

## COMENTARIOS CRÍTICOS AL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL\*

Con ocasión de la divulgación que ha hecho el gobierno nacional del proyecto de Código de Procedimiento Penal para someterlo a la evaluación crítica del país, el Instituto SER de Investigación, que por muchos años se ha dedicado al estudio de la problemática de la justicia en Colombia, cree necesario colaborar en este análisis crítico, confrontando las soluciones plasmadas en el proyecto para los grandes problemas de la justicia penal, con los datos empíricos que sobre ellos ha recogido en sus distintos estudios.

El señor ministro de Justicia, en su discurso de instalación de la Comisión redactora del proyecto, señalaba como problemas principales de ella su ineficacia, la pérdida de fe de la comunidad en las autoridades judiciales, la congestión de los despachos y la privación injustificada de la libertad a muchas personas durante la etapa de investigación de los hechos. Sobre estos puntos decía el señor ministro<sup>1</sup>:

"En el país se viene hablando de la necesidad de hacer una reforma integral a la justicia desde hace muchos años, para 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 aquella se administra en Colombia.

"Como es sabido, una buena proporción de las investigaciones que se adelantan, concluye con la prescripción de la acción penal, sin que se hubiera vinculado a persona alguna como sindicada o como procesada.

"Se habla igualmente de la gran diferencia existente entre la delincuencia real y la delincuencia aparente, para subrayar de este modo la renuencia de las personas que han sido víctimas de hechos delictuosos a informar sobre los mismos a las autoridades judiciales como una muestra más de la desconfianza que se tiene frente a la administración de justicia.

"La enorme congestión de procesos en los despachos judiciales y la imposibilidad absoluta de tramitarlos todos o, al menos, una parte sustancial de los mismos, están patentizando la existencia de una grave anomalía en el funcionamiento de la justicia.

\* Comunicación dirigida por el Dr. JORGE ACEVEDO B., director del Instituto SER de Investigación, al Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ el 5 de septiembre de 1986.

<sup>1</sup> ENRIQUE PAREJO GONZÁLEZ. Discurso de instalación de la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal, en *Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1986, págs. V/VII.

"A corregir esas deficiencias se enderezan los esfuerzos del gobierno nacional con el concurso de destacados juristas, conocedores de los problemas y dificultades por los cuales atraviesa la administración de justicia. Estamos seguros de que el trabajo que hoy inician los ilustres miembros de esta Comisión nos conducirá a un destino mejor en esta materia.

"Convendría tener muy presente al iniciar esta labor, la necesidad de tutelar al máximo la libertad de las personas, reduciendo al mínimo absolutamente indispensable el ejercicio de la facultad de detener preventivamente a los sindicados. No es positivo para el país mantener encerrados a individuos cuya responsabilidad está apenas por determinarse. Tal medida solo debería adoptarse en casos especiales frente a delitos graves y siempre y cuando haya fundado motivo para creer que el sindicado o procesado puede sustraerse a la acción de la justicia y a la imposición de la pena. La detención preventiva es sin lugar a dudas una pena anticipada que se impone, no frente a la determinación de la culpabilidad o la responsabilidad de una persona, sino mientras esa responsabilidad puede ser establecida. Este solo enunciado pone de manifiesto la injusticia de la medida en la mayoría de los casos, ya que, como sabemos, pocas personas, de las que permanecen detenidas, a veces años enteros, son condenadas. El Estado no puede auspiciar tamaño agravio a la libertad ciudadana, sobre todo cuando puede y debe apelar a otro procedimiento, como se está haciendo en otros países, como el del arresto domiciliario, la caución y otras medidas de aseguramiento".

Nos parece que en estas palabras del señor ministro se halla bien resumida la problemática fundamental de la justicia penal colombiana: ineficiencia en el desarrollo de la justicia, con sus corolarios de impunidad en relación con los delincuentes, e injusticia con las personas inocentes que se ven involucradas en un proceso penal, y con las víctimas; congestión por incapacidad de tramitar el exagerado y creciente volumen de negocios que entran todos los días a los despachos judiciales, y como consecuencia de todo esto, la pérdida de fe en la justicia por parte de la ciudadanía.

El análisis del proyecto lo orientamos, por consiguiente, al estudio de las medidas que en él se han incorporado para solucionar estos problemas, concretamente sobre las que se hayan adoptado para hacer más eficiente la justicia, garantizar los derechos de los sindicados. Y descongestionar los despachos judiciales.

### I. MEDIDAS ENCAMINADAS A HACER MÁS EFICIENTE LA JUSTICIA PENAL

Estas medidas son de dos tipos: administrativas y procedimentales.

#### 1.1 Medidas administrativas

El rendimiento promedio de los jueces penales del país es sumamente bajo: el promedio total de sentencias que se dictan al año es de 7.5 por despacho judicial. Si se analiza el promedio de providencias con respecto a las cuatro ciudades principales del país, se tienen los siguientes resultados:

CUADRO N° 1

PROMEDIO POR JUEZ MUNICIPAL, POR DIVISIÓN GEOGRÁFICA, DE SUMARIOS INICIADOS, CALIFICACIONES DICTADAS, DISCRIMINADAS EN LLAMAMIENTOS A JUICIO, ARCHIVO, PRESCRIPCIÓN, CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO Y SOBRESSEIMIENTO DEFINITIVO Y SENTENCIAS EN EL AÑO DE 1979

	Número de jueces*	1. Sumario iniciados	2. Calificaciones	Total autos 1 + 2	Llamamiento a juicio	Archivo	Prescripción	Cesación de procedimiento	Sobresseimiento definitivo	Sentencias
Bogotá D.E.	69**	423	156	579	4,5	79,1	51,0	6,0	3,6	6,3
Medellín	37	343	132	475	25,1	47,6	33,4	3,3	7,4	25,8
Barranquilla	10	260	10	270	4,5	-	0,2	0,2	1,1	2,2
Cali	31	565	61	626	12,7	29,1	5,3	3,8	4,9	13,5

\* El número de jueces que se utiliza para estos cálculos es el que existía a principios de 1979, puesto que la creación de nuevos juzgados efectuada por los decretos 133, 194 bis y 1342 de 1979 no se realizó sino en septiembre de ese año.

\*\* Esta división geográfica es la misma que utiliza el DANE y añade a Bogotá los municipios de Usme, Usaquén, Bosa, Fontibón, Suba y Engativá.

Fuente: Instituto SER de Investigación. *Justicia Penal*. Bogotá, Fescol, 1983, pág. 52.

CUADRO N° 2

PROMEDIO POR JUEZ DE CIRCUITO, POR DIVISIÓN GEOGRÁFICA, DE SUMARIOS INICIADOS, CALIFICACIONES DICTADAS, DISCRIMINADAS EN LLAMAMIENTOS A JUICIO, ARCHIVO, PRESCRIPCIÓN, CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO Y SOBRESSEIMIENTO DEFINITIVO Y SENTENCIAS EN EL AÑO DE 1979

	Número de jueces*	1. Sumario iniciados	2. Calificaciones	Total autos 1 + 2	Llamamiento a juicio	Archivo	Prescripción	Cesación de procedimiento	Sobresseimiento definitivo	Sentencias
Bogotá D.E.	30	20	277	297	14,3	61,0	92,2	86,2	8,0	15,4
Medellín	20	5	160	165	16,9	25,6	57,6	29,7	10,7	27,7
Barranquilla	6	50	133	183	14,0	7,9	39,8	46,3	11,8	7,2
Cali	16	50	212	262	5,6	30,1	73,9	77,8	11,6	20,1

\* El número de jueces que se utiliza para estos cálculos es el que existía a principios de 1979, puesto que la creación de nuevos juzgados efectuada por los decretos 133, 194 bis y 1342 de 1979 no se realizó sino en septiembre de ese año.

