil para los gobiernos y partidos asumir los costos políticos de su desmonte.

Margaret Thatcher en Inglaterra fue la primera que intentó poner en duda la universalidad de determinados recursos a la familia, pero la iniciativa fue rechazada por la población y el gobierno forzado a reafirmar el carácter universal del subsidio familiar. Alemania intentó cambiar el régimen en 1983, Dinamarca en 1976 y Francia en 1997. También la población de estos países forzó a los gobiernos a dar marcha atrás en sus intentos de cambiar la universalidad.

Además del carácter universal o condicionado que tiene la prestación, otro punto importante a considerar es la cuantía. Las diferencias entre los países son considerables.

En Alemania, por ejemplo, además de universal, la asignación mensual por hijo es de 154 euros, en Suecia de 99, mientras que en España y Grecia ascienden solamente a 24,25 y a 5.87 respectivamente.

A manera de ejemplo, para el año 2000, una familia con cuatro hijos a cargo recibió 650 euros mensuales en Alemania, 600 en Bélgica, 540 en Dinamarca, 730 en Francia, 1054 en Luxemburgo y 505 en Suecia.

Una de las consecuencias del carácter universal de la prestación, esto es, del hecho que todas las familias la reciben, es que no se estigmatiza a nadie, como sucede en los países con régimen condicionados, donde los beneficiarios pueden llegar a ser percibidos como los pobres de la seguridad social, dando origen con ello a otro concepto de pobreza, a una suerte de pobreza de segundo nivel.

En Alemania se ha establecido una forma de recibir la prestación que depende de si la familia declara o no renta; los que declaran reciben la asignación como parte de su salario y se la paga el empleador. Los que no declaran reciben la prestación por parte de la Caja Familiar Federal.

Resulta importante también tener en cuenta que, además de diferencias entre países por su carácter universal y por su cuantía, otro factor a considerar es el concepto de hijo a cargo. En Portugal lo son los menores de 15 años, en Irlanda, Reino Unido y Suecia los menores de 16 años, en Holanda los menores de 17, en Dinamarca los menores de 25, y en el resto de países los menores de 18 años.

Este régimen hace posible, siguiendo con el ejemplo de Alemania, que una persona pueda beneficiarse de esta prestación durante por lo menos 36 años de su vida; 18 como padre y 18 como hijo.

En Bélgica, Francia y Luxemburgo los empleados no cotizan, los empresarios asumen la mayor parte del costo de la aportación aunque reciben para ello subvenciones del Estado. En Dinamarca, Alemania, Irlanda, Holanda, Suecia y Reino Unido su financiación proviene única o principalmente de los presupuestos generales del Estado. En Austria, dos tercios proceden de las cotizaciones sociales y un tercio de los impuestos.

Esta prestación da origen a una de las grandes diferencias entre los países europeos. Unos con elevadas tasas de desarrollo social y otros en franco subdesarrollo.

Las prestaciones por hijo a cargo tienen como finalidad aportar a las familias los recursos necesarios para el cuidado de los hijos. Actualmente, como ha sido advertido, han ido abandonado su origen natalista y su carácter de subsidio, para convertirse en una suerte de derecho a un ingreso mínimo que influye sobre el nivel de vida de cada familia.

La viabilidad económica de la familia es condición fundamental para la convivencia.

Además de esta suerte de derecho a un ingreso mínimo para toda familia, existen en los países europeos otras prestaciones de tipo monetario que, aunque de menor monto y envergadura, conviene por lo menos enunciarlas.

Hay prestaciones por nacimiento de pago único en Bélgica, Dinamarca, Alemania, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Irlanda, Finlandia y Reino Unido.

Dinamarca cuenta con una prestación económica en caso de adopción de un niño extranjero. En Alemania existe una prestación parental por educación, condicionada a niveles de renta, de 307 Euros al mes durante los 24 primeros meses de vida del niño.

Existen también ayudas monetarias por partos múltiples y familias numerosas en España. Grecia y Portugal cuentan igualmente con una prestación por matrimonio.

En Francia hay dos prestaciones económicas directas que tienen como objetivo ayudar a las familias en el cuidado de los hijos menores de 3 años en el propio domicilio familiar.

Cuadro N° 75

CUANTIA MENSUAL DE LAS PRESTACIONES POR HIJO AÑO 2002 (€/mes)			
Bélgica	1er hijo: 71,18 euros 2º hijo: 131,7 euros 3er y ss: 196.66 eu.	Italia	Las cuantías de la prestación están en función inversa de la renta familiar y directa del número de miembros de la familia
Dinamarca	Por cada hijo de 0-3 años: 140 euros Por cada hijo de 3-7 años: 127 euros Por cada hijo de 7-18 años: 100 euros	Alemania	1er hijo: 154 euros 2º hijo: 154 euros 3er hijo: 154 euros 4º y ss: 179 euros
Grecia	1er hijo: 5,87 euros 2º hijo: 18 euros 3er hijo: 40 euros 4º hijo: 48 euros Por cada uno más 8,07 euros más	Luxemburgo	1er hijo: 168,15 euros 2 hijos: 399,38 euros 3 hijos: 727,26 euros Cada hijo 327,85 euros más
España	Solo lo reciben las familias que tengan una renta anual inferior a 7954 euros y su asignación mensual es de 24,25 euros	Holanda	Menores de 6 años: 56,29 euros De 6 a 11 años: 68,35 euros De 12 a 17 años: 80,42 euros
Noruega	1er y 2º hijos: 103 euros cada uno 3º y cada uno de los siguientes: 113 euros	Francia	1er hijo: sistema APJE 2 hijos: 109,40 euros 3 hijos: 249,57 euros 4 hijos: 375 euros 5 hijos: 510 euros 6 hijos: 670,07 euros Por cada hijo más: 140,17 euros
Suecia	99 euros por hijo. Esta prestación se incrementa en caso de familias de más de 3 hijos 27 euros, de 4 hijos 80 euros y de 5 y más hijos 99 euros	Reino Unido	1er hijo: 100 euros. Cada hijo más: 67 euros
Irlanda	1er y 2º hijo: 117,60 3 hijo y sgts: 147,30 euros	Portugal	Las prestaciones se determinan en función de la renta familiar, el número de beneficiarios y su edad
Austria	Menores de 10 años: 1er hijo: 105,40 euros 2º hijo: 118 euros 3º y sgts: 131 euros De 10 a 19 años: 1er hijo: 123,60 euros 2º hijo: 136 euros 3º y sgts: 149 euros Con 19 años: 1er hijo: 145,40 euros 2º hijo: 158 euros 3º y sgts: 171 euros	Finlandia	1er hijo: 90 euros 2º hijo: 110,50 euros 3er hijo: 131 euros 4º hijo: 151,50 euros 5º hijo y más: 172 euros

Fuente: MISSOC 2002. Citado por López López, María Teresa: "Conciliación familiar y laboral"

Desgravaciones fiscales

Además de las prestaciones económicas directas, las familias tienen un tratamiento tributario que les permite también, mediante desgravaciones fiscales, contribuir a mejorar sus ingresos.

Si bien este tema debe ser objeto de un estudio más detallado, lo cierto es que las familias europeas son beneficiarias de deducciones fiscales por hijo a cargo. Pueden deducir de su renta igualmente los gastos en salud, educación, compra, alquiler o remodelación de la vivienda, los servicios de guardería y primas de seguros de vida, etc.

En muchos países, ventajas fiscales y asignaciones familiares se estiman como complementarias. Resulta importante tener en cuenta además que los subsidios familiares referidos en el apartado anterior no tienen, por regla general, gravamen alguno.

En los últimos años se han iniciado algunos cambios. En Alemania, por ejemplo, a partir de 1996, las familias se vieron obligadas a optar entre percibir los subsidios o beneficiarse de las desgravaciones fiscales. Y el Reino Unido estudia la posibilidad de gravar el subsidio en los casos de personas con renta alta.

7.2.2. Servicios de apoyo a las familias

Las familias cuentan también con una serie de programas y servicios que les ayudan a compaginar la vida familiar y profesional. Se trata de instrumentos que contribuyen a la viabilidad social y cultural de la familia.

Se dice que en la familia de hoy resulta fundamental conciliar, de forma diferente a como lo hacía la familia de la posguerra, la vida familiar y profesional. La participación activa de la mujer en el mercado de trabajo, uno de los principales cambios en la estructura de la familia de hoy, así lo demanda.

Se trata de servicios educativos y de atención a niños menores de la edad de educación obligatoria, personas con discapacidad y mayores o ancianos.

Uno de los resultados del Consejo de Europa reunido en Barcelona fue definir como objetivo a lograr en el año 2010, una cobertura en estos servicios para el 90% de los niños entre 3 años y la edad de escolarización obligatoria, y para el 33% de los niños menores de 3 años.

Es en este campo donde a juicio de algunos expertos se encuentran los nuevos yacimientos de empleo del Estado del Bienestar.

7.2.3 El tiempo para la familia

Todos los países europeos tienen una serie de programas destinados a regular el uso del tiempo de los padres, de tal forma que permita a cada uno atender las necesidades de sus familias, particularmente el cuidado de sus hijos menores de edad.

Entre las medidas más importantes se encuentran la regulación de los permisos y licencias por maternidad y paternidad, así como el trabajo a tiempo parcial.

Se ha descrito el conjunto de tradiciones europeas de intervención social en el campo familiar por considerar que una valoración global de todos estos programas resulta fundamental para comprender tanto el grado de desarrollo social de cada país como la situación de la familia. En este sentido, Europa podría ser clasificado en dos grandes grupos de países: El primero corresponde a aquellos que tienen un desarrollo social alto en materia de familia, y el segundo a los que tienen en este campo un desarrollo social bajo. Forman parte del primer grupo, Austria, Luxemburgo, Finlandia, Francia, Suecia, Alemania, Reino Unido, Irlanda, Bélgica, Holanda, Dinamarca y Noruega. Y del segundo, Italia, Portugal, Grecia y España.

La valoración de conjunto permite concluir que el propósito final de estas medidas, sin perjuicio del estudio del régimen legal todavía pendiente, no es otro que hacer viable económica, social, cultural y legalmente la familia, de forma tal que la gestión de los riesgos sociales ligados a la trayectoria vital haga posible la convivencia.

7.3. Los costos de la intervención

Revisando los gastos sociales en el conjunto de la UE de 1990 al 2004, años para los que se cuenta con información y análisis, las cifras se mantienen prácticamente sin variación importante.

Esping-Andersen sostiene que desde 1970 no se presentan cambios significativos en la política social europea, y menos aún en el núcleo referido a la familia¹⁸⁵.

Todas las intervenciones en la familia a las que se hecho referencia, le representan a la Unión Europea alrededor del 8% de su gasto social. En 1999 representaba el 8.1% y en el 2002 el 7.7%. Luxemburgo dedica el 15%, Dinamarca el 12.7%, Finlandia el 12.5%, Irlanda el 12.4%, Suecia 10.4%, Alemania 10.1%, Austria 10% y Francia 9.3%. España no llega al 3%.

Europa, en su conjunto, tiene un nivel de gasto social que como porcentaje del PIB oscila entre el 27 y el 28%. Los más altos están en Suecia, Francia, Alemania y Bélgica. El gasto social en Suecia para 1999 alcanzaba el 32.9% del PIB, y para el año 2003, el 33.5%. En Francia fue del 30.3 % para 1999, y el 30.9 en el 2003. Alemania tenía en 1999 un gasto de 29,6 % y para el 2003 de 30.2%. Bélgica pasó del 28.2% en 1999 al 29,7% en el 2003.

Irlanda y España tienen los niveles más bajos de gasto; Irlanda 14.7% en 1999 y 16.5% en 2003. España 20% en 1999 y 19,7% en 2003.

En términos de porcentaje del PIB todo este acervo de intervenciones en la familia le representan a la Unión Europea en su conjunto el 2.2%. Por encima de la media se encuentran Dinamarca (con 4.01%), Luxemburgo (con 3.78%), Alemania (3.25%), Suecia (3.14%), Finlandia (3.09%), Austria (3.04%), Francia (2.84%), Italia (2.54%) y Bélgica (2.38%). Por debajo están España (con 0.52%), Portugal (1.22%), Holanda (1.29%) y Grecia (1.86%).

Para el año 2003 el gasto en familia le supuso a Alemania el 13% de su gasto social y el 6,2% de su gasto público. Dinamarca invirtió en familia el 7,1% de su presupuesto, Francia el 7,1%, Suecia el 6,1%, Finlandia el 5,9%, Inglaterra el 7,6% y España el 2,4% (Cuadro N° 76).

Como se puede apreciar de las cifras y del análisis planteado, la viabilidad económica, social, cultural y legal de la familia no constituye una carga en ningún sentido para la sociedad, al contrario, representa más bien el sustrato fundamental de la convivencia.

La relación familia-gasto público se ha venido convirtiendo en uno de los temas de más interés para la Organización de Países de Cooperación al Desarrollo Económico. En el gráfico siguiente puede apreciarse cómo están los países de la OCDE en materia de gasto público en familia para el año 2003¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Esping Andersen, Gosta: *Los tres mundos del Estado del bienestar*. Ediciones Alfons el Magnanim, Valencia, 2000. Págs. 110 y ss.

¹⁸⁶ www.oecd.org/els/social/family/database

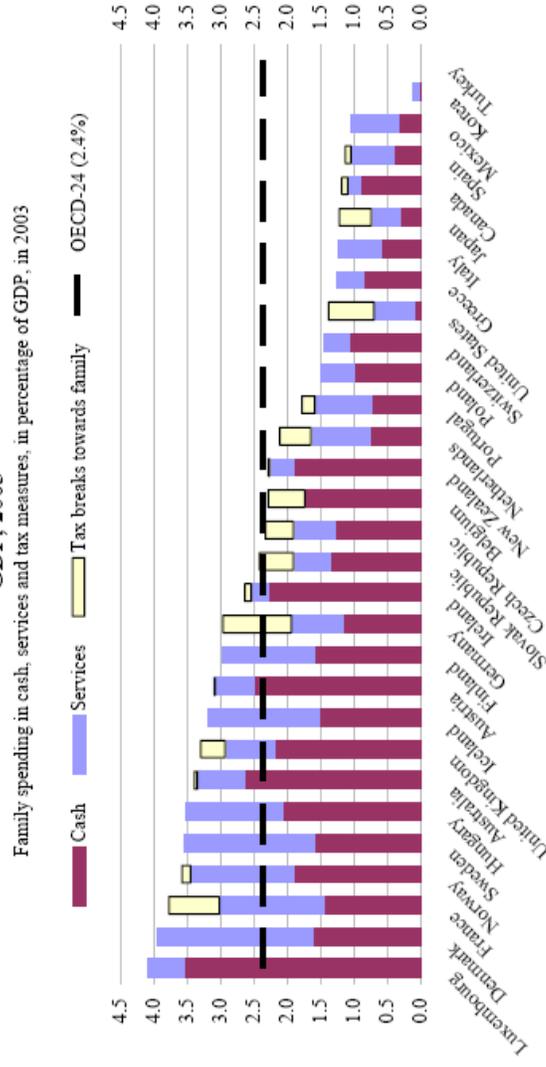
Cuadro N° 76

GASTO EN FAMILIA 2003 (% GS Y GP)		
País	Gasto Social	Gasto Publico
Alemania	13,2	6,2
Austria	10,8	6,1
Bélgica	7,8	4,7
Dinamarca	13,2	6,9
España	3	2,4
Finlandia	11,5	5,8
Francia	9	7,1
Grecia	7,3	2,7
Holanda	4,9	4,5
Irlanda	16	7,1
Italia	4,1	2,6
Luxemburgo	17,7	9,0
Portugal	6,5	3,5
Reino Unido	7,2	7,6
Suecia	9,5	6,1

Fuente: Elaboración propia OCDE y Eurostat

Gráfico N° 18.

Chart PFl.1.1: Public spending on family benefits in cash, services and tax measures, in per cent of GDP, 2003



OECD-24; data on tax support for families is not available for Greece, Hungary, Luxembourg, Poland, Switzerland and Turkey.

Como puede apreciarse, las prestaciones a la familia como instrumento de convivencia constituyen una de las diferencias fundamentales entre Europa y Estados Unidos. Si bien el gráfico es altamente ilustrativo de la situación, si se tuviera en cuenta únicamente el ingreso que reciben las familias directamente por hijo a cargo, y el carácter universal o no de la prestación, la situación, como es fácil advertirlo, resultaría sustancialmente diferente.

Como ya ha sido señalado, la transferencia es universal, es decir, para todas las familias sin distinción de renta ni de ningún otro tipo en Luxemburgo, Dinamarca, Francia, Noruega, Suecia, Inglaterra, Irlanda, Austria, Finlandia, Alemania, Bélgica y Holanda.

