

Certezas y Realidades Del Sistema Penal Colombiano Con Tendencia Acusatoria

Katia García Urzola

C.C. 49.719.447

Catherine Gómez Cañón

C.C 1015413605

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Diplomado de Técnicas de Juicio Oral

Tutor: Daniel Barragán

Bogotá

2016

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del derecho penal procedimental que se ha convertido a lo largo de estos años en el epicentro de cambios normativos constantes en nuestro país, de ahí que se pueda afirmar que pasamos de un proceso penal inquisitivo a uno de tendencia oral acusatorio, cuya finalidad fue el respeto por las garantías constitucionales, los derechos humanos y sociales propios del individuo que presuntamente ha menguado su comportamiento social, incurriendo en alguna conducta tipificada en la norma sustancial penal y que conlleva como consecuencia de sus actos, en caso de ser hallado culpable, una pena, bien sea, privativa de la libertad, restricción de derechos políticos y la reparación o indemnización a las posibles víctimas por el daño causado.

Centraremos la discusión en los cambios normativos de la política criminal considerando que aun cuando se trata de respetar esas mismas libertades y garantías constitucionales, el legislador ha ido más allá y de manera contradictoria ha implementado una serie de reformas que en conclusión han terminado por generar una ambigüedad frente a la funcionalidad y efectividad de las medidas adoptadas, partiendo desde el populismo punitivo, las medidas de descongestión carcelaria cuya finalidad era obviamente la descongestión de los centros de reclusión hacinados, en condiciones paupérrimas que atentan contra los derechos humanos de la población reclusa, no obstante que se excluyen de la medida los 43 tipos penales indicados en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, es decir casi la totalidad del código penal, finalizando en rebajas de penas desmesuradas que rayan con la impunidad por preacuerdos y negociaciones al arbitrio del fiscal de conocimiento.

Palabras claves: Derecho penal; garantías constitucionales; populismo punitivo; descongestión judicial; impunidad; preacuerdos; negociaciones.

Abstract

The present work takes as an object the study of the procedural criminal law that has turned throughout these years into the epicenter of normative constant changes into our country, of there that could steady that we happen from a penal inquisitive process to one from oral trend accusatory, whose purpose was the respect for the constitutional rights, the human and social own rights of the individual who allegedly has diminished his social behavior, incurring some conduct typified in the substantial penal norm and that he carries as consequence of his acts, in case of finding culprit, a sorrow, good is, exclusive of the freedom, restriction of constitutional laws and the repair or indemnification to the possible victims for the caused hurt.

We will centre the discussion on the normative changes of the criminal politics thinking that even if it is a question of respecting the same freedoms and constitutional rights, the legislator has gone beyond and in a contradictory way implementing a series of reforms that in conclusion have ended for generating an ambiguity opposite to the functionality and efficiency of the adopted measures, dividing from the punitive populism, the measures of prison decongestion which purpose was obviously the decongestion of the centers of imprisonment heaped, in very poor conditions that commit an outrage against the human rights of the population prisoners, nevertheless that exclude from the measure 43 penal types indicated in the article 68A from the Law 599 of 2000, that is to say almost the totality of the penal code, finishing in reductions of enormous sorrow that border on the impunity for draft agreements and negotiations at the discretion of of the district attorney of knowledge.

Keywords: criminal law; constitutional guarantees; punitive populism; court decongestion; impunity; preliminary agreements; negotiations.

Certezas y realidades del Sistema Penal Colombiano con Tendencia Acusatoria

Introducción

De acuerdo al Proyecto de Acto Reformatorio No 11 de la Constitución Política de Colombia: “Propuesta de Estructura del Sistema Acusatorio” por Londoño (2002): “La introducción del Sistema Penal Acusatorio es quizás una de las reformas más trascendentales que ha adoptado el país en la última década y uno de los esfuerzos de más largo aliento, que han emprendido las entidades y la academia para realizar un ajuste estructural en la justicia colombiana; incluso antes de ser expedido el acto legislativo 03 de 2002, se venía discutiendo desde la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, la idea de generar un cambio de un sistema procesal penal con carácter inquisitivo a uno acusatorio, teniendo en cuenta que el proceso se caracterizaba por ser reservado, escrito, con tarifa legal, los acusados o sindicados no tenían como conocer o controvertir el acervo probatorio, existía el principio de permanencia de la prueba, es decir, que como soporte de las acusaciones y de las sentencias, eran utilizadas las mismas que habían sido recogidas en la etapa de instrucción.