Fuente: Instituto SER de Investigación. *Justicia Penal*. Bogotá, Fescol, 1983, pág. 54.

Hay que destacar rendimientos tan disímiles como los que se presentan en los juzgados penales municipales de distintas ciudades, como son, por ejemplo, Medellín con un promedio de sentencias de 25.8, y Barranquilla con un promedio de 2.2.

(Para tener una idea del significado de este rendimiento verificamos las providencias dictadas por el Juzgado 49 Penal Municipal de Bogotá en un período de nueve meses (de diciembre 1 de 1985 a agosto 20 de 1986), con el siguiente resultado: llamamiento a juicio, 29; archivo, 350; prescripción, 597; cesación de procedimiento por inexistencia del delito, 19; sobresseimiento definitivo, 18; sentencias, 70. Esto pone de relieve que el promedio de providencias, aun en las ciudades en que es más elevado, es muy bajo en relación con los promedios posibles de un despacho judicial).

Hay otro dato muy significativo del bajo rendimiento de los despachos judiciales: en un estudio correspondiente a un lapso de cuatro años se analizó el destino del total de denuncias presentadas al principio de él habiéndose encontrado los siguientes resultados: del total de delitos de hurto durante los cuatro años solo en el 4.5% se dictó auto de llamamiento a juicio, y solo en el 2.6% se dictó sentencia. Estos datos son más alarmantes con respecto al delito de lesiones personales, en que solo se dictó auto de llamamiento a juicio en el 2.9%, y sentencia en el 1.5%<sup>2</sup>.

Estas fallas de rendimiento obedecen fundamentalmente a la falta de un sistema de control administrativo sobre los funcionarios de la rama. El doctor HERNÁN ECHAVARRÍA OLÓZAGA, en un estudio sobre la administración de justicia en Colombia<sup>3</sup>, distingue tres tipos de control: el administrativo, el judicial y el de la conducta delictiva, los cuales describe en los siguientes términos:

"El campo administrativo. La conducta administrativa de toda organización, día a día, debe ser fiscalizada, o evaluada, si se considera mejor este último término, y es conveniente que ese control sea llevado a cabo por las mismas personas que hacen los nombramientos de los funcionarios. Por conducta administrativa se quiere decir el rendimiento o la efectividad del trabajo. Tratándose de los jueces, por ejemplo, el número de casos que evacúan, o el orden y atención en su despacho. En otras palabras, la manera como desempeñan sus funciones.

"Es conveniente que esta labor de control administrativo la ejerzan las personas que hacen los nombramientos, puesto que quien nombra y puede suspender en el cargo, es quien tiene más autoridad y es el llamado a exigir cumplimiento. Es por ello por lo que este control se denomina de tipo interno.

"Las labores judiciales. Esta fiscalización se refiere a la juridicidad de las decisiones judiciales. Es la que se relaciona con la segunda instancia. No nos tenemos que extender sobre el particular, pues la ley y la práctica universal determinan con claridad los recursos para la revocación de las decisiones de magistrados y jueces. Solamente se requiere señalar que este control es también de tipo interno, pues es ejercido por los funcionarios superiores sobre los inferiores, todo dentro del sistema judicial.

<sup>2</sup> Cfr. Instituto SER de Investigación. *Justicia Penal*, Fescol, 1983, págs. 136-140.

<sup>3</sup> HERNÁN ECHAVARRÍA OLÓZAGA, *Aspectos administrativos de la reforma judicial*, Bogotá, S/E, 1979.

"La conducta delictiva. Esta fiscalización se refiere a los delitos cometidos por los funcionarios en ejercicio de sus cargos. Debe incluir también los abusos de autoridad, extralimitación de funciones, violación de los derechos del individuo, etc. Es una fiscalización que debe ser ejercida por una entidad de distinto origen de la fiscalizada, puesto que la fiscalización debe ser de tipo externo para que sea eficaz. En el sistema colombiano estas funciones le corresponden a la Procuraduría General.

"Al entrar a determinar cómo se van a ejercer las funciones fiscalizadoras sobre el sistema judicial, es conveniente tener presentes los tres aspectos distintos que se requiere controlar. Obviamente una misma entidad no puede actuar en las funciones fiscalizadoras internas y externas".

En esta misma obra se demuestra con abundancia de argumentos cómo en nuestra justicia solo existe el control judicial y el de la conducta delictiva, estando ausente por completo el control administrativo. Consciente de este problema, el Instituto ha venido proponiendo la modificación del sistema de estadísticas judiciales que lleva en la actualidad el DANE, con costos muy elevados y con una utilización mínima, para pasarlas a los tribunales superiores, que las utilizarían como un sistema de control de sesión sobre los despachos de su jurisdicción, suministrando los acumulados de la información al DANE, el *Ministerio de Justicia* y la *Procuraduría General de la Nación*.

Este proyecto fue muy bien acogido por el anterior director del DANE, doctor MAURICIO FERRO, por el doctor ALFONSO REYES ECHANDÍA cuando era presidente de la Corte Suprema de Justicia, y por el actual presidente, doctor FERNANDO URIBE RESTREPO, lo mismo que por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Bogotá, en donde el proceso se iba a iniciar en forma experimental. Sin embargo, el proyecto ha marchado muy lentamente por falta de una decisión política del gobierno central en esta materia, la cual debe plasmarse en el Código de Procedimiento Penal, haciendo uso de las facultades que para este propósito le confiere la ley 52 en el literal i) del numeral 1 del artículo primero, cuando dice: "1. 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, sobre las siguientes bases: (...) i) Establecimiento de la información jurídica y la sesión judicial".

Adicionalmente, dentro del Código debe existir un capítulo completo dedicado a la organización administrativa de los despachos judiciales, en donde se le asigne a la Corte Suprema de Justicia o a los tribunales superiores la facultad de definir los procedimientos para el manejo de las comunicaciones internas y externas del despacho, organización de los archivos, utilización de formatos, etc., a fin de permitir la incorporación de técnicas modernas de manejo de oficinas, pues los trámites actuales son básicamente rutinas irracionales que hacen dispendiosa e ineficiente la labor.

En este orden de ideas, es importante comentar brevemente una propuesta sobre la organización interna de los despachos judiciales que el Instituto ha venido sugiriendo y que quizás sea posible definir desde ahora en el Código de Procedimiento Penal. Haciendo un estudio comparativo de la estructura administrativa de las

distintas Salas del Tribunal y la de los juzgados, se observa que, por ejemplo, en la Sala Penal del Tribunal de Bogotá hay 8 empleados administrativos en la Secretaría y un auxiliar en el despacho de cada uno de los 25 magistrados que la integran, lo que da un total de 33 empleados administrativos, que son totalmente suficientes para manejar adecuadamente los cerca de 12.000 expedientes que llegan a la Sala cada año; a su vez, si se observa el equivalente de un grupo de 25 juzgados, estos tienen en total 125 empleados administrativos. Si se pudiesen reunir los juzgados en grupos, puede racionalizarse sustancialmente el trabajo de estos empleados, y con la reagrupación de funciones administrativas (al estilo de un tribunal) se podría lograr una mayor eficiencia, liberando recursos (empleados) con los cuales podrían realizarse nuevas labores (sin descartar la posibilidad de aumentar, en algunos casos específicos, el número de juzgados). Las secretarías administrativas de los grupos de juzgados podrían obviamente racionalizar muchas labores, como puede ser, por ejemplo, con la zonificación de la ciudad para efectos de notificaciones. Adicionalmente, podría aquí crearse la capacidad indispensable para una reforma de gran envergadura: a través de estos organismos administrativos de apoyo a los juzgados (que jerárquicamente dependerían de otros similares en los tribunales y en la Corte Suprema), se darían las bases para entregar a la rama jurisdiccional la programación y ejecución de su propio presupuesto.

