

# **El sistema penal acusatorio como comunicación universal y como parte del proceso de construcción de una cultura jurídica en Colombia, basada en el respeto de los derechos humanos\***

**The penal accuse system as a universal communication and as a part of the construction process of a legal culture in Colombia, based on the respect of human rights**

*William Parra\*\**

Fecha recibido: 02/04/09  
Fecha aceptado: 04/08/09

## **Resumen**

La implementación del Sistema Penal Acusatorio (SPA) por un lado, deviene de los principios de la ideología procesal o, de la preocupación porque este sistema sea justo, sea un debido proceso, consecuente con la consolidación universal del respeto de los derechos humanos y los derechos fundamentales y, con las responsabilidades por la institucionalización y materialización de estos derechos que

---

\* Este artículo constituye una revisión sobre el Sistema Penal Acusatorio (SPA) y su incidencia en la construcción y consolidación de la cultura jurídica en Colombia, la cual, está asociada a la materialización del respeto universal de los Derechos Humanos.

\*\* Candidato a Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [williamj.parra@gmail.com](mailto:williamj.parra@gmail.com)

tiene el Estado. Por otro lado, está la necesidad pragmática de dotar al sistema de la justicia penal de la eficiencia necesaria para que pueda responder oportunamente con decisiones judiciales, ante el incremento vertiginoso del volumen de casos y de conflictos sociales con consecuencias penales. En suma, tanto los factores pragmáticos como ideológicos, son complementarios en la construcción de un sistema más consecuente con los derechos y garantías de los ciudadanos y personas usuarias del sistema procesal penal en Colombia.

### **Palabras clave**

Comunicación, derechos humanos y derechos fundamentales, debido proceso, sistema penal acusatorio, sistema universal y teoría de sistemas.

### **Abstract**

The implementation of the penal accuse system (Sistema Penal Acusatorio – SPA) comes from the the principles of the procesal ideology or, from the concern for the system to be fair, in its right process, consistent with the universal consolidation of the respect of human rights and the basic rights; also with the responsibilities for the establishment and materialization of these rights that the State has.

On the other hand, there is the pragmatic need to endowing the system of penal justice with the judicial need, so it can respond timely with judicial decisions, according to the increment of the massive cases and social conflicts with penal consequences. In a Word, both the pragmatic and ideological facts, are complementary in the construction of a system that is even more consistent with rights and warranties of citizens and users of the penal accuse system in Colombia.

### **Key words**

Communication, human rights and basic rights, right process, penal accuse system, universal system and systems of theory.

## **Introducción**

El estudio del sistema penal y, más exactamente, de la reforma e implementación del sistema de procedimiento penal acusatorio, no puede ser indiferente con el estudio de la sociedad concreta en la cual este sistema realiza sus funciones. Lo que quiere decir, que el sistema penal es parte de la cultura social y jurídica y, con ello, de la manera en que la sociedad colombiana concibe, crea, interpreta y aplica el derecho y el concepto de justicia en un momento histórico determinado. A pesar de las contradicciones que presenta la sociedad colombiana, son innegables los esfuerzos que se realizan todos los días para que se materialice e institucionalice en los sistemas, lo que inició en la filosofía del derecho, lo que inicio con la utopía y el ideal universal del respeto de los derechos humanos.

Las reformas procesales que tienen como fin la implementación y consolidación de las instituciones y los principios del SPA en nuestro país, hacen parte de lo que ha sido descrito como la materialización de las relaciones sociales en la sociedad mundo y la globalización del derecho. Por un lado, está la globalización del derecho penal constitucional, en cuya base se encuentra como referencia, mas no como absoluto, el respeto y la garantía de los derechos humanos y de la dignidad humana. Así lo plantean algunos autores, quienes consideran que los derechos fundamentales, entre ellos la dignidad humana son objeto de ponderación por parte del juez en el proceso penal (Zapatero 2000 & Wolter, 2005). Por lo que la progresiva globalización de las normas penales, entre ellas las del debido proceso penal, hace parte de la creciente construcción de un sistema jurídico constitucional universal basado en el respeto de los derechos fundamentales y en la dignidad de la persona, la cual es la fuente del derecho universal. Por otro lado, la necesidad de implementar este sistema, se basa en principios que tienen una connotación efficientista y pragmática, pero a la vez garantista, como la celeridad, la transparencia,

la oralidad, la concentración, la inmediación y la publicidad. Son principios propios de la práctica judicial del sistema anglosajón que han ido adquiriendo aplicación en el sistema europeo del cual es heredera la tradición penal colombiana.

Desde la implementación de este sistema, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, han venido afinando el sistema para que los principios de la parte pragmática, práctica y eficiente, no entre en franca contradicción el respeto de los derechos y garantías de los participantes en el proceso penal. El análisis de esta relación entre la eficacia y las garantías se ha centrado en el elemento esencial de toda sociedad, es decir, la comunicación, más bien: cómo se desarrolla la comunicación dentro del proceso penal.

Sin embargo, la mayoría de estudios han centrado sus esfuerzos en la oralidad, la argumentación y la interacción, según estos análisis, son las personas mediante el uso del lenguaje y la comprensión, las que desarrollan los principios y normas procesales del nuevo SPA (Marrero, 2006). Esta reflexión, presenta la comunicación en el sistema penal acusatorio, no solamente como un asunto entre las personas, o sea, basado en la interactividad y la oralidad, tampoco como un mero ejercicio y práctica argumentativa, sino que, siguiendo a Luhmann, la comunicación es elaborada principalmente por el sistema penal (Luhmann, 1998). Es el sistema el que toma decisiones basado en su propio código y comunica decisiones basado en programas de decisión que construye autónomamente con base en sus propios criterios normativos. En esta medida, no puede afirmarse que el respeto de los derechos fundamentales en el SPA dependa de la razón, de la buena voluntad, del entendimiento, de la comprensión y el consenso construido o imposibilitado entre las partes. La institucionalización y la realización del respeto de los derechos fundamentales, por ejemplo, de la víctima o el imputado, sobre todo, han dependido del propio sistema, por ejemplo, cuando éste comunica

decisiones consecuentes con esta parte ideológica como con el lado pragmático que contiene los intereses de la víctima y el imputado.

La diferencia entre el viejo sistema inquisitivo y el SPA (ley 906 de 2004), radica en que el sistema flexibiliza su código mediante un mayor repertorio de programas de decisión. Por ejemplo, el fortalecimiento de las posibilidades de la participación de la víctima en la comunicación efectuada en el proceso penal, debe superar el análisis basado en la comunicación oral e interactiva para trasladarse y complementarse con la perspectiva sistémica moderna basada en la programación al interior del sistema de las decisiones de las que puede hacer uso la víctima. Por ejemplo, participar directamente en las negociaciones y acuerdos que se construyan entre el imputado y la fiscalía.

Por lo tanto, esta perspectiva sistémica de la comunicación aunque no ignora la oralidad y lo interactivo, no considera que estos sean los elementos que dan contenido a la comunicación que se desarrolla en el SPA, sino que acogiendo la teoría de sistemas, afirmamos que: los sistemas son los que comunican las decisiones y otorgan posibilidades a las partes para que expongan sus intereses de manera coherente con una decisión ya programada al interior del sistema. Esta perspectiva libera al sistema de que la comunicación y la toma de decisiones en materia penal estén orientadas por la subjetividad de las personas o por el mero uso de la retórica o la persuasión emotiva o dialógica y, con ello, de la capacidad y querer personal sobre el respeto de los derechos y garantías fundamentales y la eficacia y celeridad del sistema.

