

A la luz de los principios y normas rectoras del nuevo Estatuto Procesal Penal (Decreto 2700 de 1991 - Nov. 30)*

Ramiro Alonso Marín Vásquez**

1. INTRODUCCIÓN

Del pacto constituyente de 1991 surgió para Colombia una Carta Fundamental con un modelo social personalista, prueba de lo cual es que la dignidad humana se erige como uno de los pilares del orden político del Estado liberal, social y democrático de derecho (Const. Pol., art. 1°); que “las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes...” (art. 2°); que el Estado reconoce sin discriminación los derechos inalienables de la persona (art. 5°); que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (art. 7°). En fin, todo el capítulo 1° del título II sobre los derechos fundamentales (civiles y políticos), doctrinariamente conocidos como de la primera generación (los de la segunda generación son los sociales, económicos y culturales), obedece a tal dimensión demoliberal que la Carta Política le ha señalado al Estado colombiano.

* Las líneas generales de este trabajo fueron pensadas para responder a la generosa invitación de los cálidos amigos del Colegio de Abogados Penalistas de Caldas —antes de que entrara a regir el decreto 2700 de 1991—, quienes con tan amable gesto me permitieron constatar personalmente la ya referenciada inquietud del auditorio manizalita por los temas que contribuyan a la exaltación del hombre como razón de actuar en la tarea de construcción del Estado liberal, social y democrático de derecho. He verificado, además, como era obvio, el donaire y la hidalguía de las gentes de esa bella ciudad. La conferencia ha sido reelaborada posteriormente.

** El autor es en la actualidad fiscal delegado ante los tribunales del distrito de Medellín y Antioquia. Igualmente, catedrático de derecho penal general de la Universidad de Medellín.

Demagogia legislativa, dicen los escépticos. Es acertada la crítica de que los derechos humanos, las libertades, quedarían como "letra muerta" para la población que no tiene los medios materiales y culturales para ejercerlos, escribe el pensador ESTANISLAO ZULETA. Pero —agrega el maestro— no comprenden quienes así piensan el inmenso acontecimiento político que significó la limitación del poder del Estado por los derechos y las libertades de la sociedad civil, incluido el derecho a la resistencia. Hay que luchar porque todas las oportunidades de expresión, de asociación, de oposición legal se conviertan en posibilidades reales, pero a la vez evitar la paradoja brutal de desconocer los derechos mismos que se reclaman¹.

Estamos frente a otra realidad jurídico-positiva, el nuevo Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991), ordenamiento que, a pesar del escepticismo de quienes vimos avanzar atropelladamente las cosas, comenzará a gobernar el proceso penal colombiano a partir del próximo primero de julio. Por ello, sin renunciar a una posición crítica, única fuente nutricia del progreso cognoscitivo, no cuento con las posturas pesimistas y derrotistas, porque definitivamente nuestros fiscales, jueces, abogados y estudiantes anhelan contar con una guía objetiva para empezar a operar con eficacia el nuevo proceso penal. Pero mi planteamiento, aunque solo contenido de un cúmulo de sugerencias e inquietudes, apunta a una necesidad: La actuación a la luz de los principios y normas rectoras. No sé si por la experiencia de la vacilación o de la timidez de los jueces frente a las "Normas rectoras de la ley penal colombiana" (título I del decreto 100 de 1980), o por una necesidad político-criminal apremiante, cualquiera que sea la razón, el legislador dijo o tuvo que decir en el nuevo Código de Procedimiento Penal que "Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación" (art. 22).

2. ANÁLISIS DE LA NUEVA ESTRUCTURA PROCESAL

El sistema penal, que es el *ius puniendi* o poder penal institucionalizado, en Colombia no funciona como tal (como sistema), porque los estamentos que lo componen funcionan como compartimentos estancos (separados), acusándose recíprocamente de la responsabilidad por la criminalidad incontestable, la impunidad que corroe el cuerpo social, varias veces con papeles protagónicos dañinos o salidas absurdas que riñen con la función. Los legisladores, como parte del sistema penal, frecuentemente ignoran qué es lo que realmente crean, pues sobredimensionan su poder selectivo. El discurso jurídico o judicial —escribe E. R. ZAFFARONI—, por regla general es garantizador, fundamentado en el retribucionismo o en la resocialización; el discurso policial es prevalentemente moralizante; el discurso penitenciario es terapéutico o de "tratamiento". El discurso judicial involucra la cultura de sus protagonistas (los jueces), es pragmático, legalista, reglamentarista, de simple exa-

¹ ESTANISLAO ZULETA, *Colombia: violencia, democracia y derechos humanos*, Bogotá, Altamir Ediciones, 1991, pág. 34.

men de la letra de la ley, con clara tendencia a la burocratización. Entonces, la policía actúa ignorando el argumento judicial y la actividad que lo justifica (le encantan las vías de hecho y abomina las vinculaciones formales para la guarda de los derechos fundamentales); la instrucción sumarial, cuando es judicial, ignora el discurso y la actividad sentenciadora; la segunda instancia menosprecia las consideraciones de la primera que no se compadezcan con su criterio de mayor aislamiento y represión, sacrifica la objetividad y la sobriedad de la providencia por un no siempre necesario magisterio intelectual y moral; el discurso penitenciario desconoce todo el resto. Cada uno de los segmentos parece tender a apropiarse de la mayor porción del sistema, menos el judicial que ve despedazarse sus funciones sin mayor alarma. De ahí la perjudicial sectorización. No hay una única ideología del sistema penal sino una multiplicidad de ideologías².

Con el loable propósito de enmienda, con el encomiable fin de superar la atomización y el reduccionismo del sistema penal, el nuevo estatuto separa funcionalmente la fiscalía de los jueces: la primera, la "dueña y señora" del procedimiento de averiguación, rectora de la policía judicial, deberá perseguir y acusar a los responsables, cuando a ello hubiere lugar, mientras que los jueces solo se han de dedicar al juzgamiento y la sentencia, todo orientado a garantizar ampliamente la neutralidad del juez. Pero dicha neutralidad se pone en peligro porque al juez se le han confiado tareas de investigación en el juicio, básicamente en la audiencia pública, y además se le han puesto en contacto con los autos para la preparación de la audiencia (Cfr. arts. 446, 447, 448 y 449).