Por lo anterior y en aras de reencausar la función jurisdiccional del Estado en materia penal, que se encontraba afectada por la ineficiencia, la impunidad y la falta de garantías en materia de derechos fundamentales (citado Corporación Excelencia en la Justicia, 2015, p.14), así como de la necesidad de ser consecuentes con las exigencias plasmadas en los tratados internacionales de derechos humanos, el legislador reconoció que una persona únicamente puede ser afectada en sus derechos y libertades, cuando es vencida en un juicio de preferencia oral, público, concentrado, contradictorio, con un juez imparcial, en un escenario donde las partes se encuentren en igualdad de condiciones para llevar al Juez de conocimiento al convencimiento de la verdad material.

En dichas discusiones, se propuso la estructura general de un sistema acusatorio que se sustentará en los principios: independencia de la Fiscalía General de la Nación respecto de la Rama Ejecutiva; monopolio de las funciones de investigación y acusación en cabeza del Fiscal General de la Nación y sus agentes; establecimiento de un procedimiento único para la

investigación y juzgamiento de delitos e igualdad de condiciones entre el ente acusador y la defensa durante todas las etapas del proceso. En consecuencia, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujeron modificaciones a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal.

De tal manera que se diseñó un sistema de tendencia acusatoria, pero sin que pueda afirmarse que el adoptado corresponda a un sistema acusatorio puro; dicha aseveración encuentra respaldo adelantando un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo, que resalta las características propias de nuestro sistema procesal penal, sistemas extranjeros que podrán ser tenidos en cuenta solo como un elemento de apoyo o de conocimiento para la comprensión del nuevo sistema procesal penal.

Esto en consideración a que tal como se indicó anteriormente, el sistema penal colombiano con tendencia acusatoria o a la colombiana como muchos lo denominan, no solo proviene de distintas fuentes sino que además contiene elementos extraños a los modelos continental europeo y angloamericano, tal es el caso de los llamados intervinientes especiales, víctima y ministerio público, que desdibujan la figura piramidal adversarial del uno contra uno, abiertamente antagónicos y que acuden al proceso en igualdad de armas y condiciones, frente a un tercero neutral, ya sea juez de control de garantías o de conocimiento e imparcial encargado de administrar justicia.

No obstante a las adecuaciones y creaciones de intervinientes especiales “a la colombiana” en el sistema penal de tendencia acusatoria, es esencial señalar los avances que en materia de garantías procesales han marcado la diferencia sustancial y fundamental del modelo inquisitivo y escritural anterior, más aun teniendo en cuenta que en este sistema, las partes tienen libertad probatoria, los poderes excesivos del fiscal se ven limitados a la aprobación de un juez de control de garantías cuando se trata de afectar derechos fundamentales del presunto autor o participe en la comisión del delito y de rogar por la justicia en igualdad de condiciones a la defensa técnica y material.

Así las cosas, con el propósito de determinar y evidenciar los cambios introducidos por la Ley 906 de 2004 y sus posteriores reformas al Sistema Procesal Penal Colombiano, en el presente escrito se busca comprender la trascendental distinción entre funcionarios que investigan y acusan, de aquellos a los que corresponde la fase de juzgamiento e identificar el llamado populismo punitivo en contraposición con la justicia premial imperante en el sistema penal colombiano a través de mecanismos como el principio de oportunidad, preacuerdos y negociaciones.

En este orden de ideas, para entender las realidades del sistema penal acusatorio, es necesario considerar las características básicas de los sistemas procesales penales de origen anglosajón y continental europeo que fundamentaron la creación de la Ley 906 de 2004. En cuanto al Sistema Continental Europeo, la tesis sustentada por Pedro Avella (2007), afirma que la Fiscalía hace parte de la rama judicial. Sin embargo, en Alemania, por el contrario, es una autoridad independiente, es decir, no hace parte de la rama ejecutiva ni de la judicial, por tanto su actividad al igual que la del juez, no está orientada a las exigencias de la administración, sino que se encuentra vinculada a los valores jurídicos.

Adicionalmente, Avella define como uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, el principio de la igualdad de armas, encaminado a cerciorar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, “que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”. El juicio está regido por los principios de oralidad, publicidad y celeridad. Así, todo lo que sucede en el proceso, bien sea el interrogatorio del testigo, la producción de la prueba o los alegatos, deben ser llevados a cabo oralmente.

Así mismo para el autor, la etapa de juzgamiento es pública, con determinadas restricciones, con el propósito de consolidar la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia; e igualmente, el juicio se debe llevar a cabo en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta la grave afectación de los derechos fundamentales del sindicado y establece que la efectividad de los medios de prueba disminuye con el transcurso del tiempo. En materia probatoria, se presentan ciertas diferencias entre los sistemas acusatorios de unos y otros

países. En algunas legislaciones, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; mientras que en otros países, no existe una regla de exclusión general y es el juez quien debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba. (P.31-32).