Portugal, Italia y España no tienen una prestación universal para todas las familias, sino solamente para aquellas que tengan renta anual inferior a una cifra previamente establecida.

Estados Unidos, Japón, Canadá y México tampoco transfieren a todas las familias una prestación económica. Las transferencias económicas directas para las familias no son universales, sino fundamentalmente limitadas o condicionadas.

En América Latina, las transferencias en metálico que se hacen a la familia son fundamentalmente condicionadas. Brasil cuenta con un programa denominado Bolsa Familia, que en el 2003 representó en términos de la ratio gasto público/PIB el 0,28%. Chile, para el 2002, contaba con el programa Chile Solidario cuya magnitud representaba el 0,10% de la ratio GP/PIB.

Colombia, por su parte tiene el suyo propio conocido con el nombre “Familias en Acción”, financiado tanto con recursos propios como de la cooperación internacional, particularmente la de Estados Unidos.

En el Cuadro N° 63 se presentan algunos de los programas de transferencias condicionadas a la familia que han existido y existen en América Latina. Este cuadro ilustra o resume perfectamente la situación o la tendencia del gasto público en familia en la región.

Cuadro N° 77

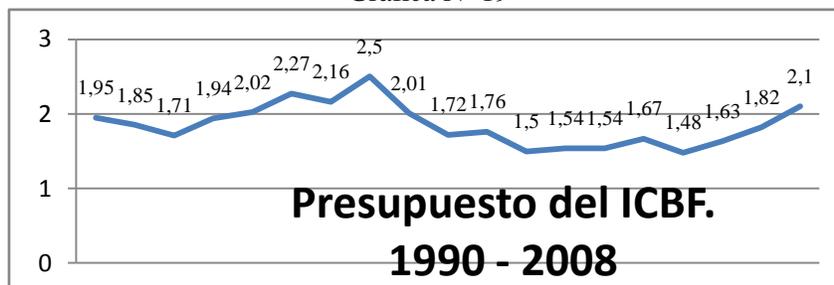
<u>TRANSFERENCIAS CONDICIONADAS A LA FAMILIA EN AMERICA LATINA</u>		
Programa	Población Beneficiaria	Gasto/Pib (%)
Brasil: “Bolsa Familia” – 2003	16,0	0,28
Chile: “Chile Solidario” – 2002	6,5	0,10
Colombia: “Familias en Acción” – 2001	4,0	0,30
Costa Rica: “Superémonos” – 2000	1,1	0,02
Honduras: Programa de Asignación Familiar PRAF – 1990	4,7	0,02
Jamaica: Programa de Avance Mediante Salud y Educación – 2002	9,1	0,32
México: Oportunidades – 1997	25,0	0,32
Nicaragua: Red de Protección Social Mi Familia – 2000	1,2	0,02

Fuente: CEPAL

En Colombia existe además el llamado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), cuyo presupuesto representa más del 2% del general de la Nación. Es de advertir sin embargo que el ICBF no invierte sus recursos en todas las familias y en todos los niños, su acción está limitada a niños y a familias con necesidades.

Se trata de una instancia de intermediación entre las necesidades de algunas familias y el presupuesto público. En definitiva, de una institución que vive de las familias y de los niños en necesidad. No existen en Colombia instituciones ni políticas públicas para la familia en general.

Gráfica N° 19



Cuadro N° 78

PRESUPUESTO DEL ICBF			
	Presupuesto Total del ICBF	Presupuesto General de la Nación. (En millones).	% de presupuesto Total
1990	92.753.340.000	4.750.976	1,95
1991	120.785.400.000	6.542.290	1,85
1992	181.965.110.000	10.632.734	1,71
1993	220.483.910.000	11.386.236	1,94
1994	311.122.610.000	15.414.473	2,02
1995	415.544.560.000	18.277.648	2,27
1996	541.897.728.402	25.141.144	2,16
1997	678.344.126.933	27.162.357	2,50
1998	759.721.340.000	37.822.871	2,01
1999	810.513.506.179	47.124.208	1,72
2000	889.555.920.524	50.594.408	1,76
2001	941.612.184.679	62.752.144	1,50
2002	1.030.623.629.056	66.758.026	1,54
2003	1.104.352.345.106	71.744.099	1,54
2004	1.216.189.675.368	72.890.890	1,67
2005	1.385.702.389.166	93.475.168	1,48
2006	1.723.817.119.027	105.841.409	1,63
2007	2.132.597.305.916	117.179.152	1,82
2008	2.652.584.304.060	126.020.000	2,10

7.4. Familia-convivencia

Según Vicenç Navarro, la institución que los ciudadanos europeos valoran más positivamente es la familia, a la que consideran el punto de referencia más importante. El 78% de los europeos consultados así lo expresaron¹⁸⁷.

Ésta no sólo es la opinión de los ciudadanos. La familia ocupa un lugar central en el diseño institucional de los Estados de Bienestar, hasta tal punto que autores como Esping-Andersen la utiliza para clasificar los modelos o regímenes de bienestar existentes. En sentido relativamente distinto a la opinión de algunos tratadistas y profesores que consideran a la familia como el cuarto pilar del Estado de Bienestar, para este autor constituye más bien el pilar fundamental¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Navarro, Vicenç: *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*. Anagrama, Barcelona 2006. Pág. 73

¹⁸⁸ Esping Andersen, Gosta: *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Ariel. Barcelona, 2000. Pág. 107 a 127.

Convertir a la familia en un asunto de prioridad pública e institucional es por sí mismo un logro de especial relevancia, toda vez que esta institución ha estado tradicionalmente asociada al ámbito de lo privado.

Casi todos los estudios sobre la materia, cuando se ocupan del análisis de políticas públicas para la familia, se refieren a los instrumentos que define el Estado para conciliar la vida familiar y laboral, para estimular la natalidad y para reducir la desigualdad entre mujeres y hombres en las relaciones sociales y familiares.

Si bien estas aproximaciones son válidas, resultan insuficientes para lograr comprender el verdadero aporte de la familia al Estado de Bienestar y a la sociedad.

Como ya fue destacado, en este trabajo se intenta hacer una aproximación diferente a las políticas para la familia puestas en marcha en Europa, relacionándolas con la búsqueda de la paz social y la convivencia.

En sentido relativamente distinto al del pacto económico, Esping-Andersen ha elaborado una aproximación diferente respecto a las sociedades o regímenes del bienestar. Este autor ha construido sus modelos explicativos sobre la base del lugar que ocupa la familia en la organización social. La relación Estado-mercado-familia determina la naturaleza del Estado de Bienestar y sus grados de desarrollo¹⁸⁹.

Un Estado, un régimen o una sociedad del bienestar, para Esping-Andersen, se pueden valorar a partir de los grados de desmercantilización y universalización de las prestaciones sociales que se reconocen y otorgan a la familia. La desmercantilización supone que estas prestaciones se ofrecen a la unidad familiar, independientemente de lo que acontezca en la vida del mercado. La universalización indica que son prestaciones para todas las familias, sin importar cuál sea su participación en la vida económica y política de la sociedad.

De la forma cómo se gestionen los riesgos sociales entre el Estado, la familia y el mercado se pueden derivar las distintas clases de regímenes de bienestar.

La familia constituye en este caso un primer mínimo común en torno al cual se puede alcanzar efectivamente la protección social y legal de los derechos humanos. La familia representa ese primer mínimo común que buena parte de la sociedad y de los países del bienestar en Europa ha logrado sacar del ámbito de la discrecionalidad de la política y del mercado.

A juzgar por los momentos en que aparecen las prestaciones sociales a la familia en Europa, no resulta difícil suponer que uno de sus propósitos, declarado o no, fuera contribuir a la convivencia. Sin convivencia ni paz social no hay Estado de Bienestar posible, ni tampoco es factible que se desarrolle y se resuelva pacíficamente el conflicto permanente entre capital y trabajo.

En efecto, los países occidentales pasaron a autoproclamarse Estados del Bienestar en la época de la posguerra, entre otras razones, porque las rivalidades propias de la guerra fría requerían prestar una visible atención a la igualdad, el pleno empleo y el bienestar social.

En su versión inglesa, la expresión Estado del Bienestar (welfare state) fue acuñada por el arzobispo de York durante la segunda guerra mundial como antídoto programático del Estado de guerra (warfare state) nazi.

Habitualmente creemos, dice Esping- Andersen, que fueron el keynesianismo y el Estado del Bienestar los que hicieron posible la lucha democrática de clases. Sin embargo, con la ayuda de la visión retrospectiva podemos darnos cuenta de que ésta fue sólo una cara de la moneda. La otra cara fue la estabilidad de las familias y la dinámica económica.

¹⁸⁹ Esping-Andersen, Gosta: *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Op. Cit. Capítulos 3 y 5.

Con un mínimo de prestaciones sociales para la familia, entre otras medidas, se inicia la construcción de la convivencia que demanda la reconstrucción europea. Las familias de la posguerra ayudadas por el plan Marshall y el Estado hicieron posible que Europa transitara de la guerra al bienestar.

La relación entre paz social, convivencia y familia puede verificarse de dos formas. La primera, que podríamos denominar positiva, caracterizada por la contribución a la convivencia que produce la definición e implementación de políticas públicas para la familia. La segunda, que podría denominarse negativa, es aquella en la que la ausencia de políticas familiares hace difícil, por no decir imposible, la convivencia.

Un ejemplo de la primera, como se ha intentado exponer brevemente, lo constituye el caso de Europa. América Central es el ejemplo de la segunda.

En los años 90, con la firma por parte de los gobiernos de todos los países que la integran del plan de paz conocido como Esquipulas II, Centroamérica puso en marcha un proceso orientado a resolver mediante la negociación política, los conflictos armados que experimentaban los países, sin precedentes en la historia de la región. Dicho proceso de pacificación contó con la participación al más alto nivel de Naciones Unidas, y para la organización mundial marcó un antes y un después en la historia de su intervención en materia de paz.

Sin embargo, la paz centroamericana fue fundamentalmente una paz política y no trajo consigo la paz social. De la violencia política, los países pasaron rápidamente a la violencia social y delincriminal, en la que la participación de los jóvenes es supremamente alta y gravísima.

El caso de El Salvador ilustra un poco la situación. Antes del inicio del conflicto armado, el país registraba una tasa de homicidios de 55.3 por cada 100.000. La guerra produjo más de 75.000 muertes, y terminó con la suscripción de los Acuerdos de Paz entre el gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) en febrero de 1992 en Chapultepec, México. Los índices de homicidios con posterioridad al conflicto han llegado a registrar tasas del orden de 138.2 homicidios por 100.000 habitantes. El 70% de los delitos y actos violentos acaecidos en el país es atribuido a jóvenes entre 15 y 30 años de edad. La organización de jóvenes en pandillas juveniles o maras también está a la orden del día. La violencia social juvenil se ha convertido en unos de los problemas de seguridad más graves jamás experimentado.

La inviabilidad económica, social, cultural y legal de la familia, así como la ausencia de políticas para transformar esta realidad constituyen sin duda los elementos principales en torno a los cuales giran las explicaciones de los problemas de violencia por los que atraviesa El Salvador y una buena parte más de los países centro y suramericanos

La relación familia-convivencia no sólo es una nueva forma de aproximarse al Estado de Bienestar, sino que representa igualmente una nueva manera de construir la relación entre disciplinas; entre economistas, sociólogos, politólogos y juristas. Y sobre todo, constituye uno de los aportes de Europa para contribuir a la convivencia, y por qué no decirlo, a la solución pacífica de conflictos armados en otros lugares del mundo.

Seguidamente se analizan brevemente algunos indicadores de convivencia y su relación con las políticas públicas para la viabilidad de la familia.

7.4.1. *Consenso social básico*

Como ha sido destacado en varias ocasiones, la primera regla de un pacto constitucional y legal sobre la convivencia civil no es qué se debe decidir y quién debe hacerlo, sino sobre todo qué es lo mínimo común a todos los integrantes de la sociedad, que no puede ser alterado ni siquiera por un gobierno de mayorías.

No es el conflicto el dinamizador de la sociedad; es el encuentro de un mínimo común, de un consenso social básico el que hace posible el desarrollo de la sociedad. En su ausencia, no hay paz social ni convivencia, y sin éstas, el crecimiento de la economía, la inversión productiva y el bienestar de la población se tornan tareas difíciles. Sin paz social no hay Estado de Bienestar posible, ni tampoco es factible que se desarrolle y se resuelva pacíficamente el conflicto permanente entre los agentes económicos, políticos, religiosos, culturales y sociales.

La familia, como ha sido señalado, representa ese primer mínimo común que buena parte de los países europeos ha logrado sacar del ámbito de la discrecionalidad de la política y del mercado.

Debe tenerse en cuenta además que la familia es anterior al Estado, y que como tal, puede convertirse en un instrumento para hacer frente a los problemas propios del Estado-nación de nuestros días. E incluso, se puede señalar que constituye una excelente herramienta para enfrentar de forma distinta, tanto la cooperación internacional al desarrollo, como el fenómeno de la migración que afecta hoy a muchas sociedades, contribuyendo en este último caso al desarrollo teórico y jurídico del *ius migrandi*¹⁹⁰.

Resulta oportuno destacar aquí, que la familia y su tratamiento en las políticas públicas constituye una de las diferencias fundamentales entre la Europa de alto desarrollo social y Estados Unidos¹⁹¹.

Es conveniente recordar que dos son las características fundamentales de las prestaciones a la familia en la Europa de alto desarrollo social: la desmercantilización y la universalización.

Con la primera, como se sabe, se quiere indicar que estas prestaciones se ofrecen a la unidad familiar independientemente de lo que acontezca en el mercado. Y con la segunda que son prestaciones para todas las familias sin ningún tipo de distinción.

La falta de des-mercantilización hace que la asistencia sea residual y se limite a aquellos casos en que la familia y/o el mercado son incapaces de resolver los problemas. La falta de universalidad grava a los destinatarios con un estigma y hace que los programas sean básicamente modestos y de cobertura muy limitada, dando origen a una especie de pobreza de segundo nivel: los pobres de la seguridad social.

De las prestaciones otorgadas a la familia en Europa, la derivada del reconocimiento al derecho a una renta mínima constituye una de las más importantes, toda vez que reduce la intermediación burocrática, permite que los ciudadanos se sientan beneficiados directamente de la actuación del Estado y contribuye a la prevención de otra serie de problemas sociales.

Más allá de las distintas denominaciones que recibe, las transferencias de recursos directamente a la familia

¹⁹⁰ Sobre estos temas véanse los capítulos 7 y 12 del libro de Jeremy Rifkin: *El sueño europeo*. Paidós, Barcelona, 2004.

¹⁹¹ Otras diferencias significativas entre Europa y Estados Unidos derivan de una depuración del Producto Interior Bruto PIB; cuando se hace una distinción entre las actividades económicas que mejoran la calidad de vida y las que no lo hacen el PIB en Europa es mayor que el de USA. Es de señalarse también que Estados Unidos ocupa el vigésimo cuarto lugar en cuanto a igualdad de ingresos entre los países desarrollados, estando por encima tan sólo de Rusia y México. Véase Rifkin, Jeremy: *El sueño europeo* Op. Cit. Capítulo 1. Págs. 57, 59 y 101.

constituyen una renta mínima básica reconocida y otorgada a cada familia por hijo a cargo.

Uno de los debates abiertos, actualmente, gira en torno al reconocimiento del derecho a una renta básica para cada persona. Son muchos los argumentos utilizados para justificar la renta básica y se presentan algunos ejemplos donde una suerte de renta básica se aplica. También existe literatura de corte progresista que cuestiona la pertinencia y viabilidad de una renta básica para cada ciudadano¹⁹². Y hay otros que defienden el establecimiento de una renta básica de carácter progresivo al estilo de Brasil¹⁹³.

Sin embargo, la renta básica por familia, además de constituir una experiencia verificable empíricamente, genera consenso y tiene una muy alta y probada rentabilidad social.

En el Cuadro N° 65 se podrán identificar los países donde esta prestación es de carácter universal, así como la magnitud de su costo económico expresada en términos de porcentaje del gasto público.

Si bien todo esto constituye un gran logro, un avance y una contribución significativa de Europa a la paz y a la convivencia, desde una perspectiva de derechos humanos hace falta que la desmercantilización y universalización de las prestaciones a la familia se vean acompañadas de mejores instrumentos de protección legal nacional e internacional. Un derecho sólo alcanza tal calidad cuando además de los sociales, cuenta con mecanismos legales de protección.

Resulta pertinente recordar que no han sido pocos los intentos de los gobiernos de los países europeos por recortar las prestaciones sociales a la familia. La universalización ha sido hasta ahora su mejor instrumento de protección social, pues ha resultado difícil para los políticos su desmonte.

