

# 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.

Por último, considero violado el art. 55 de la Carta, por el numeral 2º del art. 305 del decreto 50 de 1987, que establece la tripartición del poder público en tres ramas, la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, la separación de sus funciones y la armónica colaboración entre ellas en la realización de los fines del Estado, pues el ejecutivo al redactar de forma tan amplia esa disposición convirtió a los jueces en legisladores, contrariando la tripartición de poderes, característica sustentadora del Estado de Derecho.

## II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Ningún sector del ordenamiento jurídico interviene de manera más gravosa la esfera de los derechos de la persona que el del derecho penal. El Estado, titular del orden jurídico, se ampara en la pena para mantener inquebrantado ese orden. Y es precisamente esta, la pena, la “reacción” que el derecho penal prevé como coacción.

Lo gravoso que para el individuo puede resultar la pena impone la necesidad de unos límites, de un control a ese poder punitivo del Estado, base del derecho penal. No de otro modo resultaría posible el logro de la seguridad jurídica y el respeto a las garantías del individuo.

Precisamente uno de esos límites a la facultad de castigar del Estado es el principio de legalidad, principio que tiene sus antecedentes en la *Magna Charta Libertatum* del rey Juan Sin Tierra de 1215, que consigna claramente aspectos garantistas de índole procesal. En la *Constitutio Criminalis* del Kaiser Carlos V de 1532, que si bien estatuye una regulación de tipos, a la vez permite respecto de ellos la aplicación analógica por los tribunales de mayor jerarquía<sup>2</sup>.

Tal como ha evolucionado hasta nuestros días, el principio tiene un origen político que se nutre en la ideología liberal que inspiró las constituciones revolucionarias de los estados federales norteamericanos y de la Revolución francesa, habiendo sido consignado con otros de su misma estirpe en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Entonces se pretendía la prohibición de una aplicación *retroactiva* de la ley.

En 1799, FEUERBACH formuló el principio *nulla poena sine lege*, con otra proyección: no era ya solo la prohibición de la retroactividad de la ley lo que importaba, pesaba también como prohibición a la creación analógica de tipos penales y como exclusión de la ley no escrita —el derecho consuetudinario— en el ordenamiento penal, pero fundamentalmente tenía un alcance científico: era la base de la Teoría de la Coacción Síquica, de la Teoría de la Prevención General<sup>3</sup>.

El Código Penal soviético de 1922-26 abandonó la prohibición de la analogía fundamentadora de la pena. El 28 de junio de 1935 Alemania aprobó la ley complementaria que posibilitaba, al lado del principio de legalidad, otro extralegal acorde con el

<sup>2</sup> HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, t. 1, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 177.

<sup>3</sup> REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. 1, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 7.

“sano sentimiento del pueblo”, de todas formas ligado a la idea básica de la ley, gracias a ella proliferaron en tiempo de la guerra, las leyes nacionalsocialistas, redactadas de manera amplia e indeterminada. El principio *nullum crimen sine lege* fue sustituido entonces por este otro: *nullum crimen sine poena*<sup>4</sup>.

En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el principio en su Declaración General de los Derechos Humanos. En 1966, las Naciones Unidas votaron el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el que, dicho sea de paso, fue ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1966. En 1969 se firmó el Pacto de San José de Costa Rica, que fue aprobado por la ley 16 de 1972.

## III. EL NUMERAL 2º DEL ARTÍCULO 305 Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Al Ejecutivo le fue conferida por el Congreso, mediante la ley 52 de 1984, la facultad de “elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, que deberá seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus principios”. De acuerdo con esa ley de facultades, el ejecutivo, como queda dicho, debía elaborar un Código acorde con los principios del Código Penal, pero también, obviamente, acorde con la Constitución.

El legislador —llámese Congreso o trátese del Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas— al desarrollar mediante normas el ejercicio de los postulados y garantías constitucionales no puede, por ninguna razón, alterar estos. Sea cual fuere la índole de las leyes que pretendan reglamentar el ejercicio de esos postulados y su efectividad, no puede de ninguna manera rebasarse, adulterarse, el mandato constitucional. Lo mismo debe predicarse de los jueces en cuanto pongan en acción la ley. Las leyes, cualquiera que sea la índole de su procedencia, deben ser dictadas con respecto a esos principios, pero no solo eso: además no escamoteando el real sentido, el verdadero contenido de esos derechos y garantías. Dicho de otro modo: la ley no solo no debe infringir esos principios y garantías sino que, además, no puede dejar margen o posibilidad, a la violatoria aplicación de la ley con la cual se pretende el ejercicio de los derechos civiles y garantías sociales de que habla la Constitución.

