

EL PROCESADO EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Doctor FERNANDO CORONADO RAMÍREZ

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

Profesor de Procedimiento Penal en la Universidad de Antioquia.

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Para un mejor entendimiento de lo tratado en estas notas es necesario tener en cuenta lo siguiente: El art. 1º, literales a) y b) de la ley 6ª de 1979 que confirió facultades al gobierno para la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, impuso la obligación de erigir un sistema procesal mixto, “con marcada acentuación hacia el acusatorio...”, cuya “estructura descansará sobre una función instructora, una función de acusación y una función de juzgamiento...”.

Hasta el acto legislativo núm. 1 de 1979, la investigación y fallo de los delitos correspondía a la rama jurisdiccional del poder público, salvo ligeras excepciones constitucionales y normas dictadas al amparo del art. 121, pero por disposición de esa reforma, arts. 41 y 42, las funciones investigativas y de la acusación pasaron al fiscal general de la Nación.

El fiscal general no pertenece a la rama jurisdiccional, ni administra justicia (acto legislativo núm. 1 de 1979, art. 3º). Es un funcionario administrativo, parte del ministerio público (art. 38, ib.), de origen político: será nombrado por la C. S. de J. de “(...) lista que le envíe el presidente de la República con no menos de cinco nombres pertenecientes a distintos partidos políticos” (art. 43, ib.). El fiscal, por sí o por medio de sus agentes, tiene el monopolio de la acción penal (acto legislativo núm. 1 de 1979, art. 41, ord. 1º y N. C. de P. P., art. 16). Esto quiere decir que la rama jurisdiccional solo se pondrá en movimiento a solicitud de aquel funcionario. Se aplica pues el principio *nemo iudex sine accitore*. El fiscal ejerce la acción penal por medio de la resolución acusatoria.

El nuevo Código de Procedimiento Penal fue expedido por el gobierno nacional por medio del decreto 181, de enero 29 de 1981, con fundamento en las facultades que le concedió la citada ley 6ª de 1979.

La primera cuestión que se presenta es la de determinar cómo regula el N. C. de P. P. la situación de una persona a quien se le imputa la comisión de un delito. No es posible una respuesta simple, porque el proceso, que es dinámico, está constituido de secuencias escalonadas en tal forma que la actual se apoya en la anterior y sirve de plataforma a la siguiente y cada etapa se rige por normas que la especifican en cuanto a términos, funcionario que la dirige, denomina-

ción, derechos, facultades y deberes de los sujetos. De modo que para conocer la situación del sospechoso de un delito en el N. C. de P. P. es necesario estudiar las calidades del presunto infractor en la etapa preliminar al proceso y del procesado durante la investigación y el juzgamiento.

2. EL PROCESO ES UNA UNIDAD DIALÉCTICA

Aquí es necesaria una digresión que permitirá comprender la aparente paradoja en que incurre nuestro sistema positivo, como la mayoría de los ordenamientos procesales modernos, cuando a pesar de proclamar la presunción de inocencia del procesado (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"; C. N., art. 26; N. C. de P. P., art. 1º, y ley 6ª de 1979, art. 1º, lit. a), lo somete durante el proceso penal, es decir, cuando aún se le considera inocente porque no se ha dictado sentencia condenatoria en su contra, a medidas que restringen sus derechos. Ocurre que el proceso moderno, cuyo fin primordial es la sentencia justa, constituye una unidad dialéctica en la que se contraponen el interés del Estado de sancionar a los violadores de la norma penal y la libertad del procesado. Por definición esos intereses tienen que mantenerse en equilibrio. El predominio de uno sobre el otro hace desaparecer el proceso penal para dar paso a la farsa grotesca y trágica que perfeccionó el fascismo y que reverdece de noche en noche.

Para mantener esa relación de fuerza es necesario, más por razones de política criminal que de índole jurídica, facultar al Estado para que afecte por razón del proceso los derechos de las personas dentro de los límites fijados por la necesidad y concederle al procesado facultades y derechos inalienables.