## **Contexto social universal**

Hoy en día, los derechos humanos son más que una promesa heredada del idealismo universal ilustrado, los principios de los derechos humanos han pasado a ser exigencias concretas para que en

todos los ordenamientos sociales y estatales, especialmente en los sistemas jurídico, político y económico, se desarrollen y apliquen los principios y normas que materializan y hacen realidad el respeto de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona. Esto implica, que los derechos de las personas deben ser una práctica social e institucional que hace posible la realización del Estado Social Democrático y de Derecho. Esta materialización universal de los derechos humanos, implica una construcción paralela de la universalización de los deberes y de las responsabilidades por las graves violaciones de los derechos humanos y los derechos fundamentales, tanto del Estado como de los particulares como lo afirman las investigaciones modernas. Entre ellas (julio 2000), afirma que uno de los desarrollos más importantes de la tutela tiene que ver con el control de los poderes privados que pueden afectar los derechos fundamentales. Los más recientes estudios nos dicen que en la sociedad universal, los poderes privados corporativos alcanzan una mayor dimensión que los poderes estatales nacionales, por esto, es necesario su control o articulación con los principios del Estado social democrático y de derecho y, más exactamente, con los derechos fundamentales de las personas (Kreide, Arango, Pogge, Cortes, 2007).

Por ello, en la medida en que se consolida la sociedad mundo todas las conductas contrarias y lesivas de los derechos humanos y fundamentales y de la dignidad de la persona, trascienden los ámbitos nacionales para insertarse en una verdadera universalización. Como lo afirma (Arango, 2004), deben universalizarse tanto de los deberes y responsabilidades por la infracción de las normas de carácter negativo (no dañar), como en el sentido positivo (deber institucional de hacer), por ejemplo, prestacional en el caso de los derechos sociales. (Pogge, 2007)

Siguiendo a (Alexy, 2004), las investigaciones deben enfocarse en la institucionalización de los derechos humanos como derechos fundamentales y sociales en el modelo del Estado social de Derecho,

dicha positivización de los derechos humanos como fundamentales consiste en su exigibilidad ante el juez y en la instauración de herramientas y mecanismos jurídicos y políticos para su protección. A continuación, veremos el esfuerzo que realizan los sistemas e instituciones colombianas para ajustarse, pese a las especiales condiciones, a las directrices universales diseñadas para el respeto de los derechos humanos, no sólo en materia penal y procesal penal, sino también en materia de derechos sociales.

- La universalización de los derechos sociales, como derechos humanos universales, viene siendo objeto de múltiples reflexiones que desbordan y cuestionan la tradicional fundamentación filosófica ideal y utópica de los derechos humanos. Iglesias, critica que resulta más cómodo para los teóricos y filósofos de esta sociedad occidental, desarrollar una fundamentación más moral que una fundamentación propiamente institucional que conlleva a ajustes profundos a escala universal para el logro efectivo de los derechos fundamentales y sociales. Principalmente, se cuestiona que los logros y la evolución material de los derechos humanos como derechos sociales en sociedades avanzadas, se ha logrado gracias a que la misma lógica con que operan los sistemas que respaldan estos logros, por ejemplo, la economía impuesta por las instituciones económicas supranacionales como el Banco Mundial o el Fondo Económico, han ocasionado grave deterioro e inequidades que son perjudiciales para el logro de las condiciones mínimas de los derechos humanos en las sociedades pobres (Iglesias y otros, 2001).

La esencia del problema está en la respuesta que han venido elaborando los filósofos sobre la institucionalización efectiva de los derechos humanos como derechos fundamentales y como derechos sociales y, en última instancia, sobre las posibilidades de la realización de los derechos humanos en las sociedades pobres y condicionadas funcionalmente. En análisis de algunas

sentencias como: la C955/2000, la C136/99, la C815/99, la C481/99, se muestra cómo en Colombia, la corte constitucional más allá de cuestionar el modelo económico liberal, viene tomando decisiones para que se concilie el modelo económico basado en la libertad de empresa y en la economía de mercado, con el modelo de sociedad del Estado social democrático y de derecho, que exige responsabilidades sociales a la empresa en el logro de los derechos sociales de los colombianos (Arango 2004; Correa, 2008),

- En el caso de la universalización de las normas penales, el problema concreto está en el desarrollo del conflicto armado, sobre todo ha resultado problemático realizar una adecuada exigencia de las responsabilidades estatales frente a aquellas normas que consagran los deberes de no dañar y las responsabilidades y los deberes especiales (como garantes) que tienen las instituciones y los servidores públicos. Por esto, en Colombia, la aplicación del DIH o las normas internacionales de los conflictos encaminadas a lograr el respeto por las personas y bienes protegidos, las normas de limitación de los medios de guerra, no han sido aplicadas por los jueces y fiscales, por lo que se presenta una paradójica situación en Colombia.

Sin embargo, en la última década, la investigación efectiva y el juzgamiento de los responsables por los delitos internacionales, se aplica con severidad en la justicia ordinaria, exclusivamente a los servidores públicos. Pero, por otro lado, ya sea por ausencia de presión, por ejemplo, mediática, política y jurídica, no se habla de la responsabilidad por estos crímenes de los miembros de la organización armada al margen de la ley. Al respecto se puede ver un ejemplo en el caso Machuca, donde la destrucción del pueblo, la muerte de más de 100 personas, las lesiones y mutilaciones de otras tantas, fue valorada por el tribunal de Antioquia como un acto de rebelión o delito político. Uno de

los problemas para que se aclaren las responsabilidades por la lesión de los derechos fundamentales, dentro del conflicto armado colombiano, es que sobre todo la academia y parte de la justicia colombiana todavía justifica el terror como una forma de expresión política. Aponte, considera que en Colombia la aplicación del derecho penal internacional, consagrado en el código penal (Ley 599 de 2000) y caracterizado por ser más severo, apenas empieza a ser aplicado: tanto por fiscales en la investigación e imputación, como por jueces y tribunales dentro del proceso penal (Aponte, 2005).

Ante este complejo escenario, la justicia colombiana, apenas se viene ajustando, cuando tiene que aplicar las normas internacionales, por ejemplo, las consagradas en el sistema penal como DIH, lo que implica enormes esfuerzos en materia de investigación, como de interpretación de la ley penal en concordancia con las reglas internacionales de los conflictos. La entrada en vigor de la Corte Penal Internacional en noviembre de 2009. Según Ambos, es un medio de presión para los sistemas de justicia nacional, es flexible, y, sobre todo, va encaminado a que se apliquen las sanciones y responsabilidades a las cúpulas y superiores jerárquicos de organizaciones que cometan los más graves delitos internacionales (Ambos, 2005).

En la aplicación de la justicia penal universal, la investigación e imputación de delitos asociados al DIH, dentro del desarrollo del debido proceso penal, es una forma de comunicar que por duras que sean estas penas, por ejemplo, para los servidores públicos cuando cometen asesinato en persona protegida contra civiles, contra el enemigo herido, es que este es un Estado legítimo, que busca que se consolide la paz y el conflicto no se degrade aceptando como válido cualquier medio de guerra. Otro de los ejemplos sobre la consolidación de un Estado legítimo está asociado a que los Estados ya no tienen la potestad

de penalizar o no penalizar las conductas que atentan contra los derechos de los ciudadanos, aún cuando se buscan objetivos políticos y legítimos como la paz y la reconciliación. Esta aplicación básica del Derecho penal, es consecuente con los postulados del tratado de Roma ya que la reciente aprobación significa un “nuevo límite de la soberanía estatal a favor del individuo, concretamente, que la política criminal y legislativa de los estados disminuye, pues aquellos que ratifiquen este tratado deben tipificar en su legislación interna las conductas que el Estatuto considera crímenes internacionales. Por su parte, la autonomía judicial también se reduce, pues si las jurisdicciones internas no cumplen con su obligación de investigar y sancionar adecuadamente estos crímenes, la Corte Penal Internacional podrá adquirir competencia y remediar esta omisión (Montealegre, 1999). Lo cual quiere decir que en Colombia “tanto en las relaciones negativas como en las positivas existen mandatos y prohibiciones; dicho de otro modo: hay mandatos dirigidos a todos” (Jakobs, 2001; Perdomo, 2005).

