

La constituyente y el proceso penal. Toma de posición en un debate

Álvaro Vargas *

Dócil a la competente invitación (¿o reto?) que epiloga el texto recientemente publicado en esta revista por el distinguido coordinador de la misma¹, he decidido reunir y presentar, aunque solo sea en presurosa síntesis, algunas ideas dispersas y misceláneas, que, sobre los mismos o parecidos temas, he venido últimamente desgranando ante distintos y pacientes auditorios, que han tenido la generosidad de recibirlas con mayoritario interés.

Porque considero, en efecto, que el proceso (entendido como el instrumento del cual se vale la jurisdicción para el ordenado logro de su cometido) constituye una de las mayores e inestimables conquistas de la civilización —paralelamente con la cual ha ido tortuosamente evolucionando, desde lo rudimentario e inferior hacia lo depurado y superior—, no puedo dejar de asumir, y lo hago en estas líneas, el impostergable imperativo ético de llamar públicamente la atención acerca de cómo el progresivo deterioro de que viene haciéndose objeto al proceso penal últimamente en Colombia, con la finalidad —solo aparente y declarada— de adaptarlo a las exigencias derivadas de las nuevas formas de criminalidad, realmente responde al propósito inequívoco —aunque encubierto y silenciado— de reducirlo gradualmente a su mínima expresión, para tornar así superflua e intrascendente, en la práctica, la tarea habitualmente encomendada a la rama jurisdiccional del poder público y acometer acto seguido, entonces

* Exdecano de la facultad de derecho de la Universidad de Medellín y profesor de asignaturas procesales en las universidades Autónoma Latinoamericana y Pontificia Bolivariana de la misma ciudad.

¹ Véanse las páginas 247 y siguientes del ejemplar número 48 de esta misma publicación.

—previa una campaña de desprestigio ya comenzada—, el paulatino desmonte de aquella, con el consecuente peligro que ello entraña para la propia supervivencia del Estado de Derecho, cuyo postulado esencial consiste en la existencia de por lo menos tres ramas que recíprocamente se limitan y controlan.

Adelantadas ya, en el párrafo precedente, las ideas en torno a las cuales habrá de girar el presente escrito, cumple demostrar ahora cómo, a veces con la aquiescencia previa de las cámaras legislativas y casi siempre con el aval posterior de la Honorable Corte Suprema de Justicia, el poder ejecutivo en Colombia ha venido poco a poco demoliendo el proceso penal como método civilizado de juzgamiento, hasta transformarlo prácticamente en un mero instrumento de punición, acudiendo para ello al mecanismo de los decretos-leyes expedidos en ejercicio de facultades *pro tempore* recibidas del Congreso², o utilizando el recurso —mucho más expedito y siempre a mano— de los decretos legislativos dictados al amparo del régimen de excepción inherente a la declaratoria del “estado de sitio”³.

Ahora bien, circunscribiendo el análisis a los acontecimientos más recientes, fácil es advertir cómo el prealudido designio de aniquilar al proceso penal, por la vía de la minimización, ha utilizado alternativamente para manifestarse dos distintas estrategias, consistentes, por una parte, en desarticular su estructura para ajustarla a modelos cada vez más autoritarios y, por otra, en impedir u obstaculizar la intervención en él de aquellos sujetos procesales más refractarios al autoritarismo, que son, indiscutiblemente, los juzgadores no profesionales y el defensor.

Para ilustrar la primera estrategia resultan suficientes, entre otros muchos, los siguientes dos ejemplos: en primer lugar, la gradual eliminación de la tradicional división del proceso penal en dos grandes etapas —la del sumario (de carácter esencialmente fáctico-probatorio) y la del juicio (de carácter esencialmente jurídico-valorativo)—, cuya finalidad no es otra que la de reducirlo a una sola, precisamente la del sumario, que, merced a su connatural afinidad con el sistema inquisitivo, constituye justamente el escenario más apropiado para la entronización del autoritarismo procesal⁴. En segundo lugar, la transformación de la acusación —otrora inamovible centro de gravedad y verdadera “ley del proceso”— en algo esencialmente móvil y provisional, susceptible de tantas cuantas modificaciones y rectificaciones tenga a bien introducirle el juzgador, con el evidente riesgo que dicha falta de certeza entraña para el adecuado ejercicio del derecho de defensa⁵.

