

ANTE LA INMINENCIA DE UN NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. ALGUNOS DE LOS CAMBIOS O INNOVACIONES

Como vivimos bajo el signo de las permanentes reformas, muchas de ellas cumplidas volviendo espaldas a las enseñanzas de la experiencia, ignorando la realidad del medio social donde deben regir las nuevas normas, sin entender los elocuentísimos procesos de interpretación y depuración de las instituciones jurídicas que realiza la jurisprudencia nacional, y, en ciertas ocasiones —menester es decirlo—, fruto del aislado criterio de alguien que aspira a ser el exclusivo autor de la legislación de turno, ahora mismo estamos a la expectativa de que el proyecto de *Código de Procedimiento Penal* elaborado por el gobierno nacional por conducto de un comité de expertos y en desarrollo de las facultades otorgadas por la ley 52 de 28 de diciembre de 1984, se convierta en *otro ensayo* expedido con el anhelo de “darle respuesta a la honda preocupación reinante en todos los estamentos sociales en torno a la ineficacia que presentan los mecanismos a través de los cuales se administra la justicia en Colombia”, abrumada por una carga infinita de procesos que resulta absolutamente imposible tramitar, al menos una parte sustancial de ellos, todo lo cual revela “una grave anomalía en su funcionamiento”, según anotaba el ministro de Justicia de entonces, doctor Enrique Parejo González, al instalar la Comisión Asesora para la elaboración de un nuevo *Código de Procedimiento Penal*.

Desde luego que la ineficacia y la crisis atribuidas a la justicia colombiana, escribe el magistrado y tratadista doctor Gustavo Gómez Velásquez, “no dependen tanto de las características normativas de su *Código de procedimiento* como sí de otros muchos factores, así la carencia de medios de investigación efectivos, falta de apoyo moral y material a la autoridad judicial, cumplimiento de las órdenes de captura y purgamiento de las condenas, variación fundamental del régimen penitenciario, sistema adecuado de seguridad y prevención, mejoramiento de las condiciones socioeconómicas del país, purificación de prácticas viciosas en la instrucción y juzgamiento, y en fin, quién lo creyera, una pausa en el proceso crónico de las reformas penales, cada una con síntomas de empeoramiento.

”Transformar ahora un estatuto que al menos está decantado en su conocimiento y ejecución, que aparece asimilado por la comunidad y que no es la fuente de los infortunios de la justicia, conduce a mayores desastros, pues ni se cuenta con los recursos económicos para introducir variantes de infraestructura judicial, ni hay modo de perfeccionar una preparación del personal que debe servirla, ni es posible, con el desbordamiento del crimen en el país, atender a este enfrentamiento

del delito organizado y al mismo tiempo estudiar enmiendas, taponar dudas y recrear instituciones, *hay que ser más realistas y menos ilusos*". (GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ y LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Código de Procedimiento Penal colombiano*, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1985, pág. 5). Bastardillas fuera del texto.

A ese panorama angustioso y difícil en que se debate la rama jurisdiccional de Colombia, en emergencia desde cuando los órganos ejecutivo y legislativo la relegaron a la condición de la Cenicienta para tratarla con desigualdad ostensible, súmese la intimidación constante y el sacrificio de sus abnegados servidores, y se inferirá rectamente que cualquier afán de reforma dirigido a contribuir al "afianzamiento de la paz y de la convivencia social" está condenado al fracaso mientras no se adopten los mecanismos y recursos económicos indispensables para lograr "la capacitación de los jueces, según el pensamiento del señor ministro de Justicia, la administración racional y técnica de la carrera judicial, el mejoramiento de la Policía Judicial y la instrucción criminal, que deben estar dotados de elementos modernos para las diligencias y prácticas que les corresponde cumplir" amén del número, agregamos nosotros, de despachos judiciales (juzgados y tribunales) que demandan las necesidades del momento, suficientemente dotados y con el personal subalterno que corresponda.