El presunto infractor. Es el sospechoso de la comisión de un hecho punible que aún no ha sido vinculado al proceso. Su nombre está ligado a la etapa previa al proceso investigativo. Adquiere esa calidad cuando es sorprendido en flagrante o cuasiflagrante delito o cuando el fiscal infiere, de cualquier medio de conocimiento o de las diligencias practicadas, que es autor o cómplice de un delito. Puede, cuando tenga noticia de la existencia del proceso en que obran imputaciones en su contra, pedir al funcionario respectivo que le reciba declaración como procesado (art. 308). Tiene el deber —en verdad se trata de una coacción que no puede esquivar desde el punto de vista jurídico— de someterse a la captura, pero una vez aprehendido deviene en titular de derechos y facultades que señalan las barreras dentro de las cuales se pueden mover los órganos estatales, sin lesionar la personalidad del presunto infractor, y siempre en respuesta a la necesidad de asegurar la comparecencia del reo al proceso, que es la razón única que justifica la privación de la libertad del presunto infractor y del procesado en el nuevo estatuto. Tiene derecho a que en el acto se le haga saber el motivo de la aprehensión (art. 321); a que se le permita comunicar su

aprehensión a la persona que designe (art. 321, ord. 3º); a que no se le incomunique (art. 322, *in fine*) —la incomunicación era parte de la herencia inquisitoria que el país recibió de la Colonia española—; a que se formalice la captura ante el director de la cárcel respectiva (art. 322); a ser asistido desde el momento de la captura por un defensor, designado por él o por el Estado, de oficio (art. 321, ord. 2º); a guardar silencio bajo la advertencia de que todo lo que diga podrá ser utilizado en su contra (art. 321, ord. 4º); a ser puesto sin demora a disposición del funcionario que impartió la orden de aprehensión o de la autoridad competente para resolver su situación (art. 320); a no ser interrogado por autoridad distinta del fiscal (esta norma proscribía los interrogatorios policivos, poco ortodoxos, de que se quejan a diario y con fundamento en la mayoría de los casos los procesados); a ser recluso en el establecimiento carcelario del lugar (en cumplimiento de esta norma deben cerrarse los calabozos y celdas de los cuerpos secretos y de las dependencias militares).

Y para redondear, el art. 320, ord. 1º, dispone que al capturado se le dará un trato compatible con los derechos humanos, norma que armoniza con el art. 6º, ib., que coloca a los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia por encima de la ley, y que en conjunto pondrán a prueba a la jurisprudencia nacional, puesto que el propio Código desconoce esas convenciones en más de una disposición.

El procesado. A la indagación preliminar, cuando no es del caso dictar auto inhibitorio y se encuentre identificado un presunto infractor, sigue el proceso de investigación que debe adelantar el fiscal como funcionario administrativo. En este período el presunto infractor adquiere la calidad de procesado, sujeto de deberes, si así se puede llamar a la imposición de las molestias del proceso, de derechos y facultades. Esta calidad la conserva hasta cuando quede en firme el auto de conclusión o la sentencia; en el período de investigación tiene la calidad de sujeto procesal, pero no de parte, que solo adquiere en la etapa de juzgamiento frente a la parte acusadora que es el fiscal. La trasmutación del presunto infractor en procesado se produce cuando el fiscal ordena y se cumple su vinculación al proceso. Esto en el N. C. de P. P. se cumple por una de estas dos formalidades: a) haciéndole saber al sujeto que tiene derecho a declarar sobre los hechos que le imputan, bajo juramento —art. 273, ord. 1º— [muy extraña esta última exigencia, puesto que hasta ahora se había considerado el juramento entre nosotros como una forma de presión psicológica para arrancar la verdad. Pero el gobierno no podía disponer cosa distinta ante la orden perentoria de la ley de facultades, art. 1º, lit. 3º, declarada exequible, aun en este punto, en sentencia del 28 de marzo de 1980]; b) cuando no sea posible hallar al presunto infractor, que se encontrará identificado, se le declarará en rebeldía, se le nombrará defensor de oficio y con este se llevará a término tanto el proceso de investigación como el de juzgamiento (art. 306).