Sin entrar en polémica sobre la estructuración de la familia y sobre sus distintos tipos, lo cierto es que la familia ha sido reconocida en los tratados internacionales de derechos humanos. La tarea de hoy es avanzar en la protección de los derechos de la familia, y analizar y caracterizar por tanto el tratamiento constitucional y legal que tales derechos tienen en la actualidad.

¹⁹² Existen diversas propuestas sobre la renta mínima como derecho. Son varios los estudios y argumentos en su favor y también otros los que la ponen en cuestión. Véanse, entre otros, los trabajos de Philippe Van Parijs y Yanick Vanderborght: *La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*. Piados, Barcelona 2006. y Vicenc Navarro: *El subdesarrollo social de España*. Op. Cit. Pág. 112 a 119.

¹⁹³ En Brasil el 8 de enero de 2004, el Presidente Inácio Lula da Silva aprobó una ley que instaura una renta básica para todos los brasileños. La Ley se ha dicho será aplicada de forma progresiva en la medida en que el Estado cuente con los recursos.

Cuadro N° 79

TRANSFERENCIA UNIVERSAL A LAS FAMILIAS 2003	
(Renta Mínima)	
País	Gasto Público (%)
Alemania	2,5
Australia (*)	ND
Austria	4,9
Bélgica	3,3
Canadá	----
Dinamarca	2,8
España	----
Finlandia	3,1
Francia	2,6
Grecia	ND
Irlanda	6,7
Italia	----
Luxemburgo	7,7
Holanda	1,5
Noruega (*)	3,8
Portugal	-----
Reino Unido	5,3
Suecia	2,7
USA (*)	----
México	----
Nicaragua	----
Guatemala	----
El Salvador	----
Colombia	----
Argentina	----

Fuente: OCDE 2007

Es un signo del avance de los tiempos la propuesta de abordar desde la perspectiva del derecho público tanto nacional como internacional los derechos de la familia y su relación con los derechos humanos.

7.4.2. Derecho a tener derechos y deber de cumplir deberes

Todo acuerdo de paz supone una negociación entre actores sociales. Una de las características, y a la vez uno de los grandes límites de la paz centroamericana., por ejemplo, la constituye el hecho de haber sido resultado de un acuerdo entre políticos de profesión; Los unos legales, e ilegales los otros.

La paz política de cada uno de los países centroamericanos fue fundamentalmente el resultado de un acuerdo entre dos actores sociales que habían hecho del proceso de representar a las mayorías, unos por la vía electoral otros por la vía armada, su profesión, su forma de vida.

La experiencia de América Central ha puesto de manifiesto una vez más que la paz política no trae consigo necesariamente la paz social, y que los actores de la negociación no pueden limitarse solamente al ámbito de los profesionales de la política.

Siguiendo la lógica argumental que entiende que el núcleo central de Estado de Bienestar es un acuerdo de paz social en torno al propósito de hacer viable económica, social, cultural y legalmente la familia, como mínimo común compartido por la sociedad, son todos los actores sociales quienes suscriben el pacto y adquieren derechos y obligaciones en torno al mismo. Los derechos expresados en términos de las prestaciones que todas las familias reciben, y los deberes en términos, entre otros, de los aportes tributarios para hacer viables los derechos que comparten.

Uno de los clásicos indicadores de convivencia viene determinado precisamente por el grado de cumplimiento de las obligaciones tributarias que registran las sociedades, y por la disposición de los ciudadanos para pagar impuestos. Sobre este aspecto, resultaría importante igualmente hacer un estudio comparado entre los distintos países de Europa como criterio para evaluar su grado de desarrollo social.

El derecho a tener derechos supone el deber de cumplir deberes. Los derechos no surgen sólo porque sean propios de los seres humanos. El derecho a la vida, por ejemplo, existe más que con el propósito de reafirmar la vida propia, con la intención de establecer límites, obligaciones o deberes a los otros. Nadie, por regla general, tiene derecho a disponer de la vida de otra persona. El derecho a comer y a la alimentación existe porque no hay derecho a tener hambre, el derecho a la salud porque no hay derecho a la enfermedad. Y los derechos humanos de la niñez y de la adolescencia, entre otras razones, porque no hay derecho para que la sociedad permita que sus hijos menores de edad puedan vivir condenados a la suerte de la lógica de la fuerza y del mercado.

Sobre este ámbito son muchos los indicadores de convivencia que debiesen ser estudiados. Los hay para mostrar la cohesión o la exclusión social, también para indicar los niveles de responsabilidad social y de cultura tributaria. Existen otros que evidencian el grado de respeto a normas sociales y legales como las del tráfico, y hay igualmente indicadores que reflejan tanto la forma de construir la familia, como la convivencia en su interior.

La construcción de la familia y las relaciones entre los géneros son también temas que están produciendo literatura especializada¹⁹⁴.

Deben ponerse en marcha programas educativos para la construcción de la familia con fundamento en la igualdad de los géneros. La paternidad y la maternidad deben ser prioritariamente fruto de una opción libre de la pareja. En tal sentido, es necesario hacer todos los esfuerzos educativos posibles para tratar de evitar que los hijos sean producto de un accidente, de una violación o de una manipulación.

La violencia en una relación de pareja no es sólo la violencia física y psicológica, sino también la negación de los derechos del otro¹⁹⁵. No es difícil suponer que una concepción de esta naturaleza conllevaría, entre otras cosas, la revisión de la legislación en materia de violencia intra familiar.

Desde la perspectiva de los derechos y los deberes, otro indicador de convivencia importante está relacionado con los niveles de participación política y social en nuestras sociedades. Seguramente no será sólo la inversión en familia la que explique la alta participación social en un país, pero estudiando los indicadores, se puede observar que los países con una alta inversión en la institución familiar tienen mejores niveles de participación política, tanto de la sociedad en general como de la juventud en particular.

¹⁹⁴ Véase el libro de Pich, Tamar: *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*. Trotta, Madrid, 2003.

¹⁹⁵ “Voy a pegarle un hijo a ese hijueputa”. Esa fue la expresión de una chica perteneciente a las pandillas juveniles de un país centroamericano cuando quería pasarle factura a su compañero o novio por la ruptura que éste estaba propiciando de la relación y/o evitar que la relación se rompiera con la obligación que un hijo generaba. La paternidad no consentida es también una de las expresiones de violencia más grande que se ejerce desde las mujeres a los hombres.

A modo de ejemplo, en los tres periodos que muestra el Cuadro N° 66, Suecia tiene de promedio una participación superior al 80%, mientras que Estados Unidos a duras penas supera el 40%.

Es posible que la cultura de participación política y tributaria sea resultado de un proceso en el que los ciudadanos se sienten directamente beneficiados de la intervención pública. Y una de las formas de poner en evidencia este beneficio es a través del reconocimiento y cumplimiento mediante las transferencias a la familia del derecho a una renta mínima reconocida y entregada a cada unidad familiar por hijo a cargo.

Cuadro N° 80

PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN ELECCIONES			
País	1985-1989	1990-1994	1995-1999
Alemania	75,0	72,8	75,3
Australia (*)	84,1	82,8	82,2
Austria	87,1	78,3	75,6
Bélgica	86,4	85,1	83,2
Canadá	68,3	63,9	57,1
Dinamarca	84,3	81,1	83,1
España	72,5	77,4	80,6
Finlandia	77,3	71,9	71,1
Francia	64,0	61,3	59,9
Grecia	86,9	85,6	83,9
Irlanda	74,6	73,7	66,7
Italia	94,4	91,6	87,4
Luxemburgo	64,1	60,5	56,9
Holanda	81,1	75,2	70,1
Noruega (*)	82,6	74,5	76,9
Portugal	79,0	77,7	79,1
Reino Unido	75,2	75,4	69,4
Suecia	84,5	83,2	77,7
USA (*)	43,3	43,5	41,9

Fuente: Elaboración propia con datos de la OCDE

7.4.3. La gestión de los riesgos sociales

La convivencia depende de la forma cómo se distribuya la gestión de los riesgos sociales entre el Estado, el mercado y la familia. Tradicionalmente se han dividido en tres grupos: los riesgos de clase, los riesgos de la trayectoria vital y los riesgos intergeneracionales¹⁹⁶.

Con la globalización aparecen también nuevos riesgos sociales que trascienden las fronteras y las capacidades institucionales propias del Estado-nación¹⁹⁷.

Asegurar la población contra los riesgos sociales ha sido el principal objetivo de la política social. Cómo, en qué

¹⁹⁶ Esping Andersen, Gosta: *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Op. Cit Págs. 49 a 67.

¹⁹⁷ Esping Andersen, Gosta: *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Op. Cit Págs. 189 a 231. y Rifkin, Jeremy: *El sueño europeo*. Op. Cit. Págs. 344 a 405.

medida y qué tipos de riesgos se comparten colectivamente son decisiones que tendrán consecuencias inmediatas en el diseño de estructuras institucionales y en el gasto público. Incluso a partir de la forma cómo se administren estos riesgos, se podrá prevenir el surgimiento de otros problemas sociales.

Un acuerdo de paz social centrado en la familia desde una perspectiva integral de los derechos humanos requiere además un alto grado de institucionalización. Se deberían crear dos tipos de mecanismos institucionales: unos relacionados con la protección social de estos derechos, esto es, con la definición y ejecución de políticas públicas para hacer viable la familia. Y otros con los instrumentos de protección legal.

Los primeros son de los más ampliamente desarrollados en la Europa del alto desarrollo social. En correspondencia con el carácter universal de las prestaciones sociales a la familia, los países europeos que así las han asumido tienen una elevada institucionalización de las políticas y programas que se definen y ponen en marcha para todas las familias de las respectivas sociedades. Francia, Suecia y Alemania tienen un alto nivel de institucionalización. En estos países no hay instituciones para familias en problema, o para categorías de familias, ni para determinados ámbitos de actuación, las instituciones familiares están para la definición de políticas y programas para todas las familias.

Hay otros países, como España, donde no hay campo político institucionalizado para la familia. La política española, dice Flaquer, es fragmentada y se dirige a diversas categorías de personas vinculadas a la familia (mujer, infancia, juventud, tercera edad, etc.), o repartidas en diversos ámbitos de intervención (vivienda, mercado de trabajo, fiscalidad, etc.), sin que necesariamente exista ni una visión ni una previsión de conjunto.

En Francia, por ejemplo, existe una amplia apropiación social e institucional de las políticas públicas familiares. Este país cuenta con una elevada organización social en torno a la defensa y promoción de los intereses de la familia. Los movimientos conforman en Francia asociaciones y federaciones locales, regionales y nacionales cuyo objetivo es la representación y la defensa de los intereses de las familias que forman parte de ellas. Existe también la Unión Nacional de Asociaciones Familiares, estructura institucional original que mantiene un monopolio de representación de todas las familias de Francia, financiada con recursos públicos.

Son muchos los movimientos y organizaciones que integran la Unión Nacional, algunos tienen fines generales y pueden ser considerados como representativos de las diferentes sensibilidades del mundo familiar, ya sean conservadoras, liberales o progresistas. Existe a la vez una gran variedad de movimientos familiares con fines específicos, que defienden los intereses de determinadas categorías de familias.

Desde los años cuarenta existe también en este país un Alto Comité de la Población y de la familia, que en 1985 se convirtió en el Alto Consejo de Población y Familia, presidido por el Presidente de la República, e integrado por expertos y personalidades de origen y formación diversa, nombrados por un periodo de tres años. La tarea principal de este organismo consultivo es aconsejar al Presidente de la República y al Gobierno en temas relacionados con población y familia. Promueve la reflexión y la discusión permanente sobre la orientación futura de la política en este campo. Recientemente fue creada también una delegación interministerial para la familia.

En Inglaterra, en cambio, la institucionalización del campo familia es incipiente, sólo en 1998 fue creado el Instituto Nacional para la Familia y la Parentalidad.

Si bien la Unión Europea influye con sus directrices e instrumentos en la política de familia de los países, lo cierto es que no tiene competencias específicas en este campo. En todo caso, vale la pena mencionar que en 1989 se creó el Observatorio Europeo de las Políticas Familiares Nacionales, entre cuyos objetivos se destacan:

- Seguir las tendencias de la evolución diversa de las formas familiares.

- Seguir los cambios demográficos, socioeconómicos y políticos que afectan a las familias.
- Analizar la acción pública y evaluar el impacto de las políticas familiares.
- Estimular investigaciones independientes y de alta calidad sobre las familias y las políticas familiares.
- Aconsejar a la Comisión Europea en lo concerniente a las políticas familiares.
- Contribuir al debate público y teórico sobre las políticas familiares.

Aunque el tema del régimen jurídico de la familia y sus derechos escapa a los propósitos de este trabajo, lo cierto es que empieza a ocupar un lugar importante en el mundo del derecho público y de los derechos humanos, tanto nacional como internacionalmente.

Un acuerdo de paz social centrado en la familia conlleva el diseño y puesta en marcha de una estructura institucional que se encargue de velar por la situación de todas las familias de una sociedad. La mayoría de países de América Latina no tienen esta institucionalidad, y en los que existen instituciones para la familia, su tarea no está dirigida a todas las familias, sino sólo a las familias excluidas, marginadas o en problemas. Este es el caso del ICBF en Colombia.

No sobra reiterar que la inversión que en familia han hecho buena parte de los países europeos previene el surgimiento de otros problemas sociales y tiene efectos considerables sobre el presupuesto público.

La inversión en familia contribuye, por ejemplo, a que el sistema de la justicia penal vaya alcanzando gradual y efectivamente el principio de última ratio, principio mediante el cual el recurso penal constituye el último al cual una sociedad puede recurrir para hacer frente a determinados problemas sociales. Reduce, en consecuencia, la utilización de la privación de libertad y los costos que tal privación conlleva.

En el cuadro siguiente, que refleja la tasa de uso de la prisión, se muestra cómo países como Suecia, con una alta inversión en familia, tienen en el año 2000 una tasa de privados de libertad de 45,1 por 100.000 habitantes, mientras que Estados Unidos, país con poca o nula inversión en familia, una tasa de 468,4, cifra que resulta conservadora frente a otros estudios que señalan que la tasa promedio de encarcelamiento en este país supera los 685 por 100.000 habitantes¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Véase Jeremy Rifkin: *El sueño europeo*. Op. Cit. Pág. 114.

Cuadro N° 81

<u>PRESOS POR 100.000 HABITANTES</u>			
País	1990	1995	2000
Alemania		50,88	64,97
Australia (*)	133,48	85,42	93,38
Austria	56,11		
Canadá	106		118
Dinamarca	45,18	48,53	42,86
España		84,15	110,66
Finlandia	55,94	56,07	42,86
Francia	68	64	
Grecia	34,02	34,12	
Irlanda	51,23	51,86	
Italia	19,36	45,16	50,77
Luxemburgo	68,08		
México (*)	112	109	92,90
Holanda	44	42,9	34,81
Noruega		36,12	29,7
Portugal	61,64	72,12	85,42
Reino Unido	89		90,15
Suecia	49,30	50,45	45,1
USA (*)	143,23	546	468,4
Argentina			107
Brasil			169
Colombia			
El Salvador			168
Guatemala			82
Honduras			172
Nicaragua			143

Fuente: OCDE 2007

Además, la inversión en familia afecta considerablemente a la forma como se distribuye y se asigna el presupuesto y el gasto público. Los países que invierten en la institución familiar tienen poco gasto público en defensa, seguridad y justicia, mientras que los que tienen un elevado gasto público en defensa, seguridad y justicia tienen poca o nula inversión en familia.

