

# INNOVACIONES FUNDAMENTALES EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

DR. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ \*

Sumario: I.— Principios rectores. II.— Indagación preliminar. III.— Nueva causal de desistimiento de la acción penal. IV.— Restricción de facultades a la parte civil. V.— Ministerio Público. VI.— El defensor. VII.— El tercero incidental. VIII.— Redacción de autos y sentencias. Prohibición de transcripciones. IX.— La consulta. X.— Nulidades. XI.— Sumario. XII.— Procedimiento abreviado. XIII.— Innovaciones del Proyecto no incluidas en el Código.

## I. PRINCIPIOS RECTORES

No obstante estar en la portada del nuevo Código de Procedimiento Penal, podría muy bien decirse que los principios rectores que allí se consagran son como la columna vertebral de dicho Estatuto. Allí se recogen, por ser pertinentes, normas de la Constitución Nacional, mandatos expresos de tratados internacionales suscritos por Colombia, principios generales del derecho que han regido nuestro acontecer jurídico durante un siglo. Esa, a manera de preámbulo, es como la visión anticipada de lo que se aspira que sean las nuevas normas en esta materia. Podría inclusive decirse que la aceptación o reserva que pueda despertar el nuevo ordenamiento procesal, dependerá del respeto de este hacia aquellos principios. En su conjunto, bien podría decirse que es como la base jurídica, filosófica y política sobre la cual se levantará el edificio normativo de nuestra ley procesal penal. Pero en concreto, casi todos esos principios rectores apuntan a la protección de la libertad individual, a la plenitud de todas las garantías para el destinatario de las normas, a la tutela de la dignidad personal del sujeto pasivo de la acción penal.

Lo anterior viene a significar que el nuevo Código no fue elaborado con el criterio de dar una preferente protección a la sociedad ofendida por el delito, ni que tiene en miras la salvaguarda de los intereses del Estado, porque si ello pudiera ser así, estaríamos desfigurando su verdadero sentido, su trascendencia ontológica, porque es el hombre, como principal protagonista del drama penal, el que está

\* Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1986. El texto aquí insertado corresponde a conferencia dictada por el autor en el Colegio Antioqueño de Abogados (COLEGAS), el 16 de marzo de 1987.

inmerso en las instituciones jurídicas creadas y en las decisiones judiciales que se toman con respecto a su libertad. Es lo propio de un Estado de Derecho, de un régimen jurídico que recibe su aliento de los principios democráticos y liberales de una nación. Lo contrario de lo que acontece en los regímenes autoritarios o dictatoriales, en los que se deifica al Estado y al principio de la seguridad nacional, cuando no es que, so pretexto de la preservación del orden público y de garantizar la convivencia ciudadana, se sacrifican arbitrariamente las libertades individuales. Por eso BETTIOL, uno de los grandes juristas contemporáneos, al penetrar agudamente en la profunda filosofía que encierra el proceso penal, decía que sus normas están ante todo establecidas para tutelar el bien de la libertad del imputado, fuera de agregar que a ese mismo fin debe estar orientada la interpretación de las normas.

Y ya CARRARA, desde hace más de un siglo había dicho que el origen del proceso penal no está en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del Derecho. En lo cual tenía toda la razón, por cuanto de preferirse lo primero se podría llegar a los extremos de sacrificar la propia libertad individual, con lo que se pondría en vigencia el postulado *salus publica suprema lex est*, el cual jamás puede ser de recibo en una legislación que quiera ostentar el honroso título de estar inspirada en principios de justicia, democracia y libertad.

Muchos de esos principios rectores podrían no estar codificados en el nuevo estatuto procesal, y aún así el juez no podría desentenderse de ellos porque están latentes en la conciencia del hombre, forman parte del patrimonio jurídico cultural de un pueblo, pertenecen además al derecho natural, inviolable en toda legislación que hunda sus raíces en el acervo humanístico formado a través de los siglos.

Pero se nos ha dicho que no es un Código nuevo. Y se nos dice a manera de crítica. Pero ¿qué tal que nos hubiéramos propuesto darles un vuelco a todas nuestras instituciones para aparecer innovadores, cambiarle toda su fisonomía jurídica a la arquitectura normativa creada y levantada durante tantos lustros? Si, como ustedes saben, en el Código de 1938 había una buena cantidad de normas y principios que era necesario conservar, porque no se ha probado que ya sean obsoletos, fuera de que su aplicación durante medio siglo ha sido benéfica para la recta administración de justicia, no podíamos entonces desentendernos de este estatuto, sino que era preciso abrirlo, consultar cada una de sus normas, estudiar cada una de sus instituciones y aprovechar lo mejor de ellas. Teníamos que beneficiarnos de todo lo que ha dado origen a la elaboración de una larga y pacífica jurisprudencia de nuestros tribunales y doctrina de nuestros tratadistas. Es un legado jurídico que no podíamos despreñar a cambio de que se nos dijera innovadores; que se nos muestre un solo ejemplo de los códigos procesales expedidos en el mundo entero en este último medio siglo y que se nos diga si es un estatuto completamente nuevo.

En diversas entrevistas radiales y por los canales de la televisión, en foros que han despertado una gran expectativa pública, se ha manifestado que habría sido un Código revolucionario si se hubiere introducido en él instituciones existentes en otros países, como la de las acciones populares contra determinados delitos, como los ecológicos y contra el orden económico y social. Pero es seguro que

los mismos que han enrostrado esta falta de avanzada jurídica, de audacia en la renovación de nuestro ordenamiento procesal, de haberlo hecho así, habrían salido a desgarrarse las vestiduras diciendo que eran instituciones violatorias de la Carta Magna, que adolecían del vicio de inexequibilidad, por cuanto que en las facultades otorgadas por el legislador no se había señalado expresamente el poder para hacerlo. Se habría dicho que por dejarnos seducir del atractivo de las innovaciones no habíamos hecho sino copiar legislaciones foráneas, extranjerizar nuestras legislaciones, cuando lo aconsejable habría sido hacer un Código a la colombiana, de acuerdo con la experiencia de tantos lustros, consultando nuestra propia idiosincrasia. Con razón hubo de decir uno de los contendores en alguno de aquellos foros, que lo que se pretendió fue hacer un Código para Cundinamarca y no para Dinamarca.

