

BALANCE DE LA JUSTICIA PENAL, O COMO CAMBIAR TODO PARA QUE SIGA IGUAL TODO¹

Germán Silva García²

El 2001 será recordado como un año de transformaciones en el ámbito de la administración de justicia penal. El comienzo de la aplicación de los nuevos códigos, sustancial y de procedimiento, que constituyen los estatutos fundamentales para instruir la operación de la justicia penal, junto a la aprobación de la ley de defensa y seguridad nacional y la elección del nuevo fiscal general de la nación, a cargo del más importante organismo del sector, representan las modificaciones más protuberantes. Empero, ¿cabe preguntarse si, en realidad, algo ha cambiado? O, por el contrario, las reformas y sus gestores han aplicado la sentencia de Tancredi, el personaje de la novela de Giuseppe Tomasi de Lampedusa: “Si queremos que todo siga como está, es preciso que todo cambie.”³

Desde luego, no son las variaciones cosméticas, de terminología o los relevos de personal, los parámetros para medir la incidencia de unos cambios. En este escrito se sostendrá que la capacidad simultánea de la estructura penal para realizar con eficacia las tareas de control de la criminalidad y destinadas a consolidar los derechos y garantías ciudadanas, manteniendo un equilibrio satisfactorio entre tales metas, debe constituirse en pauta para evaluar el significado e impacto de las recientes reformas. Dicho criterio deberá servir, así mismo, para ponderar las características y repercusiones de la política penal nacional.

En materia de resultados en el control de la criminalidad puede ser prematuro emitir un juicio cuando quiera que los códigos penales llevan tan poco tiempo vigentes, sin contar con que existe certeza acerca de un hecho: las reformas legislativas son apenas un instrumento entre varios, ni siquiera de modo necesario el más importante, para controlar los conflictos sociales de interés penal. Con todo, es posible evaluar la capacidad hipotética de tales herramientas para incidir en los antiguos y también en los nuevos problemas que se avecinan. Por lo pronto, no se avizora si quiera una reducción en la cifra de conflictos sociales que son definidos como penales, como tampoco resultados apreciables para disminuir la impunidad, en el incremento de la sensación de seguridad entre la población o en la descongestión y agilización de la operación de la administración de justicia penal. Por ejemplo, las expectativas referidas a una posible mengua en los secuestros este año, lejos de fundarse en los atributos de la nueva legislación, concurren en razón a las medidas preventivas de la población y a que, de otra parte, se fincan en las esperanzas remotas sobre el cumplimiento voluntario de las promesas de los dirigentes de las FARC, la mayor

¹ En forma parcial este artículo expone algunas de las tesis contenidas en Germán Silva García. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e ILSA, 2001, fuera de otros planteamientos que allí no pudieron ser abordados.

² Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Penal en la misma casa de estudios, Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la Universidad de Barcelona, Doctor en Sociología de la misma Universidad, es coordinador del programa de doctorado en derecho del Externado de Colombia, autor de *El proceso de paz* (1985) *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia* (1997) *El mundo real de los abogados y de la justicia* (2001) publicado en cuatro tomos.

³ *El gatopardo*, Barcelona, Círculo de Lectores, s.f., p. 33.

guerrilla del país, de cesar los secuestros masivos e indiscriminados en las carreteras nacionales conocidos como “pescas milagrosas”.

La legislación procesal penal

Sin embargo, más allá de las observaciones bastante generales enunciadas en el párrafo anterior, es preciso iniciar un análisis más detallado que, en este texto, quedará ahora circunscrito a la estructura que ha sido adoptada, por no decir que conservada, en el código de procedimiento penal recién aprobado. A ese respecto conviene desde ahora subrayar que la estructura procesal existente, al igual que los anteriores, es de marcada tendencia inquisitiva. Un equívoco del cual participan varios sectores de la sociedad colombiana, incluidos no pocos abogados, predica que en Colombia impera un sistema procesal de tendencia acusatoria. El mito, que bien podría ser calificado como uno de los más grandes fraudes a la opinión pública en la historia del país, se origina en múltiples manifestaciones que rodearon el proceso de la constituyente, donde la reforma a la justicia penal y, en particular, la introducción del procedimiento acusatorio, se contaron entre las justificaciones principales que, asociadas a la noción de una justicia más eficaz, allanaron el camino para el nuevo entramado constitucional.

A la postre, la opinión pública desinformada se estancó en la creencia de contar con un proceso penal acusatorio. Es evidente que en 1991 o 1992 muy pocos podían distinguir entre el procedimiento inquisitivo y el acusatorio o advertir las ventajas del último. En consecuencia, sin conocer los pormenores técnicos y las incidencias políticas que contraía una estructura de tendencia acusatoria, la población era seducida por dos nociones: en primer término, la de una justicia penal más eficaz como producto del nuevo sistema procesal; en segundo lugar, el atractivo del cambio que debe producir innovación e implicar avances hacia la modernización. Después de diez años, precisamente al conmemorarse la primera década de aprobación de la Constitución, es evidente que la justicia penal no ganó en eficacia. También las expectativas de innovación y modernización fueron frustradas: no hubo cambios de fondo notables, pues el mismo régimen procesal de tendencia inquisitiva fue conservado, aunque la Constitución y el código de procedimiento penal fueron cambiados del todo y, el último, inclusive, reformado varias veces antes de su derogatoria.

El procedimiento penal de tendencia acusatoria, llamado en la doctrina contemporánea mixto moderno, se caracteriza de modo esencial por la oralidad, la publicidad, la contradicción, la inmediación de la prueba, la concentración y una clara separación de las atribuciones de investigación y jurisdiccionales. De manera accesoria, pues no constituyen condiciones imprescindibles para afirmar la existencia de un sistema mixto moderno, la oportunidad y la participación ciudadana son atributos que coadyuvan a conformarlo. Las ocho características anteriores, que constituyen los principios rectores que informan el procedimiento penal de inclinación acusatoria, no sólo se han encontrado ausentes en la legislación procesal penal colombiana a lo largo de su historia, incluida la expedida luego de la Constitución de 1991 y el último código de procedimiento, sino que en ella han predominado principios o características del todo opuestas. Así, por ejemplo, el último código procesal penal apuntala un procedimiento escrito, semisecreto, con posibilidades de

contradicción bastante aminoradas, sin intermediación, desconcentrado, con una peligrosa confusión de las facultades instructivas y jurisdiccionales, carente de oportunidad y donde la participación ciudadana es excluida, aunque respecto de las dos últimas cualidades anotadas la ley poco o nada podía hacer dado que se requeriría de una reforma constitucional. Se trata, entonces, por corresponder a las características que lo describen, de un tipo de procedimiento penal de clara predisposición inquisitiva.

Ahora, la conclusión anterior no puede ser descartada por la incorporación formal en la legislación, o mera enunciación, de algunos de los principios propios del procedimiento mixto moderno. Ese sería un criterio formalista, el cual desconoce los desarrollos normativos que dichos principios obtienen en la legislación que, por demás, representan su abierta negación y, de manera adicional, implicaría ignorar los contornos y expresiones que en la praxis jurídica asume el procedimiento penal, es decir, el derecho realmente practicado, que también corroboran la conclusión expuesta. No obstante, para eliminar cualquier duda, el análisis acá emprendido habrá de acreditar, un poco más adelante, lo dicho a este respecto.

Es cuestión bien conocida que el procedimiento inquisitivo no es en modo alguno acorde ni compatible con una estructura política democrática. Las formas particulares de ese tipo de procedimiento alcanzaron su consolidación en Europa, por tanto su mejor expresión, en los tribunales de la Inquisición empleados para reprimir de manera despiadada a ciertos grupos étnicos minoritarios, a las mujeres (acusadas con el pretexto de la brujería o del satanismo) y a los disidentes políticos, para evitar el desarrollo de la ciencia concebida en aquella época como enemiga de los dogmas religiosos y con el propósito de sancionar estilos de vida alternos a los que eran prescritos por los grupos dominantes. Tampoco los procedimientos inquisitoriales se compadecieron de lo que hoy conocemos como las más elementales garantías y derechos como la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la dignidad de la persona, etc. Nada de lo anterior es extraño, puesto que la Inquisición y sus depuradas formas jurídicas, que traspasaron las fronteras de los fueros religiosos para penetrar con gran influencia en la justicia civil de los países de Europa continental y de allí a América Latina, fueron un producto del absolutismo, o sea de una clase de régimen nada democrático y, de hecho, serían utilizadas como un instrumento del príncipe para consolidar su poder⁴.