En cuanto al sistema anglosajón, de acuerdo a la tesis planteada por Fandiño, C y Barón E (2014), se trata de un “proceso adversarial o “adversarial system” entre dos partes procesales que se considera se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un acusador, quien pretende demostrar la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. Adicionalmente la tesis mencionada, considera que el Código de Procedimiento Penal de los Estados Unidos prevé la acusación formal (“Indictment”) por el “Gran Jurado” integrado por ciudadanos civiles, propósito con el cual el fiscal presenta evidencia ante el mismo en audiencia reservada. Cuando el Jurado determina que hay causa probable, emite la acusación formal. Con base en el Indictment, el juez o la oficina administrativa de la corte (“Clerk’s Office”), emite la orden de arresto (p.44).

Posteriormente, dentro del término de 15 días se debe realizar una audiencia preliminar o “preliminaryhearing”, con el fin de que el fiscal someta a consideración del juez los cargos que considera suficientes para llevar al ciudadano a juicio. Al término de la audiencia, el Juez decide si el Estado ha demostrado o no prima facie, que existen razones efectivas para considerar al imputado responsable del delito en cuestión, caso contrario ordenará retirar los cargos y ordenará la inmediata libertad de aquél.

En el procedimiento descrito por (Fandiño, C y Barón, E, 2014, p. 45-47): la defensa tiene el derecho a requerirle al fiscal que descubra las pruebas exculpativas, figura conocida como “discovery”, con el propósito de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de armas. De igual manera, el fiscal puede realizar concesiones o “pleabargaining” al sindicado (sic), a cambio de la aceptación de su responsabilidad, lo cual implica renunciar a su derecho a un juicio. Los beneficios suelen consistir en una rebaja de pena o en la imputación de menos cargos. Una vez acordada la negociación debe serle comunicada al juez.

Una característica fundamental de dicho sistema, es la regla contemplada en la VI enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se haya cometido el delito”, este derecho se extiende no sólo al acto del juicio propiamente sino a otras etapas procesales similares a éste. En suma y en palabras de la Corte Constitucional:

La realización de una comparación entre los modelos acusatorios americano y continental europeo evidencia, una vez más, que el nuevo modelo procesal penal colombiano no se adscribe a ninguno de los anteriores sino que por el contrario presenta numerosas e importantes particularidades, que es preciso tener en cuenta al momento de interpretar la Ley 906 de 2004. (Corte Constitucional, 2005)

Es así que mediante la enmienda constitucional o Acto Legislativo 003 de 2002 se buscó la implementación de un sistema oral con amplias garantías constitucionales, inexistentes en el sistema inquisitivo o mixto escritural, la reducción de los poderes desbordados de la Fiscalía General de la Nación a través de los fiscales de instrucción en Ley 600 de 2000, toda vez que este fungía no solo como ente acusador sino que además ejercía funciones jurisdiccionales asimiladas a las funciones del juez de instrucción, dueño absoluto del proceso, por cuanto que poseía la facultad de decretar y practicar pruebas con vocación de permanencia sin presencia de las partes, afectar derechos fundamentales como librar ordenes de captura, imponer medidas de seguridad, afectar los bienes del indiciado o sindicado, manejaba términos judiciales a voluntad o precluía investigación esto hasta la presentación de la resolución de acusación, etapa en la cual el fiscal perdía competencia y el juez asumía el conocimiento del proceso.

Por tanto, la Ley 906 de 2004 surge de la necesidad apremiante de garantizar el debido proceso, el acceso a una administración de justicia en términos de igualdad de condiciones y de armas, con libertad probatoria, con la presunción de inocencia contentiva en el artículo 29 de la norma superior y la posibilidad de ser vencido en un juicio oral, contradictorio y público.

Ahora bien, aun cuando la intención fue evolucionar en la norma punitiva y subjetiva, en Colombia con la implementación y adaptación del sistema penal se suprimió una parte fundamental del sistema anglosajón copiado, esto es, los llamados jurados de conciencia y en contraprestación se dejó inmóvil como apéndice al sistema la figura del Ministerio Público, que no resulta novedoso en el sistema penal teniendo en cuenta que desde la legislación anterior existía y cuya función resulta irrelevante en esta organización piramidal, primero, si se tiene en cuenta que únicamente se habla de dos partes, defensa material – técnica por una parte y del Fiscal de conocimiento por la otra, en igualdad de condiciones, moderados y regulados en términos garantistas por el juez penal con funciones de control de garantías en audiencias preliminares, el juez de conocimiento en etapa de juicio y el juez de ejecución de penas en la etapa posterior al fallo, segundo porque las apreciaciones del ministerio público no son vinculantes para el juez, la no comparecencia al proceso en manera alguna afecta la validez del acto procesal y a diferencia de las victimas el ministerio público constituye una carga para el Estado, costosa e inútil.

