

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Fundador

EDITORIAL

Un escandaloso salvamento de voto
Hernando Londoño Jiménez

58

DERECHO PROCESAL PENAL

El nuevo Código Procesal penal de la Nación Argentina.
Helmut Gropengiesser

A la luz de los principios y normas rectoras
del nuevo Estatuto Procesal Penal (decreto 2700 de 1991).

Ramiro Alonso Marín Vásquez

El art. 417 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal colombiano
y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana)

Javier Llobet Rodríguez

El jurado de derecho como instrumento de juzgamiento

Carlos Alberto Jaramillo Restrepo

La ejecución de sentencias en el nuevo Código
de Procedimiento Penal colombiano

Plinio Posada Echavarría

La libertad provisional en el nuevo Código de Procedimiento Penal

José Fernando Reyes Cuartas

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional: Única instancia y derecho a impugnar la
sentencia condenatoria

Dr. Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional: Inexequibilidad parcial de algunos artículos
del C. de P. P.

Fabio Morón Díaz

CO/XIV
F/Z

2345

OCTUBRE

NOVIEMBRE

DICIEMBRE

Fundador
NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Coordinador
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO	CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ	CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ LONDOÑO
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.	JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ	J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
MARIO SALAZAR MARÍN	IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ

Auxiliares

Mario Alberto Arenas Alzate
Sandra Cristina Mora Soto
Luz María Mejía Salazar
Clara Luz Pérez Pérez

Pedidos y suscripciones: Editorial Temis
Apartado Aéreo 12008
Santa Fe de Bogotá

Dirección y Coordinación: Apartado Aéreo 53006
Medellín

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



EDITORIAL TEMIS
Santa Fe de Bogotá
1992

A. A. 53006 Medellín

La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Nomos.
Carrera 39 B, núm. 17-98,
Santa Fe de Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S.A.
Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

	PÁG.
Un escandaloso salvamento de voto. Hernando Londoño Jiménez	463

DERECHO PROCESAL PENAL

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Helmut Gropengiesser	473
A la luz de los principios y normas rectoras del nuevo Estatuto Procesal Penal (decreto 2700 de 1991 - nov. 30). Ramiro Alonso Marín Vásquez	501
El art. 417 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana). Javier Llobet Rodríguez	509
El jurado de derecho como instrumento de juzgamiento. Carlos Alberto Jaramillo Restrepo	529
La ejecución de sentencias en el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano. Plinio Posada Echavarría	533
La libertad provisional en el nuevo Código de Procedimiento Penal. José Fernando Reyes Cuartas	553

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional: Única instancia y derecho a impugnar la sentencia condenatoria. Jorge Arango Mejía	567
Corte Constitucional. Inexequibilidad parcial de algunos artículos del C. de P. P. Fabio Morón Díaz	571
Aclaración de voto del magistrado José Hernández Galindo	589

EDITORIAL

Un escandaloso salvamento de voto

Nunca en los veinte años que tiene de vida esta revista se había personalizado una crítica a determinado funcionario judicial. Hoy hacemos una excepción a esa línea de conducta de Nuevo Foro Penal, por la alarma y preocupación que genera cierta tendencia doctrinaria en algunos magistrados de la Corte Constitucional. Hay en esa corporación, para decirlo de una vez, una casi constante disidencia desafecta a la declaratoria de inexecutable de normas violatorias de principios constitucionales relacionadas con el código de las penas y el de procedimiento. Lo decimos, porque leyendo ciertos salvamentos de voto queda la impresión de que su autor ha encontrado una nueva cátedra, un diferente recinto para mostrarse en desacuerdo con la letra y el espíritu de la nueva Constitución.

Lo más grave de todo es que esos magistrados, casi siempre en desacuerdo con las sentencias de inexecutable para volver a su verdadero cauce el imperio del debido proceso y el respeto por los derechos fundamentales atropellados por leyes del Congreso de la República o por decretos del ejecutivo al amparo de la conmoción interior, transparentan un tan marcado divorcio con la filosofía de nuestra Carta Política que pareciera ser más bien el reflejo de una profunda nostalgia por el autoritarismo con que fue engendrada la Constitución del 86.

Un ejemplo elocuente de lo anterior es el salvamento de voto del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa con referencia a la inexecutable declarada por la Corte Constitucional de varios artículos del nuevo Código de Procedimiento Penal sobre facultades probatorias a la Policía Judicial, limitaciones al derecho de defensa, restricciones al principio de contradicción, reserva de ciertas providencias, y, en síntesis, sobre la violación del debido proceso¹.

¹ Sentencia C-150 de abril 22 de 1993, la cual puede consultarse en la Sección de Jurisprudencia de esta revista.

Empieza dicho salvamento de voto rebelándose contra la norma constitucional que consagra el principio del debido proceso al decir que “este derecho, si bien es fundamental, al ser ejercido en circunstancias de crisis... es sujeto, como todo derecho, a ciertas limitaciones tendientes a adecuar su ejercicio a dichas circunstancias”. Un largo discurso podría escribirse sobre tan insensata tesis, como si las motivaciones políticas, las razones de Estado o un simple criterio de conveniencia pudieran hacerse prevalecer sobre los perentorios mandatos de la Carta. Una tesis tan abierta y tan audaz, tan autoritaria y tan impulsiva, no puede conducir sino a la arbitrariedad y al abuso del derecho. Sería abrir todas las válvulas para que la Constitución pudiera ser violada por el gobernante de turno, atendiendo únicamente a su propio criterio sobre las “circunstancias de crisis” que se puedan presentar en un momento determinado. Con esa tesis de los “derechos fundamentales” que pueden ser “limitados” en ciertas “circunstancias”, tendríamos una Constitución Política sometida a los vaivenes políticos del ejecutivo, el que podría suspenderla a su antojo cuando decretara la conmoción interior. Cuando lo previsto en la Carta Fundamental es únicamente la suspensión de aquellas leyes que puedan ser incompatibles con los estados de excepción.

La obsesión por la tesis anterior sigue evidente en el escandaloso salvamento de voto, cuando se dice que el derecho al debido proceso, “como todo derecho, es susceptible de limitaciones tendientes a encausarlo hacia la prevalencia del interés general, sobre todo cuando su ejercicio tiene lugar en circunstancias de crisis”.

Según lo transcrito, es la primera vez que en la historia del constitucionalismo contemporáneo alguien se atreve a defender la tesis peregrina y aberrante de que “el debido proceso” tiende a colocarse en pugna con el “interés general”. Según ello, fue una extralimitación de la Corte Constitucional el haber declarado inexecutable las normas del procedimiento penal que le permitían a la policía recibirle versión libre al imputado, sin defensor, o las que prohibían la controversia probatoria o restringían el derecho de defensa. Con la tesis del magistrado Naranjo Mesa, se desatiende el “interés general” cuando se rodea al procesado de todas las garantías necesarias para que pueda ejercer una adecuada defensa. Y a *contrario sensu*, se debe hacer prevalecer ese “interés general” limitando los derechos del procesado dentro del plenario, como si aquí se pudiera hablar exclusivamente del “interés individual” del justiciable, cuando lo que está en juego es el interés del mismo Estado, concretamente de la administración de justicia y de la sociedad misma para que el juicio que se adelante contra determinada persona no se vea reducido a las pretensiones por una condena para el culpable, sino también de una absolución para el inocente. Solo las tiranías y las dictaduras tienen alergia a las garantías del debido proceso y a los principios universales que consagran sin limitaciones indebidas el derecho de defensa.

Se rebela el magistrado contra el derecho fundamental del debido proceso al decir que “es un contrasentido jurídico aferrarse a su intangibilidad... lo que conduciría a que la parte —el individuo—, esté legitimada para vulnerar el todo —el interés general—”. Lo que traducido a lenguaje corriente significa que el ejecutivo mediante decretos al amparo de la conmoción interior o el legislativo a través de una ley, pueden suspender o limitar los derechos fundamentales del debido proceso.

No deja la menor duda lo transcrito del escandaloso salvamento de voto, que se defiende la tesis absurda y completamente falsa de una vulneración del “interés general” cuando se reconocen como intangibles los derechos consagrados por la Constitución a un debido proceso. Es decir, que según la estrafularia doctrina del magistrado Naranjo Mesa, en “circunstancias de crisis”, el gobierno respaldado por la Corte Constitucional puede limitar el principio general de la irretroactividad de la ley penal, cambiar cuando lo quiera el juez natural y adelantar el proceso sin la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Puede también suspender el principio universal de la aplicación favorable de la ley frente a la restrictiva o desfavorable, rechazar el principio de la presunción de inocencia, restringir el derecho de defensa, abolir o limitar el principio de contradicción de la prueba, suprimir la apelación de la sentencia condenatoria y permitir que una persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho. Y todos ellos hacen parte de los derechos fundamentales consignados en el art. 29 de la Constitución sobre el debido proceso que tantas y tan airadas reservas le merecen al magistrado Naranjo Mesa. El argumento que todos esos derechos si se consideran “intangibles”, pueden llegar a perjudicar a la sociedad si se respetan dentro del proceso penal.

Con un sofisma de la peor laya dice que el hecho de que el debido proceso “sea inviolable no indica que sea ilimitado”, porque “no es una forma absoluta que pueda imperar contra el interés general”. Es decir, que en aras de tan estrafularia tesis se deben sacrificar los derechos del procesado que no pueden estar por encima de los de la sociedad. Esto es desconocer en forma palmaria que en el proceso penal lo que está en juego son unos valores muy superiores, los de la justicia, los cuales no permiten que se pueda juzgar a un hombre acusado de un delito, sino permitiéndole ejercer todos los derechos que una civilizada cultura jurídica deben reconocerle. Ese “bienestar colectivo” que le sirve al magistrado como argumento para propugnar por las limitaciones y restricciones de las garantías procesales, jamás se han conseguido atropellando el derecho de defensa, restringiendo la controversia probatoria, validando las pruebas obtenidas con violación del debido proceso. Y nunca, en toda la historia de Colombia cuando de ejercer el control de constitucionalidad se ha tratado, magistrado alguno había tenido el desenfado de sostener tesis como las que glosamos. La misma Corte Constitucional le ha dado la siguiente lección a dicho magistrado, la cual él se niega a compartir:

“La institución del debido proceso, que se erige en columna insustituible del Estado de derecho, responde a la necesidad imperativa de establecer un conjunto de garantías jurídicas cuyo objeto principal consiste en proteger la persona de la arbitrariedad y en brindarle medios idóneos y oportunidades de defensa a objeto de alcanzar la aplicación justa de las leyes”².

Es claro que en las situaciones más extremas de perturbación del orden público, como en los estados de conmoción interior, la única facultad que tiene el gobierno es la de suspender las leyes incompatibles con esa situación, pero en manera alguna

² Cfr. *Jurisprudencia y Doctrina*, t. xxii, núm. 259, julio de 1993, Santa Fe de Bogotá, Legis, pág. 691.

suspender las normas constitucionales, limitar el reconocimiento de los derechos fundamentales contenidos en la norma de normas. Si eso es así, resulta una grave afrenta a la sana doctrina jurídica y constitucional sostener, como lo hace dicho magistrado, que “todo derecho, incluyendo uno tan fundamental como el del debido proceso, puede, entonces, ser objeto de limitaciones en su ejercicio, en aras del bien común”. Según esto, ese “bien común” estaba garantizado y protegido con las normas de procedimiento penal que fueron declaradas inconstitucionales. Es decir, que en aras de ese “bien común” se le debía permitir a la policía recibirle versión libre y sin defensor al capturado en flagrancia, prohibir la controversia probatoria en la etapa previa de la indagación y en la del sumario, restringir la facultad de solicitar pruebas en favor del procesado, permitir que puedan existir pruebas secretas para las partes hasta el momento procesal en que ha concluido la oportunidad para controvertirlas, etc.

Decir que respetar estos derechos y proteger estas garantías constitucionales es atentar contra “el bien común”, es una de las herejías jurídicas más aberrantes que hemos leído. De donde se desprende que en el pensamiento del honorable magistrado Naranjo Mesa no cabe sino la concepción de un proceso secreto para determinados delitos, de unas severas limitaciones al derecho de defensa para ciertos procesados, de una restricción severa a las facultades del defensor para controvertir la prueba de acusación. Y tan repugnantes y odiosas ideas no las conoció el derecho sino en la oscura época de la Inquisición. Y pensar así es sentir repulsa mental y jurídica contra el principio constitucional nuestro, que también es universal, de la igualdad ante la ley. Un presunto homicida procesado por la justicia ordinaria no es diferente al de la justicia sin rostro, por lo cual ambos deben ser tratados con el mismo rasero jurídico y hacerlos depositarios por lo tanto de los mismos derechos para su defensa. Y para suministrar un solo interrogante: ¿Por qué a una persona que se presume inocente, por el solo hecho de estar sometida a una jurisdicción especial se le va a juzgar, a diferencia del de la ordinaria, con limitación de sus derechos fundamentales proclamados por la Carta Fundamental? ¿En dónde permite esa monstruosidad nuestra Constitución? ¿Qué respetable y autorizada doctrina constitucional contemporánea traza esos caminos judiciales, permite esas vías dentro del procedimiento penal?

Lo que pasa es que el citado magistrado no parece que estuviera de acuerdo con los nuevos aires del Estado de derecho colombiano, con las restricciones que le impuso la Carta Política a las facultades del ejecutivo en los estados de excepción, para que no convirtiera el Estatuto Fundamental en una simple tronera por donde pudiera escapar todo su autoritarismo y arbitrariedad. Por el contrario, dicho funcionario judicial, a diferencia de lo que quiso el constituyente del año 91, pretende abrirle paso a una teoría de fortalecimiento del ejecutivo en contra de las prohibiciones constitucionales. Leámoslo: “La racionalización en el funcionamiento de los poderes públicos significa que estos deben adecuarse al objetivo final que deben buscar en circunstancias de crisis, cual es la defensa del Estado de derecho amenazado y el restablecimiento de la normalidad quebrantada”.

En lo transcrito se transparenta la audacia mental de ampararse en la persecución del Estado de derecho, violándolo al mismo tiempo al abogar por las limitaciones y suspensiones de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna ¿Cómo se puede defender tan “frescamente” la lucha por un Estado de derecho, haciendo sinuosamente la defensa de la violación a la Carta Fundamental, por la simple razón de que esta garantiza ese Estado de derecho en la investigación y juzgamiento de las causas penales? ¿No se dijo acaso desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos... que todos los hombres son iguales ante la ley y tienen, sin distinción derecho a igual protección de la ley”? ¿O será que tan solemne y grandiosa proclamación universal fue apenas una farsa retórica, para que después nuestras constituciones se engalananan y embellecieran con esos postulados?

Y continúa el escandaloso salvamento de voto: “La relajación en los controles establecidos sobre la acción gubernamental —que debe ser, insistimos, transitoria—, implica que tales controles no deben ser ejercidos con el mismo rigor con que se hace en circunstancias de normalidad, por cuanto de mantener ese rigor, dicha acción podría verse entrabada en el logro de los propósitos antes señalados”. En buen romance significa lo transcrito que se deben permitir amplios poderes al ejecutivo, que se hace necesario relajar las prohibiciones constitucionales, darle alguna laxitud a los “controles” que le tiene fijados la Carta Política. Sobre lo dicho, uno podría en gracia de discusión aceptar una flexibilidad de esos “controles” al ejecutivo, pero cuando se tratare de suspender las leyes incompatibles con el estado de excepción, que es lo único que permite la Carta Política, pero nunca, como increíblemente se deduce de lo transcrito, admitir a los fines de la legislación dentro del estado de conmoción interior, la suspensión o limitación de los derechos fundamentales esenciales para un debido proceso.

Cuando el magistrado disiente de la inexecutable declarada por la Corte Constitucional sobre los arts. 7º, 161, 251, 272, 322 y 342 del Código de Procedimiento Penal, dice que con ello se desconocieron los principios defendidos por él y que hemos transcrito en parte, con lo cual, según sus propias palabras, “se están supeditando intereses individuales —los de los presuntos infractores o sujetos pasivos de la ley penal— al interés común de la sociedad colombiana”.

No sabíamos nosotros que la “sociedad colombiana” podría tener interés en que ciertos justiciables no deberían, ante una imputación penal, disfrutar de los mismos derechos de defensa que los otros mortales, o que pudieran ser condenados sin haber sido oídos y vencidos en juicio. Y tampoco sabíamos que por reconocerle a un acusado las garantías del debido proceso, se estaban desprotegiendo los intereses comunes de la sociedad colombiana, según la asombrosa tesis.

Pero si lo anterior no bastara para producir el mayor desconcierto con una tesis incubada y defendida crudamente en el seno mismo de la Corte Constitucional, la postura del mismo magistrado cuando en sus juicios como tal pretende hacer valer un criterio de carácter político por encima del jurídico y constitucional, no puede sino producir una enorme alarma en los campos del derecho y de la justicia.

Es algo que no podemos admitir porque la Corte en su función de control de constitucionalidad nada tiene que ver con los criterios de conveniencia para saber si la ley o el decreto están en un todo dentro del marco de la norma de normas. Estas son sus palabras:

“Estima el suscrito magistrado que las decisiones de esta corporación no deben circunscribirse exclusivamente al cotejo mecánico de la norma acusada con la disposición constitucional específica que se considera vulnerada, sino que tienen una insoslayable y honda aplicación política, en la más amplia acepción del término, es decir que deben consultar con la realidad que vive la nación”.

No es necesario mucho razonamiento ni esfuerzo mental para entender los alcances peligrosísimos de la tesis anterior, porque ella indica a las claras que si en determinado momento histórico se considera aconsejable para luchar contra determinado tipo de delincuencia pasar por alto las prohibiciones constitucionales, así debe hacerse para que la respectiva legislación y el fallo que la pueda convalidar tengan su “implicación política”. Un ejemplo no estaría mal: si violándose la Constitución se impone en Colombia la pena de prisión perpetua porque políticamente es aconsejable para contrarrestar dicho delito, así debe procederse, relegando a un segundo plano “el cotejo mecánico de la norma acusada con la disposición constitucional específica que se considera vulnerada”.

Según el infortunado salvamento de voto, el art. 29 de la Constitución consagra un simple “interés particular” cuando perfila los principios fundamentales constitutivos del “debido proceso”. Sobre esta concepción tan simplista y tan absurda sostiene dicho magistrado que “en tratándose de la aplicación de normas como las que consagra el debido proceso, en circunstancias de crisis —o estados de excepción— el hacer prevalecer el interés general sobre el particular cobra aún más importancia, dentro de la misión interpretativa del juez constitucional”.

Lo transcrito constituye, sin más, una sublevación contra el Estado de derecho, una apología sin timideces sobre la suspensión de los derechos y garantías del debido proceso dentro de los estados de excepción, porque según tan extraña tesis, se trata de hacer prevalecer el interés general sobre el particular. Como si al consagrarse constitucionalmente, para poner un solo ejemplo, la presunción de inocencia, no se estuviera garantizando un “interés general” de la sociedad entera.

El respeto absoluto por ese principio del debido proceso dizque “hace perder la eficacia de la acción judicial”, de donde se concluye fácilmente que el pensamiento y la idea del señor magistrado es propugnar por esa “eficacia de la acción judicial”, haciendo caso omiso en el proceso penal y cuando estemos en “circunstancias de crisis”, de toda esa grandiosa filosofía garantista que nos viene de muchos siglos atrás y que ha sido patrimonio jurídico que nos ha enriquecido culturalmente. De donde tenemos que esa valiosísima conquista que logró la Asamblea Nacional Constituyente concretada en el art. 29 de la Carta Fundamental, es causa de desvelos para dicho magistrado, quien hasta ahora lo que ha demostrado en el ejercicio de su cargo es una aversión absoluta por todos esos principios constitucionales que tienden a proteger los derechos fundamentales que están en juego en la inves-

tigación y juzgamiento de las conductas humanas relacionadas con la violación de la ley penal.

Según esta tesis, en un decreto sobre conmoción interior, en la parte motiva del mismo se podría decir que para “no perder la eficacia de la acción judicial”, en los procesos penales de competencia de los jueces regionales y Tribunal Nacional, funcionará la retroactividad de la ley penal en materia desfavorable, que en los mismos no tendrá aplicación el principio de la ley penal permisiva o favorable, que cuando el funcionario judicial lo considere conveniente, se podrá prescindir del defensor en la recepción de la indagatoria y en la práctica de pruebas, que se prohíbe la apelación de la sentencia condenatoria y se puede juzgar dos veces por el mismo hecho, todo lo cual está prohibido por el art. 29 de la Carta Política y que dicho magistrado quisiera que no hubiera figurado en nuestro texto fundamental.

La esperanza entonces es que este virus jurídico no vaya a extenderse y contaminar a los demás magistrados de la Corte Constitucional, porque de llegar a ocurrir experimentaríamos la más inmensa frustración, no solo como profesionales del derecho, sino como coautores de una Constitución que no tuvo quien guardara su integridad e hiciera valer su supremacía, según su severo y grandioso mandato.

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ

DERECHO PROCESAL PENAL

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina

Helmut Gropengiesser**

1. INTRODUCCIÓN

En el año 1991 fue aprobado por el Congreso de la Nación¹ el Código Procesal Penal argentino²(ley 23.984). Normalmente, el hecho de que en un país latinoamericano se promulgue una nueva ley procesal penal resulta para los estudiosos del tema en Europa una noticia marginal. Sin embargo, en el caso del Código argentino, dos cuestiones confieren a la nueva ley especial importancia³. Hay que destacar, en primer lugar, la radicalidad del cambio respecto de la anterior legislación: en lugar de un procedimiento inquisitivo, fundamentalmente escrito y secreto, aparece ahora un proceso penal moderno, propio de un Estado de Derecho, con un juicio público y oral como parte esencial.

* Traducción de Monserrat de Hoyos Sancho, asistente de la Universidad de Valladolid.

** Profesor Asistente de la Universidad de Friburgo y colaborador científico del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Por sus valiosas indicaciones durante la elaboración del presente trabajo, expreso mi agradecimiento a los señores Dr. Luis M. García / Buenos Aires y Lic. Javier Llobet Rodríguez / San José de Costa Rica.

¹ En la República Argentina, el poder legislativo para la nación, en virtud del art. 36 de la Constitución de la Nación Argentina de 1º de mayo de 1853 (desde ahora abreviado "C. N."), corresponde al Congreso de la Nación. Este se compone de dos cámaras: la Cámara de Diputados, directamente elegida por el pueblo (C. N., art. 37), y el Senado, en el cual están representadas las provincias y la capital por dos senadores elegidos por los parlamentos regionales de cada una de ellas (C. N., art. 46).

² Desde ahora abreviado "C. P. P."

³ Así se entiende que existan ya algunas publicaciones en lengua alemana que se ocupan de la reforma del proceso penal argentino y de los proyectos de ley elaborados: LEVENE (h.), "Reformprobleme des argentinischen Strafprozessrechts", *ZStW* 84 (1972), pág. 480; SEMON/RIEGGER, *Die Musterstrafprozessordnung für Argentinien*, 1975; SCHÖNE, "Zur Strafprozessreform in Argentinien", en DORNSEIFER y otros, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pág. 795.

En segundo lugar, merec también especial atención la dimensión política de la ley: con el nuevo derecho procesal penal, Argentina ha dado otro paso importante en la construcción de su todavía joven democracia. Por la extensión del país y, sobre todo, por el —en comparación con los demás países latinoamericanos— muy alto nivel de sus juristas, es posible presumir que los efectos de esta ley se extenderán mucho más allá de su estricto ámbito de aplicación. Los legisladores latinoamericanos han seguido frecuentemente el modelo argentino en sus proyectos de reforma; así, por ejemplo, Costa Rica en su Código Procesal Penal de 1973⁴.

2. SU CAMPO DE APLICACIÓN Y ORIGEN HISTÓRICO

A) El campo de aplicación

El campo de aplicación del nuevo Código Procesal Penal viene determinado, en primer lugar, por la forma de Estado federal⁵. Argentina es, como indica el art. 1° de su Constitución una república federal de carácter representativo; se compone de 23 provincias⁶, comparables a los *Länder* alemanes, y de territorios federales⁷, los cuales comprenden la capital federal, Buenos Aires⁸, y los territorios nacionales⁹.

El reparto de competencias entre las provincias y la nación se regula en el art. 104 de la Constitución Nacional: las provincias conservan todo el poder que la Constitución no transfiere al gobierno federal¹⁰. Una asignación de competencias

⁴ Véase J. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, vol. 1b, 1989, págs. 188 y 230.

⁵ Junto al proceso penal general que regula el nuevo C. P. P. existe también un proceso penal especial ante los tribunales militares (véase C. P. P., art. 19).

⁶ Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tucumán y desde hace poco la vigesimotercera provincia Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (véase nota 9).

⁷ Territorios federales se encuentran también en otros Estados federales como EE.UU., Australia o México, pero no en la República Federal Alemana.

⁸ "Capital de la República" (C. N., art. 3°), o en su caso "Capital de la Nación" (C. N., art. 67, num. 27). En la actualidad, este distrito abarca solo la ciudad de Buenos Aires, con cerca de tres millones de habitantes, mientras que los barrios periféricos del Gran Buenos Aires pertenecen a la provincia de Buenos Aires.

⁹ Los territorios nacionales abarcaban antes una gran parte de Argentina, sobre todo Patagonia, pero estaban muy poco poblados, por lo que les correspondía un escaso peso político. Hasta hace pocos años eran territorios nacionales solamente Tierra del Fuego, y —según Argentina— un sector de la Antártida, así como las llamadas Islas del Atlántico Sur. En virtud de la ley 23.775 de 15 de mayo de 1990, obtenían también estos territorios el *status* de provincia, por lo cual actualmente el concepto de "territorio nacional" ha quedado en la práctica carente de significado; véanse CARATTINI, "La carencia de nuevas provincias y la Constitución Nacional", en *La Ley*, T. 1992-A, pág. 937, y sobre la posibilidad de crear nuevos territorios nacionales, los arts. 3° y 13 de la C. N.

¹⁰ El art. 104 de la C. N. prevé además una excepción sobre la delegación de competencias a la nación que no resulta demasiado significativa: las provincias conservan también el poder que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

a la nación de este tipo se contiene expresamente en el art. 67, num. 11 de la Constitución, para el derecho material penal, sin embargo, no existe una prescripción paralela para el derecho procesal penal. Por consiguiente, la competencia para legislar sobre esta materia permanece fundamentalmente en las provincias, lo que implica que cada provincia ha creado su propia ley procesal penal¹¹. De esta manera, al derecho procesal penal de la nación le queda un espacio reducido¹². La división de competencias entre la nación y las provincias resulta especialmente compleja, por lo que en este trabajo se expondrán solo los rasgos esenciales¹³.

Los criterios para asignar competencias a la nación son tres: el lugar de los hechos, la norma penal infringida y la persona del autor o, en su caso, de la víctima. El primer criterio confiere la competencia a la nación para conocer de todos aquellos hechos cometidos en las áreas sometidas a su jurisdicción; entre ellas figuran el territorio de la capital de la nación, los territorios nacionales, de los cuales se excluye desde un principio una competencia de las provincias y, además, en virtud del art. 67, num. 27, los demás establecimientos federales de utilidad nacional en el territorio de las provincias, entre los cuales se encuentran lugares tan diversos como instalaciones militares, universidades federales u oficinas postales¹⁴ y, finalmente, algunos casos especiales, como, por ejemplo, buques en aguas territoriales.

Independientemente del lugar de los hechos, corresponde a la jurisdicción nacional, en virtud del art. 100 de la C. N., el conocimiento de todos los hechos que infrinjan el derecho penal accesorio de la nación, y por ello será aplicado también su derecho procesal penal. Tal derecho penal accesorio se contiene, por ejemplo, en las leyes sobre correos y medios de comunicación, de aduanas, en la ley sobre estupefacientes, en el derecho de patentes y marcas, así como en materia fiscal¹⁵.

El art. 100 confiere además competencia a la jurisdicción nacional para conocer de hechos punibles en los que hayan participado diplomáticos extranjeros. A estos casos se añaden —mediante el uso del criterio de la persona del autor y también del de la norma penal infringida— los delitos cometidos por funcionarios públicos de la nación en ejercicio de sus funciones¹⁶.

¹¹ Del art. 5° de la C. N. se deriva un deber para las provincias de dictar su propio Código Procesal Penal.

¹² Los fundamentos de derecho constitucional se encuentran en los arts. 67, 100 y 101 de la C. N. El reparto de competencias en materia procesal penal aparece regulado de forma muy distinta en los diversos Estados federales del mundo: Brasil, la República Federal Alemana (*Ley fundamental de Bonn*, art. 74, num. 1), Austria y Venezuela optaron por un proceso penal unitario para todo su territorio, mientras que la solución argentina, más favorable para las provincias, existe también en México, Suiza y los E.E.UU.

¹³ Véase más ampliamente, GONDRA, *Jurisdicción federal*, 1944; CLARÍA OLMEDO, *Competencia penal en la República Argentina*, 1945; D'ALBORA, *La justicia federal*, 1968; resumido, en alemán: LEVENE, nota 3, pág. 481.

¹⁴ El art. 67, num. 27 enumera fortalezas, arsenales y almacenes, completando estas instalaciones con una cláusula general. Sobre ello véase, en particular CLARÍA OLMEDO, nota 13, págs. 265 y ss., y la ley 18.310.

¹⁵ Ejemplos en LEVENE, nota 3, pág. 481 y J. MAIER, nota 4, págs. 188 y 525.

¹⁶ Véase sobre ello, en particular, BIDART CAMPOS, *Manual de derecho constitucional argentino*, 6ª ed., 1978, págs. 782 y ss.

B) *El origen histórico*

El tratamiento del origen histórico exige en primer lugar una consideración de la antigua —hoy derogada— ley. Después de más de seis años de preparación, sobre todo por el jurista MANUEL OBARRIO¹⁷, el parlamento argentino aprobó en 1888 por primera vez una amplia ley procesal penal para la nación¹⁸, que entró en vigor el 1° de enero de 1889. La necesidad de su reforma se evidenciaba ya por sus más de cien años de vigencia y además por el hecho de que esta ley de 1888, ya en su momento de creación, no correspondía con el estado del derecho procesal penal en aquel entonces¹⁹.

OBARRIO siguió las pautas del legislador español de los años setenta del siglo pasado²⁰, pero no consideró la reforma básica llevada a cabo a través de la todavía hoy, si bien con reformas, vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal²¹, a pesar de que esta ley se publicó seis años antes de la ley procesal penal argentina y poco después del comienzo de los trabajos de OBARRIO²².

Por todo ello, no es extraño que la ley procesal penal argentina²³, casi desde el momento mismo de su promulgación y durante los siguientes años, sufriese cada vez mayores críticas. Son de destacar las siguientes cuestiones²⁴: el punto clave del proceso penal estaba en el ámbito del sumario, en el cual normalmente ya se planteaban los elementos decisivos para el plenario. En el sumario, el ministerio fiscal jugaba solo un papel secundario; por el contrario, al juez de instrucción le correspondían las principales facultades (art. 196, párr. 2, CPMP 1889), con lo que la actividad de la policía ocupaba en la práctica un primer plano²⁵. Esta

asignación de competencias al juez de instrucción llevaba a la posibilidad de que uno y el mismo juez investigara y pudiera decidir. Los derechos del imputado existían en escasa medida; él era visto por principio como objeto del proceso. Normalmente, la totalidad del proceso discurría por escrito; esto llevaba consigo las siguientes importantes consecuencias: si el sumario era en todo caso secreto para el público (y para el imputado), la escritura conducía al resultado de que el público también estaba excluido del plenario. Debido a la falta de la posibilidad de control, el juez podía delegar sus tareas, en contraposición con el principio del juez legal (C. N., art. 18), en colaboradores subordinados, los cuales posiblemente no contaban con la necesaria formación y experiencia. Principios elementales del Estado de derecho, como la intermediación en la práctica de la prueba o la continuidad del proceso, eran ajenos a la antigua ley procesal penal. No en todos los casos los tribunales podían apreciar las pruebas según su libre convicción, ya que persistían reglas legales sobre la prueba²⁶.

Al lado de los motivos propiamente de derecho procesal penal, otras leyes ejercían también presión para la reforma de esta rama del derecho. Así, el Código Penal de 1921²⁷, que introdujo nuevas instituciones de derecho penal como, por ejemplo, la condenación condicional o las medidas de seguridad, y por otra parte penas como el destierro o la pena de muerte²⁸, fueron abolidas sin que el derecho procesal penal se hubiese adaptado a este desarrollo²⁹.

Efectos más importantes aún se asocian a los principios de la Constitución³⁰, a los que la antigua ley procesal penal se adaptaba solo en escasa medida. La norma central en materia procesal penal se encuentra en el art. 18 de la Constitución: al imputado se le garantizan en este punto un amplio catálogo de derechos subjetivos que son comparables con los recogidos en los arts. 101-104 de la Ley Fundamental alemana; sin embargo, en particular existen algunas diferencias. Así, según la Constitución argentina, la pena de muerte solo está excluida para delitos políticos. La exclusividad jurisdiccional para imponer privaciones de libertad no aparece recogida expresamente en la Constitución³¹. Por el contrario, derechos fundamentales gene-

¹⁷ Más sobre la persona del creador de esta ley: LEVENE (h), "El centenario del Código Procesal Penal de la Nación", en *La Ley*, T. 1988-E, pág. 790.

¹⁸ Código de Procedimientos en Materia Penal para la justicia federal y los tribunales ordinarios de la capital y territorios nacionales, ley 2372 de 17 de diciembre de 1888 (desde ahora abreviado "CPMP 1889"). Véase sobre esta ley, J. MAIER, nota 4, págs. 181 y ss. y VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. 1, 2ª ed., 1968, págs. 194 y ss.

¹⁹ El CPMP 1889, según la opinión de VÉLEZ MARICONDE, nota 18, pág. 197, "nació viejo y caduco".

²⁰ Sobre la turbulenta historia del derecho procesal penal español entre los años 1870 y 1882, véase GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 10ª ed., 1984, págs. 16 y ss. OBARRIO podría difícilmente haber tenido como modelo la ley española de 1872, en la cual se recogían el tribunal de jurados y un juicio oral, sino más bien la Compilación de 1879, con la cual España volvía de nuevo al proceso inquisitivo escrito (J. MAIER, nota 4, págs. 182 y ss. y VÉLEZ MARICONDE, nota 18, págs. 196 y ss.).

²¹ De 14 de julio de 1882.

²² A OBARRIO se le encargó el 6 de marzo de 1882 la elaboración del proyecto de una ley procesal penal.

²³ Las reformas posteriores (véase LEVENE, nota 17, págs. 789 y ss.) no afectan a las líneas fundamentales de la ley procesal penal.

²⁴ Una visión general proporcionan por ejemplo DARRITCHON, "La modernización del proceso penal nacional", en *La Ley*, T. 1991-B, pág. 720; J. MAIER, nota 4, págs. 184 y ss.; LEVENE, nota 17, pág. 790; del mismo, nota 3, págs. 482 y ss.

²⁵ Véase art. 197 CPMP de 1889.

²⁶ LEVENE, nota 3, pág. 483; véanse por ejemplo los arts. 305 y ss. del CPMP de 1889 respecto a la relevancia de las declaraciones de los testigos, y arts. 316 y ss. del CPMP de 1889 con relación a la confesión.

²⁷ Ley 11.179 de 29 octubre de 1921, en vigor desde el 29 de abril de 1922. El 15 de agosto de 1990 el Senado aprobó el proyecto de un nuevo Código Penal (texto publicado en *Trámite Parlamentario*, núm. 89, de 3.9.1990) y lo trasladó a la Cámara de los Diputados, la cual, sin embargo, hasta ahora no se ha pronunciado sobre él.

²⁸ Los arts. 559, 560 y 690 del CPMP de 1889 se referían a la pena de muerte.

²⁹ LEVENE, nota 17, pág. 790.

³⁰ Sobre la Constitución, véase *supra*, nota 2; sobre las condiciones constitucionales previas véase SCHÖNE, nota 3, págs. 799 y ss.; MAGARIÑOS, "Garantías del derecho procesal penal", en *Doctrina Penal* 11 (1988), pág. 619; y con detalle, CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 2ª ed., 1991.

³¹ El art. 18 de la C. N. habla de la "autoridad competente". Según opinión más actual, este artículo debe ser interpretado de forma que solo un juez pueda ordenar medidas de privación de libertad (véase J. MAIER, nota 4, pág. 286).

rales de carácter material, como el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio, aparecen especialmente previstos en su aspecto procesal penal. Los derechos a la defensa y a no declarar contra sí mismo están expresamente determinados en la Constitución, que además prohíbe todo tipo de tortura y establece también para la ejecución penal garantías constitucionales.

Al lado de los derechos individuales del art. 18, la Constitución recoge una manifestación expresa en materia de organización de los tribunales: en los arts. 24 y 102³² se prevé la creación de tribunales de jurados. Un tercer grupo de declaraciones de derecho constitucional no aparece explícitamente determinado sino que han sido desarrolladas por la doctrina y en parte también por la jurisprudencia sobre los mencionados arts. 18, 24 y 102, así como por la forma republicana (C. N., arts. 1º y 33). Entre estos principios de derecho constitucional se encuentran la presunción de inocencia, de la cual se deriva el principio *in dubio pro reo* y límites en la admisibilidad de la prisión preventiva, la validez del principio "fair trial", el derecho a ser oído por el juez, el principio *ne bis in idem*, y algo que en este contexto es especialmente importante: la oralidad y publicidad del juicio³³.

Los argumentos fundamentales contra la antigua ley procesal penal no quedaron sin repercusión: en los últimos 80 años, la historia procesal penal argentina se caracteriza por el gran número de propuestas de reforma, si bien en escasa medida se convirtieron en reformas de hecho. Este desarrollo lo llevó a cabo sobre todo la doctrina³⁴ y, con base en esta, los legisladores de las provincias.

Después de cautelosos inicios en las leyes procesales penales de las provincias de Buenos Aires y San Luis³⁵, se plasmaba por primera vez en 1939 en el Código Procesal Penal de Córdoba³⁶ el ideario de un Estado de derecho moderno. En esta ley se recogía un proceso dividido en dos fases: el juez de instrucción o, en delitos menores, el ministerio fiscal realizaban la instrucción; después de la formulación de la acusación por el fiscal, decidía el tribunal, normalmente compuesto por tres jueces de carrera, después de un juicio oral, público y concentrado, con base en el principio de la libre apreciación de la prueba. Durante la totalidad del proceso se les reconocía al inculpado y a su defensa una posición considerablemente más fuerte.

³² Véase también el art. 67, num. 11 de la C. N.

³³ J. MAIER, nota 4, págs. 416 y ss.; especialmente pág. 424.

³⁴ Hay que mencionar especialmente los congresos científicos como el IV Congreso Nacional de Derecho Procesal en Mar del Plata, 1965, en el cual fue presentado por CLARÍA OLMEDO, TORRES BAS y LEVENE un Proyecto de Código Procesal Penal modelo (texto en LEVENE (h.), *La reforma y la unificación procesal penal argentina*, 1967, págs. 207 y ss.) y aprobado por unanimidad. Este proyecto coincide en gran parte con la nueva ley. Más datos sobre los congresos en LEVENE, nota 17, pág. 791.

³⁵ Véase sobre ello J. MAIER, nota 4, págs. 188 y ss.

³⁶ Ley 3831 de 28 de agosto de 1939, en vigor desde 28 de febrero de 1940, surgida bajo la considerable influencia de SEBASTIÁN SOLER y ALFREDO VÉLEZ MARICONDE. En el año 1970 el famoso Código Procesal Penal de Córdoba fue reemplazado por una nueva ley (ley 5154 de 8.3.1970). Más sobre la obra legislativa de 1939: J. MAIER, nota 4, págs. 192 y ss. y VÉLEZ MARICONDE, nota 18, págs. 200 y ss.

El ejemplo de Córdoba fue seguido en las décadas siguientes por la mayoría de las provincias³⁷, en las cuales se implantó siempre, a pesar de todas las diferencias en su formación³⁸, un juicio oral y público. Este desarrollo no se vio interrumpido por dos leyes más conservadoras³⁹ y dura hasta hoy.

Cada vez más el CPMP de 1889 iba quedando entre la parte de Argentina legislativamente más atrasada⁴⁰, sin embargo, no faltaron esfuerzos de reforma en el orden nacional: entre los numerosos proyectos⁴¹ hay que mencionar en primer lugar el del diputado MARIO ANTELO del año 1933, el cual se remonta a las leyes procesales penales italianas de 1913 y 1930, y que a su vez ejerció una influencia significativa sobre el Código Procesal Penal de Córdoba. Los dos autores de esta obra legislativa, SEBASTIÁN SOLER y ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, intentaban en el año 1943 trasladar las experiencias adquiridas en Córdoba a la nación, pero sus intenciones fracasaron, así como el mencionado Proyecto de Código Procesal Penal modelo de 1965⁴².