No pocas instituciones de la justicia construida por la Inquisición a instancias de los dominicos habrían de ser proscritas, por ejemplo la tortura como medio de prueba, mientras otras muchas serían morigeradas para evitar los más execrables abusos. Empero, de una justicia de pleno inquisitiva se fue trasegando a una con esa tendencia que conservaba no sólo un origen histórico imborrable en el absolutismo, sino demasiadas señas y rastros pertenecientes a ese régimen político que se vierten a manera de reflejo especular sobre el jurídico, como el autoritarismo, el desconocimiento de las garantías democráticas, la ausencia total de transparencia, la exclusión de la sociedad civil y un afán represivo donde los fines justifican los medios. De allí que la justicia penal colombiana, aun con las

⁴ Tal fue el caso de España, donde el soberano hace uso de la Inquisición para la formación de un Estado nación unificado bajo su égida, véase Bartolomé Bennassar. *Inquisición española: poder político y control social*, Barcelona, Crítica, 1981, pp. 322 y 323.

medidas de moderación que han sido introducidas en su singular dispositivo procesal de tendencia inquisitiva, se encuentre bastante limitada en cuanto a sus posibilidades de garantizar los derechos fundamentales de los justiciables y, de ninguna manera, pueda ser contemplada como un tipo de justicia cabalmente democrática, lo que plantea una seria contradicción con los enunciados constitucionales referidos al carácter democrático y social del Estado colombiano. En pocas palabras, tenemos una justicia penal donde lo democrático aparece deformado, alterado, restringido y en buena parte abandonado. Punto que merece una reflexión adicional frente al conflicto armado que embarga al país y el escenario de la negociación: la problemática acotada de la justicia no ha sido considerada en la agenda de los hasta ahora improductivos diálogos de paz, aun cuando no será posible edificar una sociedad donde impere la tranquilidad y los conflictos sociales sean tratados de manera pacífica si no se introduce una forma de justicia de pleno democrática y garantista.

Sin embargo, el espectro garantista de la estructura procesal es apenas una de las facetas que deben ser incorporadas en el análisis, ya que es necesario considerar de modo paralelo la potencialidad de las nuevas instituciones procesales, bajo el sistema de inclinación inquisitiva existente, para controlar de modo eficaz la criminalidad que se registra con índices alarmantes en varias de sus especies. Ya se había advertido en este escrito que la evaluación propuesta sería adelantada tanto con relación a las posibilidades de luchar con eficacia contra la criminalidad, como en lo que atañe al objetivo de fortalecer las garantías y derechos de los justiciables, materias ambas que serán una constante que atravesaran estas páginas.

Una primera aproximación a la cuestión del control de la criminalidad ha de rememorar uno de los argumentos que, al poco de aprobada la Constitución Política de 1991, fueron esgrimidos para desechar la instauración de un auténtico sistema de tendencia acusatoria, en los corrillos y círculos cercanos al poder, pues debate no hubo y los argumentos permanecieron ocultos en la clandestinidad. Entonces se afirmó que la estructura de inclinación acusatoria, excesivamente garantista, resultaría débil e ineficiente para combatir la criminalidad. El planteamiento en general ha sido recurrente dentro de sectores políticos e ideológicos de la derecha que encuentran en las garantía procesales un ingrediente que le resta eficacia a las metas represivas de la estructura penal y, por ende, ante el dilema (muchas veces aparente) de perder eficacia punitiva en aras de ganar democracia optan por oponerse al desarrollo de instrumentos y medidas garantistas.

Sin embargo, la gran paradoja de ese razonamiento, es que el procedimiento penal mixto moderno no es apenas más democrático, sino que ha demostrado ser eficaz en proporción superior. Sin necesidad de hacer comparaciones con la organización judicial estadounidense, que a algunos puede sonar demasiado remota, en Argentina dado su régimen político federal que permitía la subsistencia de distintas legislaciones provinciales, además de la nacional, fue posible evidenciar por medio de una investigación empírica el contraste en materia de eficacia entre el sistema de la provincia de Córdoba (acusatorio) y el de la provincia de Buenos Aires (inquisitivo), resultando que en la justicia de Córdoba el recurso de la detención preventiva (presos sin condena) era bastante menor, se resolvían los casos en menor tiempo, se proferían más sentencias, eran impuestas en cantidad superior

sanciones que suponían prisión efectiva para los infractores y se impartía penas más severas para los delitos graves⁵.

No obstante, el análisis sería incompleto de no adentrarse en las características específicas del procedimiento penal nacional de acuerdo con el último código, que son también predominantes en los anteriores, lo que debe igualmente servir para demostrar las afirmaciones sobre el carácter inquisitivo del procedimiento penal nacional, su raigambre antidemocrática, su disposición a la ineficiencia y la ausencia de cambios reales y productivos.

En primer lugar, los procesos se adelantan en forma escrita, lo que además redundante en una burocratización formalista de la justicia que aparece ahogada entre expedientes formados por miles de papeles. De manera opuesta y como es apenas obvio, el procedimiento oral es mucho más expedito, un antídoto idóneo contra el ritualismo que ciega a la justicia con un infértil legalismo formulario, una cortapisa contra la justicia tardía que frustra las demandas ciudadanas y promueve las formas privadas de tratamiento de los conflictos, un medio para evitar la prescripción de las causas penales.

Empero, la justicia escrita no es solamente más lenta y costosa, sino que resulta en mayor medida apropiada para neutralizar la capacidad de evaluación y crítica del funcionario judicial al examinar el material probatorio, ya que con distintas tácticas algunos abogados litigantes procuran inundar los expedientes con toda clase de documentos insustanciales hasta hacerlos inmanejables⁶. Las simientes de oralidad consignadas no son más que una farsa, puesto que se trata de diligencias de dictado a un empleado acucioso, por ejemplo, la audiencia del juicio, donde el abogado defensor lleva el “resumen” de su alegato por escrito, el cual debe en todo caso leer o improvisadamente repetir en forma lenta y pausada al escribiente -para que no se pierda una coma de lo dicho- porque la diligencia es “oral”, pero no pudiendo apartarse ni escamotear fidelidad al texto, ya que tiene que ceñirse a los argumentos y hechos allí relacionados.

De tal suerte, si la justicia se hace más onerosa con detrimento del patrimonio público y las finanzas de la administración de justicia, si pierde toda agilidad lo que repercute de modo sensible sobre el derecho constitucional de acceso a la justicia, en ambos casos en contra de la pretensión de eficacia, deriva también en una justicia donde lo humano tiende a extraviarse, puesto que el operador judicial termina juzgado papeles y no personas. Deshumanización de la justicia que afecta el ambiente de garantías que debe rodearla, pues como ya fue señalado en otro lugar, en tales condiciones el juez puede ser más proclive a desconocer los derechos del procesado y a irrogarle consecuencias punitivas, ya que el acusado es una cosa o a lo sumo un nombre escrito en un papel, lo que constituye una deshumanización análoga, guardando las proporciones, a la que pone en práctica el

⁵ Gustavo Cosacov. *El mito de la no impunidad*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1988, pp. 80, 82, 85 y 88. Pocos años después el sistema mixto moderno fue generalizado mediante reforma legislativa.

⁶ Ese y otros vicios con consecuencias negativas en Silva García. *El mundo real, cit.*, tomo II: “Las prácticas jurídicas”, p. 157.

torturador que le coloca una capucha a su víctima para cosificarla y poder despojarse de todo escrúpulo⁷.

A su vez el procedimiento es semisecreto, o secreto a medias lo que equivale igual a reprobar el principio de publicidad porque las cosas son o no son. Es secreto en la etapa de la investigación o instrucción, con distancia la más importante del proceso, lo que desde un punto de vista cualitativo arroja un balance negativo sobre el proceso penal considerado en su conjunto⁸. La excepción para la etapa procesal de la instrucción ampara a los sujetos procesales, quienes pueden frecuentar el expediente, aunque conminados a mantener en reserva aquello que conozcan. Pero todavía entonces, una de las partes más importantes para el curso del proceso, la víctima o perjudicado con la infracción, está todavía sometido al cumplimiento de una serie de requisitos para poder enterarse de lo contenido en el sumario (Art. 30 CPP), lo que de nuevo atenta contra el derecho de acceso a la justicia y obstruye de modo innecesario la eficacia de las instituciones penales, pues se le dificulta a una de las principales fuentes de información para el acusador la posibilidad de verificar directamente lo que allí obra. En la etapa del juicio la ley procesal prescribe que el proceso es público, lo que para muchos parece bastar para sostener la vigencia del principio de publicidad. Sin embargo, fuera de los casos no infrecuentes en los que el expediente es negado al espontaneo que osa pedir su vista, de la disposición de los despachos en hábitats inapropiados para presenciar las diligencias, debe tenerse en cuenta que la condición escrita de los procedimientos es suficiente para desanimar a cualquier ciudadano para fiscalizar o informarse acerca de lo registrado en los voluminosos legajos.

Todo ello sin contar que la reserva del sumario es objeto de transgresión cuando quiera que a la policía, a las autoridades judiciales o a los sujetos procesales les interesa hacer revelaciones, aunque ellas acostumbran ser parciales y conforme a los propios intereses, con lo que la opinión de la sociedad civil es manipulada. Faena a la cual los medios de comunicación se prestan, ya en el afán de cumplir su cometido de informar u ora porque se transforman en cómplices de dichos manejos. Lesionar el derecho a la información y la libertad de prensa, ambas garantías constitucionales, e ignorar la realidad palpable de la reducida vigencia de las normas que cimientan el secreto, gozan de justificaciones tan limitadas que merecen a continuación un breve repaso.

⁷ Silva García. *Ibid.*, Tomo II: “Las prácticas jurídicas”, p. 159.