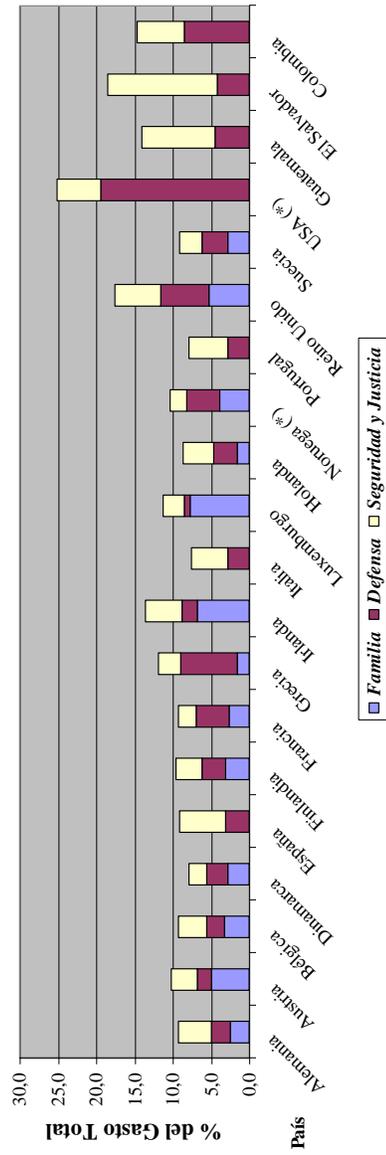
Cuadro N° 82

GASTO PUBLICO EN FAMILIA, DEFENSA, SEGURIDAD Y JUSTICIA 2003 (% del gasto total)			
País	Familia	Defensa	Seguridad Justicia
Alemania	2,5	2,4	4,3
Austria	4,9	1,8	3,4
Bélgica	3,3	2,3	3,7
Dinamarca	2,8	2,8	2,2
España	-0-	3,1	6,0
Finlandia	3,1	3,1	3,3
Francia	2,6	4,4	2,3
Grecia	1,6	7,4	2,9
Irlanda	6,7	2,0	4,9
Italia	-0-	2,8	4,8
Luxemburgo	7,7	0,7	2,8
Holanda	1,5	3,1	4,0
Noruega (*)	3,9	4,2	2,2
Portugal	-0-	2,8	5,0
Reino Unido	5,3	6,2	6,0
Suecia	2,7	3,5	2,9
USA (*)	-0-	19,4	5,7
Guatemala	-0-	4,5	9,5
El Salvador	-0-	4,2	14,3
Colombia	-0-	8,4	6,2

Fuente: Elaboración propia con datos OCDE, EUROSTAT, SIPRI y ONU

Gráfico 19

Gasto Público en Familia, Defensa, Seguridad y Justicia - Año 2003



Aunque resulte reiterativo, conviene insistir, tal como aparece en el Cuadro N° 68 y en el gráfico correspondiente, que en Estados Unidos, España, Italia, Portugal, Colombia, Guatemala y El Salvador no existen políticas ni programas para asegurar y transferir, mediante subsidios u otro medio, una renta mínima por hijo a cargo a todas las familias del país, sólo se transfieren recursos para algunas de las familias en dificultad.

La no inversión en la viabilidad económica, social, cultural y legal de la familia no sólo afecta la convivencia, sino que limita también la posibilidad de los países para hacer frente a los problemas sociales, y produce un incremento innecesario del gasto público en defensa, seguridad y justicia¹⁹⁹.

La inversión en familia, en cambio, es menos costosa económicamente y más rentable socialmente.

La experiencia de Europa y las cifras muestran que cambiando la inversión en familia y modificando la estructura del gasto público es posible avanzar en la paz social y la convivencia en una sociedad.

La internacionalización de esta protección y la socialización de la experiencia europea devienen también un primer paso importante para tratar de construir nuevas formas de enfrentar los riesgos sociales de hoy y proteger los derechos humanos. El Estado-nación no puede gestionar por sí solo los nuevos riesgos.

La fragilidad y la vulnerabilidad se han convertido en una condición universal de la humanidad. Frente a esa fragilidad y vulnerabilidad, la respuesta es la protección internacional y nacional de los derechos humanos. La protección de la familia, institución anterior al Estado-nación, demanda también el establecimiento de mecanismos e instituciones internacionales de protección y constituye un primer paso para avanzar tanto en la protección de los derechos humanos como en la búsqueda de una mejor convivencia.

La familia, además, podría contribuir a reducir la intermediación burocrática tanto al interior de los Estados como a nivel de la cooperación internacional. Y ello, sin duda, traería también cambios en las instituciones internacionales. A fin de reducir los costos, lograr mejores resultados con los recursos económicos disponibles y evitar la profesionalización de los efectos de otros problemas sociales, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, por ejemplo, podría perfectamente llegar a ser el Fondo de las Naciones Unidas para la Familia y la Infancia.

7.4.4. Del estudio de la delincuencia al estudio de la convivencia

La violencia social y delincriminal es uno de los principales problemas sociales que experimentan muchos países de América Latina.

Según los estudios del Banco Mundial y de Naciones Unidas, América Latina, después del África Subsahariana, es la región más violenta del mundo. La tasa promedio de homicidios para 1999 fue de 22,9 por 100.000 habitantes, mientras que el promedio mundial es del 10,7. El Salvador, Colombia, Brasil, México, Honduras, Venezuela y Guatemala superan tanto el promedio mundial como el latinoamericano.

Dadas las implicaciones que el fenómeno de la violencia y la delincuencia tienen en la región, los países han empezado a dedicar buena parte de sus esfuerzos a su estudio y caracterización, así como al diseño de nuevos programas o proyectos para hacerle frente, sin que pueda afirmarse todavía que el fenómeno esté bajo control o ni siquiera con tendencia decreciente.

En los últimos años, estos problemas han ocupado un lugar importante en la agenda de las instituciones

¹⁹⁹ Un tema pendiente de caracterizar es el tipo de políticas públicas que los países europeos promulgan para hacer frente a la relación migración-familia. Estudios recientes muestran por ejemplo, que en Alemania los extranjeros representan más del 33% de la población reclusa alemana, pese a que suponen menos del 9% de la población del país. Véase Jeremy Rifkin: *El sueño europeo*. Op. Cit. Pág. 319

académicas nacionales e internacionales, los gobiernos de cada país, las agencias de cooperación internacional, Naciones Unidas, (PNUD, ILANUD, UNICEF, UNICRI, etc.), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y muchos otros organismos de desarrollo.

En su informe de 1997 el Banco Mundial formuló la tesis de que el desarrollo económico y sostenible se retarda o se distorsiona si no existen las garantías básicas de orden y seguridad que deben ser proveídas por las instituciones y el sistema legal. La violencia criminal es, desde la perspectiva del Banco, uno de los principales obstáculos o problemas del desarrollo.

La violencia genera para los Estados una serie de consecuencias económicas y sociales. Algunos de los estudios realizados calculan que Latinoamérica pierde, por causa de la violencia, más del 14% del PIB.

Un estudio del BID, por ejemplo, estima que El Salvador gasta más del 13% de su producto interno bruto en actividades y costos relacionados con la violencia. Los costos económicos de la ocurrencia y la prevención de la violencia correspondientes a pérdidas materiales fueron del 6.74% del PIB en Guatemala, del 4,9% en El Salvador, del 6.4% en Colombia y del 3.6% en México.

Cuadro N° 83

TASAS DE HOMICIDIO POR 100.000 HABITANTES		
País	Años 70'80	Años 94-95
Costa Rica	5,7	5,6
El salvador	----	138,2
Guatemala		150
Honduras		9,4
Nicaragua		18,3
Panamá	2,1	10,9
Brasil	11,5	23,8
Colombia	20,5	89,5
México	18,2	17,8
USA	10,7	8,2
Canadá		1,9

Fuente: Banco Mundial

Cuadro N° 84

HOMICIDIOS / HABITANTES 2002		
País	Cantidad	H/100.000
El Salvador	4,182	62,5
Colombia	26,539	61,7
Guatemala		35,7
México	13,829	13,2
Estados Unidos	15,658	6,2
Portugal		2,5
Francia	1051	1,7
Finlandia	88	1,6
Canadá	489	1,4
Reino Unido	850	1,4
Italia	746	1,2
España	494	1,2
Alemania	960	1,1
Holanda	183	1,0
Dinamarca	52	1,0
Noruega	46	1,0
Irlanda	38	0,9
Suecia	68	0,8

Fuente: Elaboración propia con datos ONU y BM

Además, como ha sido también advertido en muchas de las investigaciones realizadas, la violencia no es sólo un problema de salud y seguridad pública, sino también un asunto de gobernabilidad y desarrollo humano. Las condiciones de inseguridad y violencia hacen que muchos ciudadanos cuestionen la capacidad de los regímenes constituidos para distribuir bienestar y desarrollo, al tiempo que comienzan a reclamar liderazgos de corte autoritario o a desatenderse de las instituciones encargadas de la seguridad y el orden, para tomar la responsabilidad en sus manos o para otorgárselas a manos privadas, resquebrajándose no sólo la legitimidad, sino el monopolio mismo del uso de la fuerza por parte del Estado, y alterando la convivencia de forma permanente.

En todo caso, y no para tranquilidad de los países centro y suramericanos, resulta oportuno señalar que los estudios de Naciones Unidas han puesto al descubierto que el incremento de la violencia y de la delincuencia no son sólo una característica regional, sino también una tendencia mundial. El Global Report on Crimen and Justice de las Naciones Unidas de 1999 señala que, durante la década del 90, no obstante las diferencias entre países y regiones, las estadísticas relacionados con las actividades delictivas registran un aumento y presentan una tendencia creciente.

Por su parte, un estudio del Banco Mundial fundamentado en las cifras de la ONU, estableció que la tasa global promedio de homicidios en esta misma década pasó de 5 a más de 7 por 100.000 habitantes en el mundo.

Las explicaciones tradicionales en torno a la criminalidad han señalado que los conflictos armados, la pobreza, el urbanismo, la precariedad en las condiciones socioeconómicas, la desigualdad, la impunidad, el crimen organizado, la existencia de factores culturales, la aceptación cultural de la violencia, problemas de convivencia, el funcionamiento del sistema penal, la ausencia del Estado de derecho, la proliferación de armas y la cultura de la ilegalidad son factores que contribuyen a explicar los niveles de violencia de un país.

También se dice que la violencia se explica por la existencia de una práctica social y una estructura institucional caracterizada por comportamientos autoritarios: vida familiar desintegrada y severamente marcada por relaciones de dominio, desajuste y pérdida de la estabilidad social y económica.

De acuerdo con las investigaciones desarrolladas, ninguno de estos factores o variables tiene la capacidad de explicar por sí solo el fenómeno. Se considera más bien que es la conjunción de estas variables la que puede estar determinando los niveles de criminalidad en una región particular.

En 1998 el Banco Mundial dio a conocer uno de sus principales trabajos de investigación sobre la criminalidad: *Determinants of Crime Rates in Latin America and the World*. Teniendo en cuenta los datos que maneja Naciones Unidas, se hicieron una serie de análisis para tratar de identificar los posibles determinantes de las tasas de homicidios y de robos en una amplia muestra de países de América Latina y del mundo.

El estudio encontró, por ejemplo, que el nivel de ingreso per capita no parece guardar relación con las tasas nacionales de criminalidad. En cambio, pone de manifiesto la existencia de una alta relación entre la violencia y la criminalidad con los grados de desigualdad en la distribución del ingreso. A mayor desigualdad más número de homicidios y más robo. Inversamente, cuanto mayor es la participación del quintil más pobre en el ingreso nacional, menores son las tasas de criminalidad.

La violencia en América Latina, sugiere el informe, es en buena parte consecuencia de ser prácticamente la región del mundo con más altos niveles de desigualdad en la distribución del ingreso.

Por otro lado, este estudio destaca que en los ámbitos de la criminalidad, el papel de la educación es menos determinante de lo que se esperaba. Con respecto a las tasas de homicidio, el promedio de escolaridad y las tasas de matriculación mostraron una asociación muy débil.

La Comisión Económica para América Latina (CEPAL) sostiene que más que la pobreza, son las condiciones de desigualdad social, en conjunto con otros factores, lo que genera el aumento de la violencia y la criminalidad, y por tanto, la inseguridad ciudadana.

La CEPAL hace un llamado a reconocer la naturaleza multidimensional del fenómeno. Señala que la conducta violenta y delictiva es también aprendida en la sociedad a partir de experiencias de agresión y abuso físico, como estrategia de vida en medios delictivos, a través de los medios de comunicación o de una multiplicidad de situaciones sociales.

La mayoría de los estudios realizados sobre la violencia y la delincuencia en América Latina, muestra de los cuales se han presentado aquí, coinciden en señalar que se trata de un fenómeno de naturaleza multicausal.

La explicación causal de la criminalidad ha sido tanto un factor recurrente en las investigaciones como un tema de especial interés teórico para la criminología.

Cuando la criminología crítica propone abandonar el paradigma causal, implícitamente sugiere incursionar en otras formas de estudiar la delincuencia y su sistema de control²⁰⁰.

Si se hiciera con la delincuencia lo que las ciencias de la paz han hecho con la violencia, la criminología debería

²⁰⁰Véanse entre otros: Alessandro Baratta: *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI, México, 2006. Roberto Bergalli y Juan Bustos: *El Pensamiento criminológico I*. Península. Barcelona, 1983. Elena Larrauri: *La herencia de la criminología crítica*. Siglo XXI, Madrid, 1982. Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis: *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Ariel. Barcelona, 1984.

devenir en una ciencia de la convivencia.

Toda propuesta de paz presupone un conocimiento de la violencia. Toda propuesta de convivencia presupone un conocimiento de la delincuencia, de la violencia y del sistema institucional creado para su control.

Las distintas teorías criminológicas no sólo contienen un instrumental teórico y práctico para analizar la criminalidad, sino que representan también, o son portadoras, de una experiencia social distinta respecto a la forma de tratar la delincuencia y sus instituciones.

No es extraño por tanto que los países con altos niveles de convivencia promuevan la abolición o reducción del sistema penal y su institucionalidad.

Si se tiene en cuenta además que el propósito (e incluso el carácter científico) de una ciencia social aplicada, viene determinado por su nivel de influencia en la mejora de la calidad de vida de las personas, la criminología no puede hacer otra cosa que dedicarse al estudio de los distintos mecanismos e instrumentos con que cada sociedad ha ido logrando mejores niveles de convivencia.

Más que estudiar las causas de la delincuencia y proponer una política criminal alternativa, la tarea es estudiar la convivencia, sus mecanismos e indicadores, e incursionar con ello en el conocimiento de las políticas públicas, de la economía y su relación con el derecho.

Para terminar, a modo de resumen o de conclusiones, es pertinente llamar la atención sobre cuatro aspectos importantes.

1. El primero está asociado con la autonomía teórica y práctica que tiene o debiese tener la familia. La importancia política, social e incluso académica viene determinada por la función propia que cumple o puede cumplir en la sociedad. En efecto, la familia tiene una función que le es inherente, independientemente de su relación con el mercado de trabajo y la natalidad. La protección de la familia, esto es, la puesta en marcha de programas para su viabilidad económica, social, cultural y legal constituye antes que nada el sustrato material de la paz social y la convivencia.

Si se compararan las tasas de homicidio de algunos de los países de América con las de Europa, se puede encontrar que la presencia o ausencia de un acuerdo social básico en torno a la familia se presenta como uno de los elementos a tener en cuenta en el momento de explicar el grado de convivencia en la sociedad.

La relación familia-convivencia no sólo es una nueva forma de aproximarse al estudio de las políticas públicas, sino que representa también una nueva manera de construir la relación entre disciplinas; entre economistas, sociólogos, politólogos y juristas. Y sobre todo constituye uno de los aportes de Europa para contribuir a la convivencia y la paz social.

Las experiencias de Europa y América Central nos sugieren que uno de los caminos para avanzar hacia la convivencia viene determinado por un cambio en la inversión pública en familia y por la consecuente reestructuración del presupuesto y gasto público.

2. Un segundo aspecto relevante de la experiencia europea indica que la familia puede constituir el primer bien público común de carácter universal sujeto a una protección especial. Sacar del ámbito del mercado y de la política la protección de la familia constituye sin duda uno de los aportes más importantes de la experiencia de los países europeos de alto desarrollo social, digna no sólo de ser seguida por los otros países de la Unión, sino también de ser convertida en una de las prioridades de la política internacional y de cooperación.

3. El tercero está relacionado con la importancia de la familia para la construcción de un proyecto político

cultural de nuevo tipo. La protección de la familia puede constituir un instrumento de límite a los políticos de profesión, que permita redimensionar la actividad política, un eficaz instrumento de lucha contra la pobreza y la desigualdad, una institución a través de la cual sea posible hacer realidad los derechos humanos, construir y poner en marcha programas de reforma a la justicia, de lucha contra la impunidad, la criminalidad y la violencia de nuevo tipo. Un primer paso importante para lograr la puesta en marcha de un derecho penal mínimo y mejorar con ello el funcionamiento de la justicia y la convivencia social.

No es el conflicto el verdadero dinamizador de la sociedad; es la construcción de un consenso social en torno a un mínimo común, el que hace posible el desarrollo de los países.

4. La socialización y discusión de la experiencia europea como la generación de pensamiento y acción social de nuevo tipo en torno a la familia constituye no sólo el cuarto aspecto a destacar, sino también una de las tareas a emprender. No se debe olvidar que la convivencia, como la democracia, es también un proyecto teórico confiado a las luchas sociales que lo mantienen.