Se ha bebido con reservas y timidez en el modelo del proceso penal angloamericano, que es un proceso de partes al igual que el proceso civil, un proceso en el cual la suerte del acusado depende en gran medida de la cualidad y habilidad de su defensor, y por esto está bien que en Colombia se haya preservado la investigación judicial. La amarga y dolorosa historia de nuestros pueblos, la cara y gallarda idiosincrasia latina, no nos alcanza para una investigación y acusación regidas por un fiscal dependiente del ejecutivo —como se pretendió en el proyecto de Constitución presentado por el gobierno—, pues el ejecutivo aquí y en el universo tiene tendencias autoritarias, sus actos son unilaterales y por eso el hombre le interesa más como destinatario que como partícipe de su función. Por cuanto somos países periféricos, con tan peculiares características, no se pueden importar ideologías masivamente y está bien entonces, aunque aparezca heterodoxo a los ojos del purista sistema acusatorio, que la Fiscalía se haya integrado funcional y orgánicamente a la rama judicial y que en su tarea de investigación administra justicia (Const. Pol., arts. 116 y 249, inciso 3°).

De modo que es deseable un sistema procesal penal mixto moderno, que se ha impuesto en el mundo, pero en manera alguna, combinaciones que se repudian. A pesar de la mixtura, parece abandonarse y abrazarse a la vez la tendencia acusato-

² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Ediar, 1988, págs. 34-35.

ria en la norma de los arts. 129 y 444 del Código, según las cuales “el fiscal podrá invocar cesación de procedimiento o absolución cuando considere que se reúnen los presupuestos señalados en este Código para adoptar cualquiera de estas decisiones”; y “con la ejecutoria de la resolución de acusación... el fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación”. Claro que con el primer precepto se podría indicar que la Fiscalía es autoridad objetiva, pero en la fase del juicio el fiscal no actúa como autoridad sino como sujeto procesal. Es tanto como que el fiscal reflexionara del siguiente modo: cuando tenía la responsabilidad jurisdiccional vi procedente la acusación; ahora en el juicio, como ya no tengo tal responsabilidad, sin que se hayan operado cambios sustanciales en la prueba, a usted señor juez le solicito cesación de procedimiento o absolución. No es posible pensar en una suerte de hipocresía en el funcionamiento de la Fiscalía, pues las características de la omnipresencia —ejercerá permanentemente en todos los lugares del país (arts. 79 y 119)—, de la unidad y de la convertibilidad —pasa de juez a parte (art. 444)—, sin duda servirán para que no sea el mismo funcionario fiscal que diseñó la resolución de acusación aquel al que corresponda también protagonizar y sostener tan radical cambio del punto de vista de la Fiscalía en el juicio (como el fundamento de la prueba es más exigente para el momento de la sentencia, sería razonable una petición de absolución, pero la solicitud de cesación de procedimiento, sin haberse producido cambios en el maderamen probatorio, es un contrasentido lógico en la actuación del fiscal). Y como para reconciliarse con el principio acusatorio (Const. Pol., arts. 29, 235 y 251), pero también para mayor desconcierto sobre lo pretendido, el art. 249 en su inciso 2º, le entrega la carga de la prueba en el juicio al fiscal. ¿Para dónde vamos? Cuando el art. 250-2 de la Constitución —fruto del proyecto LONDOÑO JIMÉNEZ—, dice que “corresponde a la Fiscalía calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas”, se quiso significar que una vez formulada la acusación el fiscal no tendría disponibilidad sobre la misma.

Un sistema procesal penal moderno debe cumplir la doble función de brindar al poder estatal medios idóneos para averiguar la verdad y asegurar la administración de justicia, garantizándole al individuo, al mismo tiempo, el respeto de su dignidad humana y la preservación de sus derechos fundamentales.

El proceso penal representa para la mayor parte de los ciudadanos el choque más álgido con el poder soberano del Estado. El objeto del proceso penal no es otro que la acreditación sobre la comisión de un delito y la consecuente responsabilidad de su autor³. El proceso procura, ante la desobediencia de la norma, la pacificación jurídica por medio de la reconstrucción del orden, es decir, la debida actuación del derecho sustantivo (CLARÍA OLMEDO)⁴.

“La situación conflictiva en el proceso penal entre ciudadanos y Estado, que resulta de la sospecha de un hecho delictivo, exige una regulación jurídica, en la medida de lo posible escrupulosa, y una limitación de los poderes estatales, así como de

³ JORGE EDUARDO VASQUES ROSSI, *Curso de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1985, pág. 104.

⁴ Ídem, pág. 105.

los derechos y obligaciones del imputado, pero también de otros partícipes en el proceso penal, como testigos y perjudicados, peritos e intérpretes”. He ahí la relación del proceso penal con el derecho constitucional, de acuerdo con la aguda descripción del profesor alemán KLAUS TIEDEMANN⁵.

3. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES

Pues bien, el *principio* da la idea de origen, fundamento o base. Los principios son pautas generales, abstractas e inductivas que contienen el valor del ordenamiento jurídico-penal y son irreductibles a otras categorías del derecho penal. Esos principios del reconocimiento de la dignidad humana, libertad, favorabilidad, defensa libre, presunción de inocencia, entre otros, no son apariciones intempestivas, fruto del mero magín del hombre, son la huella de la historia, el resultado de la lucha; son decantación histórica; constituyen una ética de los mínimos para la convivencia pacífica y para la manutención del Estado de Derecho. Los *principios rectores* plasman y desarrollan las normas constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos (leyes 74 de 1968 y 16 de 1972); conducen al anhelado “derecho penal justo”. Son normas que en relación con el resto del ordenamiento procesal penal tienen una fuerza positiva (lo nutren del valor elegido) y una fuerza negativa (excluyen la aplicación de los preceptos subordinados que se contraponen al texto rector o al valor que este encarna)⁶.