⁸ No deja de ser significativo que el código de procedimiento, elaborado por funcionarios de la Fiscalía, en la sección referida a la instrucción reúne 89 artículos, mientras que en la parte relativa al juicio posee 18 artículos. El anterior, constituye un indicador de la importancia de cada fase procesal. Desde luego, en la praxis del proceso penal radica la constatación mayor de la prevalencia de la instrucción sobre el juicio. La desigualdad entre una etapa y otra del proceso, además signada por los enormes poderes de la Fiscalía, incide de modo decisivo sobre los resultados del expediente, de tal modo que existe una elevada coincidencia entre resoluciones de acusación emitidas y sentencias condenatorias dictadas. Esa razón y no lo infalible de las actuaciones de la Fiscalía explica tales cifras. Empero, de modo contrario, la situación descrita ha dado pie para insinuar la conveniencia de suprimir los juzgados, dado el supuesto escaso margen de error (10%), posición totalitaria que no es compartida. Del cuestionamiento rechazado Mauricio Rubio. “La justicia penal. Juicio sin sumario”, en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas), tomo I, Bogotá, Colciencias, Ican, Ces, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre, 2001, p. 514.

No es cierto que la publicidad afecte la capacidad investigativa o punitiva de los aparatos penales. Igual, el procesado puede enterarse de lo que aparece registrado en el expediente por intermedio de su abogado defensor, luego de si ocultar pruebas o idear coartadas se trata, la ausencia de publicidad no va a entorpecer esos propósitos. Tampoco debe pensarse que la reserva sumarial ha sido instaurada para proteger la dignidad, la intimidad o la presunción de inocencia del reo, dado que la policía y los medios de comunicación revelan la identidad de los sospechosos asociándolos con imágenes inculpativas⁹. Es decir, la publicidad no perturba la eficacia de las investigaciones penales ni tiene porque lesionar derechos del procesado. En realidad, la reserva del sumario ha sido erigida contra la sociedad.

A diferencia de lo anterior, puede sostenerse que la publicidad incrementa la eficacia, hace más transparentes los asuntos de competencia penal y refuerza las garantías ciudadanas. La realización del principio abre las compuertas para que los ciudadanos puedan ejercer un control o veeduría sobre los asuntos que son materia de investigación, cuestión de primordial importancia en una época en que la justicia penal se politiza en el peor sentido de la expresión, o sea, en términos partidistas o grupistas. Fiscalización ciudadana que realizaría de modo concreto el principio de participación que se supone debe caracterizar a nuestro Estado social de derecho.

Así mismo, siendo que los asuntos que son de incumbencia de la administración de justicia penal constituyen cosa pública, lo público no puede ser ventilado en forma clandestina y al margen de la sociedad. La democracia reclama el libre flujo de la información, por una parte, y el derecho de los ciudadanos a pronunciarse sobre los asuntos de Estado que les atañen, de otra. La publicidad provee de transparencia a los actos de esa justicia, puesto que los ciudadanos tendrían acceso al conocimiento de los presupuestos en lo que se han fundado las decisiones judiciales e, incluso, estarían en condiciones de advertir cualquier situación de corrupción que se presentara.

En contraste, la prohibición relativa a la reserva del sumario se transforma en una coartada para que los funcionarios de la Fiscalía puedan excusarse de justificar ante la sociedad sus actuaciones. Igualmente, se convierte en un instrumento del autoritarismo, propio de las instituciones de tendencia inquisitiva. Autoritarismo que alcanzó su mayor expresión en la tentativa que promovió el fiscal Alfonso Gómez Méndez, detenida a tiempo, de criminalizar con pena de prisión la violación de la reserva del sumario. En cambio, las posibilidades de control ciudadano sobre las medidas adoptadas por la justicia penal, en particular de la Fiscalía que es la principal beneficiaria del secreto, coadyuvan a elevar la eficacia de su tarea, pues la sociedad civil podría oponerse a las determinaciones injustas, sean inculpativas o no, caso que ampararía las garantías del procesado cuando la actuación fuera arbitraria y obstaculizaría la evasión de responsabilidad en la hipótesis adversa¹⁰.

⁹ La publicidad podría tener como excepciones los sucesos que involucran delitos sexuales o menores de edad, y dentro de determinadas condiciones y en ciertos casos restringir la publicación de los nombres de los investigados.

¹⁰ Es posible que el resultado del primer consejo verbal de guerra por el crimen del general Ramón Arturo Rincón, donde los acusados fueron absueltos, hubiera tenido un desenlace distinto, dada la famosa

En la etapa de instrucción, por su parte, el proceso no es contradictorio. No existe un juez de garantías que tome las decisiones que afectan los derechos fundamentales del procesado, como aquella que lo priva de la libertad de manera preventiva o la que ordena un allanamiento domiciliario o una interceptación telefónica. En consecuencia, durante esa etapa el fiscal desempeña el papel de acusador y a la vez cuenta en su haber con atribuciones jurisdiccionales para adoptar determinaciones como las mencionadas. Puede decirse que si hay contradicción, ella se presentaría entre el fiscal consigo mismo. De presentarse un error o un abuso en el desempeño del papel de acusador, le corresponderá al propio fiscal, con la “ayuda” de su rival: el defensor, pronunciarse. De tal manera, en la práctica, cuando el fiscal escucha los argumentos expuestos por la defensa, le compete establecer si la hipótesis que él tenía preparada para resolver el asunto estaba o no equivocada, es decir, juzgar si el mismo ha errado. Guardada alguna proporción, pensar que tal proceso es contradictorio, equivaldría a sugerir que puede serlo un proceso donde el abogado defensor posee facultades jurisdiccionales, pudiendo resolver entre sus convenientes posiciones acerca del caso y aquellas que esgrime el fiscal.

En un auténtico proceso contradictorio, que en el procedimiento colombiano sólo existiría en la etapa del juicio, la eficacia de la justicia se enriquece por el duelo dialéctico de tesis que enfrentan al fiscal y al defensor. Entre tanto, las garantías procesales pueden ser conservadas en la medida en que existe un tercero: el juez, arbitro neutral del debate contradictorio. Con todo, aún en la fase del juicio concurren varias evidencias de índole social, o mejor psicosocial, que desequilibran la situación del fiscal y la del defensor, a favor del primero, como quiera que los jueces tienden a mirar a los fiscales como pares, o sea, como sujetos procesales con una posición social superior a la del defensor¹¹.

En este estado resulta pertinente examinar otro de los razonamientos que, en medio de la clandestinidad, fue empleado para descalificar el procedimiento mixto moderno. Este predicaba que en tal tipo de proceso no existía el derecho de defensa para la etapa de instrucción, solamente en el transcurso del juicio, y como quiera que la Constitución de 1991 había reseñado la garantía de la defensa para todo el proceso un código procesal de inclinación acusatoria habría sido inconstitucional. Las explicaciones precedentes relativas al principio de contradicción han probado que el derecho de defensa es menoscabado en un procedimiento inquisitivo, pues no otra cosa resulta de la desventaja en que se encuentra el defensor frente al fiscal. Ahora, pensar que en el proceso mixto moderno no se acepta el derecho de defensa en la fase instructiva fuera de denotar una ignorancia osada, implica suponer que en la casi totalidad de los países de occidente semejante garantía democrática brilla por su ausencia. De modo diverso, lo dicho sobre la instauración de un juez de garantías en la etapa de investigación del proceso mixto moderno obra en beneficio del derecho de defensa, como también el valor concedido al principio de contradicción.

admonición del Fiscal Ñungo acerca de la necesidad de condenar inocentes para evitar la absolución de culpables, de no haberse tratado de un juicio público y oral, que fue cubierto en extenso por los medios de comunicación. De hecho, en Colombia, el único procedimiento que ha gozado de las garantías democráticas de la publicidad y la oralidad ha sido el de los consejos verbales de guerra de la justicia penal militar.

¹¹ Silva García. *El mundo real, cit.*, tomo IV: “La administración de justicia”, pp. 89 a 91.

En el proceso penal colombiano tampoco impera la inmediación de la prueba para el juzgamiento. El grueso del material probatorio es recaudado en la etapa de la instrucción, bajo la dirección del fiscal, y luego el juez durante la fase que le corresponde dirigir habrá de dictar sentencia con fundamento principal en esas pruebas, a las que accede no de manera directa y con su intervención, sino por medio de la lectura de las transcripciones que arroja como saldo el procedimiento escrito. Esto además ha llevado a varios abogados defensores a buscar la repetición de pruebas en el juicio, con la consiguiente duplicación de la actividad judicial, incremento de costos y dilación, por tanto, con pérdida general de eficacia. Así mismo, al privar al juez de la inmediación sobre buena parte de las pruebas se enturbia su capacidad crítica respecto del bagaje probatorio, en especial con referencia al testimonio -el medio probatorio predominante en la práctica judicial nacional- lo que disminuye la eficacia, pero también perjudica los derechos del procesado a obtener un juicio justo y ajustado al debido proceso. Las regulaciones vigentes son tan absurdas que aún el fiscal que interviene en el juicio no ha tenido contacto directo con el material probatorio recaudado en la instrucción, pues es otro el fiscal que cumple esa tarea, con lo cual la eficacia se ve aminorada: el fiscal del juicio debe estudiar desde el principio un expediente que no conoce y hacer una acusación que, incluso, puede no compartir.