Ahora bien, esa mera vinculación al proceso, que el fiscal dispone en caso de flagrancia o cuasiflagrancia, pero también "cuando del medio de conocimiento o de las diligencias practicadas pudiese inferir que una persona determinada es autora o cómplice de un hecho punible" (art. 273, ord. 1º), aunque

no existan razonables probabilidades de que el proceso finalizará con una sentencia condenatoria, autoriza la mengua, en materia grave, de los derechos del procesado:

Con el fin de adquirir pruebas sobre la verdad real, la única capaz de fundamentar una sentencia justa, se lesiona el fuero privado del reo; de ahí que pueda ser inspeccionada la correspondencia que remita y la de que sea destinatario (art. 285). No es obligado a someterse a examen de peritos médicos en busca de su situación mental en el momento del hecho o durante su reclusión, pero “el funcionario recibirá información del estado síquico del procesado” (art. 312); y aunque no puede ser obligado a autoacusarse, ni someterse a pruebas que violen la intimidad de su conciencia —detector de mentiras, hipnosis, narcóticos, sueros—, puede ser impelido a suministrar muestras de sangre, semen, cabellos, impresiones dactilares.

Para que no distraiga sus bienes en perjuicio de los damnificados con el delito, aquellos pueden ser afectados por medidas cautelares: embargo de inmuebles, secuestro de muebles (art. 388), aun del salario en las proporciones autorizadas por los arts. 154 y 155 del Código laboral. En cuanto al decreto de estas medidas, el estatuto obró con laudable prudencia y de paso le fue fiel al espíritu de la Constitución de asignar al órgano jurisdiccional la adopción de medidas que puedan lesionar la hacienda de las personas: al fiscal le está vedado el decreto de estas medidas. Si considera que deben tomarse tiene que solicitarlas a un juez, penal o civil del lugar, o al juez del conocimiento (art. 389 y 390).

3. LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

La reglamentación de las medidas de aseguramiento tiene aspectos positivos, pero también un grave aspecto negativo: las escalona de menor a mayor según la entidad del hecho y la personalidad del reo; hace una excepción de la privación de la libertad como se lo ordenó la Ley de Facultades, art. 1º, literal c; y norma la libertad bajo custodia con mayor amplitud que el Código derogado.

Las medidas de aseguramiento proceden después que el presunto infractor haya sido vinculado al proceso (art. 333), por delito que acarree pérdida de la libertad, así debe entenderse aunque el Código no lo diga; pueden ser cambiadas unas por otras, o revocadas de acuerdo con el rumbo que tome el proceso (arts. 336, 338 y 387). La conminación, la caución, la privación de la libertad pueden ser decretadas por el fiscal, o por el juez durante el período de juzgamiento; la libertad bajo custodia solo obra en este último estadio.

a) *La conminación.* Consiste en el compromiso por el cual el procesado, so pena de multa, garantiza que se presentará con periodicidad ante el investigador o ante el juez del conocimiento, que guardará buena conducta, trabajará, y dará cuenta al funcionario de todo cambio de residencia. Esta medida se aplicará al procesado por delitos sancionados con arresto (arts. 325 y 328).

b) *La caución.* Consiste en el depósito de dinero, en cuantía de dos a cien veces el salario mínimo decretado en el lugar donde haya tenido ocurrencia el hecho punible, para garantizar las mismas obligaciones impuestas en la conminación. Procede: 1) en casos de delitos dolosos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión; 2) respecto a delitos dolosos y preterintencionales cometidos en los términos del art. 60 del C. P., salvo cuando se haya realizado en las modalidades del art. 324 de la misma obra, y 3) en los casos de delitos culposos, menos cuando se hubieran cometido en las circunstancias del art. 330, ib., arts. 326 y 329.