Con el fin de la dictadura militar en 1983 quedó libre definitivamente el camino para una reforma radical del derecho procesal penal, también en el plano nacional. El primer intento, que contó con el favor gubernamental, denominado *Proyecto Maier*⁴³ por ser este su principal autor, no tuvo sin embargo éxito. Este proyecto fue presentado en 1986 por el gobierno y ofrecido a la discusión en mayo de 1988, durante el proceso legislativo en curso, en un simposio científico⁴⁴ en

³⁷ Una lista de las reformas legales: Córdoba (1939 y 1970, ampliamente reformada en 1991), Santiago del Estero (1941), San Luis (1947), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Jujuy (1950), Catamarca (1950 y 1991), Salta (1961), San Juan (1961), pero no llegó a entrar en vigor; nueva ley de 1991), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971), Chaco (1971), Río Negro (1986), Neuquén (1987), Formosa (1987), Chubut (1988), Misiones (1989) y Tucumán (1991). Los datos se refieren a la fecha de la sanción o en su caso de su promulgación y no a su entrada en vigor, que normalmente tenía lugar dentro del año siguiente. Véanse sobre el actual desarrollo de la legislación provincial DANIELIÁN/RAMOS FELIJO, "Códigos procesales penales provinciales", en JA 1990-III, pág. 754, y "Códigos procesales provinciales", en JA 1991-II, pág. 895.

³⁸ LEVENE (h.), en *Códigos procesales penales argentinos*, tomos 1-7, 1973-1981, realizó una concordancia entre los distintos códigos procesales penales de las provincias.

³⁹ Códigos procesales penales de las provincias de Tucumán (1968) y Santa Fe (1971); véase sobre su contenido: J. MAIER, nota 4, pág. 204. En la provincia de Tucumán se ha aprobado entretanto un nuevo CPP.

⁴⁰ Prescindiendo de la nueva provincia núm. 23, de acuerdo con mis conocimientos, faltan reformas solo en las provincias de Buenos Aires y Santa Cruz. En la provincia de Buenos Aires se logró hace poco un proyecto para una nueva ley procesal penal, si bien hasta el momento no ha conseguido su entrada en vigor (véase sobre este proyecto BERTOLINO, "Reseña del 'Proyecto de Procedimiento en lo Penal' del poder ejecutivo de la provincia de Buenos Aires" (1989), en *Doctrina Penal* 13 (1990), pág. 479. La Constitución de Santa Cruz de 1957 exige en su art. 19 expresamente un juicio oral y público.

⁴¹ Una visión general dan LEVENE, nota 17, pág. 791 y J. MAIER, nota 4, págs. 201 y ss.

⁴² Véase nota 34.

⁴³ Desde ahora abreviado "P-Maier".

⁴⁴ Una documentación del simposio se encuentra en *Hacia una nueva justicia penal: Symposium internacional sobre la transformación de la justicia penal en la República Argentina*, ts. I y II, 1989; en el t. II, págs. 153 y ss., aparece el texto del proyecto con sus motivos.

el que participaron también especialistas extranjeros⁴⁵, probablemente una novedad en la historia legislativa penal⁴⁶.

Respecto al contenido, este proyecto⁴⁷ realizó —después del desarrollo de la legislación en las provincias, ya casi algo elemental—, también a nivel nacional, el cambio desde el proceso inquisitivo del siglo pasado hacia un proceso moderno, propio del Estado de derecho. Por supuesto el P-Maier no se contentó con una aceptación más o menos modificada de las leyes provinciales que tuvieron como modelo el CPP de Córdoba de 1939, sino que pretendía una amplia reforma, en la cual también habrían sido consideradas en gran medida las evoluciones de la Europa del Oeste⁴⁸ y los tratados sobre los derechos humanos. Como características principales de este proyecto hay que mencionar las siguientes: el proceso penal ordinario se divide en tres partes, de forma semejante a como lo hace la Ordenanza Procesal Penal Alemana, interponiendo un “procedimiento intermedio” (arts. 267 y ss. del P-Maier) entre la instrucción y el juicio. “La preparación de la acción pública” está dirigida por el ministerio fiscal y no por un juez de instrucción (P-Maier, art. 229, párr. 1). Finalmente, la reforma del derecho procesal penal debía ir acompañada de una nueva ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público⁴⁹.

Probablemente fue la situación política la causa decisiva que llevó a que no se aceptara el proyecto de JULIO MAIER, sino el proyecto alternativo de RICARDO LEVENE (hijo), como base para el nuevo Código Procesal Penal⁵⁰. En todo caso, la presidencia de Alfonsín terminó en 1989, antes de la finalización del proceso legislativo, y en las nuevas elecciones los peronistas —con su candidato a la presidencia, Menem— alcanzaron la mayoría de los votos.

El proyecto Levene⁵¹ puede ser calificado de “reforma conservadora”; “reforma” en cuanto contiene, como el *Proyecto Maier*, un claro rechazo del sistema

⁴⁵ Así, los profesores alemanes ESER, HASSEMER y SCHÖNE viajaron a Buenos Aires.

⁴⁶ Esta es al menos la opinión de J. MAIER, nota 44, t. I, pág. 11.

⁴⁷ Véanse sobre este proyecto los trabajos de D'ALBORA, “Panorama del enjuiciamiento penal en el Proyecto del Poder Ejecutivo”, en *La Ley*, T. 1989-A, pág. 1209; CAPUTO TARTARA, “Algunas reflexiones y comentarios sobre el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación del año 1987 (Proyecto Maier)”, en *La Ley*, T. 1991-B, pág. 1151; en lengua alemana: SCHÖNE, nota 3.

⁴⁸ La Ordenanza Procesal Penal Alemana podría haber ejercido una especial influencia. De su estudio se ha ocupado J. MAIER en su obra de derecho comparado *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, t. I, 1978 y t. II, 1982.

⁴⁹ Texto del anteproyecto de la ley en *Doctrina Penal 11* (1988), págs. 337 y ss.; con introducción y motivos en *Hacia una nueva justicia penal*, nota 44, t. II, págs. 275 y ss.

⁵⁰ Quizás se pueda considerar como ironía de la historia del derecho el hecho de que, a petición del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fuese elaborado un proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica en su totalidad, que adoptó lo establecido en el proyecto del jurista argentino JULIO MAIER, con mínimas modificaciones; ello a excepción de lo previsto en los apéndices del proyecto iberoamericano (texto editado en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica*, 1989).

⁵¹ LEVENE (h.), *Proyecto de Código Procesal Penal para la Capital Federal y justicia federal*, 1989; véanse sobre ello D'ALBORA, “El Proyecto de Código Procesal Penal”, en *La Ley*, T. 1991-B, pág. 1248, y GUARIGLIA, *Doctrina Penal 13*, (1990), pág. 531.

procesal penal vigente en la nación hasta hace poco, pero también “conservadora” porque se apoya en mayor medida en la tradición jurídica argentina, especialmente en las leyes de las provincias⁵². La instrucción corresponde en el P-Levene al juez de instrucción y el procedimiento intermedio queda suprimido.

Con fecha 5 de septiembre de 1990 se dictó la resolución por la cual el Senado aprobaba el Proyecto Levene y se remitía a la Cámara de Diputados. Esta modificaba el proyecto en algunos puntos; entre estos hay que mencionar sobre todo el art. 196, el cual concede al juez de instrucción la posibilidad de encargar la investigación al ministerio fiscal. Además, la ley conserva en sus arts. 82 y ss. el instituto del querellante particular, rechazado en el Proyecto Levene.

El 21 de agosto de 1991 pasaba el Proyecto Levene así recibido los trámites en el Congreso Nacional, el 4 de septiembre de 1991 el presidente promulgaba el nuevo Código Procesal Penal como ley 23.984, y el 9 de los mismos meses y año se publicaba el texto en el *Boletín Oficial de la República Argentina*⁵³. Según el art. 539 del C.P.P., la nueva ley debía entrar en vigor a partir del año de su promulgación, es decir el 4 de septiembre de 1992, “luego de que, efectuada la reforma de la ley orgánica pertinente, se establezcan los tribunales y demás órganos encargados de su aplicación”. Los pasos necesarios para ello los ha dado el legislador entretanto con el dictado de la Ley de Competencia del Poder Judicial de la Nación⁵⁴ y de la llamada “Ley de implementación del juicio oral”⁵⁵. Así, pues, el nuevo C.P.P. se convirtió en derecho vigente en el mes de septiembre de 1992, aunque quizá aún no el día 4, debido a la demora en la aprobación de la ley 24.121.

3. EL CONTENIDO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL⁵⁶

A) *Visión general*

El nuevo C.P.P. se compone de 539 artículos, por lo general no muy extensos, reunidos en cinco libros, los cuales a su vez se subdividen en títulos, capítulos y en parte también en secciones.

El libro primero (arts. 1° a 173)⁵⁷ se titula “Disposiciones generales” y abarca un gran número de regulaciones más bien técnicas sobre las acciones, el juez, las partes y otros participantes en el proceso y los actos procesales. Hay que destacar

⁵² Este hecho no puede sorprender mucho si se considera que algunas leyes de las provincias proceden de la pluma de LEVENE; así, por ejemplo, los códigos procesales penales de La Pampa, Neuquén y Río Negro.

⁵³ Núm. 27.215 de 9 de septiembre de 1991.

⁵⁴ Ley 24.050 de 30 de diciembre de 1991, publicada en el *Boletín Oficial*, el 7 de enero de 1992.

⁵⁵ Ley 24.121 de 2 de septiembre de 1992, publicada en el *Boletín Oficial* el 8 de septiembre de 1992.

⁵⁶ Entretanto ha aparecido el primer comentario al nuevo C.P.P.: LEVENE (h.)/CASANOVAS/HORTTEL, *Código Procesal Penal de la Nación* (ley 23.984) 1992.

⁵⁷ Cuando no se indique otra cosa, los artículos citados pertenecen al nuevo C.P.P..

ante todo el título primero, en el cual —acentuado al comienzo de la ley— se le garantizan al imputado derechos de carácter fundamental como el derecho al juez legal y a un proceso conforme a las leyes, la presunción de inocencia y los principios *non bis in idem* (art. 1º) e *in dubio pro reo* (art. 3º).

Los dos libros siguientes regulan la instrucción (libro segundo, arts. 174 a 353) y el juicio (libro tercero, arts. 354 a 431). El legislador argentino distingue entre el juicio común y los juicios especiales⁵⁸ regulados en el título segundo del libro tercero, es decir, procesos penales simplificados ante un juez unipersonal para casos de pequeña criminalidad (juicio correccional), juicios de menores y juicios por delitos de acción privada.

El libro cuarto (arts. 432 a 489) contiene las disposiciones relativas a los recursos, entre las cuales se encuentran en particular las pertinentes a los de reposición, de apelación, de casación, de inconstitucionalidad, de queja y de revisión.

El quinto y último libro (arts. 490 a 535) se ocupa de la ejecución, no solo de la ejecución penal y de las costas, sino que también abarca la ejecución civil. Finalmente, el C.P.P. concluye con cuatro disposiciones transitorias.

B) El procedimiento común

El proceso penal común⁵⁹ se compone solamente de dos partes: la instrucción y el juicio. La nueva ley no regula un procedimiento intermedio autónomo, como si lo prevé el P-Maier siguiendo la Ordenanza Procesal Penal Alemana, del mismo modo que tampoco se recogía en el CPMP de 1889. Un procedimiento intermedio tal resultaría superfluo según la concepción de LEVENE, pues que la instrucción transcurre ya bajo el control judicial, mientras que, por el contrario, el P-Maier transfiere el control sobre la instrucción al ministerio fiscal y el procedimiento intermedio asume la función de hacer decidir al juez forzosamente sobre la apertura del juicio.

a) *La instrucción.* La instrucción se caracteriza por las siguientes líneas directrices: se realiza de oficio (principio de oficialidad) y normalmente por el juez de instrucción; existe el deber legal de que las autoridades competentes lleven a cabo el proceso penal (principio de legalidad); el ámbito de la investigación viene determinado por los requerimientos del ministerio fiscal (principio acusatorio); el fin de la investigación es el descubrimiento de la verdad material, en salvaguardia de los derechos del imputado. En algunos casos estos principios sufren quebrantamientos en parte no carentes de significado.

aa) Al inicio de la instrucción se encuentran o una denuncia (arts. 174 y ss.) o una actuación por propia iniciativa de las autoridades penales competentes (arts. 183 y 188), las cuales se encargarán de la continuación del proceso (principio de

⁵⁸ Más convincente sistemáticamente hubiera sido dedicar un libro propio a los juicios especiales; así el CPMP de 1889 y el P-Maier, donde se regulan expresamente en el libro cuarto.

⁵⁹ Aquí se tratará en principio solo el procedimiento en primera instancia.

la oficialidad)⁶⁰, con excepción de los casos de la acción privada (arts. 7 y 415 y ss.)⁶¹. Con la denuncia se desencadena al mismo tiempo el deber de persecución penal por parte del Estado (principio de legalidad, art. 5)⁶². El nuevo C.P.P. excluye en principio una suspensión del proceso por motivos de oportunidad, como sí lo prevén los §§ 153 y ss. de la Ordenanza Procesal Penal Alemana y en parte también los arts. 230 y ss. del P-Maier. De todos modos, el proceso penal puede ser suspendido por instrucciones e imposiciones, en virtud de los arts. 5º y 293, siempre que el derecho penal material lo autorice; sin embargo, el legislador argentino ha hecho uso de esta posibilidad solo en una muy limitada medida⁶³. Con esta regulación el nuevo C.P.P. se coloca en el marco de los tradicionales ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en los que el principio de legalidad se realiza de una forma estricta.

bb) Inmediatamente después de estas primeras actuaciones, el juez de instrucción debe intervenir⁶⁴ para que la instrucción se inicie formalmente (art. 195). En la ley anterior, el juez de instrucción era el órgano central de la investigación y, según el planteamiento de LEVENE, el nuevo C.P.P. debía atenerse a este principio, todavía hoy válido en el derecho español. LEVENE rechaza enérgicamente un dominio del ministerio fiscal sobre la instrucción, como regulan los arts. 229, párr. 1 y 250 del P-Maier: una posición tal del ministerio fiscal no estaría de acuerdo con su papel de parte y tampoco en consonancia con la tradición jurídica argentina. Sobre todo, de la vinculación del ministerio fiscal en las estructuras de poder, como especialmente se puede ver en su dependencia de las órdenes de sus superiores, resultaría un peligro para un proceso propio del Estado de derecho, en el que los derechos de los imputados deben ser garantizados⁶⁵.

Justamente en este punto, la Cámara de Diputados no ha seguido a LEVENE plenamente: el nuevo C.P.P. parte fundamentalmente de la idea de que un juez de instrucción debe dirigir esta (art. 194), pero el art. 196, párr. 1 le concede la posibilidad de encargar la investigación al agente fiscal⁶⁶.

⁶⁰ El art. 14 del CPMP de 1889 no recogía un monopolio en la acusación por el Estado, sino que admitía al mismo tiempo también la acusación por el ofendido.

⁶¹ Las acciones penales dependientes de iniciativa privada no se podrán ejercer si las personas autorizadas por el Código Penal no formulan denuncia ante autoridad competente (art. 6º).

⁶² El art. 229, párr. 1 del P-Maier menciona expresamente los principios de oficialidad y legalidad.

⁶³ Ejemplos se encuentran en materia de estupefacientes (ley 23.737) y en el derecho penal de menores (ley 22.278).

⁶⁴ Véanse los arts. 186 en relación con el art. 182 para la policía, y 196, párr. 2 en relación con el art. 181 para el ministerio fiscal.

⁶⁵ LEVENE, nota 3, págs. 493 y ss.; art. 186, P-Levene.

⁶⁶ Sobre los poderes del ministerio fiscal en este supuesto, véanse los arts. 209 y ss. Un sistema mixto de este tipo se llevó a cabo ya en los arts. 203 y 314 del C.P.P. de Córdoba del año 1939, si bien de una forma algo distinta: según estos artículos, el ministerio fiscal —sobre todo en delitos menores— (pena máxima dos años) era competente para realizar la instrucción (véase en particular, C.P.P. Córdoba 1939, art. 311, el cual también en otros supuestos especiales encomendaba la instrucción al ministerio fiscal), mientras que en los demás casos se mantiene el principio de la dirección judicial de la instrucción (C.P.P. Córdoba 1939, art. 203).

Con respecto a lo acogido de la concepción de LEVENE sobre el ministerio fiscal, también le pertenece a este durante la instrucción un papel significativo. Por un lado, le corresponden al ministerio fiscal según la ley amplios derechos de intervenir en los actos de la instrucción, de poder examinar los autos, de hacer preguntas, requerimientos, así como derechos de aviso (arts. 198 y ss.). Por otro lado, y esto debería ser el punto más importante, el ministerio fiscal define el ámbito de las investigaciones (art. 195, párr. 1) mediante su requerimiento (art. 188), en aplicación del principio acusatorio.

cc) El juez de instrucción o, en su caso, en los supuestos del art. 196, párr. 1, el ministerio fiscal, efectuará las investigaciones. El fin de estas medidas, como del proceso penal en su conjunto, es el descubrimiento de la verdad; así lo expresa la ley en varias ocasiones⁶⁷. Más claro aún se realiza el principio de la verdad material en el P-Maier; en este, el art. 232, párr. 2, frase primera, obliga expresamente al ministerio fiscal a investigar no solo las circunstancias inculpatorias, sino también las exculpatorias⁶⁸.

El título tercero del libro segundo (arts. 216 a 278) regula detalladamente qué concretas posibilidades están a disposición de los órganos de investigación para el descubrimiento de la verdad. Entre ellos se encuentran los medios probatorios usuales: inspección ocular, registro domiciliario⁶⁹, requisita personal, secuestro, intervención de comunicaciones telefónicas⁷⁰, interrogatorio de testigos e informes de peritos. Desde el punto de vista del observador alemán, llaman la atención sobre todo algunos medios probatorios que aparecen regulados con detalle en la ley argentina y que no tienen paralelo en el derecho alemán. Entre ellos se encuentran prescripciones sobre medidas que deben servir a la identificación del autor (arts. 270 y ss.) y las normas sobre el careo (arts. 276 y ss.). Se puede examinar la ley argentina también desde el punto de vista contrario, y preguntarse qué medios de prueba potenciales no han sido regulados o no lo han sido especialmente en la nueva ley. Aquí se encuentran vacíos, sobre todo en el campo de las medidas que afectan especialmente al derecho de la personalidad del interesado. Faltan normas que regulen la confiscación de diarios, la cuestión de la admisibilidad del uso del detector de mentiras⁷¹ y el empleo de las posibilidades que ofrecen las investigaciones en el campo de la genética humana. Asimismo, se echan de menos prescripciones sobre si y en qué supuestos pueden ser utilizados los conocimientos de investigadores infiltrados o, en su caso, de informadores en el marco de la persecución penal.

⁶⁷ Arts. 193, num. 1 y 239; véase también el art. 375.

⁶⁸ Se compara, por ejemplo, el tenor literal del art. 183, párr. 1: según este, la policía deberá "reunir las pruebas para dar base a la acusación".

⁶⁹ Así como en los arts. 153 y ss. del P-Maier, la ley no diferencia en los arts. 224 y ss. entre registros cuando se trata de sospechosos y cuando no lo son, circunstancia esta criticada por SCHÖNE, nota 3, pág. 806.

⁷⁰ Una limitación de estas medidas a un catálogo de hechos punibles de especial gravedad no se recoge en el art. 236, como tampoco en el art. 167 del P-Maier.

⁷¹ Véase sobre ello *infra*, nota 84.

dd) Justamente como consecuencia de los acontecimientos sucedidos en los años de la dictadura militar, la nueva ley argentina no tiene por fin el descubrimiento de la verdad a cualquier precio, sino que prevé amplias garantías propias del Estado de derecho. La protección del imputado se apoya sustancialmente en tres pilares básicos: la exclusividad jurisdiccional, amplios derechos del imputado y de la defensa⁷² y control estricto de los órganos estatales dependientes, especialmente de la policía.

La posición sobresaliente del juez se mencionó ya antes, pero también para el caso en que el juez de instrucción ceda la realización de la investigación al ministerio fiscal, se le reservan al juez actos especialmente gravosos. Así, el ministerio fiscal necesita para la adopción de numerosas medidas una orden judicial (véanse arts. 212 y ss.), como en el caso del registro domiciliario (art. 224)⁷³, de la requisita personal (art. 230), del secuestro (art. 231), especialmente de correspondencia (arts. 234 y ss. en relación con el art. 185), de la intervención de comunicaciones telefónicas (art. 236) y medidas restrictivas de la libertad (arts. 283⁷⁴ y 312).

Junto con las garantías fundamentales de los arts. 1° y ss., el legislador reconoce al imputado, ya durante la instrucción, en los arts. 72 y ss., 104 y ss. y en distintas disposiciones especiales, amplios derechos. El imputado tiene derecho a manifestarse sobre la causa, pero también a guardar silencio; puede proponer diligencias (art. 199), formular excepciones (arts. 339 y ss.), recusar a un determinado juez (art. 58), e incluso al agente fiscal (art. 71)⁷⁵, al secretario y a los auxiliares (art. 63).

La ley otorga especial importancia a la protección del inculcado por intermedio del defensor⁷⁶. El imputado puede elegir hasta dos defensores (arts. 104 y ss.); sobre esta posibilidad ha de ser informado (arts. 107, párr. 1 y 211). Si no hace uso de este derecho, se le asignará un defensor de oficio, si lo quiere⁷⁷. El defensor está, por principio, facultado para examinar los autos (art. 204, párr. 1), plantear recusaciones (arts. 58, 63 y 71) y asistir a la práctica de las pruebas (arts. 200, párr. 1, 202 y 218, párr. 4)⁷⁸. Distintas disposiciones aseguran el derecho de comunicación entre el imputado y su defensor: así, aun cuando se haya ordenado

⁷² Esta tensión entre libertad de la defensa y esclarecimiento de la verdad se menciona por ejemplo en el art. 375.

⁷³ El art. 227 contiene una concreta y limitada competencia de urgencia para la policía.

⁷⁴ Véanse las excepciones que, para la policía (arts. 284 y ss.) y para los ciudadanos en general (art. 287), en casos de urgencia y por un corto espacio de tiempo, autorizan la detención.

⁷⁵ Así también el art. 72 del P-Maier.

⁷⁶ Véase sobre ello también el art. 8.2 d) y e) del Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969, ratificado por Argentina en marzo de 1984 por medio de la ley 23.054 (Adla, XLIV-Bm pág. 1250); desde ahora abreviado CADH (Convención Americana de Derechos Humanos).

⁷⁷ Si el imputado rechaza una defensa técnica, el juez puede autorizarlo excepcionalmente (art. 107, párr. 2) a defenderse personalmente. Según la jurisprudencia argentina, en este caso, por lo general, el juez está obligado a solicitar un abogado de oficio, aun contra la voluntad del imputado.

⁷⁸ El art. 200, así como el 202, contiene un derecho general de asistencia solo con respecto al defensor, mientras el juez, en el caso del art. 200, en determinados presupuestos puede autorizar al imputado la asistencia, sin que le corresponda una propia posición jurídica —con excepción del caso de registro domiciliario—.

la incomunicación del imputado, puede este comunicarse con su defensor⁷⁹; la comunicación escrita entre el imputado y su defensor no puede ser secuestrada (art. 237).

Como punto débil de la protección del imputado hay que mencionar solamente el art. 204, párr. 1: este artículo autoriza al juez, cuando obran determinados presupuestos, a realizar la instrucción en forma secreta inclusive para las partes, si por razón de una publicidad para estas se pusiera en peligro el descubrimiento de la verdad. La ley hace solamente una excepción en lo que se refiere a "los actos definitivos e irreproducibles".

Como tercer pilar de la protección del imputado hay que mencionar las normas que limitan las competencias de la policía. La historia argentina ha enseñado, como la de otros muchos países regidos por dictadores, que especialmente por parte de la policía amenazan peligros para el imputado. Naturalmente, el nuevo CPP no se entiende sin la cooperación de la policía durante la instrucción; por supuesto corresponden a los agentes de policía solo las competencias enumeradas y, en comparación con el art. 184 de la antigua ley, más limitadas (art. 184), las cuales se acompañan de prohibiciones expresas (arts. 184, párr. 2 y 185). Hay que mencionar aquí especialmente el derecho de detención de la policía (arts. 184, párr. 1, num. 8 y 284)⁸⁰, el cual existe, por una parte, solo en casos de urgencia y, por otra, está limitado a seis horas sin ninguna posibilidad de prolongación. A partir de la intervención del juez de instrucción, la cual según el art. 186 ha de verificarse inmediatamente, los funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad actuarán solo con carácter de auxiliares judiciales (art. 186, párr. 1)⁸¹. Y, finalmente, el capítulo sobre la policía concluye con el art. 187, en el que se establecen sanciones para la policía en caso de infracción de disposiciones legales o reglamentarias, sin perjuicio de que en su caso se aplique el Código Penal.

ee) La intención del legislador argentino de garantizar al imputado un proceso propio del Estado de derecho se muestra, quizá de modo más claro, cuando se considera el interrogatorio del imputado. Esta llamada *indagatoria*⁸² goza dentro de la fase de instrucción de una absoluta posición especial, lo cual se ve ya claramente porque aparece separada de las otras medidas de investigación (arts. 294 y ss.) y se manifiesta en la ampliación de los derechos del imputado y en las posibles consecuencias procesales.

⁷⁹ Véase en particular la regulación del art. 205, párr. 3, y en general el art. 197, párr. 1.

⁸⁰ Según el art. 184, num. 4, en relación con el art. 4 CPMP de 1889, la policía podía detener siempre al inculcado cuando obraban graves indicios. Existía también el deber de presentar al imputado ante el juez, pero la ley no contenía una clara limitación temporal, sino que se contentaba con el concepto flexible de "inmediatamente". Véase también el art. 7.5 CADH, el cual utiliza el concepto "sin demora".

⁸¹ Así, ya art. 185, párr. 1, CPMP de 1889.

⁸² J. MAIER utiliza en los arts. 41 y ss. de su proyecto el concepto más moderno de "declaración del imputado". Véase también ALMEYRA, "Las formas de indagación instruccional en la nueva ley de enjuiciamiento", en *La Ley*, T. 1992-D, pág. 1098.

El interrogatorio del imputado respecto de la causa está reservado solamente al juez de instrucción y es obligatorio en todo proceso penal. Está prohibido expresamente un interrogatorio del imputado por la policía (art. 184, párr. 2), incluso en los casos en que el imputado manifieste razones de urgencia para declarar, o en su caso por el ministerio fiscal (art. 213)⁸³. Para reforzar su intención, el legislador argentino impone la sanción de nulidad si se produce una infracción contra estas normas.

Los derechos del imputado aparecen regulados de una forma modélica: este debe ser instruido, ya antes de la indagatoria, sobre su derecho a elegir un defensor (art. 297 en relación con los arts. 107, párr. 1 y 197, párr. 1); se le debe reconocer la posibilidad de entrevistarse con su defensor antes de la indagatoria (arts. 197, párr. 1 y 205, párr. 3); durante la indagatoria, el defensor también puede estar presente (art. 295); después del interrogatorio de identificación, hay que comunicar al inculcado qué hechos se le imputan y qué medios de prueba existen contra él; será instruido además sobre su derecho a guardar silencio, sin que este implique una presunción de culpabilidad (art. 298, párr. 1); en ningún caso se puede limitar de ninguna manera su libertad de declaración (art. 296)⁸⁴; si finalmente el imputado se decide a declarar, la ley prohíbe la formulación de preguntas capciosas y sugestivas, así como un interrogatorio excesivamente largo (art. 299).

Después de la conclusión de la indagatoria, las partes conservan normalmente⁸⁵ un derecho a examinar los autos (art. 204, párr. 1). Ante todo, el juez de instrucción debe decidir en el término de diez días sobre las siguientes actuaciones. Si el juez considera al imputado suficientemente sospechoso, dictará el auto de procesamiento (art. 306). Esta resolución representa la cesura más importante dentro de la fase de la instrucción; de ella depende la futura situación del imputado en el proceso. El juez adopta prácticamente con esta resolución una decisión provisional sobre la culpa del imputado. Conjuntamente al auto de procesamiento, en aquellos casos en que es probable la imposición de una pena privativa de libertad, se impone normalmente la prisión preventiva (art. 312). En caso de hechos punibles no tan graves, el imputado queda provisionalmente en libertad, si bien se le puede imponer otro tipo de limitaciones a su libertad de movimientos (art. 310). Si, por el contrario,

⁸³ Esta regulación muestra cuán profunda es la desconfianza contra estos órganos de la persecución penal. Más moderada ha resultado, por el contrario, la regulación del P-Maier: el art. 48 prohíbe también una declaración del imputado ante la policía, pero la admite ante el ministerio fiscal (art. 47, párr. 1).

⁸⁴ El art. 45, párr. 2 del P-Maier es más claro y detalla en particular los métodos de interrogatorio prohibidos, entre los cuales, de forma interesante, se incluye también la promesa de una ventaja. Porque el art. 46 de P-Maier declara admisible excepcionalmente —asegurado a través de numerosas cautelas— el uso de psicofármacos, sueros de la verdad, detectores de mentiras, hipnosis u otros medios semejantes, si bien solo en favor del imputado (véase sobre ello J. MAIER, nota 4, págs. 438 y ss.), resulta difícilmente comprensible desde el punto de vista del observador alemán. El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica no ha seguido en este punto el P-Maier.

⁸⁵ Véase sobre las excepciones *supra*, pág. 478.

no hay fundada sospecha de la comisión del hecho, el imputado ya detenido deberá ser puesto en libertad⁸⁶. El proceso puede ser sobreesido o también continuado para proseguir la investigación (art. 309).

En este momento son necesarias algunas aclaraciones sobre la prisión preventiva, un instituto jurídico que por su naturaleza se encuentra en una relación de tensión con la presunción de inocencia⁸⁷, garantizada en el CPP argentino en su art. 1º, además, en la práctica para el imputado equivale en parte al cumplimiento de la pena de privación de libertad, la más grave prevista en el ordenamiento argentino. Por otra parte, ningún código procesal penal puede renunciar totalmente a este instituto. Justamente por ello, la regulación sobre la prisión preventiva en todos los países, y especialmente en Latinoamérica donde la normalmente larga duración de la instrucción agrava aún más el problema, necesita una revisión especialmente crítica.

El derecho argentino presupone, en primer lugar, una sospecha suficiente para la imposición de la prisión preventiva, como se manifiesta en el auto de procesamiento, y distingue en un complicado sistema de regla-excepción según la gravedad de la pena prevista entre pena pecuniaria, pena privativa de libertad con ejecución condicional, pena privativa de libertad de hasta ocho años y pena privativa de libertad de ocho años en adelante⁸⁸. En el caso de que esté prevista una pena pecuniaria, la imposición de la prisión preventiva está excluida desde un principio. Si se prevé una pena privativa de libertad con ejecución condicional, el juez puede ordenar la prisión preventiva, pero debe prescindir de ella si no existe peligro de fuga o de que entorpezca las investigaciones⁸⁹ (art. 312, num. 2 en relación con el art. 319). Si se cuenta con la condena a privación de libertad sin ejecución condicional, la ley determina en principio la imposición de la prisión preventiva (art. 312, num. 1). Sin embargo, el imputado puede ser puesto de nuevo en libertad si falta el peligro de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones, siempre que la pena prevista no exceda de ocho años (arts. 317, num. 1, 316, párr. 2 y 319). En el caso de hechos punibles aún más graves, la prisión preventiva es prácticamente obligatoria; la ley reconoce sólo una excepción para el caso extremo en que la duración de esta supere la pena privativa de libertad probablemente imponible⁹⁰.

⁸⁶ Por este motivo debe llevarse a cabo la indagatoria del imputado detenido dentro del plazo de 24 horas después de la detención, siendo posible que el plazo se pueda prorrogar en casos excepcionales una vez por 24 horas más (art. 294).

⁸⁷ El legislador argentino tiene muy presente esta problemática, como lo muestra el art. 319, el cual expresamente se remite a la presunción de inocencia.

⁸⁸ A continuación serán expuestas las líneas básicas. La ley diferencia en particular entre la exención de prisión y la excarcelación, sin que a esta diferencia le corresponda un significado sustancial. Junto con la prisión preventiva hay que mencionar también el caso especial de la prisión domiciliaria (art. 314).

⁸⁹ Según el art. 319, el juez tiene que considerar al enjuiciar la cuestión de la existencia del peligro de fuga o entorpecimiento de las investigaciones, en particular, la presunción de inocencia, las características del hecho, la posibilidad de que se trate de una reincidencia, las condiciones personales del imputado y anteriores excarcelaciones.

⁹⁰ El art. 317, nums. 2 a 5, precisa estas ideas.

En todo caso, la exención de prisión y la excarcelación están ligadas al deber de prestar una caución. Esta debe obligar al imputado a cumplir las órdenes del tribunal, pero por otra parte, no puede representar un obstáculo insuperable para este (art. 320, párrs. 2 a 4). La ley le ofrece para ello tres posibilidades (art. 320, párr. 1)⁹¹: puede declarar bajo juramento que cumplirá las obligaciones que el juez le imponga, recurrir a la fianza personal de un tercero o depositar, en los presupuestos del art. 324, párr. 3, dinero u otros bienes de valor. En todos los casos, la excarcelación será revocada si el imputado, sin grave y legítimo impedimento, no comparece a la citación judicial, se fuga del establecimiento donde se halla detenido o se aleja sin permiso de su lugar de residencia (art. 291 en relación con el art. 288)⁹².

Respecto a la regulación de la prisión preventiva en la nueva ley, son necesarias algunas objeciones. Estas se dirigen en primer lugar contra el acento puesto en el criterio de la gravedad del hecho para su imposición y contra la falta de un límite superior máximo en su duración⁹³. También se busca en vano una regulación que obligue al juez a efectuar regularmente un examen de la prisión. En todos estos puntos el proyecto alternativo de Maier resulta claramente superior a la nueva ley: como motivos de prisión preventiva se reconocen solamente el peligro de fuga y de entorpecimiento de las investigaciones (art. 202, párr. 1, num. 2 del P-Maier); según el art. 208 del P-Maier, la prisión preventiva no puede superar en principio la duración de un año, aunque este tiempo puede prolongarse en determinados casos por un año más; además, al menos cada tres meses se procederá a un examen de la prisión (art. 219, párr. 1 del P-Maier).

ff) La conclusión de la fase de instrucción⁹⁴ aparece regulada en la nueva ley de un modo bastante complicado, sin embargo esta se caracteriza, sobre todo, por la participación conjunta del juez de instrucción y del ministerio fiscal. Una vez que el juez de instrucción ha concluido todas las investigaciones, el ministerio fiscal⁹⁵ emitirá un dictamen (arts. 346 y ss.). Si este considera necesarias otras diligencias, el juez las llevará a cabo, si las considera pertinentes y útiles, y devolverá las actas al ministerio fiscal (art. 348, párr. 1). Este tiene dos posibilidades: o solicita

⁹¹ La regulación sobre la caución difiere claramente del art. 303 P-Levene: el legislador se esforzó en no ampliar el ámbito de aplicación de la prisión preventiva por medio de una regulación de la caución demasiado estricta.

⁹² La denominada "rebelía del imputado".

⁹³ Según el art. 7.5 CADH, el detenido debe ser juzgado en un plazo razonable o, de lo contrario, ser puesto en libertad. Indirectamente se puede deducir del C.P.P. argentino un límite absoluto de lo establecido en el art. 207, según el cual la instrucción debe practicarse en el término de cuatro meses a contar de la indagatoria. Sin embargo, este límite temporal es relativizado por la ley, al admitir esta, como excepción, la prolongación del término, llegando incluso a regular en casos extremos una prórroga por un tiempo indeterminado (art. 207, párr. 2). Por el contrario, el art. 379, párr. 1, num. 6 CPMP de 1889 establecía un límite fijo de dos años, por lo que debe dudarse si la regulación de la prisión preventiva en el nuevo C.P.P. representa un progreso conforme a las reglas del Estado de Derecho.

⁹⁴ El C.P.P. argentino permite también el sobreesimiento del proceso en una fase anterior de la instrucción (art. 334; véase también el art. 195, párr. 2).

⁹⁵ No se entrará aquí a analizar las especialidades que existen en el caso de una querrela particular.

el sobreseimiento o la elevación a juicio. En el primer caso, el juez de instrucción sobresee el proceso, si comparte la opinión del ministerio fiscal (art. 348, párr. 2); este sobreseimiento tiene amplias consecuencias, pues conduce a un agotamiento de la acción penal (art. 335)⁹⁶. Sin embargo, si el juez quiere elevar a juicio frente a la opinión del ministerio fiscal, someterá el caso al tribunal de apelación para su decisión, que entonces, en caso de que se recomiende efectivamente la elevación a juicio, instruirá al nuevo ministerio fiscal interviniente en tal sentido (art. 348, párr. 2).

Si por el contrario el ministerio fiscal solicita la elevación a juicio, las actuaciones posteriores dependen de la *defensa*. Esta tiene en primer lugar la posibilidad de plantear excepciones procesales, sobre las cuales se ha de decidir previamente (arts. 350, 349, párr. 1 y 339 y ss.). Dado el caso, más tarde o inmediatamente, el defensor puede oponerse, por cuestiones de fondo, a la elevación a juicio (art. 349, párr. 1); esto tiene como consecuencia que la competencia para decidir recae en el juez de instrucción: él puede elevar a juicio, pero también sobreseer el procedimiento contra la solicitud del ministerio fiscal (art. 350). Si la defensa no hace uso de ninguna de las posibilidades que le ofrece el art. 349, se elevará la causa a juicio.

La regulación de la conclusión de la instrucción muestra una vez más el dilema del legislador respecto al papel del ministerio fiscal: el principio acusatorio apunta principalmente una solución que trasladaría al ministerio fiscal la competencia para decidir sobre el curso posterior del proceso penal. Por otra parte, las consecuencias unidas a esta decisión tienden a una intervención de un juez: solo este, dada su independencia, debe poder asignar al imputado los efectos negativos del juicio, y solo él puede, en caso contrario, prescindir de la elevación a juicio para un mayor control de la observancia del principio de legalidad.

La solución aquí esbozada representa un camino intermedio que hace hincapié en la función de control por parte del juez y se diferencia con ello claramente del P-Maier, el cual coloca la instrucción totalmente en manos del ministerio fiscal, pero concede al tribunal, en el procedimiento intermedio, una competencia ilimitada para decidir, tanto en relación con la elevación a juicio, como también en relación con el sobreseimiento⁹⁷.

b) *El juicio común*. Concluida la instrucción tiene lugar inmediatamente el juicio común, sin que se intercale un procedimiento intermedio⁹⁸. En una primera parte de esta fase, denominada por el legislador "actos preliminares", el tribunal prepara el debate⁹⁹; sin embargo, existe todavía la posibilidad de sobreseer el pro-

⁹⁶ Por este motivo, el art. 281 P-Maier conoce aún una tercera alternativa: el sobreseimiento provisional. Contra la posibilidad de un sobreseimiento provisional: D'ÁLBORA, nota 51, pág. 1249, y nota 47, pág. 1217.

⁹⁷ Véanse los arts. 273 y ss. del P-Maier y los motivos en: *Hacia una nueva justicia penal*, t. II, nota 44, pág. 165.

⁹⁸ Véase *supra*, pág. 474.

⁹⁹ El art. 355 se parece a una disposición de un ordenamiento jurídico con un proceso de partes, si, según este, las partes deben ofrecer las pruebas; sin embargo, el tribunal puede además practicar pruebas de oficio (arts. 356, párr. 3 y 357).

cedimiento (art. 361) si un debate claramente nunca llevaría a una condena¹⁰⁰. En caso contrario, no es necesaria ninguna decisión positiva expresa del tribunal en forma de auto de apertura.

Finalizados los actos preparatorios, el proceso penal entra en su fase más decisiva: el *debate*. Y quizá en ello se encuentre el mérito principal de la reforma, es decir, que se le reconozca a este su merecida importancia.

aa) El debate viene determinado por las *máximas procesales* que corresponden a los avances elementales del Estado de Derecho en el campo del proceso penal: publicidad, oralidad, concentración y continuidad del proceso, inmediación en la práctica de las pruebas y libre apreciación de estas. En este punto serán tratados en primer lugar, siguiendo en ello la sistemática de la ley, los tres primeros principios enunciados.

Justamente al comienzo de la regulación sobre el debate, en un alejamiento claro de la anterior ley, se encuentran los principios de publicidad y oralidad (art. 363). Para mayor reforzamiento, el legislador prevé la sanción de la nulidad en caso de infracción de estas disposiciones. Excepciones al principio de publicidad se regulan en la ley, en el art. 363, párr. 1, solo de un modo general¹⁰¹.

El principio de concentración y continuidad del debate aparece recogido en el art. 365. Según este, solo podrá suspenderse por un máximo de diez días y únicamente en determinados casos enumerados; se manifiesta aquí el esfuerzo del legislador argentino por acortar la duración del proceso penal.

bb) Los principales participantes en el debate son: el tribunal, el ministerio fiscal, la defensa y el imputado¹⁰². Desde el punto de vista del observador alemán, se encuentran estructuras en gran medida familiares.