Los principios formales del derecho procesal penal suelen albergar las supremas normas de garantía jurídico-penal, que dispensan al ciudadano la más fuerte protección jurídica frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, sea que este intente ejercerse por medio de la policía o directamente por los funcionarios judiciales. Ninguna norma procesal penal tiene sentido completo y legítimo de espaldas al axiológico y vinculante marco conceptual de referencia que los principios ofrecen.

Cuando se opera el ordenamiento jurídico-procesal con principios, el funcionario judicial abandona ese cicatero papel de mero contralor de conductas ilícitas (por obra de la ley), para pasar al rol trascendental de medio de control de leyes arbitrarias, injustas o abusivas (por ministerio de la Constitución, el derecho internacional, las normas rectoras, los principios generales de derecho y las exigencias del Estado socio-liberal y democrático de derecho). Este es el planteamiento que hace FERNÁNDEZ CARRASQUILLA en relación con el papel del juez en el Estado liberal, social y democrático de derecho⁷.

Es por lo antes dicho que el art. 22 no solo consagra el carácter obligatorio y vinculante de las normas rectoras, sino que fundamentalmente consagra la máxima legalidad, la legalidad axiológica. Una legalidad más allá de lo estrictamente legal,

⁵ C. ROXIN, G. ARZT, K. TIEDEMANN, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Barcelona, Ariel S. A., 1989, pág. 133.

⁶ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 7.

⁷ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 57.

es una legalidad ya valorada. Porque las normas subordinadas no solo deben sujetarse al contenido literal de las normas rectoras sino que deben acatar el valor contenido en ellas. Con los principios rectores no se busca un mero ánimo especulativo o filosófico, un vano ejercicio académico o intelectual, su importancia es eminentemente práctica, pues trátase de ponerlos al servicio de una administración de justicia más dinámica, racional y segura y, por ende, los principios operan como instrumento imprescindible y valioso en la faena de interpretación y aplicación del derecho positivo (dogmática procesal penal).

4. ANÁLISIS PARTICULAR DE ALGUNAS NORMAS RECTORAS

Hagamos un recorrido por algunas normas rectoras y también por otras que no lo son pero que tendrán que desentrañarse y aplicarse a la luz de aquellas:

A) Principio de imperio de la ley (C. de P. P., art. 6° y Const. Pol., arts. 228 y 230)

Tiene dos dimensiones: la primera es una manifestación del principio del Estado de derecho. Cuando la norma dice que "Los funcionarios judiciales en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Constitución y la ley", consagra el principio de independencia judicial. Ya que los funcionarios judiciales no son elegidos popularmente —solo se prevé la posibilidad para los jueces de paz (Const. Pol., art. 247)—, el ejercicio del poder público se legitima con la independencia (arts. 113, 116, 121, 125, 136-4, 150-17, 201-1 y 2, 253, 256 y 277-1). Si los fiscales son funcionarios judiciales (art. 249, inc. 3° y C. P. P., art. 572), no pueden ser sometidos a la amenaza de la manipulación de la competencia judicial que propician los arts. 121-3 y 5, 123-3 y 6, 124-5 y 125-3 y 6. Tales normas son expresión del principio de unidad y jerarquía que gobierna el ejercicio de la Fiscalía, pero si se quiere respetar a la vez la independencia judicial, solo como medidas justificadas por los hechos se pueden usar tales preceptos (cambio de radicación, impedimentos y recusaciones, enfermedad del fiscal, exceso de trabajo, entre otros), pues, de lo contrario, el nuevo órgano judicial no puede sustraerse al sistema de reparto que señala su independencia e imparcialidad y que garantiza además que es una autoridad judicial objetiva (Const. Pol., art. 250, inciso final; decreto 2699 de 1991, art. 3°, numeral 8; C. de P. P., arts. 249, 333 y 362).

De este modo, el criterio doctrinario del superior no puede servir para manipular las decisiones de los funcionarios judiciales que funcionalmente le están supeditados.

La otra dimensión tiene que ver con la articulación operativa de los dos incisos del art. 6°. Ante un texto claro y de aplicación sin tropiezos, indagar por el presunto espíritu del legislador (razón metajurídica) va camino del derecho natural; pero tampoco se puede dejar el problema entregado exclusivamente al arbitrio (o arbitrariedad) del juez (un derecho penal de los juristas y no de la ley), que conduce al espacio del exégeta. En ambos casos la ley —como vía democrática de legitimación— pierde toda validez⁸. A manera de ejemplo sobre estas prácticas deslegitimadoras,

⁸ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte especial, Barcelona, Ariel, 1986, pág. 5.

nos quedamos sin entender algunas posiciones judiciales sobre el art. 10 del decreto 2790 de 1990, modificado por el decreto 390 de 1991, según el cual los extinguidos jueces superiores debían aplicar el "procedimiento ordinario" en los procesos por delitos de secuestro simple (C. de P. P., art. 269) y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (decreto 3664 de 1986, art. 1°). Algunas salas del honorable Tribunal Superior de Medellín entendieron que la previsión legislativa también involucra el "procedimiento abreviado"; pero la distinción de ambas estructuras (ordinaria y abreviada) era tan nítida en el desaparecido estatuto procesal penal (decreto 50 de 1987), que tales "interpretaciones" resultaron francamente enmendadoras de la plana de la ley, con lo cual el intérprete no se contentó con lo que "quiso decir el legislador" y arbitrariamente postuló lo que "debió decir el legislador".

Pero bien, el art. 230 de la Constitución y el art. 6° del Código no implican ni mucho menos un homenaje exagerado a la ley, a lo establecido como un cuerpo rígido, dado de una vez por todas. Por eso dice en los mismos textos que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial (necesidad de interpretar). En un enfoque ajeno a estos criterios, la realidad, en sus diversos aspectos y configuraciones, parece quedar ausente de toda consideración.