También se ha dicho que habría sido un Código revolucionario si hubiera introducido un procedimiento especial para los procesos seguidos a los indígenas. Y, ciertamente, nuestra poca o ninguna imaginación revolucionaria en estas materias no avizoró siquiera esta posibilidad. Jamás se pensó que los indígenas pudieran procesalmente recibir un tratamiento diferente del que se les da a los demás procesados considerados como imputables ante la ley penal. Si ya el Código Penal tenía previsto que cuando se trate de un indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida de seguridad fijada para él es la de su reintegración a su medio ambiente, el Código de Procedimiento no podía someter a los indígenas imputables a un tratamiento procesal distinto del de los demás procesados. Si ya están inmersos en nuestra cultura, si se encuentran incorporados a nuestra civilización, lo más lógico es tratarlos en un pie de igualdad, someterlos a los mismos parámetros jurídicos, con lo cual se les reconoce la dignidad humana de ser iguales ante la ley. Lo que se hizo entonces, al someterlos al mismo procedimiento, fue colocarlos en igualdad jurídica ante los demás colombianos, considerarlos como seres humanos capaces de discernir entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito. Si a todas las afrentas que esta raza oprimida y vejada desde hace siglo y medio viene recibiendo de todos los gobiernos, de la sociedad entera, abandonada de la Iglesia, excluida de todos los beneficios que reparte a diario el Estado, les hubiéramos sumado ahora la de considerarla inferior a las otras razas de nuestra patria, merecedora por ello de un tratamiento desigual ante la ley, no la habríamos honrado, sino escarnecido. Recuérdese aquella sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se llegó a la conclusión de que para los indígenas no había legislación penal aplicable; entonces dijimos que se los había colocado en situación de inferioridad tal respecto a la de los demás colombianos, que ni siquiera los teníamos como inimputables, ni en situación semejante a la de los menores de edad.

Pero si no se pudo hacer estas innovaciones, y otras que se han reclamado y sobre las cuales no podemos ahora detenernos, veamos entonces las que sí se introdujeron, por lo menos algunas, para que cada uno, hoy y mañana, pueda hacer la evaluación correspondiente, medir sus alcances, apreciar su conveniencia o inconveniencia.

## II. INDAGACIÓN PRELIMINAR

Se tiene previsto que habrá una indagación preliminar que tiene por finalidad determinar si ha ocurrido o no el hecho presuntamente delictuoso y recaudar las pruebas tendentes a la *identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho*. Bien sabido es que la criminalidad ha venido en aumento, pues, para no hablar sino de la ciudad de Medellín, el año pasado hubo 2.800 homicidios, cuya sola investigación desbordaría la capacidad instructora de los jueces. A lo anterior hay que agregar ciertas modalidades criminales tan generalizadas como la macabra institución de los sicarios, de los asesinos a sueldo, quienes, las más de las veces, luego de perpetrar su crimen huyen sin dejar rastros o huellas de ellos. De otra parte, los organismos secretos del Estado, principalmente la policía judicial, resultan insuficientes para ocuparse del esclarecimiento de estos hechos. Todo lo cual nos ha llevado a la amarga realidad de que en la carátula de los respectivos expedientes, en un altísimo porcentaje, haya de colocarse el distintivo de "Sindicado N.N.". Y como ante la realidad del hecho delictuoso, independientemente de la identidad o descubrimiento de sus autores o partícipes, el funcionario instructor, en cumplimiento de la ley vigente tiene que dictar inmediatamente el auto cabeza de proceso, por esta sola circunstancia se ve obligado a impulsar la investigación y remitir los expedientes a los jueces de conocimiento una vez vencidos los términos de la instrucción. En estas condiciones, los jueces de conocimiento tienen que empezar la ardua tarea de leer y estudiar pacientemente todos aquellos legajos para poder decretar las ampliaciones pertinentes encaminadas al descubrimiento de los autores o partícipes del delito. Son una, dos, tres, cuatro o más ampliaciones que absorberán un tiempo precioso tanto para los jueces de conocimiento que las ordenan, como para los de instrucción que las cumplen. Ahora al entrar en vigencia el nuevo Código la situación será diferente, porque se faculta al juez de instrucción para una indagación preliminar hasta por sesenta días cuando no exista individualización o identificación de los autores o partícipes del hecho punible. Pero si la situación fuere la misma al término de los sesenta días, en lugar de remitir las diligencias al juez de conocimiento, lo hará al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, el cual reanudará las indagaciones pertinentes para el descubrimiento de los responsables.

A nuestro juicio, se trata de una innovación fundamental, pues con ello se impedirá que tanto los jueces de instrucción como los de conocimiento tengan que dedicar un tiempo considerable al estudio de procesos sin sindicado conocido para decretar ampliaciones y practicar pruebas, cuando otras investigaciones delicadas y con procesado detenido, o al menos individualizado o identificado, están demandándole el cumplimiento de términos y la obligación perentoria de evacuar las pruebas solicitadas por las partes. Creemos que con esta reforma tanto unos jueces como los otros verán considerablemente disminuido su trabajo y podrán dedicarse con mayor consagración y empeño a las actividades propias de su cargo, según el nuevo estatuto procesal.

## III. NUEVA CAUSAL DE DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL

A decir verdad, la nueva causal de extinción de la acción penal por desistimiento en razón del pago de perjuicios, es una disposición que hasta el presente ha sido muy bien recibida, tanto por la opinión pública como por los profesionales del derecho. En su formación se pensó más en las víctimas del delito que en los autores de este. Es la respuesta a la crítica que con toda razón se le ha hecho a nuestra legislación procesal en toda su historia, que por pensar demasiado en el sindicado y rodearlo de todas las garantías necesarias para su defensa, ha abandonado a las víctimas del hecho punible, se ha olvidado de la protección de sus derechos, que no son otros que los de ser indemnizadas de los perjuicios morales y materiales ocasionados con la infracción. La praxis judicial y la experiencia profesional nos han enseñado cómo frecuentemente el interés de las víctimas del delito no estriba en que su autor vaya a la cárcel y sea condenado, sino en que se les cubran los perjuicios que han recibido, o que se les devuelva lo que fue materia del ilícito. Y ahora el caso contrario, el de los sindicados que, estando dispuestos a la devolución de lo sustraído o apropiado, o al pago de los perjuicios que ocasionaron, se abstienen de hacerlo porque ese acto apenas les atenúa su situación jurídica, se los puede tener en cuenta para una excarcelación o rebaja de la pena en caso de condena. Pero si lo hace a la luz del nuevo estatuto, las repercusiones no pueden ser sino las mejores, porque significan la extinción de la acción penal y el archivo del proceso.

Se pensó que los procesos en que se debería permitir la viabilidad de esta norma fueran los relativos a delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico, con excepción del hurto calificado y la extorsión. En relación con las lesiones personales podríamos decir que se justifica plenamente, dado que en su mayoría son delitos ocasionales, como consecuencia de riñas callejeras, bajo el influjo de bebidas embriagantes. Con una sana y bien entendida política criminal, de pensar que si estamos bajo la influencia de un Estado cantinero que constantemente dilapida millones de pesos en hacerle propaganda a sus productos con el fin de incitar a su consumo para poder pagar maestros y atender a las urgentes necesidades de la salud, cuando, por colaborar indirectamente a esos deberes del Estado el hombre a causa del licor infringe la ley penal en delitos menos graves como los de lesiones, ese mismo Estado debe darle la oportunidad de indemnizar los perjuicios ocasionados y favorecer consecuentemente su situación jurídica.