No obstante a lo anterior y aun cuando la Ley 906 de 2004 representa una postura más cercana y fehaciente de una constitucionalización del derecho penal con la bandera de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, con el supuesto propósito de descomprimir el sistema judicial; pareciera que el interés del legislador no es hacer vigentes las garantías procesales para el procesado, que emanan de un modelo de derecho penal acusatorio como los descritos anteriormente, sino que tiene propósitos más pragmáticos y políticos que van relacionados con la práctica judicial y celeridad en los trámites procesales que puedan ser reflejados estadísticamente; por tal motivo se hace necesario indagar ¿Cómo se han desarrollado las adaptaciones al Sistema Penal Colombiano desde la implementación del Sistema acusatorio de modelo Anglosajón en la ley 906 de 2004?

Discusión

Tal como se indicó anteriormente, mediante el Acto Legislativo 003 de 2002 se introdujeron modificaciones a los artículos 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia, con el fin de instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia

penal, que implicaba determinar las funciones de la Fiscalía General de la Nación únicamente como ente investigador y acusador, en consideración a que antes de la citada reforma constitucional el sistema penal inquisitivo permitía que el Estado a través de un fiscal con funciones de juez de instrucción adelantara la investigación de la posible conducta delictuosa, de manera oficiosa impusiera medida de aseguramiento, afectara derechos fundamentales, acusara al presunto delincuente sin mayores garantías y juzgara, todo con base en la misma prueba recaudada durante la etapa de instrucción, teniendo en cuenta la vocación de permanencia de los EMP – EF, así las cosas, tanto el procesado como la defensa técnica desconocían el contenido del proceso, los cargos que se le endilgaban al sindicado, las pruebas recaudadas en investigación, hasta que culminaba la diligencia de indagatoria que generalmente iniciaba con el ritual ¿sabe usted el motivo por el cual se encuentra ...? (parafraseo Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2008)

De ahí que la Corte Constitucional indicara “Por las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria” (Corte Constitucional, 2005 M.P Vargas Hernández C. I).

Así las cosas y en virtud del dinamismo que acoge el derecho penal en materia de derechos humanos, sistemas procesales y garantías constitucionales, el constituyente poniéndose a tono con las exigencias plasmadas en tratados internacionales de Derechos Humanos de universal aceptación, reconoció que la persona solamente puede ser declarada judicialmente culpable, en el marco de un “juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y que concibiera el proceso penal como la contienda entre dos sujetos procesales ubicados en el mismo plano de igualdad y con todas las garantías”(Congreso de la República. Gaceta No. 134 de 2002) en otras palabras, el legislador comprendió y acogió el principio de inmediación de la prueba, frente a un funcionario judicial neutral o juez de conocimiento, con ocasión del desarrollo del juicio oral, siendo este el escenario idóneo para que las partes, fiscalía y defensa, en igualdad de condiciones introdujeran sus soportes probatorios de manera pública, concentrada y con la capacidad de ser controvertidas en audiencia, de tal manera que la admisión y práctica de las pruebas se realizara en presencia del juez quien tendría la oportunidad de

conocerlas directamente y valorarlas en conjunto a la hora de dictar su sentencia respecto a la presunta responsabilidad del endilgado.

Por otro lado, el legislador con la reforma no sólo quería fortalecer la función de investigar, sino también implementar un sistema más garantista. Por esto, recalcó la necesidad de tener un juez de control de garantías, encargado de proteger los derechos fundamentales del Indiciado y víctima. (Congreso de la Republica, 2002)

Luego revestía de vital importancia la diferenciación en los roles de cada una de las partes e intervinientes en el proceso penal acusatorio o con tendencia acusatoria, situación que quedo plenamente identificada desde la exposición de motivos del sistema penal acusatorio, en los siguientes términos:

Solamente puede calificarse como proceso acusatorio aquel en el que se encuentran perfectamente diferenciadas las funciones de los intervinientes en la actuación: un juez imparcial que a nombre del Estado evalúa la responsabilidad del acusado con base en las pruebas que son presentadas a su conocimiento de manera pública, oral, concentrada, con plena confrontación y contradicción; un fiscal, que a nombre del Estado ejerce la acción penal a través de la acusación y que como titular de la pretensión punitiva, tiene la obligación de presentar en el juicio las pruebas de cargo adecuadas para desvirtuar la presunción de inocencia; y, una defensa, que en plena igualdad de condiciones con el acusador, representa los intereses del sujeto pasivo de la acción penal.