En el ordenamiento jurídico colombiano el principio de legalidad o debido proceso tiene su fundamento en el art. 26º de la Constitución, que textualmente dice: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Ello significa que nadie puede ser condenado, sometido a una pena, sino por su juez y previo proceso rituado de acuerdo con las normas procedimentales previstas para el caso por ley anterior al hecho materia del proceso. Esta, que en realidad es la primera parte del artículo, consigna el principio de reserva de la ley penal, el principio de legalidad referido al derecho penal material: *nulla poena, nullum*

<sup>4</sup> HANS-HEINRICH JESCHECK, ob. cit., pág. 178.

*crimen sine lege praevia, scripta, stricta et certa*, de larga trayectoria, ampliamente elaborada por la doctrina y acogida por la generalidad de los ordenamientos jurídicos de los países civilizados.

Está allí también establecido que son fundamentos del proceso legal:

- a) El juez competente;
- b) La ley preexistente al acto que se imputa, tanto en materia penal sustantiva como en materia procedimental penal;
- c) La observancia estricta de las normas establecidas para cada proceso.

La *defensa adecuada*, el otro presupuesto ineludible del debido proceso, no está expresamente reglado en la Constitución. Sin embargo, existen otras garantías en esta última que indudablemente apuntan a mantener incólume al individuo frente al quehacer del Estado cuando cumple la función de administrar justicia, como son las estipuladas en los arts. 23 y 25, C.N. a los que es preciso agregar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14, num. 3), ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968, que establece:

“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

”a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra ella;

”b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

”c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

”d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

”e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

”f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

”g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”

Sentados los presupuestos de la discusión, conviene transcribir ahora el texto de la disposición cuestionada:

“Art. 305 *Causales de nulidad*. Son causales de nulidad en el proceso penal:

”1ª) La incompetencia del juez;

”2ª) La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso;

”3ª) La violación del derecho de defensa”.

¿Cuál es la objeción que cabe a la forma como quedó conformada la causal segunda del artículo transcrito? Pienso que la circunstancia de no haberse establecido de una manera *precisa* cuáles son aquellas “*irregularidades sustanciales* que afecten el debido proceso”. Queda al arbitrio del juez el valorar la trascendencia dentro

del proceso de las ritualidades cuya omisión signifique tanto como para que se amerite una declaratoria de nulidad con lo que ello implica: retrotraer toda una actuación o negarse a hacerlo, con el eventual perjuicio que pueda ello ocasionar a los intereses del procesado. Se dejó así un margen desmesuradamente amplio al ejercicio del arbitrio del juez, lo que de suyo es grave si se tiene en cuenta el dispositivo procedimental que es, orientado a asegurar el cabal cumplimiento de las garantías procesales, el correctivo a las irregularidades a que, como obra del hombre, puede estar expuesto un proceso. “La nulidad, consecuencia del principio de legalidad del proceso, busca establecer la intangibilidad de las formas propias de cada juicio por ser estas el marco dentro del cual puede ejercer el Estado su derecho de sancionar, y por cuanto constituyen la garantía de la persona respecto de la salvaguardia de su libertad y del aseguramiento de oportunidades y medios idóneos para su defensa”<sup>5</sup>.

No cabe duda alguna acerca de que la declaratoria de nulidad no debe sobrevenir sino frente a la “comprobada existencia de irregularidades sustanciales”. Este punto quizá nadie lo discuta, pero tal vez sí se discuta aquel que se contrae a la necesidad y conveniencia de que la ley determine con precisión los requisitos cuya falta la constituya, en lugar de dejar en manos de los jueces el determinarla. A este propósito afirma FLORIÁN lo siguiente:

“A nuestro juicio, el método más en armonía con el proceso penal es el primero, que da por resultado esta consecuencia: que *no existe nulidad si no está expresamente conminada en la ley*. Es fácilmente comprensible que se estime este punto de vista adaptado a la materia procesal penal, pues ofrece mayores garantías y evita todo motivo de dudas y controversias. La observancia de las formas procesales toca a intereses vitales y de tan gran importancia que *lo referente a las mismas debe estar abstraído al arbitrio y apreciación en cada caso: el procedimiento debe estar rigurosamente predeterminado*”. (Subrayas fuera de texto)<sup>6</sup>.