B) Principio de prevalencia del derecho sustancial (Const. Pol., art. 228; C. de P. P., art. 9°) y debido proceso (Const. Pol., art. 29 y C. de P. P., art. 1°)

"En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferencialmente su efectividad", dice el art. 9° del C. de P. P. CLARÍA OLMEDO, en relación con la necesidad del proceso penal, sostiene: "Extendido como un puente indispensable entre el delito y la sanción, este medio de justicia (el proceso penal) es el único capaz de convertir a la imputación en punición, no pudiendo ser sustituido ni eliminado"⁹. La desformalización del proceso penal atañe a los ritos de segundo rango, so pretexto de los cuales no se puede sacrificar la efectividad del derecho sustancial, porque la plenitud de las formas básicas de cada juicio es el único instrumento constitucionalmente autorizado para emprender la persecución penal. En efecto, para GIOVANNI LEONE el proceso penal gira en torno a la *litis* o conflicto entre el *ius puniendi* del Estado y el derecho de libertad del individuo imputado (objeto genérico)¹⁰. Solo el juez puede imponer a través del proceso la consecuencia jurídica "pena", quedando ello garantizado directamente como derecho fundamental en los arts. 28, 29 inc. 2° de la Const. Pol. y 1°, inc. 1° del C. de P. P.

La importancia del proceso penal como única vía legítima de ejercicio del *ius puniendi*, la relieves KLAUS TIEDEMANN, en los siguientes términos: "La vinculación formal de la prueba de la verdad reivindicada con ello, desarrollada por el conocimiento de los excesos históricos (tortura), es una de las seguridades fundamentales

⁹ Cit. por JORGE EDUARDO VÁSQUEZ ROSSI, ob. cit., pág. 101.

¹⁰ Cit. por VÁSQUEZ ROSSI, ob. cit., pág. 103.

del proceso penal de un Estado de derecho, y uno de los objetivos principales de nuestra ley procesal penal, que proviene totalmente del movimiento de reforma liberal del siglo XIX, con BECCARIA a la cabeza¹¹.

No es un principio del estatuto procesal penal, escribe el autor antes citado, que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio. Por el contrario, el objetivo del proceso penal, propio de un Estado de derecho, es el de proceder contra el inculpaado solo de forma respetuosa de su dignidad humana, por tanto, garantizando sus derechos fundamentales y respetando su personalidad. Para el lego en derecho esa actitud no es siempre fácil de entender. La vinculación formal le parece a menudo un formalismo sin sentido. Pero la situación es inmediatamente manifiesta, cuando se hace claro que cada utilización de la coerción en el proceso penal comporta una violación de los derechos fundamentales de los interesados (no solo el sindicado sino también, v. gr., de testigos): la detención preventiva atenta contra el derecho fundamental de la libertad de locomoción; el secuestro y el registro perjudican el derecho de propiedad, así como el derecho a la inviolabilidad del domicilio; la grabación magnetofónica limita el secreto de las comunicaciones. Para todas estas violaciones de los derechos fundamentales por parte del Estado, el proceso penal en sí y los principios rectores son una suerte de bálsamo; el derecho procesal penal y los principios rectores señalan la clase y extensión de estas violaciones y, por tanto, aunque suena paradójico, el derecho procesal penal y los principios rectores son los que dicen en qué medida esas violaciones a los derechos fundamentales están conforme a derecho.

Esto es de difícil comprensión para el lego, pero los abogados y los jueces, como obreros del Estado de derecho (hay mucho arquitecto) tienen que comprender la necesidad política y de justicia del principio de presunción de inocencia, como dimensión del debido proceso (Const. Pol., art. 29). ¿Sin este principio para qué el trabajoso proceso penal, si no ha de entenderse este como una tensión dialéctica entre la actividad persecutora del Estado y esa presunción de inocencia? Sin este fundamental ingrediente, el proceso penal es puro simbolismo, una pantomima, porque el juez siempre llevaría el prejuicio de la presunción de responsabilidad. No en vano la comisión especial legislativa, al redactar el art. 2º, dijo que “toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal...” (hemos subrayado).

Pero una cosa es que en la práctica no se trate al sindicado como inocente, en principio, y otra muy distinta es que la propia estructura procesal desconozca el principio. Es lo que ocurre con las prácticas procesales que deben cumplir los jueces y fiscales regionales. Solo algunos ejemplos de los más dramáticos: las excepciones y exclusiones que se hacen en materia de captura en flagrancia de servidor público (art. 373, inc. 2º); privación de la libertad de servidor público (art. 374-2); detención de servidores públicos (art. 399, inc. final); detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio (art. 409, inciso final) y libertad provisional (art. 415, numeral 3, inc. 2º y parágrafo). Semejantes excepciones desconocen el principio tratado y postulan otro de efecto contrario, el de presunción de responsabilidad.

¹¹ KLAUS TIEDEMANN, ob. cit., pág. 138.

En relación con la publicidad, como nota característica del debido proceso, es necesario advertir que tal dimensión se justifica políticamente, por cuanto la actividad jurisdiccional secreta y de gabinete le resta confiabilidad al proceso penal y deteriora la imagen de la administración de justicia.

Es en razón de la publicidad del proceso penal que no tiene fundamento constitucional la ausencia de vista pública en el proceso ante los jueces regionales (art. 457), de cara al principio del debido proceso (Const. Pol., art. 29, y C. de P. P., art. 1º). La publicidad del proceso se sustenta en la necesidad de confianza de la generalidad o del particular en la objetividad de la administración de justicia; solo así se facilita la participación de todos en las decisiones que los afectan, postulado de democracia participativa que está situado como uno de los fines del Estado liberal, social y democrático de derecho y, por ende, no puede ser extraño al proceso penal con algunas limitaciones legales obviamente (Const. Pol., art. 2º). Es la publicidad, en fin, un medio de control democrático del pueblo soberano sobre sus jueces (Const. Pol., art. 3º), establecido después de que la Ilustración triunfara en la lucha contra la justicia secreta imperante en los tiempos anteriores a ella y que ahora se revive en Colombia.