c) *La privación de la libertad procede:* 1) en los casos no previstos en las normas anteriores; 2) cuando el reo haya sido condenado por delito doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores a la fecha de comisión del hecho punible porque se procede o durante ese lapso registre tres o más sindicaciones por delitos de igual naturaleza; 3) cuando el reo se niegue a suscribir el acta de conminación o a constituir la caución, y 4) cuando declarado incurso en multa no la pague, o hecha efectiva la caución no preste una nueva (art. 330).

El Código regula la suspensión de la privación de la libertad atendiendo a distintos factores: 1) cunjugue la edad avanzada, mayor de setenta años, con la personalidad del reo, los motivos determinantes y las modalidades del hecho; 2) por el embarazo de la mujer [menos de tres meses para el parto y cuatro después], sin condición alguna, puesto que se quiere que el hijo no nazca en prisión; 3) cuando se suspende el proceso por cuestiones prejudiciales, y 4) cuando el procesado se halle afectado de enfermedad grave, que no pueda ser tratada dentro de la cárcel, dictaminada por peritos de medicina legal. También sin ninguna otra condición.

4. UNA FACULTAD QUE PONE EN PELIGRO LA LIBERTAD DE TODOS

Contra lo ordenado por el art. 1º, lit. g., de la ley 6ª, que ni siquiera confiaba la orden de captura a funcionario distinto a las autoridades jurisdiccionales, el Código dispuso que la privación de la libertad del procesado durante el proceso de investigación corresponde al fiscal. Olvidó o no le dio importancia al carácter político de este funcionario; y no tuvo en cuenta que le estaba concediendo una facultad sin control: sus decisiones son inimpugnables (arts. 182.2 y 344). Y se adoptó en materia probatoria el sistema del convencimiento racional, que aunque se adapta más a la finalidad del proceso que el de la tarifa legal, deja la posibilidad de que pulsiones inconscientes, y por ende más poderosas, como los sentimientos y aún los prejuicios, desplacen al razonamiento jurídico. Para amainar este riesgo, en teoría se aconseja la publicidad y la controversia de la prueba, la motivación y la revisión de la providencia por el superior. Pero en el N. C. de P. P. está prohibida la controversia en este período (art. 186), y como quedó dicho, las decisiones del fiscal son inimpugnables.

d) *La libertad bajo custodia*. Consiste en la suspensión parcial de la ejecución de la resolución por medio de la cual se ordenó la privación de la libertad del procesado. La decreta el juez en cualquier estado del juzgamiento, y procede en las hipótesis del art. 383 (ords. 1º y 2º) que estimula el resarcimiento del daño en los delitos de peculado y contra el patrimonio económico; favorece a quien ha venido atendiendo a la subsistencia legal de su familia, en el evento de delitos cuyo máximo no exceda de cinco años, siempre que el reo haya observado buena conducta y no haya sido renuente a comparecer al proceso (ord. 3º); reconoce la menor gravedad de los delitos cometidos excediendo los límites propios de las causales de justificación, cuando no concurra ninguna de las razones de agravación punitiva del art. 324 (ord. 4º, *ibídem*); trata de evitar el perjuicio que se causa al procesado cuando la privación de la libertad excede al monto que en forma efectiva debería purgar en caso de ser condenatoria la sentencia (ord. 5º); da efectos anticipados al derecho de la condena de ejecución condicional (ord. 6º); parte de la presunción de acierto de que gozan las resoluciones judiciales, cuando en primera instancia se dicta sentencia absoluta o auto de conclusión (ord. 7º); coloca al procesado por fuera de las veleidades del proceso cuando se declara una nulidad (ord. 8º), y reconoce la presunción de acierto del veredicto del jurado o su intangibilidad (ord. 9º).