Diáfana se torna, por otro lado, la segunda de las estrategias mencionadas con antelación, si se reflexiona con algún detenimiento en la forma ciertamente insólita como el ejecutivo-legislador, con fundamento en una ley de facultades que solo lo autorizaba (en lo pertinente) para “simplificar el trámite de los procesos

² Véase el ord. 12 del art. 76 de la Constitución Nacional.

³ Véase el art. 121 *ibídem*.

⁴ Mientras que los arts. 474 y siguientes del Código de Procedimiento Penal anticipan esta estrategia, los arts. 39 y siguientes del decreto 180 de 1988 la desarrollan hasta sus últimas consecuencias.

⁵ Véanse los arts. 470-3, 501 y 502 del Código de Procedimiento Penal, modificados por los arts. 32 y 33 del decreto 1861 de 1989.

judiciales y ajustarlo a la informática y a las técnicas modernas”⁶, resolvió excluir de los procesos penales al jurado de conciencia⁷, no obstante que, por constituir la materialización de una cierta concepción política en la esfera del juzgamiento, la eliminación del mismo implicaba la adopción de una decisión jurídico-política de singular trascendencia, con incidencia directa sobre la estructura misma del proceso e imposible de justificar, por ello mismo, dentro del contexto de una reforma supuestamente concebida para agilizar el procedimiento. Claro está que, al eco de una campaña de descrédito muy similar a la que hoy agravia a la rama jurisdiccional, el desmonte del jurado había comenzado desde hacía mucho tiempo, hasta el extremo de que, en sus últimos días, solo se le convocaba para juzgar algunos casos de homicidio, pero tan cercenada se hallaba su capacidad de decisión, que únicamente se le permitía expresar su veredicto mediante un lacónico “sí” o “no”⁸, olvidando que quien estaba legitimado para afirmar o negar íntegramente la responsabilidad, con mayor razón debía estarlo para atenuarla o disminuirla.

Para el defensor, por su parte, como el otro blanco de la segunda estrategia al comienzo señalada, el viacrucis —que aún no termina— se inició cuando el Código de Procedimiento penal de 1987 (después de amenazarlo a diestro y siniestro con toda suerte de severas sanciones disciplinarias por casi todo cuanto haga o deje de hacer en el proceso) autorizó al juez para impedirle conocer el contenido de ciertos autos⁹ —con flagrante violación del principio rector de la publicidad consagrado en la propia portada del mismo Código—¹⁰, abriendo así una falsa compuerta que condujo prontamente a la prohibición de expedirle copias del expediente¹¹ y a la pesadilla del testigo secreto, actualmente vigentes en los asuntos de competencia de la jurisdicción especial de orden público.

Naturalmente, todo cuanto antecede —que es apenas una pequeña muestra de un prolijo inventario de desafueros todavía por elaborar— ha podido ser puesto en obra, porque el verdadero designio que guía la empresa reformadora del ejecutivo (que no es otro que el de acabar con el proceso y tras él, por sustracción de materia, con la rama jurisdiccional que lo maneja) ha permanecido siempre oculto, tras la prédica oficial de que se trata, simplemente, de enfrentar con eficacia el multiforme espectro de la delincuencia. Como es obvio que dicha argumentación envuelve un escurridizo sofisma, aún no detectado por la mayor parte de la judicatura pero sí prohijado y hasta difundido por algún sector académico o profesoral, imperativo resulta, entonces, colocar cuanto antes las cosas en orden, pues ni la rama jurisdiccional

⁶ Véase el literal E del art. 1° de la ley 30 de 1987.

⁷ Véase el art. 37 del decreto 1861 de 1989, que derogó expresamente, entre otros, los arts. 504 a 534 del Código de Procedimiento Penal, relativos, precisamente, al “juicio con intervención de jurado de conciencia”.

⁸ Véase el art. 531 del Código de Procedimiento Penal.

⁹ Véase el art. 367, *ibídem*.

