

CONFRONTACIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA*

Dr. JULIO SALGADO VÁSQUEZ**

La Universidad Autónoma de Colombia convocó a un grupo de abogados interesados en el cultivo de las ciencias penales, para que el proyecto de Código de Procedimiento Penal fuera sometido a examen.

Me correspondió inquirir si el proyecto consulta los principios y garantías procesales que la Constitución Política de Colombia establece, o si vulnera algunos de ellos.

A continuación le expondré a usted las principales conclusiones a que llegué, con lo cual trato de intervenir en el debate jurídico que el señor ministro ha solicitado que se adelante en torno al proyecto.

I. INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 1853 DE 1985

La ley 52 de 1984, promulgada el 14 de enero de 1985 —(*Diario Oficial* número 36830)— revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos años, 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 prescripciones”, siguiendo las bases que en doce literales enumera y expone el artículo primero de la ley de autorizaciones.

El presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 52 de 1984, dictó el decreto 1853 de 1985 (8 de julio), promulgado en el número 37046 del *Diario Oficial* (12 de julio de 1985).

La Corte Suprema de Justicia profirió tres sentencias sobre la inconstitucionalidad del decreto 1853:

a) El 22 de mayo de 1986 declaró inexecutable el art. 15, por ser contrario a la Constitución Nacional, cuyo texto reza: “*Excarcelación*. La excarcelación prevista en el numeral tercero del artículo 44 de la ley 2ª de 1984 no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario”.

* Comunicación dirigida por el autor al señor ministro de Justicia el 20 de octubre de 1986.

** Ex magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Profesor Universitario.

b) Por sentencia del 25 de junio de 1986, la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable los siguientes textos del decreto 1853:

“Art. 4º.—*Captura facultativa o citación para indagatoria*....

“Si no se considerare necesaria la captura, o si el delito mereciere pena de arresto o de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena no privativa de la libertad, se citará al sindicado y si este no compareciere a rendir indagatoria, será capturado para el cumplimiento de dicha diligencia.

“Cuando se trate de la situación prevista en el inciso segundo de este artículo, el procesado será puesto en libertad mediante auto de sustanciación, una vez haya rendido indagatoria”.

“Art. 14.—*Casos en que procede la detención preventiva*. La detención preventiva procede en los siguientes casos:

“1. Cuando el delito que se imputa al procesado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de agravación concurrentes, siempre que se den las exigencias probatorias establecidas en el artículo octavo de este decreto.

“2. Cuando se trate de uno cualquiera de los delitos tipificados en el capítulo primero del título VII del Código Penal y del delito de enriquecimiento ilícito.

“3. Cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigentes por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena de arresto” (...).

c) El 9 de octubre en curso, la Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable de la totalidad del decreto 1853 de 1985, con excepción de los artículos que ya lo habían sido mediante las sentencias del 22 de mayo y del 25 de junio de 1986.

El argumento esencial para la declaratoria de inexecutable consistió en que la ley 52 de 1984 otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República para elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal. Como el decreto 1853 de 1984 se refiere únicamente a algunas de las materias que debe contener un código procesal penal, quiere ello decir que se violó la Constitución Nacional, al no expedirse un Código, sino parte del mismo.

La Corte reitera el criterio adoptado en su sentencia del 14 de abril de 1977:

“En términos generales, un Código es un conjunto sistemático, lógico y completo de las disposiciones que regulan determinada actividad, y debe comprender todas aquellas reglas que sean propias de ellas o que les son necesariamente anexas o complementarias”.

El argumento esencial lo enuncia la Corte así:

“Empero, al analizar el artículo demandado por aspectos o motivos distintos de los invocados por el demandante como debe hacerlo la Corte por ser integral el control de constitucionalidad a ella confiado, se encuentra que dicha disposición hace parte del decreto extraordinario número 1853 de 1985 pero no pertenece propiamente a un código procedimental penal que el gobierno haya adoptado en cumplimiento de las atribuciones de que fue investido por la ley 52 de 1984, ya que el decreto en referencia

carece de esa connotación como es fácil inferirlo por la variedad de temas o materias reguladas por él. No resulta infundado sostener, por la heterogeneidad temática apuntada, que por medio del decreto de marras del que forma parte la norma materia de este proceso, el gobierno, lejos de haberse adecuado a las específicas materias de la ley de autorizaciones, hizo uso, sin fundamento constitucional, de la facultad de *derogar* normas preexistentes con el pretexto de que ellas se acomodan a las materias detalladas por la ley de facultades”.