Lo que queremos destacar con estos comentarios es que en el proyecto de Código se omite la regulación de las funciones administrativas de los despachos judiciales, la cual es necesaria para garantizar la eficiencia de los mismos, a pesar de que en la ley de facultades hay suficiente soporte jurídico para hacerlo. Este vacío, en nuestro concepto, debe subsanarse antes de que las facultades expiren.

### 1.2 Medidas procedimentales

Gran parte de la ineficiencia de los despachos judiciales es imputable a las normas del Código de Procedimiento vigente. En este sentido, en el proyecto se introducen reformas de mucha importancia, como son la de que solo se inicie un proceso cuando haya sindicado conocido, que en la etapa de averiguación los expedientes estén en las oficinas del cuerpo técnico de investigación judicial, que se haya suprimido la consulta, y que se prevean procedimientos abreviados para los casos de confesión y flagrancia, aunque estos últimos los consideramos inútiles por las razones que adelante expondremos.

Sin embargo, estos cambios son pequeños frente al problema de la congestión de la justicia, a la que anualmente le entra un volumen de denuncias cercano a las 300.000, de las cuales durante el año solo salen 60.000 en el momento de calificar el mérito del sumario, y 12.000 durante el juicio, lo que implica que más del 75% se quedan represadas año por año, aumentando así cada vez más el número de procesos retenidos en los despachos judiciales, el que al iniciar el año de 1982 se elevaba a la cantidad de 1.349.000<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Instituto SER de Investigación, ob. cit., pág. 25.

Por otra parte, muchas otras de las medidas que se adoptan en el proyecto van a hacer más complejo y dilatado el procedimiento, cuando de lo que se trata es de simplificarlo para hacer más eficiente la justicia. Son ellas las relacionadas con la estructura del proceso, las nulidades y las apelaciones.

1.2.1 *La estructura del proceso.* Como es bien sabido, en procedimiento penal se puede hablar de dos grandes sistemas: el inquisitivo y el acusatorio. En el primero la dirección de la investigación está en manos del juez, quien oficiosamente decreta pruebas tanto para determinar la responsabilidad de los posibles implicados, como para establecer su inocencia o las circunstancias atenuantes o eximentes de la misma. Igualmente, las partes tienen toda libertad para pedir la práctica de las pruebas que consideren pertinentes. El principio fundamental que rige la investigación es el de la contradicción que permite a las partes intervenir en la práctica de las mismas y controvertirlas. Eso hace que este sistema sea muy dispendioso, pero da seguridad a los sindicados de que no van a ser sorprendidos con pruebas practicadas a sus espaldas. En el segundo, el Estado (por regla general a través de la institución de la Fiscalía) recauda pruebas en contra de los posibles sindicados de la comisión de un ilícito. Y cuando cree tener suficientes elementos de juicio contra estos les formula cargos para que en una audiencia pública y ante un juez imparcial, desvirtúen las pruebas que se presentan en su contra. Estas audiencias suelen ser muy complejas y prolongadas, pues dentro de ellas se debe realizar la casi totalidad de la actividad probatoria.

En nuestro proceso penal siempre ha existido un sistema mixto, utilizando el sistema inquisitivo durante el sumario y el acusatorio durante el juicio. El proyecto enfatiza el acusatorio del juicio, en la medida en que pretende sustraer al juez de conocimiento de cualquier participación durante el proceso de investigación, y acentúan la existencia de realizar las pruebas durante la audiencia. ¿Se pensará que mediante esta reforma se va a lograr una mayor agilización de los procesos, cuando en estricto sentido lo que se hace es superponer las partes más complejas y dilatadas de los dos sistemas procesales?

Un argumento de mucho mayor fondo resulta de reflexionar sobre el sentido que tiene la etapa del juicio, después de que ha finalizado todo el proceso investigativo. Normativamente se dice que para dictar auto de llamamiento a juicio basta la plena prueba del cuerpo del delito, y una declaración o indicio grave de la responsabilidad penal del sindicado. Pero en la práctica esto no suele ocurrir. Pues al cerrar la investigación generalmente ya se han recaudado las pruebas no solo sobre el cuerpo del delito, sino también sobre la responsabilidad de los posibles implicados. Es más: no tendría sentido diferir el recaudo de las pruebas sobre la responsabilidad, cuando generalmente los medios que se utilizan para probar el cuerpo del delito, hacen relación también a la responsabilidad de los sindicados.

En el sistema acusatorio es necesario el juicio, por cuanto la investigación se hace a espaldas del acusado y es durante la audiencia cuando este tiene la posibilidad de desvirtuar los cargos y las pruebas que les sirven de soporte. Pero en el sistema inquisitivo, ¿qué papel juega el juicio, si durante toda la etapa de investigación las pruebas fueron controvertidas por las partes, y a través de todo el sumario

se están pidiendo y practicando las que se consideran conducentes para el esclarecimiento de los hechos? Lo lógico es que al finalizar la investigación se corra traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, y se dicte sentencia. Esto sí implicaría una simplificación real del proceso, sin afectar en lo más mínimo los derechos de defensa del sindicado y eliminaría una fuente permanente de demoras y nulidades.

Esta solución tiene a su vez la enorme ventaja de incrementar el número de jueces en 560 (que es el total de jueces de instrucción que hay en la actualidad) y de permitir que las actuales direcciones de instrucción criminal se transformen en direcciones regionales de administración de justicia, para dar el soporte logístico que están requiriendo con urgencia todos los despachos judiciales del país, en una reforma que ya no puede dilatarse por más tiempo, pues ya es hora de que la rama asuma el manejo de sus propios recursos.

No sobra, por lo demás, hacer un breve comentario sobre la necesidad de conservar el principio de inmediación que en el proyecto se pretende eliminar. El delito es fundamentalmente un hecho humano y social, realizado por una persona en una específica situación existencial. Para juzgarlo es necesario aproximarse a las condiciones concretas en que los hechos ocurrieron y a la problemática personal de sus autores y víctimas. Esto no se puede lograr sino por medio del contacto directo con las personas involucradas en él, con los testigos, estando en el lugar de los acontecimientos, en una aproximación vivencial e intuitiva que no es transmisible por el relato, y mucho menos por la versión distorsionada de quien acusa y de quien defiende. Juzgar es valorar una conducta en condiciones de tiempo, modo y lugar, y en función de la problemática existencial de sus actores; no es el juicio lógico de un juez distante, que analiza si se dio una conducta típica, antijurídica y culpable, y si dentro del proceso aparece probada alguna circunstancia de inculpa-bilidad o justificación. Eliminar el principio de inmediación del proceso penal es deshumanizar el derecho.

1.2.2 *La instrucción de los procesos.* El proyecto prevé el proceso de instrucción realizado por jueces especializados, con un equipo de asesores técnicos bajo su dirección y mando. Pero quien va a hacer la instrucción son los juzgados municipales, que por mandato legal no van a tener el soporte de estos funcionarios, y que según las estadísticas del DANE siempre han tenido bajo su responsabilidad más del 70% de los procesos penales que se adelantan en el país<sup>5</sup>, porcentaje que se debe haber incrementado sustancialmente con la ley 2ª de 1984, que aumentó su competencia, y con la sentencia de la Corte que declaró la inexecutable de parte de la misma ley, por virtud de la cual debieron pasar al conocimiento de estos jueces los delitos de lesiones y contra la propiedad de que venían conociendo los funcionarios de policía. Con la reforma que se propone en el proyecto van a estar, inclusive, frente a una mayor restricción de apoyo técnico en relación con el que tienen en la actualidad, pues estando los jueces de instrucción y el equipo técnico asignados

<sup>5</sup> Cfr. DANE. *Boletín mensual de Estadística*, núm. 380, Bogotá, marzo 1983, págs. 7-153.

por ley a la investigación de los procesos de los juzgados de circuito y superiores, solo atenderán los requerimientos de los municipales cuando las disponibilidades de tiempo lo permitan.