Sabemos que la norma se puede prestar a críticas, como la de que no es conveniente este favoritismo de la ley para sindicados que hayan ocasionado una deformidad física, una perturbación funcional o psíquica transitorias o permanentes, la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro o lesiones seguidas de parto prematuro o aborto. Pero, a nuestro juicio, esa crítica no tendría mayor fundamento si se tiene en cuenta que esas consecuencias graves de las lesiones personales casi siempre son accidentales, no se las propuso deliberadamente el autor del hecho, sino que su intención fue simplemente la de herir. Por eso hemos dicho que en el caso concreto de esas consecuencias no queridas por el autor se sanciona una mera responsabilidad objetiva.

En defensa de la norma podríamos agregar que no por la gravedad de las lesiones se debe privar la ley de tratar a los responsables con un mismo rasero jurídico. Sería odioso hacer aquí tratamientos discriminatorios. Y aunque parezca un sofisma, en relación con las víctimas, mientras más graves sean las consecuencias recibidas, mientras mayores sean los perjuicios ocasionados, como disminución de su capacidad de trabajo, suspensión considerable de sus actividades laborales, mayormente se justifica darles la expectativa legal de que podrán ser resarcidas de esos perjuicios por el sindicado. A la mayor parte de los ofendidos por lesiones personales, más que saber que el sindicado está privado de su libertad, les interesa que se les compense el tiempo que han tenido que dejar de trabajar, que se les paguen los gastos de médico, clínica, farmacia, tratamiento, etc., a que se hayan visto obligados para su recuperación física.

Pero se alega que es una norma excluyente, con la cual solo se favorecen los ricos, los que estén en condiciones económicas de pagar los perjuicios ocasionados con la lesión. Esta censura no tiene razón de ser, en primer lugar, porque habría sido un absurdo, una insensatez, legislar con tan limitado criterio sobre los alcances de una norma; y, en segundo lugar, porque resulta absolutamente imprevisible que en la mayoría de los casos los perjuicios fueran tan graves que los responsables no pudieran satisfacer su indemnización. Y, de todas maneras, aunque en unos pocos o muchos casos fueran los ricos quienes más se pudieran favorecer de la disposición, no habría sido sensato privarnos de una norma tan importante alegando esa circunstancia.

La otra hipótesis sobre extinción de la acción penal está referida a los delitos contra el patrimonio económico, con excepción del hurto calificado y la extorsión. Aquí, al contrario, la crítica se funda en que las normas no favorecen a los sindicados, por ser en su mayoría pobres. No lo negamos, pero habría sido también absurdo que por ese mero criterio y apreciación, la legislación procesal se inhibiera de una disposición de tan benéficos alcances. Por lo demás, hay hurtos, estafas, fraudes mediante cheque, abusos de confianza, defraudaciones, usurpaciones, daños en bien ajeno, en que los sindicados son personajes de mucha solvencia económica, y que inclusive allí puede estar presente la famosa delincuencia de cuello blanco. ¿A cuál de los ahorradores defraudados en los sonados procesos conocidos por la opinión pública le hubiera gustado más que los responsables estuvieran en la cárcel, en vez de que estos les hubieran garantizado o devuelto sus ahorros, indemnizado sus perjuicios? Creo que ninguno hubiera preferido la solución de la cárcel.

Desde luego que la norma se puede prestar a muchos abusos, como cuando la víctima del delito de lesiones o contra el patrimonio económico trate de cobrar en exceso los perjuicios recibidos con la infracción. Una especie de chantaje al sindicado, por saberse en poder de la disponibilidad de su libertad. En previsión de estas situaciones, la Comisión Redactora había dispuesto que en caso de que entre lesionado y lesionado no hubiera acuerdo, intervendría el juez para tratar de zanjar las diferencias, fijando la indemnización que a su juicio correspondiera, sin que dicha fijación fuera de obligatoria aceptación por parte del sindicado ni

de la víctima. Pero a mi parecer, de una manera infortunada, la Comisión Revisora suprimió estos incisos de la disposición.

#### IV. RESTRICCIÓN DE FACULTADES A LA PARTE CIVIL

Todos sabemos cómo se abusa actualmente por parte de los abogados que actúan como parte civil en el proceso penal. Es así como, desfigurando el espíritu de la institución, ejercen un verdadero ensañamiento contra el sindicado cuando apelan de toda decisión que pueda serle favorable. Apelan de una excarcelación, de la concesión de un subrogado penal, y se ha llegado al extremo de apelar hasta de la concesión de la detención parcial en el propio lugar de trabajo, e inclusive a solicitar que si el acusado se encuentra en la cárcel municipal del lugar en donde se cometió el delito, por ejemplo, un homicidio, sea trasladado a la cárcel del Distrito, para que en ella se le torne más aflictiva su situación y no pueda disfrutar de las comodidades y ciertas conveniencias que lo favorecen en la cárcel municipal. Lo hemos visto igualmente esforzándose por la agravación de su situación jurídica, solicitando inclusive en las audiencias públicas, tanto al juez de derecho como al jurado de conciencia, ir más allá, agravando lo resuelto en el auto vocatorio a juicio. Es esta, a no dudarlo, una posición indebida, fruto del apasionamiento de una acusación, muchas veces por congraciarse con los deseos muy humanos de la víctima porque el procesado reciba la más alta sanción penal. Por eso se limita su facultad de apelar únicamente en lo que hace referencia a las decisiones que se tomen sobre la existencia del hecho punible, la identidad de sus autores o cómplices, su responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados, sobre el embargo y secuestro de bienes del sindicado. Se establecen términos y límites dentro de los cuales se puede constituir parte civil, desde que se dicte auto cabeza de proceso hasta el día en que se fije fecha para la audiencia pública. Este límite máximo tiene su razón de ser en que si los interesados se han desentendido del proceso y de sus pretensiones indemnizatorias por tiempo tan considerable, este silencio o inactividad procesal debe entenderse legalmente como la voluntad de no constituirse parte civil.

Se provee, eso sí, a facilitarle la preparación de la demanda de constitución de parte civil franqueándole el proceso con la sola presentación del poder, siempre y cuando esté acreditada sumariamente la legitimidad de la personería del poderdante. Se corrige así una mal entendida reserva sumarial alegada por muchos funcionarios, quienes con dicho proceder obligaban a los abogados a tener que formular una demanda sobre constitución de parte civil con las únicas informaciones de los ofendidos o sus familiares. Si es necesario en dicha demanda hacer una narración sucinta de los hechos, señalar los nombres de sus posibles autores, etc., nada más indicado que estos datos sean extraídos del propio proceso, con la mayor fidelidad posible.