5. EXAMEN DE OTRAS INSTITUCIONES PROCESALES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS RECTORES

De cara a las normas rectoras y principios constitucionales pueden verse algunas normas del nuevo estatuto procesal penal del siguiente modo:

A) Terminación anticipada del proceso (art. 37)

La terminación anticipada del proceso puede verse como una manifestación del principio de prevalencia del derecho sustancial, solo en la medida en que procura la ágil realización de la pretensión punitiva del Estado. Es la relativización de los conceptos fundamentales del derecho penal y de sus específicos medios de control, en el sentido de que se le permite al sindicado y a su defensor participar en la discusión de los hechos que delimitan la pretensión punitiva y la mensura de la misma. Claro que para configurar en tal espacio procesal opcional un verdadero proceso de partes debió permitirse la intervención de la víctima (Const. Pol., art. 250-1). La institución puede representar un leve matiz de la concepción político-criminal del derecho penal como *extrema ratio*, su utilización en lo mínimo posible, que es lo estrictamente necesario para la paz social, en la medida en que el acuerdo involucre la pena adecuada a tal fin —sin desbordar los límites legales—, y ajena a las exacerbaciones metafísicas de parte del fiscal que interviene en el acuerdo o del juez que debe aprobarlo. Es el reconocimiento de la corresponsabilidad de la sociedad en la génesis del delito; todo derecho penal delata la precariedad del sistema social para solucionar sus propios males y conflictos, y esta realidad ha de contar para que se le estructure de una manera menos mesiánica y pretensiosa, o como escribe E. R. ZAFFARONI, el sistema penal en el control social “no tiene

la importancia que el discurso jurídico ordinario le asigna, sino que le cabe un lugar más modesto, aunque esta afirmación escandalice a muchos juristas formados en el idealismo o en el positivismo jurídico. Mucho más modesto es el lugar que le cabe al derecho penal mismo"¹².

En la conformidad del acusado con la pretensión punitiva, que es el *quid* de la estructura especial regulada en el art. 37 del C. de P. P., no se menciona al defensor, omisión que parece oponerse al principio constitucional y rector de la defensa libre y amplia, según el cual "quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento..." (Const. Pol., art. 29 y C. de P. P., art. 1°). Si la audiencia especial del art. 37 puede tener lugar "desde que se haya proferido resolución de apertura de investigación hasta antes de que se fije fecha para audiencia pública", sin duda se requiere de asistencia de defensor idóneo. Con todo, la norma no es inconstitucional por ello, pues allí no se proscribía la intervención del defensor; corresponde al juez hacer prevalecer la norma constitucional y rectora y permitir la actuación libre del defensor en el acuerdo. Por lo demás, el art. 145 prohíbe al fiscal cualquier comunicación con el sindicado sin la presencia de su defensor, amén de que el art. 161 grava de inexistencia las diligencias cumplidas con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor.

Paradójicamente, si el propósito del legislador era obviar la intervención del defensor en esta audiencia especial, allí es donde más clama la asistencia letrada porque aquella —si se produce el acuerdo— siempre culminará con la declaración de responsabilidad penal, por una hipótesis delictiva por lo menos.

Lamentable y de pronto inconstitucional, se reitera, la ausencia de la víctima en dicho acuerdo, pues, como escribe el profesor JUAN BUSTOS RAMÍREZ, el Estado no solo tiene que presupuestar como expectativa la imposición de una pena, sino además, propiciar que el proceso penal adopte distintas formas de terminación, o que no se inicie o se suspenda y, en fin, que el juez pueda abstenerse de imponer una pena como consecuencia de la comunicación establecida entre las partes¹³. No solo en el ámbito del injusto es necesario destacar el papel que juega la víctima, también hay que asignarle un rol en la sede del proceso penal —no con la visión recortada del art. 28 del C. de P. P.—, para que así se cumpla el principio constitucional fundamental de que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, al cual incumbe como fin esencial "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan" (Const. Pol., arts. 1° y 2°). El Estado también tiene que velar por la protección de la víctima y permitirle entonces una participación activa (Const. Pol., art. 250-4), de modo que el proceso penal sea entre partes y así aquella también pueda intervenir en la resolución del conflicto.

¹² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit., pág. 36.

¹³ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte general, Barcelona, Ariel, S. A., 1989, pág. 16.

B) Oportunidad para la constitución de parte civil (art. 45)

Solo puede intentarse a partir de la resolución de apertura de instrucción, limitación que provoca un aparente desequilibrio frente a la defensa que es libre y amplia (art. 1°) —aun en la fase preprocesal de la investigación previa— con lo cual podría verse lesionado el principio rector de la igualdad de los sujetos procesales (art. 20). Pero no puede olvidarse que el desequilibrio ya ha afectado al sindicado que es sometido al exorbitante poder de persecución penal del Estado y ahora se le suma la persecución privada de la víctima o del perjudicado.

C) Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria (art. 57)

La cosa juzgada se refiere a toda la situación procesal definida por sentencia ejecutoriada o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante. La cosa juzgada en materia de responsabilidad civil derivada del hecho punible, tanto en relación con el procesado como del tercero civilmente responsable, está circunscrita a los casos del artículo precitado.

La parte final del art. 57 introduce una confusión, porque la acción civil en cualquier caso puede iniciarse separadamente del proceso penal (art. 43), pero si en este se llegare a declarar (por providencia en firme), antes de que concluya el proceso civil, que el hecho causante del presunto perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que este obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, aquel no puede proseguirse. Podría pensarse que si el tercero civilmente responsable no fue vinculado al proceso penal, entonces tranquilamente puede iniciarse la acción civil contra él; pero las señaladas causales de absolución o de cesación de proceso son tan concluyentes que parece descartarse de plano la indemnización a la víctima o a los perjudicados y también se quiere precaver eventuales pronunciamientos contrarios a la jurisdicción sobre asunto tan evidente.