¿Por qué no dejar que las funciones de policía judicial sigan a cargo de los cuerpos que las han venido cumpliendo hasta el momento, eliminando si la fallida coordinación que la ley asignó a la Procuraduría y que solo condujo a una serie de conflictos de colisión de competencias? Así funciona con mucha eficiencia en países como los Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra. Nos parecen si muy oportunas las modificaciones que se sugieren en sus relaciones con los jueces de instrucción, que en nuestra opinión deben darse con los jueces de conocimiento por supresión de aquellos, y el hecho de que si pasan 60 días sin que se haya identificado un posible sindicado, las diligencias vuelvan a estos cuerpos para que continúen las pesquisas que permitan reiniciar la actuación.

1.2.3 *Las nulidades.* Una de las expresiones más claras del ritualismo formal de nuestro ordenamiento jurídico son las nulidades. A veces no son solamente eso, sino un mecanismo que utilizan algunos jueces para soslayar el estudio de los problemas de fondo del proceso. En realidad solo debería generarse una nulidad inallanable cuando se viole el derecho de defensa del sindicado, pues no es posible que cuando las partes han tenido la posibilidad de alegarlas durante el proceso, las guarden para sacarlas como última carta en la segunda instancia o en casación, o, como la propone ahora el proyecto, en un juicio de revisión. En la exposición de motivos del proyecto se enfatiza cómo la Comisión redactora ha tenido buen cuidado de establecer nulidades formales que no afectan para nada el derecho de defensa. ¿Será esta la forma de lograr una mayor eficacia en la justicia que está al borde de la crisis precisamente por los ritualismos que la han caracterizado?

1.2.4 *Los recursos.* El proyecto introduce reformas importantes con respecto a los recursos, tanto para eliminar algunos de los problemas que su interposición puede causar, como para hacerlos más asequibles a las partes. Sin embargo, consideramos conveniente hacer algunos comentarios concretos sobre el recurso de apelación y el de casación.

1.2.4.1 *La apelación.* El recurso de apelación tiene como finalidad establecer un control externo a la juridicidad de una decisión. Si es así, ¿no podría lograrse ese objetivo disponiendo que solo puede ser el agente del ministerio público quien lo interponga cuando se trate de decisiones tomadas durante el adelantamiento del proceso? Si tanto el juez como el agente del ministerio público están de acuerdo en la decisión que debe tomarse con relación a una petición de las partes, ¿qué papel juega la apelación? Pero si están en desacuerdo, el agente del ministerio público debe tener la opción de apelar la decisión tomada. Esta sí sería una medida eficaz para descongestionar la justicia, pues la apelación solo se interpondría por las partes en relación con las sentencias.

1.2.4.2 *La casación.* La función de este recurso es permitir la unificación de la jurisprudencia para dar más certeza en las relaciones jurídicas de los asociados.

Por esta razón, el recurso debe obrar contra todas las providencias, sin distingos del nivel jerárquico en que se profieran, pues dicha función debe cumplirse en todos los niveles.

Por esta misma razón, la Corte no debe conocer de todas las demandas que se le presenten, sino únicamente de aquellas en que valga la pena pronunciarse porque se modifica una jurisprudencia existente o porque se produce una nueva. Hay que tener muy claro que la casación no es una tercera instancia. Así procede la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, que recibe al año unas 5.000 demandas, de las cuales solo decide sobre unas 150, entendiéndose desechado el recurso en todas las demás. Así sí se puede hacer jurisprudencia nacional, facilitando a jueces y ciudadanos la aplicación del derecho.

### 1.3 *Las medidas asegurativas*

El proyecto reproduce las normas de los decretos 1853 de 1985 y 56 de 1986 sobre medidas asegurativas, concepto nuevo que se encamina a enmendar una grave injusticia con las personas sometidas a detención precautelativa.

Desde la realización de un estudio del Instituto sobre la congestión carcelaria<sup>6</sup>, en el que se encontró que el 62% de las personas privadas de la libertad eran sumariadas, se sugirió la conveniencia de sustituir en algunos casos la detención preventiva por una libertad vigilada, tomando para ello el ejemplo de lo realizado en el VERA Institute de Nueva York. Simultáneamente, en el proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1977 se sugería la implantación de la libertad caucionada como una medida sustitutiva de la detención preventiva para algunos casos.

Sin embargo, tanto en el estudio del Instituto como en el proyecto de Código de 1977, jugabà un papel muy importante la personalidad del sindicado para conceder o no el beneficio, hecho este que se omite en el actual proyecto de Código, en forma equivocada en nuestro concepto, al condicionar la concesión del beneficio a la pena mínima señalada para la infracción que se le imputa al sindicado.

Si la finalidad de la detención preventiva es garantizar la comparecencia del sindicado al proceso y a la sentencia, ella no puede sustituirse por una libertad caucionada sino para las personas que por sus condiciones de personalidad den garantías suficientes de que no van a evadir la acción de la justicia. Tal ocurre, por ejemplo, con quien tenga un hogar bien constituido, un trabajo estable, una adecuada integración social, y sea un delincuente ocasional, cualquiera sea el delito cometido, salvo, claro está, que se trate de delitos muy graves o que produzcan tal cantidad de dinero que induzcan la huída al exterior, tal como ocurre en este último caso con el narcotráfico o los delitos de cuello blanco.

Tampoco es adecuado negarle este beneficio a quien sea capturado en flagrancia, so pretexto de que con respeto a él comienza a romperse la presunción de

<sup>6</sup> Instituto SER de Investigación. "La congestión carcelaria en Colombia", en *Derecho Financiero*, núm. 7, Bogotá, S/F.

inocencia. Si esta fuera la razón de tal medida, ello implicaría que en el proyecto se considera que dicha presunción se rompe cuando el delito cometido tiene señalada una pena mínima de dos años, pues en estos casos es forzosa la detención preventiva, lo que es absurdo. Es injusto que un delincuente primario, que comete un delito leve, no tenga derecho a este beneficio por haber sido capturado en el momento de ejecutarlo.

## 2. LA CONGESTIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

En un estudio del Instituto<sup>7</sup> se estableció que en 1982 ingresaron a los despachos penales 294.800 procesos, y que en ese mismo año solo salieron del sistema en forma definitiva 71.400, lo que implica que anualmente se queda retenido el 75.8% de los procesos. Este fenómeno ha sido constante a través del tiempo; en el mismo estudio se presenta una secuencia histórica, que pone de relieve la gravedad del problema.

Como resultado de esta progresiva acumulación de procesos, al iniciar el año de 1982 había un total de 1.349.000 expedientes represados en los despachos judiciales. Este acumulado se va incrementando año por año con los nuevos procesos que llegan, y que no pueden ser tramitados, haciendo tan difícil la solución del problema, que, si se quisiera resolverlo por el mecanismo del incremento de jueces, habría que multiplicar por tres el número de los existentes en la actualidad, los que, a pesar del mayor número, solo podrían poner al día los despachos en un lapso de 10 años.

CUADRO N° 3

### MOVIMIENTO DEL SISTEMA JUDICIAL PENAL (EN MILES)

Año	Sumarios iniciados	Sumarios que quedan al final del año	Índice de procesos que no salen en el año	Porcentaje de retención
1972	198.4	156.7	100	79%
1973	229.6	193.4	123	84%
1974	264.2	224.8	143	85%
1975	269.1	223.7	143	83%
1976	278.6	224.6	143	81%
1977	264.4	211.4	134	80%
1978	249.1	188.3	120	76%
1979	270.2	206.6	132	76%
1980	296.8	237.5	152	80%

<sup>7</sup> Instituto SER de Investigación, *Justicia Penal*, pág. 25.