En el proceso mixto moderno rige de pleno el principio de inmediación. La labor del fiscal durante la investigación es la de formular la acusación y preparar las pruebas que hará valer, las cuales en su integridad deben vertirse en el juicio, lo que ahorra cualquier iteración. Por ello, la instrucción en el procedimiento de tendencia acusatoria es apenas una etapa preparatoria. En este caso, el juez puede valorar con sus propios sentidos los testimonios rendidos, siendo evidente que no es lo mismo leer una declaración a escucharla y verla, junto a las actitudes y ademanes que exhibe el declarante.

Dado que el proceso es orientado por el principio de inmediación en el procedimiento mixto moderno, de manera paralela emerge el principio de concentración de las diligencias y actuaciones. Todas las pruebas son practicadas o recepcionadas en la audiencia del juicio, lo que de nuevo ahorra tiempo y recursos a la administración de justicia. Igualmente, las inmensa mayoría de las distintas peticiones que pueden interponer los sujetos procesales son resueltas en el acto de la audiencia, con la misma virtud de economizar tiempo y dinero de la administración judicial. Aquello que suele hacerse en años, viene a ejecutarse o decidirse en días contados o pocas semanas.

La aplicación del principio de concentración tiene efectos directos y cuantiosos sobre el trabajo de la segunda instancia y, en consecuencia, respecto de la primera. En el procedimiento de tendencia inquisitiva vigente los sujetos procesales pueden presentar diversas y numerosas solicitudes referidas a materias muy distintas y, en caso de ser denegadas, interponer recursos de reposición y o de apelación. Empero, tales peticiones y los recursos si son del caso, suelen ir planteándose a lo largo de todo el proceso, pudiendo ir los asuntos del mismo proceso cuatro, cinco o más veces a la segunda instancia. En el procedimiento caracterizado por el principio de concentración también son múltiples las solicitudes que allegan las partes, las que pueden tratar acerca de materias muy variadas, pero a diferencia del proceso de tendencia inquisitiva ello no implica un ir y venir constante del proceso y no tarda años, todas las peticiones se formulan y se deciden en la audiencia del

juicio. A lo anterior se agrega el hecho de que muchas solicitudes que resultan razonables dentro de la etapa de instrucción orientada por principios inquisitivos, por sustracción de materia son innecesarias o improcedentes en el proceso mixto moderno, lo que agiliza los trámites y el resultado final del juicio. Esto fue comprobado en una investigación empírica en la que se analizó la operación de la segunda instancia en la Fiscalía General de la Nación. Para el efecto se comparó, la índole de los asuntos que conocía la segunda instancia, con aquellos que serían objeto de pronunciamiento hipotético por parte de un juez de mediar un modelo ideal de procedimiento mixto moderno que fue definido con anterioridad¹². Entonces, se halló que una innumerable cantidad de asuntos desaparecerían del conocimiento de la segunda instancia (66.3% de los asuntos, ahorrando el 77.8% de días de trabajo consumidos) lo que verifica la agilidad que se ganaría con el procedimiento de inclinación acusatoria¹³.

A estas alturas, luego de mostrar las ventajas que en materia de economía procesal se ganarían con la utilización del principio de concentración, más aquellas que derivan de la oralidad e intermediación, aunque todavía sin contar con las que se desprenden del principio de oportunidad, puede desmentirse otro de los argumentos que en la oscuridad se arguyó para descontar la introducción del sistema acusatorio después de aprobada la Constitución de 1991, cual fue la de generar mayores costos. Como pudo ser advertido, en su operación ese procedimiento no sólo no es más oneroso, sino que es definitivamente más barato. En cuanto a su organización previa, el gasto principal proviene de la creación de la Fiscalía que ya existe, mientras que la designación de jueces de garantías para una serie de actos puntuales en la instrucción podría ser compensada con el desplazamiento de los fiscales de segunda instancia, que ya no serían necesarios. En lo restante, sólo se requeriría de la adecuación de salas de audiencias, las que ya existen en muchos edificios judiciales. En cambio, sería inferior el número de empleados subalternos, pues no se requeriría de un ejército de escribientes para tomar dictados, ni equipos para ese cometido.

En lo que atañe a la separación de las facultades instructivas respecto de las jurisdiccionales, ello no sólo implica crear un organismo como la Fiscalía General a cargo de la instrucción, autónomo con relación a la judicatura. En Colombia fue creada la Fiscalía, aunque proveyendo a sus integrantes de atribuciones jurisdiccionales en la etapa de instrucción, con lo cual son de manera simultánea jueces y partes en ese trayecto del proceso. Esto niega en forma concluyente el principio examinado y subraya el carácter inquisitivo del procedimiento penal colombiano. Así mismo, conforma un entorno del todo antidemocrático en la justicia penal, pues aunque el fiscal está obligado por el ordenamiento jurídico a investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, no puede sustrarse al *status* que tiene: el de acusador, como tampoco a los roles sociales que se desprenden de esa posición social. Todos los individuos actúan de acuerdo con su posición de *status* y desempeñan los papeles sociales que corresponden a ella. De allí que el fiscal pocas veces investigue o alegue aquello que puede beneficiar al investigado, al contrario

¹² Como no existe procedimiento mixto moderno fue indispensable construir un modelo ideal, para su comparación con el modelo inquisitivo que sí existía.

¹³ Germán Silva García. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, 401a 404, 428 y 429.

procurará acusarlo y condenarlo, tal como se lo exigen las expectativas sociales que lo influncian¹⁴.

En esas condiciones podría decirse que la Constitución Política de 1991 sirvió apenas para un cambio de nominación de los antiguos jueces de instrucción criminal por la de fiscales, pues ellos también acusaban y ejercían funciones jurisdiccionales. No obstante, en realidad las cosas cambiaron, pues aunque la organización anterior estaba bastante lejos de ser ideal e igual describía un tipo de justicia con sabor inquisitivo, al menos el *status* del funcionario instructor era el de juez e, incluso, sus decisiones estaban sujetas a revisión por un juez de segunda instancia independiente. Ahora se trata de un fiscal, socializado en el rol de acusador, y en términos sociales un fiscal no es lo mismo que un juez, ni asume las mismas actitudes, por más que muchos se empeñan en asimilarlos. Es más, ese argumento se ha vuelto reiterativo para sostener que los fiscales no van a abusar de sus poderes, dado que se afirma: “nada ha cambiado, son lo mismo que los anteriores jueces de instrucción”. Punto que, al parecer, incidió para que el entonces ministro de justicia Jaime Giraldo Angel se opusiera en la Asamblea Constituyente al desarrollo de un proceso de tendencia acusatoria. Giraldo Angel pensaba que la mayoría de decisiones favorables al procesado en la etapa de instrucción eran adoptadas por iniciativa directa del juez, que sería sustituido por un fiscal quien iba mantener esa actitud en beneficio del procesado¹⁵. Pero, se repite, un fiscal no es un juez, en cambio ese era el *status* del juez de garantías al que constituyentes y ministro se opusieron.

Otra cuestión grave que surge de los poderes jurisdiccionales concedidos a la Fiscalía, que resultan exorbitantes dado su papel de acusador, tiene relación con la politización de la entidad. Esa politización, que no es reciente, constituiría un mal menor de haberse separado las funciones instructivas y jurisdiccionales, pues los abusos en la etapa de investigación serían contenidos por el juez de garantías. A la par, con su peligroso sino totalitario, la politización se ve incrementada por las características de la estructura orgánica de la Fiscalía, la ausencia real de independencia en sus funcionarios, la posibilidad de remoción de un caso o de traslado del fiscal, la carencia de un régimen de carrera administrativa y el sistema de evaluación que aplica a su servidores. La politización, sea para investigar, perseguir y acusar al grupo considerado enemigo o para omitir las averiguaciones, pedir la absolución o decretar nulidades en los casos que comprometen a la facción calificada como amiga, es antigarantista y además contraria a la eficacia, puesto que ella no se puede satisfacer en las acusaciones contra inocentes ni en la promoción de exculpaciones para sujetos penalmente responsables.

Por su parte, el principio de oportunidad, cuya introducción significaría una reforma constitucional ya que condensa una excepción al principio de legalidad, es útil para concentrar las actividades de investigación en los asuntos de mayor interés público y que producen daños sociales serios. Muchas veces la justicia, dada la obligación que impone el principio de legalidad, el cual supone que todo autor responsable de una infracción a la ley penal debe ser sancionado conforme al ordenamiento, se ve embarcada en investigaciones y

¹⁴ Sobre el tema, de manera extensa Silva García. *El mundo real, cit.*, tomo I: “La profesión jurídica”, pp. 124 y 125, y tomo II: “Las prácticas jurídicas”, pp. 170 a 184.

¹⁵ Jaime Giraldo Angel. “Informe sobre Colombia”, en *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Jorge Correa Sutil (ed.), Santiago de Chile, Escuela de Derecho Diego Portales, p. 158.

acusaciones en casos de poca monta que podría ser gestionados por vía distinta a la penal y, en todo caso, dándole un tratamiento al conflicto social y satisfaciendo al perjudicado.