No es lógico entonces seguir haciendo reformas en el papel, para que se queden escritas, mientras la gran crisis de la justicia, como la de otras tantas instituciones, avanza en forma acelerada a los ojos de la indolencia del Parlamento colombiano cuya lánguida tarea en la comentada materia se ha reducido al censurable espectáculo, por lo demás nociva costumbre, de delegar su competencia o facultades legislativas sobre tan vitales asuntos en el gobierno, sin iniciativas de los abogados, universidades y academias de juriconsultos, y del propio órgano ejecutivo, que se destaca como campeón en la elaboración de normas inexecutable.

Absurdo e insólito resultaría sin embargo negar que, desde el punto de vista de la técnica legislativa y frente a la legislación actual, el proyecto de Código de Procedimiento Penal representa un avance en distintas materias, que recoge, amplía y hasta perfecciona las tendencias que empezaron a gestarse a partir de la instalación del Comité de Especialistas creado en desarrollo de las facultades concedidas al gobierno por la ley 16 de 1968 para la reforma de nuestro Código de 1938 cumplida en el año de 1971, pasando por el proyecto de Código de 1977 y el abortado Estatuto que debía empezar a regir el 29 de enero de 1982, derogado luego como consecuencia de la inexecutable del Acto Legislativo número 1 de 1979.

En efecto, las muy lógicas censuras al sistema manifiestamente inquisitivo que satura las instituciones procesales vernáculas, al extremo de concentrar numerosas funciones en el juez que investiga, acusa y juzga tras la sola expedición de un auto de proceder que en muchos casos se convierte en una especie de "crónica de una sentencia condenatoria anunciada" —sin que ello quiera decir que falte a su deber de imparcialidad sino que la misma estructura del proceso así lo impone—, encuentran encomiable respuesta en el articulado del nuevo estatuto cuando, en la medida de lo posible ya que los fueros constitucionales y legales generan obstáculo insalvable, se separan las etapas de la investigación y del juzgamiento para encomen-

darlas a funcionarios distintos, de suerte que el sentenciador solo avoca el trámite a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación porque el instructor, en lo concerniente a juzgados de circuito y superiores, cumple la ponderosa y aun compleja labor de calificar el mérito del sumario, ya gracias al acto que acaba de destacarse, ora disponiendo la cesación del procedimiento por alguna de las causales previstas en los arts. 163 y 491 del C. de P. P., bien la reapertura de la investigación por una vez, hasta por el término de sesenta días, de manera que las puertas de la impunidad quedan abiertas porque luego de una segunda clausura del sumario este ha de finalizar por la vía de la cesación del procedimiento si no existe prueba para formular resolución de acusación.

Y no se olvide cuán difícil resulta incorporar, en términos de suyo breves, todos los elementos de convicción que demanda una calificación justa.

En lo que importa a la acción penal se mantiene en líneas generales la regulación del Código vigente, pero en lo concerniente a su ejercicio y a su indisponibilidad se introducen inquietantes modificaciones para extender la necesidad de la querrela a treinta y cinco (35) ilícitudes, algunas de ellas de diaria ocurrencia, y permitir el desistimiento respecto de muchos delitos investigables de oficio (lesiones personales y contra el patrimonio económico, excepto el hurto calificado y la extorsión) cuando cualquiera de los inculcados repara el daño irrogado al ofendido, especie de *compositio* o arreglo que favorece a los demás procesados que acepten el desistimiento y que por obvias razones no redundará en beneficio de los sindicados de escasos o ningunos recursos económicos, a no ser que mediante engaños, como suele ocurrir en la práctica, se falte a la verdad en el escrito dirigido al juez.