Por esta razón es por lo que consideramos que el incremento de juzgados y las simples reformas procedimentales son medios insuficientes para resolver el grave problema de congestión de la justicia penal. Para que tales reformas sean eficaces, se requiere que impliquen una verdadera modificación de la estructura del proceso, tal como lo explicamos en los acápite anteriores.

Sin embargo, dichas medidas no son suficientes para resolver en forma definitiva el grave problema de la justicia penal, si no se acompañan de un proceso de despenalización de conductas. Muy atinadamente decía el señor ministro de Justicia en el discurso de instalación de la Comisión, a que antes hicimos alusión:

"La despenalización y la descriminalización de conductas, es otra exigencia de la hora presente para ciertos hechos de poca gravedad, aunque de común ocurrencia, para los cuales no se justifica el aparato de la justicia. Sé que está en la conciencia de ustedes la necesidad de remitir esos casos, que son la inmensa mayoría, a las autoridades de policía o a tribunales especiales, para que los jueces puedan dedicarse a perseguir y reprimir las conductas que pongan en peligro las condiciones de existencia social. Los delitos contra el patrimonio económico constituyen, como es bien sabido, más del 60% de la delincuencia total del país, pero de ese porcentaje una altísima proporción está representada por ilícitos de una cuantía reducida que constituye en muchos casos verdaderos actos de necesidad, no en el estricto sentido de eximentes de responsabilidad pero sí en el de hacerse acreedores a un tratamiento especial por ser hechos que constituyen fiel reflejo, consecuencia casi inexorable, de las condiciones de atraso y de miseria de la población colombiana en sus estratos más bajos.

"Lo mismo puede predicarse de los delitos contra la vida y la integridad personal, que son el otro gran grupo de la delincuencia, como que representa más del 35%. Un buen número de estos ilícitos son lesiones personales comunes, que equivalen a casi un 60% del total. Estas lesiones, de poca gravedad en su mayoría, tienen su origen en riñas callejeras movidas por el consumo de licores que el Estado mismo produce y distribuye so pretexto de nutrir con el producto de su venta los presupuestos de salud y educación.

"Al lado de esta consideración especial para tales casos, sería importante poner particular énfasis en las normas sobre prevención de la delincuencia, que es en parte materia normativa penal aunque sabemos que encuentran mejores remedios en la solución de los graves problemas de índole social que aquejan a la población, como el desempleo, la deserción escolar, etc."

Los mecanismos de despenalización que se han incorporado en el proyecto de Código son la querrela y su correlativo desistimiento, y el desistimiento en delitos de lesiones y contra el patrimonio económico cuando se resarzan los perjuicios ocasionados a la víctima. Estos mecanismos son sin lugar a dudas útiles, pero debe buscarse la manera de que no se vuelvan discriminatorios en razón de la inadecuada distribución de la riqueza en nuestro país, lo cual podría determinar que muchas personas no pudieran beneficiarse con ellos por falta de recursos económicos, por lo que sería necesario introducir los correctivos adecuados para evitar este posible problema.

Hay, en nuestra opinión, otros medios para obtener estos mismos resultados. El más importante de todos ellos es el de la desjurisdiccionalización de conductas, entendiendo por este término el asignar a la competencia de otras autoridades el conocimiento de muchas conductas que, por su poca gravedad o por las causas que las generan, no ameritan un tratamiento penitenciario.

Los funcionarios de policía y muchas dependencias administrativas han venido cumpliendo funciones jurisdiccionales, a pesar de que se diga lo contrario. Corresponde a la rama jurisdiccional, dentro de la división de funciones entre las distintas ramas del poder público, imponer sanciones por violación de las leyes y dirimir los conflictos que se susciten entre los ciudadanos, o entre estos y el Estado, por razón de la aplicación de las mismas. Sin embargo, las autoridades de policía, y muchas dependencias administrativas, vienen cumpliendo esta función no solo por razón del creciente volumen de asuntos, sino porque en la solución de los conflictos hay que tener en cuenta, a más de las razones de legalidad, las de oportunidad, habida consideración de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que los conflictos se presentan, estando más capacitados los órganos administrativos encargados de prestar los correspondientes servicios para esta última evaluación.

Conviene entonces conservar esta situación, aunque garantizado que la rama jurisdiccional tendrá en todos los casos control de la legalidad de los actos, al surtir la segunda instancia ante ella.

Por ejemplo, un problema de inasistencia alimentaria puede resolverse mejor en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en donde hay equipos interdisciplinarios integrados por un abogado, un psicólogo y un trabajador social dedicados a la búsqueda de soluciones en este campo. Si la decisión de este equipo no terminara en una conciliación sin ninguna eficacia jurídica, sino en una decisión apelable ante los jueces de familia para garantizar su ajuste a la ley, la solución puede ser seguramente mucho más justa y mucho más rápida, sin que ello implique nuevos costos al Estado. Hay que recordar que, según un estudio del Instituto SER, en el año de 1977 hubo en el ICBF 11.500 conciliaciones, y que hoy, 10 años después, deben estar cerca de las 20.000.

Igual debe ocurrir con el giro de cheques sin fondos, cuyo conocimiento debería ser de competencia de la Superintendencia Bancaria, y con muchas otras conductas.

Hay otros comportamientos antijurídicos que son básicamente la expresión de una problemática social, por lo que el Estado debe preocuparse por adoptar, en relación con ellos, una política más preventiva que punitiva. Tales son, por ejemplo, el hurto y las lesiones personales: el 57% del total de delitos cometidos en el país lo son contra la propiedad, y el 20% de estos son de hurto simple, ejecutados por personas de las cuales solo el 26% son reincidentes. Por otra parte, el 35% del total de los delitos lo son contra la vida y la integridad personal, y de estos el 82% corresponde a lesiones intencionales o culposas, cometidas por personas de las que solo el 19.2% son reincidentes<sup>8</sup>. ¿Qué gana el Estado con

<sup>8</sup> Instituto SER de Investigación, *Alternativa para la descongestión de la justicia penal*, Bogotá, 1980, sin publicar, págs. 50-53.

llevar a la cárcel a los autores de estas conductas delictivas, que generalmente suelen actuar por causas socioeconómicas y alcoholismo, según la información criminológica recogida por el DANE<sup>9</sup>, y que no tienen antecedentes penales, para que durante su estadía en dichos establecimientos se conviertan en delincuentes profesionales? Consideramos que el conocimiento de estas conductas debe volver a las autoridades policivas, para que se les dé un tratamiento de rehabilitación y no punitivo.

Conviene aclarar, sin embargo, que nuestro concepto sobre la función policiva es muy elevado, y que él implica un cambio sustancial de lo que hoy se practica como tal. A ella corresponde la guarda y la prevención de los delitos, de tal manera que su actuación debe tener fundamentalmente un carácter terapéutico. Debe estar, por consiguiente, en manos de funcionarios especializados, como sociólogos, antropólogos, psicólogos, trabajadores sociales, y de todos los demás profesionales que puedan darle la dimensión social que le es inherente. Este debió ser sin duda el propósito del legislador cuando en el numeral 5 de la ley de facultades al gobierno decía, textualmente, para "reglamentar las exigencias y requisitos para el desempeño de los cargos inherentes a las autoridades de policía en materia penal".

Este desplazamiento de competencias implica volver a centrar el derecho penal en el estudio del delincuente, asumiendo una conducta terapéutica con relación a quienes sean susceptibles de readaptarse socialmente, y enviando a la justicia ordinaria a los que hayan hecho del delito una profesión, para que allí se les apliquen las sanciones con pleno rigor, pues la pena tiene también un sentido punitivo e intimidatorio que no se puede ignorar.

### 3. LA SEGURIDAD DE LOS JUECES

El problema más grave que afronta la justicia en este momento es el chantaje físico y moral a que está sujeta, o, lo que es peor, el soborno, que está quebrando la conciencia ética de muchos jueces. El problema del chantaje se va a hacer posible mucho más grave cuando se levante el estado de sitio y pasen al conocimiento de la justicia ordinaria los delitos contra la seguridad interior del Estado.