- Tradicionalmente, uno de los problemas y obstáculos más grandes para la consolidación de la universalización de los derechos humanos o el respeto efectivo de los derechos fundamentales de las personas a nivel mundo, son las prácticas culturales diversas a las culturas occidentales, sobre todo las culturas ancestrales y tradicionales. La cultura universal de los derechos fundamentales de la persona como categoría política, jurídica, económica y social incuestionable, propende porque en el desarrollo de las relaciones sociales y en el tratamiento de los conflictos sociales no se desconozcan dichos imperativos universales bajo excusas ideológicas, morales, sociales o funcionales. Luño, Afirma que “en nombre de la universalidad no se puede imponer coactivamente un modelo político cultural eurocéntrico” (Luño, 2002), de igual manera otros estudios, consideran crucial que

las personas lleguen a sentir el deber moral general de acatar en principio las leyes (aún las que afectan sus intereses) Las fuerzas reguladoras sumadas de ley, moral y cultura son las que creemos que pueden producir convivencia. (Mockus, 2003)

En este sentido Colombia, es un ejemplo, sobre cómo se puede reconciliar el respeto por la diversidad cultural con el respeto de los derechos humanos, sin que entren en conflicto las jurisdicciones especiales con la práctica normativa y política más generalizada. La Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos ha admitido la procedencia de ciertos castigos físicos en las comunidades indígenas, como el cepo (Sentencia T-349 de 1996) o los fuetazos (Sentencia T-523 de 1997), siempre y cuando estos se desarrollen dentro de ciertos contextos culturales que los justifican. Así, en relación con el fuede aplicado por la comunidad Paez, la Corte concluyó que la medida era válida, no sólo porque “el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo” sino además, por cuanto ese castigo no representa una pena degradante que “humille al individuo (Uprimny, Uprimny y Parra, 2006). De igual manera, en el caso de la oblación del clítoris de las mujeres de la comunidad Embera-Chami, por constituir una práctica riesgosa y lesiva de los derechos de las mujeres, las autoridades de la comunidad se han comprometido autónomamente y públicamente a erradicar esta práctica.

De aquí, que la progresiva consolidación de una cultura jurídica universal basada en las garantías y la dignidad de la persona no supone una imposición cultural homogénea de valores y prácticas institucionales que desconozcan la pluralidad cultural que ha sido igualmente reconocida en la sociedad moderna y, que en nuestro país, está consagrada como un principio constitucional.

Por ejemplo, de manera general, puede afirmarse que los valores culturales y las prácticas judiciales de las comunidades indígenas, en nuestro país, más que contradictorias, al contrario, son complementarias con una cultura jurídica universal basada en el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales (López, 2003). Es más, la práctica de dicha cultura del respeto por la dignidad originariamente se ha asentado en dichas comunidades y, en lo que tiene que ver con las sanciones, tienen formas ejemplares de justicia de orden reparativo, las que igualmente caracterizan al sistema penal de corte acusatorio.

- Dentro de este proceso universalista, la reforma procesal penal en Colombia cumple un papel muy importante que está asociado directamente con los cambios sociales, políticos y culturales de la sociedad latinoamericana, que repercuten en la construcción social de la justicia. El acondicionamiento del sistema procesal penal acusatorio en Latinoamérica es derivado y consecuente con los cambios sociales y políticos, principalmente caracterizados por la consolidación de la democracia y del Estado Social Democrático y de Derecho en toda la región. Lo que quiere decir, que la edificación del debido proceso penal en Latinoamérica, mediante el sistema acusatorio, es un paso más en la instauración efectiva del límite jurídico político y social a la posible arbitrariedad estatal en el uso de la coacción y en la vigencia e intangibilidad material de los derechos de las personas. Por eso, quizá el elemento central que se destaca en esta reforma es que las consideraciones de política criminal o las directrices y criterios del Estado para prevenir, perseguir y luchar contra la criminalidad, son desarrollados dentro del proceso penal.

En la actualidad, las decisiones políticas y penales sobre cómo enfrentar fenómenos como el terrorismo y el narcotráfico, mediante la aplicación del principio de oportunidad y de negociación, son una

mezcla de criterios políticos y jurídicos o jurídico procesales, que son elaborados para tratar los modernos fenómenos delincuenciales con más instrumentos propios del estado de derecho. Es el caso de aplicar este principio para los testaferros del narcotráfico, que decidan voluntariamente entregar los bienes producto de ese negocio ilícito. Aquí se puede observar que el tratamiento del narcotráfico bien puede ser objeto de un tratamiento diferente a la guerra total y criminalización total, en la medida en que este negocio ilícito se desvincule de su injerencia en la “política” y del uso de medios violentos y terroristas tradicionalmente asociados a este delito (Parra, 2006)

Por tanto, a pesar de las innumerables críticas contra la ley de justicia y paz, esta ley plasma una fórmula político jurídico que tiene un contenido eminentemente judicial y, más exactamente, procesal penal (verdad, justicia y reparación), el cual es el que da el contenido a las exigencias internacionales a toda salida político jurídica creada para el tratamiento de los conflictos sociales graves (Ambos y Guerrero, 1999). De esta forma, los criterios de verdad, justicia y reparación deben ser producto del sistema encargado de investigar y juzgar las conductas criminales de las organizaciones armadas, es decir, el sistema penal. Luego el sistema penal tiene un papel protagónico en el tratamiento de las causas y consecuencias de los conflictos en Colombia, o sea, frente a aquellas organizaciones armadas que asumieron una conducta cotidiana al margen del derecho y del respeto de los derechos fundamentales de los colombianos. Si bien, este es uno de los pasos en los que el derecho constitucional, penal y el derecho internacional deben armonizarse, debe partirse de la premisa de que estas fórmulas son excepcionales y especiales y, que por lo tanto, estos procesos de reinserción social nunca se van a poder reducir sistemáticamente a fórmulas jurídicas estrictas, al contrario, se trata de una prudente flexibilización y ponderación de los principios que enmarcan la legalidad y la dinámica de la legalidad del Estado de Derecho (Ramelli, 2003).

## **Encuentro cultural de las dos tradiciones jurídicas occidentales**

En todas las áreas del derecho se viene presentando en las últimas décadas un encuentro y complemento entre la cultura jurídica continental europea y la cultura jurídica anglosajona. A decir de Damaska, el punto de distanciamiento de las dos tradiciones no radica propiamente en el aspecto jurídico, cuyas finalidades son comunes, entre ellas: la solución pacífica de los conflictos, el logro de la justicia, el logro de la convivencia pacífica, la aplicación universal e igual de la ley, entre otras (Damaska, 2000). El punto central de partida, que le da rasgos diferentes a los sistemas jurídicos y procesales penales es el modelo de Estado y de poder, el continental: jerárquico y centralizado profesionalmente, en donde la resolución de conflictos parte de la implementación de políticas basadas en la estricta legalidad penal; el otro horizontal y lego, encaminado a la resolución de conflictos con predominio e influencia de la justicia civil y el tratamiento de las partes de los problemas concretos. Otros autores consideran que hay que aclarar las diferencias entre los conceptos acusatorio, adversarial e inquisitivo. Sin embargo, los métodos concretos de administración de justicia ya no responden a tales modelos, sino que devienen en claros acercamientos hacia un proceso de partes mediado (Jung, 2005 & Schönbohm, 2004).

### **Cultura jurídica inquisitiva**

El poder de perseguir y juzgar asociado al poder político y jurídico del Estado “se entronca en una cultura inquisitiva que existe en nuestra región, herencia casi natural de la colonización española que parte de la confusión religiosa y moral del poder divino transferido al rey y en valores que sustituyen el espíritu del pueblo. La cultura inquisitiva tiene su máxima expresión en la investigación en donde el juez va juzgando y penando anticipadamente con la mera sospecha

inquisitiva (Caferrate, 2004). También se refleja en el modelo político fuertemente autoritario que genera esa cultura inquisitiva, el cual parte de la determinación de la culpabilidad de quien afecta su autoridad como desobediencia a la ley por el delito cometido o por la noticia de que alguien se animó a desobedecer la autoridad soberana. Por esa doble posibilidad de afectación del principio de autoridad es que se genera un sistema y una cultura jurídica históricamente arraigada como centralizada y como inquisitiva. El apelar al código, a la ley, al juez, a los valores inmutables es una muestra de la rigidez que caracterizó al denominado sistema inquisitivo.