El legislador argentino no se dejó influir por el espacio jurídico angloamericano, sino que se atuvo al principio de la investigación judicial¹⁰³. Al tribunal le corresponde durante el debate, normalmente por conducto de su presidente, un papel decisivo: este ejerce el poder de policía y disciplina de la audiencia (art. 370), dirige el debate (art. 375) y recibe la prueba (art. 382). El papel del ministerio fiscal se configura con más fuerza que durante la instrucción¹⁰⁴. Según el art. 368, su presencia es obligatoria; puede plantear preguntas (art. 389) y solicitar pruebas

¹⁰⁰ Véase en particular el art. 361 sobre los presupuestos del sobreseimiento.

¹⁰¹ Según el art. 363, párr. 1, la publicidad en el debate puede ser excluida cuando esta afecte a la moral, al orden público o la seguridad. Véase también sobre ello el art. 8.5 CADH.

¹⁰² Además participa en cada debate un secretario, entre cuyas tareas figura la redacción del acta. Esta se limita normalmente a formalidades procesales (art. 394), pero el tribunal puede también ordenar un acta de contenido, para lo cual esta, curiosamente, también se puede llevar a cabo mediante una grabación (art. 395). Sobre el querellante particular, véase *infra*, pág. 488.

¹⁰³ El art. 314, párr. 1 del P-Maier recuerda, en cierta manera, al interrogatorio cruzado del sistema jurídico angloamericano, cuando primero una parte puede plantear preguntas a los testigos por ella previamente propuestos, después la otra parte y por último el tribunal.

¹⁰⁴ Según el art. 375, la dirección del debate por el presidente no puede conducir a una limitación en el ejercicio de la acusación.

(arts. 355 y 388). El debate se inicia con la lectura de la acusación del ministerio fiscal (art. 374), lo que determina el objeto del proceso, aunque la ley en el art. 381 también prevé la posibilidad de una ampliación del requerimiento fiscal.

Por otra parte, la ley concede respectivamente el derecho de asistencia (arts. 366, párr. 1 y 368), de hacer preguntas (art. 389) y de plantear solicitudes (arts. 355 y 388), tanto para el *imputado* como para la *defensa*. En la fase de conclusiones se favorece la posición de la defensa, como también es usual en otros ordenamientos jurídicos, con fundamento en el hecho de que a la defensa le corresponda informar después del ministerio fiscal y de que el imputado goce del derecho a la última palabra (art.393). Resulta llamativo que la ley prescriba como forzosa solamente la presencia del defensor (art. 368), mientras que el imputado, sin especial motivo, puede quedar alejado del debate, en tanto que el juicio no exija necesariamente su presencia (art. 366)¹⁰⁵.

cc) El *desarrollo del debate* se puede dividir en: apertura, aclaración de cuestiones procesales preliminares, interrogatorio del imputado, recepción de pruebas, discusión final, deliberación y sentencia¹⁰⁶.

Al comienzo, el tribunal examina si están presentes todas las personas necesarias para el proceso, exhorta al imputado a que esté atento, ordena la lectura del requerimiento fiscal y declara abierto el debate (art. 374)¹⁰⁷.

Si es necesario se intercala en este momento un incidente para la aclaración de *cuestiones procesales preliminares*. Las partes pueden aquí, por ejemplo, denunciar la composición defectuosa del tribunal, su incompetencia, la inadmisibilidad del interrogatorio de ciertos testigos o ilegalidades en el marco de la fase de instrucción; las partes deben hacerlo, dado el caso, en esta fase procesal para evitar la caducidad (art. 376). Con esta regulación, el legislador argentino libera el proceso de lastres procesales; se conforma, por otra parte, con la falta de consecuencias de los defectos procesales, lo cual, en aquellos casos en que falta un defensor¹⁰⁸, es especialmente delicado.

La parte material del debate se inicia, en virtud del art. 378, forzosamente con el interrogatorio del imputado —*indagatoria*—, con lo que las garantías procesales, ya vigentes en la fase de la instrucción¹⁰⁹, operan también para el acusado.

¹⁰⁵ La ley considera que el imputado está representado por su defensor. Por otra parte, esta solución, semejante a la representación del derecho civil, parece poco adecuada al proceso penal, ya que las consecuencias jurídicas para el imputado son tan gravosas que el Estado fundamentalmente debe preocuparse también de una defensa personal. De forma semejante a la regulación del C.P.P. se pronuncia el art. 291, párr. 2 del P-Maier.

¹⁰⁶ El art. 287 del P-Maier preveía la posibilidad de tratar solo la cuestión de la culpabilidad y —en su caso— a continuación las consecuencias jurídicas (“división del debate único”), idea esta que la nueva ley no ha hecho suya.

¹⁰⁷ La ley argentina no menciona expresamente en este lugar que los testigos deban abandonar la sala del juicio (compárese § 243, párr. 2 Ordenanza Procesal Penal Alemana), pero esto resulta del art. 384, párr. 2, *mutatis mutandis*, según el cual los testigos no pueden ser informados antes de su interrogatorio de lo que ocurre en la sala de audiencias.

¹⁰⁸ Véase *supra*, nota 77.

¹⁰⁹ Véase *supra*, págs. 478 y ss.

Acto seguido tiene lugar ante el tribunal la *recepción de pruebas*. Este debe interrogar a peritos y testigos, efectuar inspecciones oculares y dar lectura a escritos y documentos, si bien puede modificar este orden por motivos de oportunidad (art. 382). La prueba de peritos se lleva a cabo normalmente dándose lectura por parte del presidente a la parte sustancial del dictamen (art. 383)¹¹⁰. De forma más estricta opera el principio de inmediación en la prueba testifical¹¹¹; los testigos deben declarar personalmente durante el debate (art.384)¹¹², y solo excepcionalmente su declaración puede ser sustituida por la lectura de las actas realizadas durante la instrucción (art. 391)¹¹³.

Concluida la práctica de las pruebas, tiene lugar la *discusión final*. Normalmente, en primer lugar informa el ministerio fiscal y después el defensor, respectivamente con la posibilidad de réplica. Al acusado le corresponde el derecho a la última palabra, con lo cual concluye el debate (art. 393).

Inmediatamente después, el tribunal se retira para la *deliberación secreta* (art. 396)¹¹⁴. Según el art. 398, párr. 1, la deliberación abarca todas las cuestiones que fueron objeto del juicio. El tribunal deberá apreciar las pruebas realizadas durante el debate y no está vinculado a normas legales sobre la apreciación de la prueba como en el CPMP de 1889, sino que procederá, en virtud del art. 398, párr. 2, según *las reglas de la sana crítica*, que podría ser lo mismo¹¹⁵ que la validez del principio de apreciación de la prueba según la libre convicción¹¹⁶. En todo caso, el tribunal no puede utilizar aquellas pruebas obtenidas infringiendo disposiciones esenciales¹¹⁷ (art. 166), siempre que esto se haya denunciado oportunamente (art.

¹¹⁰ De forma semejante, art. 312 del P-Maier.

¹¹¹ Los testigos deben prestar juramento antes de sus declaraciones y solo pueden ser eximidos en determinados casos especiales de este deber (art. 382, párr. 2 en relación con art. 249, párr. 1).

¹¹² Las prescripciones sobre la prueba testifical son sintomáticas respecto a los cambios fundamentales en el derecho procesal penal: según el art. 484 del CPMP de 1889, un interrogatorio de testigos durante el debate no era siempre necesario y, dado el caso, se llevaba a cabo con el fin de ratificar las declaraciones emitidas durante la instrucción.

¹¹³ El art. 391 enumera las excepciones, con lo cual corresponde un gran significado al hecho de que las partes renuncien a un interrogatorio del testigo. Una lectura presupone siempre que han sido observados en el interrogatorio llevado a cabo durante la instrucción las formalidades correspondientes.

¹¹⁴ En la deliberación de la sentencia también puede estar presente el secretario (art. 396), el cual debe tener concluidos sus estudios de abogacía.

¹¹⁵ Así, la valoración de LEVENE, nota 3, pág. 492.

¹¹⁶ Así, expresamente, el art. 321, párr. 1 del P-Maier.

¹¹⁷ No todas las infracciones contra normas jurídicas provocan la nulidad de los actos afectados por ellas, sino solo una infracción contra las normas que prevén expresamente la pena de nulidad. El legislador argentino ha trazado con ello una clara línea divisoria entre las infracciones considerables y no considerables y no ha cedido esta tarea a la jurisprudencia, como hizo el legislador alemán. Los arts. 225 y ss. del P-Maier consideran principalmente todas infracciones contra normas jurídicas como un caso de prohibición de valoración, pero exige también que la infracción haya sido oportunamente puesta de manifiesto, con excepción de los defectos absolutos (P-Maier, art. 227). Para más detalles véanse TORRES, *Nulidades en el proceso penal*, y CREUS, *Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia*, 1992.

170). Esta prohibición de valoración produce además otros efectos, según el art. 172, y se extiende también a aquellos actos afectados de forma mediata por las medidas incorrectas¹¹⁸.

Si el tribunal considera las pruebas ya realizadas como insuficientes, puede abrir de nuevo el debate (art. 397). Una regulación semejante prevé el art. 401, párr. 2 para el caso en que el tribunal desee condenar por un hecho que no fue objeto de la acusación; tampoco en este caso se puede dictar una sentencia, ya que se deberá remitir el asunto al tribunal competente. Por el contrario, el tribunal puede dar, según el art. 401, párr. 1, incluso sin indicación precedente¹¹⁹, cualificación jurídica distinta al hecho por el que se acusa, lo cual provoca un poco comprensible y gravosa limitación de la defensa en el campo *jurídico*.

Normalmente, el tribunal llegará a una conclusión que plasmará en la *sentencia*. Con base en el principio de la mayoría de los votos de los jueces (art. 398, párr. 2), el tribunal puede absolver al acusado (art. 402) o condenarle (art. 403). La sentencia será leída, en virtud del art. 400, normalmente en la totalidad de su extensión; sin embargo, excepcionalmente, se leerá en primer lugar solo la parte dispositiva¹²⁰ y la lectura de los motivos tendrá lugar dentro del plazo de cinco días.

C) Juicios especiales

El nuevo CPP conoce tres juicios especiales: el juicio correccional, el juicio de menores y el juicio por delitos de acción privada.

a) *El juicio correccional*. En virtud del art. 27, este proceso encuentra aplicación en aquellos delitos para los cuales está prevista pena pecuniaria o privativa de libertad de no más de tres años¹²¹. Característica fundamental de este juicio es que, en lugar de un tribunal colegiado, actúa un juez único. Por lo demás, el legislador prevé regulaciones especiales en solamente cinco artículos (arts. 405 a 409); al lado de estas, son aplicables las disposiciones para el juicio común. Entre estas regulaciones especiales, las cuales sirven en gran medida al aceleramiento del proceso, hay que mencionar sobre todo el art. 408. Según esta disposición, el juez puede prescindir de un recibimiento a prueba, si el acusado confiesa circunstanciada y llanamente, siempre que estuvieren de acuerdo el fiscal, el defensor y, dado el caso, la parte querellante. El capítulo sobre el juicio correccional no contiene otras simplificaciones significativas. Especialmente, se echa en falta un proceso sumario que se corresponda con el procedimiento monitorio alemán¹²².

¹¹⁸ El legislador argentino reconoce así la "fruit of the poisonous tree doctrine".

¹¹⁹ El art. 322, párr. 2 del P-Maier exige justamente esta indicación para que con ello pueda ser considerado un punto de vista no contenido en la acusación.

¹²⁰ Esta regulación representa un progreso frente al art. 374, párr. 2 del P-Levene, el cual admite también un aplazamiento de la lectura de la parte dispositiva. Contra el art. 374, párr. 2 del P-Levene, también GUARIGLIA, nota 51, pág. 534.

¹²¹ Además, existe una competencia del juez correccional para las faltas o contravenciones (art. 27, num. 3).

¹²² El P-Maier adoptó por el contrario el procedimiento monitorio en los arts. 371 y ss.

b) *El juicio de menores*. El juicio de menores aparece regulado, también de forma rudimentaria, en los arts. 410 a 414. Según el art. 410, estas normas especiales tienen aplicación solamente cuando se trata de jóvenes menores de 18 años; la categoría del adolescente es ajena al derecho procesal penal federal argentino¹²³. La ley intenta proteger especialmente a los jóvenes de tres formas: por una parte, interviene necesariamente en este juicio un asesor de menores, el cual ha de ser oído por el tribunal y mantiene durante el debate la posición jurídica que corresponde a la defensa (art. 413, num. 3); en segundo lugar, el tribunal puede oír a los padres o cuidadores y recurrir a ellos para la protección de los jóvenes, sin embargo, con excepción del permiso de asistencia al debate, no existe ninguna obligación para el tribunal; finalmente, la ley intenta disminuir las injerencias que lleva consigo el proceso penal para el joven. Son importantes las disposiciones del art. 411, que intensifica los presupuestos para la imposición de la prisión preventiva, y del art. 413, num. 1, el cual excluye la publicidad durante el debate. Sumamente cuestionable, e innecesario para la protección de los jóvenes, resulta, por el contrario, que según la ley durante la instrucción e incluso en el debate solo debe estar presente el joven si resulta indispensable (arts. 412, párr. 1 y 413, num. 2)¹²⁴.

c) *Juicios por delitos de acción privada*. El *juicio por delitos de acción privada* solo puede ser iniciado, según el derecho argentino, por el ofendido en forma de querrela (art. 415); el ministerio fiscal no puede encargarse del proceso. La acción privada (art. 7°) y la acción pública (art. 5°) coexisten de forma claramente separada. Los delitos que son objeto de este juicio no vienen determinados en el derecho argentino por la ley procesal, sino por el derecho material (art. 73 del Código Penal).

El desarrollo del proceso está configurado de tal forma que, normalmente, antes del debate tiene lugar ante el tribunal una audiencia de conciliación (art. 424). Solo en el caso de que esta fracase se produce el debate, en el cual el querellante ocupa la posición del ministerio fiscal, con sus derechos y obligaciones (art. 430, párr. 1). Por lo demás, son aplicables en su mayor parte las disposiciones generales relativas al debate, a la sentencia, a los recursos y a la ejecución (arts. 430 y ss.).

En este momento resulta oportuna una corta exposición sobre la *posición de la víctima* en el proceso penal. La nueva ley dedica a la víctima, junto con el testigo, un capítulo propio (arts. 79 a 81), a diferencia del P-Levene. Según el C.P.P., la víctima y los testigos tienen derecho a un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes y a la restitución de los gastos necesarios. Además, la ley garantiza expresamente la protección de la integridad física y moral, no solo de los afectados, sino también de su familia. Especialmente, la ley concede a la víctima amplios derechos de información, que se ven reforzados por los correspondientes deberes de instrucción por parte del Estado.

¹²³ El art. 383 del P-Maier prevé para todos los autores de hechos punibles que no hayan cumplido aún los 21 años forzosamente el juicio de menores. En el P-Maier la edad de 18 años juega también su papel ya que, por ejemplo, los presupuestos para la imposición de la prisión preventiva son distintos.

¹²⁴ Según el art. 383, párr. 1, num. 5 del P-Maier, a los jóvenes les corresponde por principio el derecho a estar presentes.

Al lado de estos principios generales, la protección de la víctima en el proceso penal se completará sobre todo a través de la institución del querellante particular y con la posibilidad del ejercicio de una acción civil. Contra la resistencia de LEVENE, la nueva ley mantiene la institución del *querellante particular* en el caso de la acción pública¹²⁵. Como parte del proceso penal, al querellante particular le corresponden amplios derechos de asistencia, información, audiencia y de plantear peticiones, los cuales se recogen en el art. 82, párr. 1 de un modo general y, en particular, se encuentran dispersos en la totalidad de la ley¹²⁶.

La *acción civil accesoria* se regula en los arts. 14 y ss. y 87 y ss. Según estos, en el proceso penal se puede decidir al mismo tiempo sobre un objeto litigioso de derecho civil; al lado de las vinculaciones procesales normales, no existen otras de contenido¹²⁷.

D) Recursos y ejecución

a) *Los recursos*. El sistema de recursos de la nueva ley resulta comparativamente restrictivo. Así, pues, el C.P.P. conoce en total seis recursos distintos, es decir, los de reposición, de apelación, de casación, de inconstitucionalidad, de queja y de revisión; por supuesto, en el camino hacia el éxito en un recurso deben ser superados a menudo obstáculos considerables.

Un recurso solo puede ser interpuesto por aquel a quien la ley expresamente reconoce este derecho y siempre que tuviere un interés directo (art. 432, párr. 2). Solamente para el ministerio fiscal existe una excepción: este puede recurrir también en favor del imputado (art. 433). Cuando la resolución hubiere sido recurrida solamente por el imputado a su favor, el art. 445, párr. 3, prohíbe una *reformatio in peius*.

El recurso previsto en primer lugar en la ley, es decir, el *recurso de reposición*, tiene solo un relativamente escaso significado. Se dirige contra resoluciones dictadas sin motivación (art. 446), no tiene efecto devolutivo (art. 446) y, en general, tampoco efecto suspensivo (art. 448, párr. 2).

El *recurso de apelación* se admite solo en algunos casos (art. 449); entre estos hay que mencionar: contra el auto de procesamiento (art. 311)¹²⁸ y contra el auto de sobreseimiento dictado por el juez de instrucción (arts. 195, párr. 2 y 337, párr. 2) o por el juez único en el juicio correccional. Con ello la apelación cumple, entre otras, la función asignada en el derecho alemán al *Klageerzwingungsverfahren* [procedimiento de forzamiento de la acusación]. No cabe impugnar por medio de

¹²⁵ Así también art. 78 del P-Maier y art. 170 del CPMP de 1889.

¹²⁶ Más sobre el tema, D'ÁLBORA, "Intervención del querellante conjunto en el nuevo Código Procesal Penal" (ley 23.984), *La Ley*, T. 1991-E, pág. 1405.

¹²⁷ Así, el tribunal puede absolver al imputado de la acusación penal y condenarlo civilmente a pesar de ello (art. 16, párr. 2). De la misma manera, el actor civil no dispone de ningún recurso contra una absolución o un sobreseimiento del proceso; debería acudir a la vía civil (art. 95). Por otra parte, la instrucción también debe servir para determinar la extensión del daño causado por el hecho punible (art. 193, num. 5).

¹²⁸ Véase *supra*, pág. 480.

este recurso —como tampoco en el P. Maier— sentencias definitivas; de esta manera, el derecho argentino solo conoce una única instancia en lo que respecta al examen de los hechos¹²⁹.

Por este motivo, el *recurso de casación*¹³⁰, novedad en el C.P.P.¹³¹, ostenta la posición central dentro del sistema de los recursos en Argentina. Según el art. 457, este recurso puede interponerse no solo contra las sentencias definitivas, si bien fue diseñado para operar contra las mismas. Sin embargo, en la mayoría de los casos, es probable que la casación no resulte tan exitosa, y la causa no sería tanto la configuración de los motivos de casación. A este respecto, el art. 456 prevé los siguientes motivos de casación: 1º) inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, y 2º) inobservancia de las normas establecidas en el C.P.P. bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, se reclamó oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o se hizo protesta de recurrir en casación. Más decisivo aún resulta el hecho de que el art. 458 y sobre todo el art. 459 no permitan un simple perjuicio¹³², sino que solo se admite la casación en casos de mucho peso. Así, por ejemplo, el ministerio fiscal solo puede impugnar una absolución, con el fin de obtener una condena a pena privativa de libertad, si antes había solicitado una pena de tres años (art. 458, num. 1). Para el imputado, una limitación tal del recurso resulta más gravosa: le corresponde, por ejemplo, según el art. 459, nums. 1 y 2, la casación contra una sentencia que imponga una pena privativa de libertad, solo si esta excede de tres años o si, en el caso del juicio correccional ante el juez único, excede de seis meses. Esta regulación plantea además problemas en el plano del derecho internacional, ya que el art. 8.2 h) CADH garantiza un derecho a los recursos contra las sentencias¹³³.

Si opta por la vía del *recurso de inconstitucionalidad*, solo en casos excepcionales reportará éxitos al imputado. Si bien no necesita un perjuicio cualificado, en este proceso solo pueden ser objeto de examen específicas infracciones de carácter constitucional (art. 474).

Finalmente, hay que referirse al *recurso de queja* y al *recurso de revisión*. El primero alude exclusivamente a los casos en que un recurso fue denegado al reclamante, según su parecer, de forma injusta (art. 476). El recurso de revisión posibilita el quebrantamiento de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia si posteriormente resulta evidente que esta no se corresponde con la verdad material o si adolece de otras faltas especialmente graves¹³⁴, si bien exclusivamente en favor del condenado¹³⁵.

¹²⁹ Aquí existe una diferencia significativa con la antigua ley, la cual en su art. 501 del CPMP de 1889 admitía la apelación contra sentencias definitivas.

¹³⁰ Véase sobre este recurso MORELLO, "La nueva casación penal", en *JA*, 1992-II, pág. 789.

¹³¹ En el antiguo derecho existía sin embargo un recurso de nulidad (CPMP de 1889, arts. 509 y ss.).

¹³² Así, acertadamente, el art. 338 del P-Maier.

¹³³ D'ÁLBORA, nota 51, pág. 1254.

¹³⁴ Sobre los motivos de revisión véase en particular el art. 479.

¹³⁵ Véase sobre ello el art. 8.4 CADH y J. MAIER, "Rechtsstaatliches Denken und Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Angeklagten", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, nota 3, págs. 789 y ss.

b) *La ejecución.* Renunciaremos a una detallada descripción del contenido del libro quinto del C.P.P., ya que la mayoría de sus disposiciones, así como las relativas a las costas y la ejecución civil, son más bien de carácter técnico-jurídico. Un barómetro más interesante sobre la adecuación de un proceso penal a los principios del Estado de Derecho y sobre la salvaguardia de los derechos humanos del autor del hecho punible, se encuentra en las normas sobre la *ejecución penal*, especialmente en lo que se refiere a las penas privativas de libertad, si bien los problemas de esta materia se encuentran, normalmente, no tanto en las leyes correspondientes sino en su realización práctica. Desde un punto de vista jurídico, hay que mencionar aquí el art. 490, el cual coloca el proceso de ejecución siempre¹³⁶ en manos de los tribunales. El art. 493, que dota a los tribunales de amplios derechos de control, reconoce en su párr. 2, num. 1, además expresamente las garantías constitucionales del condenado y los tratados internacionales ratificados por Argentina¹³⁷; el art. 493, párr. 2, num. 5 obliga al tribunal de ejecución a colaborar en la reinserción social de los liberados condicionalmente¹³⁸.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Con la reforma del derecho procesal penal, Argentina ha conseguido, ahora también a nivel nacional, una obra legislativa que se corresponde ampliamente con los principios del Estado de Derecho vigentes en los países más desarrollados. Como características de la reforma se pueden mencionar las siguientes: el individuo afectado se coloca en el centro del proceso penal; su posición jurídica, sobre todo la del imputado, pero también la de la víctima o en su caso del testigo, se ve mejorada de una manera considerable; por otra parte, las competencias del ministerio fiscal y, sobre todo, de la policía, aparecen fuertemente limitadas para prevenir abusos de poder por parte del Estado; la ley manifiesta una gran confianza en la judicatura, en cuyas manos se depositan las decisiones más importantes. El debate se ha remodelado totalmente: están vigentes los principios de publicidad y oralidad; las pruebas son practicadas durante el debate, rigiendo normalmente el principio de inmediación, y son apreciados libremente por los tribunales. En la totalidad de la ley se evidencian esfuerzos para acortar la duración de futuros procesos penales; los plazos se ven limitados en algunas ocasiones a unos espacios de tiempo tan cortos¹³⁹, que en la práctica podrían existir grandes dificultades para su observancia; a la aceleración del proceso sirven también las disposiciones sobre preclusión, como el art. 376, la posibilidad de interponer una queja por retardo de justicia, según el art. 127, así como la configuración restrictiva del sistema de recursos.

¹³⁶ Compárese, por el contrario, art. 561 CPMP de 1889.

¹³⁷ Entre ellos se encuentra, por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos); véase *supra*, nota 76.

¹³⁸ Véase art. 5.6 CADH.

¹³⁹ Véase por ejemplo el art. 161, el cual parte en principio de un plazo de tres días para actos procesales.

Con ello se habría hecho ya referencia a los puntos más delicados de la nueva ley. Sin embargo, la protección del imputado necesita aún de una mejora frente a las decisiones *judiciales*: la prisión preventiva está regulada todavía en forma demasiado generosa en favor de la persecución penal; falta la posibilidad de poder acudir a un recurso, al menos en forma de casación, contra toda sentencia condenatoria. La ley confía la defensa eficiente de los intereses del imputado sobre todo al defensor; además, se deberían reforzar los propios derechos del imputado, quizá mediante un derecho de asistencia durante la instrucción o un deber de estar presente en el debate.

Desde el punto de vista del observador *alemán*, se plantea la siguiente pregunta: ¿En qué medida se puede obtener de la nueva ley provecho para el derecho comparado? La ley goza de ventajas ya solamente por el hecho de su novedad: las normas han sido sistematizadas y se han incluido en la ley las evoluciones logradas en la práctica de los tribunales. Así, por ejemplo, se ve una clara ventaja al estudiar la regulación de la prohibición de la valoración de la prueba en el C.P.P. argentino, frente a la ya entrada en años y numerosas veces modificada Ordenanza Procesal Penal alemana.

Desde el punto de vista de su contenido, determinadas disposiciones especiales dan motivos al observador alemán para reflexionar sobre la necesidad de una reforma de su propio derecho. Así, por ejemplo, según el art. 71, también el ministerio fiscal puede ser recusado; el art. 78 prescribe para determinados hechos punibles de especial gravedad y en algunos otros casos un examen mental obligatorio. El art. 242 no se contenta con otorgar el derecho a negarse a testificar a los parientes cercanos, sino que normalmente prohíbe a estos declarar contra el imputado; según el art. 336, párr. 2, en algunos casos hay que incluir en el auto de sobreseimiento la declaración de que el proceso no afecta el buen nombre y honor del imputado; el art. 395 permite la redacción del acta por medio de la grabación del debate; los arts. 313, párr. 2 y 497, párr. 2 disponen para los presos la posibilidad de recibir visitas íntimas, lo cual debe atenuar el problema de la sexualidad en los establecimientos penitenciarios.

Por otra parte, se buscan en vano respuestas a muchos problemas de los que se ocupa actualmente la doctrina penal alemana. Sobre estos vacíos de la ley hay que mencionar algunos ejemplos: falta una regulación especial sobre la admisibilidad de acuerdos en el proceso penal, sobre el aprovechamiento de medios de prueba que afectan al derecho de la personalidad del imputado o sobre el tratamiento procesal de los conocimientos obtenidos por intermedio de confidentes o agentes infiltrados. Para el legislador argentino, el problema de cómo impedir que el defensor frustre el proceso mediante el uso excesivo de las posibilidades procesales, parece haber sido un problema secundario¹⁴⁰.

Respecto a estas cuestiones, el P-Maier abre frecuentemente perspectivas más interesantes, quizá porque este está más próximo a la Ordenanza Procesal Penal

¹⁴⁰ Véase, en cambio, el art. 11, el cual menciona expresamente la intención de dilatar el proceso.

alemana. Tal vez por ello dé preferencia el observador alemán al P-Maier. Por supuesto, con esta valoración se corre el peligro de subestimar el significado real de la nueva ley: Argentina necesitaba, en primer término, no una ley que considerara las investigaciones más modernas en el campo del derecho y que condujera a una solución óptima en los problemas particulares más concretos; el país necesitaba más bien una reforma fundamental de su anticuado derecho procesal penal, un sistema totalmente nuevo, que tuviera como pilares básicos los derechos humanos y el principio del Estado de Derecho. Y Argentina ha logrado este fin, en gran medida, a través de la nueva ley. Que con todo ello no se ha llegado a una regulación uniforme en Iberoamérica, como el Proyecto de Código Modelo pretendía¹⁴¹, no podría ser muy tenido en cuenta en una materia jurídica tan limitada al propio Estado como es el derecho procesal penal. A los órganos estatales competentes para la aplicación de la ley les resta ahora la difícil tarea de transformar en práctica las nuevas ideas.

¹⁴¹ Véase nota 50. También otros Estados iberoamericanos han elegido un camino propio en sus reformas de los últimos tiempos; así, Perú (C.P.P. decreto legislativo 638 de 27.4.1991) y Colombia (Código de Procedimiento Penal colombiano, decreto 2700 de 1991).

A la luz de los principios y normas rectoras del nuevo Estatuto Procesal Penal (Decreto 2700 de 1991 - Nov. 30)*

Ramiro Alonso Marín Vásquez**

1. INTRODUCCIÓN

Del pacto constituyente de 1991 surgió para Colombia una Carta Fundamental con un modelo social personalista, prueba de lo cual es que la dignidad humana se erige como uno de los pilares del orden político del Estado liberal, social y democrático de derecho (Const. Pol., art. 1°); que “las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes...” (art. 2°); que el Estado reconoce sin discriminación los derechos inalienables de la persona (art. 5°); que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (art. 7°). En fin, todo el capítulo 1° del título II sobre los derechos fundamentales (civiles y políticos), doctrinariamente conocidos como de la primera generación (los de la segunda generación son los sociales, económicos y culturales), obedece a tal dimensión demoliberal que la Carta Política le ha señalado al Estado colombiano.

* Las líneas generales de este trabajo fueron pensadas para responder a la generosa invitación de los cálidos amigos del Colegio de Abogados Penalistas de Caldas —antes de que entrara a regir el decreto 2700 de 1991—, quienes con tan amable gesto me permitieron constatar personalmente la ya referenciada inquietud del auditorio manizalita por los temas que contribuyan a la exaltación del hombre como razón de actuar en la tarea de construcción del Estado liberal, social y democrático de derecho. He verificado, además, como era obvio, el donaire y la hidalguía de las gentes de esa bella ciudad. La conferencia ha sido reelaborada posteriormente.

** El autor es en la actualidad fiscal delegado ante los tribunales del distrito de Medellín y Antioquia. Igualmente, catedrático de derecho penal general de la Universidad de Medellín.

Demagogia legislativa, dicen los escépticos. Es acertada la crítica de que los derechos humanos, las libertades, quedarían como "letra muerta" para la población que no tiene los medios materiales y culturales para ejercerlos, escribe el pensador ESTANISLAO ZULETA. Pero —agrega el maestro— no comprenden quienes así piensan el inmenso acontecimiento político que significó la limitación del poder del Estado por los derechos y las libertades de la sociedad civil, incluido el derecho a la resistencia. Hay que luchar porque todas las oportunidades de expresión, de asociación, de oposición legal se conviertan en posibilidades reales, pero a la vez evitar la paradoja brutal de desconocer los derechos mismos que se reclaman¹.

Estamos frente a otra realidad jurídico-positiva, el nuevo Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991), ordenamiento que, a pesar del escepticismo de quienes vimos avanzar atropelladamente las cosas, comenzará a gobernar el proceso penal colombiano a partir del próximo primero de julio. Por ello, sin renunciar a una posición crítica, única fuente nutricia del progreso cognoscitivo, no cuento con las posturas pesimistas y derrotistas, porque definitivamente nuestros fiscales, jueces, abogados y estudiantes anhelan contar con una guía objetiva para empezar a operar con eficacia el nuevo proceso penal. Pero mi planteamiento, aunque solo contenido de un cúmulo de sugerencias e inquietudes, apunta a una necesidad: La actuación a la luz de los principios y normas rectoras. No sé si por la experiencia de la vacilación o de la timidez de los jueces frente a las "Normas rectoras de la ley penal colombiana" (título I del decreto 100 de 1980), o por una necesidad político-criminal apremiante, cualquiera que sea la razón, el legislador dijo o tuvo que decir en el nuevo Código de Procedimiento Penal que "Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación" (art. 22).

2. ANÁLISIS DE LA NUEVA ESTRUCTURA PROCESAL

El sistema penal, que es el *ius puniendi* o poder penal institucionalizado, en Colombia no funciona como tal (como sistema), porque los estamentos que lo componen funcionan como compartimentos estancos (separados), acusándose recíprocamente de la responsabilidad por la criminalidad incontenible, la impunidad que corroe el cuerpo social, varias veces con papeles protagónicos dañinos o salidas absurdas que riñen con la función. Los legisladores, como parte del sistema penal, frecuentemente ignoran qué es lo que realmente crean, pues sobredimensionan su poder selectivo. El discurso jurídico o judicial —escribe E. R. ZAFFARONI—, por regla general es garantizador, fundamentado en el retribucionismo o en la resocialización; el discurso policial es prevalentemente moralizante; el discurso penitenciario es terapéutico o de "tratamiento". El discurso judicial involucra la cultura de sus protagonistas (los jueces), es pragmático, legalista, reglamentarista, de simple exa-

¹ ESTANISLAO ZULETA, *Colombia: violencia, democracia y derechos humanos*, Bogotá, Altamir Ediciones, 1991, pág. 34.

men de la letra de la ley, con clara tendencia a la burocratización. Entonces, la policía actúa ignorando el argumento judicial y la actividad que lo justifica (le encantan las vías de hecho y abomina las vinculaciones formales para la guarda de los derechos fundamentales); la instrucción sumarial, cuando es judicial, ignora el discurso y la actividad sentenciadora; la segunda instancia menosprecia las consideraciones de la primera que no se compadezcan con su criterio de mayor aislamiento y represión, sacrifica la objetividad y la sobriedad de la providencia por un no siempre necesario magisterio intelectual y moral; el discurso penitenciario desconoce todo el resto. Cada uno de los segmentos parece tender a apropiarse de la mayor porción del sistema, menos el judicial que ve despedazarse sus funciones sin mayor alarma. De ahí la perjudicial sectorización. No hay una única ideología del sistema penal sino una multiplicidad de ideologías².

Con el loable propósito de enmienda, con el encomiable fin de superar la atomización y el reduccionismo del sistema penal, el nuevo estatuto separa funcionalmente la fiscalía de los jueces: la primera, la "dueña y señora" del procedimiento de averiguación, rectora de la policía judicial, deberá perseguir y acusar a los responsables, cuando a ello hubiere lugar, mientras que los jueces solo se han de dedicar al juzgamiento y la sentencia, todo orientado a garantizar ampliamente la neutralidad del juez. Pero dicha neutralidad se pone en peligro porque al juez se le han confiado tareas de investigación en el juicio, básicamente en la audiencia pública, y además se le han puesto en contacto con los autos para la preparación de la audiencia (Cfr. arts. 446, 447, 448 y 449).

Se ha bebido con reservas y timidez en el modelo del proceso penal angloamericano, que es un proceso de partes al igual que el proceso civil, un proceso en el cual la suerte del acusado depende en gran medida de la cualidad y habilidad de su defensor, y por esto está bien que en Colombia se haya preservado la investigación judicial. La amarga y dolorosa historia de nuestros pueblos, la cara y gallarda idiosincrasia latina, no nos alcanza para una investigación y acusación regidas por un fiscal dependiente del ejecutivo —como se pretendió en el proyecto de Constitución presentado por el gobierno—, pues el ejecutivo aquí y en el universo tiene tendencias autoritarias, sus actos son unilaterales y por eso el hombre le interesa más como destinatario que como partícipe de su función. Por cuanto somos países periféricos, con tan peculiares características, no se pueden importar ideologías masivamente y está bien entonces, aunque aparezca heterodoxo a los ojos del purista sistema acusatorio, que la Fiscalía se haya integrado funcional y orgánicamente a la rama judicial y que en su tarea de investigación administra justicia (Const. Pol., arts. 116 y 249, inciso 3°).

De modo que es deseable un sistema procesal penal mixto moderno, que se ha impuesto en el mundo, pero en manera alguna, combinaciones que se repudian. A pesar de la mixtura, parece abandonarse y abrazarse a la vez la tendencia acusato-

² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Ediar, 1988, págs. 34-35.

ria en la norma de los arts. 129 y 444 del Código, según las cuales “el fiscal podrá invocar cesación de procedimiento o absolución cuando considere que se reúnen los presupuestos señalados en este Código para adoptar cualquiera de estas decisiones”; y “con la ejecutoria de la resolución de acusación... el fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación”. Claro que con el primer precepto se podría indicar que la Fiscalía es autoridad objetiva, pero en la fase del juicio el fiscal no actúa como autoridad sino como sujeto procesal. Es tanto como que el fiscal reflexionara del siguiente modo: cuando tenía la responsabilidad jurisdiccional vi procedente la acusación; ahora en el juicio, como ya no tengo tal responsabilidad, sin que se hayan operado cambios sustanciales en la prueba, a usted señor juez le solicito cesación de procedimiento o absolución. No es posible pensar en una suerte de hipocresía en el funcionamiento de la Fiscalía, pues las características de la omnipresencia —ejercerá permanentemente en todos los lugares del país (arts. 79 y 119)—, de la unidad y de la convertibilidad —pasa de juez a parte (art. 444)—, sin duda servirán para que no sea el mismo funcionario fiscal que diseñó la resolución de acusación aquel al que corresponda también protagonizar y sostener tan radical cambio del punto de vista de la Fiscalía en el juicio (como el fundamento de la prueba es más exigente para el momento de la sentencia, sería razonable una petición de absolución, pero la solicitud de cesación de procedimiento, sin haberse producido cambios en el maderamen probatorio, es un contrasentido lógico en la actuación del fiscal). Y como para reconciliarse con el principio acusatorio (Const. Pol., arts. 29, 235 y 251), pero también para mayor desconcierto sobre lo pretendido, el art. 249 en su inciso 2º, le entrega la carga de la prueba en el juicio al fiscal. ¿Para dónde vamos? Cuando el art. 250-2 de la Constitución —fruto del proyecto LONDOÑO JIMÉNEZ—, dice que “corresponde a la Fiscalía calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas”, se quiso significar que una vez formulada la acusación el fiscal no tendría disponibilidad sobre la misma.

Un sistema procesal penal moderno debe cumplir la doble función de brindar al poder estatal medios idóneos para averiguar la verdad y asegurar la administración de justicia, garantizándole al individuo, al mismo tiempo, el respeto de su dignidad humana y la preservación de sus derechos fundamentales.

El proceso penal representa para la mayor parte de los ciudadanos el choque más álgido con el poder soberano del Estado. El objeto del proceso penal no es otro que la acreditación sobre la comisión de un delito y la consecuente responsabilidad de su autor³. El proceso procura, ante la desobediencia de la norma, la pacificación jurídica por medio de la reconstrucción del orden, es decir, la debida actuación del derecho sustantivo (CLARÍA OLMEDO)⁴.

“La situación conflictiva en el proceso penal entre ciudadanos y Estado, que resulta de la sospecha de un hecho delictivo, exige una regulación jurídica, en la medida de lo posible escrupulosa, y una limitación de los poderes estatales, así como de

³ JORGE EDUARDO VASQUES ROSSI, *Curso de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1985, pág. 104.

⁴ Ídem, pág. 105.

los derechos y obligaciones del imputado, pero también de otros partícipes en el proceso penal, como testigos y perjudicados, peritos e intérpretes”. He ahí la relación del proceso penal con el derecho constitucional, de acuerdo con la aguda descripción del profesor alemán KLAUS TIEDEMANN⁵.

3. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES

Pues bien, el *principio* da la idea de origen, fundamento o base. Los principios son pautas generales, abstractas e inductivas que contienen el valor del ordenamiento jurídico-penal y son irreductibles a otras categorías del derecho penal. Esos principios del reconocimiento de la dignidad humana, libertad, favorabilidad, defensa libre, presunción de inocencia, entre otros, no son apariciones intempestivas, fruto del mero magín del hombre, son la huella de la historia, el resultado de la lucha; son decantación histórica; constituyen una ética de los mínimos para la convivencia pacífica y para la manutención del Estado de Derecho. Los *principios rectores* plasman y desarrollan las normas constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos (leyes 74 de 1968 y 16 de 1972); conducen al anhelado “derecho penal justo”. Son normas que en relación con el resto del ordenamiento procesal penal tienen una fuerza positiva (lo nutren del valor elegido) y una fuerza negativa (excluyen la aplicación de los preceptos subordinados que se contraponen al texto rector o al valor que este encarna)⁶.

Los principios formales del derecho procesal penal suelen albergar las supremas normas de garantía jurídico-penal, que dispensan al ciudadano la más fuerte protección jurídica frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, sea que este intente ejercerse por medio de la policía o directamente por los funcionarios judiciales. Ninguna norma procesal penal tiene sentido completo y legítimo de espaldas al axiológico y vinculante marco conceptual de referencia que los principios ofrecen.

Cuando se opera el ordenamiento jurídico-procesal con principios, el funcionario judicial abandona ese cicatero papel de mero contralor de conductas ilícitas (por obra de la ley), para pasar al rol trascendental de medio de control de leyes arbitrarias, injustas o abusivas (por ministerio de la Constitución, el derecho internacional, las normas rectoras, los principios generales de derecho y las exigencias del Estado socio-liberal y democrático de derecho). Este es el planteamiento que hace FERNÁNDEZ CARRASQUILLA en relación con el papel del juez en el Estado liberal, social y democrático de derecho⁷.

Es por lo antes dicho que el art. 22 no solo consagra el carácter obligatorio y vinculante de las normas rectoras, sino que fundamentalmente consagra la máxima legalidad, la legalidad axiológica. Una legalidad más allá de lo estrictamente legal,

⁵ C. ROXIN, G. ARZT, K. TIEDEMANN, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Barcelona, Ariel S. A., 1989, pág. 133.