Se pregunta: ¿Será presupuesto la constitución de la parte civil dentro del proceso penal, si se aspira a los efectos civiles de la cosa juzgada penal absolutoria? La respuesta es negativa, porque sería exigir en un estadio posterior lo que previamente se había imposibilitado desde el punto de vista legal, esto es, la coexistencia de la acción civil dentro del proceso penal y por fuera de él (arts. 46-7 y 50).

El art. 57 prescribe que "la acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse..." y, obviamente, la "no prosecución" solo puede predicarse de la acción civil ya iniciada, lo cual significa que no puede "proseguirse" la acción civil separada del proceso penal, desde luego que no sea concomitante con la acción civil dentro del mismo. Una vez más se ratifica la exclusión del pago de perjuicios cuando en el proceso penal se concluye que el hecho causante del perjuicio no existió o que el sindicado no lo realizó, o que este actuó en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. Aquí no se requiere debate civil separado, porque ya lo dijo la jurisdicción.

D) Inexistencia de diligencias y derecho de defensa (art. 161)

El inciso 2° de esta disposición viola el derecho fundamental de defensa (Const. Pol., art. 29-4 y C. de P. P., art. 1°-2), porque en estos cánones se garantiza la defensa

amplia y libre, durante la investigación y el juzgamiento. La investigación previa, al lado de la instrucción hace parte de la investigación (C. de P. P., libro II, título I).

Se agrava la situación con el art. 312, norma que faculta a la policía judicial para ordenar y practicar pruebas sin que se requiera providencia previa, en caso de flagrancia y en el lugar de los hechos (*investigación preliminar*). De ahí la necesidad del defensor.

El inciso 2° del art. 322 ratifica el contenido del inciso 2° del art. 161 y, por ende, también es inconstitucional. En estos casos en que se excluye el defensor es cuando más se requiere la asistencia letrada, pues aún no ha llegado el imputado a las manos seguras del funcionario judicial —lo tiene la policía judicial—. ¿O será que se concibe la flagrancia como una muerte procesal anticipada? Ante un principio de evidencia, como puede llegar a ser la flagrancia, es cuando más apremiada de defensa se halla el imputado.

E) *La prohibición de la reformatio in pejus* (C. de P. P., arts. 17 y Const. Pol., art. 31) y *la competencia del superior* (C. de P. P., art. 217)

La prohibición tiene los siguientes límites de obligatorio cumplimiento:

1. Se circunscribe al ámbito de la sentencia, y de la sentencia de carácter condenatorio. En la apelación de las providencias interlocutorias (autos y resoluciones), así lo haga solo el procesado o su defensor, el superior puede modificar para empeorar. En la Comisión Accidental de la Constituyente se había propuesto el siguiente texto: "El superior no podrá agravar la situación jurídica del procesado...". Por el peligro que entrañaba tan amplia fórmula, se reaccionó con el texto del art. 31 constitucional.

2. La segunda parte del art. 217, que consagra la prohibición de la *reformatio in pejus*, se escribió para sustraer la sentencia condenatoria de la norma general de la facultad ilimitada del superior para decidir sobre la providencia impugnada o consultada, salvo que haya sido recurrida por el fiscal, el agente del ministerio público o la parte civil, cuando tuvieran interés. Cuando la inconformidad del procesado o de su defensor es la única llave que abre la segunda instancia, las potestades del superior quedan limitadas a remover, si es el caso, los motivos de agravio expuestos por la parte defendida como apelante única. Entonces, si ante esa particular situación procesal, la ley no tolera agravaciones, con más veras opera la limitante frente al caso de una absolución que en una sentencia compleja coexiste con una condena; por ello el legislador ni siquiera contempló literalmente la eventualidad, pues ello emerge del sentido lógico y teleológico de la norma que se comenta. En otras palabras, la prohibición de un mayor rigor punitivo comprende lógicamente la intensificación de una pena impuesta así como la posibilidad de imponer la pena que la primera instancia excluyó por absolución.

La salvedad se hizo por enunciación de los sujetos procesales, no por la vía que abre la segunda instancia, para que se entendiera que así el apelante no fuera el condenado, si recurre el defensor o el ministerio público en favor del condenado, no se puede agravar la pena.

3. Ahora bien, "agravar" no solo comporta rígidos aspectos cuantitativos; el verbo tiene alcances cualitativos dentro del sistema normativo colombiano. En este último sentido, la H. Corte Suprema de Justicia dijo lo siguiente:

"Y en esto aparece como natural, queda comprendido lo referente al subrogado, pues la revocatoria debe mirarse como una agravación de la pena, ya que el precepto comentado no emplea voz que insinúe solo el aspecto cuantitativo de la pena (v. gr. aumentar) sino una forma verbal (agravar) que comporta la noción de mayor rigor, severidad, drasticidad o empeoramiento. Y esto, evidentemente, cobija tanto el *quantum* de la pena como la agregación de otras sanciones o la modalidad de su ejecución. Notable diferencia media entre purgar de inmediato una pena y suspender su aplicación y, esa diferencia, constituye un fenómeno de agravación" (C.S.J., sent., octubre 22 de 1991, M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Si se fuera consecuente con el entendimiento cabal que la Corte hace de la inflexión verbal (agravar), el aumento del valor de los perjuicios, en la medida en que puede incidir negativamente en la condena de ejecución condicional (C. P., art. 69; C. de P. P., arts. 519 y 520) está vedado a la segunda instancia.

4. ¿Qué ocurre cuando son varios los acusados o los defensores? La alta corporación judicial expresó:

"Tampoco podrá hacerlo respecto de los procesados no recurrentes o que se les haya declarado desierto por ausencia de sustentación. Interpretar la norma en sentido distinto sería tanto como limitar su aplicación a los asuntos en los cuales figure un solo procesado, lo cual resulta inadmisibles.