En cuanto al principio de participación ciudadana, ya se ha citado su omisión a causa del carácter secreto del procedimiento penal en la instrucción y las dificultades prácticas que afronta en el juicio. A ello se suma la exclusión del jurado en los juicios penales, materia objeto de un pronunciamiento de inconstitucionalidad de la Corte. Para la Corte Constitucional no primaba la norma fundamental que se refiere a la naturaleza participativa del Estado y la sociedad, tampoco la ausencia de una prohibición expresa contra la institución del jurado tuvo relevancia; con una singular interpretación “auténtica” fundada en la oposición que despertó el jurado en la Constituyente (aunque tal tipo de interpretación sólo puede aclarar la ley, pero no puede servir para crear una norma), se produjo el fallo¹⁶. De allí que tampoco tenga cabida este principio en el estatuto procesal penal, el cual podría ampliar el sentido democrático que debe tener la justicia, incrementando la legitimidad de las decisiones judiciales.

De la rápida exposición comparativa que se ha recorrido se deduce la primacía histórica y contemporánea de un procedimiento de tendencia inquisitiva en la legislación nacional, ni siquiera uno de carácter mixto como sostienen muchos, ya haciendo alarde de aquello que no parecen conocer, ora manteniendo una definición subjetiva con la que se intenta proveer una determinada construcción social de la realidad apta a su visión del papel de la justicia penal.

Al margen de pequeñas modificaciones sin profundidad, apenas las necesarias para mantener la apariencia de una innovación, se cambió toda la estructura penal, para que siguiera igual todo, pues ya lo peor se había hecho. Sin embargo, esta clase de “transformaciones” en la legislación penal pueden cumplir algunas funciones que no son deleznales: 1. Obstruir una reforma auténtica para introducir el sistema mixto moderno, pues ante una legislación tan reciente se dificulta la justificación de un nuevo estatuto; 2. Cambiar el saber jurídico, aunque sea de forma superficial, pues ello conviene a los intereses de quienes han promovido la reforma, considerando que su *status* se acrecienta, se hacen portadores del nuevo saber al ser sus creadores y se colocan en posición privilegiada para realizar sus intereses políticos y profesionales.

Una consecuencia de la situación anterior radica en la propuesta de reforma constitucional que fue presentada en el Congreso, que daba pie a otro código de procedimiento penal. En verdad, con la salvedad del principio de oportunidad y el de participación ciudadana concretado en la figura específica del jurado popular, que no figuraban en la propuesta de reforma, la introducción del procedimiento de disposición acusatoria no requiere de una reforma constitucional. Empero, aun cuando bastará la reforma legal, ella significaba un código de procedimiento a poco de haber aprobado uno, luego ese “cartucho” ya había sido

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-226 de 17 de junio de 1993, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

quemado y para volver a poner el mismo asunto sobre la mesa era necesario plantearlo como modificación constitucional¹⁷.

Otra secuela del proceso explicado, en lo que atañe a cambiar todo para que nada varíe, es la profunda resistencia a la expedición de nuevos códigos que, desde hace varios años, ha ganado terreno entre académicos del derecho y operadores judiciales. Unos y otros han sido testigos de la inutilidad de esos códigos “innovadores” y han terminado por convencerse que en las normas no se encuentra el *quid* de la adecuada operación de la justicia penal. Con todo, siendo cierto que las características del ordenamiento normativo constituyen apenas una de las piezas de ese rompecabezas de la justicia penal, no cabe duda que representa un componente fundamental y que, de modo específico, una estructura auténtica de tendencia acusatoria en el área procesal penal conllevaría ganancias incontestables en eficacia punitiva y garantías democráticas.

La política penal

Al observar la intrascendencia del nuevo estatuto procesal penal, la manera como ha realizado las palabras puestas por Lampedusa en boca de Tancredi, su incapacidad para generar transformaciones profundas en la operación de la administración de justicia penal, en la provisión de condiciones adecuadas para obrar con eficacia sobre los conflictos que son de su competencia y para rodear de garantías democráticas a los justiciables, es decir, a los integrantes de la sociedad civil, cabe indagar acerca de la política penal e, incluso, interrogarse acerca de si ¿existe política penal en Colombia?

Una tipificación o receta que aparece de manera continua en todo diagnóstico referido a la política “criminal” o penal en Colombia, desde hace ya varios años, es que ella no existe¹⁸. El razonamiento se funda en varias evidencias, en especial, la aparente improvisación, irresponsabilidad e incongruencia de las propuestas, medidas y acciones que se desarrollan en este ámbito. Varios de los sucesos acaecidos en los últimos tres años parecerían otorgarle aprobación a la conclusión: mientras se tramitaba con éxito la aprobación en el Congreso del nuevo código penal, cuyo proyecto se había justificado de modo parcial en la necesidad de unificar la legislación, a la par habían sido presentados y seguían su curso

¹⁷ Dado que la politización de la justicia venía desde hacía algún tiempo, la bancada liberal mayoritaria en el Congreso se había alarmado ante la expectativa de un fiscal conservador o cercano al Gobierno. A esto se sumaba el hundimiento del proyecto que pretendía prorrogar el período del fiscal en su cargo, para hacerlo coincidir con el presidencial, lo que al parecer sucedió como consecuencia del impulso gubernamental a la ley que establecía cupos de inversión sobre el presupuesto de la nación en beneficio de los congresistas. Estas circunstancias políticas alentaron la idea de controlar los poderes de la Fiscalía.

¹⁸ Se habla de política penal y no de política criminal, pues la última acepción es arcaica e inadecuada para comprender los medios y objetivos que hacen parte de esa política de control. La política de control social penal no se dirige contra lo criminal o los criminales, por el contrario, la política en esta materia afecta o incide sobre la totalidad de los ciudadanos. Así mismo, lo criminal no constituye una realidad empírica, es una definición subjetiva producto de un juicio de valor, y la política es estructurada para obrar sobre determinada problemática real u objetiva. Hace siglos los penalistas, con bastante mayor sentido que los criminólogos que han persistido en el uso de la acepción, abandonaron la expresión derecho criminal por inadecuada, sustituyéndola por la de derecho penal, más apropiada para referirse a los objetivos del derecho en cuestión. Cosa similar debe ocurrir con relación a este tipo específico de política.

proyectos de ley que por su cuenta también reformaban la legislación penal; el Gobierno Nacional, por conducto de su ministro de Justicia, había respaldado la aprobación de los nuevos estatutos penales en los debates parlamentarios, pero una vez fueron acogidos en el Congreso formuló objeciones de conveniencia política y de inconstitucionalidad contra sus textos; apenas sancionado el código penal, fueron presentados otros proyectos que pretendían introducirle modificaciones; también al poco de ser aprobado el código de procedimiento penal, comenzaba su trámite un proyecto de reforma constitucional que pretendería introducir las instituciones de tendencia acusatoria, el cual implicaba proveer de facultades al Presidente de la República para expedir otro estatuto nuevo de procedimiento penal; después de escasos meses de aprobada la ley de defensa y seguridad nacional, expedida con el propósito de fortalecer la capacidad del Estado y de las Fuerzas Armadas para combatir a las bandas armadas ilegales que operan en el país, esto es, a la guerrilla y a los paramilitares, ha sido presentado un proyecto de ley antiterrorista con fines idénticos. A todo ello, se suma lo inocuo de los códigos penal y de procedimiento penal recién aprobados lo que también corroboraría la inexistencia de una política penal seria.

El corolario parece claro: sino es debido a la carencia de una política penal definida, por qué se reforma lo que poco antes era aprobado por las grandes mayorías parlamentarias, por qué lo que ahora se propone derribar, introducir o modificar en determinado sentido no lo fue cuando se debatió la ley que trataba la materia, en fin, cuáles son las razones que explican esas actuaciones políticas contradictorias que significan reformas seguidas de contrarreformas, marchas en una dirección contradecidas por cambios en reversa abruptos. Entonces la conclusión emerge clara: “es la ausencia de política penal”.

No obstante, dicha conclusión es tan superficial como la evidencia en la que se funda, una deducción limitada pues no ahonda en la comprensión del problema de fondo, una versión elaborada en alguna oportunidad pasada para interpretar lo que ocurría en el escenario de la política penal nacional, transformada en una receta que se aplica y se repite en todos los casos donde la política penal es puesta en cuestión, además como si todas las situaciones fueran iguales. En otras palabras, la realidad social ha sido construida con fundamento en un mito: la política penal no existe. En este escrito se sostiene lo contrario, aun cuando con un agregado: sucede que en el país sí existe política penal, pero no una, sino varias políticas en la materia. Esto obedece a numerosas circunstancias: 1. La política penal no es definida sólo por el Estado; 2. Las instituciones penales son ambivalentes, lo que repercute sobre la coherencia de las políticas que intentan fortalecerlas; 3. La sociedad tiene una naturaleza conflictiva, elevada en el caso colombiano, lo que repercute de modo inmediato en la política penal; 4. La organización estatal, de manera aguda en la situación colombiana, se caracteriza por la fragmentación; 5. La estructura penal, tampoco la jurídica en general, opera como un sistema; 6. Concurren circunstancias coyunturales de orden político, social, económico o cultural que coadyuvan a impulsar los vaivenes en las definiciones de la política penal.