⁶ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 7.

⁷ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 57.

es una legalidad ya valorada. Porque las normas subordinadas no solo deben sujetarse al contenido literal de las normas rectoras sino que deben acatar el valor contenido en ellas. Con los principios rectores no se busca un mero ánimo especulativo o filosófico, un vano ejercicio académico o intelectual, su importancia es eminentemente práctica, pues trátase de ponerlos al servicio de una administración de justicia más dinámica, racional y segura y, por ende, los principios operan como instrumento imprescindible y valioso en la faena de interpretación y aplicación del derecho positivo (dogmática procesal penal).

4. ANÁLISIS PARTICULAR DE ALGUNAS NORMAS RECTORAS

Hagamos un recorrido por algunas normas rectoras y también por otras que no lo son pero que tendrán que desentrañarse y aplicarse a la luz de aquellas:

A) Principio de imperio de la ley (C. de P. P., art. 6° y Const. Pol., arts. 228 y 230)

Tiene dos dimensiones: la primera es una manifestación del principio del Estado de derecho. Cuando la norma dice que "Los funcionarios judiciales en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Constitución y la ley", consagra el principio de independencia judicial. Ya que los funcionarios judiciales no son elegidos popularmente —solo se prevé la posibilidad para los jueces de paz (Const. Pol., art. 247)—, el ejercicio del poder público se legitima con la independencia (arts. 113, 116, 121, 125, 136-4, 150-17, 201-1 y 2, 253, 256 y 277-1). Si los fiscales son funcionarios judiciales (art. 249, inc. 3° y C. P. P., art. 572), no pueden ser sometidos a la amenaza de la manipulación de la competencia judicial que propician los arts. 121-3 y 5, 123-3 y 6, 124-5 y 125-3 y 6. Tales normas son expresión del principio de unidad y jerarquía que gobierna el ejercicio de la Fiscalía, pero si se quiere respetar a la vez la independencia judicial, solo como medidas justificadas por los hechos se pueden usar tales preceptos (cambio de radicación, impedimentos y recusaciones, enfermedad del fiscal, exceso de trabajo, entre otros), pues, de lo contrario, el nuevo órgano judicial no puede sustraerse al sistema de reparto que señala su independencia e imparcialidad y que garantiza además que es una autoridad judicial objetiva (Const. Pol., art. 250, inciso final; decreto 2699 de 1991, art. 3°, numeral 8; C. de P. P., arts. 249, 333 y 362).

De este modo, el criterio doctrinario del superior no puede servir para manipular las decisiones de los funcionarios judiciales que funcionalmente le están supeditados.

La otra dimensión tiene que ver con la articulación operativa de los dos incisos del art. 6°. Ante un texto claro y de aplicación sin tropiezos, indagar por el presunto espíritu del legislador (razón metajurídica) va camino del derecho natural; pero tampoco se puede dejar el problema entregado exclusivamente al arbitrio (o arbitrariedad) del juez (un derecho penal de los juristas y no de la ley), que conduce al espacio del exégeta. En ambos casos la ley —como vía democrática de legitimación— pierde toda validez⁸. A manera de ejemplo sobre estas prácticas deslegitimadoras,

nos quedamos sin entender algunas posiciones judiciales sobre el art. 10 del decreto 2790 de 1990, modificado por el decreto 390 de 1991, según el cual los extinguidos jueces superiores debían aplicar el "procedimiento ordinario" en los procesos por delitos de secuestro simple (C. de P. P., art. 269) y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (decreto 3664 de 1986, art. 1°). Algunas salas del honorable Tribunal Superior de Medellín entendieron que la previsión legislativa también involucra el "procedimiento abreviado"; pero la distinción de ambas estructuras (ordinaria y abreviada) era tan nítida en el desaparecido estatuto procesal penal (decreto 50 de 1987), que tales "interpretaciones" resultaron francamente enmendadoras de la plana de la ley, con lo cual el intérprete no se contentó con lo que "quiso decir el legislador" y arbitrariamente postuló lo que "debió decir el legislador".

Pero bien, el art. 230 de la Constitución y el art. 6° del Código no implican ni mucho menos un homenaje exagerado a la ley, a lo establecido como un cuerpo rígido, dado de una vez por todas. Por eso dice en los mismos textos que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial (necesidad de interpretar). En un enfoque ajeno a estos criterios, la realidad, en sus diversos aspectos y configuraciones, parece quedar ausente de toda consideración.

B) Principio de prevalencia del derecho sustancial (Const. Pol., art. 228; C. de P. P., art. 9°) y debido proceso (Const. Pol., art. 29 y C. de P. P., art. 1°)

"En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferencialmente su efectividad", dice el art. 9° del C. de P. P. CLARÍA OLMEDO, en relación con la necesidad del proceso penal, sostiene: "Extendido como un puente indispensable entre el delito y la sanción, este medio de justicia (el proceso penal) es el único capaz de convertir a la imputación en punición, no pudiendo ser sustituido ni eliminado"⁹. La desformalización del proceso penal atañe a los ritos de segundo rango, so pretexto de los cuales no se puede sacrificar la efectividad del derecho sustancial, porque la plenitud de las formas básicas de cada juicio es el único instrumento constitucionalmente autorizado para emprender la persecución penal. En efecto, para GIOVANNI LEONE el proceso penal gira en torno a la *litis* o conflicto entre el *ius puniendi* del Estado y el derecho de libertad del individuo imputado (objeto genérico)¹⁰. Solo el juez puede imponer a través del proceso la consecuencia jurídica "pena", quedando ello garantizado directamente como derecho fundamental en los arts. 28, 29 inc. 2° de la Const. Pol. y 1°, inc. 1° del C. de P. P.

La importancia del proceso penal como única vía legítima de ejercicio del *ius puniendi*, la relieves KLAUS TIEDEMANN, en los siguientes términos: "La vinculación formal de la prueba de la verdad reivindicada con ello, desarrollada por el conocimiento de los excesos históricos (tortura), es una de las seguridades fundamentales

⁹ Cit. por JORGE EDUARDO VÁSQUEZ ROSSI, ob. cit., pág. 101.

¹⁰ Cit. por VÁSQUEZ ROSSI, ob. cit., pág. 103.

⁸ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte especial, Barcelona, Ariel, 1986, pág. 5.

del proceso penal de un Estado de derecho, y uno de los objetivos principales de nuestra ley procesal penal, que proviene totalmente del movimiento de reforma liberal del siglo XIX, con BECCARIA a la cabeza"¹¹.

No es un principio del estatuto procesal penal, escribe el autor antes citado, que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio. Por el contrario, el objetivo del proceso penal, propio de un Estado de derecho, es el de proceder contra el inculpado solo de forma respetuosa de su dignidad humana, por tanto, garantizando sus derechos fundamentales y respetando su personalidad. Para el lego en derecho esa actitud no es siempre fácil de entender. La vinculación formal le parece a menudo un formalismo sin sentido. Pero la situación es inmediatamente manifiesta, cuando se hace claro que cada utilización de la coerción en el proceso penal comporta una violación de los derechos fundamentales de los interesados (no solo el sindicado sino también, v. gr., de testigos): la detención preventiva atenta contra el derecho fundamental de la libertad de locomoción; el secuestro y el registro perjudican el derecho de propiedad, así como el derecho a la inviolabilidad del domicilio; la grabación magnetofónica limita el secreto de las comunicaciones. Para todas estas violaciones de los derechos fundamentales por parte del Estado, el proceso penal en sí y los principios rectores son una suerte de bálsamo; el derecho procesal penal y los principios rectores señalan la clase y extensión de estas violaciones y, por tanto, aunque suena paradójico, el derecho procesal penal y los principios rectores son los que dicen en qué medida esas violaciones a los derechos fundamentales están conforme a derecho.

Esto es de difícil comprensión para el lego, pero los abogados y los jueces, como obreros del Estado de derecho (hay mucho arquitecto) tienen que comprender la necesidad política y de justicia del principio de presunción de inocencia, como dimensión del debido proceso (Const. Pol., art. 29). ¿Sin este principio para qué el trabajoso proceso penal, si no ha de entenderse este como una tensión dialéctica entre la actividad persecutora del Estado y esa presunción de inocencia? Sin este fundamental ingrediente, el proceso penal es puro simbolismo, una pantomima, porque el juez siempre llevaría el prejuicio de la presunción de responsabilidad. No en vano la comisión especial legislativa, al redactar el art. 2º, dijo que "toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal..." (hemos subrayado).

Pero una cosa es que en la práctica no se trate al sindicado como inocente, en principio, y otra muy distinta es que la propia estructura procesal desconozca el principio. Es lo que ocurre con las prácticas procesales que deben cumplir los jueces y fiscales regionales. Solo algunos ejemplos de los más dramáticos: las excepciones y exclusiones que se hacen en materia de captura en flagrancia de servidor público (art. 373, inc. 2º); privación de la libertad de servidor público (art. 374-2); detención de servidores públicos (art. 399, inc. final); detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio (art. 409, inciso final) y libertad provisional (art. 415, numeral 3, inc. 2º y parágrafo). Semejantes excepciones desconocen el principio tratado y postulan otro de efecto contrario, el de presunción de responsabilidad.

¹¹ KLAUS TIEDEMANN, ob. cit., pág. 138.

En relación con la publicidad, como nota característica del debido proceso, es necesario advertir que tal dimensión se justifica políticamente, por cuanto la actividad jurisdiccional secreta y de gabinete le resta confiabilidad al proceso penal y deteriora la imagen de la administración de justicia.

Es en razón de la publicidad del proceso penal que no tiene fundamento constitucional la ausencia de vista pública en el proceso ante los jueces regionales (art. 457), de cara al principio del debido proceso (Const. Pol., art. 29, y C. de P. P., art. 1º). La publicidad del proceso se sustenta en la necesidad de confianza de la generalidad o del particular en la objetividad de la administración de justicia; solo así se facilita la participación de todos en las decisiones que los afectan, postulado de democracia participativa que está situado como uno de los fines del Estado liberal, social y democrático de derecho y, por ende, no puede ser extraño al proceso penal con algunas limitaciones legales obviamente (Const. Pol., art. 2º). Es la publicidad, en fin, un medio de control democrático del pueblo soberano sobre sus jueces (Const. Pol., art. 3º), establecido después de que la Ilustración triunfara en la lucha contra la justicia secreta imperante en los tiempos anteriores a ella y que ahora se revive en Colombia.

5. EXAMEN DE OTRAS INSTITUCIONES PROCESALES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS RECTORES

De cara a las normas rectoras y principios constitucionales pueden verse algunas normas del nuevo estatuto procesal penal del siguiente modo:

A) Terminación anticipada del proceso (art. 37)

La terminación anticipada del proceso puede verse como una manifestación del principio de prevalencia del derecho sustancial, solo en la medida en que procura la ágil realización de la pretensión punitiva del Estado. Es la relativización de los conceptos fundamentales del derecho penal y de sus específicos medios de control, en el sentido de que se le permite al sindicado y a su defensor participar en la discusión de los hechos que delimitan la pretensión punitiva y la mensura de la misma. Claro que para configurar en tal espacio procesal opcional un verdadero proceso de partes debió permitirse la intervención de la víctima (Const. Pol., art. 250-1). La institución puede representar un leve matiz de la concepción político-criminal del derecho penal como *extrema ratio*, su utilización en lo mínimo posible, que es lo estrictamente necesario para la paz social, en la medida en que el acuerdo involucre la pena adecuada a tal fin —sin desbordar los límites legales—, y ajena a las exacerbaciones metafísicas de parte del fiscal que interviene en el acuerdo o del juez que debe aprobarlo. Es el reconocimiento de la corresponsabilidad de la sociedad en la génesis del delito; todo derecho penal delata la precariedad del sistema social para solucionar sus propios males y conflictos, y esta realidad ha de contar para que se le estructure de una manera menos mesiánica y pretensiosa, o como escribe E. R. ZAFFARONI, el sistema penal en el control social "no tiene

la importancia que el discurso jurídico ordinario le asigna, sino que le cabe un lugar más modesto, aunque esta afirmación escandalice a muchos juristas formados en el idealismo o en el positivismo jurídico. Mucho más modesto es el lugar que le cabe al derecho penal mismo"¹².

En la conformidad del acusado con la pretensión punitiva, que es el *quid* de la estructura especial regulada en el art. 37 del C. de P. P., no se menciona al defensor, omisión que parece oponerse al principio constitucional y rector de la defensa libre y amplia, según el cual "quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento..." (Const. Pol., art. 29 y C. de P. P., art. 1°). Si la audiencia especial del art. 37 puede tener lugar "desde que se haya proferido resolución de apertura de investigación hasta antes de que se fije fecha para audiencia pública", sin duda se requiere de asistencia de defensor idóneo. Con todo, la norma no es inconstitucional por ello, pues allí no se proscribía la intervención del defensor; corresponde al juez hacer prevalecer la norma constitucional y rectora y permitir la actuación libre del defensor en el acuerdo. Por lo demás, el art. 145 prohíbe al fiscal cualquier comunicación con el sindicado sin la presencia de su defensor, amén de que el art. 161 grava de inexistencia las diligencias cumplidas con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor.

Paradójicamente, si el propósito del legislador era obviar la intervención del defensor en esta audiencia especial, allí es donde más clama la asistencia letrada porque aquella —si se produce el acuerdo— siempre culminará con la declaración de responsabilidad penal, por una hipótesis delictiva por lo menos.

Lamentable y de pronto inconstitucional, se reitera, la ausencia de la víctima en dicho acuerdo, pues, como escribe el profesor JUAN BUSTOS RAMÍREZ, el Estado no solo tiene que presupuestar como expectativa la imposición de una pena, sino además, propiciar que el proceso penal adopte distintas formas de terminación, o que no se inicie o se suspenda y, en fin, que el juez pueda abstenerse de imponer una pena como consecuencia de la comunicación establecida entre las partes¹³. No solo en el ámbito del injusto es necesario destacar el papel que juega la víctima, también hay que asignarle un rol en la sede del proceso penal —no con la visión recortada del art. 28 del C. de P. P.—, para que así se cumpla el principio constitucional fundamental de que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, al cual incumbe como fin esencial "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan" (Const. Pol., arts. 1° y 2°). El Estado también tiene que velar por la protección de la víctima y permitirle entonces una participación activa (Const. Pol., art. 250-4), de modo que el proceso penal sea entre partes y así aquella también pueda intervenir en la resolución del conflicto.

¹² EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit., pág. 36.

¹³ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte general, Barcelona, Ariel, S. A., 1989, pág. 16.

B) *Oportunidad para la constitución de parte civil (art. 45)*

Solo puede intentarse a partir de la resolución de apertura de instrucción, limitación que provoca un aparente desequilibrio frente a la defensa que es libre y amplia (art. 1°) —aun en la fase preprocesal de la investigación previa— con lo cual podría verse lesionado el principio rector de la igualdad de los sujetos procesales (art. 20). Pero no puede olvidarse que el desequilibrio ya ha afectado al sindicado que es sometido al exorbitante poder de persecución penal del Estado y ahora se le suma la persecución privada de la víctima o del perjudicado.

C) *Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria (art. 57)*

La cosa juzgada se refiere a toda la situación procesal definida por sentencia ejecutoriada o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante. La cosa juzgada en materia de responsabilidad civil derivada del hecho punible, tanto en relación con el procesado como del tercero civilmente responsable, está circunscrita a los casos del artículo precitado.

La parte final del art. 57 introduce una confusión, porque la acción civil en cualquier caso puede iniciarse separadamente del proceso penal (art. 43), pero si en este se llegare a declarar (por providencia en firme), antes de que concluya el proceso civil, que el hecho causante del presunto perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que este obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa, aquel no puede proseguirse. Podría pensarse que si el tercero civilmente responsable no fue vinculado al proceso penal, entonces tranquilamente puede iniciarse la acción civil contra él; pero las señaladas causales de absolucón o de cesación de proceso son tan concluyentes que parece descartarse de plano la indemnización a la víctima o a los perjudicados y también se quiere precaver eventuales pronunciamientos contrarios a la jurisdicción sobre asunto tan evidente.

Se pregunta: ¿Será presupuesto la constitución de la parte civil dentro del proceso penal, si se aspira a los efectos civiles de la cosa juzgada penal absolutoria? La respuesta es negativa, porque sería exigir en un estadio posterior lo que previamente se había imposibilitado desde el punto de vista legal, esto es, la coexistencia de la acción civil dentro del proceso penal y por fuera de él (arts. 46-7 y 50).

El art. 57 prescribe que "la acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse..." y, obviamente, la "no prosecución" solo puede predicarse de la acción civil ya iniciada, lo cual significa que no puede "proseguirse" la acción civil separada del proceso penal, desde luego que no sea concomitante con la acción civil dentro del mismo. Una vez más se ratifica la exclusión del pago de perjuicios cuando en el proceso penal se concluye que el hecho causante del perjuicio no existió o que el sindicado no lo realizó, o que este actuó en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. Aquí no se requiere debate civil separado, porque ya lo dijo la jurisdicción.

D) *Inexistencia de diligencias y derecho de defensa (art. 161)*

El inciso 2° de esta disposición viola el derecho fundamental de defensa (Const. Pol., art. 29-4 y C. de P. P., art. 1°-2), porque en estos cánones se garantiza la defensa

amplia y libre, durante la investigación y el juzgamiento. La investigación previa, al lado de la instrucción hace parte de la investigación (C. de P. P., libro II, título I).

Se agrava la situación con el art. 312, norma que faculta a la policía judicial para ordenar y practicar pruebas sin que se requiera providencia previa, en caso de flagrancia y en el lugar de los hechos (*investigación preliminar*). De ahí la necesidad del defensor.

El inciso 2° del art. 322 ratifica el contenido del inciso 2° del art. 161 y, por ende, también es inconstitucional. En estos casos en que se excluye el defensor es cuando más se requiere la asistencia letrada, pues aún no ha llegado el imputado a las manos seguras del funcionario judicial —lo tiene la policía judicial—. ¿O será que se concibe la flagrancia como una muerte procesal anticipada? Ante un principio de evidencia, como puede llegar a ser la flagrancia, es cuando más apremiado de defensa se halla el imputado.

E) *La prohibición de la reformatio in pejus* (C. de P. P., arts. 17 y Const. Pol., art. 31) y *la competencia del superior* (C. de P. P., art. 217)

La prohibición tiene los siguientes límites de obligatorio cumplimiento:

1. Se circunscribe al ámbito de la sentencia, y de la sentencia de carácter condenatorio. En la apelación de las providencias interlocutorias (autos y resoluciones), así lo haga solo el procesado o su defensor, el superior puede modificar para empeorar. En la Comisión Accidental de la Constituyente se había propuesto el siguiente texto: "El superior no podrá agravar la situación jurídica del procesado...". Por el peligro que entrañaba tan amplia fórmula, se reaccionó con el texto del art. 31 constitucional.

2. La segunda parte del art. 217, que consagra la prohibición de la *reformatio in pejus*, se escribió para sustraer la sentencia condenatoria de la norma general de la facultad ilimitada del superior para decidir sobre la providencia impugnada o consultada, salvo que haya sido recurrida por el fiscal, el agente del ministerio público o la parte civil, cuando tuvieren interés. Cuando la inconformidad del procesado o de su defensor es la única llave que abre la segunda instancia, las potestades del superior quedan limitadas a remover, si es el caso, los motivos de agravio expuestos por la parte defendida como apelante única. Entonces, si ante esa particular situación procesal, la ley no tolera agravaciones, con más veras opera la limitante frente al caso de una absolución que en una sentencia compleja coexiste con una condena; por ello el legislador ni siquiera contempló literalmente la eventualidad, pues ello emerge del sentido lógico y teleológico de la norma que se comenta. En otras palabras, la prohibición de un mayor rigor punitivo comprende lógicamente la intensificación de una pena impuesta así como la posibilidad de imponer la pena que la primera instancia excluyó por absolución.

La salvedad se hizo por enunciación de los sujetos procesales, no por la vía que abre la segunda instancia, para que se entendiera que así el apelante no fuera el condenado, si recurre el defensor o el ministerio público en favor del condenado, no se puede agravar la pena.

3. Ahora bien, "agravar" no solo comporta rígidos aspectos cuantitativos; el verbo tiene alcances cualitativos dentro del sistema normativo colombiano. En este último sentido, la H. Corte Suprema de Justicia dijo lo siguiente:

"Y en esto aparece como natural, queda comprendido lo referente al subrogado, pues la revocatoria debe mirarse como una agravación de la pena, ya que el precepto comentado no emplea voz que insinúe solo el aspecto cuantitativo de la pena (v. gr. aumentar) sino una forma verbal (agravar) que comporta la noción de mayor rigor, severidad, drasticidad o empeoramiento. Y esto, evidentemente, cobija tanto el *quantum* de la pena como la agregación de otras sanciones o la modalidad de su ejecución. Notable diferencia media entre purgar de inmediato una pena y suspender su aplicación y, esa diferencia, constituye un fenómeno de agravación" (C.S.J., sent., octubre 22 de 1991, M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Si se fuera consecuente con el entendimiento cabal que la Corte hace de la inflexión verbal (agravar), el aumento del valor de los perjuicios, en la medida en que puede incidir negativamente en la condena de ejecución condicional (C. P., art. 69; C. de P. P., arts. 519 y 520) está vedado a la segunda instancia.

4. ¿Qué ocurre cuando son varios los acusados o los defensores? La alta corporación judicial expresó:

"Tampoco podrá hacerlo respecto de los procesados no recurrentes o que se les haya declarado desierto por ausencia de sustentación. Interpretar la norma en sentido distinto sería tanto como limitar su aplicación a los asuntos en los cuales figure un solo procesado, lo cual resulta inadmisibles.

"Tampoco tendrá operancia la norma constitucional cuando el fallo de primera instancia, por ministerio de la ley, tenga el grado jurisdiccional de la consulta, así haya sido recurrida por uno o varios procesados, ya que el superior adquiere competencia plena para revisar el fallo y tomar las determinaciones que juzgue pertinentes. De no ser ello así, bastaría al procesado interponer el recurso de apelación contra ella, aun sin tener interés jurídico para impugnarla, como sería el caso del absuelto [sic], lo cual resulta contrario al ordenamiento legal. De aceptarse tal postura, desaparecería el grado jurisdiccional de la consulta, que en la misma norma constitucional se menciona como imperativo en los casos contemplados por la ley" (C.S.J., auto, agosto 14 de 1991, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

5. El desconocimiento de la prohibición de *reformatio in pejus* da lugar al recurso de casación, por la causal primera del art. 220 del C. de P. P., y en dicha sede también existe la prohibición (art. 227).

6. También se aplica el principio para el evento de que la sanción sea una medida de seguridad, pues estas, de conformidad con el inciso final del art. 28 de la Constitución, no pueden seguir siendo indeterminadas. Los arts. 94 y 95 del C. P. tienen que ajustarse a esta nueva preceptiva constitucional.

A ello apunta la parte final del art. 218, cuando dice que el recurso de casación procede por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, aunque se trate de una medida de seguridad.

F) *Principio de prevalencia del derecho sustancial* (Const. Pol., art. 228; C. de P. P., art. 9°)

La prevalencia del derecho sustancial es en relación con aspectos formales de segunda entidad. A pesar de este postulado, el Código no eliminó el principio de limitación en el recurso de casación, apenas morigeró sus efectos (art. 228). De manera excepcional, en atención a este principio, la Corte Suprema de Justicia admitirá recursos de casación sin cumplir los requisitos del art. 218, incisos 1° y 3°.

1. Como desarrollo de esta norma rectora se estableció una nueva causal de revisión, con fundamento en el cambio de doctrina jurisprudencial favorable (C. de P. P., art. 232-6).

2. Otro desarrollo se advierte en la salvedad que se introdujo en el art. 417. Esta norma consagra la prohibición de libertad provisional fundada meramente en la figura abstracta del hipotético delito, "salvo que estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la pena".

Como se entendía de modo absoluto la prohibición similar del anterior art. 441, a la postre se hacía nugatorio el subrogado de la condena de ejecución condicional (C. P., art. 68), que es un derecho sustancial. Por ello, antes de que se produjera el cambio legislativo, con buen tino y sentido de justicia, la Corte había atemperado el rigor de la prohibición en los siguientes términos: "Las prohibiciones del artículo 441 no se aplican cuando el procesado no requiere tratamiento penitenciario" (C. de J., auto, julio 31 de 1991, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

G) *Pruebas y debido proceso*

La novísima legislación procesal omitió el principio de legalidad en la adopción de la prueba: "Ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida. Las pruebas allegadas o aportadas al proceso serán legalizadas mediante auto en que se indique su conducencia" (C. de P. P. derogado, art. 252).

Parece quedar incluido el principio en el nuevo art. 246. Con todo, el art. 29, inciso final de la ley fundamental es categórico: "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

1. El art. 251 prevé la no contradicción en la investigación previa ante los jueces regionales, disposición que se muestra contraria al art. 29 inciso 4° de la Carta Magna, según el cual: "quien sea sindicado tiene derecho a la defensa..., durante la investigación y el juzgamiento...; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...". Aunque el art. 7° del C. de P. P. tolera la salvedad, tal excepción resiente el citado texto constitucional.

La misma sistemática del Código le allanó el camino a la inconstitucionalidad de este texto: libro II —Investigación— que comprende el título I —investigación previa— y título II —instrucción—. La connotación del vocablo "investigación" en la ley constitucional debe entenderse, por lo menos, como lo hace el subordinado estatuto procesal penal.

H) *Investigación previa*

Literalmente entendido el art. 323 puede producir la superfetación de la investigación previa, porque se recarga de pruebas que le son extrañas. Hay que entender las finalidades de esa fase (art. 319), para respetar los principios de igualdad (art. 20), lealtad (art. 16), contradicción (art. 7°) y defensa (art. 1°.2). En otras palabras frente a los imperativos rectores de la igualdad, de la lealtad —que también concierne al funcionario judicial—, de la contradicción y la defensa, esta fase preprocesal es limitada a las metas propuestas en el art. 319, con actividad de investigación restringida, pues solo así se evita la conversión de la investigación previa en instrucción. Se ha llegado en la práctica judicial al absurdo de que la prueba más destacada se aporta en la investigación previa, de espaldas al sindicado y a su defensor, para concluir en el desaguado de que la instrucción prácticamente solo se abre por la necesidad de vincular al imputado mediante la indagatoria o por la fórmula sustitutiva del emplazamiento.

I) *Término para la instrucción*

El art. 329 del nuevo estatuto procesal penal prevé que "La instrucción podrá realizarse mientras no prescriba la acción penal". Por ello el art. 438 dice que si no hubiera pruebas necesarias para calificar la investigación, el fiscal se abstendrá de cerrarla; y el art. 439 ordena que ante la ausencia de prueba para acusar o precluir la investigación, el fiscal continuará adelantando la instrucción.

El art. 329 es una norma regresiva: se volvió al sentido del art. 76, inciso final del decreto 522 de 1971 y del art. 14, inciso final de la ley 2ª de 1984. Se menospreció el contenido del art. 473 del decreto 50 de 1987, modificado por el art. 25 del decreto 1861 de 1989, que permitía la reapertura de investigación hasta por un año.

Tanto el art. 329 como el 439 son contrarios al art. 29 de la Const. Pol. (presunción de inocencia y debido proceso público oportuno, sin dilaciones injustificadas) y al art. 2° del C. de P. P.

J) *Investigación de autores y partícipes*

El art. 352, inciso 2° puede violar el derecho de defensa libre (Const. Pol., art. 29), y los principios de lealtad (C. de P. P., art. 18) e igualdad (art. 20 *ibíd*), porque propicia la vinculación tardía del imputado al proceso.

K) *Medidas de aseguramiento*

Por virtud del art. 248 de la Const. Pol., solamente la sentencia ejecutoriada constituye antecedente. Por ello se replanteó la causal tercera de detención preventiva regulada en el art. 421 del derogado C. de P. P. y quedó como lo dispone el art. 397, numeral 4, del estatuto vigente.

L) *Libertad del procesado*

El art. 415, numeral 3, inciso 2° del C. de P. P., viola el principio consagrado en el art. 28 de la Const. Pol. según el cual la regla es la libertad y la excepción

su restricción. Vulnere el art. 29 de la misma Carta, pues al verificar en primera instancia la presunción de inocencia, lo correcto es que se vuelva a capturar cuando se revoque. Pero como el art. 198 del C. de P. P. es desarrollo del art. 28 constitucional (principio de la libertad), entonces en el caso de los delitos de competencia de los jueces regionales no hay reciprocidad, se rompe el equilibrio, porque la detención sí se cumple de inmediato y la libertad, en cambio, se difiere hasta el momento del decisorio de segunda instancia. Trátase de un exceso de omnipotencia estatal, ajeno al sistema republicano y al Estado socioliberal y democrático de derecho (Const. Pol., art. 1º). Tal disposición desconoce fundamentalmente el principio rector de la presunción de inocencia, a cuyo tenor la persona no solo se considera inocente sino que "debe ser tratada como tal" (C. de P. P., arts. 2º y 4º).

M) *Calificación*

El art. 439 viola el principio de presunción de inocencia, en lo atinente al énfasis de que la persona "debe ser tratada como tal" (art. 2º) y el *in dubio pro reo*, postulado que curiosamente fue incorporado en el texto del art. 445, y que es derivación de aquel. El *in dubio pro reo* le dice al funcionario judicial que resuelva, aunque tenga duda metódica, en cambio los arts. 438 y 439, le permiten que no resuelva. Esta violación involucra el art. 443, en relación con el art. 36, porque no tratan al procesado como inocente sino como responsable. Por ello, el art. 458 del anteproyecto, por acatamiento a este principio, decía: "*Preclusión definitiva de la investigación*. La unidad fiscal decretará la preclusión definitiva de la instrucción, si no hubiere mérito para formular resolución de acusación".

Para poder condenar requiérese el grado de certeza objetiva, capaz de destruir la condición de inocencia del acusado (C. de P. P., art. 247). Consecuentemente, para una decisión absolutoria (la cesación o la preclusión lo son), no resulta imprescindible la seguridad sobre la inocencia, basta la duda.

Es lógico que a la acción penal o a la actividad jurisdiccional punitiva se anteponga dialécticamente la hipótesis de la inocencia del procesado, ya que de no ser así, carece de sentido el dispendioso proceso.

Principios, sí señores, principios, para no despachar alegremente esos misteriosos problemas del alma humana; para que no llegue el día en que un complejo mecánico, animado únicamente por la corriente eléctrica, pretenda resolver, en virtud de las cifras, sobre las cosas del espíritu; para que no se aproxime la hora en que la máquina se convierta en juez del ser viviente; algo demasiado espantoso (dice PAPINI), incluso para un hombre progresista, como me jacto de serlo. Principios para que no nos invada la rutina en tan delicada tarea de administrar justicia, porque el juez evidentemente es un ser social y no puede seguir siendo marginado, pero como dijera P. A. FEUERBACH, el padre del derecho penal liberal (autor del Código de Baviera-Alemania de 1813): "la justicia se le aparece como una diosa, cuyos templos son los tribunales y los sacerdotes, los jueces. Son muy distintos los deberes de los jueces de los de los hombres de gobierno. Frente a los demás funcionarios tienen el deber de no servir a ningún amo más que a la justicia".

El art. 417 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana)

Javier Llobet Rodríguez*

INTRODUCCIÓN

En el ámbito latinoamericano en general se considera que, como consecuencia de la presunción de inocencia¹, las causales de prisión preventiva solo pueden perseguir finalidades de aseguramiento procesal y no funciones de carácter penal². Ello no ha sido obstáculo para que algunos autores que propugnan que la prisión preventiva solo pueda dictarse con base en causales de naturaleza procesal, acepten

* Secretario de la Sala de Casación Penal de Costa Rica y Magister de la Universidad de Friburgo (Alemania).

¹ Art. 29 de la Constitución colombiana; art. 2º del C. de P. P. colombiano; art. 8º inciso 2º de la Conv. Am. D. H.

² Cfr. ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. 1, Argentina, 1969, pág. 325; ABALOS, *Código Procesal Penal de Mendoza*, t. 1, Argentina, 1982, pág. 6.; MAJER, *Derecho procesal penal*, t. 1 b., Argentina, págs. 252-289; Ídem, "La reforma al procedimiento penal de Costa Rica", en *Revista Judicial* (Costa Rica), núm. 47, 1989, págs. 278-279; DE LA RÚA/MAJER, "Informe sobre las «Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal»", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, 1982, pág. 90; CAFFERATA, "Puntos para insistir en materia de eximición de prisión y excarcelación", en *Excrcelación y eximición de prisión* (Editor: R. Levene), Buenos Aires, 1986, págs. 1-13; B. MINVIELLE, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal", en *Doctrina Penal* (Argentina), núm. 41, 1988, pág. 92; ABAL, "¿Cuándo disponer la prisión preventiva?", 1986, pág. 172; F. CRUZ, *La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho*, San José, 1989, págs. 113-120; TORRES, *Derecho procesal penal*, Panamá, 1973, pág. 125; LLOBET, *Código de Procedimientos Penales*, San José, 1991, págs. 306-307; G. VITELE, "Reforma fleuquina en materia de «excarcelación». Ley 1821. Su inconstitucionalidad", en *Doctrina Penal* (Argentina), 1990, págs. 470-471.

como causal de prisión preventiva el peligro de que el imputado continúe su actividad delictiva³. Frente a esta posición se ha pronunciado otro sector de la doctrina, el que ha alegado que la causal de peligro de reiteración quebranta la presunción de inocencia, ya que al perseguir la prevención especial, y no funciones de aseguramiento procesal, se convierte en una pena⁴ o en una medida de seguridad anticipada⁵.

La polémica al respecto ha quedado en el plano doctrinal, ya que en el legislativo la causal de peligro de reiteración se encuentra presente en las diversas legislaciones latinoamericanas⁶. El peligro de reiteración es regulado en Latinoamérica no solo al establecerse en forma directa "el peligro de que el imputado continúe su actividad delictiva", sino también en forma indirecta al contemplarse como causales de prisión preventiva o de denegación de la excarcelación el hecho de que el imputado sea

³ Aceptan el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva: VÉLEZ MARICONDE, *op. cit.*, t. I, pág. 338; J. CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, t. V, Argentina 1964, pág. 239; el mismo, "Medidas de coerción personal del imputado. Constitucionalidad de las normas que prohíben o limitan la libertad provisional", en *Cuadernos de los Institutos* (Argentina), núm. 121, 1973, pág. 91; J. BERNAL, "La detención durante el proceso penal", en *Hacia la justicia penal*, Buenos Aires, 1989, pág. 225; G. VILLARROEL, *Código de Procedimientos Penales Anotado*, La Paz, 1987, págs. 284-285; L. LÓPEZ, L. GRAETZER, "La excarcelación", en *La excarcelación y la eximición de prisión* (Editor: R. Levene), 1986, pág. 59; HUACUJA, *La desaparición de la prisión preventiva*, México, 1989, págs. 100-101. El Tribunal Constitucional costarricense declaró que la causal de peligro de reiteración es conforme a la Constitución. Se basó para ello en que dicha causal persigue la prevención especial, lo que es una función del derecho penal. Tribunal Constitucional, resolución del 2 de junio de 1992. Dicha resolución contradice la función procesal que debe cumplir la prisión preventiva, afirmada por el Tribunal Constitucional costarricense en diversas resoluciones, puesto que se autoriza con base en argumentos propios del derecho penal sustantivo.

⁴ Cfr. J. MAIER, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y situación en el proceso penal*, Argentina, 1981, pág. 84; MINVIELLE, *op. cit.*, pág. 92; A. ABAL, *¿Cuándo disponer la prisión preventiva?*, págs. 170-171; el mismo, "Régimen actual de la prisión preventiva", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, pág. 32; el mismo "Régimen de la prisión preventiva a partir de la ley 16058", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1989, págs. 156-157; F. PALACIO, "Captura, detención y libertad del imputado en el nuevo Código de Procedimiento Penales", en *Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 11, Bogotá, 1972, págs. 29-30; G. VITELE, "Reforma fleuquina en materia de excarcelación". Ley 1821. Su inconstitucionalidad", en *Doctrina Penal* (Argentina), 1990, págs. 471-472; F. CRUZ, *op. cit.*, págs. 119-120.

⁵ J. CAFFERATA, *El imputado*, Argentina, 1982, pág. 81; J. LLOBET, *op. cit.*, pág. 320. Desde este punto de vista se hace una semejanza entre la causal de peligro de reiteración y las medidas de seguridad que generalmente se contemplan en la legislación latinoamericana para los delincuentes habituales y profesionales. Paradójicamente en países como Colombia y Costa Rica, en los cuales se eliminaron dichas medidas de seguridad (por vía legal en el primer caso y por vía del control de constitucionalidad de las leyes en el segundo), se sigue contemplando en la legislación procesal penal el peligro de reiteración como causal para el dictado de la prisión preventiva o para la denegación de la excarcelación (art. 417, inciso 2º) del C. de P. P. colombiano; arts. 291 y 298 del C. P. P. costarricense. Interesante en lo atinente a Costa Rica es que la misma resolución que declaró inconstitucionales las medidas de seguridad a delincuentes habituales y profesionales, declaró la constitucionalidad del peligro de reiteración como causal para el dictado de la prisión preventiva. (Resolución del Tribunal Constitucional del 2 de junio de 1992).

⁶ Sin embargo, el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 no contempla el peligro de reiteración como causal para el dictado de la prisión preventiva.

"reincidente", "delincuente habitual" o "profesional", "tenga procesos pendientes", "haya sido excarcelado en otro proceso" o "haya sido condenado con anterioridad". Incluso puede estimarse como causal basada en el peligro de reiteración delictiva aquella contemplada en la legislación brasileña, según la cual se prohíbe la excarcelación cuando se está ante la contravención de vagancia y mendicidad (C. de P. P., art. 323, ap. 2). De esta tendencia a regular al peligro de reiteración como causal para el dictado de la prisión preventiva o de denegación de la excarcelación no escapa la legislación colombiana. Así, el art. 417, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal establece que no se tendrá derecho a la libertad condicional, salvo que estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la pena "cuando aparezca demostrado que en contra del sindicado existe más de una sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional".

Con el presente trabajo pretendo contribuir a la discusión en el ámbito latinoamericano con respecto a la causal de peligro de reiteración, refiriéndome a las principales discusiones que se han suscitado en Alemania con respecto a su compatibilidad con la presunción de inocencia.

1. REGULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

La Constitución Federal alemana no contempla en forma expresa la presunción de inocencia. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional [Bundesverfassungsgericht] ha considerado incluida la presunción de inocencia en el principio de Estado de Derecho (Ley Fundamental, art. 20)⁷, y un sector de la doctrina considera que la presunción de inocencia se deduce del principio de respeto a la dignidad humana [*Gebot der Achtung der Menschenwürde*] (Ley Fundamental art. 1º)⁸. En la Ordenanza Procesal Penal alemana tampoco se prevé expresamente la presunción de inocencia. Sin embargo,

⁷ Cfr. BVerfGE 19, 342 (347); BVerfGE 74, 370; BVerfG NJW 1990, págs. 2741; BVerfG EuGRZ 1992, pág. 122; K. KÜHL, "Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland" (Teil 1), en *ZStW* (Alemania), 1988, págs. 415; H. RÜPING, "Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren - Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens", en *ZStW* (Alemania), 1979, pág. 358; el mismo *Strafverfahren*, Alemania, 1983, pág. 68; D. SCHMALZ, *Grundrechte*, Baden Baden, 1991, pág. 283; K. NEHM, "Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Prozessrecht und Strafrecht", en *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Werwirklichkeit durch die Gerichte* (Editor: Ministerio Federal de Justicia), Munich, 1990, pág. 197; D. HABERSTHOH, "Unschuldsvermutung und Rechtsfolgeanspruch", en *NZSt* (Alemania), 1984, pág. 290; B. PIEROTH, P. SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht*, Heidelberg, 1990, pág. 110; T. STARKE, *Die einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach der Strafprozessordnung*, Baden Baden, 1991, págs. 44-45; K. MARXEN, "Medienfreiheit und Unschuldsvermutung", en *GA* (Alemania), 1980, pág. 372; T. LINSS, *Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis*, Gotinga, 1991, pág. 28.

⁸ Cfr. BVerfGE 74, 371; SAX, "Grundsätze der Strafrechtspflege", en *Die Grundrechte* (Compiladores: Bettermann y otros), t. II, Berlin, 1959, pág. 987; SCHORN, *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, Neuwied, 1962, pág. 23; E. ELIBOL, *Die Vermutung der Unschuld im deutschen und türkischen Strafverfahren*, Tübinga, 1965, pág. 64; T. STARKE, *op. cit.*, págs. 44-45; K. MARXEN, "Medien...", pág. 372; T. LINSS, *op. cit.*, págs. 31-33.

dicho principio sí fue regulado en las constituciones de diversos Estados de la Federación alemana [Bundesländer]⁹.

Dicho principio se encuentra también expresamente regulado en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6º, ap. 2)¹⁰ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inciso 2)¹¹, ambos ratificados por Alemania Federal.