Afirmaba MONTESQUIEU, al referirse a la inconveniencia de la interpretación de la ley por el juez, que “los juzgamientos deben ser a tal punto fijos que no sean más que un texto preciso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber precisamente los compromisos que frente a ella se contraen”<sup>7</sup>. Y más adelante agrega: “los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no la pueden moderar ni en la fuerza ni en el rigor”<sup>8</sup>. No obstante que esta concepción pueda resultar hoy exagerada, conserva su sentido —el que tuvo en la época en que fue formulada—, mantiene su vigencia, patentiza la urgencia de la seguridad jurídica y por lo mismo del respeto al individuo. Y es la necesidad de esa seguridad y el logro de ese respeto al individuo la razón de ser de la exigencia al Estado para

<sup>5</sup> C. S. J., Sala Penal, auto de 5 de junio de 1981. Mag. ponente DARIÓ VELÁSQUEZ GAVIRIA.

<sup>6</sup> EUGENIO FLORIÁN, *Elementos de derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Bosch, s/f, pág. 122.

<sup>7</sup> MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, París, Chez Firmin Didot Frères, MDCCCXXXVIII, pág. 266.

<sup>8</sup> MONTESQUIEU, ob. cit., pág. 268.

que fije los límites al ejercicio de su poder de punir, no solo en lo que hace a las leyes penales materiales, si no también a las referidas al derecho procesal que es el que ha de realizar finalmente aquellas<sup>9</sup>. Es que, en últimas, la fragilidad de las garantías procesales hace inefectivas, o al menos igualmente frágiles, las garantías penales materiales.

#### IV. EL NUMERAL 2º DEL ARTÍCULO 305 Y LA ATRIBUCIÓN 12 DEL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN

La atribución 12 del art. 76 de la Constitución dice lo siguiente:

“Corresponde al Congreso hacer las leyes.

”Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:...

”12ª) Revestir, *pro tempore*, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen”.

Mediante la ley 52 de 1984, el Congreso de la República facultó al Ejecutivo para “elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, que deberá seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus principios”.

Dos son las exigencias que la Carta prevé para la facultad legislativa de la que permite desprenderse al Congreso en favor del presidente de la República: esas facultades están sometidas a ser agotadas en un plazo determinado, fijo y exactamente sobre la materia para la cual fueron concedidas. La ley 52 de 1984 muy claramente facultó no solamente para que se redactara un Código de Procedimiento Penal, sino que, además, ese Código debería ceñirse a las pautas previstas en el Código Penal. De ahí que de un lado la materia debía agotarse —un código es el conjunto orgánico de normas que supone el tratamiento exhaustivo de la materia sobre la cual versa—, y de otro, ceñirse a los principios que informan el código que iba a instrumentar. El decreto 50 de 1987 no reglamentó ni adecuada ni exhaustivamente la materia referida a las nulidades. Además, por la forma en que fue redactado el numeral segundo de su art. 305, ignoró el principio de legalidad o de reserva penal.

Y las facultades de las que como ya es ordinario se desprende el legislador, por autorización, como queda dicho, de la misma Constitución, no pueden ir más allá de lo que la misma Carta autoriza.

“Son de ejercicio directo del gobierno, en su acepción estricta, esto es, del presidente y los ministros o jefes de departamento administrativo, al tenor del art. 57, es decir, que no pueden ser subdelegadas, y que la interpretación de las facultades, por tener carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, nunca extensiva, ni menos analógica”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. EBERHARD SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, págs. 24-25.

<sup>10</sup> LUIS CARLOS SÁCHICA, *El control de constitucionalidad*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1980, pág. 129.

No pueden, pues, ampliarse por el ejecutivo que las recibe, y *menos aún, él a su vez delegarla a la rama jurisdiccional*. Y por la forma en que se redactó el inciso en comento, al dejar al juez la labor de calificar la trascendencia de la irregularidad susceptible de ser sancionada con la nulidad, en lugar de haber previsto de manera taxativa las irregularidades merecedoras de ella, facultó al juez para que lo hiciera, rebasando en esa forma las facultades precisas que le habían sido conferidas.

#### V. EL NUMERAL 2º DEL ARTÍCULO 305 Y EL ARTÍCULO 55 DE LA CONSTITUCIÓN

El Estado de Derecho se caracteriza fundamentalmente por las siguientes notas:

“a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la Administración: actuación según la ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantías jurídico-formales y efectiva realización material”<sup>11</sup>.