Continúa la Corte diciendo que el decreto 1853 “desarticula el complejo catálogo normativo del actual Código de Procedimiento Penal, haciendo difícil su interpretación aun para juristas expertos, frustrándose de esta manera las finalidades que impulsaron al legislador a conceder las atribuciones de que da cuenta la ley” de facultades extraordinarias. Finaliza el argumento principal de la Corte, al exponer: “...el legislador ordinario pretendió al ejecutar de precisas y temporales facultades extraordinarias, que se ordenara sistemáticamente el procedimiento penal en un estatuto dentro del cual quedara regulado, entre otros asuntos, el de la libertad provisional. A su turno el gobierno al expedir el art. 15 solamente de manera parcial o fragmentaria se refirió a esta materia y lo hizo dentro de una normatividad que no tiene las características ya apuntadas de un Código”.

Las tesis planteadas por la Corte son las siguientes:

1. Que un Código, para ser tal, debe constar en un texto único, como sería una ley o un decreto extraordinario. De este aserto habría que concluir que el actual Código de Procedimiento Penal no es un Código, por cuanto el decreto 409 de 1971 (actual Código de Procedimiento Penal) ha sido reformado varias veces, según puede comprobarse con las leyes 22 de 1977, 2ª de 1984 y 55 de 1984. De parejo modo tendría que predicarse que el Código Civil no es un Código, porque ha sido reformado múltiples veces, a partir de la expedición de las leyes 57 y 153 de 1887.

2. Que la expedición del decreto 1853 de 1985 desarticuló el actual Código de Procedimiento Penal hasta el extremo de que los juristas expertos en achaques procesales no han sabido interpretar correctamente ni el Código ni el decreto. Seméjante aseveración carece absolutamente de fundamento, ya que el decreto 1853 no acarreo problema alguno en su aplicación, ni tampoco planteó dudas sobre la coherencia del Código. Lo que muchas gentes censuraron fue la eliminación que adoptó el decreto de la detención preventiva por delitos sancionados con penas mínimas inferiores a dos años, y la consecuencia de la excarcelación de quienes estaban privados de su libertad por haber cometido tal clase de delitos.

3. Se predica la inconstitucionalidad del decreto 1853, no porque hubiera violado alguna de las bases que el artículo primero de la ley 52 de 1984 ordenó que siguiera el gobierno al expedir el nuevo Código de Procedimiento Penal, sino porque dicho decreto no es un Código, sino apenas una parte del Código. Como la ley de autorizaciones extraordinarias no dispuso que el gobierno expidiera el nuevo Código en un solo decreto extraordinario, sino únicamente que lo expidiera, resulta francamente difícil descubrir en qué consistió la violación de la Constitución. Con toda razón, seis magistrados salvaron su voto fundándose en que la Corte no expresó

cuál había sido la violación de la Constitución, porque “en el fondo la inexecutable radicaría en la ausencia de las normas que hasta ahora no han sido expedidas”.

Resulta imposible comparar el decreto 1853 con el resto del nuevo Código de Procedimiento Penal, precisamente porque todavía el gobierno no lo ha expedido y puesto en vigencia.

Esa comparación debió hacerla la Corte con la ley 52 de 1984 y con la Constitución, para formarse concepto sobre la exequibilidad o inexecutable del decreto.

La base b) del artículo primero de la ley 52 de 1984 es del tenor siguiente:

“Reglamentación de la captura, detención y libertad provisional, teniendo en cuenta la presunción de inocencia, sin desproteger los intereses de la sociedad, particularmente en relación con los delitos más graves, para los cuales no podrá haber excarcelación. Se establecerá preponderantemente la fianza, en la cuantía que el juez estime conveniente, según la gravedad del hecho, como medio de garantizar la presencia del sindicado en el proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia”.