2. EL PELIGRO DE REITERACIÓN DELICTIVA COMO CAUSAL DE PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

La causal de peligro de reiteración delictiva no estaba contemplada inicialmente en la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1877, ya que se quería mantener a esta libre de ideas preventivas¹². Debe reconocerse que algunas legislaciones procesales anteriores a la Ordenanza la habían previsto como causal¹³.

Durante el régimen nazi fue introducida en 1935 como causal de prisión preventiva, pero una vez que se terminó la Segunda Guerra Mundial fue derogada en 1950, ya que se estimó que no era compatible con los principios de un Estado de Derecho¹⁴.

En 1964 fue restablecida como causal de prisión preventiva con respecto a delitos sexuales. Con posterioridad se amplió la posibilidad del dictado de la prisión preventiva con base en dicha causal, siendo posible también con respecto a delitos que, de acuerdo con la experiencia, son cometidos en serie¹⁵.

La causal de peligro de reiteración es regulada por el § 112a OPP: "Existirá también motivo de prisión cuando el inculcado fuera muy fundadamente sospechoso de haber cometido: 1. un hecho según los §§ 44 174, 174a, 176 a 179 del Código Penal, o 2. reiterara o prosiguiera un hecho punible que menoscabara gravemente el

⁹ Bremen (art. 6º, inciso 3); Hessen (art. 20, inciso 2); Saarland (art. 14, inciso 2); Rheinland Pfalz (art. 6º, inciso 3); Berlin (art. 65, inciso 2).

¹⁰ "Toda persona acusada de un delito se presumirá inocente mientras no se haya probado legalmente su culpabilidad" (Conv. Eur. D. H., art. 6º, ap. 2).

¹¹ "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (Conv. D. Civ. y P., art. 14, inciso 2).

¹² Cfr. PAEFFGEN, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des U-Haftrechts*, Colonia y otros, 1986, pág. 140; J. BAUMANN, "Wird die Untersuchungshaft umfunktioniert?", en *JZ* (Alemania), 1969, pág. 136; H. CORNEL, "Die praxis der Verhängung von Untersuchungshaft und Möglichkeiten, sie durch das Angebot sozialpädagogischer ambulanter Hilfen zu vermeiden oder zu reduzieren", en *MschKrim* (Alemania), 1987, pág. 67.

¹³ Cfr. BAUMANN, *op. cit.*, pág. 136.

¹⁴ Cfr. E. GERNER, "Rechtseinheit im Strafverfahrensrecht", en *NJW* (Alemania), 1950, pág. 727; W. DALLINGER, "Zur Vereinheitlichung des Strafverfahrens", en *SJZ* (Alemania), 1950, pág. 727; H. CORNEL, *op. cit.*, págs. 67-68.

¹⁵ Cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1991, pág. 201; H. SCHÖCH, "Wird in der Bundesrepublik zu viel verhaftet", en *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin, 1987, pág. 993.

ordenamiento jurídico, según el § 125a, según los §§ 223a a 226, según los §§ 243, 244, 249 a 255, 260, según el § 263, según los §§ 306 a 308, 316a, del Código Penal, o según el § 29, ap. 1, num. 1, 4, 10, ap. 3, § 30, ap. 1 de la ley de estupefacientes, y hechos determinados fundaran el peligro de que antes de la condena firme cometerá otros delitos relevantes de igual clase, o proseguirá el delito, cuando fuera necesaria la prisión para prevención del peligro que amenaza y fuera de esperar en los casos del num. 2 una pena privativa de libertad de más de un año. En los casos del num. 2, presupondrá por regla general la aceptación de tal peligro, que el inculcado haya sido condenado a pena privativa de libertad dentro de los últimos cinco años a causa de un hecho punible de igual clase, con efectos de cosa juzgada..."¹⁶.

La causal de peligro de reiteración interviene con respecto a los delitos de abuso sexual de protegidos (C. P., § 174); abuso sexual de presos, custodiados por orden oficial o enfermos en establecimientos (ib., § 174a); abuso sexual de niños (ib., § 176); violación (ib., § 177); coacción sexual (ib., § 178); abuso sexual de incapaces de oponer resistencia (ib., § 179). Entra en función también con respecto a reiterados o continuados hechos de gravedad en el ámbito del quebrantamiento de la paz (ib., § 125a); lesiones (ib., §§ 223a-226), de quebrantos a la propiedad o al patrimonio (ib., §§ 243, 244, 260, 263); de la criminalidad violenta (ib., §§ 249-255, 306-308, 316a) y de la criminalidad de estupefacientes (§ 29, ap. 1, nums. 1, 4, 10 o ap. 2; § 30, ap. 1 de la ley de estupefacientes).

3. LA PROBLEMÁTICA ENTRE LA CAUSAL DE PELIGRO DE REITERACIÓN Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LA DOCTRINA ALEMANA

Ha existido una gran polémica en Alemania en lo relativo a si la causal de peligro de reiteración es compatible con la presunción de inocencia. Importante es que un sector de la doctrina ha dicho que, como consecuencia de la presunción de inocencia, la prisión preventiva debe cumplir funciones de aseguramiento procesal, de modo que se requiere que no cumpla funciones de prevención especial (ni general)¹⁷.

¹⁶ *El proceso penal alemán*, trad. de J. L. GÓMEZ COLOMER, España, 1985, págs. 307-308. El texto del artículo fue actualizado por mí.

¹⁷ Cfr. HASSEMER, "Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft", en *StV* (Alemania), 1984, pág. 66 ff; WOLTER, "Untersuchungshaft Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen", en *ZStW* (Alemania), 1981, pág. 454a ff.; JEHL, *Untersuchungshaft zwischen Unschuldsvermutung und Wiedereingliederung*, München, 1985, pág. 11; *Arbeitskreis Strafprozessreform. Die Untersuchungshaft*, Heidelberg, 1983, págs. 31-32; H. MÜLLER-DIETZ, "Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozess", en *ZStW* (Alemania), 1981, págs. 1268-1269; K. KRAUSS, "Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren", en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik* (Editor: Müller-Dietz), Colonia/Berlin/Bonn/München, 1971, pág. 161; T. LINSS, *op. cit.*, pág. 43; I. FACHAUSCHUSS, "Strafrecht und Strafvollzug des Bundeszusammenschlusses für Straffälligenhilfe. Stellung des Ausschusses", *Reform der Untersuchungshaft* (Editores: Müller-Dietz, H. Jung), Bonn, 1983, pág. 11.

Un sector importante, tal vez mayoritario, de la doctrina alemana defiende dicha causal. Se ha dicho así que la sociedad debe defenderse ante la posibilidad de que el imputado durante el proceso cometa nuevos delitos¹⁸. El propio Tribunal Federal Constitucional parte de este punto de vista para justificar dicha causal, ello a pesar de que reconoce que desempeña una función preventiva policial¹⁹. GNAM, defensor de esta tesis, sostiene que la opinión de que la causal de peligro de reiteración no es compatible con los principios propios de un Estado de Derecho es débil debido a su generalidad, y presenta el defecto de que el criterio del Estado de Derecho es visto de manera aislada, sea desde el punto de vista de una limitación de un determinado derecho constitucional, y no en relación con la necesidad de una protección de los derechos constitucionales en su totalidad²⁰. Solamente unos pocos como EBERHARD SCHMIDT han pretendido darle un fundamento procesal a la causal de peligro de reiteración y han dicho que dicha causal persigue una función de aseguramiento procesal, ya que la comisión de nuevos delitos por el imputado produce un retardo en el proceso, puesto que la investigación tendrá que abarcar también los nuevos hechos²¹.

Frente a ello, en general la doctrina alemana considera que la causal de peligro de reiteración es un cuerpo extraño en la regulación de la prisión preventiva, ya que esta no debe perseguir la prevención especial²². Algunos consideran que debería

¹⁸ B. WEILAND, *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens*, München, 1988, pág. 42; T. KLEINNECHT, G. JANISCHOWSKI, *Das Recht der Untersuchungshaft*, München, 1977, pág. 23; P. GNAM, *Die Wiederholungsgefahr als Grund für die Anordnung von Untersuchungshaft*, Erlangen-Nürnberg, 1972, pág. 245; W. HETZER, "Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft unter verfassungsrechtlichen Aspekten", en *Reform der Untersuchungshaft* (Editores: Müller-Dietz/Jung), 1983, pág. 51. Los defensores de esta causal en general sostienen que solamente en casos de excepción es admisible. Cfr. E. DIEMER-NICOLAUS, *op. cit.*, págs. 1694-1965; W. SCHÖCH, *op. cit.*, pág. 1007; O. RANFT, *Strafprozessrecht*, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, 1991, pág. 134.

¹⁹ BVerfGE 19, 349-350; BVerfG, NJW 1973, pág. 1365.

²⁰ P. GNAM, *op. cit.*, pág. 245.

²¹ Cfr. E. SCHMIDT, en MEYER, "Tagungsbericht. Bericht über das Kolloquium «Die Untersuchungshaft im ausländischen und deutschen Recht»", en *ZStW* (Alemania), 1970, pág. 1122; E. SCHMIDT, "Repression und Prävention im Strafprozessrecht", en *JR* (Alemania), 1970, pág. 207. También RUPRECHT persigue una justificación procesal de la causal de peligro de reiteración. Indica que una investigación completa de un hecho delictivo cometido depende de que el apresado por ese delito permanezca en prisión, a lo que se agrega que la ejecución posterior de la pena puede verse en peligro, debido a que la tendencia a la fuga aumenta con respecto a los reincidentes (R. RUPRECHT, "Verfassungsrechtssprechung zur Untersuchungshaft", en *NJW* [Alemania], 1973, pág. 1344).

²² Cfr. C. ROXIN, *op. cit.*, pág. 201; H. U. PAEFFGEN, "Haftgründe, Haftdauer und Haftprüfung", en *Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie* (Editores: A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend, Baden Baden, 1991, pág. 127); M. SEEBODE, "Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Vorbeugehaft", en *ZRP* (Alemania), 1969, pág. 26; C. CREIFELS, "Die Strafprozessnovelle", en *JR* (Alemania), 1964, pág. 1; H. H. JESCHECK, "Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform", en *Probleme der Strafprozessreform* (Editor: H. Lütter), Berlin/Nueva York, 1975, pág. 23; H. ZIPP, *Strafprozessrecht*, Berlin/Nueva York, 1977, pág. 121; J. WOLTER, "Allgemeiner Überblick über Ermittlungsmassnahmen und Verfahrenssicherung", en *Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie* (Editores: A. Eser/Kaiser/Weigend), Baden Baden, 1991, pág. 102; H. MÜLLER-DIETZ, "Die Stellung...", págs. 1268-1269; el mismo, "Problematik und Reform des Vollzuges der Untersuchungshaft", en *StV* (Alemania), 1984, pág. 83.

ser regulada por el derecho policial que, a diferencia del procesal penal, cae bajo la competencia de los Estados de la Federación [Bundesländer] y no del Estado Federal²³. La mayoría sigue el criterio de que debe ser regulada no en el apartado referente a la prisión preventiva, sino al lado de las medidas precautorias que se dictan durante el proceso, por ejemplo el internamiento provisional del supuesto inimputable²⁴, mientras que unos pocos se oponen no solo a la regulación como medida policial, sino también como medida de seguridad anticipada²⁵.

Algunos critican la causal de prisión preventiva basada en el peligro de reiteración por ser una pena anticipada, por cuanto persigue al igual que las penas la prevención especial²⁶, aunque la consideración sostenida en Latinoamérica como medida de seguridad anticipada encuentra poca acogida en Alemania²⁷. Así, resulta interesante con respecto a la presunción de inocencia que los propugnadores de la regulación como medida de seguridad anticipada consideren que ello no quebranta la presunción de inocencia, ya que lo que se regula es una presunción de "inculpabilidad" (presunción de inocencia)²⁸ y no una presunción de "no peligrosidad"²⁹.

La consideración de criterios de prevención por el derecho procesal es utilizada por algunos para defender la misma causal de prisión preventiva basada en el peligro de reiteración. Se dice así que una prueba de que al derecho procesal penal no le está vedado seguir criterios preventivos es que diversas medidas contempladas en la

²³ Cfr. I. ANAGNOSTOPOULUS, *Haftgründe der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr* (§ 112 Abs. 3. 112a StPO), Francfort, 1984, págs. 126-149.

²⁴ Cfr. H. H. JESCHECK, *op. cit.*, pág. 23; H. ZIPP, *Strafprozessrecht*, Berlin/Nueva York, 1977; J. WOLTER, "Untersuchungshaft...", págs. 488-489; ROXIN en MEYER, *op. cit.*, pág. 1126; O. RANFT, *op. cit.*, pág. 134.

²⁵ Cfr. *Arbeitskreis Strafprozessreform*, págs. 31-33.

²⁶ J. WOLTER, "Untersuchungshaft...", págs. 488-489; U. KLUG, "Rechtsstaatswidrige Vorbeugehaft", en *ZRP* (Alemania), 1969, pág. 2; H. U. PAEFFGEN, "Vorüberlegungen...", pág. 144.

²⁷ Una excepción a ello es RUDOLPHI, para quien el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva supone una medida preventiva de aseguramiento, resultando que bajo una estricta interpretación de la presunción de inocencia se prohíben las medidas de seguridad anticipadas. Sin embargo, luego se aparta de dicha consideración al decir en forma contradictoria que la regulación del peligro de reiteración como causal de prisión preventiva es aceptable cuando existen razones fundadas de que posteriormente el Tribunal va a ordenar el internamiento en un establecimiento de seguridad. H. J. RUDOLPHI, "Strafprozess im Umbruch", en *ZRP* (Alemania), 1976, pág. 170; el mismo, "Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus", en *JA* (Alemania), 1979, págs. 5-6. SCHMITT reconoce que la causal de prisión preventiva basada en el peligro de reiteración es una medida de seguridad anticipada, lo cual celebra como un resultado revolucionario, ya que implica la extensión definitiva del sistema de la doble vía al derecho procesal penal. (R. SCHMITT, "Strafprozessuale Präventivmassnahmen", en *JZ* [Alemania], 1965, pág. 245).

²⁸ El término que se utiliza con respecto a la presunción de inocencia en Alemania es "Unschuldsvermutung", que traducido literalmente sería "presunción de inculpabilidad".

²⁹ J. WOLTER, "Untersuchungshaft...", págs. 488-489. De acuerdo con GROPP la presunción de inocencia, como lo dice convincentemente WOLTER, no significa una presunción de no peligrosidad. W. GROPP, "Zur verfahrenslimitierten Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung", en *JZ* (Alemania), 1991, pág. 809. MÖLLER indica que las medidas provisionales no representan una pena anticipada, por lo que no se quebranta la presunción de inocencia (K. H. MÖLLER, *op. cit.*, págs. 215-216).

Ordenanza Procesal Penal alemana tienen como fundamento consideraciones de prevención de la colectividad, por ejemplo el internamiento provisional (OPP, § 126a); la prohibición provisional de profesión (OPP, § 132a) y la suspensión provisional del permiso de conducir (OPP, § 111a)³⁰. A ello contesta convincentemente PÄEFFGEN que el hecho de que dichas normas encuentren acogida en la Ordenanza Procesal Penal alemana no debe llevar a justificar la causal de prisión preventiva de peligro de reiteración, sino, por el contrario, debe conducir a rechazar también dichas normas³¹.

Un argumento que se da en favor de la causal de peligro de reiteración es que dicha causal es autorizada por el art. 5 ap. 1c) de la Convención Europea de Derechos Humanos³². Se contesta a dicha posición que aun cuando la causal estuviera autorizada por la Convención Europea de Derechos Humanos, ello no autorizaría un quebranto a la presunción de inocencia, ya que dicha convención supone solamente un mínimo de derechos, de donde resulta que la presunción de inocencia tiene en Alemania sustento constitucional (Ley Fundamental, arts. 1° y 20), pero en la Constitución no se regula la posibilidad de que se ordene la prisión preventiva con base en el peligro de reiteración³³.

³⁰ Cfr. PFEIFFER (Editor), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, 1987, pág. 414; D. SCHÜTZ, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei strafprozessualen Massnahmen*, Tubinga, 1969, pág. 55; H. KÜHNE, *op. cit.*, pág. 129.

³¹ H. U. PÄEFFGEN, "Vorüberlegungen...", págs. 147-148. De acuerdo con SEELMANN los §§ 111a, 126a y 132a OPP son difícilmente compatibles con la presunción de inocencia. (K. SEELMANN, "Die Ausschliessung des Verteidigers", en *NJW* [Alemania], 1979, pág. 1132). LINSS indica que el § 111a OPP representa una violación a la presunción de inocencia (T. LINSS, *op. cit.*, pág. 77). STARKE niega que el § 126a OPP quebrante la presunción de inocencia (STARKE, *op. cit.*, pág. 57).

³² Indica el art. 5°, ap. 1 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es legítima la privación de la libertad de un individuo "Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que haya cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido" (el subrayado no es del original). Cfr. BVerfG, *NJW* 1973, pág. 1365; T. KLEINKNECHT, "Gezetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetz", en *JZ* (Alemania), 1965, pág. 116; H. SCHORN, *op. cit.*, pág. 842; R. SCHMITT, *op. cit.*, pág. 194; T. KLEINKNECHT, K. MEYER, *op. cit.*, pág. 416; G. PFEIFFER (Editor), *op. cit.*, pág. 414; H. H. KÜHNE, *op. cit.*, pág. 129; J. BAUMANN, *op. cit.*, pág. 136; H. SPECK, *Die Geschichte der Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft, der Art und Weise der Verhaftung und der Überprüfung der Dauer der Untersuchungshaft in der Gesetzgebung seit etwa 1800*, München, 1969, pág. 181; E. DREHER, "Zweifelfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB", en *MRD* (Alemania), 1970, pág. 967. El principio 2, ap. 2 de la Recomendación R. (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa contempla como causal de prisión preventiva el peligro de reiteración en caso de delitos de gravedad.

³³ Cfr. H. U. PÄEFFGEN, "Vorüberlegungen...", págs. 160-161. Comparar con E. SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Gotinga, 1966, pág. 115), quien dice que el art. 5° de la Convención Europea no puede significar la justificación de la causal de peligro de reiteración, ya que a la Convención le faltan aquellos límites necesarios que surgen del principio de Estado de Derecho. A ello agrega que no existe ningún fundamento para considerar a la Convención como derecho natural.

4. TOMA DE POSICIÓN

Es reconocido que la prisión preventiva no puede convertirse en una pena anticipada, pero existen dificultades para diferenciar la pena de prisión de la prisión preventiva, ya que sus consecuencias, o sea la privación de libertad personal del imputado, son similares. La distinción entre la prisión preventiva y la prisión en realidad solo se puede hacer si se parte de los fines que persiguen una y otra. Si la prisión preventiva apuntara a los mismos fines que persigue la pena de prisión (o las medidas de aseguramiento), se convertiría en una pena (o en una medida de seguridad anticipada). Por ello *le está vedado a la prisión preventiva perseguir la prevención general o la especial*, ya que dichos fines deben ser perseguidos por el derecho penal sustantivo, pero no por el derecho procesal penal. De acuerdo con lo anterior *la prisión preventiva debe cumplir fines de aseguramiento procesal, lo cual implica que solamente pueden ser admitidas como causales de prisión preventiva la fuga, el peligro de fuga y el peligro de oscurecimiento*.

La causal de peligro de reiteración ha dado lugar a grandes discusiones en Alemania. *Si se parte de que de acuerdo con la presunción de inocencia la prisión preventiva no puede perseguir la prevención especial, hay que concluir que la causal de peligro de reiteración no soporta una confrontación con la presunción de inocencia*. No puede admitirse tampoco la privación de libertad del imputado con base en el peligro de reiteración como medida de seguridad anticipada, ya que la presunción de inocencia prohíbe tanto las penas anticipadas como las medidas de seguridad anticipadas. *No debe confundirse el término "presunción de inculpabilidad" (presunción de inocencia)³⁴ con el concepto de "culpabilidad" utilizado por el derecho penal sustantivo*, ya que la presunción de inocencia exige que se demuestre no solamente la culpabilidad, sino también la tipicidad y la antijuridicidad del hecho atribuido al imputado³⁵. En realidad *la argumentación que indica que no existe una presunción de "no peligrosidad" no es sino un fraude de etiquetas*, ya que a través de ella se llega a discutir solamente sobre el nombre y la "correcta" ubicación en el Código Procesal Penal del peligro de reiteración como causal de privación de libertad, pero no se niega la posibilidad de que se autorice dicha privación de libertad con base en el peligro de reiteración.

No puede tampoco aceptarse la pretensión de legitimar la causal de peligro de reiteración con base en el principio de proporcionalidad en sentido estricto³⁶.

³⁴ El término "Unschuldsvermutung" utilizado en Alemania, de acuerdo con una traducción literal, significa "presunción de inculpabilidad":

³⁵ Cfr. T. STARKE, *op. cit.*, pág. 43; K. MARXEN, *Straftatsystem und Strafprozess*, Berlin, 1984, pág. 344; KÖSTER, *op. cit.*, pág. 161; K. KÜHL, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, Colonia y otros, 1983, págs. 11-12.

³⁶ Concretamente en que el interés del imputado en permanecer en libertad debe ceder ante el interés de la colectividad en que el imputado no continúe su actividad delictiva.

Ello por cuanto *la presunción de inocencia, como consecuencia que es del principio de intangibilidad de la dignidad humana*³⁷, *no puede ser relativizada con base en el interés de la mayoría.*

La prohibición de perseguir fines de carácter preventivo es válida no solamente con respecto a la prisión preventiva, sino también en relación con otras medidas coercitivas, por lo que debe rechazarse la pretensión de justificar la prisión preventiva con base en que otras medidas coercitivas siguen criterios preventivos.

Tampoco puede aceptarse la justificación de la causal de peligro de reiteración con base en que la Convención Europea la acepta (art. 5° 1 c), ya que, como bien se ha dicho, la Convención supone solamente un mínimo de derechos, y así resulta que dicha causal no encuentra acogida en otras convenciones de derechos humanos, como por ejemplo, el Pacto de la ONU³⁸. Tampoco encuentra sustento en la Constitución alemana³⁹.

Debe rechazarse también la afirmación de que la causal de peligro de reiteración persigue una finalidad de carácter procesal, por cuanto se evita que el proceso se alargue ante la necesidad de investigar los nuevos hechos que se cometan. Si lo que se quiere es evitar que el proceso se prolongue, debido a que la investigación se complica con la necesaria investigación de nuevos hechos, lo correcto más bien sería tramitar la investigación referida a los diversos hechos por separado. Por otro lado, el aceptar como finalidad procesal el peligro de reiteración, llevaría al absurdo de tener que aceptar que la imposición misma de la pena cumple una función de carácter procesal, por cuanto al perseguir la pena funciones de prevención (general y especial) se produce un descongestionamiento de la administración de justicia⁴⁰.

Con base en todo lo anterior, debe concluirse que *el art. 417, inciso 2° del Código de Procedimiento Penal colombiano, es contrario a la presunción de inocencia*, debido a que, en definitiva, toma el peligro de reiteración como presupuesto para la denegación de la excarcelación, convirtiéndose así en una pena anticipada, al perseguir funciones propias de la pena y no de la prisión preventiva.

³⁷ Dice el art. 1°, inciso 1) de la Ley Fundamental alemana "La dignidad del hombre es intangible...". Confrontar con el art. 1° de la Constitución colombiana, que establece la obligación de respetar la dignidad humana.

³⁸ Tampoco encuentra acogida en la Convención Americana y en la Convención Africana de Derechos Humanos.

³⁹ Lo mismo puede decirse de las constituciones políticas latinoamericanas, las que contemplan en forma expresa (Constitución Política de Colombia, art. 29) o implícita la presunción de inocencia (por ejemplo art. 39 de la Constitución Política de Costa Rica), pero no autorizan la detención del imputado con base en el peligro de reiteración delictiva.

⁴⁰ La justificación de la función procesal de la causal de peligro de reiteración dada por RUPRECHT debe ser también rechazada, ya que el fundamento de dicha causal no es evitar que el imputado llegue a falsear la prueba o se fugue, sino evitar nuevos delitos del imputado. Que el reincidente tenga una tendencia a darse a la fuga es algo que solo puede ser analizado con base en las circunstancias del caso concreto.

ABREVIATURAS

BVerfG	Tribunal Federal Constitucional
BVerfGE	Resoluciones del Tribunal Federal Constitucional
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitung
GA	Gottdammer's Archiv für Strafrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristische Zeitung
MSchKrim	Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OPP	Ordenanza Procesal Penal alemana
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StV	Strafverteidiger
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

El jurado de derecho como instrumento de juzgamiento

Carlos Alberto Jaramillo Restrepo*

No obstante la reciente declaración de inconstitucionalidad del jurado de derecho por parte de la Honorable Corte Constitucional, la revista *Nuevo Foro Penal* me ha solicitado, con fines puramente académicos, la presentación de un resumen de los argumentos que en defensa de la exequibilidad del instituto hube de someter a consideración a lo largo de diversas conferencias llevadas a efecto en distintas ciudades del país el año pasado.

Con el objeto antedicho, creo procedente referirme, en primer lugar, a los planteamientos que se han venido haciendo para afirmar que la institución es inconstitucional, y posteriormente presentar la contraargumentación correspondiente, anotando de paso que, si bien es verdad que lo atinente a los factores de conveniencia no es presupuesto para el análisis de constitucionalidad, también lo es que, por razones de carácter ilustrativo, ello no debe dejar de tenerse en cuenta.

1. PLANTEAMIENTOS EN LOS QUE SE PRETENDE FUNDAMENTAR LA INCONSTITUCIONALIDAD

El principal argumento traído a cuento como sustento de la inconstitucionalidad del jurado de derecho, esgrimido inclusive, según entiendo, por quienes hacen parte del Consejo Superior de la Judicatura como motivación de su negativa a la elaboración de las listas correspondientes, estriba en la prohibición tácita que de administrar justicia por los particulares se colige del contenido del inciso cuarto del art. 116 de la Carta, que dice: "Los particulares pueden ser investidos tran-

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

sitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

En efecto, de la antedicha disposición se infiere que por estar taxativamente señalados los ámbitos en los cuales los particulares pueden declarar objetivamente el derecho positivo, no pueden hacerlo dentro de otro marco diferente, como sería el de la administración de justicia en materia penal.

Un segundo argumento en contra de la constitucionalidad de la institución tiene que ver con la posición que en torno al *Jurado de Conciencia* tuvo la Asamblea Nacional Constituyente para el momento en que se debatió el tema, posición que, según se ha informado, fue de plano negativa, y de ahí que se afirme que, de acuerdo con el espíritu del constituyente, el instituto puede considerarse desechado por aquel.

2. CONTRAARGUMENTACIÓN EN RELACIÓN CON LAS TESIS ANTERIORES

En lo que al primer punto respecta, vale decir, a la prohibición de la Carta Fundamental para que los particulares administren justicia en materias diferentes de las expresamente previstas por ella, según el inciso cuarto del art. 116, es absolutamente necesario advertir que es este mismo artículo el que, de acuerdo con la regulación normativa que sobre el Jurado de Derecho establece el decreto 2700 (CPP), legitima el instituto.

Lo anterior por las siguientes razones:

1ª) Si se observa con detenimiento el contenido del título II del libro III del Código de Procedimiento Penal, en el que precisamente se regula lo referente al Jurado de Derecho, bien puede verse cómo en los arts. 460, 462, 464 y 465, se hace referencia, tanto en la denominación como en el contexto de las disposiciones, a la locución *jueces de derecho*, con excepción parcial del art. 465, referente a la notificación, en el que si bien no se alude en la denominación de la norma a la susodicha locución, sí se hace mención de ella en su desarrollo.

2ª) Si se mira el art. 458 del Código de Procedimiento Penal, se colige que el Jurado de Derecho tiene por función asignada la de pronunciarse, mediante el veredicto, acerca de la responsabilidad del sindicado, lo cual implica una función detallada por la ley, que se compadece con lo que sobre el particular, en relación con los empleos públicos, estatuye el art. 122 de la Constitución Nacional, que declara: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento...” (inciso primero).

3ª) A su vez, el art. 459 del Código de Procedimiento Penal advierte que el cargo de Jurado de Derecho constituye una función pública.

4ª) Por su parte el art. 460 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al cargo de *juez de derecho* como de forzosa aceptación, y señala además que debe ser remunerado.

5ª) El ya mencionado art. 462 del Código, establece un claro régimen de inhabilidades para los *jueces de derecho*.

De conformidad con lo anterior, es evidente que el presidente de la república, en virtud de las facultades extraordinarias de que fuera revestido para expedir las normas del procedimiento penal, al tenor de la segunda parte del literal a) del artículo quinto de las disposiciones transitorias de la Constitución Nacional, creó, mediante la expedición del decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991 (Código de Procedimiento Penal), una nueva categoría de jueces, como es la de los denominados *jueces de derecho*.

En este orden de ideas, es indiscutible que al señalar el art. 116 de la Constitución las entidades o personas a quienes les corresponde administrar justicia y comprender dentro de ellas a los *jueces*, es precisamente dentro de esta misma categoría en la cual debe ubicarse a los *jurados de derecho*, en cuanto verdaderos jueces que como tales han sido creados, excluyéndoseles, por tanto, del marco propio de los particulares, razón por la cual la prohibición tácita que para estos trae la Constitución de administrar justicia en materias diferentes de las previstas en la disposición citada, no les es oponible como aparente fundamento del predicamento de inconstitucionalidad del instituto, pues bien claro está —y perdóneseme la insistencia— que los *jurados de derecho* no son particulares sino, como se expresara, verdaderos *jueces*.

Podría decirse en contraposición a lo anotado, si bien de una manera muy relativa, que al determinar el art. 66 del Código de Procedimiento Penal quiénes ejercen funciones de juzgamiento, se refiere, entre otros, a los jurados de derecho, sin emplear el término “*jueces de derecho*”, lo que bien puede explicarse no solamente por tratarse de una disposición general objeto de reglamentación posterior en el título pertinente, a saber, el II del libro III, sino además con fundamento en la llamada “*semántica simbólica*”, en virtud de la cual es corriente que en veces el legislador continúe utilizando terminologías tradicionales que en el presente caso se explicarían en relación con el otrora Jurado de Conciencia, sin que ello quiera decir, por razones obvias, que el Jurado de Derecho sea equivalente a aquella institución, ya desaparecida.

En lo que al segundo punto respecta, vale decir, aquel según el cual, de acuerdo con el espíritu del constituyente el jurado habría de ser desechado como instrumento de juzgamiento, cabe anotar que si en verdad ello fue así, la realidad es que el pronunciamiento negativo se hizo respecto del Jurado de Conciencia y no del Jurado de Derecho, que para el caso es un instituto absolutamente diferente de aquel, coincidente únicamente en la pluralidad de los miembros que lo conforman, y de ahí la improcedencia del argumento para sustentar su inconstitucionalidad.

Así las cosas, bien puede entonces concluirse que al establecer el art. 74 del Código de Procedimiento Penal los jurados de derecho para los delitos de homicidio de que conocen los jueces de circuito, se creó un mecanismo de juzgamiento mixto, constituido por dos categorías de jueces, como son la de los de derecho (*jurados*), a quienes les compete pronunciarse de manera genérica sobre la responsabilidad, y

la de los jueces de circuito propiamente dichos, a quienes les corresponde, con fundamento en el veredicto emitido por los primeros a título de presupuesto, pronunciarse tanto sobre su evidencia o contraevidencia como sobre las consecuencias que jurídico-penalmente de ello se derivan (tasación de la pena, etc.), concretando así su función de declaración objetiva del derecho positivo como materialización del acto de administrar justicia.

3. FACTORES DE CONVENIENCIA DEL INSTITUTO

Partiendo de que la conveniencia o inconveniencia no es presupuesto de la constitucionalidad de las normas legales, es importante tener en cuenta, como se dijera en principio, a título ilustrativo, las razones por las cuales el Jurado de Derecho es conveniente.

En primer lugar, mediante esta forma de juzgamiento se garantiza la autonomía que debe existir para el juzgador, como quiera que el mecanismo de control para los jueces de derecho radicaría en la facultad que de declaratoria de contraevidencia tiene el juez de circuito, de manera que este, en lo que a la responsabilidad del sindicado respecta, no está sujeto a la posición que sobre el particular tenga el superior jerárquico, de quien, en última instancia, pende su estabilidad laboral.

En segundo lugar, mediante el Jurado de Derecho, habida cuenta de la pluralidad de los miembros que lo constituyen, se da lugar a que, en tratándose del delito más grave que existe, como es el homicidio, que a su vez tiene multiplicidad de factores causales y condicionantes explicativos, se presente correlativamente pluralidad de apreciaciones desde el punto de vista de la normatividad establecida, acreando como consecuencia que el contenido de la veredicción sea mayormente objetivo al de la valoración que sobre el hecho pudiere hacer el juez individualmente considerado.

Se ha sostenido como factor de inconveniencia la dificultad para la conformación de las listas, lo cual, en realidad, no es un obstáculo serio si se piensa en el número de abogados que existen en el país de conformidad con la cantidad de tarjetas profesionales expedidas por el Ministerio de Justicia, muchos de los cuales estarían dispuestos a prestar el servicio, en la medida en que este sea razonablemente remunerado, como ha ocurrido con la defensoría pública.

Espero así haber resumido, con una finalidad estrictamente académica, los argumentos que en distintas ciudades del país he presentado en sendas conferencias para demostrar que el Jurado de Derecho, tal como fue concebido por el Código de Procedimiento Penal, es constitucional.

La ejecución de sentencias en el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano*

Plinio Posada Echavarría**

“Cuando descendemos hacia los más pobres y oprimidos de nuestra sociedad, percibimos de inmediato que dado lo miserable de sus condiciones de vida, sería imposible administrar humanamente una prisión sin hacer que el destino de muchos criminales fuese superior al de una parte considerable de la población libre. Si en términos de miseria humana la prisión no resulta inferior al *slum* (barrio bajo, «tugurio»), este se vaciará y se llenarán las prisiones”.

BERNARD SHAW

1. INTRODUCCIÓN

El novísimo estatuto procesal penal en esta materia ha consultado la más autorizada doctrina, la cual propugna que la vigilancia de la ejecución esté en cabeza de un órgano jurisdiccional especializado, a quien denomina “juez de ejecución de penas y medidas de seguridad” (art. 75), funcionario que las respectivas legislaciones de España, Italia y Alemania llaman “juez de vigilancia penitenciaria”¹ y al que

* Conferencia dictada en la ciudad de Medellín el día 20 de febrero de 1992, por invitación que le hiciera el Colegio Antioqueño de Abogados, durante el Seminario sobre el nuevo Código de Procedimiento Penal, y a la cual se le han hecho algunos ajustes para esta publicación.

** Juez 17 Penal del Circuito de Medellín. Profesor de Teoría del Delito y Probatorio Penal de la Facultad de Derecho de la U. de Medellín.

¹ En este último país las funciones del juez de vigilancia se dividen entre la Fiscalía y el Tribunal del Land (o Tribunal de Estado federado). Cfr. JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1985, págs. 229, 463 y 592.

en Francia se le da el nombre de "juez de ejecución de penas". No obstante, Brasil es el primer país en regular la institución del juez penitenciario que, junto con el Consejo Penitenciario, constituyen los dos organismos fundamentales en materia de ejecución penal². En verdad, pues, en esta materia el Código resulta novedoso y sin antecedentes frente a los estatutos que le preceden. De esta manera se da inicio a la jurisdicción penitenciaria, lo cual reclama desde ya la implantación de un derecho procesal penitenciario como instrumento para atender todas las demandas de los reclusos, en función de los derechos que hoy se les reconocen. Por fin comenzamos a poner en práctica el sistema de ejecución de penas y medidas de seguridad, que desde 1955 habían recomendado las Naciones Unidas.

Antes de proceder a examinar en concreto lo que comprende este particular tema, es del caso hacer breve referencia a elementales conceptos que aparecen perfectamente relacionados con el asunto, pretendiendo con ello brindar una visión panorámica de este.

2. LA SENTENCIA

A) Concepto

Es un acto intelectual por medio del cual el Estado, por conducto de los órganos judiciales competentes, declara la tutela que otorga el derecho violado y aplica la sanción que corresponde al caso concreto³. Se llama sentencia, derivándola, según ALSINA, del término *sentiendo*, que en castellano equivale a sintiendo, porque el juez declara lo que siente, con arreglo a los autos⁴. La sentencia es el fin esencial del proceso, porque en ella convergen y se deciden todas las cuestiones que constituyen su objeto.

En la acepción de la ley, sentencia es la decisión sobre el objeto del proceso, conforme lo establece el art. 179 del C. de P. P.

B) Elementos

La sentencia comprende dos elementos: el volitivo y el lógico. El primero es la manifestación de la voluntad soberana del Estado, que tiene que cumplirse; el segundo es el más importante por cuanto constituye el fundamento del fallo y debe contener los razonamientos legales en que se apoya, pues no basta con que se exprese la voluntad soberana del Estado, si no se encuentra regida por una apreciación lógica y jurídica de los hechos⁵.

² Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, Madrid, Edit. Civitas, S. A., 1985, pág. 89.

³ Cfr. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Derecho procesal penal mexicano*, México, Edit. Porrúa, S. A., 1988, pág. 232.

⁴ Cfr. JORGE EDUARDO VASQUES ROSSI, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fe, República Argentina, Rubinzal y Culzoni, S. C. C., Editores, 1985, pág. 459.

⁵ Cfr. J. J. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *op. cit.*, pág. 232.

C) Clasificación

Las sentencias se dividen en condenatorias y absolutorias. Las primeras son precedentes cuando obra en el proceso prueba legal que conduzca a la certeza del hecho punible y a la responsabilidad del sindicado, conforme lo establece el art. 247 del C. de P. P. Las segundas se fundamentan en la falta de los anteriores presupuestos, o suponen la comprobación de la inocencia del sindicado.

Examinada la sentencia desde el punto de vista del derecho procesal, es necesario afirmar que tiene la categoría de un acto procesal. Ha de ser clara y congruente, vinculando el hecho con el derecho para poder decidir las relaciones jurídicas planteadas, y concluir en fórmulas precisas, en consonancia con las motivaciones y fundamentos legales en que se apoya. La vaguedad en el contenido, el empleo de términos inapropiados y confusos y la falta de congruencia en el razonamiento en relación con las conclusiones, producen la irregularidad en el fallo. La falta de motivación en cualquiera de sus aspectos de importancia, como frente a la dosificación de la pena, es constitutiva de nulidad en el vigente estatuto, conforme a las previsiones de los arts. 304 y 308-5, pues la inexistencia como sanción de los actos procesales no fue regulada como tal. Es preciso decir, además, que en la nueva Carta Política no existe una norma equivalente al art. 163 de la anterior, según el cual "Toda sentencia deberá ser motivada".

Resulta de importancia anotar, respecto del empleo de términos inapropiados, cómo los textos de algunas sentencias en nuestro medio judicial se hallan plagadas no solo de ellos, sino de otros con un contenido injurioso, cuando para referirse en ellas al sindicado se emplean expresiones como el "ratero", el "truhán", el "hampón", etc. Específicamente, en relación con este aspecto, existe norma expresa que prohíbe el uso de calificaciones ofensivas contra los sujetos procesales (cfr. art. 185 del C. de P. P.). Dentro de los términos inapropiados cabe también considerar aquellas frases de cajón con las cuales se suelen despachar de un solo tajo las alegaciones del defensor, tales como "el despacho respeta los argumentos de la defensa, pero no los comparte", sin exponer la razón para disentir de ellos.

D) Requisitos

Son de dos clases: sustanciales o de fondo, y formales. Los primeros aparecen señalados en el art. 247 del C. de P. P.; los segundos se encuentran, a más de los consagrados en el art. 180 *ibidem*, en el art. 187 de la misma obra, pues la sentencia es un acto procesal.

E) Efectos

La sentencia, como acto jurisdiccional, produce efectos jurídicos como los siguientes: pone fin a la relación procesal; la ejecutoriedad; el tránsito a cosa juzgada.

En relación con cada uno de tales efectos, cabe esta breve explicación: *pone fin a la relación procesal*, lo cual quiere decir que el debate o juicio ha concluido, y respecto de la responsabilidad debatida concluye la jurisdicción del juzgador. Esto último lo demuestra el hecho de que el fallador no tiene aptitud legal para

reformular o revocar su propia sentencia, excepto en lo accesorio (como p. ej. error aritmético, error en el nombre del sindicado o de omisión sustancial en la parte resolutoria). En esta materia el art. 211 del estatuto en examen introduce una novedad consistente en que el juez podrá hacer las correcciones en los casos señalados, en cualquier tiempo, vale decir, no se supedita esta labor únicamente al término de ejecutoria, tal como lo disponía el derogado art. 216 del Código anterior.

Pero la disposición en comento guarda silencio en cuanto a la naturaleza de la providencia mediante la cual se corrige el error. Ha de entenderse que dando aplicación a la norma rectora consagrada en el art. 21, puede acudirse a lo regulado en el procedimiento civil por el art. 309 y así, entonces, la corrección se hará mediante auto complementario de naturaleza interlocutoria.

Un segundo efecto de la sentencia es la *ejecutoriedad*. Ello significa que los mandamientos contenidos en ella deben cumplirse obligatoria e inexorablemente, mientras no sean revocados por autoridad superior competente.