5. FACULTADES DEL PROCESADO

El procesado es sometido por la coacción del Estado a las medidas de aseguramiento, pero como acaba de verse, el propio Código consulta múltiples factores para embretar esta facultad. Con esa finalidad y la de hacer efectivo el derecho de defensa, concede al procesado las facultades de: conocer el proceso, postular, pedir y asistir a la práctica de pruebas, impugnar.

En cuanto a la facultad impugnativa del procesado es necesario un paréntesis para resaltar la extraña posición del estatuto frente a los fines de la segunda instancia. De algunas normas emerge que le concede la máxima importancia y la regla, lejos del criterio civilista, desde el ángulo de interés público del proceso penal. En obsequio a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8º), y al Pacto de San José de Costa Rica (art. 8º), en el art. 11 sentó el principio de que, salvo las excepciones legales, el proceso tendrá dos instancias, y llegó al extremo de admitir la reforma *in pejus* no solo contra el recurrente, sino además en desfavor del procesado no apelante (art. 160). Para sentar esta posición bien puede argüirse que el fin principal del proceso penal es la sentencia justa, cimentada en la verdad real, y que está más cerca de errar una persona que varias, y que la estructura de nuestra organización judicial es una pirámide invertida que parte del juez único, que a nivel municipal puede ser un abogado titulado sin experiencia, para elevarse hasta la Corte Suprema de Justicia, pasando por los tribunales de distrito, cuerpos colegiados de falladores profesionales especializados. Con todo, desmintiendo lo dicho y lo aparentado, en la reglamentación de los distintos institutos, el Código se pasó

para el lado opuesto. Suprimió una de las oportunidades más fluidas de la segunda instancia: la consulta; excepcionó, sin parar, el art. 11, arts. 75, 151, 2, 344, 376, 377, a guisa de ejemplo; entrabó el recurso de apelación, puesto que le impuso al recurrente la obligación de sustentarlo, y limitó las facultades del procesado, ya que la apelación interpuesta por este no tiene eficacia si su defensor no la sustenta (art. 159). Así desconoció el N. C. de P. P. convenios internacionales y sus propias confesiones de fe; y lo que es más grave, la tibia experiencia: el rimerero de providencias modificadas o revocadas gracias a la consulta y a la apelación interpuesta por el reo.

6. LA DEFENSA FORMAL

La facultad de postular no es más que una manifestación del derecho de defensa, ya que esta no es posible si no se oye al reo. Mas ello no es suficiente para garantizar ese derecho. El procesado debe ser colocado en el mismo nivel que la parte acusadora. Así lo proclaman el art. 10, literal h), de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el art. 1º de la Ley de Facultades y el art. 12 del propio Código. El defensor, entonces, viene a completar —no debe tomarse este término de manera literal—, la personalidad del reo. En esto el nuevo estatuto se muestra celoso: desde el momento de la captura, el aprehendido tiene derecho a la asistencia de un defensor (art. 94). Más aún, no es una facultad del reo. El Estado tiene la obligación, aunque el afectado rehúse, de nombrarle un defensor. Pero el N. C. de P. P. deja la puerta abierta para que el derecho de defensa, en burla a tratados y a principios, devenga en una mera forma: eleva a causal de nulidad, no la falta de defensa, sino la falta de defensor (art. 172, ord. 2º). Y en concordancia con esa disposición, permite que se encomiende la defensa a personas honorables, no profesionales del derecho (art. 96, 2). Así quedará, como ahora, la suerte de un elevado número de procesados en manos de los funcionarios, ya que los rábulas, los comerciantes y artesanos honrados, por carecer de formación jurídica, nada podrán hacer. Y se torna aún más difuso el derecho de defensa si se considera que el estatuto no derogó los decretos 196 de 1971 y 765 de 1977 que convierten a los procesados pobres en conejillos de Indias para que, a riesgo de lo poco que les queda, su libertad, se especialicen los estudiantes de derecho.