Ha habido mucha inconformidad por parte de la Procuraduría General de la Nación por el hecho de haberse restringido de una manera ciertamente considerable las funciones al Ministerio Público. Ha sido tan ostensible esa inconformidad que motivó una visita del procurador al palacio presidencial para demandar del señor presidente que por decreto de estado de sitio, como efectivamente se hizo, se le conservara la policía judicial que se le había suprimido con el nuevo Código. De igual manera los organismos secretos del Estado, como el DAS y el F2, están muy disgustados por la nueva estructuración de la policía judicial, dependiente de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal y de los directores seccionales. Es decir, que vamos a tener una policía judicial a órdenes de los jueces de la República, con personal seleccionado, capacitado y nombrado por los directores seccionales de instrucción criminal, una policía unificada en su mando y dirección, sin los conductos regulares propios de las Fuerzas Armadas. Ya no estará, como hasta ahora, a órdenes de "mi teniente", "mi capitán" o "mi mayor", sino de los funcionarios civiles que tienen bajo su responsabilidad la instrucción y juzgamiento en los procesos penales, como los directores seccionales de instrucción criminal, los jueces y magistrados de la República.

Pero volviendo a las funciones que se le suprimieron al Ministerio Público y las que se le otorgaron, vale la pena destacar la supresión del traslado de los procesos penales para efecto de emitir conceptos sobre excarcelaciones y otras medidas, lo mismo que la vista fiscal previa a la calificación del sumario; y esto se justifica, por la nueva fisonomía que adquiere el proceso penal, en el que no son los jueces de conocimiento quienes califican el mérito del sumario, y así los fiscales del circuito y superiores de hecho quedan excluidos de esas intervenciones, y también porque tampoco ante los jueces de conocimiento se presentarán solicitudes de excarcelación o revocaciones de autos relacionados con la detención o libertad de los procesados. Bien sabemos que ante los jueces de conocimiento solo procede una cesación de procedimiento por causales objetivas de improseguibilidad, como la prescripción de la acción penal o el desistimiento, para citar solo dos ejemplos. Pero independiente de esta razón, de por sí de mucha consideración, con la supresión de esos traslados del proceso al Ministerio Público se agiliza de manera muy considerable el proceso penal, puesto que el recargo de trabajo en esos despachos y el exceso de expedientes no permiten una rápida tramitación. Creo que esto va a resultar muy conveniente y positivo para dichos funcionarios, pues van a disponer ahora de un mayor tiempo para preparar sus intervenciones en audiencia pública. Es innegable que muchas veces se produce una notable desproporción entre la acusación y la defensa, debido a que los abogados tenemos solo una que otra audiencia, por lo cual nos podemos preparar mejor que un fiscal que ha de asistir a dos audiencias semanales y que además debe emitir conceptos a solicitudes de excarcelación y sobre la calificación del sumario. Ello puede haber traído como consecuencia la impunidad, cuando por deficiencias de la acusación pudo formarse un criterio favorable a la situación jurídica del procesado. Van a poder dedicarse entonces

con mayor consagración, con mayor estudio, a la etapa tan importante del proceso como es la del juzgamiento.

En cambio se les asignan unas facultades y funciones de la mayor trascendencia, para lo cual pueden asesorarse del personal perteneciente al Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Entre esas funciones están las de vigilar el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones impuestas en las diligencias de conminación, caución, libertad provisional, de los subrogados penales, arresto domiciliario, detención en el propio lugar de trabajo o de estudio. En virtud de esa facultad de vigilancia, podrá solicitar la revocación de las medidas o la imposición de las sanciones correspondientes. Esta vigilancia nunca se ha ejercido por autoridad alguna y creo que los resultados van a ser muy positivos, dado que el conocimiento de que el disfrute de todos esos favores de la ley va a tener una estrecha y directa fiscalización, constituirá una especie de coacción psicológica para el buen comportamiento del sindicado en todo sentido.

Pero la función que, a nuestro juicio, va a tener la mayor trascendencia, es la relativa a la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica. Para fortuna de esta disposición, para seguridad de que no se va a quedar escrita y de que no es simple retórica legislativa, ahí tenemos ya a la Procuraduría General de la Nación, de tiempo atrás inclusive, velando por estos derechos humanos. Es necesario entonces que una institución tan respetable como la del Ministerio Público vigile permanentemente porque los reclusos no sean sometidos a tratos crueles, degradantes o inhumanos y que tengan una oportuna asistencia médica y hospitalaria. Un país cristiano y civilizado como el nuestro no puede seguir soportando la vergüenza y la irrisión de que en sus prisiones se esté atentando contra la dignidad humana. Ciertamente es que los reclusos tienen la obligación de someterse al régimen disciplinario existente, pero el Estado no puede permitir que se los someta a castigos degradantes, a sanciones que atentan contra su propia personalidad y muchas veces contra su integridad física. El crimen permanente del Estado colombiano con la población reclusa de todos los lugares, es la inasistencia médica y hospitalaria. Allí tienen que soportar sus dolencias, padecer sus sufrimientos, exponerse a la agravación de sus enfermedades, colocarse en el riesgo de perder hasta la propia vida, porque el Estado está ausente de esos lugares, no hay médicos, no hay drogas, no existen siquiera medianas enfermerías; no hay, en síntesis, asistencia o servicio social. Son gentes completamente abandonadas, a la buena de Dios. Si toda esta fiscalización logra hacerse por parte del Ministerio Público, le estaríamos dando un alto tono moral al proceso, estaríamos confiriéndole un título más de dignificación a nuestra administración de justicia, estaríamos haciendo política criminal, tal vez una prevención especial para advertir al reo que se le está tratando como a un ser humano, que la justicia no lo tiene abandonado, que el Estado está pendiente de todos sus problemas derivados de su pérdida de la libertad.

También los vamos a ver ejerciendo la vigilancia de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. Es la etapa del proceso en que ya todo mundo se olvida del condenado. El juez vuelve a saber de él cuando se le solicita una libertad con-

dicional o la suspensión de la medida de seguridad. Pero nunca se llega a enterar la administración de justicia de cómo va transcurriendo la vida del penado si está en una penitenciaría o cárcel, o del enfermo si se encuentra en el infierno del Anexo Psiquiátrico de La Picota. Todo esto se deja en manos del personal administrativo de esos establecimientos, personal muchas veces impreparado, rudo para tratar a los reclusos, deshumanizado, agresivo, mal amigo de estos desdichados. Se encargan por ello de infundirles agresividad, de tornarlos indisciplinados.

Y qué maravilloso sería, pensándolo con nuestro acentuado romanticismo jurídico, que si como es cierto que uno de los fines de la pena es el de la resocialización, este Ministerio Público del nuevo estatuto procesal penal se echara encima, para decirlo gráficamente, la nobilísima tarea de procurar que en los establecimientos carcelarios hubiera la oportunidad de redimir las penas por trabajo y estudio. Ojalá que se hiciera ese esfuerzo para que la ley 32 de 1971 que consagra esas posibilidades legales no fuera letra muerta, mera demagogia legislativa. Si el legislador ha consagrado unos derechos, debe permitir que ellos se puedan ejercer.