¹⁰ Véase el art. 9°, *ibídem*.

¹¹ Véase el art. 1° del decreto 344 de 1989.

¹² Véase el art. 1° del decreto 1191 de 1990.

nal tiene como misión institucional la de combatir a la delincuencia, ni el proceso penal puede sensatamente considerarse como un arma o instrumento de combate.

Efectivamente, la lucha contra la delincuencia organizada o desorganizada, como fenómeno que entraña un sistemático desconocimiento de los imperativos penales que describen y sancionan los delitos, constituye, indiscutiblemente, una de las tareas prioritarias del poder ejecutivo en Colombia, a todas luces comprendida dentro del espíritu y la letra del ordinal 2° del art. 120 de la Constitución Nacional, motivo por el cual mal puede aquel, entonces, sustraerse al cumplimiento de la misma y desplazar toda la responsabilidad —como ha venido haciéndolo últimamente— hacia la rama jurisdiccional, a cambio de contraprestaciones tan discutibles como la de trasladar los despachos y las residencias de los jueces a las edificaciones mejor custodiadas de las fuerzas armadas, la de dotarlos de armas, chalecos, automóviles y guardias de seguridad y la de mantener en reserva su identidad.

Esclarecido, empero, el sofisma anterior y colocadas nuevamente las cosas en su lugar, perfectamente claro debe quedar, entonces, que el verdadero cometido de la rama jurisdiccional no es ni puede ser otro, en lo que a la esfera penal concierne, que el de sancionar, previo el adelantamiento de un auténtico y civilizado proceso, los eventos concretos y plenamente demostrados de infracción a los preceptos penales, actuando siempre, en consecuencia, caso por caso o por vía particular, pero jamás por vía general, como debe o debería hacerlo, precisamente, el poder ejecutivo. Siendo ello así, es obvio que, para el adecuado desempeño de las tareas que le son propias, la rama jurisdiccional requiere de una permanente y estrecha colaboración por parte de las otras ramas del poder público, especialmente de la ejecutiva, pero dicha colaboración no puede consistir, naturalmente, en suplantarla o en eliminarla, ni tampoco en encarcelar a los jueces en las guarniciones militares, en disfrazarlos de “Michines”¹³ o en negarlos como personas, arrebatándoles su identidad.

No obstante la meridiana claridad de lo que antecede, como el equívoco a partir del cual espiga el prealudido sofisma continúa todavía encubierto, sobre él ha comenzado a girar, por supuesto, todo aquel vasto catálogo de reformas que, en lo atinente al servicio público de la administración de justicia, agota el contenido del acuerdo suscrito, el día 23 de agosto último, por los representantes de los distintos partidos y movimientos políticos de derecha e izquierda, cuyos términos deben considerarse, por lo menos, como una primera propuesta sobre el particular, destinada a conquistar el favor —con elevadas probabilidades de éxito— de la futura Asamblea Nacional Constituyente. He aquí, en efecto, cómo se utiliza el sofisma en mención, para encabezar el texto del apartado 2.1 del acuerdo político recién mencionado: “Posibilidad de dotar a la rama jurisdiccional y al ministerio público de los instrumentos jurídicos necesarios para *hacer frente* al terrorismo y a la criminalidad organizada...” (las subrayas, obviamente, no pertenecen al texto).

Una vez adelantado el sofisma, el plurinombrado acuerdo político desarrolla, acto seguido —pero siempre con base en aquel—, los lineamientos generales de

la reforma, prosiguiendo la tarea (ya comenzada por el ejecutivo) de aniquilar al proceso penal, pulverizando lo poco que todavía subsiste de su antigua estructura y empobreciendo aún más la minusválida condición del defensor, mediante la inversión de la carga de la prueba, la definitiva institucionalización de los testigos y de los jueces secretos y, sobre todo, abriéndole campo (según reza el apartado 2.5 del pacto) a la “posibilidad de consagración del principio de democratización del acceso a la justicia y de delegar en la ley la facultad de *determinar los casos en los cuales los ciudadanos requieren representación profesional* y la manera de asegurar la efectividad de este principio”, mediante la cual lo que realmente se pretende es eliminar de una vez al defensor del proceso penal, para que, prevalido de un remedo de proceso como autoritario instrumento de punición, pueda por fin el Estado omnipotente, sin el estorbo de nadie, ajusticiar eficazmente a sus súbditos, presumidos desde el comienzo responsables.