Si bien se ha tratado de hacer evidentes los dos tipos de racionalidades construidas para hacer frente a la impunidad y al delito, es justo reconocer que trascienden estos ámbitos. En definitiva, se trata de un proceso de selección que escoge entre la calidad de vida o la acumulación de riqueza, entre la vida social o la autonomía individual, entre el desarrollo sostenible o el progreso material, entre la protección de los derechos humanos o la protección de los derechos de propiedad, etc.

La racionalidad europea representa a la vez una experiencia y un sueño. Una experiencia, por el camino que se ha recorrido, y por logros en materia de convivencia que se han alcanzado. Un sueño, porque esta racionalidad, como dice el profesor norteamericano Jeremy Rifkin, representa también una esperanza para la humanidad. Ojalá esta esperanza no se trate a la ligera.

En definitiva, la reducción de la impunidad no depende del cambio de un sistema procesal, depende básicamente de la existencia de un acuerdo de convivencia que permita alcanzar la plena vigencia de un derecho penal mínimo. Propuesta ésta menos costosa en términos de gasto público y más rentable socialmente para un país como Colombia, que seguir enfrentándose a la impunidad con los instrumentos y mecanismos tradicionales, considerándola solamente como un problema de la administración de justicia.

En estas circunstancias, es necesario cambiar la forma de abordar la impunidad y la reforma a la justicia. De continuar como hasta ahora, el país se podría ver inmerso, ingenua o deliberadamente, en la lógica propia de la llamada industria del control del crimen, o utilizando las palabras del presidente Uribe, y adaptándolas para el caso, se estaría botando impunemente la plática.

Capítulo VIII – CONCLUSIONES

Presentación.-

En este capítulo se presentan los principales resultados del estudio, los factores que, a nuestro juicio favorecen la impunidad en Colombia, como las propuestas que a corto, mediano y largo plazo podrían contribuir a su reducción.

8.1. Principales resultados

1. Desde hace más de 70 años Colombia viene enfrentado el problema de la impunidad como un asunto eminentemente procesal, propio de la administración de justicia. Las ideas y el pensamiento que se han elaborado para hacer frente a esta problemática no trascienden estos ámbitos. La situación actual, los altos niveles de criminalidad e impunidad, está demandando construir una nueva manera de pensar los problemas de la justicia colombiana.
2. En términos generales, las probabilidades de condena por un delito en Colombia no supera el 20%. En materia de homicidio la probabilidad de condena gira en torno al 3%.
3. La impunidad en Colombia es más la consecuencia de un sistema penal que no actúa como último recurso. Junto a la adopción de medidas para que el sistema penal alcance este carácter, se hace indispensable definir los ámbitos de actuación propios del sistema.
4. Los cambios de naturaleza procesal poco inciden en la reducción de la criminalidad y de la impunidad. En una perspectiva global y utilizando la denominada metodología del embudo, la impunidad antes del sistema procesal actual giraba en torno al 95% ahora lo hace alrededor del 97%.

La probabilidad de condena por un homicidio antes del SPOA era del 4%, hoy resulta ser un poco superior al 3%. Una nueva medición de la impunidad que arrojará datos menores a los conocidos no significa que ésta se haya reducido. Si utilizáramos el mismo método para medir la impunidad en los distintos sistemas procesales nos daríamos cuenta que los niveles de criminalidad e impunidad más o menos se mantienen.

5. El tipo de delitos que conoce el sistema penal colombiano (lesiones personales, violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria, homicidio y delitos contra la propiedad) ponen en evidencia un serio problema de convivencia en la sociedad y al interior de la familia.
6. Es también indicador de esta problemática que sean los jóvenes las personas que más resultan vinculadas al sistema penal. La participación de niños y jóvenes en las actividades delictivas que registra la justicia está muy por encima del promedio nacional.
7. El nuevo sistema procesal penal colombiano además de su carácter garantista, atiende o resuelve con relativa eficacia el tema de la conciliación en los delitos querellables y judicializa rápidamente los casos de flagrancia. Existen serios problemas con los casos en los que no hay sindicado conocido. Presenta también serias dificultades en la fase de indagación, en las tareas de investigación, en el ámbito de la formulación de

imputación y en los tiempos que demanda para los funcionarios de la Fiscalía la realización de las distintas audiencias orales.

8. Si bien todavía no existe un sistema de información idóneo para hacer los análisis sobre el funcionamiento de la justicia penal en Colombia, resulta pertinente destacar sobre todo la actitud asumida por los funcionarios de la Fiscalía en el sentido de utilizar la información para hacer un análisis lo más riguroso posible de los problemas del sistema de justicia antes que para mostrar una imagen institucional.
9. Otro hecho importante a destacar es que el CTI de la Fiscalía viene realizando programas de prevención de la violencia y la delincuencia. Aunque esta tarea no es propiamente de su competencia, es alentador que el país empiece a preocuparse por hacer prevención. Ojalá este esfuerzo pueda traducirse en la formulación de políticas públicas para la convivencia.
10. El aumento del gasto público en justicia no trae como consecuencia una reducción ni de la impunidad ni de la criminalidad. La experiencia comparada demuestra que el funcionamiento de la justicia judicial depende más bien de la existencia de un acuerdo de convivencia en la sociedad.

8.2. Factores que contribuyen a la impunidad

Los estudios realizados en Colombia señalan que por lo menos hay cuatro clases de factores que hacen posible la impunidad: los normativos, los políticos o institucionales, los sociales y los técnicos organizacionales.

Sin embargo, la mayoría de estos estudios entienden la impunidad como un problema propio de la Administración de Justicia, limitando con ello el análisis de los posibles factores que la generan, así como de las propuestas orientadas a reducirla.

De conformidad con lo expuesto en los capítulos anteriores, la reducción de la impunidad no depende en estricto sentido de reformas procesales. El primer factor que contribuye a la impunidad en Colombia es la racionalidad asumida para hacerle frente. La manera de pensar la impunidad y la criminalidad condiciona los resultados del sistema de justicia. Un cambio en su abordaje es condición fundamental para avanzar en su reducción y mejorar la convivencia.

Además de la racionalidad asumida para hacerle frente, hay otros factores que permiten que se produzca, se extienda o no se reduzca el fenómeno de la impunidad en Colombia.

La ausencia de un acuerdo de convivencia, la falta de un sistema jurídico e institucional para la convivencia, la cultura penal y punitiva, el narcotráfico y algunos aspectos técnicos organizacionales propios del proceso penal acusatorio, así como de la organización judicial son, entre otros, los principales factores que a nuestro juicio permiten que la impunidad siga siendo un problema en Colombia.

8.2.1. Ausencia de un acuerdo de convivencia

Tal como lo sostiene Ferrajoli, la primera regla de un pacto constitucional y legal sobre la convivencia civil no es qué se debe decidir y quien debe hacerlo, sino sobre todo cuál es el mínimo común a todos los ciudadanos y ciudadanas que no puede (o no debe) ser alterado ni siquiera por la mayoría²⁰¹.

Esta regla primaria, básica o fundamental de la convivencia civil no se cumple en Colombia. En éste país, no existe un acuerdo en torno al mínimo común, (sobre contenidos y formas) reconocible efectivamente a todas las personas que no puede (o no debe) ser alterado, ni siquiera por un poder político legitimado formalmente por la mayoría. Y en consecuencia, no existen los contenidos materiales de este acuerdo, ni tampoco las debidas normas jurídicas en las que éste se refleje, ni ninguna institución encargada de su promoción y protección.

La experiencia europea a la que se hizo referencia en el capítulo anterior, muestra que uno de los elementos, tal vez el principal, de ese acuerdo de convivencia, gira en torno de la viabilidad económica, social, cultural y legal de la familia.

La falta de un acuerdo de esta naturaleza trae como consecuencia la utilización máxima del derecho penal; su existencia, en cambio, permite avanzar hacia la construcción y consolidación de un derecho penal mínimo en la sociedad.

La impunidad es el producto de la utilización máxima del sistema penal. Una reducción de aquélla supondría por tanto definir una estrategia para ir reduciendo también los ámbitos de actuación de la justicia penal.

En un derecho penal máximo no sólo no se reduce la impunidad ni la criminalidad, sino que hasta las propias garantías jurídicas que tanto pregona el sistema penal pierden sentido. El resultado final es una suerte de esquizofrenia o irracionalidad que afecta los niveles de convivencia.

8.2.2. La falta de un sistema jurídico para la convivencia

La impunidad penal no se comprende debidamente si se prescinde del análisis sobre la situación del derecho y de la legalidad en la sociedad colombiana.

En un sentido amplio, la impunidad refleja las dificultades que tienen el Estado y la sociedad para reconducir a través de la legalidad, los comportamientos ilegales de los ciudadanos.

Una cultura jurídica es, en buena medida, resultado de la experiencia vivencial que los ciudadanos tienen con el derecho. De un lado, marcaría la forma como se acumula poder político y económico, y del otro, la manera como el derecho resulta útil al proyecto de vida de cada uno de los miembros de la sociedad.

Debe tenerse en cuenta que la mayor o menor legitimidad de un Estado depende de la relación que se construya entre las necesidades individuales o colectivas de los miembros de una sociedad, y la respuesta de las instituciones jurídicas y políticas creadas para satisfacer dichas necesidades.

En este sentido, tres problemas importantes de la vida social y política colombiana influyen o condicionan la cultura jurídica: la aparición de una suerte de organización dual del Estado y de la sociedad, la profesionalización de la política sin ningún tipo de control, y la relación ciudadanía-legalidad.

En Colombia, por múltiples factores, la acumulación de poder político y económico no se caracteriza por ser

²⁰¹ Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón*. Op. Cit. Pp. 859 y ss.

celosamente respetuosa de la legalidad. La no monopolización del uso de la fuerza como opción política y la profesionalización de la política, han contribuido, y contribuyen todavía significativamente, a que el respeto estricto de la legalidad sea una tarea, por decir lo menos, difícil.

En este marco, las fronteras entre la legalidad y la ilegalidad se desdibujan. La población colombiana recibe, en buena parte, como ejemplo de su institucionalidad y de sus partidos, la violencia, la ilegalidad, el tráfico de influencias, la arbitrariedad, la corrupción y el enriquecimiento ilícito²⁰².

Como la ilegalidad genera su propia economía y sus propias reglas, fue floreciendo un Estado doble, en la economía, en el uso de la fuerza, en la política, e incluso en la actitud de los ciudadanos. Se fue creando un aparato coercitivo con dos caras, una legal y otra ilegal o clandestina, un Gobierno y una actividad política institucional también con dos caras, una legal y otra ilegal o clandestina, y luego, con la contribución del narcotráfico, una economía con dos caras, una legal y otra ilegal o clandestina, que hacían lo suyo, unas veces de forma oculta, otras con sutileza, y no pocas descaradamente²⁰³. Los esfuerzos que se han venido realizando últimamente resultan insuficientes para desmontar un andamiaje que ha estado presente en la vida de Colombia desde hace muchos años.

Se ha creado un Estado con dos caras, una legal y otra ilegal. La irresponsabilidad por las violaciones a los derechos humanos, la impunidad, las desapariciones forzadas, el CVY (como voy yo) de la política, la apropiación privada de la cosa pública, la adjudicación de contratos, los nombramientos de los funcionarios, la sustitución de la capacidad y de la formación académica por la astucia, la desconfianza, etc., forman parte de los elementos que configuran ese Estado dual.

En una organización de este tipo se convierte en un problema pretender someter los ciudadanos a la ley.

Pero lo más grave de la situación de Colombia, no es sólo la degradación de la vida social y política, lo más preocupante es la forma como se ha ido construyendo la mentalidad y las relaciones sociales entre los colombianos. En un Estado de estas características, pierden valor la confianza, la legalidad, la responsabilidad, la verdad y la formación académica. Florecen, en cambio, la lealtad ciega o la relación utilitaria, la complicidad, la astucia y el mimetismo. La vida política, social, económica y cultural del país tiende a estar altamente influenciada por comportamientos de corte delictivo. Ninguna sociedad resiste por mucho tiempo una organización de esta naturaleza.

Se pierde la confianza en la institucionalidad y no hay forma de responsabilizar a las instituciones y a las personas por sus comportamientos ilegales. Igualmente, y como consecuencia lógica, se pierde la confianza en la legalidad y en el sistema judicial. Es oportuno decir que el Estado dual y la profesionalización de la política han contribuido también a la pérdida de la confianza en la política y a facilitar una suerte de cooptación del Estado por parte de los intereses particulares.

²⁰² Algunos autores sostienen la cultura de la ilegalidad es en buena parte consecuencia del patrimonialismo, del rentismo y del clientelismo político. En nuestro ámbito, véanse, entre otros, Luis Jorge Garay: *Construcción de una nueva sociedad*. Segunda edición. Alfaomega Colombiana, Bogotá 2002. Y Pedro Santana Rodríguez: *Colombia: La crisis política*. Op. Cit. Para nosotros sin embargo, el rentismo, el patrimonialismo y el clientelismo son consecuencia propia de un régimen que profesionaliza la política y la deja carente de controles y de límites. Según datos presentados por Carlos Gaviria para el año 2003, el 76% de los empresarios y el 70% de los empleados públicos podrían resultar involucrados en actividades de corrupción. Según esos datos se estima que la corrupción en Colombia en el año 2003 ascendió a más de tres billones de pesos. Véase Carlos Gaviria Díaz: *La corrupción y la economía de mercado*. www.eltiempo.com.co/blogs 290705.

²⁰³ Un ejemplo planteado por Mockus, es la, inaceptable históricamente, locha tributaria de los hacendados colombianos. No pagaron los impuestos de la época, no contribuyeron después al sostenimiento de la fuerza pública y comenzaron a pagar unas fuerzas ilegales. Revista Semana 1201.Op.cit.

Como el Estado de Derecho es en el fondo, o intenta serlo, la sociedad jurídicamente organizada, el Estado dual rompe precisamente con la organización jurídica de la sociedad y deviene o degenera en sociedad dual. Es decir, es una sociedad que utiliza y se beneficia a la vez, tanto de la legalidad como de la ilegalidad. Además, es pertinente recordar que un Estado de derecho no puede dejar a buena parte de sus ciudadanos, como única alternativa de sobrevivencia, la ilegalidad.

En una organización estatal y social de esta clase se deteriora lo público y predomina lo privado, el Estado va perdiendo legitimidad y capacidad de control y de actuación, la convivencia se vuelve frágil y aparece la cultura de la ilegalidad, y consecuentemente la violencia. Cobran especial relevancia los agentes económicos ilegales, la política pierde su norte y se rompe con el monopolio del uso de la fuerza. Florece la corrupción, la impunidad y la crisis de la justicia, particularmente la penal, estará siempre al orden del día.

La crisis colombiana es a la vez una crisis de legitimidad y de legalidad. La legalidad no ha sido útil a los proyectos de vida de los ciudadanos, el Estado y sus instituciones no han podido someter a la legalidad debidamente a los poderes públicos y privados, ni la ley ha tenido la capacidad de regular la conducta de los colombianos y colombianas, dando origen a unas prácticas ilegales y a la instalación progresiva de una suerte de cultura de la ilegalidad en la sociedad.

En este panorama, no resulta extraño entonces que Colombia tenga una de las tasas de criminalidad más altas del mundo. En homicidios, por ejemplo, ocupa el segundo lugar en América. En secuestros, el primero, a nivel mundial. Y en violaciones a los derechos humanos, el sexto. En materia de corrupción pública y privada ocupa, según Transparencia Internacional, el tercer lugar en el hemisferio y el séptimo en el mundo.

Existe un elemento adicional que es menester mencionar. Un sistema jurídico requiere para su plena vigencia la lealtad de los poderes públicos. Buena parte de las políticas públicas puestas en marcha en Colombia no desarrollan, o van en sentido contrario, de la normativa constitucional, dando origen a un incremento de la intervención judicial, particularmente mediante el recurso de tutela, y a una serie de contradicciones entre las altas cortes. Por fortuna, la Corte Constitucional acaba de producir una sentencia para evitar que sea la tutela el instrumento para reclamar el derecho a la salud, y obligar en consecuencia al Gobierno a organizar un mejor sistema de salud. Este caso puede ser un principio para obligar al Gobierno a definir las políticas públicas que deben necesariamente acompañar a cada uno de los derechos reconocidos constitucionalmente.

La forma como se desarrollan la vida política y jurídica en Colombia refleja una concepción de la democracia en la que predomina la política sobre el derecho. La legalidad es concebida solamente como un medio de la política. El derecho y la legislación, en esta idea de la relación política–legalidad que subyace en la cultura, son simplemente un producto o un instrumento de la política.

La convivencia requiere la recuperación de la legalidad y un cambio de la relación entre política y derecho. El derecho no puede continuar siendo, de hecho y culturalmente, un subordinado de la política.