7. UNA ESPERANZA

El art. 102, si no es un producto de exportación, impone al Estado la obligación de pagar la defensa oficiosa (más fácil habría sido reconocer al abogado por cada defensa oficiosa un descuento tributario; el derecho a una remuneración, por lo que todos sabemos, será una causa inagotable de conflictos). Aún no se ha dictado, ni se habla del estatuto del defensor de oficio, tan importante como la

Ley de la Fiscalía General por lo que decíamos de la lucha de los contrarios, del conflicto, de la controversia, que es de la esencia del proceso. Pero confiamos en que se aprovechará la coyuntura para equilibrar la acusación y la defensa, no en la forma, sino en el contenido, exigiendo al defensor oficioso y aun al contractual las mismas calidades de preparación académica y de experiencia que al fiscal frente al cual actúan.

Medellín, junio de 1981.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

*Personalidad y peligrosidad en el nuevo Código Penal
Condena y libertad condicionales.*

PROVIDENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1981

Ponente, doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO

En auto de nueve (9) de diciembre de 1980, el Tribunal Superior de Cali resolvió negar la libertad provisional solicitada ante esa entidad por el doctor X.

De esa providencia apeló el peticionario y para que se surtiera la alzada se envió, en copias, el expediente a esta Sala donde se le ha dado al recurso el trámite de rigor hasta obtener el concepto de la Procuraduría por lo cual se procede a decidir.

El doctor X fue llamado a juicio por auto de la Corte Suprema de Justicia fechado a treinta (30) de setiembre de 1980, como responsable por el delito de prevaricato, cometido en Cali cuando desempeñaba, en el mes de octubre de 1976, cargo de juez segundo penal municipal de esa ciudad.

El Tribunal, en la providencia recurrida expresa que el peticionario no tiene derecho al beneficio que impetra porque "es un profesional del derecho, un hombre culto y a no dudarlo con perfecta conciencia de sus propios actos. Por otra parte, su calidad de juez de la República que ostentaba al momento de llevar a cabo la ejecución de los actos por los cuales la H. Corte Suprema de Justicia hubo de enjuiciarlo por el delito de "prevaricato", de que trata el art. 168 del C. Penal, le imponían al doctor (...) especiales deberes, obligaciones y una tremenda responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, que a no dudarlo debía ejercer con la más absoluta imparcialidad y honestidad, como un genuino representante de la autoridad".

En memorial dirigido a la Corte por el apoderado, sostiene este que no es posible

tener en cuenta, para juzgar la gravedad del delito cometido, las funciones de juez ya que estas son elementos constitutivos del ilícito mencionado pues solo pueden cometerlo los funcionarios públicos, esto es, personas encargadas de ejercer funciones a nombre del Estado.

Agrega que no es de recibo hablar, dentro del nuevo Código Penal, de peligrosidad, ya que este estatuto penal prescindió de esta clase de consideraciones y se orientó por un criterio culpabilista.

El ministerio público, representado en la presente instancia por el procurador primero delegado penal, solicita que se confirme la providencia apelada por estimar que, dadas las características del hecho que se juzga, este reviste especial gravedad y que, por consiguiente, no se cumplen las condiciones que para la obtención de la libertad provisional, con base en la condicional, establece la ley.

Refiriéndose al memorial del apoderado y, específicamente a la parte de este en que se critica que el Tribunal haya considerado peligroso a su representado por el hecho de haber delinquido siendo funcionario público, dice la Procuraduría que "no es que el cargo denote peligrosidad, conforme a la crítica del recurrente, lo que acontece es que ciertos sujetos acusan una mayor insensibilidad social y denotan carencia de frenos morales cuando delinquen amparados en la función que ostentan.

Tampoco es verdad que cuando la calidad de funcionario sea elemento del tipo, deba hacerse caso omiso de esta circunstancia