Conforme al art. 198 del estatuto rituario, las providencias judiciales se cumplen una vez alcancen ejecutoria, con excepción de las relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, que se cumplirán de inmediato. No obstante, el abolido art. 198 del decreto 50 de 1987 hacía la necesaria aclaración en cuanto a que si las medidas allí contempladas estaban "contenidas en providencias apelables en el efecto suspensivo", se cumplían de inmediato; sin embargo, ello no aparece consagrado en el nuevo ordenamiento procesal. En cambio dispone, y esto es una novedad, que si se niega el sustituto penal de la condena de ejecución condicional, la captura únicamente podrá ordenarse cuando esté firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin beneficio de excarcelación. Es, pues, una norma más que el funcionario judicial ha de tener en cuenta cuando se encuentre frente a situaciones de captura (arts. 370 y ss.).

El último efecto es el relativo al *tránsito a cosa juzgada*, considerado generalmente como el más importante de la sentencia. Nuestra Constitución lo eleva a la categoría de derecho fundamental en el art. 29. Asimismo, dentro del estatuto punitivo tiene el carácter de norma rectora (art. 9°).

La cosa juzgada se predica de las sentencias ejecutoriadas o firmes, y puede entenderse en dos sentidos: formal y material. En el primero, la cosa juzgada consagra el principio de que la sentencia no puede ser impugnada, bien porque el recurso sea improcedente o porque, aun siéndolo, haya pasado el término señalado en la ley para interponerlo (cfr. arts. 196 y 223).

En sentido material, existe cuando la sentencia tiene el carácter de irrevocable. Rige el principio *ne bis in idem*, el cual impide que se reviva un proceso sobre los mismos hechos, sobre el mismo objeto y sobre la misma persona.

En el nuevo Código también tienen el carácter de cosa juzgada los autos a que se refieren los arts. 34, 36 y 39, proferidos, según la fase procesal, por el fiscal y el juez. Como las medidas de seguridad son aplicables a los inimputables

en su protección y en el de la comunidad, con el criterio complementario y colimitador de la peligrosidad criminal, sin rebasar los criterios jurídicos de la responsabilidad subjetiva, como lo acota FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁶, no puede afirmarse que prevalezca el principio de la cosa juzgada en la fase ejecutiva del proceso. Recuérdese que mientras las penas son inmodificables una vez esté firme la sentencia, las medidas de seguridad son sustancialmente modificables en cualquier momento de su ejecución, sin afectar los rigurosos límites de la ley, por las que resulten más adecuadas a su eficacia y a la personalidad del sujeto (C. P., art. 99) y pueden suspenderse condicionalmente, después de ese límite mínimo hasta por diez años si se dan los presupuestos exigidos por la ley (ib., arts. 94, 95, 96 y 100).

4. LA EJECUCIÓN PENAL

A) Concepto

La ejecución penal es la actividad judicial cumplida por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, tendiente a dar cumplimiento a los mandamientos dispuestos en una sentencia firme. Ella está constituida por el conjunto de actos necesarios para la realización de la sanción contenida en una sentencia definitiva de condena del juez o tribunal competente.

Se resuelven aquí todas aquellas cuestiones que pueden surgir después de alcanzar firmeza la sentencia penal, para lo cual el nuevo ordenamiento dispone un especial procedimiento cuyo cumplimiento coloca en cabeza de un órgano especializado, vale decir, en el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

B) Naturaleza jurídica

Un sector de la doctrina discute si ella entra en la órbita del derecho penal material o en la del derecho procesal, o si pertenece al derecho administrativo, considerando que en el derecho penitenciario predominan las normas de este último. Las tres tienen defensores.

Para otro sector de la doctrina, la institución se halla regida por normas de derecho administrativo, de derecho penal y de derecho procesal. En lo que atañe a la vinculación de la sanción al derecho subjetivo estatal de castigar, o *ius puniendi*, la ejecución penal entra en el derecho penal material.

En lo que respecta a la vinculación con el título ejecutivo, entra en el derecho procesal penal y, en lo que dice relación con la actividad ejecutiva verdadera y propia, entra en el derecho administrativo.

La doctrina alemana considera que la ejecución penal es un acto esencialmente jurisdiccional, vale decir, que el deber del juez no termina con la emisión de la sentencia; que si decidió, con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, imponer una pena a una persona determinada, es indiscutible que no puede desenten-

⁶ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 159.

derse de la eficacia del tratamiento impuesto al condenado. Por su parte, los autores franceses estiman que la ejecución de la sentencia está a cargo de manera exclusiva de las autoridades administrativas, en tanto que los italianos concilian las dos doctrinas y admiten que en la etapa de ejecución intervengan tanto autoridades judiciales como administrativas⁷.

Es de importancia distinguir entre ejecución de la sentencia penal y ejecución de la pena, o mejor, entre "ejecución" y "cumplimiento de las penas". En las sentencias que implican penas, el cumplimiento de las sanciones supone una regulación y una actividad administrativa (penitenciaria), es decir, no procesal. Tómese en cuenta que cuando en un proceso concluido con sentencia condenatoria y con procesado privado de la libertad, una vez se reciba la resolución del Instituto Penitenciario y Carcelario⁸ en la que se señala el centro de reclusión donde habrá de purgar la sanción impuesta al condenado, termina la competencia del juez que profirió la sentencia, en orden a su ejecución, adquiriéndola el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, quien, de acuerdo con las específicas atribuciones que se le otorgan en el art. 75 del novísimo ordenamiento, se encarga de decidir los incidentes que surjan en esta etapa. Es de aclarar que mientras el Consejo Superior de la Judicatura no cree los cargos de jueces de ejecución de penas, la competencia que la ley les asigna a estos será ejercida por el juez que haya pronunciado la sentencia.

Forman, pues, actividad procesal de ejecución los actos de los órganos judiciales competentes (hoy jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad).

Constituyen actividad penitenciaria administrativa los actos de otros órganos del Estado que tienen a su cargo la realización material de las penas, conforme a las resoluciones de ejecución del órgano jurisdiccional. Los incidentes de ejecución son, pues, pura actividad procesal; por el contrario, la ejecución material de las penas es actividad administrativa.

C) El título ejecutivo

Presupuesto necesario de la ejecución penal es la existencia de un título ejecutivo, esto es, el documento que contiene la sentencia firme o ejecutoriada, o sea, contra la que no proceden los recursos ordinarios ni el extraordinario de casación y que no está sometida al grado jurisdiccional de la consulta. En resumen, la que ha adquirido autoridad de cosa juzgada.

5. EXAMEN DE LA NORMATIVIDAD SOBRE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

A) Ubicación

Las normas están contenidas en el libro IV, título I, capítulos I a VIII, arts. 500 a 537 del C. de P. P.⁹.

⁷ Cfr. sobre doctrina extranjera citada, a JUAN JOSÉ BUSTAMANTE GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 316.

⁸ Denominación que hoy le da el decreto 2160 de 1992.

⁹ Publicado en el *Diario Oficial*, núm. 40190 de noviembre 30 de 1991.

B) Ejecución de penas

En el art. 500 se advierte cómo el legislador en materia de ejecución de penas acoge el sistema mixto o el seguido por la doctrina italiana, pues deja en manos de una autoridad gubernamental (Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario, antes Dirección General de Prisiones) la ejecución material de las penas y medidas de seguridad, y a una autoridad jurisdiccional le encarga de la vigilancia y control de esa ejecución. Dicha autoridad, cuando el Consejo Superior de la Judicatura cree los respectivos cargos, será el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad; mientras ello no ocurra, el competente para esta función es el juez que haya proferido la sentencia.

De otra parte, el ministerio público puede intervenir durante esta fase interponiendo los recursos que estime del caso, por lo que ha de ser notificado de todas las providencias que atañen con esta materia.

En su art. 503 el Código asigna a la Dirección General de Prisiones (hoy Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario) la función de crear un grupo interdisciplinario. Dos inquietudes surgen respecto de la efectividad de esta norma. La primera se desprende del texto legal cuando dice que dicho grupo podrá integrarse con "el médico...", y al mencionar a los demás profesionales emplea en su redacción la anteposición del artículo indeterminado de género masculino "un", mientras que para referirse al médico lo hace anteponiendo el artículo determinado en género masculino y número singular "el" similar giro adopta para hacer mención del director del establecimiento carcelario. Ello da pie para pensar que el mentado grupo interdisciplinario va a quedar reducido a la persona del médico y del director, o sea, los que siempre han figurado al frente de los establecimientos carcelarios, con la necesaria aclaración de que no en todos, pues su gran mayoría solo cuentan con un director.

La otra inquietud surge con la frase final de la norma, cuando dice que dicho grupo podrá integrarse "de acuerdo con las capacidades de cada centro de reclusión", pues no logramos entender su sentido y alcance. ¿Capacidades de qué naturaleza serán las que ella alude? ¿Serán de tipo económico? ¿de funcionalidad? ¿de albergue? Si lo primero y lo segundo, que se complementan, pensamos que dicho grupo interdisciplinario no podrá funcionar en el 98% de las cárceles del país. Pudo haber funcionado —y quizás para ella fue diseñado— en la recién desaparecida cárcel "cinco estrellas" de La Catedral. Ahora, si dicha capacidad se refiere a la de albergue de detenidos, en manera alguna encuentra justificación que aquel grupo no se conforme, pues así sea uno solo el prisionero, caso sumamente raro de presentarse, este reclama merecida y digna atención del Estado, pues no debe olvidarse, y mucho menos ahora bajo el imperio de la nueva Constitución, como lo anota certeramente SINNING O'MEARA, que "El detenido es el hombre y este es el centro del Universo en una sociedad no esclavista sino profundamente humana y comprensiva, y además democrática y cristiana"¹⁰.

¹⁰ Cfr. JOSÉ LUIS SINNING O'MEARA, *Código Penitenciario Colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 24.

De todas maneras, así la disposición despierte desconfianza en su aplicabilidad, es del caso destacar que ella aparece diseñada con un alto sentido humanitario y garantista. Ya se verá mediante qué mecanismos se consigue que el mencionado grupo opere en todos nuestros centros carcelarios y penitenciarios.

Para alcanzar el correcto entendimiento del art. 504, proponemos la técnica de una interpretación sistemática de los arts. 75-2, 186, 500, inc. 2°, 502 y 506 de la misma obra. Luego de lo cual concluimos que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, en ejercicio de la específica competencia que tiene para la verificación del lugar y las condiciones en que deba cumplir el condenado la pena impuesta mediante sentencia ejecutoriada, y después de recibir la cartilla biográfica y la copia de la sentencia que le remite el director del centro penitenciario donde se encuentra el condenado, pasa a fijar, mediante auto de sustanciación, el día y la hora para la celebración de la audiencia, auto que ha de notificar al penado, a su defensor y al ministerio público; a continuación procede en la forma indicada en la norma objeto de examen. Pero a pesar de este esfuerzo hermenéutico, el intérprete tropieza con una nueva dificultad: así como a primera vista la norma no cuenta con un antecedente previo y necesario para la celebración de la audiencia a que ella se refiere, de igual manera se comporta frente a lo que ha de decidirse. Pues, adviértase, apenas habla de “discutir”, sin ocuparse del qué y el cómo se resuelve. Palabra más, palabra menos, se celebra una audiencia para discutir. Es que tampoco una norma subsiguiente u otra posterior reglamentan lo que habrá de decidirse en relación con el tratamiento penitenciario que resulte adecuado para un condenado en particular. Muy lamentable este singular vacío, ya que esta es una de las más importantes funciones que debe cumplir la nueva figura del juez de ejecución. Estaremos a la espera de las recomendaciones jurisprudenciales y doctrinarias que surjan para el entendimiento y desarrollo de esta disposición.

La norma contenida en el art. 505 constituye una novedad sin precedentes en materia procesal, al consagrar la acumulación jurídica de penas, que supone la aplicación de la pena más grave con una intensificación determinada, lo que indiscutiblemente resulta beneficioso para el condenado, frente a un sistema que considera la acumulación aritmética de penas. La disposición extiende la aplicación de los arts. 26, 27 y 28 del C. P. a las siguientes situaciones: en caso de delitos conexos que se hubieren fallado independientemente, y en casos en los que se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. Para ambas situaciones dispone el artículo que la pena infligida en la primera sentencia se tendrá como parte cumplida de la pena por imponer.

Así, entonces, con la competencia específica que le otorga el art. 75-3 al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, este debe retasar en cada caso la pena que en definitiva descontará el condenado, tomando como pena base aquella quearezca mayor entre las que ha de acumular.

A pesar de la trascendencia e importancia y de lo novedoso del sistema de acumulación jurídica de penas, adoptado por la ameritada disposición, ella guarda absoluto silencio sobre el procedimiento que deba seguirse para lograr su correcta

aplicación. No se está exigiendo que el Código incluya aquí una completa casuística, sino que por lo menos, hubiese indicado algunos derroteros, como lo hace en otros asuntos que guardan alguna similitud con la materia, como por ejemplo en la acumulación de procesos, donde señala su procedencia, improcedencia, petición de informes, oportunidad, etc.

Consagra también el artículo el cómputo de la detención preventiva como parte cumplida de la pena, para el inimputable que hubiere permanecido bajo medida de seguridad; la situación inversa, esto es, el tiempo que hubiere permanecido el inimputable en establecimiento carcelario, habrá de computarse, según los arts. 428 del C. de P. P. y 102 del C. P., como parte del tiempo requerido para el cumplimiento y suspensión de la medida de seguridad.

Es preciso tener presente que la aplicación de la norma en examen únicamente resulta posible siempre que los procesos contentivos hubieren sido en su momento susceptibles de acumulación, pero que por razones de diversa índole dicha integración no se haya podido lograr. Esta acotación es válida respecto de lo previsto en la primera parte de la disposición, que consagra la posibilidad de acumulación jurídica de penas para los casos de rompimiento de la unidad procesal, es decir, solo procede para tales situaciones; en cambio la segunda parte es demasiado amplia, pues posibilita dicha acumulación frente a un sinnúmero de casos. Ante la primera situación piénsese, por ejemplo, en un proceso por los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, respecto a uno de los cuales —el de homicidio— hubo aplicación anticipada de la pena (C. de P. P., art. 37), debiendo continuar el proceso por el otro hecho punible —porte ilegal de arma de fuego de defensa personal—, que llegado a terminar con sentencia condenatoria, haría así posible la acumulación jurídica de penas.

No sobra recordar el sentido y alcance de la expresión “hasta en otro tanto”, que trae el art. 26 del C. P., y que ha de tenerse en cuenta al momento de realizar la acumulación jurídica. Al respecto, dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de septiembre de 1940, que “...indica un máximo imponible solo en ocasiones extraordinarias...”¹¹. Y en casación del 11 de julio de 1946 adoctrinó sobre el siguiente tema, que guarda cabal relación con lo examinado. En efecto: “Es bien sabido que el sistema legal adoptado entre nosotros en caso de concurso de delitos es el de la llamada acumulación jurídica, de conformidad con lo cual establecida la pena para el delito más grave, esta se puede aumentar hasta en otro tanto, pero es natural que el aumento por razón del delito de menor entidad no puede sobrepasar a la cantidad máxima de pena señalada para la más leve infracción, pues de lo contrario se incurriría en el error de sumar aritméticamente la pena para acumular, violando la ley en el sentido de que la pena del delito menor podría llegar a ser superior a la cuantía máxima para él prefijada en la ley. Es claro que para hacer las correspondientes operaciones el juez debe partir de la pena correspondiente

¹¹ Cfr. LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, pág. 213.

al delito más grave para luego acumular la del delito o delitos más leves, según el caso. Pero no es dable hacer la operación hablando simplemente de la existencia de los dos delitos y señalando la pena sin que se haya dicho previamente cuál sea la pena básica a la que deba sumarse el aumento a que se refiere el artículo 33...¹².

Las anteriores enseñanzas resultan de mucha utilidad para la labor de acumulación jurídica de penas. Así, entonces, haciendo los cambios de rigor, para efectos de dicha tarea ha de partirse de la pena básica, que en este caso aparece determinada por aquella sentencia que traiga impuesta la pena mayor; luego se aplica la regla del mentado art. 26 del estatuto represor, observando cuidadosamente las sabias indicaciones que recoge la precedente compulsión. Debe, pues, quedar claro que el juez que disponga la acumulación jurídica de penas no está facultado para examinar aspectos relacionados con la tipicidad de las conductas juzgadas, ni puede revivir debates ya superados en relación con la prueba contenida en los procesos donde recayó el fallo de condena, ya que ello se escapa de sus atribuciones, máxime cuando se trata de sentencias pasadas de autoridad de cosa juzgada.

Los beneficios que afloran de la comentada disposición son indiscutibles, pues con su aplaudida inclusión en el Código se evitan las gravísimas consecuencias que se derivan de una acumulación aritmética de penas a que se veían abocados aquellos condenados respecto de quienes no se hizo una acumulación oportuna de procesos.

Para la aplicación actual de esta norma debe acudir al art. 15 de las normas transitorias del C. de P. P., del cual se deduce que aquella tarea corresponde al juez que profirió la sentencia, pues no han sido creados los cargos de jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, de donde se han suscitado algunos inconvenientes, frente a los cuales se sugieren estas recomendaciones: a) si son funcionarios de distinta jerarquía los que han pronunciado la sentencia impositiva de una pena privativa de la libertad, corresponde al de mayor jerarquía acumular jurídicamente las penas; b) si las penas fueron impuestas mediante sentencias proferidas por funcionarios de la misma jerarquía, corresponde acumular al juez donde primero se hubiere ejecutoriado la sentencia; c) si persiste esta situación habrá de acumular el juez que hubiere celebrado primero la diligencia de audiencia pública; d) obvio es decir que la condición para la acumulación será la presencia de dos o más sentencias condenatorias sucesivas pendientes del respectivo descuento de pena por parte del condenado. Esto es, que en un proceso concluido con fallo adverso al sindicado, donde este ya hubiese purgado la pena que se le infligió, no es susceptible de acumulación jurídica de penas en un subsiguiente proceso, por sustracción de materia; e) el juez que pretenda la acumulación, bien de oficio, ora atendiendo solicitud de parte interesada, deberá pedir las respectivas copias de sentencia y será él quien en lo sucesivo deba decidir los incidentes surgidos en esta etapa post-procesal (libertad condicional, libertad por trabajo, estudio y enseñanza, etc.).

¹² Cfr. JORGE ORTEGA TORRES, *Código Penal y de Procedimiento Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1973, pág. 66.

Los anteriores derroteros surgen de una saludable interpretación de las normas que sobre acumulación de procesos consagra el nuevo estatuto instrumental penal en sus arts. 91 a 96.

El art. 508 acusa una defectuosa titulación, pues si se trata de la materia de ejecución de penas, resulta completamente disonante que se hable de aplicación de penas accesorias, máxime cuando este acto ya tuvo lugar en el momento de dictar sentencia. Dado el contenido textual de la norma, se trata de cómo ha de proceder el juez de ejecución de penas cuando se han impuesto en la sentencia sanciones accesorias; sin embargo, al consultarse el catálogo de atribuciones que la ley le otorga a este funcionario, no aparece específicamente determinada esta función.

El art. 510 es un desarrollo de la competencia que se le confiere al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en el numeral 4° del art. 75 *ibídem*. Así, entonces, por autorización de esta disposición el citado funcionario podrá proferir providencia mediante la cual haga cesar o rebaje una pena¹³.

C) Ejecución de medidas de seguridad

Esta materia la regula el nuevo estatuto en los arts. 511 a 514, respecto a la cual nada distinto de lo establecido en el anterior Código trae. Ha de anotarse, sin embargo, que en relación con la ejecución de las medidas de seguridad imponibles a los inimputables, por inmadurez psicológica y a los indígenas, nada dispone. ¿Será que frente a estos últimos ha de estarse a lo dispuesto en el art. 246 de la Constitución en cuyo caso habrá de esperarse el desarrollo legislativo que establezca la coordinación entre esta jurisdicción especial y el sistema judicial nacional? Del anterior surge otro interrogante: mientras se produce el mencionado desarrollo legal, ¿cómo se llena dicho vacío?

D) Libertad condicional

Sobre el subrogado penal de la libertad condicional, el Código, en lo que a procedimiento dice relación, lo regula en los arts. 515 a 518. Ninguna innovación trae sobre este tema. Hay, no obstante, dos variaciones: una, en cuanto a la autoridad que le concede (juez de ejecución de penas y medidas de seguridad); y la otra, que en lo sucesivo no habrá de remitir copias al ministerio público, como lo establecía el anterior Código.

E) Condena de ejecución condicional

En relación con el sustituto penal de la condena de ejecución condicional, la vigente normatividad es exactamente igual a su inmediata antecesora; dicha materia aparece regulada en los arts. 519 a 521.

F) Disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores

En cuanto a las normas comunes a los dos capítulos que se viene de examinar y que el estatuto recoge en los arts. 522, 523, 524 y 525, es del caso hacer estas

¹³ Por ejemplo en aquellos casos en que aún sea posible dar aplicación a la ley 48 de 1987, respecto de delitos cometidos con anterioridad al 1° de julio de 1986; esta ley contempla disminución de una sexta parte de la pena, y fue expedida con motivo de la visita del Sumo Pontífice a Colombia.

observaciones: en primer lugar, la norma consagra una atribución para el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que no aparece dentro de la exhaustiva relación que trae el art. 75 de la misma obra. En segundo lugar, el texto legal no solo debe relacionarse con los que integran los dos capítulos precedentes, sino también con la facultad que tiene el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para la acumulación jurídica de penas, pues de esta labor surge como consecuencia lógica la necesidad de que deba pronunciarse acerca de la viabilidad o no de los sustitutos penales. Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de acumulación jurídica de varias penas impuestas en diversas sentencias, cuyo *quantum* supere el requisito temporal para otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional, en cuyo caso habrá de negarlo, así en cada una de las sentencias se haya considerado viable por el factor tiempo. Resulta del caso recordar que del texto legal del art. 68 del C. P. emerge claro que es la sentencia el momento procesal para otorgar el sustituto penal de la condena de ejecución condicional. No obstante, pese a que la norma no lo dice, ya la Corte Suprema de Justicia ha admitido que también en la sentencia de casación es viable conceder el mencionado sustituto, pues, como derecho que es, puede ser desconocido, y entonces esa violación de la ley sustantiva se puede reparar por medio del recurso extraordinario de casación¹⁴. En tercer lugar, según la disposición, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad también puede proceder a revocar los subrogados penales cuando por parte del beneficiado haya habido incumplimiento de las obligaciones contraídas el entrar a disfrutar del respectivo beneficio. En este particular aspecto resulta del caso destacar cómo la norma exige el cumplimiento de un procedimiento breve, previo a la determinación sobre revocatoria de los sustitutos, lo que entraña un verdadero respeto al derecho de defensa, pues se le da la oportunidad al incurso en el incumplimiento, antes de que el juez decida, para que presente u ofrezca las razones que lo llevaron a inobservar las obligaciones contraídas. En cuarto lugar, puede igualmente suceder que al condenado en una primera sentencia, ya firme e impositiva de una pena, cuya acumulación se hubiere dispuesto con otra u otras, se le haya considerado indigno del subrogado de la condena de ejecución condicional. En este caso, pensamos que el juez de ejecución de penas no puede al momento de disponer la acumulación jurídica proceder a otorgar dicho sustituto, así considere que están colmados los requisitos para su otorgamiento, pues ello envuelve claro desconocimiento al principio de la cosa juzgada, ya que se trata nada menos que de una sentencia ejecutoriada, por consiguiente intangible, cuyos mandatos han de cumplirse inevitablemente. Ya que se retomó el tema de la acumulación jurídica de penas, es preciso observar que debe analizarse detenidamente cada caso a fin de no ir a quebrantar el principio de favorabilidad, pues estimamos que si con la suma jurídica de penas desmejora la situación del condenado, preferible es no proceder a decretarla.

¹⁴ Cfr. *Excertas penales*, doctrinas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, año 1982, págs. 200 a 202. Magistrado ponente: Doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

En cuanto al art. 523, es apenas lógico que si el juez de ejecución de penas adopta sus decisiones sobre los subrogados penales y la rehabilitación mediante autos interlocutorios, estos sean susceptibles de los recursos ordinarios. Dispone la norma que la apelación se surtirá ante el superior jerárquico del juez que pronunció la sentencia de primera instancia; cuando se trate de procesos de única instancia se concederá ante el juez que dictó el respectivo fallo. De acuerdo con el art. 204-6 *ibídem*, debe anotarse que el efecto en que se ha de conceder el recurso de apelación es el suspensivo.

G) De la rehabilitación

La rehabilitación de funciones públicas aparece contemplada en el nuevo estatuto en los arts. 526 a 529. Respecto de su concesión, de lo cual se ocupa el art. 526, puede decirse que se introdujo una sustancial modificación, consistente en que ahora es posible otorgarla en relación con toda clase de sentencias (de única, de primera o segunda instancia, y de casación), no como su equivalente en el derogado estatuto (art. 635), que solo permitía otorgarla respecto a sentencias de primera instancia. Por disposición de la norma, corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad conceder la rehabilitación, previa solicitud del condenado. Es preciso acotar que esta facultad no aparece concedida de manera concreta dentro del catálogo que trae el art. 75 de la normatividad analizada.

Como novedad en esta materia, es de resaltar que no habrá aplazamiento en su otorgamiento, tal como lo disponía el art. 640 del derogado Código. Simplemente, de ahora en adelante se examinará si el peticionario llena o no los requisitos que hacen viable esta gracia; en tal caso se procede de conformidad, sin que ello se pueda diferir o postergar.

De acuerdo con la normatividad sobre el tema en estudio, debe agregarse que solo se puso a operar en cuanto a la sanción accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas, quedando excluidas las demás sanciones accesorias de que trata el art. 42 del C. P., lo que no sucedía bajo el régimen del precedente estatuto (cfr. art. 636). En resumen, actualmente no existe disposición que fije e instrumentalice la rehabilitación de sanciones accesorias distintas de la de interdicción de derechos y funciones públicas. Y tampoco se señala el funcionario con aptitud legal para disponer la recuperación del ejercicio de los derechos que aquellas llegan a suspender.

Por último, precisa advertir que, en caso de que el término de la dicha interdicción hubiere transcurrido, vale decir que la pena se haya cumplido, rige norma específica no de naturaleza penal sino electoral, cual es el art. 205 de la ley 28 de 1979 (Código Electoral) que, *ad pedem litterae*, dice: "La rehabilitación en la interdicción de derechos y funciones públicas operará *ipso jure* al cumplirse el término por el cual se impuso su pérdida como pena. Para ello bastará que el interesado formule la solicitud pertinente, acompañada de los respectivos documentos ante el registrador municipal de su domicilio, el cual le dará inmediatamente tramitación".

Las demás disposiciones atinentes a este instituto no merecen comentario alguno, ya que son exactamente iguales a las abolidas.

H) Redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza

El capítulo referente a la redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza, constituye una novedad sin antecedentes en las normas de los códigos procesales precedentes, aunque la redención de pena por trabajo y estudio venía rigiéndose por la ley 23 de 1971 y su decreto reglamentario 2119 de 1979; sin embargo, el actual ordenamiento introduce significativos cambios en las citadas materias. Respecto de las dos primeras pueden destacarse los siguientes: en primer lugar, en cuanto a la autoridad que concede esta gracia, en adelante será el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (con la salvedad de que mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea estos cargos, esta atribución la tiene el juez que haya emitido la sentencia —art. 15 de las normas transitorias del C. de P. P.—); en segundo lugar, sobre la extensión del beneficio a los defensores preventivamente (art. 415, inc. 2°, num. 2), se aclara que también por enseñanza es posible el cómputo de tiempo, pues esta última norma inexplicablemente deja por fuera esta actividad; en tercer lugar, en cuanto al tiempo que redime o abona a la pena por el ejercicio de aquellas actividades (trabajo y estudio), que en lo sucesivo será de un día por cada dos de dedicación a tales menesteres; en cuarto lugar, en cuanto al número de horas dedicadas al estudio, en adelante será de ocho y no de seis como antes. Debe tenerse en cuenta en este punto que, en relación con situaciones nacidas u originadas con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Código, ha de aplicarse ultractivamente, por ser más benigna, la ley 32 de 1971.

Para la efectividad de lo dispuesto en este artículo, se vincula a los ministerios de educación y de trabajo, a fin de que adopten los mecanismos necesarios para la viabilidad de estas gracias (redención de pena por trabajo y estudio). Muy saludable sería que estos organismos conociesen una trascendental providencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁵, en la que se hace una interpretación teleológica de la ley 23 de 1971 y su decreto reglamentario 2119 de 1979 para reconocer redención de pena por trabajo a un condenado, contabilizando los días domingos y festivos por él laborados, conforme lo establecía para la época la legislación del trabajo. Pensamos que de esta manera se subsanaría la lamentable omisión que sobre el reseñado asunto tuvo el actual Código instrumental penal.

La redención de pena por enseñanza aparece regulada en el art. 531 y figuraba en el decreto 2119 de 1979, sin embargo, el actual estatuto procesal le introduce algunos cambios. En efecto, en primer lugar, sobre la autoridad que la otorga. Aunque la norma no lo dice expresamente, como sí lo hace relativamente a la redención de pena por trabajo y estudio, este olvido se salva acudiendo al numeral 1° del art. 75; entonces será el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad el encargado de esta tarea, aunque reiteramos la aclaración en cuanto a quien asume estas funciones mientras son creados tales cargos. En segundo lugar, sobre el tiempo dedicado a la enseñanza. Este se computa de manera distinta, pues ya no son tres las horas de docencia por un día de trabajo, sino que cada cuatro horas de enseñanza

se contabilizan como un día de trabajo, o sea que si se dedican las ocho horas del día a la docencia, esto le representa al recluso un (1) día de rebaja de pena. En tercer lugar, amplía la actividad docente, pues esta se extiende a la educación superior, artesanal y técnica; y, en cuarto lugar, la norma exige que quien ejerza la función de educador o instructor debe acreditar las calidades necesarias para su ejercicio. En cuanto a los requisitos para la obtención de estos beneficios, aparecen indicados en el art. 532, que son exactamente los mismos que consagraba el decreto 2119 de 1979, en su art. 9°.

Un examen final sobre el precedente articulado permite advertir un significativo vacío, apreciable también en las anteriores disposiciones que regulaban el tema, como es el atinente a que en ninguna de ellas se exige como requisito previo el disfrute de los beneficios que reglamentan el pago del monto en que fueron fijados en la sentencia los perjuicios emergentes del hecho punible. De donde resulta válida la afirmación de que la no cancelación de dicho monto no es obstáculo para que el condenado goce de libertad por haber estado dedicado durante su cautiverio al trabajo, el estudio o la enseñanza. Ha de aclararse, sin embargo, que cuando el penado haga su petición sobre redención de pena por tales conceptos, conjuntamente con la solicitud de libertad condicional, sí será requisito para disfrutar de las mencionadas gracias el pago de los daños y perjuicios, ello por disposición expresa de los arts. 518, 520 del C. de P. P. y 69-3 del C. P.

I) Sentencias extranjeras

El capítulo VIII resulta también una novedad frente a los estatutos procesales penales del país. El art. 533 establece que las sentencias penales emitidas por autoridades extranjeras contra extranjeros o nacionales colombianos por adopción, podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de los respectivos funcionarios, presentada por la vía diplomática. El art. 534 señala los requisitos para que proceda dicha ejecución. Pero como para el cumplimiento en Colombia de las sentencias emitidas en país extranjero se requiere de un trámite especial, el Código en su art. 535 establece el *exequatur* (o sea, el requisito que deben reunir las sentencias dictadas en un país, para tener cumplimiento en otro; denominado en la doctrina civil como proceso de delibación o de reconocimiento o de homologación¹⁶, el cual asignó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que, si encuentra que la sentencia puede ser ejecutada conforme con los tratados internacionales, la pasa a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para lo de su cargo.

Varios sistemas se han establecido para el trámite del *exequatur*: el administrativo, ante las autoridades de este ramo; el judicial, ante los funcionarios judiciales, con dos modalidades: la que autoriza impetrarlo directamente ante el juez que tiene el proceso donde se pretenda hacer valer la sentencia extranjera, y la que

¹⁵ Fechada el 24 de mayo de 1983, siendo magistrado ponente el doctor GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

¹⁶ Cfr. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal civil*, t. 1, Bogotá, Edit. ABC, 1976, pág. 431.

demanda un trámite previo, generalmente ante el más alto tribunal nacional, cuya decisión es obligatoria para todos los funcionarios del país¹⁷. Conforme al mencionado art. 535, es evidente que el Código adopta este último sistema.

A pesar de que la mencionada disposición involucra a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en la decisión sobre la ejecutabilidad del fallo extranjero y su ejecución, respectivamente, consultados los arts. 69 y 75 ibídem, se advierte que tales funciones no aparecen asignadas a dichos organismos.

En relación con esta materia surge una inquietante pregunta: mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, ¿qué funcionario podrá ejecutar una sentencia extranjera en caso de ello presentarse? En torno a ello debe acudir a los convenios internacionales que en esta materia ha de tenerse en cuenta, tal como lo consagra el art. 536, entre otros, el Tratado sobre derecho procesal del Congreso Internacional Suramericano de Montevideo de 11 de enero de 1889, al que adhirió Colombia "en todas sus partes", mediante la ley 69 de noviembre 11 de 1920, el cual dispone que las sentencias dictadas por las autoridades de uno de los países signatarios surtirán efectos en los otros, "con arreglo a lo dispuesto en este tratado, siempre que estén debidamente legalizadas".

J) Consideraciones finales

Indiscutiblemente, la ejecución de las sentencias es uno de los aspectos más delicados en la prevención especial de la delincuencia, y si dicha providencia constituye el fin del proceso, en manera alguna da término a la relación jurídica entre el Estado y el condenado; por el contrario, surge una etapa post-procesal que tiene por objeto el estudio científico más apropiado en el tratamiento penitenciario. Dicho de otro modo, el contenido de la sentencia impositiva de una pena, inexorablemente, si se quiere lograr los fines de la pena impuesta, ha de traducirse en realidades concretas y no en vanas esperanzas o meros buenos propósitos. Se impone hoy la necesidad de una política social y criminal distinta, congruente con la sociedad pluralista y el Estado democrático de derecho.

Las nuevas disposiciones sobre la materia examinada en este trabajo tienen un fuerte sabor garantista y reivindicativo de los derechos de los condenados; sin embargo, la prudencia manda dar un compás de espera para mirar cómo son aplicadas y cómo funcionan en concordancia con las contenidas en la nueva normatividad penitenciaria que entran a reemplazar los obsoletos decretos 1405 de 1934 y 1817 de 1964, o Código Carcelario¹⁸. Es que, motivados por una gran esperanza, transcribimos lo que plantea un penalista contemporáneo, pues sin lugar a dudas consulta nuestra realidad judicial y penitenciaria, razón suficiente para que su introyección nos ilumine para poder corregir lo que esté a nuestro alcance: "Nos parece impor-

¹⁷ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, pág. 432.

¹⁸ Cfr. ley 65 de 1993, por medio de la cual se adoptó el Código Penitenciario Carcelario.

tante insistir en que la esencia de la pena debe incluir la prevención especial porque hoy prácticamente se la olvida no poco. No nos preguntamos *qué piensa la justicia* de la prevención especial, sino *qué hace la justicia* por la prevención especial. Y lo que hace es, por lo común, insignificante. La excusa de la limitación económica debe parecernos exagerada, sobre todo si se tiene en cuenta la curva de rentabilidad a largo plazo. En realidad, hoy día la inocuización y la prevención general son casi los únicos fines que se tienen en cuenta en la administración de justicia. Si existen cárceles, tribunales y policía es, en términos lisztianos, para anular la fuerza física y moral de los delincuentes, olvidando totalmente o casi totalmente, la *retribución*, la *expiación* y la *reeducción*. Ni los teóricos ni el pueblo creen seriamente en estos tres fines de la pena; por eso se considera a los ex reclusos como actuales delincuentes. Si la dogmática admite la prevención especial como una de las dimensiones esenciales de la pena, salvo casos aislados, debe transformar radicalmente alguna de sus instituciones. En concreto, una de las más decisivas y solemnes: la sentencia. Si pertenece a la esencia de la pena la prevención especial, excepto en casos aislados, debería el juez insinuar en la sentencia los medios concretos conducentes a tal fin, por lo menos en las causas «fuera de serie». No aceptamos la dificultad basada en la concepción de que esta función resocializadora es incumbencia de solo el personal penitenciario. No la aceptamos por razones teóricas y prácticas. La resocialización debe ser algo personal, en interna continuidad y con las características personales del reo; nadie debe estar mejor capacitado que el juez —conocedor del delito y del delincuente, de sus antecedentes y de su ambiente social, etc.— para insinuar la trayectoria que debe seguir la función resocializadora... Es que el juez es un burócrata que no tiene formación"¹⁹.

Para terminar, baste esta última consideración en cuanto a que si con la creación de los jueces de ejecución penal se pretendió que dichos funcionarios se encargaran de la ejecución de la sentencia y de los incidentes surgidos durante esta etapa post-procesal, creemos que la norma por medio de la cual se les otorga competencia merece ser revisada y redactada mediante una mejor técnica legislativa, a fin de que se incluyan en ella específicas atribuciones para decidir sobre las siguientes cuestiones incidentales, que el nuevo estatuto omite asignar a funcionario alguno: a) extinción de la pena o medida de seguridad por muerte del condenado o del inimputable (C. P., art. 76); b) amnistía o indulto (art. 78); c) prescripción de la pena (arts. 79, 87 a 89); d) oblación (art. 91); e) rehabilitación de las penas accesorias distintas de las de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas de que trata el art. 42 del C. P.; y f) ejecución de la medida de seguridad aplicable al inmaduro psicológico y al indígena. En relación con este último, considerando lo prescrito por el art. 246 de la Constitución.

Asimismo, la mencionada revisión debe atender lo concerniente a otro error de técnica legislativa en que incurre el estatuto, al atribuirle conocimiento de otros asuntos mediante normas dispersas a lo largo del libro IV y específicamente en

¹⁹ Cfr. ANTONIO BERISTAIN, *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, págs. 103 y 104.

el art. 405 alusivo al traslado de cárcel del condenado, cuando su vida corre peligro. En efecto: a) sobre la rehabilitación (art. 526); b) la ejecución de la sentencia extranjera (art. 535); c) la situación contemplada en el art. 508, num. 5, *ibidem*, y d) amortización de multa mediante trabajo (art. 509).

Materia íntimamente relacionada con el tema examinado es la alusiva a la ejecución civil de la sentencia penal. Tal conexión se advierte tanto en el título dado al libro IV del nuevo estatuto —“ejecución de sentencias”— como en el significado que tiene la ejecución, esto es, dar cumplimiento a los mandatos de la sentencia, y uno de ellos es precisamente, según se desprende de los arts. 56 y 180-8 *ibidem*, el relacionado con el pago de los perjuicios emergentes del delito. Máxime cuando el mismo ordenamiento procesal admite el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, como medio para obtener la reparación del daño causado por el hecho punible, conforme lo prevé el art. 43 *ibidem*. Sin embargo, este asunto aparece independientemente tratado en el Código, como ha sido la línea adoptada en los anteriores (consúltese el libro I de la obra en mención); además, aquella función la asigna de manera exclusiva a jueces de la jurisdicción civil, quienes habrán de cumplirla bajo el imperio del estatuto rituario civil, según lo dispone el art. 58 de la obra en cita, cuando lo ideal, según lo dicho, hubiese sido que también esta función la hubiera asignado a los jueces de ejecución de penas, la que cumplirían conforme a las disposiciones del ordenamiento procesal civil. Es que, confrontando la norma acabada de mencionar con el art. 29 de nuestra Carta Política, resulta ser muy dudosa su constitucionalidad, pues quebranta el debido proceso al estatuir una innecesaria diferencia en cuanto al procedimiento aplicable si existen bienes embargados o no. Para la primera hipótesis, impone al juez penal que remita copia del fallo y de otras piezas procesales que sean pertinentes al juez civil para que este, sin más, proceda al remate de bienes, pretermitiendo etapas previas del proceso de ejecución, con lo cual resultan conculcados los derechos del ejecutado; y, frente a la segunda hipótesis, dispone que la sentencia constituye título ejecutivo y en este caso es pertinente adelantar un proceso ejecutivo completo. En resumen, la norma permite, en el primer caso, que se tenga a la sentencia como título de un remate y no de un proceso ejecutivo pleno, como debería ser por irrestricto acatamiento al derecho fundamental del debido proceso; y, en el segundo, sí permite el trámite de un proceso completo. Habrá de esperarse a ver cómo se pronuncian la doctrina y la jurisprudencia frente a esta controvertida disposición; mientras tanto, como está vigente, debe aplicarse.