El decreto 1853 reglamenta lo relacionado con la captura, la detención preventiva, las medidas de aseguramiento y las excarcelaciones. Para predicar que el decreto es inconstitucional, la Corte debió comparar su articulado con la base b) del artículo primero de la ley de autorizaciones y con la totalidad de la Constitución. Sin embargo, no hizo esa confrontación, sino que se limitó a sentar la tesis de que para saber si el decreto 1853 es inconstitucional habría que compararlo con el nuevo Código de Procedimiento Penal; como ello es imposible debido a la inexistencia de ese nuevo Código, la Corte concluyó que el decreto es inconstitucional porque no abarca la totalidad de las materias que debe contener un Código de Procedimiento Penal. Lo cual conduce a la conclusión de que la inexecutable del decreto 1853 dependería, no de que viole textos constitucionales, sino normas del nuevo Código.

Lo expuesto es suficiente para concluir que la inexecutable del decreto 1853 de 1985 fue declarada con fundamento en que no contiene el nuevo Código de Procedimiento Penal, y no en violaciones de textos constitucionales.

II. INMUNIDAD DE CONGRESISTAS

El art. 107 de la Constitución dispone:

“Ningún miembro del Congreso podrá ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte días después de estas. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la cámara respectiva” (art. 26 del acto legislativo núm. 1 de 1936).

El Código de Procedimiento Penal reglamenta la inmunidad de congresistas en sus arts. 20, 21 y 22.

El proyecto no se refiere a la inmunidad de los congresistas, con lo cual desconoce la ordenación del art. 107 de la Carta.

El art. 63 del Código Penal ordena:

“*Empleados oficiales.* Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público”.

El texto transcrito sitúa a los senadores y representantes en la categoría de empleados oficiales, porque son miembros del Senado y de la Cámara de Representantes, que son corporaciones públicas.

El proyecto incluye los siguientes textos relacionados con empleados oficiales:

“Art. 390.—*Captura del empleado oficial.* Cuando un empleado oficial sea capturado en flagrancia, el juez recibirá inmediatamente la indagatoria, y si no fuere posible hacerlo lo citará para recibirla en fecha posterior.

“Después de la diligencia de indagatoria será puesto inmediatamente en libertad y se tomarán las medidas necesarias para impedir que eluda la acción de la justicia”.

“Art. 419.—*Detención de los empleados oficiales.* En el mismo auto en que se decreta la detención preventiva de empleado oficial, se solicitará a la corporación o autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Mientras se cumple la suspensión se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el imputado eluda la acción de la justicia.

“Si pasados cinco (5) días desde la fecha en que se solicite la suspensión, esta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del imputado.

“Igualmente se procederá para hacer efectiva la sentencia condenatoria”.

“Art. 432.—*Excepciones.* Las prerrogativas concedidas a los empleados oficiales en los anteriores capítulos, no se tendrán en cuenta cuando a juicio del juez la aprehensión del empleado no afecte la buena marcha de la administración. Salvo lo dispuesto en los artículos 422 y 423 la captura y las medidas de aseguramiento se regirán por las normas relativas para los particulares”.

Si el proyecto de Código fuera adoptado por el gobierno nacional en ejercicio de las facultades legislativas que le otorgó la ley 52 de 1984, como lo senadores y representantes a la Cámara, para los efectos penales se consideran empleados oficiales, podrían ser capturados y detenidos por cualquier funcionario de instrucción o juez del conocimiento. De la misma manera, los demás empleados oficiales que tienen fuero para el juzgamiento, también podrían ser privados de su libertad. Por ejemplo, un juez de circuito estaría en capacidad de capturar y detener a los magistrados de un tribunal bajo la acusación de haber cometido prevaricato.

Por lo expuesto, resulta obvio concluir que los arts. 390, 419 y 432 del proyecto violan el art. 107 de la Constitución, en cuanto desconocen la inmunidad de los congresistas; asimismo violan otros textos constitucionales, tales como los que señalan una competencia especial para el juzgamiento ante los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Senado de la República de algunos de los altos funcionarios del Estado.

III. RETORNO DE LA INQUISICIÓN

El proyecto de Código ha retrocedido varios siglos en lo atinente a la investigación penal, como se comprueba con la lectura de los siguientes textos:

“Art. 256.—*Reserva.* Salvo las excepciones previstas en este Código, durante la investigación, esta solo podrá ser conocida por los funcionarios y empleados que la adelanten, los peritos cuando la necesiten para rendir su dictamen, las partes que intervienen en el proceso, el director nacional de instrucción criminal y los directores seccionales, para el cumplimiento de sus deberes”.

