

# Cuando le apostamos a la “pena del banquillo”

*Primero hacemos nuestros hábitos, luego nuestros hábitos nos hacen.*

*Charles C. Noble.*

**Mauricio Pava Lugo<sup>1</sup>**

Las noticias sobre la absolución de los hermanos Noguera, del coronel Gustavo Chavarro, entre otros, nos ponen a reflexionar sobre el peligroso hábito social de aplicar la pena del banquillo, entendida como la que se evidencia en “aquellas situaciones en las que sin suficiente base legal se lleva a una persona al banquillo de los acusados para luego absolverle por no existir los requisitos para condenarle, pero con el «banquillo» sufre la pena de escarnio y humillación de conocer el duro banco que siempre tiene un valor estigmatizante”.

Lo anterior tiene varios niveles de discusión. El primero, frente a la comunidad. Sin duda, existe una corresponsabilidad de quienes interactuamos en el inapelable tribunal de la opinión pública, pues allí juzgamos y condenamos anticipadamente. La pena del banquillo, la potencializa la necesidad de generar reportes y chivas que, con seguridad, serán tuiteados y circulados en las revistas, y cuyo rating permitirá la sostenibilidad económica del programa periodístico o de los medios mismos por los cuales se difunde. Por otro lado, la necesidad de obtener justicia (así sea aparente), cuando, como comunidad, recibimos la

---

<sup>1</sup> Director de la firma MPa Derecho Penal Corporativo, Abogado de la Universidad de Caldas, Curso Universitario Superior en *Compliance* de la Universidad de Barcelona y Especialista en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; conjuer de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia; profesor en el área de derecho penal de la Universidad de los Andes; presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – Capítulo Caldas. Es miembro de la comisión de expertos de la Corporación Excelencia en la Justicia; asesor para iniciativas legislativas en materia penal del Ministerio de Justicia y del Derecho (2015) y en la Cámara de Representantes para reformas al Código de Procedimiento Penal (2013-2018). Tiene experiencia como docente de posgrado en varias universidades. Ha intervenido o promovido diferentes procedimientos de exequibilidad ante la Corte Constitucional, logrando importantes decisiones como las sentencias C782/05, C186/08, C250/11, entre otras.

noticia de que, frente a determinados hechos, son llevados a imputación o encarcelados preventivamente individuos cuya identidad y efectiva participación en los hechos nos importa poco. Por supuesto, cuando la identidad del procesado valoriza la noticia, la sensación de justicia es mayor.

El segundo nivel de la discusión es frente a la Fiscalía como encargada de la persecución penal, la cual, en últimas, genera el hecho sobre el que se funda la pena del banquillo, entre las interrogaciones, imputaciones y encarcelamientos preventivos que lleva a cabo contra los ciudadanos. Según las métricas actuales, de cada 100 acusaciones, 44 terminan en absolución. En consecuencia, e hilando grueso, 44 % de personas procesadas por la Fiscalía tienen el riesgo de sufrir la pena del banquillo.

¿Cuáles son las razones de esto? Con seguridad —y de manera general—, esto no sucede por actuaciones deliberadas de los operadores anónimos del sistema. Creo, más bien, que existen tres poderosos motivos: (1) Cuando los Fiscales dejaron de ser jueces y los convertimos en litigantes de la acusación, suprimiendo el principio de investigación integral (obligación de investigar lo favorable y lo desfavorable), propiciamos que una poderosa institución actúe sólo en función de acusar. Acusar es triunfar; no acusar, fracasar. Los Fiscales ya no son jueces, pero los seguimos viendo como tal. (2) Las mediciones de desempeño de los Fiscales y la agenda pública que, desde el liderazgo de turno, se les impone patrocinan falsos positivos judiciales, pues, aunque los Fiscales, en general, están comprometidos con el deber genuino de administrar buena y cumplida justicia, se les exige que procedan a como dé lugar. Si el ciudadano es liberado por ausencia de causa probable o absuelto en sentencia, ésta será una decisión atribuible públicamente a los jueces, y el piso quinto del nivel central de la Fiscalía siempre podrá argumentar que la institución cumplió capturando, imputando, acusando, y que todo lo demás se dio por y desde los jueces. (3) El monstruoso hábito se alimenta a sí mismo. La dictadura de la opinión pública exige resultados, la Fiscalía debe mostrarlos, se comunican esos resultados, la opinión calma su ansiedad y recibimos el aplauso de las mayorías. Años después, absuelven, pero ya a pocos les importa: Lo que antes ocupó titulares y espacios enteros, ahora, es sólo una referencia marginal que no suscita interés. La pena del banquillo ya, no sólo se cumplió, sino también es perpetua, pues los rastros en internet no desaparecerán nunca.