Curiosamente, esta relación continúa dominando casi todo el espectro político, independientemente de las ideologías. En el fondo de las izquierdas o de las derechas existentes, subsiste una concepción formal y procedimental de la democracia, identificada únicamente con el poder del pueblo; es decir, con los procedimientos y mecanismos representativos dirigidos a asegurar el poder de la mayoría.

La protección del acuerdo de convivencia a que se hizo referencia en el numeral anterior demanda un cambio en esta relación a favor de la ciudadanía. La normativa internacional en materia de derechos humanos es uno de esos elementos que viene produciendo un cambio en esta relación y otorgando un mayor protagonismo a la justicia.

Lamentablemente, no existe en Colombia un sistema jurídico para la convivencia. Como ya fue señalado, la primera regla jurídica para la convivencia civil no se cumple en el país. También hay problemas con la segunda, que tiene que ver con la legitimidad del monopolio del uso de la violencia. Para conseguir que el Estado o la comunidad organizada logren este monopolio es preciso reunir algunas condiciones, pues de lo contrario, éste puede devenir en un factor más de violencia. No se han llevado a cabo debidamente las discusiones sobre las condiciones que debe reunir el Estado para asegurar la legitimidad del monopolio de la violencia. La prohibición del uso de medios violentos en la vida social requiere también de un sistema legal de nuevo tipo. Al menos, no puede ser del mismo que ha dado origen, contribuido a la violencia o convivido con ella.

La tercera regla jurídica para la convivencia civil guarda relación con la existencia de una política judicial. No existe tampoco una política judicial para la convivencia. . Las reformas judiciales se realizan prácticamente al margen de los problemas de la sociedad, tienen su propia autonomía teórica y técnica, se tramitan además como un asunto técnico formal, desconectadas de la ciudadanía, y carentes de referentes externos que den cuenta de la utilidad social de la institucionalidad judicial y de las propias reformas.

El país necesita de una política judicial de este tipo, capaz de asegurar un sistema de justicia, un juez y un fiscal independientes, garantes de la legalidad, vinculados con la sociedad, responsables de proteger el mínimo común a que tienen derecho las personas y ciudadanos del país, de ser un límite al gobierno de las mayorías y a la política como profesión, y de garantizar la solución pacífico-jurídica de los conflictos sociales sometidos a su consideración.

En definitiva, la lucha contra la impunidad requiere de un sistema jurídico para la convivencia, de una nueva cultura jurídica y de la puesta en marcha de una nueva experiencia social y vivencial con la legalidad y sus instituciones.

8.2.3. *La cultura penal*

La cultura penal, esto es, la forma de abordar las reformas penales y procesales, también está contribuyendo a la impunidad y produciendo efectos negativos en la lucha por alcanzar mejores niveles de convivencia.

La reforma a la legislación penal y procesal penal que da origen al sistema penal oral acusatorio se ha promovido, de una parte, como un sistema garantista protector de derechos, y de la otra, como una alternativa a los problemas de la justicia penal y de la criminalidad.

En el segundo caso, se han creado falsas expectativas sociales e institucionales. Casi inmediatamente después de la entrada en vigor de la nueva normativa procesal se inician las reformas; el sistema penal acusatorio fue creado para descongestionar el sistema penal anterior y la llamada Ley de Pequeñas Causas fue promulgada para descongestionar el acusatorio que ya podría colapsar.

La idea garantista que se ha desarrollado en la reforma penal y procesal penal llevada a cabo ha sido trabajada separando las garantías primarias de las secundarias, y olvidando que el sistema penal es el último recurso que tiene una sociedad para proteger los derechos, sacrificando de esta forma, de hecho y jurídicamente, la idea del derecho como sistema de garantías.

En este proceso de reformas, promoción y capacitación posterior, se citan autores, como Luigi Ferrajoli, descontextualizando su producción teórica y utilizándola, sutil o abiertamente, para justificar reformas, o la idea garantista que llevan estas reformas, situación que no sólo pone al descubierto la falta de conocimiento de la

elaboración teórica de sus autores, sino que constituye una pérdida de respeto y un uso instrumental de personas de tanta valía intelectual y democrática como Ferrajoli.

En muchos ámbitos del trabajo jurídico (infancia-adolescencia, género, etc.) se ha hecho evidente la influencia nociva de una cultura jurídica predominantemente de tipo penal. Así ha sucedido con los mecanismos de protección de los derechos humanos fundamentalmente de carácter reactivo, con los procedimientos establecidos (denuncia-investigación), con las instituciones creadas, con el discurso construido, e incluso con el manejo doctrinario y técnico de las propias garantías penales. En esta lógica, la impunidad se produce primero porque no están consagrados los delitos como tales, luego, cuando ya han sido tipificados, porque la gente no denuncia, y posteriormente, porque no se investiga. Una suerte de círculo vicioso del que se necesita salir, para construir otro imaginario jurídico posible.

Una de las primeras tareas a emprender es redoblar todos los esfuerzos posibles para construir y dotar de efectividad las garantías teóricas y prácticas del principio de última ratio propio del derecho penal.

De otro lado, las reformas penales y procesales se hacen de espaldas de la realidad no sólo social, sino también del funcionamiento mismo del sistema penal. La sociedad sabe muy poco de su sistema penitenciario y carcelario y también muy poco, pese a que se avanza, del funcionamiento de su sistema penal. Las cifras y los informes que presentan las instituciones están hechos más para construir una imagen institucional, que para contribuir a la discusión de los problemas reales de la justicia.

Todo sistema penal tiene unos niveles de impunidad. No hay un sistema penal perfecto. Sobre el particular, vale la pena recordar a Ferrajoli cuando señala:

“La obligatoriedad de la acción penal, no significa que ningún delito deba quedar sin juicio e impune, sino sólo que el sí, el cuándo y el cómo del juicio no son discrecionales. La idea de perfección y plenitud de la intervención judicial es la primera ilusión que hay que abandonar. Fueron bien conscientes de ello los criminalistas de la Escuela Clásica, que advirtieron del carácter funesto y absurdo de la pretensión panjudicialista. “La insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, escribió Carrara, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror”. Y Pagano puso en guardia contra el celo inquisitivo y las ideologías eficientistas, al denunciar el arbitrario e inmoderado poder que sería necesario dejar en las manos del juez si se quisiera que el más ligero fallo no quedase impune, así como el precio de violencias necesarias y atentados contra la libertad del inocente, que sería necesario pagar por el descubrimiento de todo delito oculto.

Por desgracia, la ilusión panjudicialista ha emergido de nuevo en nuestros días a través de la concepción del derecho y del proceso penal como remedios al mismo tiempo exclusivos y exhaustivos de cualquier infracción del orden social, de la gran criminalidad ligada a degeneraciones endémicas del tejido social y del sistema político, a las más minúsculas transgresiones de innumerables leyes que, cada vez con más frecuencia, son sancionadas penalmente, a causa de la conocida ineficacia de los controles y de las sanciones no penales. El resultado es un papel de suplencia general de la función judicial respecto de las demás funciones del Estado – de las políticas y de gobierno a las administrativas y disciplinarias- y un incremento totalmente anómalo del número de asuntos penales. Pero lo cierto es que amenaza ya de forma radical el papel garantista de la justicia penal, comprometiendo su eficiencia y dirigiéndola hacia formas de derecho penal máximo y autoritario²⁰⁴.”

²⁰⁴ Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón*. Op. Cit. Pp. 562.

8.2.4. *El narcotráfico*

El tráfico de drogas es sin duda uno de los problemas más delicados que afectan al funcionamiento de la justicia y a la convivencia en Colombia. Tal vez sea uno de los problemas más graves que atraviesa la sociedad colombiana, no sólo por los efectos que produce, sino por los límites que tiene el país para revisar lo que hasta ahora se viene haciendo, y encontrar una manera diferente de hacer frente a este fenómeno.

En este campo, un primer aspecto que afecta a la justicia penal, guarda relación con el carácter ambiguo del bien jurídico que se intenta proteger. De los contenidos de la legislación sobre drogas se podría inferir de forma clara que hubo una preocupación inicial por el bien jurídico salud pública. Sin embargo, con el desplazamiento del discurso de la droga del ámbito de la salud, a convertirse en un problema de seguridad de los estados, la salud es lo que menos interesa, apareciendo la seguridad estatal, la protección a la economía legal y la protección del sistema político como los bienes jurídicos a tutelar.

Si el objeto de protección de la norma no es transparente, da lugar a interpretaciones o propósitos no declarados u ocultos, afectando al funcionamiento del sistema de justicia, así como a la convivencia en una sociedad.

La criminalización de la droga pretende mostrar que está orientada a combatir tal flagelo, cuando en realidad es una política criminal contraproducente tanto para la salud de los eventuales consumidores, como para otros intereses jurídicos como la economía legal y la misma seguridad estatal.

La no disminución de los cultivos, los altos márgenes de rentabilidad del negocio, el poco impacto que en la reducción de la actividad delictiva genera la política criminal, y la acción de las autoridades, hacen suponer que es justamente la criminalización la fuente de fabulosas ganancias para los traficantes.

Un elemento más que viene contribuyendo a la adopción de la racionalidad norteamericana en Colombia es precisamente la llamada lucha contra la droga. So pretexto de ésta, se han ido incursionando en los sistemas policial y judicial del país.

8.2.5 *Las funciones simbólicas del sistema penal*

Una interpretación importante a tener en cuenta en el análisis de la impunidad es aquella que considera que el sistema penal no está para controlar el delito ni para reducir la impunidad. Hay delitos, como en el caso del narcotráfico, en los que la criminalización de la droga produce efectos diferentes a los declarados legalmente.

Para esta perspectiva, el sistema penal cumple dos tipos de funciones: unas latentes y otras declaradas; unas formales y otras reales.

Además de la contradicción que tiene la política criminal frente al tráfico de drogas, también las funciones simbólicas están presentes en la protección de bienes jurídicos como el patrimonio económico.

La impunidad, la limitada cobertura del sistema penal frente al número real de infracciones contra el patrimonio económico, ponen en duda la capacidad real del sistema penal para proteger este bien jurídico. Si la función instrumental es muy reducida, es probable que la función latente, no declarada o real adquiera primacía.

Winfried Hassemer entiende por simbólico, un predominio de las funciones latentes (reales) sobre las manifiestas o declaradas (formales)²⁰⁵.

²⁰⁵ Winfried Hassemer: Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Revista Nuevo Foro Penal Vol 51. Pag 24.

¿Cuáles serían esas funciones latentes no declaradas del sistema penal frente al patrimonio económico? Terradillos dice que se puede afirmar que la persecución penal se aleja progresivamente del bien jurídico, y se utiliza como medio para garantizar la compensación económica por parte de las compañías de seguros. La defensa penal de la propiedad no es más que la función ideológica de los delitos patrimoniales. La real es lograr que todos asuman los códigos de comportamiento del propietario, aún no siéndolo²⁰⁶.

El funcionamiento del sistema penal no solamente abre las puertas para la actuación de otros órdenes normativos, sino que esa cobertura parcial de su acción, en el caso de las infracciones contra la propiedad, es un mecanismo funcional para el desarrollo de ciertas actividades empresariales. Por ejemplo, si no fuera por esa cobertura parcial, no podrían florecer las industrias que producen todo tipo de aparatos de seguridad, vigilancia privada, aseguradoras, etc. El fracaso del sistema penal en la protección de la propiedad transmite a la sociedad un mensaje muy claro: debes proteger tus bienes con mecanismos distintos al sistema penal, porque él no te garantiza una protección adecuada.

Otro aspecto a destacar es el lugar donde se cometen o se concentra buena parte de la delincuencia contra el patrimonio. Existen espacios criminalizados donde la criminalidad que se presenta afecta principalmente a personas de igual o similar procedencia social que la de los infractores. Estos atentados contra la propiedad no afectan el desenvolvimiento de la economía, ni tampoco al de la justicia.

En estas circunstancias, la preocupación por la eficacia del sistema penal es más un recurso de determinadas coyunturas políticas. Reducir la utilización política del sistema penal es también otra tarea importante para contribuir a la reducción de la impunidad.

8.2.6. Falta de Estado de Derecho.

Existen zonas altamente criminalizadas donde la presencia del Estado en todas sus expresiones es precaria o nula. No es posible construir una cultura de la legalidad, presupuesto fundamental de la lucha contra la impunidad, si existen zonas donde todo el accionar se produce de hecho, sin normas y no se distinguen las fronteras entre lo legal y lo ilegal.

No puede haber territorios sin la correspondiente documentación legal, no puede haber propiedades sin respaldo legal, no pueden haber ciudadanos si no existen jurídicamente. La falta de Estado de Derecho favorece la impunidad.

Además de zonas, existen estructuras sociales que operan a través de sus propias reglas, las ollas de vicio, el fleteo, la producción y comercialización de drogas, que constituyen un desafío no sólo para el sistema judicial, sino también para el Estado y la sociedad.

8.2.7. Factores técnicos y organizacionales

Dentro de los factores técnicos y organizacionales que están contribuyendo a la impunidad se encuentra la Indagación Preliminar. No existen mayores controles sobre lo realizado en esta fase procesal, y es donde más se quedan los asuntos conocidos por la Fiscalía. Más del 60% del total de noticias criminales conocidas por las autoridades no pasan de esta fase.

²⁰⁶ Juan Terradillos Basoco: Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. Op.cit. Pag 19)

También hay serias dificultades y limitaciones en la investigación, en el uso del archivo provisional, en la aplicación del principio de oportunidad. Debe igualmente revisarse el contenido de los acuerdos y preacuerdos, la conciliación y la sentencia anticipada y, según los propios fiscales y jueces, debe estudiarse la posibilidad de la presencia de la corrupción en las actividades de la Fiscalía y de la justicia.

El Ministerio Público ha señalado:

“... las agencias policivas tienen un fuerte poder selectivo, y escogen unos pocos casos (entre el 10% y el 30% según el distrito judicial) para ser sometidos a la Fiscalía... La selección que se hace desde la Fiscalía General de la Nación, no tienen seguimiento, evaluación, ni control: se hace a puerta cerrada y de manera arbitraria. Esa es una falla estructural de nuestro SPA, a saber: que no exista siquiera por parte del Ministerio Público o del mismo aparato burocrático al interior de las entidades, un control de esta discrecionalidad. Es necesario disminuir el área de discrecionalidad con la que los casos llegan a conocimiento de los jueces. El Estado debe trabajar en la elaboración de un conjunto de pautas dirigidas a indicar parámetros de selectividad.”

Un tema importante a destacar es la producción y análisis de información. Pese a que existe obligación legal de crear un sistema nacional de estadísticas judiciales, todavía no funciona debidamente. Y lo que es peor aún, la información que produce se usa fundamentalmente para construir una imagen institucional, y no para analizar los problemas de la justicia. La recopilación de la información para este trabajo fue literalmente una odisea. Para ilustrarlo, sólo un ejemplo basta. Después de más de tres meses de trámites y gestiones ante distintas instancias del Consejo Superior de la Judicatura, fue necesario que la Sala Administrativa en pleno se reuniera para decidir si se nos podía o no entregar la información pues, de acuerdo con las autoridades de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la información que se estaba solicitando podía poner en evidencia problemas de eficacia y de eficiencia de la función judicial. Además de resultar altamente costosa la decisión colegiada de un acto sencillo sobre una información de carácter público, no resulta difícil advertir que la falta de transparencia y de una nueva cultura de la información, también contribuyen a la impunidad.

8.3. Las propuestas

¿Qué hacer frente a este panorama de la justicia penal Colombiana?

Lo primero que resulta importante es recordar que Colombia desde hace más de 70 años viene insistiendo en los mismos mecanismos para hacer frente a la impunidad y al delito. Una de las primeras tareas a emprender, como ya ha sido también destacado en más de una ocasión, es construir otra forma de aproximarse, de pensar y de actuar sobre la problemática, que contribuya tanto a reducir la utilización del derecho penal como los riesgos de verse inmersos en una suerte de industria del control del crimen, condiciones necesarias para avanzar en la reducción de la impunidad.

En este marco, las propuestas que se formulan a continuación, aunque algunas tengan efectos a largo plazo, pueden ser puestas en marcha en un mediano o corto plazo.

En coherencia con lo expresado en este trabajo, las propuestas que se presentan van desde la suscripción de un acuerdo de convivencia, la puesta en marcha de una estrategia para construir un derecho penal mínimo en Colombia, la corresponsabilidad en materia de tráfico de drogas, la independencia de jueces y fiscales, hasta identificar algunos aspectos técnico-organizacionales relacionados con el funcionamiento del sistema penal acusatorio. Se establecen también unas recomendaciones a la cooperación internacional, particularmente a la Unión Europea.

8.3. 1. Acuerdo de convivencia

La primera regla de un pacto constitucional y legal sobre la convivencia civil es acordar lo mínimo común a todos los ciudadanos y ciudadanas, que no puede (o no debe) ser alterado ni siquiera por un gobierno de mayorías.