Es urgente que el gobierno no deje vencer las facultades sin resolver este gravísimo problema, si no quiere que la justicia sucumba en un corto período de tiempo. Conviene asimismo estudiar soluciones que hayan dado resultados en otros países, como es el caso de Italia. Podría pensarse en crear un cuerpo reducido de jueces, unos 10 o 20, a quienes se les asignaría el conocimiento de tales delitos. Estos jueces tendrían la más absoluta protección del Estado, ubicando sus viviendas y sus despachos en recintos militares en donde se les pudiera garantizar la integridad de sus vidas y la de sus familiares.

En cuanto a la extradición, no hay ninguna razón para continuar sometiendo a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia al sacrificio de sus vidas y de la tranquilidad de sus hogares, por una decisión que es esencialmente política. Ya el país recuerda horrorizado, cómo, a pesar del concepto emitido por esta corpora-

<sup>9</sup> DANE, ob. cit., pág. 131.

ción, el gobierno se abstuvo de conceder la extradición de las dos primeras personas sometidas a este procedimiento, desatando así la animadversión de los narcotraficantes contra los miembros de ella, los que están siendo víctimas inocentes de su barbarie.

Lo que en el Código de Procedimiento se debe disponer es que la extradición la concederá o negará el gobierno nacional, de acuerdo con lo que se prevea en los respectivos tratados internacionales, eliminando el concepto de la Corte, que tanto dolor y tragedia le ha causado al país.

Si se quiere conservar el concepto de funcionarios de la rama jurisdiccional sobre la legalidad de la concesión de la extradición, este debe asignarse a los jueces que mencionamos en los párrafos anteriores, aunque consideramos que la misma evaluación jurídica tiene un intenso contenido de decisión política, al tenerse que analizar las providencias que recaen sobre un ciudadano, en función de la situación concreta del Estado requirente. En todo caso el Estado colombiano no puede seguir propiciando la masacre del órgano supremo de la justicia colombiana.

## LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN FAVOR DEL ABSUELTO

(Consideraciones acerca del art. 251 del proyecto de C. de P. P.)\*

Dr. RICARDO IGNACIO HOYOS DUQUE\*\*

Respetado doctor: he conocido el texto del art. 251 del proyecto elaborado por la Comisión de la cual usted hace parte, y que reza de la siguiente manera:

*“Indemnización de perjuicios a favor del absuelto. Los condenados a quienes se absolviera en virtud de los recursos de revisión, casación o sus herederos, tendrán derecho a exigir del Estado, de los magistrados o jueces, testigos, peritos o abogados que hubieren determinado la condena, la indemnización de los perjuicios sufridos con ella, de acuerdo con las normas administrativas y civiles correspondientes”.*

Quiero a través de este escrito formularle algunas inquietudes y sugerencias que pudieran ser de alguna utilidad en cuanto a la discusión de tan trascendental tema.

Sea lo primero señalar lo avanzado de una consagración positiva de la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Ya en el año de 1971, al expedirse el decreto-ley 522, por recomendación de una Comisión de la cual también hizo usted parte, se dio el primer paso en ese sentido al establecerse en forma explícita en el art. 103 indemnización a cargo del Estado, a título de compensación por falla del servicio de justicia en el juzgamiento de las contravenciones especiales de policía.

La norma propuesta recoge lo que dispone el actual art. 591 del C. de P. P. con dos variaciones sustanciales:

- a) Incluye la absolución como consecuencia del recurso de casación, y
- b) La indemnización puede reclamarse, entre otros, del Estado.

En cuanto al primer aspecto no existen reparos de ninguna índole. Es más, me atrevo a calificar esa regulación de audaz en cuanto autores españoles han propugnado la inclusión de ese supuesto como el reconocimiento de una especie del *error judicial*, tomando esa acepción en un sentido amplio y no restrictivo como hasta ahora ha sucedido<sup>1</sup>.

\* Comunicación dirigida por el autor al Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ en su calidad de miembro de la Comisión que redactó el proyecto de C. P. P., de 1986, correspondiente al 17 de septiembre del mismo año.

\*\* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia.

<sup>1</sup> Así, LUIS MARTÍN REBOLLO, en *Jueces y responsabilidad del Estado-El artículo 121 de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 147.



Resulta innovador incluir al Estado dentro de los sujetos a los cuales se puede exigir indemnización como resultado de la absolución proferida en proceso de revisión o casación. Ya el ilustre profesor CARLOS H. PAREJA, desde 1939, al comentar el anterior C. de P. P. y en particular lo relacionado con la responsabilidad personal de magistrados y jueces como consecuencia de la prosperidad del recurso de revisión, lo señalaba como un "erróneo principio" que debía derogarse, ya que "envuelve una injusticia tremenda y procede de un error de doctrina". "La lógica y la equidad indican que debe reclamarse del Estado, como gerente que es del servicio público de justicia, por cuyo malo o defectuoso funcionamiento pueden ocurrir esos errores". Y agregaba que la disposición glosada hacia "en la práctica, imposible la reparación del daño, por cuanto, en lo general, aquellos a quienes se les impone la obligación de repararlo, son insolventes... *debe derogarse* para que los injustamente perjudicados por un error judicial, es decir, por un mal funcionamiento del servicio de justicia, que debe funcionar siempre bien, *puedan obtener de quien pueda pagarla, es decir del Estado la reparación debida*"<sup>2</sup>. (He subrayado).

Es esta misma inquietud la que me asalta en este momento. El propósito de la norma es saludable y digno de toda alabanza, pero la redacción que se le quiere dar, la cual sigue en lo fundamental lo que establece actualmente el C. de P. P., puede hacer nugatorios en la práctica los derechos del injustamente condenado cuando de deducir responsabilidad al Estado se trate.

La víctima no solo debe padecer el proceso penal en el cual se le condena, someterse al tortuoso proceso (que no recurso) de revisión o al recurso de casación para demostrar su inocencia, sino que, además, tiene la carga procesal de instaurar un nuevo proceso en contra del Estado ante la jurisdicción administrativa, en el que deberá acreditar que fue este el que determinó la condena. Aquí cabe preguntarse: ¿Cuáles son los supuestos en los que el Estado determina una condena y en cuáles no? ¿Será este acaso un problema probatorio librado a la apreciación del juez? He aquí algunos interrogantes que surgen de la simple lectura del texto que se propone.

No debe perderse de vista que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido renuente a admitir la responsabilidad del Estado con ocasión de su actividad jurisdiccional y ha dicho que en este caso nuestra legislación, tanto en materia civil (C. de P. C., arts. 25 y 40) como penal, se inclina por la responsabilidad personal del juez<sup>3</sup>.

Teniendo en cuenta esta consideración de orden práctico que se trata de una norma verdaderamente revolucionaria en nuestro sistema jurídico, que seguramente habrá de tener sus detractores y críticos que saldrán en defensa de los intereses económicos del Estado interpretándola con criterio restrictivo, considero que la responsabilidad del Estado debe quedar establecida con una claridad meridiana.

<sup>2</sup> Véase *Curso de derecho administrativo teórico-práctico*, 2ª ed., Bogotá, Edit. El Escolar, 1939, pág. 501.

<sup>3</sup> A este respecto véanse las sentencias del 14 de febrero de 1980, con ponencia del consejero JORGE VALENCIA ARANGO, en *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, pág. 290; y auto del 26 de noviembre del mismo año con ponencia del consejero CARLOS BETANCUR JARAMILLO en la misma revista, 1981, pág. 138.

El derecho comparado, en este caso, puede servir de valiosa ayuda.