Lo anterior, se traduce en la funcionalidad, en las costumbres y en las prácticas cotidianas y, en general, en la concepción de que todas las relaciones sociales conflictivas deben ser mediadas y decididas por alguien ajeno al desarrollo del conflicto mismo. Como consecuencia de lo anterior, el sistema se sobrecargó con semejante volumen de problemas generados con el advenimiento de la modernidad, debido a la imposibilidad de que las personas se entendieran o dieran formas alternativas a las múltiples contingencias que origina la vida en sociedad. Fernández, al criticar este sistema, dice que el sistema inquisitivo no posibilita la separación de las funciones de investigación y juzgamiento en la estructura del proceso. La imagen del sistema penal como un sistema inquisitivo, inflexible y oscuro se refuerza por su incapacidad de dar salida al sinnúmero de casos que asumía y que no asumía. Lo que provoca y reproduce la impunidad, las deficiencias funcionales, la ineficiencia y la vulneración, por esta vía, de los más elementales principios y fundamentos de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales de las personas que están envueltas en un proceso penal (Fernández, 2006). Otra de las críticas a este sistema es el desplazamiento de la víctima que vienen replanteando los actuales diseños de la política criminal. Esto se debe a que la tradición de la cultura jurídica continental fue ajena a

los procesos reparativos como forma de solución del conflicto que provoca el delito (Roxin, 2004)

En suma, la concepción inflexible del sistema, en lo que tiene que ver con la valoración normativa y la protección de los bienes jurídicos, redujo las posibilidades para que al interior del sistema se ampliaran las posibilidades para tomar decisiones sobre las responsabilidades, sobre el tipo de responsabilidades que surgen de una conducta consagrada como contraria al derecho y como contraria a la convivencia social y a los principios y valores que la sustentan.

### **Cultura jurídica anglosajona**

La otra gran tradición jurídica de características acusatorias y adversariales proviene de la maduración de la cultura jurídica y social, anglosajona, tiene como uno de los aspectos centrales que la solución, o más bien, la toma de decisiones de los conflictos, por graves socialmente que estos sean, puede realizarse con un papel más activo de las partes en contienda. Dicho de otra forma: el código del sistema es más flexible, en términos sistémicos, tiene incorporados programas de decisión más amplios que se implementan como formas comunicativas más adecuadas a soluciones de los conflictos más amplias, que las que puede diseñar un sistema basado en principios como el de la estricta legalidad y en una tradición dogmática cimentada en la culpabilidad determinada por “el estado” o definida jurídico penalmente de manera institucional o, únicamente con los recursos que brinda un estricto código ajustado/no ajustado a derecho para tomar decisiones en conflictos con consecuencias jurídico penales.

El sistema acusatorio, tiene raíces, sobre todo, en los sistemas del derecho consuetudinario o tradición jurídica del Common Law, en donde las propias víctimas hacían las veces de acusadores y fiscales y, donde el acusado se defendía por sí solo con la ayuda de sus

parientes y aliados. Thaman, nos recuerda cómo “Hasta el siglo XIX no existían fiscales en Inglaterra (de hecho fueron primero introducidos en Estados Unidos), por lo que la víctima seguía confrontando al acusado (quien en realidad no tenía representación) en un plano de igualdad. No era responsabilidad de ningún órgano estatal el recopilar la prueba, investigar de forma secreta, o siquiera litigar el caso ante el tribunal (Thaman, 2005). Este sistema está basado o es producto de una tradición estatal débil en donde no hay una centralización política asociada a una racionalización jurídica en materia de investigación, acusación y proceso, en la que el Estado no es la única o privilegiada fuente de autoridad o el que legitima toda autoridad pública. Para Bouzat, la ampliación de la comunicación sobre las consecuencias de una conducta contraria a derecho es una descarga a la legitimación más política que jurídica que siempre se le ha exigido al sistema del derecho y en especial al sistema del derecho penal (Bouzat, 1991). Por lo que la actual tendencia del sistema penal, para que la toma de decisiones sea más amplia, mediante el consecuente diseño y complemento político criminal, es una de las formas de respuesta de la ciencia y praxis jurídica al reto que le plantea la complejidad social a la toma de decisiones en materia jurídica penal (Ferrajoli, 1992)

La tradición política y jurídica da forma a la cultura jurídica anglosajona en donde el Estado de derecho no extiende su acción a la imposición de un derecho o de una decisión para dirimir todos los conflictos o la emergencia de los conflictos en la sociedad. Al contrario, la finalidad de un proceso penal no implica la imposición de valores procesales y sociales absolutos como la realización de la justicia, la averiguación de la verdad ideal y/o material, la reparación integral del daño causado e inclusive mejorar la posición anterior de la víctimas, supuestos ideológicos de difícil realización. Para Volk, la verdad que se busca en la tradición del sistema penal continental europeo y sus rasgos inquisitivos es de corte ideal y es producida

desde dos fuentes. En primer lugar, por la actividad investigativa producida por el fiscal y, en segundo lugar, en la etapa de juzgamiento por el juez. Mientras que en el sistema acusatorio anglosajón la verdad es más de carácter material y es producida por las partes, por los intereses y expectativas de las partes, es producto de la lid adversarial de las partes y de la igualdad de las partes tanto en la fase de investigación como en la de juzgamiento (Volk, 2005).

En este sistema se amplían las posibilidades sobre la toma de decisiones en los conflictos sociales con posibles consecuencias penales y no penales, aquí juega un papel más activo el modelo de justicia denominado como justicia restaurativa, hoy de amplia aceptación y consolidación en los distintos ordenamientos normativos. “La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes. Fierro, sostiene que la teoría de la justicia restaurativa, sobre todo, afirma que el proceso de justicia pertenece a la comunidad” (Fierro, 2006). El sistema acusatorio tiene instituciones que acompañan los procesos de consolidación de una justicia basada en estos dos aspectos, lo que quiere decir, que los procesos de justicia no son una mera imposición del sistema jurídico penal o de la aplicación de la ley en un caso concreto, tampoco son producto únicamente de la dinámica de los intereses de los sujetos procesales. Por esto Angulo, dice textualmente que: “la vinculación a un programa de justicia restaurativa no puede ser impuesta, ni por una autoridad estatal en general, ni por una autoridad judicial, en el campo de la obligatoriedad legal, no es requisito de juzgamiento, y su rechazo no constituye fundamento de condena ni reconocimiento de culpa” (Angulo, 2006).

De esta forma, una de las características más señaladas al sistema anglosajón es su practicidad proveniente del utilitarismo y de la concepción de que durante todo el proceso penal son las partes en conflicto las que pueden diseñar el desarrollo y la determinación

misma de la responsabilidad y de todas las consecuencias de una conducta lesiva, ante un aparato de justicia relativamente pasivo (Damaska, 2004). Al respecto creemos que la consolidación de la comunicación tiene grandes problemas que no por ello pueden menoscabar el diseño de la política criminal y que bien pueden ser atendidos por el sistema acusatorio a la colombiana. El más usual de ellos es que la perspectiva evolutiva del sistema nos dice que no se va a implantar una practicidad semejante a la del modelo de justicia norteamericano, debido principalmente a las limitaciones de recursos de los ciudadanos para generar un sistema reparativo basado en la comunicación económica. Sin embargo, como lo afirma Bazzani, estas deficiencias deben ser llenadas por una comunicación asentada en una sólida dogmática que debe ser ejercitada en el proceso penal en Colombia. También en formas reparativas menos simbólicas y más de política social como las enunciadas por Roxin. Este es uno de los principales problemas para el diseño de la política criminal, como lo dice Roxin, la comunicación debe ampliarse y con ello estructurarse más en torno a política social como tal.