“Art. 362.—*Diligencias especiales reservadas.* Los autos motivados mediante los cuales se disponga el allanamiento y el registro, la retención de correspondencia postal o telegráfica o la interceptación de comunicaciones telefónicas, no se darán a conocer a las partes hasta tanto el juez considere que ello no puede interferir el desarrollo de la respectiva diligencia y contra dichos autos no procede recurso alguno”.

Practicar pruebas a espaldas del acusado constituye un perentorio atentado contra el derecho de defensa, que es parte esencial del debido proceso que el art. 26 de la Constitución ha instituido como una de las garantías procesales de mayor significación. El art. 362 contradice en forma frontal el inciso segundo del art. 255: “Las partes tienen derecho a intervenir en la práctica de todas las pruebas”, porque ese derecho se lo niega el art. 362 en relación con el allanamiento, el registro, la retención de correspondencia postal o telegráfica o la interceptación de comunicaciones telefónicas.

El juez queda convertido en familiar del Santo Oficio porque se lo autoriza para que adelante investigaciones a espaldas del acusado. En esa forma procedía la Inquisición. La Revolución Francesa se llevó a cabo, entre otras razones, porque la arbitrariedad de los jueces inquisitoriales desconocía el derecho de defensa de los acusados, al negárseles a estos el derecho de concurrir a práctica de las pruebas, porque campeaba en la administración de justicia la prueba secreta. Y retornaremos a esa etapa si el gobierno nacional comete el error de convertir el proyecto en Código de Procedimiento Penal.

IV. JUECES LEGISLADORES

Las leyes las hace en Colombia el Congreso, y por medio de ellas expide códigos en todos los ramos de la legislación y reforma sus disposiciones (Const. Nal., art. 76, atribución 2ª).

El Código de Procedimiento Penal está integrado por un conjunto sistemático de normas que reglamentan íntegramente lo concerniente al proceso que deben adelantar los jueces para investigar y juzgar a los acusados de la comisión de delitos, como autores o partícipes. El debido proceso radica esencialmente en la suma de actos que el Código, vale decir, que el Congreso ha ordenado para que la justicia penal se cumpla en forma correcta, para castigar a los responsables de infracciones

y para absolver a los acusados inocentes. Forma parte de ese debido proceso la enumeración de aquellas violaciones que lo desvirtúan. El legislador eleva a causales de nulidad, de todo o parte del proceso, determinadas irregularidades que vician la legalidad de los actos procesales en que se presenta. En otras oportunidades, la ley dispone que ciertas formas son esenciales para que nazcan a la vida jurídica determinados actos procesales.

El actual Código de Procedimiento Penal, en su art. 210, enumera cinco causas de nulidad que pueden afectar a todos los procesos penales; en el 211 describe las tres causas de nulidad específicas de los juicios con jurado; y en el 214 define cuándo un acto procesal es inexistente.

La ley 52 de 1984 dispuso que el presidente de la República, al elaborar un nuevo Código de Procedimiento Penal, debía ajustarse, entre otras, a la siguiente base: "... g) Reglamentación de la actuación procesal (recursos, términos, nulidades, instancias, etc.)".

Sin embargo, el proyecto interpreta esa directiva a la cual debe ajustar el ejercicio de las facultades extraordinarias de que fue revestido; mediante los siguientes textos:

"Art. 311.—*Causales.* Son causales de nulidad en el proceso penal:

"1. La incompetencia del juez.

"2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

"3. Violación del derecho a la defensa.

"4. El no reconocimiento de la favorabilidad por no aplicación de la ley preexistente al hecho que se impute al procesado, o de la ley posterior permisiva o favorable".

"Art. 315.—*Inexistencia del acto procesal.* Cuando no se observen las formalidades esenciales para la validez del acto procesal, el funcionario lo declarará inexistente".

La causal segunda de nulidad del art. 311 del proyecto registra la anomalía de que no se indican cuáles son las irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. Sería el juez quien en cada caso tendría que legislar para determinar cuáles son esas irregularidades esenciales. Es indiscutible que correspondería al Congreso, esto es, al Código, describir con toda exactitud las irregularidades que atentan contra el debido proceso. Como el proyecto le atribuye al juez la facultad de crear esa clase de nulidades, resulta a todas luces apodíctico que se está violando el art. 76 de la Constitución, en cuanto se le señala al juez la tarea de legislar en lo relacionado con las nulidades (atribución segunda), y en cuanto no legisló completamente sobre nulidades, tal como lo ordena el literal g) del artículo primero de la ley 52 de 1984, con cuyo comportamiento violó la atribución 12 del citado art. 76.