## FRANCIA

En el derecho francés el primer antecedente en esta materia es la ley del 8 de junio de 1895, que modifica el art. 446 del Código de Instrucción Criminal, y cuya expedición la mayoría de la doctrina atribuye al famoso "Affaire Dreyfus". (A este respecto es famoso el escrito *Yo acuso* de ZOLA). No obstante que su indulto y rehabilitación por CLEMENCEAU solo se llevó a efecto en el año de 1906, establece:

"La sentencia de revisión de la que resulte la inocencia de un condenado podrá a petición de este, abonarle los daños y perjuicios por razón de la lesión que le haya causado la condena".

Como se puede apreciar, no se precisa de la instauración de un nuevo proceso. Ante el mismo juez competente para conocer de la revisión se demanda el reconocimiento de los perjuicios. En nuestro caso, los arts. 106 y 107 del Código Penal señalan al juez amplias pautas para la tasación del daño moral y material, con lo cual se ganaría en celeridad y economía procesal.

La ley del 17 de julio de 1970 tiende a reforzar la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos al establecer el derecho a indemnización en favor de quien ha sido objeto de detención preventiva si el proceso termina con sobreseimiento, libertad o absolución. La indemnización es asignada por una comisión integrada por 3 magistrados de la Corte de Casación que decide en forma soberana, sin motivación ni recurso de ninguna índole.

La ley del 5 de julio de 1972, generaliza el sistema de responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional y acaba con los últimos vestigios de irresponsabilidad que en este campo quedaban. Lo extiende a todo el servicio de justicia y no exclusivamente al que se cumple en materia penal. El Estado, en caso de falta personal de sus funcionarios, es solidariamente responsable. "El Estado garantiza a las víctimas de daños causados por las faltas personales de los jueces y magistrados, sin perjuicio de los recursos contra estos últimos".

## ITALIA

En Italia, desde 1786, el art. 46 del Código Penal del Gran Duque LEOPOLDO DE TOSCANA estableció una caja especial con los fondos de todas las condenas pecuniarias a fin de indemnizar a los injustamente condenados. Las leyes penales del Reino de las Dos Sicilias de 1819 acogen ese mismo criterio.

Igualmente, el ministro de justicia Zanardelli, en la discusión del proyecto de Código Penal de 1887, habló de la necesidad de consagrar el "santo y noble fin de indemnizar a las víctimas de los errores judiciales y, en especial, del encarcelamiento preventivo".

El Código Procesal Penal de 1913, y posteriormente el de 1930, se ocupan del asunto pero le conceden un carácter benéfico a título de socorro mas no de derecho.

La Constitución italiana de 1947, en el art. 24, numeral 4, eleva a canon constitucional en el capítulo de los derechos ciudadanos la reparación de los errores judiciales.

Este precepto es desarrollado por la ley 23 de mayo de 1960, que modifica el art. 571 del Código de Procedimiento Penal. En este caso, la competencia para declarar y fijar la cuantía de la indemnización corresponde al tribunal que dictó la sentencia de revisión, y existe un plazo para presentar la reclamación de dieciocho meses contados a partir de la sentencia de absolución dictada por la Corte de Casación.

En 1979 se presentó un proyecto que buscaba conceder indemnización a los que hubieran sufrido prisión preventiva en forma injustificada, sin necesidad de que esta situación fuera constatada en proceso de revisión. En dicho evento, el juez decidirá según la equidad.

Por último, en Italia, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Estado es igualmente responsable aun en los casos en los cuales el daño es consecuencia de culpa o negligencia personal del juez, con fundamento en el art. 28 de la Constitución, que establece:

“Los funcionarios y empleados del Estado y de las entidades públicas son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas de los actos que ejecuten violando los derechos de los ciudadanos. En tales casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a las entidades públicas”.

## ALEMANIA

Una ley del Imperio, del 20 de mayo de 1898, paralela a la francesa de 1895, concede indemnización a las personas absueltas en un proceso de revisión penal. Igualmente, la ley del Imperio, del 14 de julio de 1904, establece indemnización a favor de las personas inocentes que han sufrido *prisión preventiva*.

Actualmente la ley del 8 de marzo de 1971 establece el derecho a indemnización cuando una condena penal es posteriormente anulada o reducida y en caso de absolución o sobreseimiento si el acusado ha sido objeto de cualquier tipo de medida cautelar, en particular detención o embargo de bienes, etc.

Esa responsabilidad del Estado se compromete aun en caso de actuaciones culposas o dolosas del juez. Solución que, como en el caso italiano, se deriva de la interpretación doctrinal del art. 34 de la Ley Fundamental de Bonn, cuyo texto es el siguiente:

“Cuando alguien en el ejercicio de una función pública que le fuere confiada, violare los deberes que la función le imponga con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o el órgano a cuyo servicio se encuentra”.

## ESPAÑA

Desde la ley del 7 de agosto de 1899, la responsabilidad del Estado se consagró como consecuencia de la prosperidad del recurso de revisión en materia penal. Antes, el Código Penal de 1822, como lo anota JIMÉNEZ DE ASÚA, en el art. 179 se había ocupado del asunto.

Igualmente, el art. 106 de la Constitución republicana de 1931 consagró a ese mismo respecto la responsabilidad del Estado por error judicial.

El art. 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue modificado por la ley del 24 de junio de 1933 con motivo del conocido “Caso Grimaldos”. “Error de Tres Juncos” o “Crimen de Cuenca”. Un documentado análisis de este es el estudio de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA “El error judicial en el caso Grimaldos”, incluido en su libro *Crónica del crimen*. El texto de esta disposición es el siguiente:

“Cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado sin perjuicio del derecho de este de repetir contra el juez o tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos”.

La modificación se justificaba en cuanto la indemnización solo era factible en el caso de que resultara penalmente responsable el tribunal o el juez sentenciador, correspondiendo al Estado su resarcimiento únicamente si aquellos no la pudieran hacer efectiva, cosa que no sucedía en el caso Grimaldos.

La Constitución española, aprobada mediante referéndum del pueblo español, en el art. 121 señaló:

“Los errores judiciales así como los daños que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia darán derecho a una indemnización conforme a la ley”.

El proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1980 pretendía reglamentar esta materia en forma exhaustiva en libro II del título quinto, “De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia”; en los siguientes términos:

“Art. 297.—Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufren en sus derechos o bienes cuando aquella sea consecuencia de error judicial o del funcionamiento anormal de la administración de justicia.

“La reclamación de indemnización deberá ir precedida de decisión judicial que reconozca el error o el funcionamiento anormal de la administración de justicia.

“El derecho a reclamar prescribirá al año del día en que pudo ejercitarse” (?).

“Art. 298.—La reclamación deberá presentarse ante el ministro de Justicia y se tramitará con sujeción a las normas que regulan la responsabilidad patrimonial del Estado”.

“Art. 299.—Cuando los daños sean producidos por dolo o culpa del juez o magistrado, o de funcionarios de la administración de justicia, la administración del Estado podrá repetir contra los mismos”.

“Art. 300.—Lo dispuesto en los artículos anteriores no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los jueces y magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta ley”.

## CHILE

Concretándonos a los países latinoamericanos vemos que en Chile, paradójicamente donde las garantías constitucionales puede decirse que no existen desde 1973, una disposición de 1976 establece:

“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido”.

Igualmente, la Constitución de 1980, promulgada por Augusto Pinochet, consagra un procedimiento breve y sumario para la reparación del error judicial reconocido en proceso de revisión (art. 19, num. 7, lit. i).<sup>4</sup>

## ARGENTINA

El art. 29 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz otorga el derecho a ser indemnizada la persona detenida por más de sesenta días y que fuere absuelta o sobreseída finalmente.

## URUGUAY

El art. 23 de la Constitución (procedente de la de 1830) señala: “Todos los jueces son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ellos se establezca”.