Para Bazzani son tres los elementos principales que hacen parte del Esquema acusatorio: la separación de funciones de acusación y juzgamiento, el ejercicio del derecho de contradicción en igualdad de condiciones para los intervinientes y, la presencia de un juez ajeno al conflicto (Bazzani, 2006). La actual mixtura que caracteriza al sistema que se viene implementando en Latinoamérica, acomoda dentro del proceso penal formas en las que las partes pueden utilizar instrumentos procesales “consensuales” y con ello formas de terminación y desarrollo del proceso más eficaces y complementario con las garantías fundamentales de la víctima, la sociedad y el imputado. Como sucede actualmente en nuestro sistema acusatorio “colombiano”, la unificación entre las dos tradiciones, la mixtura del sistema o la articulación de los instrumentos acusatorios en el sistema jurídico y la cultura jurídica de nuestro país, tiene como una de sus

consecuencias principales que “lo buscado ha sido claramente convertir el juicio abreviado en el rito ordinario” (Bazzani, 2006).

En ambos casos, no hay sistemas puros, sino tendencias y prácticas procesales, lo que en términos de las teorías de la comunicación quiere decir, que existe una tendencia evolutiva en conciliar la comunicación codificada en el sistema con la comunicación producida –negada y afirmada– en el mundo de la vida. Por lo que la teoría de la comunicación o de la posibilidad de la comunicación entre las partes dentro del proceso penal, no contraría la observación fundamental sobre la diferenciación y observación de uno y otro sistema. Esto es, que de lo que se trata es de una creciente construcción de un sistema procesal de partes, que trasciende la visión únicamente jurídico-política y polarizada en torno a los niveles de garantías o de represión de esta diferenciación de los sistemas (Guerrero, 2004).

## **El proceso penal como comunicación**

Los elementos básicos de las teorías sociológicas que describen a la sociedad como comunicación o como sistemas de la comunicación, ayudan en el análisis del sistema penal de corte acusatorio. Sobre todo, porque formulan que el contenido y aplicación de las normas penales procesales de la Ley 906 de 2004, contienen primordialmente una ampliación de las posibilidades de comunicación, no solamente entre las partes o sujetos procesales envueltos en una causa penal, sino para la sociedad en general, cuando brinda mayores formas, mecanismos e instituciones para la toma de decisiones en los conflictos sociales más graves.

El problema central es que, siguiendo a Bazzani, la oralidad solamente es un instrumento: “La oralidad es un mero instrumento, no es una finalidad en sí misma; lo que se persigue es una decisión imparcial a través de los principios de inmediación y de concentración de la prueba, pero la oralidad como tal, no hace a un sistema acusatorio” (Bazzani, 2003).

Al dar prioridad a la oralidad y la interacción se considera erróneamente que esta es la forma de comunicación que caracteriza al sistema penal acusatorio, esto, en consonancia con la teoría del mundo de la vida y del lenguaje ordinario, de la comprensión intersubjetiva expuesta por Habermas. De igual manera, las teorías de la argumentación normativa, las cuales son más coherentes al asociar argumentación con diálogo jurídico argumentativo institucional, no pueden escapar a la consideración de que el proceso penal y toda comunicación jurídica (sentencia, demanda, conciliación) es producto de una interacción comunicativa. Es la teoría de la comunicación elaborada por la teoría social de los sistemas autopoieticos, la que permite mostrar cómo el proceso penal es comunicación elaborada y orientada por el sistema mediante el código y, en el caso concreto de la reforma al proceso penal, desde esta teoría es posible decir que lo que se ha producido es una flexibilización o modernización del código jurídico para que se amplíen los programas de decisión que puede efectuar el propio sistema.

### **La oralidad y la comunicación interactiva**

El acento de los estudios sobre la comunicación dentro del proceso penal, se viene haciendo en la oralidad y en la comunicación interactiva cara a cara, con ello, se describe una comunicación en la que la contradicción y el entendimiento es un producto más humano y directo entre las personas, con ello a su vez se concluye que la construcción y toma de decisiones es un producto de esta relación entre las personas, o sea, la comunicación no un producto del sistema.

Aquí, está implícita la idea de Habermas de que todo sentido en el mundo es construido mediante la comunicación lingüística cotidiana, la cual, constituye el horizonte de la experiencia y la vivencia social. Para Habermas, esta experiencia cotidiana e intersubjetiva del lenguaje ordinario fundamenta los conceptos sociológicos, así como las experiencias comunicativas estructuradas en los códigos y en los

medios simbólicamente generalizados que son utilizados en la codificación comunicativa de los sistemas funcionales. Según esto, dentro del nuevo sistema penal acusatorio, por ejemplo, la culpabilidad podría ser generada en el sistema de la conciencia, en el sentido de que una persona se podría autoincriminar, sabiendo que cometió el crimen, independientemente de si existen o no pruebas objetivas que orienten la acusación y el juzgamiento. Más bien, se puede aceptar conscientemente, mediante la aceptación de los cargos, lo que el sistema probatorio igualmente puede respaldar en el mundo objetivo, lo que le da la posibilidad tanto al fiscal, al juez de garantías como al acusado de aceptar la culpabilidad como válida en términos de eficacia (terminación anticipada del proceso) y, como justa (garantías para el imputado y premio al imputado). La culpabilidad desde la conciencia de los hechos no remite directamente a la subjetivización de la justicia, esto concuerda con que en el sistema general de justicia que hoy se viene consolidando, la construcción de la verdad está orientada por las pautas del sistema. El problema con la teoría de la interacción de Habermas, es que esa conciencia objetivada y socializada mediante el lenguaje no puede llevar en sistemas concretos, como el proceso penal, a que se tomen decisiones producidas mediante el lenguaje ordinario. Estas decisiones que se pueden sustentar como validas por las partes, mediante el ejercicio argumentativo, ya están programadas en el sistema. Esto no implica que se puedan presentar manifestaciones humanas como el arrepentimiento y el perdón simbólico que se puede apreciar en la observación directa de algunas audiencias. Según los filósofos, una adecuada interpretación de la teoría de Habermas del mundo de la vida y de la acción comunicativa supera la teoría de Husserl basada en una comunicación donde sigue predominando lo subjetivo, la conciencia individual que pretende imponerse en el mundo objetivo (Hoyos y Guillen, 2002).

Por lo tanto, para Habermas la evolución social y la integración social, es un proceso que se orienta en la búsqueda de la racionalidad

del entendimiento intersubjetivo, el cual, es la verdadera fuente normativa de la acción social y política. Habermas al utilizar la capacidad lingüística autónoma del individuo, supone que la evolución social debe conllevar a la ampliación de las posibilidades de la comunicación libre de coacciones sistémicas, es decir, no reducidas a codificación o a programas de decisión establecidos al interior de los sistemas, por ejemplo, procesal penal. Con ello, mantiene un horizonte del sentido propio de la racionalidad de la teoría pura, o de un optimismo en el entendimiento humano, este horizonte social basado en lo “humano” como autonomía racional no sólo supone un entendimiento libre de contradicciones en materia de intereses y expectativas, sino que podría llevar a que las normas se aplicaran según decisión de las partes en la interacción o, que se aplicaran por ejemplo, en el proceso penal, sin atender los criterios equilibrados entre eficiencia y derechos humanos y garantías.

Uno de los aspectos más controvertidos para acoger la teoría de la comunicación ideal de Habermas en la toma de decisiones concretas en un sistema, por ejemplo, en el sistema procesal penal, es que limita la realización de los derechos y principios, a la teoría del discurso libre de toda coacción que incluye inclusive las mismas reglas procesales para la toma de decisiones. Díaz, interpretando a Habermas, en la construcción de los derechos humanos en procesos de decisión concreta, nos dice que: “un tal sistema moviliza y asocia la libertad comunicacional de un individuo a la práctica de la constitución y la ley, y al mismo tiempo somete a la misma al arbitrio de cada uno. La ley será, por tanto, aquello que vuelve compatible la libertad de acción de un individuo con la de todos los demás” (Díaz, 2006).