Para concluir, téngase en cuenta que el régimen jurídico de la ejecución de sentencias, a diferencia de lo establecido en otras legislaciones, no comprende la ejecución de las de naturaleza absoluta. Así, entonces, ella habrá de disponerse mediante la interpretación sistemática de los arts. 179 y 198 del C. de P. P., en cuanto se trata de una providencia y es relativa a la libertad del absuelto, que se cumplirá de inmediato; del art. 415-3, pues la liberación constituye un caso de libertad provisional caucionada. A esa libertad, una vez firme la sentencia, ha de seguir el levantamiento de embargos (art. 54, inc. 2°); la cancelación y devolución

de cauciones (art. 52); y la entrega definitiva de instrumentos y efectos, conforme lo previene el art. 338. Todas estas determinaciones las lleva aparejadas la sentencia absoluta y constituyen, por tanto, el complemento de la ejecución misma.

Bien oportunas, para cerrar el presente ensayo, son estas magistrales palabras del profesor RODRÍGUEZ DEVESA: “No podemos hoy desconocer lo que se sabe sobre los efectos nocivos de la prisión. Entre ellos se cuenta la destrucción de la personalidad humana, la incapacitación para volver a vivir en libertad. Las penas, por muy duras que sean, han de respetar la dignidad del ser humano, hecho a imagen y semejanza de Dios. El respeto a la dignidad humana veta las penas privativas de la libertad de duración superior a diez o quince años. Para eludir en lo posible los efectos nocivos de la prisión hay que desplegar, y se está desplegando, un gran esfuerzo imaginativo, al objeto de encontrar nuevas penas que no exijan privar a quien la sufre de la libertad de movimiento”²⁰.

²⁰ Cfr. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, “Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto”, en *Anuario de Derecho Penal*, fascículo 1 (1978), pág. 10.

La libertad provisional en el nuevo Código de Procedimiento Penal

José Fernando Reyes Cuartas*

(Al siempre vivo maestro de penalistas,
Dr. Baltazar Ochoa Restrepo)

“Es harto fácil ser justo cuando el pecho está libre de miedo”.

SÉNECA

1. INTRODUCCIÓN

La coexistencia dentro de un idéntico ordenamiento de instituciones antagónicas —la presunción de inocencia (Código de Procedimiento Penal, art. 2°), el reconocimiento de la libertad (art. 3° id.) y la detención preventiva (art. 397 id.)— genera un sinnúmero de problemas, que solo la presencia de una mente abierta, libertaria y respetuosa de los derechos humanos permite conciliar. El derecho que asiste al Estado en aras de su conservación, de privar de la libertad al simple sindicado, ha sido objeto de múltiples cuestionamientos, que ya se avizoraban en BECCARIA. La moderna criminología, a través de estudios críticos, demuestra cómo la aplicación anticipada de la pena obra como factor criminógeno por excelencia, al punto que la población carcelaria, apenas detenida preventivamente, supera con creces la de los condenados.

La figura de la libertad provisional en Colombia alcanzó su máxima expresión garantista con ocasión del decreto 1853 de 1985, en el cual se cumplía el postulado de la presunción de inocencia en amplia forma. Empero, los sectores retardatarios, amigos del más ominoso “carcelarismo”, dieron poca vigencia a la norma, pues se trata —como ya lo ha denunciado la criminología crítica— de mantener la misma “clientela” en los centros de reclusión para seguir adelantando la utopía de la resocialización.

* Juez Quinto Penal Municipal de Manizales.

Haremos a continuación un ligero análisis, que involucra algunas consideraciones de orden criminológico, acerca de las medidas de aseguramiento en general, para finalmente intentar una interpretación democrática y reverente del principio de libertad, en punto de las causales que permiten otorgarla en forma provisional, tocando solo aquellas que revisten para nosotros algún grado de discusión.

2. FICCIÓN Y REALIDAD EN MATERIA DE LIBERTAD PROVISIONAL EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El nacimiento mismo de la prisión, con justificaciones para esa época diferentes de las que hoy se invocan, coexiste con la intención de su reforma; con razón, a nuestra manera de ver, apuntaba FOUCAULT: "Hay que recordar también que el movimiento para reformar las prisiones, para controlar su funcionamiento, no es un fenómeno tardío. No parece siquiera haber nacido de una comprobación de fracaso, debidamente establecida. La 'reforma de la prisión' es casi contemporánea de la prisión misma. Es como su programa"¹.

No son pocos los estudios que han mostrado que la idea de la resocialización no pasa de ser una utopía, un mito. ¿Cómo pretender resocializar en condiciones de privación de la libertad? ¿No tendríamos antes que resocializar la sociedad?².

Asimismo, ya en nuestro país se ha demostrado cómo el legislador nacional utiliza la pena de prisión en el 98.4% de los tipos penales (solo prescribe otras penas, como únicas, en cuatro casos). Además, en estudios sobre la población penitenciaria se ha comprobado que el 75% (y en ocasiones más) corresponde a detenidos preventivamente. Esto lleva a mostrar cómo en Colombia, el aparato penitenciario, se ha convertido en el factor criminógeno por excelencia³.

Los movimientos excarcelatorios propugnan la creación de alternativas de la privación de la libertad. En Alemania la pena más aplicada es la multa (entre el 82 y el 83%); y en cuanto a las penas privativas de la libertad, estas apenas se aplican efectivamente en un promedio que oscila entre el 35 y el 38%⁴.

Toda la elaboración doctrinal encaminada a que la prisión sea la excepción, ha sido ignorada, en Colombia al punto que la libertad provisional, en lugar de ser principio general pasa a ser la excepción, sin contar con la inclinación de la judicatura (empezando por la más alta corte de justicia nacional) a sentar interpretaciones que restrinjan aún más las causales de libertad que estipulan las normas de procedimiento. Para la muestra, obsérvese que se requirió el transcurso de cuatro años (1987-1991) para que se coligiera que los arts. 439 y 441 del decreto 50 de 1987 debían interpretarse armónicamente y no en forma excluyente⁵.

¹ M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI Editores, pág. 236.

² Cfr. ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, pág. 176.

³ Cfr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *La pena privativa de la libertad en Colombia y Alemania Federal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988.

⁴ Cfr. SANDOVAL HUERTAS, ob. cit.

⁵ Cfr. *infra*.

Sin embargo, el nuevo Código de Procedimiento Penal —en vigencia a partir de julio 1° de 1992—, siendo timorato en la generalización, sí previó como medidas de aseguramiento algunas situaciones que la política criminal ya había entrevisto.

Expresa esa normatividad que son medidas de aseguramiento para imputables la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva (art. 388).

La conminación se prevé para aquellos delitos que solo tengan pena de arresto o no privativa de la libertad, es decir, la inmensa minoría.

La caución se aplicará en relación con delitos cuya punibilidad mínima sea inferior a dos años de prisión, salvo que en forma especial se haya previsto la prisión. No se establece una cuantía mínima para la caución prendaria, lo que indica que esta irá desde un peso hasta cien salarios mínimos.

La prohibición de salir de país no es, *per se*, una medida de aseguramiento, sino más bien una imposición accesoria de la detención preventiva.

La detención domiciliaria se establece para tipos cuya punición mínima sea de dos años de prisión o menos; es decir, se excluyen aquellas conductas que para el legislador merecen un mayor grado de punibilidad (v. gr. homicidio, rebelión, concierto para delinquir, lesiones personales con pérdida anatómica o funcional, falsedad en documento público, etc., sin contar las consagradas en el decreto 180 de 1988, hoy legislación permanente —con algunas exclusiones— en virtud del decreto 2266 de 1991). No entramos aquí en la discusión —válida desde luego— respecto al criterio de selección de los bienes jurídicos protegibles y su grado de penalización.

Esta medida, que en verdad trata de lograr que no vayan a las cárceles ciertas personas, tiene una serie de criterios subjetivistas que podrían restarle el efecto excarcelatorio que propugna.

El requisito objetivo —*quantum* punitivo— debe verse acompañado de otros de neta apreciación del funcionario. Se exige que el procesado comparezca al despacho cada que se le requiera y las condiciones familiares, laborales y vínculos con la comunidad así habrán de recomendarlo.

Se agrega, además de ello, que pueda tenerse la seguridad de que el beneficiado con la medida no pondrá "en peligro a la comunidad".

Radica aquí el peligro de que la pretensión excarcelatoria se quede en las simples ambiciones, ante la posibilidad de que el juez o el fiscal instructor, antes que imaginarse que la detención preventiva es un factor criminógeno, considere que es fuente de resocialización; o que, en el peor de los casos, padezca de ese síndrome que el profesor TOCORA LÓPEZ llama "lombrosianismo" infiltrado en la judicatura⁶.

Surgirán entonces los criterios peligrosistas, pues bien se sabe que el 60% de nuestra criminalidad es económica, nacida en la esfera de los desposeídos, de los

⁶ FERNANDO TOCORA LÓPEZ, "Los procedimientos garantistas: sobre todo un modelo oficial", publicado en revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 43, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 76.

sub y desempleados, de tal suerte que sus "características familiares" no serán las mejores, pues su *habitat* es la periferia, la subcultura de la miseria, la carencia de las más elementales condiciones de vivienda digna (a pesar de que la Constitución de la "era Gaviria" la considere derecho fundamental).

¿Y de qué vínculos laborales y comunitarios habla la norma? ¿Acaso uno de los mayores factores de criminalidad no es la ausencia de iguales oportunidades de acceso al empleo, en un país donde los capitales se guardan para recibir intereses, antes que ser un factor económicamente productivo? ¿O será que la norma se refiere a los vínculos comunitarios de la llamada "subcultura criminal", donde en verdad las recomendaciones que se den no serán del total agrado del juez o del fiscal?

De igual forma debe rechazarse el erróneo criterio de no colocar "en peligro a la comunidad". ¿Qué quiere significar esa norma en tal forma redactada? ¿Acaso no se ha dicho siempre que el delincuente es un "peligro social"? ¿No se ha pregonado siempre que el delito ofende mayormente, antes que al sujeto pasivo específico, al Estado? De allí que con criterios del más puro y estricto sabor peligrosista se pueda decir que "todo delincuente es un peligro para la comunidad", y por esa vía se niegue la detención domiciliaria.

No puede en manera alguna compartirse criterios de esta naturaleza, de un manifiesto corte positivista, más cuando no estamos en el campo del reproche sino apenas en la simple instrucción —sumario—.

Ya refiriéndonos a medida similar —art. 409 ib.— (detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio), vemos cómo los requisitos que se establecen terminan por negar principios básicos de la pena, pues si esta previene el delito y resocializa al delincuente, no se entiende cómo el haber sido penado alguna vez por delito doloso o preterintencional sirva como base para negar que un *sindicado* siga trabajando, cuando ni la propia reclusión le garantiza el desarrollo de una labor que le permita un quehacer digno y productivo. Claramente se ve aquí el efecto estigmatizador de la pena, de tal manera que nos lleva a concluir que, no obstante, el procesado haberla purgado en su totalidad, debe cargarla *ad aeternam*, como pesado fardo, casi como una impronta en el alma, al punto que nos llevaría a pensar que las penas son perpetuas.

Desconoce además esta norma la realidad colombiana, cuando expresa que solo gozarán de este beneficio quienes "por disposición de la ley" deban proveer a la subsistencia de una o más personas, pues ello implica que el soltero con una ocupación productiva, socialmente útil, debe ser recluso y alejado de su trabajo para satisfacer el apetito estigmatizante del aparato penitenciario; igual cosa sucede con aquel que deba velar por su compañero o compañera permanente (o sea, sin la ligazón matrimonial), pues el art. 411 del Código Civil no lo obliga, y la nueva norma constitucional que dio amparo legal a la relación de hecho (art. 42) es sencillamente ignorada: en nuestra opinión, aun sin existir ese vínculo legal pero demostrándose la existencia de la necesidad que para un grupo familiar o para una persona singular tiene el ingreso económico del procesado, debe otorgarse la medida en comento, pues impera efectuar una interpretación teleológica de la norma, antes

que la simplemente literal, como ocurrió con los arts. 439 y 441 del decreto 50 de 1987, según se anotaba en precedencia y se reiterará posteriormente.

Esta tentativa del nuevo estatuto adjetivo penal de incluir algunas reformas con miras a patentizar las ideas de la moderna criminología debe aplaudirse. Sin embargo, para que estas tengan algún desarrollo, debe a la vez crearse la conciencia de que estamos lejos de un derecho penal que sea *ultima ratio*, «mínima intervención, máximas garantías», lo que solo se obtendrá con el logro de una sociedad más justa y pluralista, en la que los jueces demócratas asuman un alto compromiso.

Que no se nos diga que la normatividad citada ha previsto una reclusión especial para sentenciados y detenidos preventivamente; primero, porque la esencia de la privación de la libertad siempre será punitiva, sin importar la condición del aherrojado; y segundo, porque pasará esta centuria y todavía estaremos esperando las construcciones especiales para simples detenidos preventivamente, como ha ocurrido con los menores. En este país primero se hacen los decretos, antes que arbitrar los recursos y cambiar las mentalidades de los burócratas.

3. BREVE REPASO SOBRE LAS NORMAS PROCESALES DE LIBERTAD PROVISIONAL

El primer obstáculo para que operara la libertad provisional mediante la factible concesión del subrogado normado en el art. 68 del estatuto punitivo, fue el manido argumento referente a que el procesado ameritaba "tratamiento penitenciario". Hubo entonces necesidad de consagrar en inciso expreso que "la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario", como lo reitera el nuevo estatuto adjetivo penal.

El decreto 50 de 1987 suscitó problemas en su hermenéutica, respecto de la figura en comento. Se decía allí que existía clara contradicción entre los arts. 439 y 441 del C. de P. P. en lo tocante con la libertad provisional concedida en virtud del subrogado de la ejecución condicional de la sentencia. Con base en una interpretación exegética, la Corte Suprema de Justicia, en auto de enero 31 de 1989 y con ponencia del Dr. MANTILLA JÁCOME, abrazó el análisis *ad litteram* expresando que la prohibición del 441 era clara⁷.

Los jueces de la república, en su gran mayoría, siguieron la tesis de la Corte respecto a la prevalencia del art. 441, pero solo hasta cuando ella misma decidió mutar su doctrina por medio del auto de julio 31 de 1991⁸. Dijo la Corte:

"En pronunciamientos anteriores la Corte ha negado la concesión de la libertad provisional, cuando el delito por el que se procede está incluido en la lista del numeral 4 del citado artículo 441, con el argumento de que la prohibición es per-

⁷ C. S. J., Sala Penal. Auto de enero 31 de 1989, M. P. Dr. MANTILLA JÁCOME. Publicado en *Extractos de Jurisprudencia*, 1er. trimestre de 1989. Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia, págs. 210-212.

⁸ Rad. 5740 contra Rómulo Pinto. M. P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL, publicado en *Jurisprudencia y Doctrina*, 20 (237), Santa Fe de Bogotá, Ed. Legis, septiembre de 1991, pág. 755.

fectamente clara, y no se puede desconocer su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu" (...).

"En el caso de la prohibición en comento, el sentido no es claro, pues precisamente resulta un contrasentido que una persona que cumple el requisito de la pena y no requiere de tratamiento penitenciario, tenga que esperar en detención hasta la sentencia condenatoria para que le puedan conceder la libertad. Como se trata de eventos en los cuales la sanción es arresto o prisión que no exceda de tres años, *descontará en prisión toda la pena o buena parte de ella, mientras llega a la sentencia para que allí le reconozcan que no requería estar en prisión el tiempo que ya estuvo*" (subrayas mías).

Bastaron solo unos cuantos renglones —no más de diez en todo caso— para que la Corte coligiera que, cuando fuera evidente que el procesado no ameritaba tratamiento penitenciario y que además se cumplía el requisito objetivo —*quantum punitivo*— era acreedor del beneficio liberatorio. ¡Vaya ironía! ¿Quién indemnizará a los miles de detenidos preventivamente que hubieron de purgar muchos meses, cuando no años, la injusta detención preventiva?⁹ Es que en nuestro medio judicial se sigue creyendo que la cárcel es el mecanismo rehabilitador y resocializador por excelencia y, por tanto, se aduce que es mejor para el sindicado purgar unos cuantos meses, así sea solo por "tallarlo", como ya es común escucharlo aun entre jueces de carrera.

A) El art. 415 del nuevo Código de Procedimiento Penal

Por la extensión que exige un artículo como el presente, no nos detendremos pormenorizadamente en los arts. 415 y 417 del C. de P. P.; apenas tocaremos los problemas más recurrentes y que nos parecen interesantes:

1. El numeral primero del art. 415 del actual estatuto es el que mayor discusión ha provocado hasta hoy. Sin embargo, la redacción contenida en el nuevo catálogo parécenos mejor que la anterior, pues ha expresado claramente —por remisión al 417— que solo podrá negarse la excarcelación al procesado que eventualmente tendría derecho a la condena de ejecución condicional, cuando "estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la pena". La norma ha de interpretarse con criterio garantista y con reverencia del principio *in dubio pro libertate*. Así las cosas, en frente de las prohibiciones de excarcelar del art. 417 ib., debe decirse:

2. Respecto al numeral 1 del art. 417, ha de manifestarse que si la detención preventiva operó debido a la reticencia del obligado bajo caución a consignarla, o por no hacerlo sin justa causa, si este lo hiciera una vez fuere encarcelado, debe otorgarse la libertad provisional, pues el motivo que justificó y sirvió de base a la medida ha desaparecido. A ello lleva no solo una interpretación lógica del derecho sino el mismo art. 417 en su inciso 1°.

⁹ El art. 414 del decreto 2700 de 1991 establece: "*Indemnización por privación injusta de la libertad*. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave". Lo anterior debe concordarse con el art. 90 de la Constitución Política.

3. El numeral 2 del artículo que se comenta expresa que "cuando aparezca demostrado que en contra del sindicado existe más de una sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional" no podrá concederse el beneficio en comento.

Viene aquí un grave problema de hermenéutica: cuando se habla de la existencia de una sentencia por delito doloso o preterintencional: *¿debe entenderse que habrán de ser sentencias vigentes?*, o ¿no tiene importancia lo atinente a la fecha del proferimiento de ese fallo y su ya factible cumplimiento?

El art. 12 del Código de las penas, dentro de una curiosa mezcla de teorías, consagra los fines de la pena; entre ellos el retributivo. Si el apenas sindicado ha purgado una punición, muchas veces en su totalidad, el negar la libertad provisional con base en este argumento equivale ni más ni menos que a decir, de una vez, que el procesado si amerita tratamiento penitenciario y que por ello no es acreedor a la gracia. Ya nuestra Corte Suprema de Justicia en fallo de abril 24 de 1992¹⁰ aceptó que aun quienes registren condenas ejecutoriadas —antecedente penal, en términos del art. 248 de la Carta Política— podrán ser beneficiados con la condena de ejecución condicional; dicho de otro modo: que la existencia de antecedentes judiciales no es óbice para la concesión del subrogado en análisis, pues ya existe casi que una costumbre judicial, a la manera de la concepción de KARL LARENZ, consistente en un imaginario determinismo lógico que implicaba que la existencia de un "antecedente punitivo" de suyo entrañaba la negación del sustitutivo penal en cita.

Así las cosas, pensamos que el numeral 2 del art. 417 debe interpretarse en el sentido de que las sentencias ejecutoriadas a que se hace referencia deben estar *vigentes*, es decir, que la persona imputada se halle gozando del subrogado de la condena de ejecución condicional o libertad condicional; lo contrario sería negar no solo la existencia del art. 12 del C. P., sino la propia efectividad del sistema penitenciario interpretando sus falencias en contra del procesado¹¹.

¹⁰ Rad. 6209. M. P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, 21 (246), Santa Fe de Bogotá, Ed. Legis, junio de 1992, pág. 424.

¹¹ Dijo el despacho a mi cargo en la ciudad de Manizales, en providencia de octubre seis de mil novecientos noventa y dos, entre otras cosas, lo siguiente:

"2.5 Evidentemente, apreciar tal situación —la existencia de antecedentes penales— al efectuar cálculos punitivos riñe con la más elemental dogmática, pues se estaría volviendo al desechado derecho penal de autor, donde más importa este que aquello efectivamente realizado.

"2.6 La Ley Orgánica General Penitenciaria de España, mira efectivamente la conducta del castigado durante la privación de la libertad, sin atender antecedentes de orden penal. Tanto este aspecto como el atinente a la garantía de que el beneficiado haga vida honrada en libertad «permiten valorar el carácter premial y etizante que tiene para nuestro legislador la libertad condicional». (BORJA MAPELLI CAFFARENA y JUAN TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas, S. A., 1990, pág. 154). En tal nación —España— para nada se mira la biografía penal del castigado, pues se estima que el Estado, a través de procedimientos de planificación terapéutica y penitenciaria (??), va observando la evolución comportamental del cautivo, de tal manera que lo va categorizando según su grado de «resocialización» (?) y ya, al final, permite observar si el mismo se encuentra en el último período de condena o tercer grado de clasificación.

4. El numeral 3 del art. 417 prohíbe el beneficio liberatorio provisional cuando se trate de homicidio o lesiones personales en accidente de tránsito y se compruebe que el sindicado se hallaba, en el momento de la realización del hecho punible, en estado de embriaguez aguda o intoxicación, de acuerdo con examen técnico, o que haya abandonado sin justa causa el lugar de la comisión del ilícito.

En este caso, el juez debe efectuar una interpretación integrativa de las normas; es decir, no basta que se compruebe que el procesado cometió el hecho punible en situación de embriaguez o de alteración somática, a causa de estupefacientes u otra sustancia similar, o que huyó del sitio de los hechos sin justa causa; a más de ello debe efectuarse una tasación anticipada de la pena y mirar el aspecto subjetivo

“Como es posible concluirlo, en nuestro país nada de esto ocurre, pues el interés del Estado por el castigo de la conducta antijurídica termina con la ejecutoria de la sanción, sin importarle para nada aquel que ha sido puesto en prisión.

“2.7 Estima este despacho judicial que la claridad del artículo 12 del C. P. no puede ser desconocida, en la medida que se trata de una norma con un contenido axiológico de imperiosa aplicación. Así, que si el legislador ha dicho que la pena tiene una función resocializadora, ello no puede quedarse en el simple campo de los enunciados elocuentes pero sin fondo alguno. El nunca suficientemente lamentado EMIRO SANDOVAL anotaba: «Desde otra perspectiva se ha señalado también, que bien puede suceder que la información proveniente de los distintos aspectos que deben ser consultados para el juicio valorativo, sea contradictoria entre sí. Así, v. gr. puede ocurrir que mientras los ‘antecedentes de todo orden’ conduzcan a una opinión ‘negativa’ en torno a la resocialización del infractor, datos posteriores sobre su ‘personalidad’ permiten fundamentar una suposición ‘afirmativa’ respecto del mismo asunto. Pero para tales hipótesis, el discurso resocializante —cuyos razonamientos pueden no ser compartidos, pero deben asumirse para estos efectos ya que por disposición legal el otorgamiento de libertad condicional se encuentra referido a ellos—, ha establecido que debe prevalecer la información más reciente, por cuanto esta sería la más fidedigna en relación con la supuesta eficacia del «tratamiento penitenciario» (EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología, parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 211. Resaltados extratexto).

“2.8 También piensa este juzgador, que el hecho de apreciar los antecedentes penales para negar tanto el subrogado de la condena de ejecución como la libertad condicional, de alguna manera atenta contra el *ne bis in idem*, pues mírese cómo bajo la misma pauta se están negando dos derechos del sujeto activo del punible.

“2.9 Así las cosas, si el Consejo de Disciplina de la cárcel local ha estimado la conducta de G. G. como ejemplar; este dato habrá de prevalecer sobre los anteriores, actuando en consonancia con el criterio del eximio profesor Sandoval. Obrar de otra manera —pensamos ahora— sería admitir que la función del Estado dentro del penal, en el cual brinda medios de readaptación al procesado es inocua y constituye una simple falacia que encubre la función simplemente retributiva de la pena. Debe partirse de la base que el Estado persigue unos fines declarados con la aplicación de la pena —cfr. C. P., art. 12— y que actúa de buena fe cuando así lo hace —cfr. C. P., art. 83—; siendo ello así, el logro de la resocialización, como meta primaria de la sanción, debe tener oportunidad de ser comprobada y demostrada a través de la figura de la libertad condicional. Los requisitos del artículo 72 del C. P., están entonces dados en el *subjudice*, por lo que el despacho recoge no solo su criterio expresado en la providencia cuya reposición se pide, sino en otras donde se había prohibido lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia —de las cuales con hondo respeto disintimos— en decisiones de julio 19 de 1988 (ponente Dr. SAAVEDRA ROJAS) y mayo 2 de 1990 (ponente Dr. CARREÑO LUENGAS), pues, ahora con más profundización del asunto hemos notado como no se había aplicado el artículo 12 del Código de las Penas”.

del art. 68 del estatuto punitivo, pues si de una vez se colige que habrá de otorgarse condena de ejecución condicional, en el evento de una posible sentencia aflictiva, habrá de otorgarse el beneficio liberatorio provisional, a pesar de las prementadas circunstancias de huida o presencia de fármacos o licor.

5. Otro aspecto que merece un análisis preciso es el numeral 7 del art. 415. Tal apartado expresa que habrá de concederse libertad provisional “En los delitos contra el patrimonio económico cuando el sindicado, antes de dictarse sentencia, restituya el objeto material del delito, o su valor e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

De antaño nuestra Suprema Corte ha dicho que en los eventos de comiso del objeto del punible y en los ilícitos tentados, basta la simple indemnización de perjuicios para que se otorgue la gracia en análisis.

Es tesis ya generalizada dentro de la doctrina y algunos tribunales, que en los injustos contra el patrimonio económico, los perjuicios morales son excepcionales¹². Deberá en consecuencia el juez, de todas maneras, preguntar al ofendido sobre los perjuicios de tal orden que el hecho le haya generado. En materia de perjuicios morales, el juzgador debe asumir una tarea de efectiva comprobación. En infinidad de ocasiones, en la tentativa o en el caso de comiso, no se producen perjuicios materiales, mucho menos los morales. Así las cosas, cuando ello se estime probado, el juez debe otorgar libertad provisional, pues se ha dado la reparación en su integridad ante la recuperación de lo extraviado y la inexistencia de perjuicios. Un recto entendimiento del principio de antijuridicidad material lleva a una conclusión tal, máxime si no se está negando aquel —pues deberá existir pronunciamiento de fondo, condenando o absolviendo—, pero ha de entenderse, sí, que la ausencia de daño de estirpe alguna, aunada a la inexistencia de perjuicios, en aplicación de la elemental lógica, genera la consecuencia liberatoria anunciada.

6. En el caso de que se tratase de uno de los punibles contemplados en el numeral 4 del art. 417, la interpretación que debe efectuarse ha de complementarse con lo expresado en el primer inciso de la norma cuando reza: “No tendrán derecho a la libertad provisional con fundamento en el numeral 1 del artículo 415, salvo que estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la pena...”, es decir, que han de concurrir dos requisitos: que la norma expresamente prevea que los sindicados del punible no pueden ser liberados (art. 417, num. 4), y que además de ello, como requisito indispensable, se analicen los factores objetivo y subjetivo del art. 68 y se concluya que el procesado no tendría derecho a la ejecución condicional de la sentencia. Si se colige que el procesado puede ser dejado en libertad al momento de sentenciar, a pesar de que el hecho imputado se halle en el listado del numeral 4 del art. 417 del Código de Procedimiento Penal, debe ser excarcelado.

¹² Cfr. i.e. GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, *Procedimiento penal colombiano*, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, pág. 519.

7. El numeral 2 del art. 415 ib., autoriza la libertad provisional “por pena cumplida” (!), y claramente ordena que se computen las rebajas a que se tenga derecho por “trabajo y estudio”; debe explicarse que aquí el legislador omitió la alfabetización o las tareas de enseñanza que se emprendan por el imputado dentro del penal (art. 531). En interpretación *a fortiori*, debe concluirse que tales actividades han de tomarse en cuenta para los citados efectos dosimétricos.

8. Especial interés ha despertado el párrafo del art. 415, que expresa: “En los delitos de competencia de los jueces regionales la libertad provisional procederá únicamente en los casos previstos en los numerales 2 y 3 de este artículo. En los casos de los numerales 4 y 5 los términos para que proceda la libertad provisional se duplicarán”.

La Corte Suprema de Justicia, en decisión de julio 22 de 1992 (s/e), concluyó que el decreto 2271 de 1991 —el cual solo prevé como causales de libertad para los eventos de ordinaria ocupación de los jueces regionales, la pena cumplida y la edad superior a los setenta años— se aplica de preferencia sobre el Código de Procedimiento Penal. El Dr. ÉDGAR SAAVEDRA R. salvó en esa ocasión su voto, y demostró, con sólidos argumentos jurídicos, que el querer del legislador fue regular íntegramente la materia y que por ello previó, ante las dificultades investigativas, la duplicación de los términos en el evento de los ilícitos de competencia de los jueces regionales —sería osado tratar de resumir en pocos renglones la extensión y profundidad de tal argumentación, por lo cual remito al lector a su consulta—. Dijo, frente del corolario transcrito de la Corte Suprema, el Dr. SAAVEDRA: “Lo anterior es grave y conlleva tamaña injusticia, porque se entroniza una especie de cadena perpetua para los sindicados. Y no es que se esté lanzando una simple afirmación retórica, pues debe recordarse que en el momento hay personas privadas de la libertad en calidad de procesados hace cerca de 8 años, quienes de acuerdo con lo aquí decidido, deben continuar indefinidamente en tal situación sin que tengan derecho al menos a una libertad provisional”. Por estos días se ha escuchado la noticia referente a que los sindicados de haber dado muerte al periodista Guillermo Cano Isaza serán dejados en libertad —sino es que lo fueron ya a la fecha de edición de este trabajo—, por ausencia probatoria que dé certeza para fundamentar una acusación, habiendo permanecido detenidos preventivamente *seis años!!!* Igual ocurrió con los señalados como autores del magnicidio del Dr. GALÁN SARMIENTO. Este es el nuevo “Estado socialdemocrático de Derecho” que nos trajo la Carta de 1991, pues bajo su amparo se expidió el decreto 1156 de 1992, convertido en legislación permanente por la ley 15 de 1992, según la cual las detenciones preventivas pueden durar hasta sesenta años, ya que si opera como generante de libertad provisional el cumplir el total de la pena, y el homicidio comporta una pena máxima de tal extensión, solo el arribo a tal término generará la prementada gracia!! Obviamente ello no sucederá, pero sí se darán las privaciones preventivas de la libertad por lustros y décadas, porque ello ya no es ficción del autor de estos párrafos sino dolorosa creación de la realidad.

Los problemas de exégesis mentados no llevan menos que a concluir la enorme improvisación que constituye el nuevo estatuto ritual penal, al punto que, a menos

de un año de su vigencia, ya cursa en el Congreso un proyecto para su reforma. Como puede observarse en la edición que nos llegara a los jueces de la república del nuevo Código de Procedimiento Penal, apenas el miércoles 27 de noviembre se discutía el primer artículo del Código, el mismo que se promulgara el 30 de noviembre —tres días después—. ¡Vaya discusión y cuidado en la elaboración de un catálogo normativo de semejante importancia!¹³.

Hermoso será el día en que la mente de los juzgadores abreve en el espíritu de la libertad, sin desconocer la misión que la Carta les entregó, compaginando su obligación de imponer castigos, defendiendo los bienes jurídicos comunitarios, procurando el restablecimiento del derecho violado, pero sin olvidar la necesaria piedad que merece quien ha sido llevado hasta su altar, en tanto y en cuanto se trata de la máxima creación del universo: El hombre.

¹³ Cfr. Código de Procedimiento Penal. Comentarios de LUIS E. CUERVO PONTÓN, Bogotá, Imprenta Nacional, págs. 36 y ss.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Única instancia y derecho a impugnar la sentencia condenatoria

Impugnar una sentencia es oponerse con razones a lo resuelto en ella, en general interponer un recurso. No son contrarios a la Constitución algunos artículos de la ley penal que consagran una sola instancia, pues inclusive en tales casos existe posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, a través de la revisión o la casación.

Magistrado ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA.
Bogotá, abril 20 de 1993

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A) Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, de acuerdo al art. 241 de la Constitución, pues todas las normas demandadas hacen parte de decretos con fuerza de ley.

B) El debido proceso

El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, y sus principios fundamentales son cuatro:

a) Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa;

b) Ese juzgamiento solo lo puede realizar el juez o el tribunal competente;

c) El juez o el tribunal competente debe realizar el juzgamiento con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio;

d) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

En materia penal existen requisitos adicionales para que se configure el debido proceso, lo cual se explica por tratarse de actuaciones que eventualmente pueden desembocar en la privación de la libertad. Por ello, además de los genéricos, los elementos del debido proceso penal son los siguientes:

a) La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable;

b) Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable;

Todo sindicado tiene derecho a la defensa;

d) Todo sindicado tiene derecho a la defensa y asistencia de un abogado escogido por él, o designado de oficio, durante la investigación y el juzgamiento;

e) Todo sindicado tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas;

f) Todo sindicado tiene derecho a presentar pruebas;

g) Todo sindicado tiene derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra;

h) Todo sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria; y,

i) Todo sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Dentro de todos los derechos que conforman el debido proceso, en materia penal, importa destacar este: el de impugnar la sentencia condenatoria.

Pues la prosperidad de la demanda depende de la inexistencia de tal derecho en la legislación colombiana.

Además, si se han relacionado todas las garantías o derechos que conforman el debido proceso, es porque, como se verá, la impugnación de la sentencia condenatoria se basa, principalmente, en la violación, supuesta o real, del debido proceso.

C) La impugnación de las sentencias condenatorias

Como se ha visto, el art. 29 de la Constitución establece que quien sea sindicado tiene, entre otros derechos, el de "impugnar la sentencia condenatoria" (las comillas no son del texto).

Lo anterior nos lleva a definir qué se entiende por "impugnar la sentencia".

Impugnar, según el Diccionario de la Lengua Española, publicado por la Real Academia Española, es: "Combatir, contradecir, refutar. // 2. Der. interponer un recurso contra una decisión judicial".

Puede, en consecuencia, afirmarse que impugnar una sentencia es oponerse con razones a lo resuelto en ella, en general, interponer un recurso. Si la sentencia es condenatoria, el condenado la impugnará para ser absuelto o, al menos, disminuir la pena.

Desde ahora conviene no olvidar que el art. 29 utiliza el verbo impugnar, que es genérico,

y no se refiere a una forma de impugnar en particular. Como tampoco menciona recurso alguno.

Hay que decir esto porque, como se verá, en el procedimiento penal colombiano existen diversos medios de impugnación de las sentencias. En efecto, veamos.

1. Acción de revisión

Existe, en primer lugar, la acción de revisión. Esta procede, al decir del art. 232 del Código de Procedimiento Penal, contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

"1. Cuando se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.

"2. Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal.

"3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.

"4. Cuando con posterioridad a la sentencia, se demuestre, mediante decisión en firme, que el fallo fue determinado por un hecho delictivo del juez o de un tercero.

"5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa.

"6. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

"Lo dispuesto en los numerales 4 y 5 se aplicará también en los casos de cesación de procedimiento y preclusión de la investigación".

Como se ve, la norma se refiere a las "sentencias ejecutoriadas", sin distinguir si se han

dictado en primera, en segunda o en única instancia. Además, las causales comprenden múltiples motivos, entre los cuales está aun el cambio de jurisprudencia de la Corte (art. 232, num. 6).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce "De la acción de revisión cuando la sentencia ejecutoriada haya sido proferida en única o segunda instancia por esta Corporación", como expresamente lo prevé el numeral 2 del art. 68 del decreto 2700 de 1991. Como también conoce de la misma acción contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Tribunal Nacional o por los tribunales superiores.

Estos últimos, por su parte, conocen de la acción de revisión "contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces del respectivo distrito".

Como se ve, no hay sentencia ejecutoriada que no sea impugnabile mediante la acción de revisión.

Puede concluirse que con la acción de revisión se cumple la exigencia de la Constitución relativa a la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias.

Según la legislación anterior, la acción de revisión era un verdadero recurso, pues se denominaba "recurso extraordinario de revisión". Y no tenía, como no tiene hoy, límite de tiempo para su interposición.

En alguna oportunidad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, vigente el anterior Código de Procedimiento Penal, consideró que el recurso extraordinario de revisión no era tal, sino una verdadera acción. Doctrina convertida hoy en legislación positiva. Pero, sea recurso o acción, para los efectos de este fallo lo mismo da, pues el resultado es igual, ya que indudablemente es un mecanismo de impugnación de la sentencia.

2. Recurso de apelación

El recurso de apelación procede contra todas las sentencias, "salvo disposición en contrario" (decreto 2700 de 1991, art. 202).

Si se analizan las normas sobre competencia, en especial los arts. 68, 69, 70, 71, 72, 73 y 76 del decreto 2700, no aparecen procesos de única instancia, fuera de los atribuidos a la Sala de Casación Penal de la Corte en relación con los altos dignatarios del Estado. Lo cual permite concluir que, con las excepciones mencionadas, todas las sentencias dictadas en procesos penales son apelables.

3. Recurso extraordinario de casación

El recurso extraordinario de casación está contemplado en el art. 218 del Código de Procedimiento Penal, así:

"Procedencia. El recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

"El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para estos, sea inferior a la señalada en el inciso anterior.

"De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionados, a solicitud del procurador; su delegado o del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales".

Y las causales están previstas en el artículo 220:

"1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial.

"Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente.

"2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

"3. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

D) *Razón de ser del fuero de los altos dignatarios del Estado*

El legislador ha consagrado el principio de la intangibilidad de los fallos definitivos del máximo tribunal, en esta materia la Corte Suprema de Justicia, definida por el art. 234 de la Constitución como el "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria". La razón de esto es evidente: los pleitos, todas las controversias judiciales, tienen que terminar. Por esto, siempre hay un juez o tribunal que dice la última palabra.

Pues bien: si la Corte Suprema de Justicia, es el "más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria", la mayor aspiración de todo sindicado es ser juzgado por ella. En general, esto se logra por el recurso de apelación, por el extraordinario de casación, o por la acción de revisión.

Pero cuando la Corte Suprema conoce en única instancia del proceso, como ocurre en tratándose de los altos funcionarios, el sindicado tiene a su favor dos ventajas: la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia.

No es pues, acertado afirmar que el fuero consagrado en la Constitución perjudica a sus beneficiarios.

E) *Conclusión*

En una u otra forma, haciendo uso de uno o más de los recursos que existen, todo reo puede impugnar la sentencia condenatoria.

F) *Los tratados internacionales*

Lo dicho permite concluir que la legislación colombiana en esta materia, se ajusta a los tratados internacionales invocados por el demandante. Y que es inútil, por lo mismo, analizar si tales tratados prevalecen o no sobre la Constitución. Además, no hay que olvidar que la Corte, en este mismo proceso, rechazó la demanda contra las normas constitucionales que consagran el fuero de los altos funcionarios.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre de pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declararse exequibles todas las normas demandadas, así:

Primero: El artículo 68, numeral 8, del Código de Procedimiento Penal, decreto 50 de 1987, que estuvo vigente hasta el 1° de julio de 1992;

Segundo: La frase "o de única instancia", del artículo 68 del decreto 100 de 1980, Código Penal;

Tercero: El artículo 319, numeral 2, del decreto 2250 de 1988, Código Penal Militar, y,

Cuarto: Del decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, las siguientes normas:

La frase "o en única instancia" del artículo 45; el numeral 6 del artículo 68; el numeral 1 del artículo 123; la frase "salvo disposición en contrario" del artículo 202; y la frase "única instancia" del artículo 34.

Corte Constitucional

Inexequibilidad parcial de algunos artículos del C. de P. P.

Son inexequibles algunos apartes de los arts. 7, 161, 251, 272, 322 y 342 del Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991).

Magistrado ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ
Bogotá, abril 22 de 1993

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera: La competencia y los especiales requisitos de forma

Esta corporación es competente para conocer de las demandas de la referencia, en atención a que se trata de disposiciones con fuerza de ley, expedidas por el presidente de la república en ejercicio de expresas facultades extraordinarias conferidas por el literal a) del artículo transitorio 5° de la Carta, para las que el artículo transitorio 10 de la misma codificación superior estableció un régimen especial que atribuye a la Corte Constitucional el conocimiento de los asuntos de constitucionalidad relacionados con ellas.

En efecto, las disposiciones acusadas y que forman parte del decreto 2700 de 1991. "Por el cual se expiden las normas del Procedimiento Penal", son producto del ejercicio de las facultades extraordinarias de origen constituyente, según lo señalado por el literal a) del artículo 5° transitorio

de la Carta. Además, se advierte que los decretos que resultan de las citadas facultades extraordinarias, debían ser objeto del trámite de aprobación o improbación por la Comisión Especial prevista por el artículo transitorio 6° de la misma Carta; igualmente debe señalarse que el término para el ejercicio de las mencionadas facultades estuvo fijado según el artículo transitorio 9° de la Constitución para hasta el día en que se instalara el Congreso elegido el 27 de octubre de 1991.

Como la disposición constitucional transitoria que encarga a esta corporación de la competencia para conocer de la constitucionalidad de los citados decretos no establece distinción alguna en esta especial materia del ejercicio de las facultades extraordinarias de origen constituyente, dicho control se debe verificar de modo integral ante la nueva Carta Constitucional, que exige su examen tanto por los especiales aspectos de forma que se advierten, como por los aspectos de fondo que aparecen en el nuevo

texto constitucional. Obviamente, el examen de los requisitos de forma se verifica en esta corporación frente a los especiales requisitos que para el ejercicio de las mencionadas facultades estableció el mismo Constituyente.