En este punto de desarrollo del tema propuesto, importa detenerse en la división de poderes, indiscutible requisito del Estado de Derecho. Significa que la función legisladora corresponde al legislativo, mientras que la aplicación de las leyes corresponde hacerla al ejecutivo y al poder jurisdiccional, y que habrá, en fin, una delimitación de titularidad de las funciones, o, lo que es lo mismo, que los encargados del ejecutivo no podrán juzgar y que, no obstante las normas constitucionales que excepcionalmente lo autorizan, no podrá el ejecutivo ser considerado en rigor, legislador, ni tampoco los órganos judiciales. Lo anterior no quiere decir que las tres ramas del poder, como las llama la Constitución colombiana, no deben armónicamente colaborar entre ellas.

Dice textualmente el mandato constitucional:

“Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional.

”El Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”.

El deslinde, pues, está dado en la determinación de la función, apunta a evitar la concentración del poder y a establecer un sistema mutuo de control entre los tres poderes, todo ello encaminado a lograr y mantener el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>12</sup>.

¿Y qué ha ocurrido con el art. 305, num. 2º del decreto 50 de 1987? Ni más ni menos que al dejarle al juez la facultad de decidir sobre la irregularidad capaz de suscitar la declaratoria de nulidad, el Ejecutivo —en desarrollo de la delegación conferida por el órgano legislativo, por medio de la ley 52 de 1984, y en ejercicio de la facultad prevista en el art. 76, num. 12 de la C.N.— transfirió al poder jurisdic-

<sup>11</sup> ELÍAS DÍAZ, ob. cit., pág. 31.

<sup>12</sup> Sobre la tripartición de poderes, véase a ELÍAS DÍAZ, ob. cit., págs. 3 y ss.

cional parte de esas facultades, lo que no era posible hacer, a riesgo de desentonar con la índole de la organización del Estado colombiano.

Es que con la grieta tan amplia que el Ejecutivo en su carácter de legislador extraordinario dejó plasmada en la disposición ya tantas veces transcrita, se dotó al juez de un tan extenso arbitrio en la interpretación de la ley, que le otorgó el "rôle" de elaborador de ella, que en el Estado de Derecho le es totalmente ajeno.

Es, pues, violatorio el art. 305, num. 2° del art. 55 de la Carta, porque desdibuja, caricaturiza, la precisa e indiscutible separación de poderes que ella prevé, la que institucionaliza, sin ninguna duda, el Estado de Derecho en Colombia.

Así el ejecutivo en su pretensión de una mayor eficacia en el ejercicio de las funciones del Estado, específicamente de la función propia de la administración de justicia, menoscabó la función de garantía de la ley en el proceso penal, sacrificando la seguridad jurídica que garantiza la existencia de un procedimiento rigurosamente predeterminado.

Medellín, abril de 1987

## CAPTURA, DETENCIÓN Y LIBERTAD EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DESDE UN PUNTO DE VISTA CRIMINOLÓGICO CRÍTICO \*

DR. MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ \*\*

### INTRODUCCIÓN

Antes de los años sesentas habían entrado en crisis la mayoría de las ciencias sociales; entre estas, la criminología ha sido la última en padecer la ruptura epistemológica, que ocurre solo hacia los años sesentas. Se atribuye la reacción retardada de esta ciencia a la dependencia absoluta a que era sometida respecto del Derecho Penal, por obra del positivismo. Por aquella época nace entonces la criminología contemporánea, llamada también crítica, fundamentalmente como una crítica al derecho penal vigente.

Entre los postulados de esta criminología moderna podemos sintetizar:

1°) El delito no es un fenómeno patológico ni la simple infracción a una norma penal, sino un fenómeno eminentemente social.

2°) Reivindica su autonomía científica en la delimitación de su propio objeto respecto del sistema penal; rechaza por tanto un papel instrumental del derecho penal, y antes que legitimarlo se convierte en su principal cuestionador.

3°) Amplía y desplaza su objeto o campo de investigación: del delito y del delincuente se pasa al estudio de las instancias criminalizadoras, entre ellas el proceso penal y todos sus códigos; igualmente al estudio de la víctima, de las estructuras sociales criminógenas, etc. Es decir, se pasa de la biología a la sicología y de la sicología a la sociología.

4°) Siendo el delito un fenómeno social, considerado como delito solo por definición social y legal, cualquier análisis sobre él debe partir de la estructura social, económica y política en que el fenómeno se presenta.

\* Conferencia dictada en la Universidad de Medellín en marzo de 1987 dentro del Foro sobre el nuevo C. de P. P., programado por ASONAL.

\*\* Juez Penal de Bogotá, profesor de Derecho Penal y de Política Criminal; especializado en Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Roma.

Nota: Agradecemos al señor Oscar Laynez y demás directivos de ASONAL JUDICIAL de Antioquia, la autorización para publicar este trabajo correspondiente al Foro organizado por ellos. (El coordinador).