Según esta teoría, sería la práctica comunicativa interactiva, la que llevaría a la supresión de la contradicción interna del mismo sistema, esto es, que tiene que tomar decisiones justas como injustas

o, decisiones que se inclinan por las expectativas e interés de una de las partes. Por ejemplo, en materia penal el pedir perdón (simbólico) no tiene ningún efecto legal, puesto que para que no se aplique la pena o se extinga la acción penal se requieren otros requisitos y exigencias legales. Este requisito simbólico y emotivo sí tiene efectos trascendentes en el proceso penal de la ley de justicia y paz que es más político, simbólico y emotivo que propiamente jurídico, porque está encaminado al logro del consenso, la convivencia social y la paz. Por lo anterior, una perspectiva más coherente con la toma de decisiones en la práctica judicial, parte de que el sistema jurídico posibilita la realización de derechos y garantías con una práctica comunicativa de los usuarios del sistema y, de esa manera: “regula y libera los límites de acción de la libertad individual y, segundo, incorpora objetivos colectivos que sobrepasan las consideraciones morales individuales”.

### **La argumentación jurídica**

Hoy en día no existe una definición sencilla de lo que es la argumentación, menos en el campo jurídico donde ha alcanzado una complejidad singular, sin embargo, dentro de la definición más general, está la asociación entre premisas y conclusión en consonancia con la observación de ciertas reglas lógicas que permiten su evaluación (Bonorino & Pena, 2002). Dentro de la comprensión de la argumentación y de la elaboración de las decisiones en el SPA, se ha recurrido a la oralidad como el eje central de la argumentación y de la comunicación. Para algunos autores los componentes de un evento comunicativo son: la situación, los participantes, las finalidades, las secuencias de los actos, la clave, los instrumentos, las normas, el género. Por esto, resultan definitivos los roles de los participantes (escuchar, hablar y responder), y la aplicación de estrategias, las cuales son las que definen los roles de los participantes en la comunicación dentro del proceso penal (Carvajal, 2006).

Para los analistas de la argumentación moderna, el sistema tal como lo concibió Kelsen (como un sistema normativo que se limitaba a las relaciones internas entre sus elementos), adolecía de una explicación funcional, que explicara cómo se llevaba a cabo la práctica jurídica (externa al sistema). Por ello, concibieron el sistema jurídico como producto de la argumentación entre las partes, que es orientada normativamente, con esto, se le da al sistema un contenido práctico y garantista que describe la práctica y la dinámica del sistema. Para Marrero, “esta es la tarea que cumple la pragmadialéctica de la argumentación jurídica. Ella, suponiendo que el derecho es una práctica discursiva, pretende hacer ostensibles las diferentes maneras como sus usuarios se apropian de los textos normativos y de los medios probatorios para alcanzar los propósitos lingüísticos que este contexto discursivo les impone” (Marrero, 2006).

La teoría de los sistemas autopoieticos, considera que la argumentación jurídica, se define basada en el esquema de argumentos buenos y malos o convincentes y menos convincentes, lo definitivo aquí, es que ninguno de estos argumentos puede desplazar o cambiar el derecho vigente. También significa que la argumentación, por eficiente que esta sea o por calidad que esta tenga, no constituye la comunicación y, no es, la decisión comunicada, la cual, está reservada y programada únicamente al sistema. O sea, ningún argumento por persuasivo que este sea puede dar validez o crear nuevos derechos y obligaciones dentro del sistema y, en consecuencia, para una parte o para la otra. Siguiendo a Luhmann: “Esta dependencia de la validez es, al mismo tiempo, condición para que la argumentación jurídica no se restrinja al derecho filtrado por el sistema jurídico y para que no resbale en prejuicios morales u otros prejuicios. Por esto, para Luhmann “la argumentación debe proponer (o fundamentar) una decisión acerca de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho. En el sistema del derecho, el que se tome una decisión es algo que puede ser exigido, ya que los tribunales no pueden negarse a decidir

(y esto es lo que fundamenta su posición central en el sistema). Toda argumentación jurídica que expone la interpretación del texto tiene, por ello, una relación con la decisión: una relación con la decisión sobre los asuntos de los otros. Por eso la argumentación jurídica debe estar orientada hacia la comunicación” (Luhmann, 1998a).

### **La comunicación sistémica**

Como hemos sostenido hasta aquí, la realización y materialización universal de los derechos humanos y de las responsabilidades por el respeto de los mismos, mediante la construcción de un sistema jurídico que haga viable la realización de un modelo social como el del Estado Social Democrático y de Derecho, requiere que el estudio de los sistemas no se quede en los elementos de la idealidad, la utopía y la subjetividad, asociada al querer o ideal de las personas. La comunicación no es un elemento ideal que propicie, por ejemplo, el entendimiento, la conciliación, la supresión de las contradicciones o la superación de la misma injusticia.

A nuestro juicio, debemos entender la comunicación, de acuerdo con la teoría de sistemas, o sea, como el elemento esencial con que opera la sociedad, con la aclaración de que con la evolución social las personas no son las que comunican, sino los sistemas sociales. Ello, ayuda a diferenciar lo racional del ser humano en el sentido de que haciendo uso de la comunicación estructurada por el sistema, pretende hacer valer sus pretensiones y expectativas de la comunicación encargada y diseñada en el sistema. Sobre todo, es necesario no asociar la racionalidad que puede tener un buen argumento con la toma de decisiones, porque esto es lo que lleva a Habermas y a todos aquellos que siguen teniendo fe ciega en la racionalidad humana, a afirmar que la razón terminará imponiéndose en la toma de decisiones dentro del sistema jurídico (Mejía, 1997).

En el proceso penal, es evidente el rendimiento que la teoría de sistemas tiene para conciliar la contradicción esencial del sistema: su eficacia y eficiencia en la toma de decisiones, pero con el respeto de los derechos y garantías de las personas. Es cierto que el entrenamiento de los operadores jurídicos en materia de estrategia y metodología de la argumentación es importante para el desarrollo de los principios del sistema, pero es igualmente importante entender que la realización de los derechos de las personas también y, sobre todo, depende de la capacidad del sistema para que amplíe las posibilidades para la interpretación y la aplicación de la ley; de igual forma, para que todo interesado tenga la oportunidad de exponer y sustentar sus expectativas ante el representante del sistema que toma la decisión y, finalmente que dicha interpretación de los principios y reglas que orientan el sistema, esté en concordancia con las expectativas de cada una de las partes que ya participó comunicativamente sustentando una u otra decisión ya programada en el sistema (la que le sea más favorable).

Para la teoría de sistemas, los sistemas operan sobre códigos, en el caso del sistema jurídico ajustado/no ajustado a derecho. Sin embargo, para reconocer un sistema no basta conocer el código con que opera, además de ello, se necesita conocer los programas de decisión que hacen parte del sistema. Lo importante es reconocer cómo el sistema decide y, con qué criterios, cuándo algo es ajustado o no ajustado a derecho, lo que quiere decir, que el sistema tiene la capacidad de conocer y adaptarse a los cambios externos de la sociedad en cada caso, pese a que siempre va a decidir conforme a su código. La reforma procesal que parte de una reforma a la constitución le concede al sistema una mayor agilidad para tomar decisiones de manera eficaz, más transparente y con la aplicación del debido proceso (Luhmann, 1998). En este caso, un proceso más justo implica que la comunicación sea más abierta a las posibilidades y a la complejidad

que requiere la afirmación o negación de las expectativas de las partes o sujetos intervinientes.

Para ilustrar con un ejemplo, la comunicación es clave en la inclusión en un plano de igualdad de armas, de la víctima del delito como sujeto procesal, la Corte Constitucional y la Corte Suprema han venido corrigiendo defectos del sistema, por ejemplo, en los procesos de negociación directa entre imputado y fiscalía. La víctima en Colombia no contaba con mecanismos jurídicos de participación y para ampliar las posibilidades en la toma de decisión del juez en algunas audiencias, tampoco contaba con instrumentos de negociación y de presión jurídica que acompañaran la materialidad de la reparación, pero también la construcción de la verdad y la justicia.

En la sentencia C-516/07, se declaró la exequibilidad condicionada, de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la ley 906 de 2004, en el entendido de que la víctima, también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo.