Hemos hecho de la pena del banquillo un hábito, y este hábito hace que desconfiemos aun más de nuestro aparato judicial. Los responsables somos todos aquellos que interactuamos con él: abogados litigantes, jueces, periodistas y líderes políticos, entre otros. Urgen algunas medidas. Unas son sistémicas y estructurales; no me ocupare de ellas. Ojalá lleguen un día.

Otras son menos ambiciosas. Tal vez puedan irse incorporando prácticas contraculturales que modifiquen los hábitos. La protección del habeas iuris, la cual fue criticado por criolla y exótica en su momento, puede incorporarse por mecanismos ordinarios en el control general de los jueces de garantías, o residualmente por los jueces de tutela, sin que exista necesidad de un cambio constitucional o legal, como fue propuesto en su momento. Existe la propuesta de acelerar el control intermedio de la acusación, algo en lo que lentamente se viene avanzando desde diciembre del año pasado, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incorporó un control más profundo a las formas de la acusación. Esto, sumado a la decisión de la Corte Constitucional de permitir, en todos los casos, que la defensa pueda pedir terminación anticipada del proceso, no sólo por inexistencia del hecho, sino también por atipicidad absoluta de la conducta (i.e., el hecho existe, pero no es delito). Finalmente, puede dársele paso al control administrativo, sea por vía gubernativa, sea por vía contenciosa, de la decisión institucional de perseguir penalmente a un ciudadano; en este caso, deben anticiparse las barreras de defensa, y atribuirse responsabilidad administrativa, no sólo cuando el procesamiento implica mucho daño (en casos de detención), sino también cuando conlleva un proceso judicial de años, junto con el posterior señalamiento social que ello representa.

En armonía con estas cavilaciones, presentamos los artículos de esta nueva entrega de nuestro boletín mensual, Primera Línea. En este número, se abarcan diversos temas. En primer lugar, se hace una reflexión acerca del deber de denuncia y la indeterminación que presenta respecto de la distinción entre personas jurídicas y personas naturales. Esta indeterminación se sustenta en que, tanto el tipo de persona, como la tipicidad del comportamiento delictivo, inciden en el tipo de denuncia esperada. Esta reflexión es especialmente importante en la actualidad, en la que están en boga las discusiones sobre el derecho penal corporativo, los programas de cumplimiento, la autorregulación regulada, las obligaciones de defensa reactiva, la lucha contra la corrupción, etc.

En segundo lugar, se ahonda en la asignación constitucional a la Fiscalía General de la Nación de la titularidades de la acción penal con respecto a dos cuestiones: (1) en la posibilidad de que un juez de control de garantías adopte decisiones más gravosas que la medida de aseguramiento solicitada por esta entidad, y (2) en la oportunidad que tienen las víctimas en un proceso de controlar el archivo de la investigación. Estas cuestiones se examinan bajo el postulado —el cual no ha logrado avanzar satisfactoriamente todavía— de que, si bien la Fiscalía es titular de la acción penal, no es su propietaria. No debe olvidarse que hay otros actores que inciden en las acciones jurídico-procesales, y en esa medida, quienes intervienen a favor del ciudadano investigado también han de incidir sobre la acción penal de

manera anticipada, de forma que se logre un balance adecuado del proceso y se contrarresten prácticas como la mencionada “pena del banquillo”.