"Tampoco tendrá operancia la norma constitucional cuando el fallo de primera instancia, por ministerio de la ley, tenga el grado jurisdiccional de la consulta, así haya sido recurrida por uno o varios procesados, ya que el superior adquiere competencia plena para revisar el fallo y tomar las determinaciones que juzgue pertinentes. De no ser ello así, bastaría al procesado interponer el recurso de apelación contra ella, aun sin tener interés jurídico para impugnarla, como sería el caso del absuelto [sic], lo cual resulta contrario al ordenamiento legal. De aceptarse tal postura, desaparecería el grado jurisdiccional de la consulta, que en la misma norma constitucional se menciona como imperativo en los casos contemplados por la ley" (C.S.J., auto, agosto 14 de 1991, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

5. El desconocimiento de la prohibición de *reformatio in pejus* da lugar al recurso de casación, por la causal primera del art. 220 del C. de P. P., y en dicha sede también existe la prohibición (art. 227).

6. También se aplica el principio para el evento de que la sanción sea una medida de seguridad, pues estas, de conformidad con el inciso final del art. 28 de la Constitución, no pueden seguir siendo indeterminadas. Los arts. 94 y 95 del C. P. tienen que ajustarse a esta nueva preceptiva constitucional.

A ello apunta la parte final del art. 218, cuando dice que el recurso de casación procede por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, aunque se trate de una medida de seguridad.

F) *Principio de prevalencia del derecho sustancial* (Const. Pol., art. 228; C. de P. P., art. 9º)

La prevalencia del derecho sustancial es en relación con aspectos formales de segunda entidad. A pesar de este postulado, el Código no eliminó el principio de limitación en el recurso de casación, apenas morigeró sus efectos (art. 228). De manera excepcional, en atención a este principio, la Corte Suprema de Justicia admitirá recursos de casación sin cumplir los requisitos del art. 218, incisos 1º y 3º.

1. Como desarrollo de esta norma rectora se estableció una nueva causal de revisión, con fundamento en el cambio de doctrina jurisprudencial favorable (C. de P. P., art. 232-6).

2. Otro desarrollo se advierte en la salvedad que se introdujo en el art. 417. Esta norma consagra la prohibición de libertad provisional fundada meramente en la figura abstracta del hipotético delito, "salvo que estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la pena".

Como se entendía de modo absoluto la prohibición similar del anterior art. 441, a la postre se hacía nugatorio el subrogado de la condena de ejecución condicional (C. P., art. 68), que es un derecho sustancial. Por ello, antes de que se produjera el cambio legislativo, con buen tino y sentido de justicia, la Corte había atemperado el rigor de la prohibición en los siguientes términos: "Las prohibiciones del artículo 441 no se aplican cuando el procesado no requiere tratamiento penitenciario" (C. S. de J., auto, julio 31 de 1991, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

G) *Pruebas y debido proceso*

La novísima legislación procesal omitió el principio de legalidad en la adopción de la prueba: "Ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida. Las pruebas allegadas o aportadas al proceso serán legalizadas mediante auto en que se indique su conducencia" (C. de P. P. derogado, art. 252).

Parece quedar incluido el principio en el nuevo art. 246. Con todo, el art. 29, inciso final de la ley fundamental es categórico: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

1. El art. 251 prevé la no contradicción en la investigación previa ante los jueces regionales, disposición que se muestra contraria al art. 29 inciso 4º de la Carta Magna, según el cual: "quien sea sindicado tiene derecho a la defensa..., durante la investigación y el juzgamiento...; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...". Aunque el art. 7º del C. de P. P. tolera la salvedad, tal excepción resiente el citado texto constitucional.

La misma sistemática del Código le allanó el camino a la inconstitucionalidad de este texto: libro II —Investigación— que comprende el título I —investigación previa— y título II —instrucción—. La connotación del vocablo "investigación" en la ley constitucional debe entenderse, por lo menos, como lo hace el subordinado estatuto procesal penal.

H) *Investigación previa*

Literalmente entendido el art. 323 puede producir la superfetación de la investigación previa, porque se recarga de pruebas que le son extrañas. Hay que entender las finalidades de esa fase (art. 319), para respetar los principios de igualdad (art. 20), lealtad (art. 16), contradicción (art. 7º) y defensa (art. 1º.2). En otras palabras frente a los imperativos rectores de la igualdad, de la lealtad —que también concierne al funcionario judicial—, de la contradicción y la defensa, esta fase preprocesal es limitada a las metas propuestas en el art. 319, con actividad de investigación restringida, pues solo así se evita la conversión de la investigación previa en instrucción. Se ha llegado en la práctica judicial al absurdo de que la prueba más destacada se aporta en la investigación previa, de espaldas al sindicado y a su defensor, para concluir en el desaguado de que la instrucción prácticamente solo se abre por la necesidad de vincular al imputado mediante la indagatoria o por la fórmula sustitutiva del emplazamiento.

I) *Término para la instrucción*

El art. 329 del nuevo estatuto procesal penal prevé que "La instrucción podrá realizarse mientras no prescriba la acción penal". Por ello el art. 438 dice que si no hubiera pruebas necesarias para calificar la investigación, el fiscal se abstendrá de cerrarla; y el art. 439 ordena que ante la ausencia de prueba para acusar o precluir la investigación, el fiscal continuará adelantando la instrucción.

El art. 329 es una norma regresiva: se volvió al sentido del art. 76, inciso final del decreto 522 de 1971 y del art. 14, inciso final de la ley 2ª de 1984. Se menospreció el contenido del art. 473 del decreto 50 de 1987, modificado por el art. 25 del decreto 1861 de 1989, que permitía la reapertura de investigación hasta por un año.

Tanto el art. 329 como el 439 son contrarios al art. 29 de la Const. Pol. (presunción de inocencia y debido proceso público oportuno, sin dilaciones injustificadas) y al art. 2º del C. de P. P.