El art. 214 del Código dice:

"*Inexistencia del acto procesal.* Cuando la ley exija expresamente para la validez de determinado acto, que se llenen ciertas formalidades, y estas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial que tal acto no se ha verificado".

Nótese que es la ley la que ordena que ciertos actos procesales, para que sean válidos, deben estar revestidos de determinadas formalidades; en cambio, el art. 315 del proyecto dispone que es al juez a quien le corresponde resolver cuáles son las formalidades esenciales que son indispensables para la validez del acto procesal. Al juez se le da la función de legislar, lo cual es violatorio del art. 76 de la Constitución, atribución 2ª.

Valga la ocasión para observar que la causal tercera del art. 311 del proyecto ("Violación del derecho a la defensa") es un atentado contra el debido proceso, porque la defensa adecuada y técnica es una de las formas esenciales del proceso. Por lo tanto, esta causal tercera forma parte de la causal segunda, ya que la falta de defensa es irregularidad sustancial del debido proceso, que conduce a la denegación de justicia.

V. CALIFICACIÓN DEL MÉRITO DEL SUMARIO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO

"...

"c) *Calificación del mérito del sumario.* Desde el año de 1977, en el cual se elaboró el primer anteproyecto con propuestas de reforma al Código de Procedimiento Penal, se viene cuestionando permanentemente el sistema de calificación que sigue nuestro actual sistema procesal. Se critica en primer lugar el auto de proceder, porque además de constituir en la práctica una sentencia anticipada, es la principal fuente de nulidades legales y supraliberales en el proceso penal" (*Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1986, pág. xx).

El ministro de Justicia, al instalar la Comisión Asesora para la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, declaró:

"El Ministerio piensa que si se tecnifica la Policía Judicial y se le asocia en un solo cuerpo la instrucción criminal podría acelerarse en hacer eficaz la investigación sin que se acabe con la separación de esas dos competencias. Pero se podría prever que el funcionario instructor termine su gestión con una providencia en la cual se consigna su criterio sobre el mérito de la investigación. Sería una especie de pliego de cargos formulado por quien ha podido formarse una idea más próxima y más veraz sobre los hechos y acerca de las pruebas practicadas. De este modo, podría pensarse en la supresión del auto de proceder que tantas y tan justificadas críticas ha merecido". (Ob. cit., págs. ix y x).

El art. 489 del proyecto prescribe:

"*Funcionarios competentes para calificar.* En los procesos por delitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia, de los tribunales superiores y de los juzgados municipales el mérito del sumario será calificado por la corporación o juez municipal correspondiente.

“En los procesos por delitos de competencia de los jueces de circuito y superiores, el mérito del sumario será calificado por el juez de instrucción”.

El principio sentado por la Comisión Asesora en la exposición de motivos sobre la inconveniencia de que el juez del conocimiento califique el mérito del sumario, porque el auto de proceder equivale a una sentencia condenatoria a la cual le falta únicamente la sanción, se quiebra por el art. 489 del proyecto. En efecto, la calificación del mérito del sumario se le atribuye a dos clases de funcionarios distintos: a los funcionarios del conocimiento en cuanto se refiere a los delitos atribuidos a la Corte Suprema de Justicia, a los tribunales superiores y a los juzgados municipales; y a los jueces de instrucción en los procesos por delitos de competencia de los jueces de circuito y jueces superiores.

No se sabe la razón que tuviera el proyecto para estimar que los jueces de circuito y superiores, al calificar el mérito del sumario, estarían parcializándose en contra del imputado; en cambio, los jueces municipales, tribunales superiores y Corte Suprema de Justicia están por encima de toda sospecha de prevaricación al calificar el mérito de los procesos por delitos de su competencia.

En todo caso, el enjuiciamiento comienza con el auto de proceder, tal como lo establece el art. 511 del Código de Procedimiento Penal:

“*Celebración de la audiencia.* Llegados el día y la hora de la audiencia se dará lectura al auto de enjuiciamiento y a las demás piezas del proceso que las partes soliciten”.