Estudios de derecho comparado dicen que este mismo problema está presente en sistemas penales basados en la reparación, por ejemplo, en el sistema acusatorio de los Estados Unidos, allí por algunos principios de la política criminal eficientista, sobre todo, cuando se trata de negociaciones con grandes organizaciones delincuenciales la víctima siempre será la víctima, debido a que los niveles de reparación mediante una mayor utilización de la comunicación económica, no satisfacen algunos vacíos jurídicos, por ejemplo, en la aplicación del principio de oportunidad, o en los beneficios concedidos por la colaboración con la justicia (Riess, 2005). Eser afirma que al contrario de lo que sucede actualmente en Colombia, los intereses de las víctimas deben estar por encima de la pretensión penal pública. (Eser, 2005). Orientados por Thaman, podemos afirmar,

de acuerdo al derecho comparado, que la evolución del sistema penal acusatorio “universal” y a la “colombiana”, tiende a una privatización del proceso penal, lo que es jalonado y posibilitado por la programación de las decisiones y no por evolución del sistema basado en la racionalidad individual (Thaman, 2005).

### **La realización de los derechos fundamentales de la víctima es comunicación**

Gracias al derecho internacional público, los derechos humanos de la víctima han evolucionado en las últimas décadas, la normatividad, la jurisprudencia, la doctrina y estudios sobre derechos humanos a nivel internacional han venido trazando los contenidos de dichos derechos, estos desarrollos son a su vez incorporados por los estados a través de los tratados y acuerdos internacionales. De aquí que como lo afirma Ramelli, hoy en día existe una relación directa entre el desarrollo del derecho constitucional y el derecho internacional público, sobre todo, en materia de derechos humanos (Ramelli, 2003). Los derechos de las víctimas vienen siendo sistemáticamente ajustados en el derecho interno, mediante el bloque de constitucionalidad (Uprimny, 2006). Esta labor la realiza el sistema jurídico y se refleja, por ejemplo, en las posibilidades para la participación comunicativa que el sistema le ofrece a la víctima para que haga coincidir sus expectativas con las decisiones ya programadas dentro del sistema. Sólo así el sistema a la hora de comunicar tiene la información suficiente sobre las expectativas de las víctimas en casos concretos. Sobre todo, la Corte Constitucional, ha venido esclareciendo los presupuestos procesales donde la víctima tiene derechos a la participación comunicativa, donde tiene posibilidades de irritar las decisiones ya programadas en el sistema.

Según los últimos avances jurídicos y de la ciencia del derecho, los tratados internacionales no basta con que sean aprobados, sino que además de inmediato debe producirse, por un lado, su desarrollo

legislativo interno y, en consecuencia, que los jueces de los estados mediante interpretación conforme a dichos tratados apliquen todo este desarrollo internacional en casos concretos. Por otro lado, es necesario que dichos tratados se desarrollen no solo jurídicamente, sino mediante políticas públicas que lleven a la prevención de violaciones y al fortalecimiento y la observación de los derechos humanos en la vida social de un Estado (León, 2006).

Lo anterior, se ha venido desarrollando en el campo de la justicia administrativa, Colombia viene haciendo esfuerzos para que la reparación de las víctimas, responda a los estándares internacionales trazados por los organismos interamericanos CIDH Y Corte IDH. Es así como la reparación de las víctimas ya no solamente responde al contenido patrimonial en cabeza de la víctima, sino también a los contenidos sociales que supone una infracción a normas sociales fundamentales, es decir, a la agresión social que supone el atentado contra la dignidad humana. En lo patrimonial, Colombia ha acogido las formas de reparación económica, entre ellos el daño al proyecto de vida, además del contenido del daño extracontractual. Pero, además de ello, viene implementando las formas de reparación anexas que exige la justicia interamericana para reparar a las víctimas y a la sociedad colombiana como consecuencia de las conductas de suma gravedad que también socavan los principios elementales de la sociedad y la convivencia social (Ferreira y Mariño, 2009).

Así mismo, en la sentencia C 209/07 la corte dice:

Como se advirtió anteriormente, la efectividad de los derechos de las víctimas del delito depende del ejercicio de varias garantías procedimentales, entre otras las siguientes: (i) el derecho a ser oídas; (ii) el derecho a impugnar decisiones adversas, en particular las sentencias absolutorias y las que conlleven penas irrisorias; (iii) el derecho a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) el derecho a ejercer algunas facultades en materia probatoria. Puesto que en esta sentencia ya se han adoptado decisiones de inexequibilidad o exequibilidad condicionada con

miras a asegurar la proyección de los derechos de las víctimas en los momentos fundamentales a lo largo de la evolución del proceso penal, la Corte entiende que los artículos 11 y 137 han de ser leídos en armonía con tales decisiones específicas. Sin embargo, la Corte estima que una vez garantizados el derecho de impugnación de las víctimas en dichos momentos específicos de la evolución del proceso penal, según la regulación establecida por el propio legislador, no es constitucionalmente necesario condicionar de manera general los artículos 11 y 137. Lo anterior no obsta para que en ocasiones posteriores la Corte se pronuncie sobre la existencia y el alcance del derecho de impugnación de las víctimas en otros momentos específicos del proceso penal con los efectos que estime constitucionalmente necesarios.

Por otro lado: la corte, ha establecido de manera sistemática las posibilidades de la víctima dentro del proceso penal en esta misma sentencia:

En consecuencia, las víctimas podrán intervenir de manera especial a lo largo del proceso penal de acuerdo a las reglas previstas en dicha normatividad, interpretada a la luz de sus derechos constitucionales, así:

1. En la etapa de investigación, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas anticipadas, la Corte Constitucional concluyó que el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004 era exequible en el entendido de que la víctima también podrá solicitar la práctica de pruebas
2. En la etapa de imputación, la Corte Constitucional concluyó que la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
3. En cuanto a la adopción de medidas de aseguramiento y de protección, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, para solicitar la medida correspondiente.

4. En relación con el principio de oportunidad, la Corte concluyó que se deberán valorar expresamente los derechos de las víctimas al dar aplicación a este principio por parte del fiscal, a fin de que éstas puedan controlar las razones que sirven de fundamento a la decisión del fiscal, así como controvertir la decisión judicial que se adopte.
5. En materia de preclusión de la acción penal, la Corte concluyó que se debe permitir a la víctima allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.
6. En la etapa de acusación, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. Así declaró inexecutable la expresión “con fines únicos de información” contenida en el artículo 337 y executable el artículo 344 en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.
7. En la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que no era posible que la víctima interviniera para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa. Lo anterior, porque en las etapas previas del proceso ya ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal. En la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación.

Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le permita activa participación en la comunicación ya

diseñada en el sistema, el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación con el abogado de la víctima, sin excluir su acceso directo al fiscal. La Corte declaró exequibles los artículos 371, 378, 391, y 395 de la Ley 906 de 2004, en lo demandado y por el cargo analizado.

## **Conclusiones**

- La cultura jurídica y el sentido universal de la sociedad basada en el respeto del otro y en la sanción de las conductas contrarias al derecho, no significan una imposición arbitraria de códigos exclusivos de una tradición jurídica hegemónica (occidental). Al contrario, significa que toda sociedad es una construcción normativa que se debe orientar por principios generales de derechos y de responsabilidades que se afirman en la práctica social cotidiana de la justicia.
- Las tendencias universalistas de la justicia en materia de derechos y de responsabilidades, es una tendencia evolutiva que no elimina las diferencias culturales e históricas de cada sociedad. Los objetivos si son reducir y mitigar con la evolución social los problemas sociales que ocasionan las lesiones a los derechos de las personas como la violencia, la inequidad, la ignorancia, el hambre, etc.
- La realización de los derechos ya no depende de un consenso racional o moral universal basado en buenas intenciones, que dependa de declaraciones universales de derechos. Hoy, se exige que los sistemas sociales y organizacionales (poderes públicos o privados) en cada una de sus decisiones (comunicaciones), sean responsables con sus deberes negativos (no dañar) y, con sus deberes positivos (realizar una prestación) que conlleve a la materialización de los derechos humanos.