En lo atañedor a la disciplina de la acción civil dentro del proceso penal, es preciso recordar que el Código en potencia se ha puesto a tono con las más modernas concepciones de la jurisprudencia y la doctrina colombianas, consagrando en sus preceptos de manera diáfana lo que la Corte Suprema de Justicia y diversos tratadistas habían sostenido desde el año de 1965 (sentencia de 11 de febrero de dicho año. M. P., GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA) acerca de la acción restitutoria o de resarcimiento, que abarca bienes muebles o inmuebles salidos de algún patrimonio como consecuencia del hecho punible, debiendo observarse, eso sí, la falta de una norma que consagre por igual las medidas cautelares (embargo y secuestro) indispensables para garantizar la oportuna restitución del bien al ofendido o a sus herederos, ya que el art. 361 se limita *en cuanto a inmuebles* a repetir lo establecido en el art. 354 del estatuto vigente.

Con el afán de desarrollar las normas del Código Penal de 1980 sobre la "responsabilidad civil derivada del hecho punible", de manera singular el art. 105 permite la condena dentro del proceso penal de aquellos que de "acuerdo con la ley civil estén obligados a reparar" (art. 45 del proyecto); y el art. 150 *ibidem* reafirma el concepto cuando establece que el civilmente responsable, ajeno desde luego a la comisión del delito porque no es autor, determinante ni cómplice, no puede adquirir la calidad de tercero sino de parte.

Sin embargo, lamentablemente, el proyecto no crea los mecanismos que autorizan las medidas cautelares sobre bienes del civilmente responsable, ni regula la

manera de vincularlo al proceso en calidad de demandado, y, lo más significativo de todo, no excluye de los obligados a indemnizar el daño en sede penal a las personas jurídicas de derecho público, a quienes en la generalidad de los casos juzga la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para llenar los funestos vacíos que acaban de indicarse hubiera sido de gran ayuda transcribir los arts. 43 a 55 del proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1977.

Dentro de este breve comentario es muy importante señalar que el art. 59 del proyecto, de tinte inconstitucional como que al parecer se ha desbordado el marco de la ley de facultades al modificar el régimen de las obligaciones y de los contratos civiles y mercantiles, dice que hay objeto ilícito en la enajenación de bienes sujetos a registro cumplida dentro de los tres meses siguientes a la fecha de comisión del delito materia del proceso, a menos que esté garantizada la indemnización de los perjuicios.

Es laudable la finalidad perseguida con dicho precepto, cual es evitar que el presunto infractor trate de insolentarse y burle los intereses de quien ha sufrido el daño, pero el remedio escogido excede la competencia delegada por el Congreso en el ejecutivo.

De mucha enjundia y buenos propósitos se avizoran las normas rectoras de la investigación de los hechos y de sus autores o partícipes, piedra angular del proceso si el aparato de la justicia logra una sólida estructura en la cual el juez —unipersonal o colegiado—, el médico forense, el perito y la policía judicial se compenetran de sus deberes y entienden que sin actividad investigativa rápida, eficaz e imparcial no puede llegarse a la demostración de la verdad y a la condena de los delincuentes.

Muchos de los fracasos de nuestra justicia, nutrida de absoluciones y sobreseimientos definitivos, lógicamente admisibles pero ajenos a la realidad de lo sucedido, se explican por la ausencia de cuerpos investigativos capaces, honestos y dinámicos, o por la inidoneidad o inexperiencia del juez que no sabe conducir el proceso hacia la búsqueda de las pruebas que permitan condenar al transgresor de la ley penal.

¿Será posible, empero, acometer la noble y riesgosa tarea de combatir el crimen organizado? ¿Disponemos del elemento humano y de los instrumentos técnico-científicos necesarios para desarrollar esa fecunda labor? Con gran desolación aceptamos la siguiente realidad expuesta en importantísimo escrito sobre “La prostitución de la justicia (en Italia, se aclara) gracias a la familia Corleone”: “En los juzgados colombianos no hay ni escritorios; muchos empleados tienen que comprar de su propio peculio la papelería; la protección personal es inadecuada; las máquinas de escribir obsoletas y, desde luego, la mayoría de los sueldos incompatibles con la importante función; el analfabetismo que se advierte en no pocos funcionarios es alarmante, basta con leer declaraciones transcritas por un secretario.