De ahí que se pueda afirmar que la finalidad del sistema penal colombiano con tendencia acusatoria en principio fue equilibrar las cargas, partiendo de una presunción de inocencia (in dubio pro reo), humanizar el derecho penal, constituyéndose en cimientos garantistas (artículos 29 y 250 de la Norma Constitucional), de los derechos humanos y sociales de los presuntos autores o partícipes de una conducta punible, restarle funciones jurisdiccionales al fiscal, dejándole única y exclusivamente la función de indagación, investigación, recolección de los EMP – EF que luego soportarían su inferencia lógica y razonable sobre la posible comisión del delito y la posible responsabilidad del indiciado, en calidad de autor o partícipe en el hecho punible.

No obstante a lo anterior y aun cuando la Ley 906 de 2004 representa una postura más cercana y fehaciente de una constitucionalización del derecho penal, el legislador ha ido más allá y de manera contradictoria ha implementado una serie de reformas que han terminado por generar una ambigüedad entre la funcionalidad y efectividad de la política criminal concebida como populismo punitivo con banderas de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición que se mueve de acuerdo al ambiente político y a la conmoción mediática del momento, y las salidas alternas con el supuesto propósito de descomprimir el sistema judicial.

Para la comprensión del impacto que han tenido las reformas posteriores a la Ley 906 de 2004, se requiere un análisis de la agenda legislativa más relevante que ha sido utilizada de manera inapropiada como mecanismo bien sea de graduación o dosificación punitiva y los mecanismos alternos de terminación anticipada del proceso penal, a través del principio de oportunidad o preacuerdos y negociaciones con la fiscalía.

Inicialmente, el Congreso de la República profirió la ley 890 de 2004, por medio de la cual se modificó el Código Penal, aumentando las penas para todos los delitos, en una tercera parte respecto del mínimo y la mitad respecto del máximo:

La razón que sustenta tales incrementos (de las penas establecidas en la Ley 599 de 2000, se aclara) está ligada con la adopción de un sistema de rebaja de penas, materia regulada en el Código de Procedimiento Penal, que surge como resultado de la implementación de mecanismos de ‘colaboración’ con la justicia que permitan el desarrollo eficaz de las investigaciones en contra de grupos de delincuencia organizada y, al mismo tiempo, aseguren la imposición de sanciones proporcionales a la naturaleza de los delitos que se castigan (Ponencia para primer debate al Proyecto de ley 01 de 2003 por el cual se modifica la Ley 599 de 2000)

En consecuencia, no es razonable aumentar de forma considerable las penas, para que luego de la negociación las penas impuestas resultaran siendo las mismas que se habían previsto para cada uno de los delitos. Lo anterior va en contravía de uno de los postulados más importantes de un Sistema Penal Acusatorio: el derecho premial, el cual es definido por la profesora española Isabel Sánchez García de Paz, como un “conjunto de normas de atenuación o

remisión de la pena orientadas a premiar las conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculpado” (Op cit Cotom, E. 2015, p.34)

En este sentido, para el caso colombiano, el sistema premial representa un sofisma dado que no corresponde a los postulados que la doctrina determina y representó un engaño institucional para permitir a la Fiscalía un mayor margen de maniobrabilidad al momento de negociar las penas. Posteriormente, se continuaron estableciendo condicionamientos a la justicia premial, a través de promulgación de la Ley 1121 de 2006, con la cual se excluyó a los imputados por delitos de “terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos” y con la Ley 1098 de 2006, se excluyó igualmente a procesados por delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes; lo anterior independiente de sí existiera negociación o allanamiento.

En el año 2007, se expidió la Ley 1153 de 2007 o Ley de pequeñas causas, con la cual se convertían en contravenciones algunas conductas que antes de la entrada en vigencia de la Ley eran consideradas como delitos, definía para ellas un procedimiento expedito, sin intervención del fiscal, con penas consistentes en multa, trabajo social y arresto y planteaba una redistribución de la carga de trabajo de la Fiscalía General de la Nación y por ende le permitía la concentración de su labor de investigación en las formas de criminalidad más complejas. Sin embargo, fue declarada inexecutable a través de la Sentencia C-879 de 2008, puesto que: “otorga facultades jurisdiccionales a particulares sin que la Constitución lo facultara y refunde la investigación y el juzgamiento de los hechos presuntamente delictivos en una sola actuación colocando al juez en el papel de instructor y fallador al mismo tiempo y le atribuye a la Policía Nacional, facultades de policía judicial,” lo cual causó una mayor congestión en el funcionamiento del sistema en su conjunto y un desgaste presupuestal para su graduación.