Y esto mismo lo reconoce el art. 504 del proyecto:

“*Celebración de la audiencia.* Llegado el día y la hora para la vista pública, se dará lectura al auto calificadorio y a las demás piezas del proceso que soliciten las partes o que el juez considere necesarias”.

(El singular del verbo “llegado” está mal empleado, porque se refiere al día y a la hora. El art. 511 del Código emplea la inflexión verbal en plural, lo cual es lo correcto).

El art. 26 de la Constitución manda que el juzgamiento se haga “ante tribunal competente”. El artículo primero del Código de Procedimiento Penal, dedicado a definir la legalidad del proceso, dispone que el juzgamiento debe efectuarse “ante juez competente”, lo cual repite el artículo primero del proyecto.

La competencia de los jueces de instrucción, según el art. 76 del proyecto, se enuncia así: “Los jueces de instrucción investigarán los delitos de competencia de los jueces de circuito y superiores”. Esto quiere decir que los jueces de instrucción no tienen competencia para juzgar, sino únicamente para investigar delitos de competencia de los jueces de circuito y superiores; por lo tanto, un juez de instrucción no es competente para proferir un auto de proceder, conforme el lenguaje del Código, o una resolución de acusación, según las palabras del proyecto. Y si no tiene esa competencia, fluye la consecuencia jurídica de que el inciso segundo del art. 489 del proyecto viola el art. 26 de la Constitución, porque le atribuye a un simple

juez de instrucción (que no tiene competencia para juzgar) la tarea de proferir la providencia mediante la cual se inicia el juicio.

El art. 498 del Código es de claridad meridiana al disponer que el auto de proceder le da comienzo al juicio:

“*Iniciación del juicio.* Ejecutoriado el auto de proceder principia el juicio, que se tramitará de acuerdo con las normas del presente libro”. Y esto mismo lo consagra el proyecto en su art. 497: “*Etapa del juzgamiento.* Con la ejecutoria del auto sobre control de legalidad o el calificadorio según el caso, se inicia la etapa del juzgamiento”.

El auto de control de legalidad, según el art. 496 del proyecto, lo profieren los jueces de circuito y superiores al recibir un proceso proveniente de un juzgado de instrucción criminal, calificando el mérito del sumario con resolución de acusación, cesación de procedimiento o reapertura de la investigación. En el auto de control de legalidad el juez del conocimiento (circuito o superior) solamente tiene competencia para pronunciarse sobre la presencia o ausencia de causales de nulidad que afecten la actuación. Por lo tanto, el juez de circuito o superior no puede cuestionar las conclusiones del juez de instrucción en cuanto a la tipicidad del hecho (que el Código denomina “cuerpo del delito” en su art. 310) ni la responsabilidad del procesado. Este aspecto sirve para reafirmar la conclusión de que un juez incompetente es el que queda habilitado para dictar el auto de enjuiciamiento, lo cual es inconstitucional.

VI. RESOLUCIÓN DE ACUSACIONES

El art. 492 del proyecto ordena:

“*Resolución de acusación.* El funcionario dictará resolución de acusación cuando esté demostrada la tipicidad del hecho y exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabilidad”.

La norma transcrita, salvo diferencias de expresiones verbales, coincide sustancialmente con el art. 481 del Código, referente a la enunciación de los requisitos sustanciales del auto de proceder:

“Cuando en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y resultare, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe del hecho de que se investiga, el juez dictará auto de proceder”.

Lo que el Código denomina “cuerpo del delito” y “auto de proceder”, el proyecto lo menciona como “resolución de acusación” y “tipicidad del hecho”.

La gran divergencia surge entre el art. 493 del proyecto y el 483 del Código. En el proyecto, la calificación jurídica es provisional, en tanto que en el Código

se expresa: "...3. La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen".

La consecuencia de la tal "calificación jurídica provisional" se plasma en los siguientes textos del proyecto:

"Art. 511.—*Ampliación de competencia.* Se entenderá ampliada la competencia, para proferir el fallo definitivo, cuando de las diligencias practicadas en el término probatorio del juicio, o en la audiencia pública, varíe la adecuación típica del hecho punible, y el conocimiento del mismo esté consagrado (sic) a juez de inferior categoría.