De otro lado, los agentes de la Procuraduría y demás funcionarios investigadores son insuficientes; los departamentos de medicina legal carecen de técnicas avanzadas en la mayoría de las ciudades colombianas; los dictámenes médico-legales son levantados por «teguas», personas que jamás han estudiado la medicina general ni forense; el presupuesto del Ministerio de Justicia es sencillamente irrisorio: difícil-

mente un tres por ciento anual, que apenas alcanza para sostener sueldos de algunas cárceles”.

Más adelante se lee: “Tiene que haber tanta eficacia y recursos en el inspector de policía como en el juez. Nada se haría si los juzgados fueran maravillosamente acondicionados, los salarios aumentados y los vehículos de los magistrados blindados, y el policía judicial siguiera con pistolas de hace treinta años y gozara de pésimas remuneraciones. El mal salario los hace presas fáciles de la concusión y el cohecho, tipificados en nuestro régimen penal, pero infortunadamente de difícilísima materialización, es decir, comprobación. ¿Cuántos narcotraficantes han salido de las rejas por falta de pruebas? Como se recuerda, cuando fue ordenada la libertad de la famosa reina de la coca colombiana, la juez que ordenó tal libertad arguyó falta de pruebas, decisión que fue controvertida en los salones del Ministerio de Justicia. Posiblemente se aplicó en derecho el principio de la verdad procesal, pero la realidad era bien conocida. ¿Cuál fue el equívoco? Carecer de medios investigativos, que allegaran pruebas plenas que permitieran el condenamiento de la reconocida narcotraficante (...). Un estado tiene que enfrentar el delito en sus múltiples expresiones, no solo con audacia y coraje, sino con medios técnicos y organizativos...”. (Revista *Difusión Jurídica*, órgano de divulgación de la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados —Asonal Judicial— Seccional de Risaralda).

De otra parte, la captura, medidas de aseguramiento y libertad provisional son temas que el proyecto, obra de juristas de muy reconocida solvencia moral e intelectual, trata con suma nitidez y coherencia depurando la regulación de los defectos, excesos y vacíos que en este trascendental campo ofrecían el Código de Procedimiento Penal de 1971, la ley 2ª de 1984 y los ahora inexequibles decretos 1853 de 1985 y 056 de 1986.

Así, en primer término la captura en flagrancia de particular y de empleado oficial aparece concebida con entera claridad y despeja cualquier duda acerca del tratamiento que debe darse al aprehendido que mediante indagatoria será vinculado a la investigación.

En segundo lugar, se consagra el sistema de la *captura facultativa* para determinado grupo de infracciones y se establecen los factores que deben sustentar la decisión del juez cuando ordena la aprehensión de alguien para vincularlo al sumario por medio de aquella diligencia o declaración de inquirir.

Si el juez considera innecesaria la captura, o el hecho punible se atribuye a un empleado oficial, o no está reprimido con pena privativa de la libertad, o se encuentra penado con arresto, o prisión inferior a dos años, o la prueba indica que el inculcado actuó en cualquiera de las circunstancias de justificación o de inculpabilidad contempladas en los arts. 29 y 40 del Código Penal, es obligante citar al justiciable para indagatoria y solo en caso de renuencia a comparecer es admisible la captura para el cumplimiento de dicha diligencia.

Otros vitales aspectos de la novísima reforma serán expuestos en próxima publicación, cuando al proyecto se le haya dado la revisión final para convertirlo en

ley de la República cuya vigencia inmediata desaconsejarán su falta de conocimiento y de divulgación en foros sobre la materia.

Medellín, diciembre 22 de 1986.

J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ
Magistrado del Tribunal Superior
(Sala Penal)

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

NOTA: Mediante decreto 50 de 13 de enero de 1987, el gobierno nacional expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal y aplazó su vigencia para dentro de varios meses.