Se trata entonces de alcanzar un acuerdo en torno al mínimo común que la sociedad requiere para organizarse y desarrollarse en armonía y/o facilitar la convivencia.

Si bien este mínimo común tiene carácter progresivo, es decir, puede ir cambiando gradualmente hacia adelante, dependiendo de la evolución económica, política y cultural de la sociedad, se trata de encontrar ese primer acuerdo que contribuya a reducir el uso del sistema penal y a evitar la criminalización de los problemas sociales.

Un ejemplo de cómo avanzar en esta línea de pensamiento y acción, podría intentarse construir en torno a la familia, como lo demuestra la experiencia de Europa a la que se hizo referencia en el capítulo tercero. Esta institución puede permitir concertar un proyecto de sociedad común a todos los colombianos, dando el lugar adecuado y la prevalencia necesaria al individuo y su familia, antes que a estructuras, conceptos o nociones creadas por los propios seres humanos como Estado, patria o nación. La priorización de la familia, además, permitiría romper con la intermediación burocrática, y podría garantizar que los recursos lleguen al destinatario final.

La protección de la familia que aquí se propone no depende del modelo económico o político de la sociedad, sino que es una condición previa que todo modelo, no importa cuál sea, debe cumplir.

Un proyecto de convivencia centrado en el diseño y ejecución de políticas públicas para hacer viable social, económica, legal y culturalmente la familia, un programa integral que comprenda tanto una serie de derechos y deberes, así como acciones orientadas a educar en la construcción de familia y a estimular la solidaridad social, constituye sin duda un primer mínimo común a concertar y a proteger legalmente en Colombia.

Así por ejemplo, desde el punto de vista de la viabilidad económica de la familia, el ingreso que debiese reconocerse a toda familia, debe ser a la vez un instrumento para el crecimiento de la sociedad y de la economía, para tratar de conseguir un equilibrio entre el crecimiento económico y el demográfico. Desde esta perspectiva, el derecho a un ingreso mínimo para la familia, podría dar origen a acuerdos con el sector privado y público, para que le conlleve a la familia el deber de retribuirlo a la sociedad con trabajo productivo, social, artístico, cultural, comunitario, etc. Y puede también implicar una división de las jornadas de trabajo, estimular la generación de actividades empresariales y programas para el crecimiento cultural y humano relacionado con el uso del tiempo libre, e incluso regular el tiempo de trabajo de los integrantes de la familia.

Además de su carácter general, pues se le reconoce a toda familia, un acuerdo de esta naturaleza contribuiría al surgimiento de una nueva cultura ciudadana de derechos y deberes expresada también como solidaria, tributaria y fiscalmente, requisitos fundamentales para la convivencia.

Vale la pena precisar que este mínimo común debe estar dirigido a todas las familias legalmente reconocidas, no a las legalmente constituidas, lo que permite que la iniciativa cubra también a las familias de hecho.

La relación familia-legalidad es otro de los temas que un trabajo integral en este ámbito debe abordar. La legalidad de las personas, de los bienes y los ingresos debe constituir una preocupación central de un proyecto para la convivencia.

Desde una perspectiva global como la que hoy se vive, la familia como valor supranacional podría contribuir a

generar nuevas formas de cooperación internacional. Es de recordar aquí, como fue expuesto en el tercer capítulo de este trabajo, que la convivencia de buena parte de los países europeos es el resultado de la distribución de la gestión de los riesgos sociales entre el Estado, el mercado y la familia.

Como se trata de una iniciativa tendiente a garantizar tanto el mínimo común a que se tiene derecho como el cumplimiento de los deberes, se debe diseñar entonces un sistema legal y unas instituciones jurídicas a la altura de este desafío.

En síntesis, es un esfuerzo de convivencia cuyo objetivo central se dirige a hacer viable económica, cultural, legal y socialmente la familia, de tal forma que se contribuya a la socialización de los hijos, a la reducción de la violencia, a la seguridad humana y a la generación de una nueva cultura ciudadana en torno a la legalidad.

La familia es la institución que puede contribuir a generar mejores relaciones en varios ámbitos de la vida social e individual frecuentemente separados: entre trabajo productivo, generación de riqueza, y distribución del ingreso; entre lo público y lo privado, entre lo económico y lo político, entre la solidaridad y la justicia, entre la libertad y la responsabilidad, entre las razones y las emociones, entre vida y vida digna, entre individuo y sociedad, entre globalización y Estado-nación. Estas relaciones propiciarán, a su vez, los consensos sociales necesarios para, avanzando en lo económico, ético, social, intelectual y político, alcanzar cada día mejores niveles de convivencia.

Un acuerdo de convivencia centrado en la familia es pertinente aún más, si se tiene en cuenta la alta participación de los jóvenes mayores de 14 y menores de 30 años en actividades delictivas.

Más allá de los resultados que muestra la experiencia europea y de los argumentos aquí expresados respecto de la viabilidad política y económica de una propuesta de este tipo, la primera tarea a emprender consiste precisamente en realizar un estudio sobre los contenidos de este acuerdo y sobre sus fuentes de financiación. A juzgar por lo expuesto en el capítulo III, el problema no sería de recursos sino de un cambio de prioridades al momento de organizar el presupuesto público.

La segunda tarea es también otro estudio. En este caso, relacionado con los contenidos, las formas y las instituciones de un sistema jurídico para la convivencia.

La tercera es el diseño y puesta en marcha de un programa de pedagogía social en torno a la convivencia, la legalidad y el sistema de justicia, que permita el conocimiento y discusión pública sobre el funcionamiento del sistema penal y sus instituciones, que discuta también los contenidos de un acuerdo de convivencia y su viabilidad, etc.

8.3.2. Iniciar el camino para alcanzar un derecho penal mínimo en Colombia

Además del acuerdo de convivencia a que se hizo referencia en el numeral anterior, para empezar a abrir el camino que permita llegar a alcanzar un derecho penal mínimo, resulta pertinente dar inicio a una discusión académica, jurídica y cultural de nuevo tipo en torno al sistema penal.

Con este propósito, conviene plantearse una reforma y una discusión que comprendan o tengan en cuenta: el problema del monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado; las técnicas para garantizar el carácter de último recurso que debe tener el derecho penal y evitar la alta criminalización de los problemas sociales; la necesidad o justificación de las penas; la relación entre derechos humanos y derecho penal; la crisis de legitimidad por la que atraviesa este sistema jurídico, los logros y límites de la lucha contra el delito; y la concepción, fundamentos y desarrollo de la dogmática penal, entre otros aspectos.

A fin de construir y mejorar la convivencia, es necesario hacer todos los esfuerzos posibles para contribuir al logro del monopolio del uso de la fuerza legítima, y generar un proceso de discusión sobre las condiciones que se deben reunir para lograr que el Estado alcance dicho monopolio. En este sentido, es importante reducir la centralidad que ha tenido la reforma penal. Conviene recordar que el derecho penal es un instrumento de democracia si sirve para reducir la violencia y lograr el monopolio del uso de la fuerza y de la violencia legítima. Se puede tener un proceso penal técnicamente perfecto, (acusatorio, mixto, inquisitivo, etc.), pero será inútil si el monopolio judicial del uso de la fuerza no está garantizado y existe una fuerza extralegal, paramilitar o para estatal.

Las constantes reformas de la legislación penal, sustantiva y procesal, resultan inútiles porque se carece precisamente del monopolio penal y judicial de la violencia represiva. Por ello, más que sobre las reformas a la legislación, la preocupación debe centrarse en la reflexión sobre las condiciones que debe reunir la organización social para lograr que el Estado alcance el monopolio del uso legítimo de la violencia y de la fuerza, condición fundamental para hacer viable no sólo las reformas a la legislación, sino el derecho penal mismo.

Una iniciativa de esta naturaleza supone además la revisión del régimen legal de las fuerzas armadas y de policía, el comercio y tráfico de armas, el tráfico de drogas, la justicia penal militar, el fuero, la seguridad privada, y el marco jurídico utilizado en la lucha contra los grupos armados ilegales.

Una oportunidad sin precedentes que perdió el país para emprender una discusión de este tipo se presentó con ocasión de la puesta en marcha del proceso de creación de la reforma a la legislación penal de infancia-adolescencia, conocido también como sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Se hacía necesario discutir las condiciones en las que el Estado puede exigirle a un adolescente la responsabilidad penal.

La nueva respuesta a la delincuencia juvenil que consagran los instrumentos internacionales no es sólo una reforma procesal que traslada las garantías procesales de los adultos a los menores de edad, es sobre todo un nuevo sistema de justicia que rompe con el principio de la responsabilidad individual propio del derecho penal de adultos. En efecto, utilizando una perspectiva causal y ni siquiera una aproximación socio-constructivista, no se puede responsabilizar sólo a un menor de edad por un delito que tiene múltiples explicaciones. Detrás de un menor de edad que comete un delito siempre hay un adulto que ha fallado en sus deberes. El fraccionamiento de la responsabilidad de tipo individual y la consecuente articulación de los servicios judiciales con los sociales constituyen elementos fundamentales de un nuevo sistema de justicia para jóvenes, que no se ha desarrollado debidamente en el país. En la lucha contra la impunidad y el delito es indispensable revisar toda la legislación penal de adolescentes y su marco institucional.

Para avanzar en la construcción de un derecho penal mínimo, un segundo aspecto importante lo constituye la revisión de los contenidos del derecho penal, esto es, de los delitos y de las penas actualmente existentes en la legislación.

Igualmente, es pertinente dar inicio a un proceso de revisión de la organización del sistema penal, y consecuentemente, iniciar también un proceso de reingeniería institucional de todas y cada una de las instituciones que lo integran.

Resulta central para avanzar hacia la convivencia conocer la organización de los sistemas penales que se estructuran y organizan tendiendo hacia un derecho penal mínimo, y posibilitar el intercambio de las distintas experiencias vivenciales que funcionarios judiciales y académicos han tendido con el sistema penal en sociedades en las que su utilización tiende a reducirse o a utilizarse como último recurso.

Conocer el contexto y las condiciones en las que se produce la elaboración teórica en materia de derecho penal, es también otra de las tareas importantes a emprender.

8.3.3. Corresponsabilidad internacional en materia de tráfico de drogas.

Sin duda, otro tema que debe formar parte de un proyecto de convivencia o de un programa de reforma a la justicia penal en Colombia está relacionado con el problema del narcotráfico. El tráfico de drogas ilegales, ha traído consigo cambios en la vida económica y política y la aparición de fenómenos violentos que han debilitado las instituciones estatales y hacen difícil la convivencia pacífica hasta tal punto que no se exagera cuando se afirma que la convivencia está vinculada a la respuesta que se construya frente a este fenómeno.

Además de ser un factor de violencia, el narcotráfico y la política diseñada para su control ha sido también factor de corrupción e impunidad, y ha contribuido a la degradación de la vida social, política, económica y legal de Colombia.

Este es un tema complejo dada la postura del gobierno norteamericano. Hay incluso autores que sostienen que se trata del nuevo crimen de lesa majestad. Pero los altos costos que ha pagado, y continúa pagando, la sociedad colombiana, dan la autoridad moral suficiente para llamar la atención a la comunidad internacional sobre lo que está pasando frente al fenómeno, y evitar que éste siga siendo solamente un problema judicial, militar o de policía.

En esta dirección, el país debiese buscar alianzas con países europeos, gobiernos y organismos multilaterales que vienen promoviendo una revisión de la política en materia de tráfico de drogas, e invitar a la comunidad internacional, con Naciones Unidas a la cabeza, a desatar un proceso que permita tanto revisar dicha política y sus resultados como construir colectivamente, o como país, una nueva estrategia.

Al estilo de Esquipulas en Centroamérica, este proceso debe tener en cuenta la posición y participación de Estados Unidos, e invitar a las autoridades norteamericanas a participar, si no aceptan respetar su decisión, así como hacer respetar la de Colombia, o la de quienes la construyan colectivamente.

8.3.4. Corresponsabilidad interinstitucional en los logros y problemas del sistema

Aunque se habla de sistema penal, lo cierto es que la justicia penal no funciona como sistema. En este sentido valdría la pena hacer todos los esfuerzos que sean necesarios para que, respetando la autonomía institucional correspondiente, las instituciones que integran el sistema penal oral acusatorio compartan propósitos y responsabilidades, logros y fracasos, de manera que se evite ese traslado de responsabilidad de una institución a otra.

8.3.5 Asegurar la independencia de jueces y fiscales

Los jueces y los fiscales en Colombia no son verdaderamente independientes. La defensa de la legalidad y la investigación de la verdad requieren de unos jueces y fiscales independientes y protegidos contra toda intervención pública o privada que afecte su independencia.

Si bien los planteamientos siguientes se centran en el poder judicial, es de advertir que también se dirigen a la Fiscalía, toda vez que esta institución forma parte también del poder judicial.

La actuación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y las investigaciones abiertas contra un buen número de profesionales de la política nacional han puesto en evidencia no sólo la magnitud de la crisis política y de legalidad que experimenta el país, sino también las dificultades que han existido desde hace mucho tiempo en el país para someter a la legalidad al poder político, y la falta en consecuencia de una verdadera

independencia del poder judicial.

La independencia judicial, como bien dice Bergalli, tiene que ser entendida como independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la propia organización judicial, pero no como separación de la sociedad civil, ni como cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular²⁰⁷. La independencia no es un privilegio de los jueces, es una garantía de los ciudadanos para la protección de sus derechos.

Muchas de las reformas judiciales e institucionales puestas en marcha en América Latina, incluso las generadas en el marco de acuerdos de paz, se producen al margen de una teoría y una política del derecho y del poder judicial. Ello ha acontecido con los Consejos Superiores de la Judicatura. Los latinoamericanos (Colombia, El Salvador, Costa Rica, Perú por ejemplo), no obstante mantener la misma denominación que los europeos, poco o nada tienen que ver con la reflexión teórica e histórica que sobre el derecho y la justicia permitió la creación de tal institución en algunos países del viejo continente.

Lo mismo ha acontecido con las Cortes Constitucionales, con la organización de un sistema judicial para la democracia e incluso con las Procuradurías de Derechos Humanos o Defensorías del Pueblo.

La falta de esta reflexión no sólo desnaturaliza los modelos institucionales, sino que contribuye al desgaste de las instituciones creadas y consecuentemente también al de la democracia. Actualmente en muchos países de la región, incluyendo Colombia, se asiste a una serie de cuestionamientos a los Consejos de la Judicatura, a las Procuradurías de los Derechos Humanos, Defensorías del Pueblo, e incluso a las Cortes Constitucionales.

Al margen de la existencia de las normas y de las instituciones, es evidente que el derecho se interesa o debe interesarse por su justificación. ¿Cómo se justifica la existencia del poder judicial? ¿Cuál es la relación entre poder judicial y democracia? ¿Cuál es la relación entre poder judicial y convivencia? ¿Cómo se relaciona el poder judicial con la soberanía popular?

Lo importante de la experiencia europea en torno al poder judicial y a los Consejos Superiores de la Magistratura no es sólo el modelo construido, sino sobre todo el debate político cultural que se generó en torno al poder judicial y su legitimidad, pues, como ya ha sido señalado, los modelos institucionales son consecuencia de los debates teórico políticos e históricos. La riqueza que conlleva todo este proceso, sobre todo el italiano, es fundamental para contribuir a la construcción de un poder judicial para la democracia y la convivencia. Aunque se hable de diversos modelos de organización judicial, y se sostenga que hay básicamente tres modelos, el empírico primitivo, el tecno- burocrático y el constitucional de derecho, y se clasifique al colombiano a mitad de camino entre el primero y el segundo, los modelos no pueden sustituir la reflexión sobre la legitimidad del poder judicial. Una ciencia de la jurisdicción no puede reducirse solamente a la técnica o estudio de los modelos de magistratura, si en verdad existen, ya que la ciencia de la jurisdicción debe ocuparse de la teoría y de la política judicial.

Evidentemente, una teoría y una política de la jurisdicción, como ha sido destacado en otros capítulos, guardan estrecha relación con una teoría y una política del derecho y de la democracia.

El proceso de explicar y justificar la existencia de las normas y las instituciones puede expresarse de diversas maneras: por las fuentes de que emana su poder, por la naturaleza de sus funciones y por las finalidades que persigue.

²⁰⁷ Roberto Bergalli: *Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial*. Depalma, Buenos Aires, 1984. Pág. 101.

Las fuentes de las que emana el poder en el Estado democrático de derecho son dos: la ley y la soberanía popular. El sometimiento a la legalidad de todos y cada uno de los poderes del Estado es la característica fundamental del Estado de derecho. La Ley es la medida de la legitimidad de cada poder, por lo que debe haber una institución encargada de su guarda.