Y en relación con quienes estén sometidos a medidas de seguridad, que estarían por fuera de la vigilancia directa de los respectivos fiscales, por encontrarse el Anexo Psiquiátrico en la ciudad de Bogotá, esperamos que esa vigilancia la pueda cumplir la Procuraduría General de la Nación. El país entero conoce lo que ha sido el vergonzoso funcionamiento de este centro de reclusión, en donde ha estado ausente no solo el digno tratamiento de los enfermos que allí son enviados, sino que esos pacientes han permanecido en verdaderas situaciones inhumanas. Nada allí alienta a una verdadera recuperación, sino que esos inimputables vegetan como animales, están en el más completo ostracismo judicial. Entonces, para tratar de que no se cometan tantas injusticias, para buscarles una humanización a estas medidas de seguridad, para que en muchos casos no se tornen indefinidas hasta la muerte, el Código Penal creó unas normas, que desarrolla el de procedimiento, que permitirán la entrega de los inmaduros psicológicos a sus parientes, a fin de que estos garanticen el suministro de educación o adiestramiento industrial o artesanal o agrícola tendente a su adaptación al medio social; y una norma más general, como es la de la suspensión de la medida de seguridad, cualquiera que ella sea, si así lo aconsejan los peritos de Medicina Legal. Es, como se advierte, un soslayamiento de la severidad y rigidez de la norma penal que permite un internamiento indefinido de ciertos inimputables. Confiamos que a quienes padecen el síndrome leguleyo de las demandas de inconstitucionalidad no les vaya a dar por demandar esta norma con el argumento de que reforma la ley sustancial.

Como es fácil entonces advertirlo, la misión que ahora van a tener los funcionarios del Ministerio Público es subyugadora, porque busca humanizar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, porque tiende a dignificar la ejecución de las penas y medidas de seguridad; en síntesis, porque busca que el reo sienta que no obstante haber sido exiliado del seno de la sociedad, la mano del Estado se tienda para ayudarle a que la privación de su libertad sea lo menos aflictiva posible.

## VI. EL DEFENSOR

En materia de defensa, las innovaciones son muchas, pero hagamos referencia solo a las principales. En primer lugar, el cargo encomendado desde la indagatoria se entenderá conferido hasta la finalización del proceso. Por ello el abogado no necesitará de nuevo nombramiento a raíz del auto sobre resolución de acusación equivalente al de proceder en la legislación vigente. Se evitarán así muchas irregularidades, como aquella absurda de no permitirle al abogado que ha estado atendiendo al sindicado conocer del auto calificadorio, con el argumento de que se violaría la reserva del sumario porque aún no ha sido designado como defensor. De otra parte, se evita el inconveniente de que al sindicado que está disfrutando del beneficio de la libertad, si por cualquier razón no puede comparecer a recibir notificación de la providencia, haya de designarse defensor de oficio, cuando bien podría seguir en su representación el defensor nombrado desde la indagatoria o en etapa posterior antes de la resolución de acusación.

Pero la gran innovación consiste en la creación de la defensoría pública en favor de quienes carecen de recursos económicos para proveer a su propia defensa. Esta era una necesidad inaplazable en vista de la manera deficiente como hoy se ejerce la defensa de oficio. Todos conocemos la amarga realidad de que dicha institución no ha funcionado en Colombia, a través de toda su historia, con la eficacia y responsabilidad que su deber le impone. Los abogados en su mayor parte se desentienden de estas defensas por ausencia del halago de los honorarios profesionales. Y por dicha causa se ha condenado a muchos inocentes, se ha mantenido en detención preventiva a muchos sindicados por tiempo considerable, sin que los unos ni los otros hayan podido hacer valer ante la administración de justicia los derechos que tienen frente a la ley penal y de procedimiento. Un informe dramático y reciente del Instituto Ser de Investigación arrojó el dato de que en el año de 1977, existían en las cárceles y prisiones de Colombia, entre una población de 34.193 reclusos, 13.041 que tenían derecho a su libertad, la que no habían podido alcanzar por falta de abogado que impetrara ese derecho. Es esta a no dudarlo una acusación tremenda contra la administración de justicia y contra los abogados que figuraron en los respectivos juicios como defensores de oficio, o también de confianza, que no han sabido cumplir con sus deberes. Para evitar estas dolorosas situaciones, los jueces deberían estar revisando oficiosamente los procesos penales, con el fin de irse percatando de si el sindicado o condenado tiene o no derecho a ser liberado, pues se han registrado casos de personas que luego de haber pagado íntegramente la pena aún continuaron privadas de su libertad. En países como Italia existe una disposición que obliga a los jueces a revisar periódicamente los expedientes penales con esos fines.

Esta defensoría pública será reglamentada por el gobierno y funcionará en todo el país, bajo la dirección del Ministerio de Justicia. En cada capital de Departamento, Intendencia o Comisaría se formará un cuerpo de defensores encargados de cumplir dicho encargo. Y en ella habrá un incentivo especial para los estudiantes de derecho que hayan terminado su carrera, puesto que determinado número de defensas

que reciban como encargo hará las veces de la práctica o servicio profesional de que tratan las disposiciones sobre requisitos para poder optar al título de abogado.

De segundo orden son las innovaciones sobre el derecho del sindicato a designar un defensor y un suplente para que puedan actuar de una manera alternativa, pues es frecuente que al abogado se le presenten simultáneamente diligencias en dos procesos ante funcionarios distintos, teniendo por ello que dejar de asistir a una de ellas, o conseguir que se la aplacen para otra fecha. En ese caso, el suplente lo sustituirá sin otro requisito que el de la posesión inicial.

Y como también puede ocurrir que contra un mismo procesado y en relación con una misma investigación varios jueces estén practicando pruebas en diferentes lugares del país, como en ciertos delitos denominados financieros y otros, se permite que ante cada uno de dichos jueces pueda el reo tener un defensor para asistir, presenciar y fiscalizar la recepción de las pruebas. Se objetará que esta es también una norma elitista, puesto que la posibilidad de tener actuando dentro de un mismo sumario a varios defensores no la pueden tener sino sindicatos de alguna solvencia económica. Pero como el sentido de la disposición es exclusivamente el de garantizar y proteger el derecho de defensa, no importa que de ella se beneficien exclusivamente los ricos. Por serlo, no los podemos privar de los medios de defensa establecidos como principios generales en el ordenamiento jurídico.

De otra parte, no se puede negar que hay abogados inescrupulosos, profesionales del derecho que irresponsablemente abandonan la causa a ellos confiada, o la sirven muy precariamente, con mucha deficiencia. De esta situación muchas veces los mismos sindicatos no tienen conocimiento, por falta de oportunidades de enterarse de la actuación procesal. Ello ha conducido a que esas causas penales terminen de manera desfavorable a los sindicatos, o bien a que no se haya hecho valer oportunamente en su favor algún derecho o beneficio de la ley. Para prevenir esas irregularidades, esas situaciones de por sí desventajosas para la suerte penal de los acusados, el mismo juez de la causa estará investido de la facultad de vigilar muy de cerca la actuación de los defensores, pudiendo requerirlos para que ejerzan el cargo debidamente, so pena de multa hasta por dos salarios mensuales mínimos, sin perjuicio de las demás sanciones de la ley por faltas a la ética profesional.