La concepción de los objetivos, el diseño y la ejecución de las medidas de política penal no son patrimonio exclusivo del Estado colombiano, aunque tal organización social juega un papel clave en cada uno de los aspectos que la comprenden. Las organizaciones de la sociedad civil, desde organismos no gubernamentales como la Fundación País Libre o la

Corporación Excelencia en la Justicia, pasando por empresas (de seguros, de transporte, de seguridad, etc.) sindicatos, agrupaciones políticas, juntas de acción comunal, etc., hasta grupos informales de la sociedad, participan en distintos grados y temas en la selección de las metas y medios de la política penal y luego, según el poder del cual disponen, procuran que sus políticas sean puestas en práctica. Así mismo, otros Estados y gobiernos distintos al colombiano, en especial el de Estados Unidos, influyen en aspectos de la política penal nacional que los afectan o comprometen sus intereses estratégicos. En esos términos, comparecen distintas políticas, no siempre coincidentes, a veces contradictorias, con prioridades, finalidades y mecanismos de realización variados, gestionadas por actores diversos que compiten, lo que contribuye a esa imagen desarreglada de la política penal del país.

La estructura de control penal procura de manera paralela, en una sociedad que intenta concebirse como democrática, la realización de tareas de prevención y represión de las expresiones del conflicto social que han sido calificadas como criminales y asegurar los derechos ciudadanos por intermedio de un conjunto de garantías constitucionales y legales. Estos objetivos guardan entre sí una relación dialéctica, siendo con frecuencia en su concreción contradictorios y excluyentes, porque lo que se hace para reducir las situaciones de divergencia y los conflictos sociales de interés penal puede deteriorar las garantías fundamentales y viceversa. De allí esa cualidad ambivalente que poseen las instituciones penales, agravada en razón a que usualmente se elaboran políticas que no pretenden equilibrar estos dos objetivos, al comprometerse de manera exclusiva con uno de ellos, lo que confiere una impresión de inconsistencia y contraposición a las políticas penales.

La sociedad se integra de manera compleja por distintos grupos, animados por el propósito de realizar o imponer intereses, valores y discursos ideológicos variados, que se integran y recomponen en forma continua. La competencia entre los distintos grupos motivados por sus respectivas metas, las cuales pueden afectar aquellas que orientan a otras facciones, provocan conflictos sociales y hacen de la sociedad una entidad donde el conflicto es constante. Esos conflictos son el motor de los cambios sociales, económicos, culturales, políticos y jurídicos. Las posibilidades de cada grupo para salvaguardar sus intereses, imponer sus valores o demostrar la verdad de sus discursos depende del poder del cual dispongan, el que se encuentra desigualmente distribuido entre los diferentes conglomerados sociales. Este panorama repercute en el ámbito de las instituciones penales. Ellas mismas son un mecanismo de poder que puede resultar útil para realizar los intereses, valores e ideologías sostenidas. Concurren, en esa medida, distintas ideas, creencias y concepciones acerca de lo que debe ser la política penal¹⁹. Así mismo, la variabilidad en la conformación de los grupos de interés, las alianzas que deben hacer para lograr sus prioridades, se traducen también en cambios o en concesiones que varían las finalidades perseguidas, lo que puede significar alteraciones y modificaciones en el rumbo de la política penal. Los acuerdos, por ejemplo escenificados en el parlamento, conllevan muchas veces la redacción de fórmulas poco precisas desde el punto de vista técnico jurídico, pero

¹⁹ Inclusive grupos sociales, cuyas actividades con facilidad podrían ser calificadas como criminales, en posesión de un poder relevante, se han encontrado en condiciones de influir de manera directa y violenta o de modo más soterrado, en la configuración de la política penal nacional. Los casos más notorios se han referido a las acciones de bandas de narcotraficantes y grupos de insurrectos, pero no son los únicos.

indispensables para no dañar un convenio concertado, o la introducción de normas contradictorias que generan antinomias en el ordenamiento, pero que satisfacen a los grupos. La situación expuesta contribuye a configurar clases de política penal que pueden parecer incongruentes, pues reflejan las posturas de las diversas agrupaciones y del poder que logran acumular en una coyuntura dada, aunque luego no logren sostenerlo.

La organización estatal no es unitaria, sino que aparece fragmentada, escindida entre distintos grupos que han logrado colonizar para sus intereses porciones de ella. Por sus atribuciones el Estado constituye un escenario privilegiado para el ejercicio del poder, es decir, para hacer que otros obren de acuerdo con las pretensiones propias. En la teoría clásica sobre el Estado, este aparece dividido en poderes que se supone colaboran en forma armónica para la realización de fines comunes; otros sostienen que el Estado representa un poder único, ordenado conforme a una separación de funciones (atribuciones). En realidad, el Estado moderno no es lo uno ni lo otro, comparece como un tipo de organización fragmentada entre los diversos grupos que logran tomar posiciones en él, los cuales adoptan objetivos distintos y también escogen medios diferentes para buscar su realización²⁰. En el caso colombiano, las pugnas al interior de las agencias que hacen parte del poder ejecutivo, entre ese poder y el jurisdiccional, entre las agencias de control disciplinario o fiscal y las restantes, junto a aquellas que comparecen en el seno del poder judicial, sobre todo, ejemplifican dicha fragmentación. Esto tiene implicaciones en la política penal, pues su definición y desarrollo vincula a una cantidad extensa de agencia y aparatos, todos los cuales, como manifestación del carácter conflictivo de la sociedad, luchan por imponer sus definiciones y estrategias, reflejando la fragmentación estatal, las diversas concepciones político/penales, aunque de modo más visible una incoherencia en las políticas. Al final, las diferencias de poder, la habilidad de cada agencia para sacarles partido, establecerán en una coyuntura las posibilidades de imponer los puntos de vista grupales. A su vez, tal dialéctica en las relaciones sociales que se tejen evidencian, aunque se trate apenas de la punta de un *iceberg*, una política penal sin un norte aparente.

Quienes conciben a la sociedad y sus instituciones, incluidas las penales, como un sistema, piensan que ellas son un conjunto de elementos ordenados y coordinados para alcanzar un propósito común. Empero, semejante visión sistémica, demasiado mecánica, no corresponde a la realidad. Por ejemplo, las agencias de ese sistema obran cada una con la intención de realizar sus metas, en frecuente contradicción con otras agencias, a las cuales pretenden subordinar o usurpar parte de su poder (competencias). Esto, en materia de política penal, traduce contradicciones.

Las condiciones coyunturales de orden político, social, económico o cultural pueden variar en forma acelerada, no siempre perceptible a primer vista, durante cortos espacios de

²⁰ La disposición del Estado como una organización burocrática racional implica la distribución de competencias entre varias agencias y la creación de aparatos de control sobre ellas, lo que contribuye a la fragmentación. Así mismo, la clase burocrática cobra autonomía y se constituye en un grupo de interés con sus propios objetivos, lo que igual coadyuva a la fragmentación. Las organizaciones burocráticas racionales obran conforme a reglas de derecho, pero las reglas jurídicas deben ser interpretadas, luego de modo necesario no constituyen una barrera que canalice las actuaciones de los órganos estatales por el mismo sendero.

tiempo, lo que incide con relevancia en la definición de las políticas penales. De dichas situaciones podrían citarse varios casos, pero el proceso de aprobación de la reciente legislación penal en los campos sustanciales y procesal podría bastar. Al respecto, cabe recordar que la oposición final del Gobierno Nacional, junto a la que habían expresado representantes de las academias universitarias, la Procuraduría General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Iglesia Católica y organismos de la sociedad como País Libre y la Corporación Excelencia en la Justicia, entre otros, parecían haber condenado la reforma a un naufragio, en medio de las declaraciones del fiscal general quien manifestaba su voluntad de “retirar” los proyectos. Sin embargo, la situación descrita coincidió con la propuesta de revocatoria de miembros del Congreso de la República por el poder ejecutivo, crisis de la coyuntura política, que contrajo como reacción vindicativa la aprobación rápida y sin mayores debates de los códigos.

En la sociedad falta consenso, el cual sólo puede construirse con inclusión de distintos sectores de la sociedad y debates críticos, francos y tolerantes; también se extraña la transparencia, que demanda de un flujo claro, íntegro y completo de la información relativa a las cuestiones públicas; así mismo, no hay esfuerzos por edificar una comunidad de intereses y valores en torno a los cuales puedan ponerse de acuerdo los diferentes grupos sociales. Sin consensos, transparencia y comunidad de intereses y valores, la política penal no podrá alcanzar los niveles de coherencia, por ende, de eficacia, aunque también de legitimidad, con esto de democracia, indispensables para el logro de sus cometidos. Entre tanto, puede seguirse imaginando con desánimo que no existe una política penal, pero esa queja será más una protesta de alguno de los grupos en pugna por la no imposición de su política.