- Colombia, con mucho esfuerzo viene ajustando su sistema constitucional y, por ahí todo su sistema jurídico para garantizar a sus ciudadanos el goce de los derechos fundamentales y sociales, de acuerdo a los estándares internacionales.
- El Estado viene ajustando sus responsabilidades y deberes en materia de derechos humanos, de acuerdo a las exigencias de los organismos internacionales
- La comunicación más que un elemento epistemológico y teórico adecuado para observar la sociedad y el tratamiento de los conflictos sociales, es el elemento social que orienta la vida de la sociedad, entendida como universal.
- La comunicación ya no se realiza únicamente en la racionalidad individual que se proyecta socialmente mediante el lenguaje, la oralidad y la interacción, son los sistemas sociales (el derecho, la economía, la política), los que comunican decisiones en aplicación de un código y de programas de decisión elaborados autónomamente por el sistema.
- La implementación del sistema penal acusatorio hace parte de la tendencia universalizadora encaminada a la realización y materialización de los derechos humanos de las personas en la sociedad universal, de la mano de la adecuación de sistemas que contengan códigos y programas de decisión coherentes tanto: con el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos como con la eficiencia de los sistemas modernos en materia de verdad, justicia y reparación.

## Referencias

- Alexy, R. (2000). la Institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático, En: *Revista Derechos y Libertades del Instituto Bartolomé de las Casas*, p. 21-41.
- Ambos, K. (2005). Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, Procuraduría General de la Nación, Colección de Pensamiento Jurídico N.º 16, p. 13-50.
- Aponte, A. (2005). Colombia, En: *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, U. Göttingen- Konrad Adenauer Stiftung, p. 159-211.
- Arango, R. (2004). *Derecho, constitucionalismo y democracia*, U. Externado.
- Amelung, K. (2005). Constitución y proceso penal en Alemania. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia.
- Barbosa, G. (2004). La estructura del proceso penal. En: *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial.
- Bazzani, D. (2003). Estructura del proceso en el sistema acusatorio: Análisis de la reforma constitucional en Colombia. En: *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica*. Universidad Externado de Colombia.}
- Bouzat, G. (1991). El control constitucional un estudio comparativo. En: *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* CEC. Madrid.
- Caferrata, J (2004). La reforma procesal en América Latina. En: *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*. Editorial Jurídica Colombiana. 2004.
- Cortes, F. (ed.) (2007). *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*, Siglo del hombre.
- Damaska, M. (2000). Aspectos globales de la reforma del proceso penal. En: *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*. Editorial Jurídica Colombiana.
- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Análisis comparado del proceso legal. U. Chile.
- Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica (2003). Universidad Externado de Colombia.
- Díaz, M. (1996). De la ética del discurso a la moral del respeto universal: Una investigación filosófica acerca de la fundamentación de los derechos humanos. En: *Revista Ideas y Valores*, N.º 101, Universidad Nacional.

- El Derecho en el contexto de la globalización (2007). Universidad Externado de Colombia. p. 499.
- Eser, A. (2005). Un cambio en la función de las máximas del proceso penal: ¿hacia una “reprivatización” del proceso penal? En: *Constitución y Sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia. p. 66-74.
- Fernández, W. (1996). *Fiscalía, juez y parte*. El Profesional.
- Ferrajoli, L. (marzo 1992). *El Derecho como sistema de garantías: jueces para la democracia*. Números 16- 17. p. 61- 69.
- Ferreira y Mariño (2009). *Debate Interamericano*. Ministerio de Relaciones Exteriores. Bogotá. p. 15-81.
- Fierro-Méndez, Heliodoro. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Leyer.
- Gaitán, B. (2003). El Sistema Acusatorio Colombiano. En: *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica*. Universidad Externado de Colombia.
- Gaviria, C. (2000). El control constitucional. En: *Revista Consigna*, p. 27- 31.
- González, A. (2003). *La responsabilidad civil en el proceso penal*. Leyer. 2003.
- Guerrero, M. (2004). *La ciberdelincuencia*. Procuraduría General de la Nación.
- Guerrero, O. (2004). *El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*. Estudios Procesales. Número 2. Procuraduría General de la Nación.
- Haberle, P. (2002). *Constitución como cultura*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo. Universidad Externado de Colombia.
- Hoyos, G. y Vargas, G. (2002). *La teoría de la acción comunicativa como nuevo paradigma de investigación en ciencias sociales*. U. Nacional, 2002.
- Jung, H. (2005). El Proceso Penal, Conceptos, modelos y Supuestos Básicos. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia. 2005.
- León, L. (2006). *La aplicación judicial de los tratados internacionales*. Ilsa.
- López, C. (2003). Control constitucional de la jurisdicción indígena. En: *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica*, Universidad Externado de Colombia. p. 461–500.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales*. Antrophos. U. Iberoamericana.

- Luhmann, N. (2002). *El derecho de la sociedad*, U. Iberoamericana.
- Marrero D. (2006). Normas y descripciones: diferentes perspectivas de la teoría de la argumentación jurídica. En: *Pensamiento Jurídico*, N.º 16, Universidad Nacional.
- Mejía, O. (1997). La teoría del derecho y la democracia en Jurgen Habermas en: *Revista Ideas y Valores* N.º 103. Universidad Nacional. p. 32-52.
- Mockus, A. y Corzo, J. (2005). Un estudio sobre la observación de las normas desde el pluralismo cultural más que desde el relativismo cultural En: *Ley o moral ¿Cuál prima? Revista Análisis Político Universidad Nacional- IEPRI*. N.º 54. Agosto de 2005.
- Montealegre, L. (1999). *El estatuto de Roma*. Universidad Externado. 1999.
- Montoya, M. (2002). Entregas vigiladas: Asistencia Judicial Internacional y extradición. En: *Comentarios a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal*. Universidad Externado.
- Nino, C. (1991). Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. En: *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. CEC. Madrid.
- Osuna, N. (2003). La importancia de la Corte Constitucional para la Justicia colombiana. En: *Estado Actual de la Justicia Colombiana, Diagnósticos y Soluciones*. Universidad Externado de Colombia.
- Parra, W. (2006). La actual política criminal en Colombia, vista desde la perspectiva del derecho penal del enemigo de Gunther Jakobs. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* N.º 82. Universidad Externado, p. 126-162.
- Perdomo, T. (2005). *Los principios de legalidad y oportunidad*. Universidad Externado.
- Pérez L. (2002). *La universalidad de los derechos humanos y el estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia. 2002.
- Ramelli, A. (2003). “Los derechos fundamentales de las víctimas de las violaciones graves a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario y sus repercusiones en constitucionalismo colombiano” En: *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado, 2003.
- Riess, P. (2005). Derecho constitucional y Proceso penal. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*, Universidad Externado de Colombia. p. 135.
- Roxin, C. (2004). La posición de la víctima en el sistema penal. En: *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Procuraduría General de la Nación. p. 71- 84.

- Santamaría, A. (2003). Pluralismo jurídico, Desplazamiento forzado por la violencia y derecho ancestral a la tierra, y Marrero, D. Argumentación jurídica y reconocimiento cultural, En: *Cátedra de Investigación Científica*. Universidad Externado de Colombia. p. 183- 211.
- Schönbohm, H. (2004). El proceso penal: principio acusatorio y oralidad en Alemania. En: *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*. Editorial Jurídica Colombiana.
- Thaman, S. (2005). La dicotomía acusatorio – inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia. p. 159- 175.
- Uprimny, M. Uprimny, R. Parra, O. (2006). *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla.
- Uprimny, R. (2004). Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal. En: *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Lara Bonilla.
- Urbano, J. (2004). Prueba ilícita y regla de exclusión. En: *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial. 2004. p. 307- 407.
- Volk, Klaus (2005). Los principios del proceso penal y la sociedad postmoderna: contradicciones y perspectivas. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia.
- Wolter, J. (2005). Dignidad humana y libertad en el proceso penal. En: *Constitución y Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia. p. 227- 262.
- Zapatero A. (2000). El programa penal de la Constitución. En: *Sentido y Contenido del Sistema Penal de la Globalización*. Fiscalía y Editorial Ibáñez.