Sin embargo, como quiera que tras el abierto ataque al proceso subyace el encubierto pero inequívoco designio de desmontar paulatinamente a la rama jurisdiccional y, con ella, al Estado de Derecho, los suscriptores del acuerdo político que se comenta no podían, lógicamente, excusarse de acometer de una vez tan urgente tarea, y fue así como —en los apartados 2.3 y 2.6 del pacto— le dieron vía libre a la administrativización de la justicia (que implica, obviamente, la supresión de la rama jurisdiccional), en los siguientes términos: “Posibilidad de radicar la dirección de la investigación criminal en cabeza del Ejecutivo *para quitarle el carácter exclusivamente judicial a dicha actividad*, con el fin de colaborar con la Rama Judicial”. “Posibilidad de reformar el artículo 58 de la Constitución Política *para permitir que entidades o autoridades administrativas puedan cumplir funciones judiciales*, bajo control de los jueces”. ¡Para “colaborar”, pues, con la rama jurisdiccional —la menor y más desvalida hermana de las tres que comparten el poder público— la rama ejecutiva —su prepotente hermana mayor— ha resuelto descaradamente suplantarla y, por ende, eliminarla! ¿No es acaso asombroso el parecido existente entre esta singular forma de “colaboración” y aquel fragmento del cuento de Capucita Roja, en el cual el lobo feroz, disfrazado de abuelita y acosado por las preguntas de la niña, termina por confesarle que su descomunal bocaza habrá de servirle “para comérsela mejor”?

Es más: puesto que para lograr el efectivo desmantelamiento de la rama jurisdiccional cualquier estrategia es válida, simultáneamente con la administrativización de la justicia, en el apartado 2.4 del pacto se propone, como alternativa adicional, la “Posibilidad de establecer, en los términos que señale la ley, la institución de «Jueces de Paz», quienes *fallarán en equidad*, y podrán ser *designados con la participación de la comunidad*”. Naturalmente, por tratarse de juzgadores legos escogidos por elección popular, dichos “jueces” serán ajenos a la rama jurisdiccional (y, en consecuencia, también la sustituirán), con el agravante de que sus decisiones, por ser adoptadas “en equidad”, no admitirán recurso alguno, pues aquel personal sentimiento de justicia en que consiste la equidad es por naturaleza refractario a cualquier control externo.

¹³ Aludo al célebre personaje del conocidísimo poema infantil de Rafael Pombo.

Persuadido de que todo lo hasta aquí expuesto ha resultado suficiente para ilustrar las dos o tres ideas generales anticipadas desde el comienzo, llegada considero la hora de colocarle punto final a estas líneas, que suscribo, coincidentalmente, por la época en que se cumple el quinto aniversario¹⁴ de aquel aciago episodio que socavó los cimientos del Estado de Derecho en Colombia, al silenciar a sangre y fuego las voces de algunos de los más preclaros miembros de la rama jurisdiccional, cuya memoria espero que este escrito contribuya en alguna medida a honrar.

Entretanto, colocado ahora sí en sus verdaderos terrenos, que prosiga, entonces, el debate en torno a lo que deben ser el proceso, la rama jurisdiccional y el Estado de Derecho en la nueva Constitución, pues hay urgencia de escuchar dentro de él no solamente a los disertos juristas que han asesorado últimamente al ejecutivo en su tarea de legislar en materia penal, sino, también, a los distinguidos dirigentes de la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados Judiciales, quienes, a raíz de su encariñamiento con la letra menuda de las reivindicaciones gremiales a corto plazo, se hallan en inminente peligro de llegar tarde a las exequias de la rama jurisdiccional, no obstante que por ella vienen hace rato doblando las campanas.

Medellín, noviembre de 1990.

¹⁴ Recuérdese que el holocausto del Palacio de Justicia tuvo lugar en la ciudad de Bogotá, entre los días 6 y 7 de noviembre de 1985.