La educación jurídica

Un asunto que no toca de manera directa el tema central de este trabajo, es decir, la evaluación de la justicia penal, es la problemática referida a la educación jurídica. No obstante, su vinculación indirecta -las características de la formación profesional de los abogados repercute en la forma como se practica el derecho, y define las calidades y perfiles de quienes han de operar la administración de justicia- la convierte en una materia ineludible aún a riesgo de apartarnos de la cuestión principal. La percepción existente es que la mayor parte de los estudiantes de derecho se inclina por la rama penal y, así mismo, la mayoría de los abogados opta por ejercer esa especialidad²¹. Igualmente, Colombia expone una tasa muy alta de abogados, por encima de la media de otros países con datos disponibles, es el sexto país en el mundo en ofrecer educación universitaria privada y el primero de América en oferta diversificada de estudios en derecho, siendo ya 113 los programas de derecho que se desarrollan, aunque sólo dos han superado con éxito el proceso de acreditación de su calidad académica²².

²¹ Ministerio de Justicia y del Derecho. *El abogado en el tiempo de la gente*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995, pp. 47 y 48.

²² Datos originados en fuentes diversas que se registran en Germán Silva García. *El mundo real de los abogados*, cit., tomo I, pp. 153, 39 y 38. El dato de programas había sido actualizado a octubre de 2000.

A ese respecto, el Gobierno Nacional ha venido dando un paso importante con la preparación de un decreto que regularía los estudios de derecho en el país. La filosofía del proyecto de reglamentación y sus componentes, los cuales han sido objeto de varias consultas con representantes de distintas facultades nacionales y autoridades del sector, puede considerarse en términos generales adecuada a las exigencias de la situación y respetuosa de la autonomía universitaria. El proyecto no ha optado por la vía de una minuciosa reglamentación, con la inclusión de parámetros objetivos que puedan ser cuantificados y verificados en una operación contable. No contempla, por ejemplo, exigencias sobre el número de libros que como mínimo deben encontrarse en la biblioteca, a la manera del decreto 3200 de 1979, mandato que, por otra parte, nunca fue acatado ni exigido a las facultades que existían en la época. Por el contrario, priman las orientaciones, los enunciados y los requisitos de orden general, en parte redactados de un modo abstracto. Sin embargo, el predominio de pautas generales y la ausencia de indicadores condensados en instrumentos de medición no deben afectar la potencialidad del decreto para establecer condiciones apropiadas de funcionamiento, verificarlas, y disponer de elementos de juicio sólidos para denegar la apertura de nuevos programas o sancionar a aquellos que presentan carencias en la materia.

En realidad, un decreto elaborado dentro de ese espíritu puede ser mucho más eficiente para ejecutar las labores de inspección y vigilancia, pues proveería a los pares académicos a cargo de las tareas de evaluación de un marco global y amplio que puede ser desarrollado con criterio, por medio de la interpretación fundada en consideraciones racionales, en la tradición académica universal y aún traducido en indicadores cuantitativos y cualitativos mensurables o concretos. En cambio, un decreto rígido, de pronto severo en el papel, aunque nada elástico al momento de ponerlo en práctica, con facilidad podría derivar como ha sucedido en ocasiones pretéritas en un instrumento inaplicable, así mismo, opuesto a la autonomía universitaria y, lo peor, fácil de burlar mediante simples operaciones de suma de requisitos y de rellenar espacios en formularios, lo que puede ser dispendioso y molesto para quien cumpla la tarea, pero no garantiza un ambiente idóneo a la educación universitaria. Desde luego, la calidad de los pares académicos, su entrenamiento y la homogeneidad que se alcance en la definición de los criterios que van a aplicar habrá de constituir la piedra de toque, que marcará la diferencia entre un decreto útil y un nuevo “canto a la bandera”. Es más, salvo algunas precisiones que en seguida se expondrán, el decreto es lo de menos, dos serán las condiciones fundamentales para que pueda rectificarse el rumbo desastroso que ha tomado en su conjunto la educación jurídica colombiana²³. De una parte, las calificaciones y el papel de los pares académicos, de otra, la voluntad política de las autoridades gubernamentales, pues nada se habrá avanzado si, como ya ha sucedido, los pares académicos presentan conceptos negativos a la apertura de nuevos programas y, luego, los órganos gubernamentales hacen mutis de ellos y los aprueban²⁴.

²³ En su conjunto, puesto que los estudios impartidos en varias de las facultades de derecho del país pueden contarse entre las mejores de América Latina y alguna facultad puede competir con las más destacadas de Europa.

²⁴ Esto ha sido justificado en la ausencia de un decreto de requisitos, pero sin considerar el poder y los intereses políticos y económicos que suelen movilizarse en esos casos, y sin desconocer que un reglamento

Ahora bien, no obstante los méritos reconocidos al proyecto de decreto impulsado por el Gobierno, este adolece de una serie de defectos que, no siendo muchos, pueden ser de la mayor gravedad. Entre ellos, concurre la inconstitucionalidad del procedimiento que ha resuelto emplearse para proferirlo, lo que amenazaría su misma existencia en caso de ser expedido. Igualmente, la equivocada denominación del decreto, que se supone describe el objeto regulado: “estándares de calidad”, lo que no corresponde a las materias en él contenidas, pues apenas se trata de un instrumento que introduciría unos requisitos mínimos, esto es, presupuestos básicos para poder operar con calidad, pero que no representan la calidad misma. Del mismo talante, la imposición de un peligroso sistema de créditos que delimitaría la duración de los estudios. Por último, la ampliación de las atribuciones del Consejo Nacional de Acreditación -CNA- agregada a un uso confuso de la noción de acreditación, ambas cosas inconvenientes y de remate inconstitucionales.

Teniendo claro que se trata de un decreto que establecería los requisitos mínimos para la creación o funcionamiento de programas de derecho, lo que un poco más adelante será explicado en detalle, no puede el Presidente de la República, en asocio con el Ministro de Educación, expedirlo simplemente con fundamento en sus facultades ordinarias, pues si bien el Presidente dispone de atribuciones que le permiten reglamentar los requisitos mínimos de todos los programas académicos que imparten las instituciones de educación superior, la ley le fija en forma precisa la manera como debe hacer uso de esas facultades, lo que al ser desconocido en este caso comprometería la constitucionalidad de las normas. En efecto, la ley 30 de 1992, que rige los destinos de la educación superior, no se opone a que el Ejecutivo cumpla tales tareas de reglamentación, pero estipula que el Consejo Nacional de Educación Superior -CESU- debe proponer en forma previa la “reglamentación y procedimientos para: (...) 6. Establecer los requisitos de creación y funcionamiento de los programas académicos” (Art. 36)²⁵. Materia en la cual el CESU no ha sido escuchado, como tampoco lo fue antes de ser expedidos los decretos relativos a ciencias de la salud e ingeniería, por lo que puede preverse una condena segura de inconstitucionalidad para los decretos ya dictados y para el de derecho en caso de ser proferido²⁶. Aquí, aunque la expedición del decreto reglamentario de los estudios de derecho representaría un cambio, su inconstitucionalidad implicaría un retorno al estado anterior, con lo que se habría modificado todo para, a la postre, no transformar nada.

También, como ya fue adelantado, el Gobierno ha insistido a pesar de la objeción expuesta en las reuniones de consulta con los representantes de la facultades de derecho, en llamar al instrumento de modo pomposo: “Decreto por el cual se establecen los estándares de calidad en programas académicos de pregrado de derecho”, nominación que ya usó en los decretos

nuevo ayudaría bastante, la legislación existente hubiera podido ser base para controlar los casos más penosos.

²⁵ Tampoco debe pensarse que la denominación del decreto como de “estándares de calidad” suple la obligación de escuchar la propuesta previa del CESU, pues el literal d) del mismo artículo 36 señala que es competencia de tal Consejo proponer los “mecanismos para evaluar la calidad académica de las instituciones de Educación Superior y de sus programas.”

²⁶ Los decretos de ingeniería y ciencias de la salud pueden ser consultados en *Estándares mínimos de calidad para la creación y funcionamiento de programas universitarios de pregrado*, Bogotá, ICFES y Ministerio de Educación Nacional, 2001, pp. 79 a 105.

de ingeniería y ciencias de la salud. Sin embargo, esto no es real, el proyecto contempla requisitos para la creación y funcionamiento, incluso mínimos, mas nunca establece estándares o pautas de calidad. Así, por ejemplo, el artículo tercero del proyecto, definido como “información sobre calidad”, exige entre varias cuestiones que la institución de educación superior demuestre la “justificación del programa”, que posee un “cuerpo profesoral” y que cuenta con “personal directivo y administrativo”, etc.²⁷

Tales cuestiones, como en general todas las consignadas en el proyecto de decreto, son presupuestos básicos o elementales para que una institución de educación pueda funcionar, requisitos mínimos que en modo alguno pueden ser interpretados como indicadores de calidad²⁸. Tomando por caso el requisito de la existencia de un cuerpo de profesores, su ausencia tendría que tenerse como muestra de una incapacidad absoluta para educar, mientras que su mera presencia satisface un presupuesto primordial de importancia palmaria, pero no constituye garantía de calidad. En el último evento, tendría que evaluarse con distintos grados de ponderación: la tasa de profesores de tiempo completo y de dedicación parcial por número de estudiantes; la cantidad de profesores con estudios avanzados de postgrado, esto es, graduados en maestría o doctorado; la producción intelectual de los docentes reflejada en libros y artículos de revistas; los premios de investigación otorgados a los profesores; el tiempo de experiencia docente y la formación pedagógica; la participación de los docentes en grupos y centros de investigación activos, lo mismo que en congresos, seminarios u otros espacios académicos nacionales e internacionales; la vinculación de los profesores a asociaciones académicas nacionales e internacionales, lo mismo que su inserción en la comunidad académica; la existencia de estímulos para el trabajo docente del cuerpo de profesores; para el caso específico de derecho y otras disciplinas donde ese agregado es fundamental, la presencia de docentes con una experiencia profesional destacada, etc.