## VII. EL TERCERO INCIDENTAL

Ocurre con frecuencia, principalmente en delitos contra el patrimonio económico, que aprehendida la cosa materia del ilícito, el ofendido deba padecer un verdadero viacrucis para que se le entregue su pertenencia siquiera en depósito. Sus permanentes visitas al juzgado para que le sea entregado lo que fue motivo de un hurto, de una estafa, de un abuso de confianza, etc.; o en otros hechos, del vehículo que causó las lesiones o el homicidio culposo; lo llenan de una verdadera desesperación y frustración por las negativas del juez a entregárselo. Y muchas veces son gentes pobres, de escasos recursos económicos que no pueden gestionar esa devolución por medio de un abogado; pero, aun siendo solventes, no se justifica, por

el poco valor del objeto materia de la infracción. Para estas situaciones la ley les concede el derecho de ejercer esa pretensión aun sin abogado, pero si lo quisieren, podrán acudir a los servicios de estos profesionales para hacer valer su derecho a la devolución. Como su actuación está limitada exclusivamente al trámite del incidente, podrán pedir pruebas, intervenir en la realización de las mismas, interponer recursos y formular alegaciones de conclusión. No sería justo que a quien le han sustraído un televisor de su casa, o herramientas o máquinas de las cuales dependa su subsistencia, porque son sus instrumentos de trabajo, una vez decomisadas por la autoridad se le obligara a valerse de un abogado para reclamar lo que le pertenece. Esto sería, a nuestro juicio, un abuso del derecho, una extralimitación en el entendimiento de las normas que regulan el ejercicio de la profesión de abogado. Pero a lo mejor, en este país de santanderistas, de pronto surja alguien a quien le dé por demandar tan conveniente norma procesal, alegando que ello entraña el ejercicio de actividades propias de abogados.

## VIII. REDACCIÓN DE AUTOS Y SENTENCIAS.

### PROHIBICIÓN DE TRANSCRIPCIONES

Hemos de reconocer un hecho muy notorio, cual es el de la prolijidad de las providencias judiciales. Se carece de la capacidad tan difícil de la síntesis, de la cual adolecemos también los abogados. Pero cuando a un juez le llega un alegato de 20 páginas, él considera que debe contestar en 40. Y aun sin que medien alegatos de las partes. Es como un prurito de sacar a relucir todos los conocimientos que se tienen, citando a cuanto autor esté a la mano, trayendo a colación una y más jurisprudencias, transcribiendo diligencias enteras de la causa. En todo caso, la brevedad es muy excepcional. Es muy probable que una de las causas de tanta congestión en los despachos judiciales sea esta: el pulimentó por días, y hasta por semanas, de un vocatorio a juicio o de una sentencia. No es que se quiera romper con esta inclinación de la judicatura y la magistratura. Pero la verdad es que en los autos y sentencias podría haber un poco más de brevedad, y no pretender en cada providencia exhibir una pequeña obra de derecho sobre un tema especial. Hay países en los que la justicia marcha al día, por la síntesis y parquedad de las providencias, como en Austria, en donde no se verán autos ni sentencias con más de cinco páginas.

Pero lo que en verdad no tiene sentido alguno, y por eso se prohíbe terminantemente, es que en las providencias que se dicten se transcriban diligencias judiciales, decisiones o conceptos que obren en el proceso. Se acabará así con esa infinidad de comillas transcribiendo testimonios, careos, denuncias, dictámenes periciales, conceptos fiscales, decisiones del superior y hasta las anteriores del mismo funcionario que dicta la providencia. Eso no tiene sentido. A todo el que pueda tener acceso al proceso —incluidos los jueces y magistrados— le bastará con la consulta directa a la providencia, concepto o cualquiera otra diligencia, sin tener que verse obligado a leerla en las mismas providencias que se dicten. La gran congestión de procesos

penales en todas las instancias no permite demasiado preciosismo en los autos y sentencias que se dicten, aunque tampoco autoriza la demasiada superficialidad.

#### IX. LA CONSULTA

No sé si ustedes participarán de mi criterio, pero yo creo que una de las innovaciones fundamentales en el Proyecto de Código de la Comisión Redactora fue el de haber suprimido en absoluto el grado de jurisdicción llamado "consulta". No se podría negar que la consulta ha sido en nuestro ordenamiento jurídico una de las causas principales de la enorme congestión de procesos en las segundas instancias, en el circuito y en los tribunales, consultas de cesación de procedimiento, de sobreseimientos definitivos y sentencias absolutorias, principalmente. Sabemos igualmente que, como mínimo, la mitad de los procesos penales que se ventilan terminan con una de esas decisiones, cuando el delito tiene una pena máxima de cinco años. Nos atreveríamos a decir que muy excepcionalmente esas providencias resultan reformadas o revocadas por el superior. Y que cuando, por ejemplo, un sobreseimiento definitivo se convierte en uno temporal, a la larga el recaudo probatorio vuelve a trazar la dirección del mismo sobreseimiento definitivo. Al suprimir dicha consulta en todos los casos, se pensó que había que darle crédito al juez de primera instancia, máxime cuando, teniendo un fiscal de control de sus decisiones, este no interpuso el recurso de apelación. Puede inclusive tratarse de una sentencia condenatoria, que de no ser impugnada por la eventual parte civil, ni por el defensor, ni por el agente del ministerio público mediante dicho recurso, parece que no se justificara consultarla. Esta era la gran economía del proceso a que aspirábamos. Era el camino más corto y expedito para una pronta y cumplida justicia, entre otras razones porque sabiendo como es de lenta la tramitación de los procesos sin detenido, principalmente si fueron absueltos y sobreseídos en primera instancia, no resulta tampoco justo dejar al acusado en entredicho, esperando muchas veces años a que se confirme la providencia. Él tiene derecho a que la justicia se pronuncie en el menor término posible sobre su culpabilidad o inocencia. Pero nos produjo, si se permite la expresión, un inmenso dolor jurídico conocer la posición de la Comisión Revisora sobre esta materia. Reprodujo la norma vigente sobre las providencias que tienen un grado de jurisdicción llamado de consulta. Y repitió igualmente la disposición de las providencias consultables que no hayan sido apeladas, cuando la sentencia o el auto de cesación de procedimiento se haya proferido por delito con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de los cinco años. Y agregé para mayor congestión de los despachos judiciales, es decir, todo lo contrario de lo que quería la Comisión Redactora, la consulta de toda libertad condicional cuando la pena impuesta sea mayor de cinco años. Son, como se ve, dos posiciones, dos criterios diametralmente opuestos los de la Comisión Redactora y los de la Comisión Revisora sobre la misma materia.