Manuel Gahona Cruz, magistrado víctima de la toma al Palacio de Justicia en Bogotá, señalaba: “La Carta lo que le manda a la Corte es que la Corte cuide la Carta y no que la Corte le haga la corte a quienes violan la Carta”.

Las constituciones modernas demandan la protección del ciudadano y sus derechos frente a los poderes públicos y privados. Y es esta protección la forma como el poder judicial se vincula con la soberanía popular y la que exige su independencia.

En síntesis, a diferencia de los otros poderes del Estado, el poder judicial se vincula a la soberanía popular no sobre la base de las mayorías, sino sobre la base de la ley y de su independencia.

Por su parte, la naturaleza de las funciones de cada uno de los poderes demanda procedimientos específicos. El procedimiento como se legitima la función de cada poder es sustancialmente diferente. La mayoría condiciona la validez de los actos del poder político, tanto ejecutivo como legislativo. La legitimidad de la actuación judicial, en cambio, está condicionada por el grado de verdad constatado en el proceso investigativo que antecede a la decisión judicial. Como afirma Ferrajoli, la independencia y la legalidad son garantía de verdad porque ninguna mayoría, ni ningún consenso, ni la unanimidad pueden hacer verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero.

En este sentido, vale la pena comentar que las comisiones de la verdad creadas en el marco de los acuerdos de paz para investigar las graves violaciones a los derechos humanos acaecidas durante los conflictos armados constituyeron y constituyen un fuerte cuestionamiento al funcionamiento del poder judicial.

La verdad reduce los niveles de inseguridad jurídica, y es garantía de dignidad, de libertad, de igualdad y de confianza entre los ciudadanos y las instituciones.

En Colombia, curiosamente, las comisiones de la verdad son creadas por el mismo organismo judicial. Resulta una ironía, más allá de los logros obtenidos, pues es la propia institución a la que se la ha confiado como tarea esencial investigar la verdad, la que pone al descubierto su propio fracaso y entrega a otra institución las facultades para que lo haga en su nombre. Este es el caso de la llamada Comisión de la Verdad para el esclarecimiento de los hechos del Palacio de Justicia de 1985.

El sometimiento a la legalidad de los poderes públicos, la resolución imparcial de conflictos, la garantía de los derechos de los individuos, la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, el respeto de la dignidad humana y de la libertad de cada individuo exigen un poder judicial independiente.

Siguiendo con Ferrajoli, “La independencia del poder judicial es garantía de democracia precisamente porque la legitimidad democrática del poder judicial es diferente a la de los otros poderes del Estado no teniendo nada que ver con la voluntad y opinión de la mayoría”.

El debate político y cultural desarrollado sobre la legitimidad del poder judicial comprendió una vasta gama de temas teórico-políticos y técnico-jurídicos, entre los que vale la pena enunciar el problema de la seguridad jurídica y de la certeza del derecho, el mito de la apoliticidad judicial, la cultura judicial y el pluralismo ideológico y cultural.

Pero tal vez uno de los aspectos más importantes de esta experiencia, que no se puede desconocer, es que el debate sobre el poder judicial, particularmente en Italia, fue asociado a la necesidad de que los ciudadanos se reapoderen y se interesen por las funciones del Estado. El Consejo Superior de la Magistratura fue establecido como un instrumento tanto para el gobierno del poder judicial, como para que los ciudadanos se apropien y se interesen de la función judicial.

Decir que un poder judicial es independiente significa que sobre el conjunto de instituciones que lo integran, y sobre cada juez y cada fiscal en particular, no deben existir injerencias de los otros poderes públicos y privados; y que, dada la naturaleza del poder y la función judicial, cada juez sólo está sometido a la ley y por tanto no reconoce superiores jerárquicos. Pero también, y sobre todo, significa una nueva relación del poder judicial con las dinámicas de la sociedad civil.

En la doctrina cada una de estas manifestaciones de la independencia ha tenido su propio desarrollo. Se la denomina independencia externa a la independencia del poder judicial frente a los otros poderes públicos y privados, e independencia interna a la independencia de cada juez en la estructura interna del poder judicial.

¿Cómo evitar la intervención de los otros poderes en el poder judicial? ¿Cómo evitar la intervención de los llamados “superiores jerárquicos”, es decir, de los jueces o magistrados de segunda instancia o de casación, sobre la actividad de cada juez en particular?

Comoquiera que la independencia no es solamente un asunto declarativo, ni depende exclusivamente de la actitud de un funcionario, debe manifestarse en la estructura y organización del sistema judicial.

La experiencia y la doctrina reconocen varios principios operativos. A continuación se destacarán algunos de los más importantes:

1. Separar el gobierno del poder judicial de la función jurisdiccional.

Crear, a nivel constitucional, un órgano de gobierno del poder judicial con capacidad de interlocución frente a los otros poderes del Estado, encargado de definir la política judicial y de administrar la vida profesional de jueces y magistrados, esto es, el régimen de selección y permanencia de cada juez y magistrado en la vida judicial.

Una de las principales formas de afectar a la independencia del poder judicial la constituye, sin duda, la injerencia que se pueda tener sobre los procesos de selección de los jueces y magistrados. La historia conoce distintas formas de elección; la elección popular, la designación por el parlamento, la designación por el ejecutivo, la designación mediante el proceso de cooptación en las altas cortes, entre otras.

Los magistrados, jueces y fiscales se dedican a su trabajo de investigar y juzgar. Las tareas de gobierno del poder judicial deben recaer en un cuerpo diferente.

¿Cómo garantizar la independencia externa e interna del poder judicial en el proceso de selección de jueces y magistrados?

Tal vez lo más aconsejable es que el órgano de gobierno del poder judicial esté compuesto prioritariamente por jueces y magistrados electos mediante votación por sus propios colegas, jueces, magistrados y fiscales.

Los miembros restantes pueden ser electos por el ejecutivo y el legislativo. Sin embargo, dadas las funciones del órgano de gobierno del poder judicial, la elección de los miembros del “Consejo General” por los otros poderes del Estado no debe ser totalmente discrecional, sino que debe estar condicionada constitucional y legalmente.

En este proceso también podrían participar, previa reglamentación legal, representantes del sector académico y de los abogados en ejercicio.

En lo que se refiere a la participación de la ciudadanía, ésta puede tener diferentes manifestaciones: en la publicidad de las actividades del órgano de gobierno, en la presentación pública de sus informes y en la crítica permanente a la actividad del Consejo y a la de los propios jueces y magistrados.

En el caso de Italia, dos terceras partes del Consejo Superior de la Magistratura están compuestas por jueces y magistrados electos entre sus colegas. La tercera parte restante la elige el Parlamento. El Presidente de la República preside el Consejo. (Artículo 104 de la Constitución).

En Colombia la forma de elección del Consejo Superior de la Judicatura y de nombramiento del Fiscal General ponen al descubierto los límites de la independencia del sector justicia.

Como la creación de los órganos de gobierno del poder judicial supone un equilibrio en el ejercicio de los poderes, se pueden producir cambios en las relaciones institucionales con los otros poderes del Estado, lo que ha acontecido con la ubicación institucional y composición de las Cortes Constitucionales, por ejemplo.

Las Cortes Constitucionales no forman parte de ninguno de los poderes del Estado, ni sus magistrados son elegidos únicamente por el poder legislativo. El órgano de gobierno del poder judicial, al igual que los otros poderes, participa en la propuesta y selección de los magistrados.

En la creación y estructuración de los consejos superiores de la magistratura como órganos al servicio de la independencia del poder judicial, más que a su denominación, debe ponerse especial relieve en su composición, en los poderes asignados y en la publicidad de sus actuaciones.

2. Las categorías de jueces y fiscales

La naturaleza de la función jurisdiccional, es decir, el poder de decidir conforme a derecho en cada caso concreto, no requiere categorías. Los jueces y fiscales deben ser iguales entre sí de forma tal que no debe haber una estructura de ascensos y una diferencia por categorías. Lo más aconsejable es que existan únicamente la categoría de juez individual y la de magistrado. La remuneración de un funcionario judicial o fiscal debe estar acorde, más que al cargo que ocupa, a la antigüedad en el trabajo y a la formación académica que ostente. Los recursos de apelación o impugnación de las decisiones sólo son una garantía para el ciudadano y nunca un instrumento de control frente a la actividad del juez o del fiscal.

Además de evitar las intrigas y las deslealtades entre los funcionarios judiciales con aspiraciones de ascenso profesional, la igualdad de los jueces ha supuesto, como en el caso de Italia, la desaparición de la carrera judicial y la creación de un nuevo régimen profesional de jueces y magistrados.

Como la igualdad de los jueces es una expresión de su independencia, ésta debe ser reconocida constitucionalmente. En el caso italiano tal igualdad está reconocida en el art. 107 de la Constitución, que a su tenor dice: “Los magistrados se distinguen entre sí solamente por la diversidad de funciones”.

3. Garantizar la inamovilidad del juez y del fiscal

Esto significa, entre otras cosas, garantizar la estabilidad del juez en su cargo, una vez haya ingresado en la vida judicial, evitar modificaciones de su competencia y definir los ilícitos y procedimientos disciplinarios con celo garantista de la independencia de la función judicial.

Sin duda, este principio también afecta el régimen profesional de la magistratura.

4. Garantizar la profesionalidad

Con tal propósito se impone modificar el régimen profesional de la magistratura respecto al ingreso a la misma y a la formación del juez. El ingreso de todos los funcionarios judiciales, además de ser competencia del órgano de gobierno del poder judicial, debe realizarse mediante concurso público de oposición. El concurso es el instrumento que menos afecta la independencia y la profesionalidad del juez. Fortalecer el concurso de acceso a la vida judicial, la formación y los controles permanentes a los procesos de selección a fin de estimular a que los mejores juristas del país lleguen al poder judicial, a la Fiscalía y a las altas cortes.

La formación del juez, además de enmarcarse dentro de la ciencia de la jurisdicción, debe permitir un análisis crítico de la jurisprudencia y promover la concientización de la dimensión y responsabilidad política de la función judicial. Ello debe incidir en los planes de estudio y de trabajo de las escuelas judiciales.

5. Estudiar el nuevo régimen de responsabilidad del juez y del fiscal.

La independencia no exonera de responsabilidad al juez. En este sentido, debe estudiarse, con celo garantista de la independencia, el régimen de responsabilidad disciplinaria, civil, y penal de los jueces.

6. Permitir y estimular la vinculación del poder judicial y de cada juez y fiscal, en particular, con las dinámicas de la sociedad civil.

La independencia sin posibilidades de vinculación a la sociedad civil no es verdadera independencia. Esto significa permitir y promover el pluralismo ideológico en el interior de la magistratura, garantizar la asociación de jueces y fiscales, y promover una nueva cultura y política de lo judicial.

Sin una democracia para el poder judicial no es posible un poder judicial para la democracia. No es posible superar la crisis de la democracia.

En Colombia, la convivencia requiere la resolución de los problemas de legalidad, el sometimiento a la legalidad de los poderes públicos y privados, la protección de los derechos de las personas y la resolución pacífica de los conflictos. No hay otro camino que fortalecer la independencia de jueces y fiscales.

8.3.6. Aspectos técnico procesales y organizacionales del SPOA

Debe elaborarse un conjunto de pautas, criterios o controles respecto del poder selectivo que tienen tanto la Policía como la Fiscalía en la fase de indagación.

Un segundo aspecto sobre el que deberá ponerse especial énfasis es el tema de la investigación. Se hace necesario fortalecer la capacidad investigativa de la Fiscalía, establecer mayores controles a las decisiones de archivo y preclusión.

Además de ser importante para las tareas propias de la Fiscalía, la falta de investigación puede dar origen a acciones internacionales. La impunidad, se ha dicho antes, también puede ser entendida como falta de acceso a la justicia, derecho reconocido en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Conviene recordar que la falta de investigación ha dado origen a varias sanciones contra Estados en distintos lugares del mundo, por lo que es posible que la lucha contra la impunidad, entendida como falta de acceso a la justicia, también pueda adquirir carácter internacional, con consecuencias impredecibles para el Estado.

De otro lado, y teniendo en cuenta los resultados que arrojan las cifras y la opinión de fiscales y jueces, es

necesario realizar un estudio al interior de las instituciones del sistema penal, sobre los posibles casos de corrupción y los factores que la favorecen.

Asimismo, es pertinente revisar los acuerdos, los preacuerdos, los contenidos de las sentencias anticipadas, las decisiones de archivo y las conciliaciones.

En la lucha contra la impunidad por delitos atribuibles a particulares fuera del ámbito del conflicto interno, es conveniente articular el trabajo con el relacionado con la impunidad por violaciones a los derechos humanos y apoyarlo.

También es recomendable mejorar el sistema de información, unificarlo con las demás instituciones del sector y permitir que instituciones ajenas al mismo participen de él, como el DANE, la Universidad Nacional, entre otras.

Se recomienda identificar una serie de problemas de la justicia y dar inicio, mediante acuerdo con instituciones académicas, a los correspondientes estudios.

8.3.7. Diseñar nuevos programas de formación interinstitucionales

Avanzar hacia la construcción de un sistema penal mínimo, así como hacer frente a la impunidad requiere la puesta en marcha de nuevos programas de formación y capacitación de jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás funcionarios del sistema penal.

La siguiente es una lista de los, entre otros, posibles programas a diseñar y desarrollar:

- Convivencia, legalidad y sistema penal
- Sistema penal mínimo. Contenidos, organización institucional, procedimientos.
- Sistemas penales comparados
- Política judicial
- Políticas públicas y política del derecho para la convivencia
- Organización institucional
- Impunidad y formas de reducirla

En este ámbito, una actividad importante a desarrollar es fortalecer el programa de formación inicial de jueces y fiscales. Las tareas de jueces y fiscales requieren que se hagan todos los esfuerzos posibles para que estén al frente de la administración de justicia los mejores juristas del país.

7.3.8. Otras iniciativas

Junto con el acuerdo de convivencia a que se ha hecho alusión con anterioridad, es pertinente desarrollar otras actividades que permitan hacer el tránsito del estudio de la delincuencia hacia el estudio de la convivencia, que como se sabe, presupone el de la delincuencia.

En esta perspectiva debiesen ponerse en marcha algunos proyectos:

1.- El primero podría estar dirigido a reducir la utilización del sistema penal y sus instituciones, particularmente, la pena privativa de libertad y desarrollo constitucional del principio de última ratio. Se trata de un proyecto con objetivos, actividades, presupuesto e indicadores. Existen en Europa y otros lugares del mundo movimientos sociales y culturales que trabajan en esta dirección y que abogan por un uso limitado de la privación de libertad.

2.- El segundo debería estar orientado a promover y monitorear la situación de las garantías primarias y de las secundarias en el sistema jurídico nacional. Asimismo, orientado a monitorear junto a la responsabilidad penal,

la responsabilidad social y legal en el país, y los resultados que arrojan la cultura tributaria, la participación política y las decisiones judiciales. En esta perspectiva se debería diseñar otro proyecto para promover y monitorear la realización de los derechos y el cumplimiento de los deberes.

3.- Igualmente se debería crear un sistema de seguimiento de las iniciativas puestas en marcha para la viabilidad de la familia, y construir indicadores que reflejen la situación de la familia, la mejora de la calidad de vida y la convivencia en Colombia.

4.- Otro proyecto podría guardar relación con la identificación y gestión de los riesgos sociales, para prevenir las violaciones a la legalidad, para construir indicadores sobre gasto público y convivencia, estudiar, diseñar e implementar políticas públicas, política del derecho y política judicial para la convivencia, así como diseñar e implementar estudios comparados entre países y regiones.

5.- Otra iniciativa posible consiste en ampliar el Observatorio del Sistema Penal Acusatorio hacia uno del sistema penal mínimo y de la convivencia.

6.- Igualmente es importante definir un programa de comunicación crítica y pedagogía social de nuevo tipo entre el sector justicia y la ciudadanía.

Para terminar resulta pertinente hacer un par de recomendaciones a la Unión Europea. La primera, que asuma públicamente y promueva el discurso de la justicia y de la convivencia como prioridad de su cooperación, discurso y experiencia que la dotan de identidad propia respecto de la cooperación que realizan otros países. Colombia y el mundo necesitan en este campo un discurso diferente.

En correspondencia con lo anterior, una segunda recomendación a la Unión Europea guarda relación con la puesta en marcha de programas y proyectos de cooperación de nuevo tipo orientados a la mejora de la justicia y de la convivencia. Un proyecto de esta naturaleza sería tanto un legado como una de las mejores formas como podría transformarse el Proyecto Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia en su segunda fase.