"La anterior determinación se tomará por auto de sustanciación motivado, una vez que se hayan practicado las pruebas.

"En este caso la audiencia pública se suspenderá por el término de dos días para que las partes soliciten las pruebas que deban practicarse en ella y que tengan relación con la nueva adecuación típica".

"Art. 516.—*Deliberación de los jueces de derecho.* Celebrada la audiencia pública los jueces entrarán a deliberar en privado y decidirán sobre la responsabilidad del imputado, con fundamento en la adecuación típica realizada en la resolución de acusación, o en la sustitutiva que hiciere el juez una vez finalizado el período probatorio del juzgamiento según el caso.

"No podrá suspenderse la deliberación de los jueces de derecho hasta que se decida sobre la responsabilidad del imputado".

Los artículos transcritos violan abiertamente el art. 26 de la Constitución. Esa norma parte de la hipótesis legal de que debe imputarse un acto al procesado, que dicho acto esté descrito como delito por leyes preexistentes a la comisión del mismo, que el juzgamiento se haga ante tribunal competente; y que se observe la plenitud de las formas propias de cada juicio. Con la calificación provisional sobre el cuerpo del delito (Código) o tipicidad del hecho (Proyecto), el acto que se tuvo en cuenta para enjuiciar puede ser sustituido por otro distinto, ampliándosele al juez su competencia para condenar por un delito diverso del que se tuvo en cuenta al calificar el mérito del sumario.

Es la misma Comisión Asesora del gobierno nacional la que así lo expresa en la Exposición de Motivos:

"a) *Resolución de acusación.* Desde el punto de vista sustancial se exige la plena prueba de tipicidad del hecho investigado y la concurrencia de indicios graves o de un testimonio que comprometen la responsabilidad del imputado. Aparentemente, los requisitos de resolución de acusación son idénticos a los que exige el actual Código de Procedimiento Penal para proferir auto de llamamiento a juicio. No obstante, existe una gran diferencia entre los dos estatutos: en el Proyecto, la adecuación típica es provisional y por consiguiente en la sentencia puede cambiarse la denominación genérica o específica que se le haya dado a los hechos en la resolución de acusación. Procedimiento que no puede seguirse en el actual estatuto de procedimiento penal, porque las equivocaciones en lo que respecta a la denominación genérica del delito se corrigen mediante el mecanismo de la nulidad.

"En el Proyecto, la correlación entre acusación y sentencia se establece desde un punto de vista naturalístico, porque la identidad se presenta entre los hechos objeto de acusación y fallo definitivo, y no como acontece en la actualidad en la cual impera un sistema normativo" (Ob. cit., págs. xx y xxi).

El tal "punto naturalístico" atropella en forma ostensible la exigencia del art. 26 de la Constitución, según el cual el acto que se imputa (delito) debe estar descrito por ley preexistente. El artículo tercero del Código Penal ordena que "la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca", y tal hecho punible, según la definición legal, es el que debe imputarse al procesado en el auto de proceder, o en la resolución de acusación, según la jerigonza jurídica del proyecto.

Cuando la Inquisición atropellaba la dignidad humana con el sistema de las pruebas secretas, Europa reaccionó definitivamente en contra de tan vitando procedimiento. La Revolución Francesa sepultó tan execrable sistema. Pero el proyecto de Código de Procedimiento Penal reclama el menguado honor de destruir conquistas que se creyeron incólumes, tales como la de sustituir el Estado autoritario por el Estado de derecho. No solamente revive la prueba secreta sino que forja la nueva monstruosidad de que la acusación es secreta, por cuanto la que figura en la resolución de acusación puede la sentencia definitiva sustituirla por otra diversa. Ni en los dominios de Monipodio se dio tan artero comportamiento. Se está en presencia de la más perentoria chabacanería jurídica porque se desdeña la norma que describe la conducta punible, para echar mano de meras descripciones que carecen de las connotaciones jurídicas que reclama la tipicidad del hecho.

Darle cariz legal al proyecto aseguraría al gobierno de Colombia la muy dudosa gloria de que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Declaración Universal de Derechos Humanos habrían dejado de regir en los lindes patrios. Sería la ruptura total con el orden jurídico.