Pero agrega la norma que no habrá consulta en los casos a que se refiere la norma cuando la providencia ha sido notificada personalmente al procesado o

su defensor, o cuando obre parte civil reconocida. Para mí esta disposición resulta demasiado clara, en el sentido de que basta la notificación personal al procesado o a su defensor para que la providencia no sea consultable, exista o no parte civil. La otra hipótesis es la de que actúe parte civil reconocida. Es decir, que si ni el procesado ni el defensor recibieron notificación de la providencia personalmente, tampoco será consultable si hay parte civil reconocida, porque si esta no apela, no se ve cómo podría justificarse la consulta. Hacemos estos comentarios porque en reciente foro en la ciudad de Cali, a un miembro de la Comisión Revisora me pareció entenderle que a pesar de que se hubiera notificado personalmente al procesado o a su defensor, si no existía parte civil, la providencia era consultable. Creo que la claridad con que está redactado el inciso, no permite esa clase de interpretaciones. Si la que le estamos dando a la disposición es la correcta, como creemos, se salvará la tesis de la Comisión Redactora en el sentido de la supresión de la consulta, al menos indirectamente, por cuanto va a resultar muy probable que providencias que tentativamente fueran consultables, no lo serán, porque si hay detenido, como mínimo este será notificado personalmente; y si el procesado está disfrutando de su libertad, hay obligación legal de citarlo para hacerle notificación personal del auto de cesación de procedimiento o la sentencia, las dos formas que contempla el Código para finalizar el proceso penal. Por lo demás, los abogados habrán de estar muy pendientes de las providencias judiciales para presentarse a recibir notificación personal de ellas cuando haya una cesación de procedimiento, una sentencia absolutoria, y aun una condena, cuando consideren que no debe apelarse de ella. Ojalá entonces que no sea una vana ilusión nuestra la de que a la postre serán muy pocos los casos que irán a consulta del superior.

#### X. NULIDADES

No vamos a entrar en un estudio a fondo sobre las nulidades, porque ello significaría una conferencia exclusiva sobre el tema. Pero sí cabe resaltar el hecho de que se quiso incluir de una vez aquellas nulidades supralegales o constitucionales que ha venido declarando la Corte Suprema de Justicia en toda su historia, con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Pero extrañamente la Comisión Revisora las recortó sin razón alguna. Esto se podrá apreciar haciendo una confrontación entre el artículo del Proyecto y el que se dejó en la nueva ley procesal. Pero es bueno referirnos a la segunda nulidad consagrada en el Código, y que tiene fundamento en "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso". No se podía hacer una enumeración taxativa, por lo antitécnico que ello resultaría y, además, por el riesgo de omitir algunas, aunque se podía haber ejemplificado solamente como una orientación pedagógica a los jueces. Pero ¿qué ha pasado con esta nulidad? Se ha venido lanza en ristre contra ella, nadie menos que un ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el doctor JULIO SALGADO VÁSQUEZ, quien sufre el síndrome de la inconstitucionalidad de cuanta legislación sale del Congreso o del Ejecutivo con facultades extraordinarias

para legislar sobre materias penales y de procedimiento. Así lo hizo con el Código Penal, no obstante haber sido uno de sus redactores, con la ley 2ª de 1984, con el decreto 1853 de 1985, y ahora con el C. de P. P. Pues él ha dicho —y ello se publica en el número 34 de la *Revista Nuevo Foro Penal*— que la consagración de dicha nulidad viola el artículo 76 de la Constitución, porque es al Congreso al que le corresponde hacer las leyes. Quiere significar con lo anterior que los jueces no pueden declarar estas nulidades. Y no se dio cuenta de que, en primer lugar, la Corte Suprema de Justicia en toda su actividad jurisdiccional, bien como juzgadora de segunda instancia o como falladora de casación penal, ha estado siempre declarando las mismas nulidades, a la luz del artículo 26 de la Carta, por irregularidades sustanciales que han afectado el debido proceso. Y en segundo lugar, y esto es lo absurdo e inexplicable, al mismo ex magistrado, en los años en que estuvo en la alta corporación, fueron muchas las providencias que le tocó firmar y en las cuales fue ponente, en que se declaró la nulidad del proceso por causa de esas irregularidades sustanciales. El juez, entonces, no se convierte en legislador, como lo sostiene el distinguido jurista, sino que en el ejercicio de sus funciones podrá pronunciarse sobre aquellas nulidades supralegales o constitucionales respecto a las cuales no estaba expresamente autorizado o facultado en el Código vigente. Se consagró igualmente como nulidad legal la violación del derecho a la defensa. No se dijo “violación del derecho de defensa” que podría tener una connotación muy restringida, referida únicamente a la poca o ninguna actividad del defensor en el proceso penal, sino que se le quiso dar un alcance mucho más amplio, ya que “violación a la defensa” puede constituir el hecho de no practicar las pruebas solicitadas por el sindicado o su defensor, negarle arbitrariamente un recurso, no practicar las pruebas que se deducen de la propia indagatoria, etc. Pero ¿qué se dijo en relación con esta causal de nulidad? Que correspondía a la segunda causal ya vista sobre “la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”. Luego tampoco podría declararlas el juez, según esa tesis autoritaria.

## XI. SUMARIO

Aquí las innovaciones fueron pocas. Se reprodujeron varias de las normas de la legislación vigente, por cuanto no había razón para excluirlas del nuevo ordenamiento jurídico. Por ejemplo, se repitieron las disposiciones sobre reserva sumarial, retención de la correspondencia del sindicado, interceptación de comunicaciones telefónicas, etc. Han sido previsiones legales con una vigencia de cincuenta años. La única novedad con respecto a ellas es que los autos por medio de los cuales se ordenan, no se darán a conocer a las partes en tanto considere el juez que ello puede interferir el desarrollo de la respectiva diligencia. No entramos en el análisis de la odiosidad o bondad que pueda entrañar la norma, o de lo ingenuo que resultaría decir que esos autos deben ser notificados al procesado y a su defensor. Pero lo que sí resulta una clara manifestación de terrorismo jurídico es la afirmación de

que con esas normas hemos retrocedido varios siglos, como lo afirma el doctor SALGADO VÁSQUEZ, desconociendo u olvidando que una de ellas nos viene del Código del 38 y otra del Estatuto del 71, sin que hasta este momento se haya dicho nada contra las mismas. Y la sola innovación que traen no podía justificar la reserva sobre todo un Estatuto, en torno al cual apenas se tuvieron en cuenta tres o cuatro disposiciones para rechazarlo en su integridad.