Así mismo, en el año 2011 la Ley 1453 de 2011: Ley de Seguridad Ciudadana, con la cual se introdujo la flagrancia como factor diferenciador en la concesión de las rebajas punitivas, a través de la siguiente modificación:

Flagrancia. El artículo 301 de la Ley 906 de 2004 quedará así: Artículo 301. Flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando: (...) Parágrafo. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá una $\frac{1}{4}$ parte del beneficio de que trata el artículo 351 del código de procedimiento penal Ley 906 de 2004.

La posición del legislador, resulta por tanto bastante controvertible, toda vez que es evidente que el aparato judicial tiene un mayor desgaste en una instancia como la formulación de imputación, teniendo en cuenta que la Fiscalía debe conseguir los EMP - EF sobre la posible autoría o participación del procesado y ha trazado toda una línea de investigación metodológica para presentar un escrito de acusación en los casos donde no existe flagrancia, lo cual evidencia que en Colombia el acceso a la justicia premiar no está limitada a la economía procesal.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, afirmó que en esos casos existe una mínima economía procesal, por lo que el “premio punitivo” no podría ser mayor, en la Sentencia de Casación del 5 de Septiembre de 2011, Rad. 36.502, M. P. Alfredo Gómez Quintero, haciendo extensiva la restricción a las demás etapas procesales:

(...) los verdaderos sentido y alcance de la restricción de la $\frac{1}{4}$ parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos, bien sea por allanamiento, o por preacuerdo con el Fiscal.

Así mismo, en la sentencia C-645 de 2012, la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011, amparando la interpretación última de la Corte Suprema de Justicia y extendió por vía de interpretación constitucional que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo previsto en la ley

para el estadio procesal del artículo 351 del CPP, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que le es posible al sorprendido en flagrancia allanarse cargos o suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación.

En palabras de Raúl Castaño: “ el argumento se torna inaceptable: como la norma quebranta el principio de igualdad, en lugar de retirarla del ordenamiento, extiende la restricción de la menor rebaja punitiva a todas las etapas procesales en que tengan lugar los eventos de allanamiento y preacuerdo en casos de captura en las enlistadas situaciones de flagrancia, incluso a etapas que el legislador no consideró” (2013,p.185).

Así mismo, Castaño (2013) en un análisis acertado del pronunciamiento de la Corte afirma que queda en evidencia que si los propósitos revelados para la implementación de un sistema penal acusatorio se fundamentaban en la idea de la obtención de una justicia penal pronta y eficaz, sacrificándose fundamentales principios y garantías de los procesados y alentándose el modelo de negociación de la pena para la obtención de procesos sin juicio, el resultado para el día de hoy no puede ser peor: se sacrificaron las garantías procesales, se subordinó el derecho penal sustantivo al proceso y se endurecieron las penas, mientras el sistema penal continúa en la misma crisis institucional, colapsado, con mayor congestión judicial y con iguales resultados frente a la lucha en contra de la criminalidad.

En la mismo año 2011, fue sancionada la Ley 1474 de 2011: el estatuto anticorrupción, con la que se introducen nuevos tipos penales para sancionar las conductas asociadas a la corrupción, lo cual generó un aumento de noticias criminales y la congestión al interior del sistema, así como la necesidad de una justicia especializada.

Posteriormente fue promulgada la Ley 1542 de 2012 la cual fue creada como una garantía de la investigación de presuntos delitos de violencia contra la mujer. Estableció la obligación de adelantar investigación oficiosa de delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, eliminando su carácter de querrelables, una medida que contribuye a la congestión del Sistema ante la imposibilidad de la víctima de retirar la causa penal y que sin embargo fue defendida

como herramienta que contribuye a la lucha contra la violencia de género como forma de derecho penal simbólico (Corporación Excelencia para la Justicia; 2014, p. 109).

En atención a las leyes descritas, se evidencia que en Colombia el populismo punitivo busca generar dentro de la sociedad una conciencia, en la que se vea la pena como método de solución de conflicto y de disminución del delito, en inobservancia de uno de los principios más importantes: *ultima ratio*, el cual es definido asertivamente como: “el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas "formales e informales". Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso” (Carnevali, R. 2008)

En el año 2013, la Ley 1642 de 2013, se otorgan facultades extraordinarias para la reestructuración de la Defensoría del Pueblo. Por medio de la ley mencionada, se evidenció el modelo de gestión de la entidad en crisis, como un intento de adecuar sus funciones a las necesidades insatisfechas del Sistema Penal con tendencia acusatoria y por ende de modernizar y promover la eficiencia y eficacia en su estructura y determinar la fuente de recursos necesarios para atender la demanda de administración judicial cada vez más creciente.