El decreto núm. 37/1978, del 24 de enero de 1978, dispone:

“Artículo 1º.—Interprétase que en aquellos supuestos de jueces que agredieren los derechos de las personas o se separen del orden de proceder que se establece en la ley será civilmente responsable el Estado por el daño causado a terceros”.

“Art. 2º.—Lo precedentemente expuesto será sin perjuicio del derecho del Estado a repetir lo que en su caso hubiere pagado en reparación, según las normas institucionales vigentes”<sup>5</sup>.

Para el caso colombiano, debemos recordar que nuestro país incorporó a la legislación nacional mediante la ley 74 de 1968, los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos, así como el protocolo facultativo de este último, los cuales fueron aprobados con el voto unánime de sus asociados en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, cuyo art. 14, numeral 6, establece:

“Cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada, conforme a

<sup>4</sup> Cfr. EDUARDO SOTO KLOSS, “Responsabilidad del Estado por actividad jurisdiccional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, vol. 10, núm. 1, pág. 46, nota 5.

<sup>5</sup> Véase “La responsabilidad patrimonial del Estado de derecho por actos legislativos y judiciales”, de ALBERTO RAMÓN REAL, en *Responsabilidad del Estado*, de CELSO ANTONIO BANDIRA DE MELO y otros, Tucumán, Argentina, Universidad Católica de Tucumán, 1982, pág. 107.

la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

Adviértase que, como lo tiene dicho la jurisprudencia constitucional de la Corte, en tanto es una ley aprobatoria de un tratado tiene carácter singular, por formar parte de un acto de derecho internacional y no es derogable por medio de otra ley, ya que se encuentra en un nivel “supralegal”<sup>6</sup>.

Ciertamente del texto de la norma aprobada no se deduce que esa responsabilidad corre a cargo del Estado, pero, como lo advierte usted en su obra *De la captura a la excarcelación*, cuando la III Asamblea General de las Naciones Unidas estudió el punto, para la mayoría de los miembros ese derecho “puede ser invocado tanto contra el Estado, como contra los particulares”<sup>7</sup>.

Con el mismo valor estaría la ley 16 de 1972 por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos —“Pacto de San José de Costa Rica”—, firmada el 22 de noviembre de 1969, que en su art. 10 consagra:

“Derechos de indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

Tengo entendido que el abogado TARCISIO ROLDÁN PALACIO presentó a esa Comisión una propuesta de artículo, en los siguientes términos:

“Artículo...Responsabilidad del Estado por acto judicial injusto. El Estado será patrimonialmente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados por acto judicial injusto.

“Se presume la injusticia del acto judicial:

“1º) Cuando la persona condenada ha sido declarada inocente, inimputable o se le ha rebajado la pena impuesta como consecuencia del recurso extraordinario de revisión;

“2º) Cuando interpuesto el recurso extraordinario de casación la Corte absuelve al procesado y aun en el caso de rebaja la pena (*sic*) privativa de la libertad, si el procesado ha estado efectivamente detenido por tiempo mayor que el definitivamente impuesto;

“3º) En los casos previstos en los artículos 163 y 491, numeral 1º, de este código, cuando el procesado ha estado efectivamente detenido y la providencia ha sido dictada vencido el doble de los términos que los jueces y magistrados tienen para proveer;

“4º) Siempre que la persona haya sido arbitrariamente detenida o presa, y

“5º) En los casos de prolongación indebida de la detención”.

Se trata de una regulación más amplia en cuanto comprende supuestos no contemplados en el proyecto de la Comisión.

<sup>6</sup> Véase sentencia del 1º de septiembre de 1983. Magistrado ponente: LUIS CARLOS SÁCHICA, en *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 143, noviembre de 1983, pág. 1008.

<sup>7</sup> Ob. cit., 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 215.

Considero que por el momento, en cuanto se trata de introducir una institución completamente nueva, la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad jurisdiccional, no debe ser muy ambiciosa en su consagración para pretender abarcar todas las posibles hipótesis. La evolución doctrinaria y la jurisprudencial que necesariamente se dará servirá para decantar y perfeccionar la institución.

Propongo que se modifique la redacción del art. 250 del proyecto de Código de Procedimiento Penal elaborado por la Comisión de la cual usted hace parte, teniendo en cuenta la experiencia del derecho comparado y con una clara finalidad: consagrar en forma diáfana y perentoria la responsabilidad directa del Estado por error judicial, y aun en aquellos casos en los cuales ha mediado la culpa personal del juez o magistrado, evento en el que habrá responsabilidad solidaria, sin perjuicio de que el Estado pueda repetir del funcionario. El Estado se comportaría así como un garante o asegurador de riesgos por su actividad jurisdiccional, en una sociedad en la que día a día estos se han venido socializando, como lo señala el profesor brasileño JOSÉ DE AGUIAR DÍAS, al hablar de la *ocasionalidad necesaria* como título de imputación del daño, señala que el contacto entre el funcionario y el particular se ha realizado por intermedio de la Administración: la ocasión del servicio es la que hace posible la comisión del resultado dañoso. "El análisis profundo del hecho llevará a la convicción de la culpa del Estado, que habrá obrado mal por vía de la circunstancia de haber puesto al agente en contacto con la víctima así como proporcionado a aquel la oportunidad y tal vez los medios de perjudicarla"<sup>8</sup>. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha acogido este criterio<sup>9</sup>.

Igualmente, el art. 78 del decreto 01 de 1984 (Nuevo Código Contencioso Administrativo), en el mismo sentido de la doctrina y de la jurisprudencia, establece:

"Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y *se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad*. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere".

Sugiero que se estudie la posibilidad de asignar al juez penal que conoce de la revisión o de la casación, es decir, a la Sala de Casación Penal, la competencia para reconocer de oficio o a petición de parte, la indemnización de perjuicios, materiales y morales, en favor del condenado absuelto en virtud de dichos recursos.

Me permito proponer a su consideración y al de la Comisión el siguiente artículo:

"*Responsabilidad del Estado por error judicial*. Los condenados o sus herederos tendrán derecho a exigir del Estado la indemnización de los perjuicios sufridos cuando en virtud de los recursos de revisión o casación se dicte sentencia absolutoria.

<sup>8</sup> *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, trad. de Juan Agustín Moyano e Ignacio Moyano, México, Edit. José Cajica, Jr., 1957, pág. 223.

<sup>9</sup> Así, sentencia del 22 de marzo de 1974 y 20 de junio de 1980, citadas en mi trabajo *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 106 y 107.

"En la sentencia de revisión o de casación, de oficio o a petición de parte, se reconocerá el valor de los daños y perjuicios irrogados por la condena, atendidos los criterios que establecen los artículos 106 y 107 del Código Penal.

"Cuando los daños sean producidos por dolo o culpa grave del juez o magistrado, de algún funcionario de la rama jurisdiccional o auxiliar de ella, el Estado podrá repetir contra los mismos por el valor de lo que se hubiere obligado a pagar.

"Lo precedentemente dispuesto no obsta para que los perjudicados puedan demandar la responsabilidad de los jueces, magistrados, testigos, peritos o abogados, con arreglo a las normas civiles correspondientes".

Creo que de esta manera se logra el equilibrio que busca el derecho administrativo entre poder y libertad, prerrogativas y garantías.

Para utilizar las palabras de ARDANT, "La responsabilidad de la función jurisdiccional es no solo posible, sino necesaria, ya que los daños que causa a los particulares tienen una gravedad tanto más condenable cuanto que deben ser soportados en nombre de la Justicia".

Además, como lo señala SCARDI en Italia, la reparación de los errores judiciales es "uno de los institutos fundamentales de un Estado democrático"<sup>10</sup>.

Agradezco de antemano la atención que se sirva dispensar a la presente y espero sus comentarios.

<sup>10</sup> Cfr. LUIS MARTÍN REBOLLO, ob. cit., págs. 215 y 216.