Empero, no se sugiere la adopción de dichos parámetros en el decreto que se tornaría poco elástico. El cuestionamiento apunta a la necesidad de referir el decreto a lo que en realidad contiene: requisitos mínimos de creación y funcionamiento de programas de derecho, para así mismo evitar que la opinión pública sea desorientada con mensajes equívocos, puesto que no es lo mismo que una institución afirme que ha satisfecho unos requisitos mínimos a que declare con desparpajo que cumple con estándares de calidad.

Por su parte, la imposición de un modelo basado en créditos para organizar y calcular la intensidad de las “actividades” y “prácticas” académicas de los estudiantes de derecho, donde se exigiría cursar 160 créditos, que suponen 7.680 horas, ha sido justificada en la necesidad de homologar los estudios de derecho de acuerdo con parámetros

²⁷ “Decreto No. XXX por el cual se establecen los estándares de calidad en programas académicos de pregrado de derecho”, documento inédito (2001).

²⁸ En ese sentido, el decreto y los supuestos teóricos que han sido señalados para fundarlo son incongruentes al referirse a los estándares de calidad, pues se ha sostenido que: “las instituciones de educación superior deben ser conscientes de que los estándares de calidad no son una adecuación a las condiciones mínimas (aunque éstas sean las que se demanden) que muchas instituciones poseen para su funcionamiento”, *Estándares, cit.*, p. 41. Es un contrasentido afirmar que los estándares de calidad no son una adecuación a condiciones mínimas, para en seguida afirmar que esos requisitos mínimos son los que se exigen.

internacionales²⁹. Empero, la justificación es bastante floja: a los estudiantes de postgrado que marchan al exterior les basta presentar su título académico legalizado para ser admitidos en un programa, con lo cual la medida sólo tendría justificación para el reducido número de estudiantes de pregrado que pretendan homologar estudios parciales en el exterior. Un cambio profundo por tan poco beneficio, sobre todo, cuando la institución extranjera puede convertir el número de horas certificadas como cursadas por los créditos que sean equivalentes, de acuerdo con sus propias tablas y criterios. A la par, es discutible si la prescripción en comento atenta contra la autonomía universitaria, en cuyo caso sería inconstitucional.

Sin embargo, la cuestión principal es la muy posible reducción en la duración de los estudios de derecho, hoy convenida en cinco años para los programas diurnos y seis para los nocturnos. Para hacer una comparación con los procedimientos actuales en los programas diurnos, el número de horas acotado ha de ser examinado considerando que los meses académicos suelen ser diez al año, con 1200 horas anuales, producto de seis horas diarias de clases, durante cinco días a la semana, con lo cual debería cursarse la carrera en 6.4 años. Empero, como ya se advirtió, los créditos no sólo comprenden horas de clase, se refieren a “actividades” y “prácticas”, lo que abarca las horas de estudio que en forma hipotética el estudiante empeña en su casa, las horas destinadas a obrar ante los despachos judiciales durante la práctica de consultorio, etc. Tal vez entonces, pueda pensarse que serán ocho las horas diarias que aplicaría el estudiante, durante seis días a la semana, con lo cual haría 1920 horas al año, terminando su carrera en cuatro años, tan exactos que parecen corresponder a una previsión calculada. Todo esto sin contar, que habrá instituciones que aumentarán el número de meses con ocupación académica, tal vez utilizando una organización por trimestres u otra similar, o incrementando el número de horas diarias tasadas en créditos, además siendo laxos para reconocer créditos en actividades individuales del estudiante (con disminución de costos para la institución), con lo que a la postre y con facilidad tendremos abogados en tres años o menos.

La fórmula es demasiado atractiva para las instituciones que ofrecen programas de baja calidad, mismas que pululan, las cuales no desaprovecharían semejante *plus* para competir en el mercado. Es más, la medida puede desatar una auténtica “guerra”, tanto entre instituciones de calidad discutible como entre universidades con prestigio. En el primer evento, como la matrícula obedece al objetivo único de obtener un título y no formación, disminuir en seis meses o en un año la duración de los estudios puede ser definitivo para seleccionar la escuela. En la segunda hipótesis, tratándose de instituciones con un nivel análogo, tres meses de diferencia pueden bastar para inclinar una decisión de matrícula,

²⁹ El Gobierno Nacional ha preparado otro proyecto de decreto sobre créditos, que todavía no ha sido expedido, cuyo artículo tercero acota: “Un Crédito Académico equivale a 48 horas totales de trabajo académico del estudiante, incluidas las horas académicas con acompañamiento directo del docente y las demás horas que el estudiante deba emplear en actividades independientes de estudio, prácticas, preparación de exámenes, u otras que sean necesarias para alcanzar las metas de aprendizaje, sin incluir la destinada a la presentación de los exámenes finales”, al respecto decreto “Por el cual se definen los créditos académicos como medida del trabajo académico”, documento inédito (2001). Es curioso, en países donde se utiliza el sistema de créditos, como España, sólo se reconocen a los cursos impartidos por los docentes, además teniendo como criterio principal para asignarles un valor la importancia cualitativa de las materias y no el número de horas. Es dudoso, entonces, que la homologación internacional sea el fundamento de la medida.

generando una competencia que bajará la calidad. Así que de aprobarse la disposición no tardaremos en ver los avisos que, incluso en pasacalles, ya son comunes, aunque con la consiguiente modificación: “Sea profesional. Estudie derecho en tres años. Amplias facilidades de crédito. Descuentos y rifa de un televisor a los primeros cien inscritos”. En este caso, si habría auténticos cambios, aunque para peor.

El proyecto de decreto también establece que la evaluación de los programas, nuevos o antiguos, será acometida con la intervención del Consejo Nacional de Acreditación, mediando la asistencia de pares académicos, que emitirá concepto para que el ministro de educación nacional, en caso positivo, autorice el “registro calificado del programa” por siete años³⁰. El proyecto de decreto, como también ocurrió con ciencias de la salud e ingeniería, le asigna nuevas competencias al CNA, lo que es inconstitucional, pues las competencias de dicho organismo han sido fijadas por la ley 30 de 1992 (Art. 53), y sus funciones deben ser asignadas por reglamentación definida por el CESU (Art. 54), sin que en este caso haya sido expedido un acuerdo del CESU sobre la materia ni obrado el ente.

En la educación superior nacional ha ocurrido que cuando una institución opera con eficiencia, como ha sucedido con el CNA, la reacción es “colgarle” cuanta competencia sea imaginada, con lo cual se corre el riesgo de desnaturalizar al organismo, distrayéndolo de su competencia esencial cual es la de dirigir el proceso de acreditación de la calidad de los programas académicos e, inclusive, volverlo ineficiente al congestionarlo con solicitudes de registro “calificado” de programas que solamente contando ingenierías, ciencias de la salud y derecho, son varios centenares. Esto, además, quiere decir que el Gobierno Nacional no confía en el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES- organismo que ha obrado como apoyo del Ministerio de Educación en la revisión de solicitudes para la creación de nuevos programas y en las tareas de inspección y vigilancia, lo que significa que el Gobierno desconfía de sí mismo.

Con todo, la mayor preocupación del proyecto de decreto en este aspecto, que ya es una realidad frente a ingeniería y ciencias de la salud, es la enorme confusión que infiltra con relación a la acreditación de los programas académicos, cuestión que de manera unánime fuera planteada por los representantes de las facultades de derecho y de los organismos del sector invitados a las reuniones de consulta. La opinión pública qué diferencia detectará entre la acreditación de la calidad que se reconoce con la intervención principal del CNA, y el registro “calificado” que comprueba el cumplimiento de los “estándares de calidad”, producido también con intervención del CNA. En la actualidad, la Universidad Externado de Colombia recibió como reconocimiento a la calidad del pregrado en derecho la acreditación de su programa por nueve años, a su vez, a la Universidad del Rosario le fue otorgada una acreditación de su calidad por cuatro años, cifra nada despreciable, pues lo ordinario es una acreditación por tres años. En ese estado, frente a los padres de familia y jóvenes aspirantes a estudiar derecho, qué ocurrirá cuando la ya famosa universidad supuesta que aparece en la propaganda de la Comisión Nacional de Televisión afirme que, bastante por encima de la Universidad del Rosario, ha recibido un reconocimiento a su calidad, también de parte del CNA, por siete años. Esos siete años recordarán a las plagas

³⁰ Establecer un registro “calificado” es innecesario, puede ser perjudicial y no tiene sentido, pues es apenas un simple registro.

de Egipto, en la versión bíblica de la leyenda de José, que imperaban cada una por ese mismo período, aunque aquí habría que multiplicarlas por cada programa de derecho de baja calidad y, recordemos, cuantos son en total ya.