Desafortunadamente, sí bien uno de los principios básicos del sistema acusatorio anglosajón: “es aquel de la “igualdad de armas”, definido anteriormente como aquel encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, en el ordenamiento colombiano es solamente un postulado, porque está demostrado que el desnivel de los intervinientes en el proceso es notorio, representado no sólo en el desequilibrio en los medios de que dispone para acudir un procesado a la administración de justicia a sustentar sus argumentos y defender sus intereses, sino en la desigualdad entre los medios de que dispone éste y lo que dispone el Fiscal o acusador, los cuales son claramente superiores.

Posteriormente, sobrevino la Ley 1709 de 2014, por medio de la cual se reforma el sistema penitenciario y carcelario que no logró plantear una salida asertiva a la crisis

penitenciaria del país y devela los vacíos en la concertación de una política criminal efectiva; lo cual trajo consigo que más de una década posterior a la sentencia T-153 de 1998, se declarara reiteradamente el estado de cosa inconstitucional en las cárceles, donde las reiteradas acciones de tutela de la población carcelaria confluyeron en la posición declarada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-388 del 2013 y Sentencia T-762 de 2015:

“Sin embargo, la evidencia fáctica, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho” (Corte Constitucional, 2013)

De acuerdo a la Corte Constitucional, el estado de cosas inconstitucional se define en la misma sentencia como:

“La figura del Estado de Cosas Inconstitucional, es aquella mediante la cual esta Corte, como otros Tribunales en el mundo, ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Se ha decretado al verificar el desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía”

Ahora bien, sí el nuestro es un sistema procesal de tendencia acusatoria, que tiene por finalidad la negociación y justicia premial, es incoherente que antes de su implementación se aumenten las penas, se hace realicen condicionamientos a la aplicación de principios y beneficios por medio de reformas legislativas que venden la idea que la cárcel es la base de la política criminal en Colombia y es el signo de justicia en la mayoría de encuestas; lo anterior, solo ha traído como consecuencia el alto aumento en la población interna del país, que sobrepasa

en gran medida la capacidad técnica y económica del Estado, que no debe olvidar que aquellos que cumplen sus condenas en establecimientos carcelarios, tienen restringido su derecho a la libertad más no su dignidad humana ni sus derechos fundamentales.

En consecuencia, la política criminal mencionada, de acuerdo a la Sentencia T-762 de 2015: “Debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada. Debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales. Debe ser coherente. Debe estar sustentada en elementos empíricos. Debe ser sostenible. Medición de costos en derechos económicos. Debe proteger los derechos humanos de los presos”.

Conclusiones

En tal sentido, sí bien la idea del legislador al concebir un Sistema Penal Acusatorio fue darle una humanización efectiva al derecho penal, desde la creación del mismo, se hizo evidente la vulneración de principios que sustentan modelos como el descrito; uno de ellos el principio de igualdad de armas: los recursos de la defensa técnica, comparados con la Fiscalía General denotan que la condición económica no sólo afecta la vida social, sino permea la justicia en todos sus ámbitos, lo cual limita gravemente el derecho de defensa del procesado, ya que al comparar la infraestructura física y tecnológica de ambas partes, son equidistantes los recursos con los que se cuenta para debatir la sustentación probatoria de la teoría del caso en juicio, por lo que debe asignarse a la Defensoría del Pueblo un presupuesto superior, que permita la asignación presupuestal efectiva e incremente un talento humano calificado que obtenga todas las garantías laborales para la labor que ejecuta.

Así mismo y como se ha mencionado anteriormente, el populismo punitivo no puede suplir la necesidad de una política criminal que involucre a todas las instituciones que se relacionen con la administración de justicia y aún más ad portas de la justicia transicional que vendrá posteriormente a tomar protagonismo en el derecho penal colombiano y que requerirá de toda la efectividad del sistema en conjunto. Esos cambios normativos en el Código de

Procedimiento Penal han desestabilizado el sistema mismo, no preservan los principios fundamentales del sistema y reflejan un derecho penal desarticulado y coyuntural.

Esa desarticulación entre los objetivos propuestos por el legislador al concebir el sistema penal con tendencia acusatoria y las bases socio-legales incipientes de la política criminal, trajeron como consecuencia una reducción en las garantías del procesado por las múltiples y en algunos casos incoherentes reformas legislativas que deformaron el funcionamiento del derecho penal en Colombia. Lo anterior, debe confluir en la necesidad de la reactivación del Consejo de Política Criminal que tenga espacios de apertura en centros académicos y universidades, con el fin de replantear el derecho penal como preventivo y no represivo y que otorgue un concepto previo en la reforma procesal penal que no puede obedecer a intereses gubernamentales.