J) *Investigación de autores y partícipes*

El art. 352, inciso 2º puede violar el derecho de defensa libre (Const. Pol., art. 29), y los principios de lealtad (C. de P. P., art. 18) e igualdad (art. 20 *ibíd*), porque propicia la vinculación tardía del imputado al proceso.

K) *Medidas de aseguramiento*

Por virtud del art. 248 de la Const. Pol., solamente la sentencia ejecutoriada constituye antecedente. Por ello se replanteó la causal tercera de detención preventiva regulada en el art. 421 del derogado C. de P. P. y quedó como lo dispone el art. 397, numeral 4, del estatuto vigente.

L) *Libertad del procesado*

El art. 415, numeral 3, inciso 2º del C. de P. P., viola el principio consagrado en el art. 28 de la Const. Pol. según el cual la regla es la libertad y la excepción

su restricción. Vulnera el art. 29 de la misma Carta, pues al verificar en primera instancia la presunción de inocencia, lo correcto es que se vuelva a capturar cuando se revoque. Pero como el art. 198 del C. de P. P. es desarrollo del art. 28 constitucional (principio de la libertad), entonces en el caso de los delitos de competencia de los jueces regionales no hay reciprocidad, se rompe el equilibrio, porque la detención sí se cumple de inmediato y la libertad, en cambio, se difiere hasta el momento del decisorio de segunda instancia. Trátase de un exceso de omnipotencia estatal, ajeno al sistema republicano y al Estado socioliberal y democrático de derecho (Const. Pol., art. 1°). Tal disposición desconoce fundamentalmente el principio rector de la presunción de inocencia, a cuyo tenor la persona no solo se considera inocente sino que "debe ser tratada como tal" (C. de P. P., arts. 2° y 4°).

M) *Calificación*

El art. 439 viola el principio de presunción de inocencia, en lo atinente al énfasis de que la persona "debe ser tratada como tal" (art. 2°) y el *in dubio pro reo*, postulado que curiosamente fue incorporado en el texto del art. 445, y que es derivación de aquel. El *in dubio pro reo* le dice al funcionario judicial que resuelva, aunque tenga duda metódica, en cambio los arts. 438 y 439, le permiten que no resuelva. Esta violación involucra el art. 443, en relación con el art. 36, porque no tratan al procesado como inocente sino como responsable. Por ello, el art. 458 del anteproyecto, por acatamiento a este principio, decía: "*Preclusión definitiva de la investigación*. La unidad fiscal decretará la preclusión definitiva de la instrucción, si no hubiere mérito para formular resolución de acusación".

Para poder condenar requiérese el grado de certeza objetiva, capaz de destruir la condición de inocencia del acusado (C. de P. P., art. 247). Consecuentemente, para una decisión absolutoria (la cesación o la preclusión lo son), no resulta imprescindible la seguridad sobre la inocencia, basta la duda.

Es lógico que a la acción penal o a la actividad jurisdiccional punitiva se anteponga dialécticamente la hipótesis de la inocencia del procesado, ya que de no ser así, carece de sentido el dispendioso proceso.

Principios, sí señores, principios, para no despachar alegremente esos misteriosos problemas del alma humana; para que no llegue el día en que un complejo mecánico, animado únicamente por la corriente eléctrica, pretenda resolver, en virtud de las cifras, sobre las cosas del espíritu; para que no se aproxime la hora en que la máquina se convierta en juez del ser viviente; algo demasiado espantoso (dice PAPINI), incluso para un hombre progresista, como me jacto de serlo. Principios para que no nos invada la rutina en tan delicada tarea de administrar justicia, porque el juez evidentemente es un ser social y no puede seguir siendo marginado, pero como dijera P. A. FEUERBACH, el padre del derecho penal liberal (autor del Código de Baviera-Alemania de 1813): "la justicia se le aparece como una diosa, cuyos templos son los tribunales y los sacerdotes, los jueces. Son muy distintos los deberes de los jueces de los de los hombres de gobierno. Frente a los demás funcionarios tienen el deber de no servir a ningún amo más que a la justicia".

El art. 417 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana)

Javier Llobet Rodríguez*

INTRODUCCIÓN

En el ámbito latinoamericano en general se considera que, como consecuencia de la presunción de inocencia¹, las causales de prisión preventiva solo pueden perseguir finalidades de aseguramiento procesal y no funciones de carácter penal². Ello no ha sido obstáculo para que algunos autores que propugnan que la prisión preventiva solo pueda dictarse con base en causales de naturaleza procesal, acepten

* Secretario de la Sala de Casación Penal de Costa Rica y Magister de la Universidad de Friburgo (Alemania).

¹ Art. 29 de la Constitución colombiana; art. 2° del C. de P. P. colombiano; art. 8° inciso 2° de la Conv. Am. D. H.

² Cfr. ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. 1, Argentina, 1969, pág. 325; ABALOS, *Código Procesal Penal de Mendoza*, t. 1, Argentina, 1982, pág. 6.; MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1 b., Argentina, págs. 252-289; Ídem, "La reforma al procedimiento penal de Costa Rica", en *Revista Judicial* (Costa Rica), núm. 47, 1989, págs. 278-279; DE LA RÚA/MAIER, "Informe sobre las «Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal»", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, 1982, pág. 90; CAFFERATA, "Puntos para insistir en materia de eximición de prisión y excarcelación", en *Excarcelación y eximición de prisión* (Editor: R. Levene), Buenos Aires, 1986, págs. 1-13; B. MINVIELLE, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal", en *Doctrina Penal* (Argentina), núm. 41, 1988, pág. 92; ABAL, *¿Cuándo disponer la prisión preventiva?*, 1986, pág. 172; F. CRUZ, *La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho*, San José, 1989, págs. 113-120; TORRES, *Derecho procesal penal*, Panamá, 1973, pág. 125; LLOBET, *Código de Procedimientos Penales*, San José, 1991, págs. 306-307; G. VITELE, "Reforma neuquina en materia de «excarcelación». Ley 1821. Su inconstitucionalidad", en *Doctrina Penal* (Argentina), 1990, págs. 470-471.