## XII. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Tampoco vamos a ocuparnos de este tema, por lo extenso que resultaría hacerlo, por cuanto constituye también una de las innovaciones del nuevo procedimiento penal. Pero, como en el caso anterior, no podemos dejar pasar por alto otra crítica que se le hizo por el doctor GABRIEL UPEGUI PALACIO (publicada en el N° 34 de la *Revista Nuevo Foro Penal*). Él se pronuncia contra dicho procedimiento porque de pronto —dice—, quien confiesa ser el autor de un delito, no lo es, y que por lo breve del procedimiento va a resultar muy difícil contrariar esa confesión del inocente. Y francamente no creemos que pueda ser esta una crítica válida contra dichas normas. Todos, absolutamente todos sabemos que este tipo de confesiones son muy excepcionales. Me atrevería a decir que cada uno de nosotros en su larga trayectoria como funcionario o como abogado, no recordará más de dos o tres casos, bien porque se trate de un enfermo mental, de alguien que quiera encubrir a un ser querido, inclusive de quien para corresponder a un favor en dinero u otro beneficio decida asumir por su benefactor la plena responsabilidad en un proceso penal. Pero esas hipótesis también se pueden presentar en el procedimiento ordinario, con términos amplísimos, quedando para uno u otro caso el recurso de revisión. Cabe pensar que quien hace una confesión simple, en el 99 por ciento de los casos, dice la verdad. Y si, como se ha enseñado desde el antiguo derecho romano, se legisla es para lo que generalmente acontece, este procedimiento no es impugnabile por las razones aducidas, entre otras cosas porque fue un mandato expreso de la ley de facultades para la expedición del C. de P. P.

Por lo demás, a mi juicio, este procedimiento abreviado fundado en la confesión simple va a ser excepcional, pues raro es el hecho de que un sindicado confiese llanamente su culpabilidad sin aducir alguna causa de justificación, de inculpabilidad, o al menos una atenuante. Quedará la norma para los casos de flagrancia. El estado de flagrancia es un hecho objetivo que ninguna relación tiene con el concepto de culpabilidad. No siempre que se captura en estado de flagrancia se puede deducir, ni siquiera como hipótesis probable, la responsabilidad del autor. Simplemente se lo señala como causante del hecho presuntamente delictuoso. Creo que ese estado de flagrancia es tan evidente al entendimiento humano, que ningún funcionario puede equivocarlo con situaciones que escapen a esa calificación. Esto es para mí muy elemental. Y tanto lo es, que la misma Constitución Nacional facultó aun a los particulares para capturar a quien sea sorprendido en flagrante delito, porque entendió que se trataba de una situación meramente objetiva, que no podía prestarse

a equívocos. Por eso tampoco me parece de recibo la crítica que hace el doctor UPEGUI PALACIO cuando dice que si el juez tiene que calificar la flagrancia estaría "prejuzgando" y que eso no estaría bien. Allí no hay ningún prejujuamiento. La declarará según las pruebas que se le aporten, según hayan sido las circunstancias de la captura. De todas maneras existe la protección legal al acusado aun en caso de dudosa flagrancia o confesión simple, sin embargo de lo cual el juez así lo declara por medio del auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación.

### XIII. INNOVACIONES DEL PROYECTO NO INCLUIDAS EN EL CÓDIGO

Siento una inmensa frustración personal por tantas innovaciones que introdujo la Comisión Redactora en el proyecto entregado al actual gobierno y que suprimió la Comisión Revisora; esto daría para muchas conferencias, pero ahora solo interesa detenernos en el estudio sobre la filosofía y el alcance de las normas incorporadas al estatuto ya expedido. Pero sí es del caso mencionar siquiera algunas, casi todas ellas relacionadas con el derecho de defensa, la economía procesal y la inclusión en el Estatuto de normas que andan dispersas en diversas leyes de la República.

Entre esas innovaciones suprimidas por la Comisión Revisora recordamos: la referente al principio *non bis in idem*; la facultad otorgada a los familiares del sindicado para otorgar poder cuando este por cualquier circunstancia no pudiere hacerlo; la supresión absoluta de la consulta a la que ya nos hemos referido; el capítulo en que incorporábamos lo fundamental de la ley 32 de 1971 sobre redención de las penas por trabajo y estudio, al que se le habían introducido importantes modificaciones; el capítulo sobre reglamentación de la aplicación del artículo 28 de la Constitución, que fue obra de una ley del Congreso de la República; el ejercicio del derecho al *habeas corpus* en favor de los extraditables, de competencia de la C. S. de J.; lo referente a la ejecución en Colombia de sentencias extranjeras proferidas contra ciudadanos colombianos; las normas que permitían presentar la demanda de casación ante los respectivos tribunales, siendo que con ellas no se le quitaba ninguna función de importancia a la Corte Suprema de Justicia; el recurso de revisión ante los tribunales superiores; la obligación del Estado a la indemnización de perjuicios a favor del absuelto en virtud de los recursos extraordinarios de casación y revisión; todas las causales de libertad para inimputables, y muchísimas otras supresiones que indudablemente desvertebraron el proyecto original.

De todas maneras, este Código es fundamentalmente un instrumento legal que aspira a que con él se cumpla el mandato constitucional de una pronta y cumplida justicia. Queda pues, su estudio, análisis y aplicación en las dignas manos de los jueces de Colombia y de todos los profesionales del Derecho.

## EL ARTÍCULO 305 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL Y EL ESTADO DE DERECHO

DRA. TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ \*

Sumario: I.—Planteamiento del problema. II.—El principio de legalidad. Aproximación histórica. III.—El artículo 305 num. 2 y el principio de legalidad. IV.—El artículo 305 num. 2 y el artículo 76 num. 12 de la C. N. V.—El artículo 305 num. 2 y el artículo 55 de la C.N..

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Consigna el decreto 50 de 1987 en su título preliminar diez y siete disposiciones, concreción ellas de otros tantos principios jurídicos de evidente contenido político que concuerdan exactamente con una de las exigencias que caracterizan el Estado de Derecho, cual es la que se relaciona con la garantía formal y real de los derechos y libertades fundamentales<sup>1</sup>.

De esas normas rectoras interesa, para el tema que me he propuesto, la contenida en el art. 1º, la del debido proceso que, por lo demás, no es sino una transcripción más o menos literal de los mandatos constitucionales previstos en los primeros incisos de los arts. 26 y 28.

En el capítulo único, del título VI del decreto 50 de 1987, nuevo Código de Procedimiento Penal, se tratan las nulidades. Concretamente el art. 305 trae consignadas las causales de nulidad para el proceso penal, y en su numeral 2º establece como una de ellas "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso". Pretendo demostrar que por la forma en que fue redactado dicho numeral, se dejó una ilimitada facultad al juez para la fijación de las irregularidades capaces de suscitar una declaratoria de nulidad, que se violó con ello los mandatos constitucionales citados en el párrafo anterior.

Por otro lado, me propongo también demostrar que la redacción del numeral 2º del art. 305 transcrito viola igualmente el art. 76 (atrib. 12) de la Constitución, que autoriza al Congreso para revestir al presidente, *pro tempore*, de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o lo aconsejen las conveniencias públicas, toda vez que "faculta" al juez para establecer la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

\* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia.

<sup>1</sup> ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., reimpresión de 1983, Madrid, Edit. Taurus, 1983, pág. 31.