Sin embargo, uno de los puntos más preocupantes, es la exposición constante que otorga los medios de comunicación a la justicia, a la impunidad, que en vez de ser complementaria al sistema, ha causado la llamada justicia mediática, la cual presupone la venganza y la cárcel como el significado de la justicia penal. Dicho manejo de la información ha causado no solo la opinión negativa y deficiente del sistema concebido, sino el imperante populismo punitivo y es que sí no genera rating el tratamiento que se le genera al condenado por sus conductas arraigado desde el Sistema Inquisitivo, no podría generarlo ni siquiera la mejor serie de narcotraficantes; porque a diferencia de la ficción genera votos, confianza por parte de la población en un gobernante que lleva los proyectos legislativos con las más altas penas al Congreso de la República y que representa la justicia retributiva.

En este orden de ideas y pese a las falencias presentadas por el Sistema Penal Colombiano, debe resaltarse el avance en materia de garantías procesales de los procesados y la posibilidad de ejercer de manera apropiada el derecho a la defensa judicial y el acceso a la justicia; adicionalmente se han otorgado facultades a la fiscalía para desistir del interés o de la acción penal a partir de la aplicación del principio de oportunidad con el fin de perseguir y sancionar a los cabecillas de bandas criminales organizada, así como de la facultad de pre acordar con el imputado o acusado a cambio de una justicia premiar, se ha fortalecido la justicia restaurativa y se ha incluido efectivamente a las víctimas progresivamente en la acción penal.

REFERENCIAS

- Avella, Pedro (2007). Estructura del Proceso Penal Acusatorio. Fiscalía General de la Nación. .
[On line] Disponible en
<http://www.fiscalia.gov.co/en/wpcontent/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>
- Castaño, Raúl. (2013). El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premiar. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional. Tomado de:
<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/2257/2187>.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia de 1991. Tomado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Colombia, (2016), Código Penal, Bogotá, Legis.
- Colombia, (2016). Código de Procedimiento Penal, Bogotá, Legis.
- Colombia, Congreso de la Republica (2002) “Informe de ponencia para segundo debate al proyecto de Acto Legislativo 012 de 2002 Senado y 237 de 2002 Cámara”

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2004). Acto Legislativo 02 de 2004. “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”. Tomado de:

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 890 de 2004. “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”. Tomado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0890_2004.html

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006. “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Tomado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1121 de 2006. “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”. Tomado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1121_2006.html.

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1153 de 2007. “Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”. Tomado de la

Web: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1153_2007.html

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1453 de 2011. “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”. Recuperado de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1453_2011.html

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1474 de 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y

sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Tomado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1542 de 2012. “Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal”. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48239>

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2013). Ley 1642 de 2013. “Mediante la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias en aplicación del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política”. Tomado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201642%20DEL%202012%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf>.

Colombia, Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1709 de 2014. “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”. Tomado de: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1709_2014.htm

Colombia, Corte Suprema de Justicia. (2011). Sentencia de Casación del 5 de Septiembre de 2011, Rad. 36.502, M. P. Gómez Quintero. A. Bogotá

Colombia, Corte Constitucional. (2005, Junio), “Sentencia C-591 de 2005. M.P. Vargas Hernández C. I., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional. (2008, Septiembre), “Sentencia C-879 de 2008. M.P. Cepeda Espinosa M. J., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional. (2012) Sentencia C-645 de 2012. M.P. Pinilla Pinilla, N. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional. (2013). “Sentencia T-388 de 2013”. M.P. Calle Correa M.V. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional. (2015). “Sentencia T-762 de 2015” M.P. Ortiz Delgado, G. Coto, E. (2014). Análisis Jurídico Y Doctrinario Del Derecho Penal Premiar. Tomado de: <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjcem/2015/07/01/Cotom-Cristian.pdf>

Corporación Excelencia para la Justicia. (2014). Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004 – 2014). Tomado de: http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&Itemid=34

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2008). Principales Transformaciones del Derecho Procesal Penal: Un Análisis Estructural. Imprenta nacional de Colombia. Segunda edición., Bogotá

Fandiño, C & Barón, B. (2014). La incidencia del Principio de Investigación Integral frente al modelo adversarial de partes, implementado con la ley 906 de 2004. Universidad Libre. <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7554/FandinoSilvaConstanza2014.pdf?sequence=1>.