VII. SUPRESIÓN DEL JURADO DE CONCIENCIA

El jurado de conciencia se estableció en Colombia en 1851 para el juzgamiento de los autores de los delitos denominados atroces. La ley 57 de 1887 amplió su competencia. El art. 162 de la Constitución de 1886 dispuso que "la ley podrá instituir jurados para causas criminales". Ese texto se conserva en forma igual, y por tal motivo en los diversos códigos judiciales y de procedimiento penal el jurado de conciencia ha venido figurando como una de las entidades administradoras de justicia, en algunas de las causas de competencia de los jueces superiores.

La ley 52 de 1984 revistió al presidente de la República de facultades para dictar un nuevo Código de Procedimiento Penal. Tales facultades no son discrecionales, sino regladas, por cuanto deben ajustarse a las bases "precisas y específicas" que enumera el artículo primero de la ley de autorizaciones. Esa norma no autoriza al gobierno nacional para crear nuevos funcionarios del conocimiento, ni para suprimir los que figuran en el actual Código de Procedimiento Penal. El literal l) del artículo primero de la ley 52 autoriza al gobierno únicamente para "revisar y modifi-

car la competencia para instrucción y juzgamiento, teniendo en cuenta todos los factores que lo determinan". O sea, que las facultades extraordinarias capacitan al gobierno para ampliar la competencia del jurado de conciencia, o para restringirla, pero nunca para suprimirlo. Como el proyecto extralimitó sus funciones al abolir el jurado de conciencia, su inconstitucionalidad es evidente, porque el gobierno nacional no puede legislar yendo más allá de las "precisas y específicas bases" que enumera el artículo primero de la ley de autorizaciones.

VIII. CREACIÓN DEL JURADO DE DERECHO

Los arts. 514 y 515 del proyecto crean el jurado de derecho, el cual está integrado por el juez del conocimiento y por los dos jueces superiores que le sigan en turno numéricamente; si en el lugar del juzgamiento tienen sede menos de tres juzgados superiores, se completará el jurado de derecho con jueces penales de circuito y jueces penales municipales. La función del jurado de derecho es la de absolver o condenar al acusado; en caso de condena, el jurado de derecho debe indicar las circunstancias de agravación y atenuación punitivas que debe tener en cuenta el juez del conocimiento para dictar la sentencia.

Al establecer las ramas del poder público, la Constitución dispone que administran justicia la Corte Suprema, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley (art. 58). Los jueces y corporaciones judiciales tienen la obligación de motivar las sentencias que dicten (art. 163). Tal principio tiene la excepción de que los jurados de conciencia para causas criminales no tienen la obligación de motivar sus fallos.

Un juez de derecho no puede actuar como si fuera un juez de hecho, esto es, no motivando sus sentencias porque prevaricaría. No motivar la sentencia es proferir resolución contraria a la ordenación constitucional de que "toda sentencia deberá ser motivada".

En consecuencia, el jurado de derecho no puede formar parte del Código de Procedimiento Penal que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de que lo revistió la ley 52 de 1984, en primer lugar, porque esa ley no lo autoriza para crear funcionarios de instrucción ni jueces o corporaciones judiciales para el juzgamiento distintos de los que figuran en el actual Código de Procedimiento Penal; y porque los jueces de derecho tienen que fallar en derecho, por mandato del art. 163 de la Constitución.

IX. CONSIDERACIÓN FINAL

Muchos "fabricadores" de códigos se han convertido en fatales sirenas para los distintos gobiernos nacionales, pues logran inducirlos al grave error de que soliciten facultades extraordinarias para suplantar al Congreso en la misión de "expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones". Esta tarea le corresponde al Congreso. Se afirma que los representantes y senadores carecen de conocimientos técnicos en todos los ramos de la legislación, y por tal

motivo conviene que sean los ministros, con la asesoría de presuntos expertos, quienes redacten los códigos. Semejante afirmación carece de fundamento porque el Congreso está integrado por gentes capacitadas, por regla general. En materias juridicopenales, para no citar sino apenas uno de cada cámara, toman asiento en el Congreso juriconsultos de la eminencia del senador FEDERICO ESTRADA VÉLEZ y del representante HERACLIO FERNÁNDEZ SANDOVAL. Claro que si el Congreso no legisla, es culpa de sus integrantes y no del gobierno nacional, cuya misión en relación con la lucha contra el delito es muy distinta de la faena de perfeccionar leyes.