La "Comisión Especial" prevista por el artículo transitorio 8° de la Constitución Política de 1991 fue creada por el artículo transitorio 6° de la misma Carta Fundamental, en los siguientes términos:

Créase una Comisión Especial de treinta seis miembros elegidos por cuociente electoral por la Asamblea Nacional Constituyente, la mitad de los cuales podrán ser delegatarios, que se reunirá entre el 15 de julio y el 4 de octubre de 1991 y entre el 18 de noviembre de 1991 y el de la instalación del nuevo Congreso. La elección se realizará en sesión convocada para este efecto el 4 de julio de 1991.

"Esta Comisión Especial tendrá las siguientes atribuciones:

"a) Improbable por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, los proyectos de decreto que prepare el gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al presidente de la república por el artículo anterior y en otras disposiciones del presente acto constituyente, excepto los de nombramientos.

"Los artículos improbados no podrán ser expedidos por el gobierno.

"b) Preparar los proyectos de ley que considere convenientes para desarrollar la Constitución. La Comisión Especial podrá presentar dichos proyectos para que sean debatidos y aprobados por el Congreso de la República.

"c) Reglamentar su funcionamiento".

Así las cosas, y en ausencia de disposición expresa en contrario, el control de la constitucionalidad de los decretos que expidió el gobierno nacional en desarrollo de las atribuciones especiales que le fueron conferidas por el artículo transitorio 5° de la Constitución Política de 1991 corresponde a la Corte Constitucional bajo el trámite que debe dársele a los restantes decretos de facultades extraordinarias.

Por su parte, el art. 241 de la Carta, entrega a la Corte Constitucional las expresas y precisas competencias para adelantar la guarda de la supremacía y la integridad de la Constitución, las que naturalmente comprenden el examen de disposiciones como las acusadas en las demandas que se resuelven.

Igualmente, de los documentos que aparecen en el expediente, se tiene que las disposiciones que son acusadas no fueron improbadas por la Comisión Especial; por tanto, por este aspecto, no se encuentra vicio de constitucionalidad y así habrá de declararlo la Corte Constitucional. De otra parte el decreto 2700 de 1991 fue expedido el 30 de noviembre de 1991 dentro del término previsto por el constituyente como límite temporal para el ejercicio de las precisas facultades conferidas y, por este aspecto, no se encuentra vicio de constitucionalidad alguno.

Segunda: El examen de las disposiciones acusadas

Del texto de las demandas de la referencia se establece que las normas cuya constitucionalidad se controvierte corresponden a los principios o normas rectoras, a la jurisdicción y competencia, a los sujetos procesales, a las actuaciones procesales, a las pruebas, a la ineficacia de los actos procesales, a la investigación previa, a la instrucción, a la captura y medidas de aseguramiento y a las relaciones con autoridades extranjeras de que trata el Código de Procedimiento Penal.

a) La cosa juzgada (Código de Procedimiento Penal, arts. 158 y 293)

En primer término encuentra esta corporación que en lo que se refiere al examen de la constitucionalidad de los arts. 158 y 293 del Código de Procedimiento Penal, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de adelantar su juicio y de pronunciar fallo de mérito distinguido bajo el número C-053 de 1993, en el que declaró la conformidad de aquellos con la Carta y por ende su exequibilidad (M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Dados los efectos de la cosa juzgada constitucional que se producen con ocasión del pro-

nunciamento definitivo de la Corte Constitucional, esta Corporación ordenará estarse a lo resuelto en dicho pronunciamiento sobre los arts. 158 y 293 del Código de Procedimiento Penal. En esta oportunidad han sido demandadas nuevamente aquellas disposiciones y lo que procede es acoger lo ordenado por aquella providencia.

b) El derecho de contradicción de las pruebas (C. de P. P., arts. 7°, inciso segundo; 251; 272 y 342).

Dentro de este capítulo se analizan los arts. 7°, 251, 272 y 342 del Código de Procedimiento Penal, relacionados todos ellos con el principio de contradicción de la prueba, contenido como uno de los elementos del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución que dispone:

Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

...Quien sea sindicado tiene derecho... a presentar pruebas y a *controvertir* las que se alleguen en su contra (bastardillas no originales).

La veracidad de la existencia de algo no concluye con la percepción del mismo: tan solo es el inicio en la búsqueda de la verdad. Se requiere que exista un cuestionamiento para que el hecho adquiera firmeza. Este proceso se da en todas las manifestaciones del intelecto humano. La contradicción es la incompatibilidad de dos proposiciones, que no pueden ser a la vez verdaderas, por cuanto una de ellas afirma o niega lo mismo. Así, el principio de contradicción ha sido definido por la doctrina como el fundamento lógico y metafísico que establece, como uno de los criterios de la verdad, la imposibilidad absoluta de ser y no ser algo al propio tiempo y en el mismo lugar y con identidad completa de las demás circunstancias. Constituye un elemento de interpretación jurídica.

A través de las diferentes etapas del proceso penal, la prueba que se ha recogido no crea en el juez la certeza o el convencimiento subjetivo sobre la existencia del hecho punible o de la responsabilidad del sindicado. De

allí que el art. 247 del Código de Procedimiento Penal exija, para poder dictar sentencia condenatoria, que obre en el proceso la prueba que dé certeza sobre el hecho punible y sobre la responsabilidad del procesado. La certeza solo se logra mediante el ejercicio del derecho de contradicción como uno de los elementos del derecho de defensa.

La violación del principio de contradicción trae como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la prueba aportada y no controvertida. Esta presunción de derecho fue dispuesta por el constituyente como garantía del debido proceso, cuando en el inciso final del art. 29 consagró:

...Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

En materia penal el proceso se desarrolla a través de las etapas de investigación previa, instrucción y juzgamiento, y en las tres se aportan pruebas que deben ser conocidas y controvertidas por los sujetos procesales.

En la determinación de la responsabilidad solo pueden considerarse las pruebas debidamente aportadas al proceso y que hayan podido discutirse, nada distinto reza el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Aunque la etapa de la investigación previa es anterior a la existencia del proceso y tiene como finalidad establecer si la investigación debe proseguir o no, es considerada como especial y básica de la instrucción y del juicio. Por tal motivo, no asiste razón que permita la limitación de la controversia probatoria en dicha etapa. Por tanto, el principio del debido proceso debe aplicarse en toda actuación judicial.

Con el acatamiento al principio de contradicción se cumple una función garantizadora que compensa el poder punitivo del Estado en cabeza de los funcionarios judiciales, es decir, actúa como un contrapeso obligatorio, respetuoso de los derechos humanos, al permitir la intervención en cualquier diligencia de la que pueda resultar prueba en contra del imputado, sindicado o procesado.

Así las cosas, los cuatro artículos siguientes son parcialmente inexecutable, en la medida

en que consagran restricciones al principio de contradicción, así:

— En la parte final del art. 7° se establece “salvo las excepciones contempladas en este Código”, por lo que esta parte resulta contraria a lo dispuesto por el art. 29 de la Constitución Política.

En lo que hace a la demanda contra la parte del inciso 2° del art. 7° que autoriza para la etapa de la investigación previa la existencia de excepciones al principio rector de la controversia probatoria y de la presentación de pruebas durante todo el proceso, esta Corporación encuentra, en primer término, que en verdad existe el vicio de constitucionalidad alegado por la demanda, ya que esta etapa procesal aunque tiene como finalidad determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, y procura el adelantamiento de las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho llegado al conocimiento de las autoridades judiciales, si aquel está descrito en la ley penal como punible, si la acción penal procede, permite la práctica y recaudo de pruebas indispensables relacionadas con la identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho o su responsabilidad.

En efecto, en dicha etapa intervienen quienes ejercen funciones de policía judicial bajo la dirección del fiscal, las unidades de fiscalía y el ministerio público, y aunque no existe en verdad la figura jurídica del sindicado, para la que la Constitución prevé un conjunto de reglas garantizadoras de los especiales derechos fundamentales, propias del debido proceso penal, que lo rodean de una gama de instrumentos protectores suficientemente amplia que no puede ser desconocida por la ley, dentro de los cuales se encuentra el de la controversia de la prueba, también es cierto que toda persona, incluso el imputado, tiene derecho a su defensa. Esta comporta el derecho de controvertir las pruebas que se vayan acumulando contra el imputado, incluso en la etapa de investigación previa, puesto que el derecho de defensa es también indisponible y fundamental. Este principio rector no pue-

de ser objeto de regulaciones que lo hagan impracticable, ni que desconozcan la finalidad del Constituyente de rodear del máximo de garantías a la persona que resulta imputada de un posible delito durante la etapa de investigación previa.

Además, debe tenerse en cuenta que bajo las reglas de la nueva Constitución y del nuevo Código de Procedimiento Penal, existe suficiente fundamento jurídico para considerar que las actuaciones de la jurisdicción penal se encuadran dentro de un modelo aproximado al del proceso acusatorio y que esto implica una nueva visión global de las funciones de la Fiscalía General de la Nación y de sus agentes, así como de los jueces penales, dentro de un marco técnico jurídico diverso del que suponía la anterior configuración del proceso penal a la luz de la Carta de 1886 y sus reformas.

Obsérvese que lo que se entiende por “controversia de la prueba” es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. La distinción entre imputado y sindicado es relevante desde el punto de vista constitucional para muchos otros efectos jurídicos y su repercusión es amplia en el orden legal y principalmente en el procedimiento penal; empero, de la interpretación del art. 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de investigación previa existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues este también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando.

No pasa por alto la Corte que en el desarrollo del derecho internacional humanitario y en los instrumentos internacionales de los de-

rechos humanos, se ha establecido esta misma garantía como uno de los pilares fundamentales en la estrategia de fortalecimiento, promoción, defensa y garantía específica de los derechos más preciados, predicables de los hombres.

Así las cosas se reitera que, a la luz de la Carta y de los presupuestos constitucionales del debido proceso penal, no pueden consagrarse excepciones al principio de la contradicción del material probatorio tal y como lo ordena el art. 7° del C. de P. P. en la parte acusada, en concordancia con la parte acusada del art. 251 del mismo Código, por lo cual habrá de declararse su inexecutable.

Además, una vez que se haya formulado acusación debe el proceso ser público y la defensa también podrá controvertir plenamente y por todos los aspectos el material recaudado. Desde luego, no sobra advertir que, en la etapa de juzgamiento que se inaugura con la resolución acusatoria, deben quedar abiertas todas las posibilidades para la controversia del material probatorio recaudado, sin que puedan establecerse limitaciones como las que permiten las partes declaradas contrarias a la Carta.

El art. 7° quedaría entonces de la siguiente forma:

Art. 7°. Contradicción. En el desarrollo del proceso regirá el principio de contradicción.

El imputado, durante la investigación previa podrá presentar o controvertir pruebas.

— El art. 251 contiene dos supuestos; en la primera parte se consagra la imposibilidad de la controversia probatoria en la etapa de investigación previa para los procesos de competencia de los jueces regionales. Las consideraciones sobre la primera parte son las mismas que se han tenido en cuenta en relación con la inexecutable del art. 7°; por lo mismo resulta inexecutable el art. 251.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-053 de 1993. Magistrado ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

En la segunda parte del artículo se hace referencia a que tanto en la instrucción como en el juzgamiento los sujetos procesales podrán solicitar pruebas y controvertirlas, lo que resulta complementario del art. 7°, en donde se consagra la petición y la controversia de la prueba en la etapa de investigación previa.

El art. 251 entonces quedará así:

Art. 251. Contradicción. En los procesos de que conocen los jueces regionales durante la investigación previa, la instrucción y juzgamiento, los sujetos procesales podrán solicitar pruebas y controvertirlas.

— El art. 272 es constitucional porque desarrolla la contradicción, pero la salvedad contenida en el mismo es inconstitucional ya que consagra una excepción, aunque remita al art. 158 declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia de dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y tres¹, porque una cosa es garantizar la reserva de la identidad de los funcionarios para asegurar su vida, y otra cosa es la reserva de la prueba en sí, en una de las etapas del proceso.

En otras palabras, una cosa es la persona y otra el documento. En este sentido, la sentencia C-053 de febrero 18 de 1993 de la Sala Plena de la Corte Constitucional, estableció:

“...es evidente que el solo hecho de prever se el anonimato del juez o testigo en circunstancias tan especiales como las contempladas en los artículos *sub judice* no representa en modo alguno la indefensión del sindicado ni cercena sus oportunidades de contradicción y argumentación jurídica dentro del proceso, ni recorta ni anula las enunciadas garantías procesales...”.

Precisamente en relación con el punto que ahora nos ocupa, el enunciado fallo hizo énfasis en que la reserva en la identidad de los testigos —en este caso la de los peritos— no afecta el derecho de defensa del procesado “mientras goce de todas las posibilidades de controvertir las pruebas que se esgrimen en su contra y de hacer

valer aquellas que lo favorecen, en lo cual radica el núcleo esencial del derecho al debido proceso en lo relativo al régimen probatorio”.

El art. 272 entonces quedará así:

Art. 272. Comparecencia de los peritos a la audiencia. Los sujetos procesales podrán solicitar al juez que haga comparecer a los peritos, para que conforme al cuestionario previamente presentado, expliquen los dictámenes que hayan rendido y respondan las preguntas que sean procedentes; el juez podrá ordenarlo oficiosamente.

Con los mismos argumentos aquí esgrimidos, se declarará la inexecutable del inciso 2° del art. 342 con el siguiente fundamento: la parte inicial del artículo se refiere a la reserva de las providencias mediante las cuales se disponen diligencias como el allanamiento, registro, retención de correspondencia postal o telegráfica o la intersección de comunicaciones telefónicas, cuando el funcionario judicial considere que la publicidad de la decisión puede interferir en el desarrollo de la respectiva diligencia. Ello es constitucionalmente explícito, por disposición del art. 15, inciso 2° de la Constitución, para la correspondencia. Para el allanamiento el fundamento se encuentra en el art. 28 de la misma Codificación Superior. Ambas disposiciones en último término buscan la eficacia consagrada en los arts. 2° y 209 de la Carta.

Cosa distinta es la parte del artículo que se refiere a:

“Cuando se trate de procesos de competencia de los jueces regionales se dará el mismo tratamiento a aquellas pruebas que en virtud de solicitud de autoridad extranjera, se deban mantener en reserva hasta tanto se formule la acusación correspondiente”.

Este inciso es violatorio del principio de contradicción de la prueba, pues el interesado solo viene a conocerla posteriormente cuando ya ha concluido la oportunidad para controvertirla.

Por lo tanto, el art. 342 quedará de la siguiente forma:

Art. 342. Providencias reservadas. Las providencias motivadas mediante las cuales se disponga el allanamiento y el registro, la retención de correspondencia postal o telegráfica o la intersección de comunicaciones telefónicas no se darán a conocer a las partes mientras el funcionario considere que ello puede interferir en el desarrollo de la respectiva diligencia. Contra dichos autos no procede recurso alguno.

c) El derecho de defensa técnica (C. de P. P., arts. 161 y 322).

El derecho de defensa en el ámbito penal, relacionado con la necesidad de la “defensa técnica”, está consagrado así en el art. 29 de la Constitución:

Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...

...Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.

Cuando la Constitución hace referencia al término *toda* debe ser entendido, sin exclusión —por insignificante que ella sea—, de la actuación judicial en el ámbito penal. El término “sindicado” debe entenderse como que en él también están incluidos “imputados”, “procesados” y aun “condenados”, pues en toda la actuación procesal —previa instrucción, juzgamiento y ejecución de la pena—, como garantía mínima debe prevalecer la asistencia del defensor en desarrollo del debido proceso. Estos términos son además de creación legal, mientras que la Constitución Política se refiere a toda persona durante toda actuación judicial de naturaleza penal.

Los arts. 161 y 322 del Código de Procedimiento Penal contienen una excepción a la asistencia del defensor en la situación de flagrancia. Normas que son contrarias a las disposiciones constitucionales que se mencionan en esta parte de la providencia.

Por lo tanto, si la Constitución Política no consagra restricción al derecho a una defensa

técnica en las diferentes etapas, y los arts. 161 y 322 acusados, si lo hacen para los casos de flagrancia, tales normas son inconstitucionales.

Así pues, el derecho de defensa técnica en lo que se relaciona con la asistencia del defensor en los asuntos de carácter penal, no admite o no debe admitir restricción alguna. Para que exista un proceso penal propio de un Estado de Derecho es indispensable la protección del sindicado a través de un defensor, quien no solo cumple esta función sino otra también muy importante, colaborar en la investigación de la verdad. Así, para el constituyente es tan importante la defensa técnica, que se constitucionalizó el defensor de oficio en el art. 28.4 de la Constitución, como una de las funciones del defensor del pueblo.

Si la razón es practicar en forma inmediata las diligencias preliminares cuando se produzca captura en flagrancia, debe garantizarse al imputado el mínimo de garantías a pesar de esta especial situación.

Así pues, los arts. 161 y 322, quedarán así:

Art. 161. Inexistencia de las diligencias. Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin su defensor.

Cuando el sindicado esté en peligro inminente de muerte y sea necesario realizar diligencias con su intervención puede omitirse la comunicación a su defensor y nombrar de oficio a cualquier persona, dejando constancia de ello.

Art. 322. Versión del imputado en la investigación previa. Cuando lo considere necesario el fiscal delegado o la Unidad de Fiscalía podrá recibir versión al imputado.

Quienes cumplen funciones de policía judicial solo podrán recibirle versión a la persona capturada en flagrancia y al imputado que voluntariamente la solicite. La versión tendrá que recibirse en presencia de su defensor. Siempre se advertirá al imputado que no tiene la obligación de declarar contra sí mismo.

Solo podrá recibirse versión al imputado sin asistencia del defensor, en los mismos casos en que la ley lo permita para la diligencia de indagatoria. La aceptación del hecho por parte del imputado en la versión rendida ante el fiscal delegado o Unidad de Fiscalía dentro de la investigación previa, tendrá valor de confesión.

d) La práctica de pruebas en la investigación previa

En este mismo sentido la Corte encuentra que el art. 323 del C. de P. P., acusado y que permite, durante la etapa de la investigación previa, la práctica de todas las pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos, no sufre vicio de constitucionalidad alguno que afecte su validez jurídica, puesto que como se trata de despejar dudas sobre la procedencia de la apertura de la investigación y de determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, bien pueden practicarse todas las pruebas enderezadas precisamente al esclarecimiento de los hechos; dicha etapa se debe desarrollar mientras no exista prueba para dictar resolución inhibitoria o mérito para vincular en calidad de sindicado a una persona, y para ello resulta recomendable y constitucional la autorización que confiere la ley para dicha situación procesal.

e) La reserva dentro del proceso penal

En lo que corresponde a la parte acusada del art. 8° del C. de P. P. se controvierte la existencia de excepciones relacionadas con la reserva del sumario, en el sentido de que, no obstante siendo la investigación abierta para los sujetos procesales y el juicio público, es posible que se establezcan actuaciones reservadas, como lo consagran los arts. 321, 331 y 342, los cuales, salvo la parte de este último que se declara inexecutable, también encuentran fundamento constitucional en el art. 228 de la Constitución, que permite a la administración de justicia mantener bajo reserva determinadas actuaciones judiciales que se surten dentro del proceso penal.

La Corte Constitucional no encuentra vicio de inconstitucionalidad por lo que hace a la

parte acusada del art. 8º, ya que la reserva de determinadas actuaciones judiciales del proceso penal, redundando en algunos casos en el cabal ejercicio de tales funciones, mucho más cuando el art. 250 de la Carta impone a la Fiscalía General de la Nación el deber de velar por la protección de las víctimas, testigos o intervinientes y tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

En este mismo sentido esta Corporación encuentra que el art. 11 en la parte acusada halla fundamento constitucional en el citado art. 250 de la Carta, que autoriza a la Fiscalía General de la Nación para promover la protección de testigos y demás intervinientes en el proceso penal. Como se observa, la parte acusada del art. 11 encuentra un fundamento incontestable en el citado artículo de la Carta del que es proyección textual.

f) La doble instancia en el proceso penal

En cuanto al art. 16 acusado se encuentra que la parte controvertida es la que permite la existencia de excepciones al principio de la doble instancia contra las providencias interlocutorias que se producen dentro del proceso penal.

Advierte la Corte que la Constitución establece el principio de la doble instancia como derecho constitucional fundamental, y con carácter indisponible y obligatorio pero referido solo al caso de la sentencia condenatoria; esta observación se hace en atención a los reiterados argumentos que formulan los actores. Empero, obsérvese que en el asunto que se examina no se trata de una disposición que regule el régimen de la controversia o impugnación de las sentencias sino solo de los autos interlocutorios, lo cual es asunto bien diferente del planteado por el actor y que compete a la ley, pudiendo esta señalar su régimen general y las excepciones que correspondan.

La Corte no encuentra que exista obstáculo alguno de carácter constitucional, que impida al legislador proveer sobre la materia, en ciertas hipótesis, acerca de la improcedencia de recursos contra providencias distintas a las sentencias condenatorias; en este sentido se

tiene en cuenta lo dispuesto por el citado inciso cuarto del art. 29 de la Carta, en concordancia con el inciso 1º del art. 31 de la C. N., en la parte que indica que quien sea sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Igualmente se señala que el legislador no puede ordenar la improcedencia de los recursos contra la sentencia condenatoria, ni establecer excepciones al respecto, salvo el caso de los fueros especiales en materia penal radicados en la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional, ya que esta es, según definición de la propia Carta, el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria.

g) La estructura de la rama judicial en materia penal

En lo que se relaciona con las acusaciones dirigidas contra las partes subrayadas de los arts. 66, 67, 68, 78, 86, 106, 118, 121 y 218, y contra los arts. 69 y 71 del C. de P. P., esta Corporación advierte que no asiste razón a los actores ya que en aquellas disposiciones se trata de la incorporación legislativa de la estructura de la organización jurisdiccional especial existente con anterioridad a la vigencia de la nueva Constitución que, por el contrario, con fundamento en la voluntad del constituyente y previa no improbación de la Comisión Especial Legislativa, recibió fundamento jurídico suficiente para conservar su vigencia. Las normas acusadas y que se destacan en este acápite en ningún modo comportan la modificación o alteración de la distribución y de la división del territorio para efectos judiciales, ni la ubicación de los despachos. El nuevo Código de Procedimiento Penal se contrae a adecuar a las nuevas definiciones estructurales de la organización jurisdiccional de origen constitucional, teniendo como base la anterior estructura correspondiente. No asiste razón a los actores ya que tanto el Tribunal Nacional como los jueces regionales son elementos de dicha estructura que debieron ser recogidos, al igual que los restantes tribunales y juzgados del país que se ocupan de los asuntos del procedimiento penal, para efectos de adecuar sus estructuras a los nuevos conceptos constitucionales, relacionados con el funcio-

namiento de la rama judicial. Las normas acusadas, y que se reseñan, se contraen específicamente a señalar que el Tribunal Nacional y los jueces regionales existentes con anterioridad a la expedición de este Código, ejercen funciones de juzgamiento, mantienen una competencia específica, conocen de los cambios de radicación, pueden tramitar impedimentos, forman parte de la estructura orgánica del poder judicial y sus sentencias pueden ser recurridas ante la Corte Suprema de Justicia.

De otra parte, cabe indicar que la competencia radicada en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, según lo dispuesto en el numeral 1 del art. 257 de la Constitución, está condicionada en cuanto hace a su ejercicio a lo dispuesto por la ley, la que bien puede ser de las estatutarias consagradas por el literal b) del art. 152 de la Carta en su campo, o las ordinarias contentivas de los Códigos, como es el caso de que se ocupa la Corte en esta oportunidad. Obsérvese que el decreto 2700 de 1991 es producto del ejercicio de especiales facultades extraordinarias de origen constituyente, y como tal se encuentra amparado de la dispensa constitucional correspondiente frente a lo dispuesto por la prohibición expresa señalada por el inciso 3º del numeral 10 del art. 150 de la Carta.

h) La conexidad de las conductas y la competencia de los jueces regionales

En lo que se refiere a lo dispuesto por las partes acusadas de los arts. 89 y 96 del C. de P. P. referidas a la competencia por razón de la conexidad entre hechos punibles, se observa que el estatuto procedimental penal hace prevalecer la correspondiente al juez regional sobre la competencia de cualquier otro funcionario judicial, y sobre la de otros jueces, para efectos de acumular por aquella razón el conocimiento de varios hechos punibles.

Se trata de permitir que cuando exista conexidad entre hechos punibles sometidos al conocimiento de jueces regionales y otros jueces, la competencia se radique en cabeza del primero en todo caso, por el principio legal de la atracción. Por estos aspectos la Corte

no encuentra reparo de carácter constitucional, ya que la competencia radicada en cabeza de los jueces regionales no es en ningún caso proveniente de una jurisdicción especial, sino simplemente la expresión orgánica de la distribución de funciones en el interior de la rama judicial, en razón de la materia y del objeto jurídico que persiguen las disposiciones penales especiales. Obsérvese que la distribución de la competencia entre los distintos jueces de la república es una facultad propia del legislador, y naturalmente ubicada dentro de las normas propias del ordenamiento procedimental penal y que, además, la determinación de los modos de establecer la conexidad para efectos de fijarla es un asunto que puede reflejar razones de política criminal y de racionalidad instrumental y técnica, con base en criterios funcionales propios de las estructuras judiciales existentes.

i) La competencia de los fiscales

En cuanto hace a lo dispuesto por el art. 120 del C. de P. P. que se acusa en su integridad, y que señala las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación, esta corporación no encuentra reparo alguno de carácter constitucional, ya que evidentemente en la versión del artículo acusado, estas son señaladas de modo tal que reproducen lo dispuesto por el art. 250 de la Constitución Nacional.

Con meridiana claridad, resulta a todas luces evidente que el citado art. 120 es plenamente ajustado a la Constitución. Igualmente en lo que se refiere al art. 124 acusado del C. de P. P. que establece las competencias de los fiscales delegados ante al Tribunal Nacional, esta corporación no encuentra reparo alguno de constitucionalidad, ya que la existencia de dichos funcionarios tiene fundamento constitucional según se desprende de lo dispuesto por los arts. 249 y 250 de la Constitución Nacional; además, las funciones señaladas en los numerales 1 a 5 son funciones típicas que debe desempeñar la Fiscalía General de la Nación a través de sus delegados y estas se ejercen ante un órgano jurisdiccional que tiene fundamentos y existencia legal antecedente.

Igualmente, estos fundamentos constitucionales comprenden lo dispuesto por el art. 126 acusado, y que se refiere a las competencias de los fiscales delegados ante los jueces regionales.

j) La participación del ministerio público.

Sobre la parte acusada del art. 134 del C. de P. P., y que hace obligatoria la participación del agente del ministerio público cuando se trate de investigaciones de hechos punibles de competencia de los jueces regionales, esta Corporación no encuentra reparo alguno, ya que, por el contrario, la vigilancia del ministerio público sobre las unidades investigativas conformadas por las unidades de policía judicial, se constituye en una garantía preventiva que asegura el celoso cuidado que cabe y la atención sobre las eventuales extralimitaciones de dichos funcionarios. Nada se opone en la Constitución a que los agentes de la Procuraduría General de la Nación vigilen el cumplimiento de la Constitución, de las leyes, de las decisiones judiciales y los actos administrativos en dichos casos, para proteger los derechos humanos, así como para asegurar su efectividad, defender los intereses de la sociedad, el orden jurídico y los derechos y garantías fundamentales. En este sentido el art. 277 de la Carta permite la existencia de dichos agentes y su presencia obligatoria en las actuaciones de las unidades investigativas de policía judicial.

k) Las funciones de la policía judicial

En cuanto hace a lo dispuesto por los arts. 310 y *parágrafo* y 312 del C. de P. P. en las partes acusadas, que atribuyen competencias y funciones permanentes a las unidades de policía judicial, esta corporación tampoco encuentra reparo de constitucionalidad y, por el contrario, observa que aquellas se ajustan a las previsiones de esta, especialmente en lo dispuesto por el art. 113 de la Constitución Nacional, que establece el principio de la separación de los órganos y ramas del poder público, pero impone el deber de la colaboración armónica para la realización de los fines del Estado.

La noción de policía judicial comprende específicamente la capacidad de cumplir funciones enderezadas a satisfacer las necesidades instrumentales y técnicas de la actividad de los funcionarios judiciales, quienes por distintas razones, que corresponden a la naturaleza de su investidura y de su labor, no las pueden atender directamente. En este sentido, se trata de determinar qué autoridades como la policía judicial de la policía nacional, el Departamento Administrativo de Seguridad, la Procuraduría y Contraloría General de la Nación, las autoridades de tránsito en asuntos de su competencia, los alcaldes e inspectores de policía, el cuerpo técnico de la Fiscalía General de la Nación, todos los servidores que integran las unidades de Fiscalía y los miembros de la policía nacional en los territorios en donde no haya policía judicial especializada, pueden colaborar bajo la coordinación de la Fiscalía General de la Nación y de sus delegados, en el adelantamiento de las funciones correspondientes a aquella noción.

Igualmente, para los casos de flagrancia y en el lugar de los hechos, bien puede el legislador habilitar a los servidores públicos que ejerzan funciones de policía judicial para ordenar y practicar pruebas sin que se requiera providencia judicial previa. Naturalmente, el marco de estas competencias corresponde a las advertidas necesidades de la colaboración de los órganos del poder público en la debida administración de justicia, con el propósito de perseguir a los delincuentes, percatarse de los posibles hechos delictivos y disponer con sus recursos las acciones enderezadas a garantizar la mejor acción de los fiscales y de los jueces.

Ahora bien, dichos funcionarios de policía judicial no podrán recibir la versión a la persona capturada en flagrancia, ni al imputado que voluntariamente lo solicite sin la presencia del defensor; esta versión debe recibirse, como lo advierte el art. 322 acusado parcialmente, de manera libre en el caso de la persona capturada en flagrancia y de manera espontánea por el imputado que voluntaria-

mente lo solicite, siempre que se encuentre presente su defensor. Desde luego, cuando no se trate de casos de flagrancia, dicha versión tampoco puede recibirse por quienes cumplen funciones de policía judicial sin la presencia del defensor y, en todo caso, deberá advertirse al imputado que se encuentra amparado por lo dispuesto en el art. 33 de la C. N. que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Reitera la Corte que el art. 161 en la parte acusada, no se ajusta a la Constitución Nacional en cuanto establece que la versión libre y espontánea que sea rendida en caso de captura en flagrancia, puede adelantarse sin la presencia de abogado defensor; a dicha conclusión se arriba con base en las advertencias que se hacen sobre las garantías constitucionales de la presunción de inocencia, de la no autoincriminación forzada, del principio de la legalidad de las actuaciones de los funcionarios judiciales y de policía judicial, entre otras, las que prevalecen de manera incuestionable en estas actuaciones.

1) La reserva de la identidad de los intervinientes

En lo que se refiere a lo dispuesto por las partes acusadas de los artículos 156, 247 y 272 con la consideración vertida más arriba, todos del Código de Procedimiento Penal, y que regulan la reserva y protección de la identidad de los intervinientes, de los funcionarios, de los peritos, de los testigos, lo mismo que de algunas providencias, siempre que se trate de actuaciones en las que intervengan el Tribunal Nacional, los jueces regionales o de fiscales que actúen ante ellos, y de delitos que sean de la competencia de estos, esta Corporación no encuentra vicio de constitucionalidad, puesto que como bien definido lo tiene la jurisprudencia nacional, tanto en la Corte Suprema de Justicia como de esta Corte Constitucional, se trata de amparar la vida y la integridad física de jueces, magistrados, colaboradores oficiales o técnicos y de testigos

y declarantes, que han sido objeto de constantes amenazas y de frecuentes embates de las organizaciones criminales de terroristas y narcotraficantes, poniendo en grave peligro la estabilidad institucional y el propio orden social.

También cabe tener en cuenta que las modernas y permanentes modalidades criminales, desarrolladas en los últimos tiempos, han planteado serios retos a las tradicionales concepciones de la doctrina del derecho penal y del procesalismo, lo que ha conducido a rediseñar los esquemas de administración de justicia en el ámbito penal con herramientas técnico-jurídicas suficientemente idóneas para hacerle frente a la gravedad de aquellas. No se trata propiamente de una respuesta apenas transitoria en estos casos, sino de prever para ciertas modalidades delictivas, herramientas jurídicamente válidas que permitan a los funcionarios judiciales cumplir cabalmente sus compromisos con la ley.

Desde luego, dicho replanteamiento presupone el celoso cuidado que exigen los derechos fundamentales de las personas y es por ello que, sin atentar contra la dignidad de la persona humana y de sus garantías constitucionales, se permite la utilización de medios técnicos para la identificación de testigos y funcionarios, bajo la vigilancia de la Fiscalía General de la Nación y del ministerio público.

En lo que hace a las pruebas periciales, se ha establecido por el art. 272 del C. de P. P., con las observaciones hechas más arriba, que también se puede proteger la identidad del perito no obstante que el experticio se pueda controvertir conforme a un cuestionario previamente presentado para que aquellos expliquen los dictámenes que hayan rendido y respondan las preguntas que sean procedentes. En este sentido se reitera que se hace necesario garantizar la vida e integridad física de dichos colaboradores de la justicia, y en caso de controvertirse el dictamen, el debate es y debe ser de carácter objetivo, sin comprometer los elementos subjetivos de identidad de quien lo produce.

Sobre la identidad del testigo, es claro que el juez y el fiscal tienen el deber de conocerla

para valorar la credibilidad del testimonio. También es cierto que en estas diligencias debe intervenir el ministerio público para certificar la correspondencia entre la versión dada por el testigo y su identidad personal; así, se procura que las circunstancias que permitan la identificación del testigo queden cubiertas por la reserva, para efectos de garantizarle su seguridad.

No se trata, como lo sostienen los actores, de la incorporación de la pretendida justicia secreta, sino, simplemente, de recurrir a instrumentos técnicos de protección de la identidad de los testigos y funcionarios, lo mismo que de las versiones y de las pruebas para asegurar una cabal administración de justicia. Tanto es así que el inciso 2º del art. 247, también acusado, advierte que en los procesos de que conocen los jueces regionales, no se podrá dictar sentencia condenatoria que tenga como único fundamento el testimonio de una o varias personas cuya identidad se hubiere reservado.

Se trata de expresiones normativas fundadas en la idea de rodear de garantías y seguridades a los jueces, funcionarios y empleados de la rama judicial del poder público, para hacer efectivas sus decisiones, con miras a la necesidad de fortalecer la acción de los organismos judiciales en las labores de investigación, acusación y juzgamiento, en un ámbito especial de las modalidades criminales contemporáneas, en el que están de por medio grandes poderes de organización y financiación, que denotan propósitos conscientes de ataques sistemáticos a la vida e integridad de los funcionarios judiciales y de sus familias, lo mismo que a los testigos y colaboradores eficaces de la administración de justicia y a los miembros de la fuerza pública que colaboran en el ejercicio de las funciones de policía judicial.

m) La oportunidad de la vinculación de los imputados.

En relación con lo dispuesto por el inciso 2º del art. 352 del C. de P. P. acusado, que permite en los procesos de competencia de los jueces regionales y cuando se trate de pluralidad de imputados, diferir la vinculación

de alguno de los implicados para el momento de la instrucción que se considere más oportuno, de acuerdo a las necesidades de la investigación, cabe señalar que se trata, en relación con el art. 9º de este mismo Código, de un instrumento procesal enderezado a garantizar la efectividad del derecho material y de los derechos de las personas que en él intervienen; por tanto, se permite al fiscal señalar la oportunidad correspondiente para dicho fin de acuerdo con el desarrollo de la investigación, y en la cual se procederá a recibir en indagatoria al imputado, con el lleno de todas las garantías constitucionales. No se trata de autorizar el desconocimiento de los términos constitucionales previstos para regular el régimen de la libertad física y personal respecto de aquellos contra quienes se adelanta diligencias judiciales que conduzcan a la privación de su libertad; así, no se trata de desconocer dichos términos, sino, más bien, de facilitarle al juez la posibilidad de señalar, sin privar de la libertad, la oportunidad correspondiente a la recepción de la indagatoria. Obviamente, los supuestos de esta hipótesis son bien claros, en cuanto exigen la pluralidad de imputados y el desarrollo de la investigación previa, que permitan determinar el grado de vinculación o la existencia de los hechos que constituyen un posible delito. Obsérvese, además, que el principio que rige estas actuaciones está consagrado en el art. 386, inciso 1º del C. de P. P., que indica que la indagatoria deberá recibirse a la mayor brevedad posible, a más tardar dentro de los tres días siguientes a aquel en que el capturado haya sido puesto a disposición del fiscal, duplicándose este término si hubieren más de dos capturados en la misma actuación procesal; además, el art. 387 señala los términos para la definición de la situación jurídica que comporta la previa recepción de la indagatoria. En este sentido, para la Corte el inciso segundo del art. 352 del C. de P. P. prevé la posibilidad de diferir la recepción de la indagatoria siempre que no haya captura ni privación de la libertad.

n) La colaboración de los fiscales y su competencia territorial

Ahora bien, en lo que hace a la acusación del inciso 2º del art. 386 del C. de P. P., se advierte que se trata de la autorización al fiscal del lugar distinto al de la sede del fiscal delegado, en los delitos de competencia de los jueces regionales, para abocar la investigación e indagar a los imputados con el deber de enviar las diligencias inmediatamente a la dirección de fiscalía correspondiente. No se encuentra reparo alguno de constitucionalidad, puesto que la Carta parte del supuesto según el cual los fiscales tienen competencia en todo el territorio nacional, y bien puede la ley permitir que aun cuando exista una organización interna de la fiscalía en razón de los delitos, todos los fiscales puedan colaborar en la investigación previa y en la recepción de la indagación de los imputados. El reparo que se observa sobre esta parte del art. 386 parte de los mismos supuestos, según los cuales resultaría inconstitucional la existencia de los jueces regionales, y consecuentemente la de las estructuras y competencias de las fiscalías delegadas que colaboran con aquellos.

Tal como lo ha definido esta Corporación, la existencia de dichas estructuras no resulta inconstitucional y, por el contrario encuentra fundamento en la Carta hasta el punto de permitir que el legislador establezca disposiciones como la acusada, para la eficaz y racional actuación de los fiscales en su misión constitucional de participar en el proceso de investigación de los delitos y de persecución de los responsables.

o) Los términos para resolver sobre la situación jurídica de los indagados

Cabe igual observación sobre lo dispuesto por el inciso 4º del art. 387 que se acusa, en la parte que permite a los fiscales competentes, definir la situación jurídica del indagado dentro de los 20 días siguientes a la recepción de la indagatoria, en el evento de que aquella se hubiere recibido por un fiscal en sede distinta, siempre que se trate de delitos de conocimiento de los jueces regionales.

Esta disposición, amplía los términos ordinarios para la definición de la situación jurídica y toma como base la existencia de un elemento territorial, que impone distancias físicas que ameritan un trato especial. Ningún límite normativo expreso existe en la Constitución para efectos de señalar legalmente la oportunidad de la definición de la situación jurídica, puesto que se parte de la base según la cual la indagatoria debe recibirse a la mayor brevedad posible, a más tardar dentro de los tres días siguientes al momento en que el capturado haya sido puesto a disposición del fiscal. La misma Constitución autoriza al legislador, en el inciso 2º del art. 28, para señalar el término para adoptar la decisión que corresponda sobre la persona detenida, y puesta a disposición del juez o fiscal. Obsérvese que el citado inciso del art. 28 de la Carta señala:

“Art. 28...

”La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

La disposición acusada expresa la decisión legislativa adoptada conforme a la voluntad del constituyente, al señalar los términos en los que procede la adopción de la decisión correspondiente, para resolver la situación jurídica del indagado.

La Corte encuentra que, aun cuando se trata de término diferente del ordinario predicado para la misma hipótesis, pero en el caso de otros delitos distintos de los de conocimiento de los jueces regionales, no existe violación al principio de la igualdad invocado por el actor, ya que reconoce legalmente la existencia de diferencias fundadas en la modalidad criminal, y adoptadas por la gravedad de los hechos que se investigan y juzgan y que imponen, según el juicio racional del legislador, establecer el trato señalado atendiendo los altos fines de la justicia.

La Corte observa que las disposiciones de la Carta no habilitan para que el legislador se abstenga de señalar los términos precisos dentro de los cuales se adopte la decisión judicial correspondiente a la definición de la situación jurídica del indagado, ni para señalar términos irracionales o desproporcionados. Lo cierto es que en todo caso el legislador debe señalar aquellos términos teniendo en cuenta la prevalencia de los derechos fundamentales y las distintas modalidades delictivas y los instrumentos procesales y judiciales existentes.

p) Las medidas de aseguramiento

Por lo que corresponde a la acusación que se dirige contra lo dispuesto por el inciso 2° del art. 388 y por el numeral 1 del art. 397 del C. de P. P., sobre la medida de aseguramiento conocida como la "detención preventiva", esta Corporación no encuentra vicio de constitucionalidad alguno, ya que se trata en primer lugar de una herramienta jurídica natural, propia de las actuaciones del procedimiento penal, que permite al funcionario judicial, dentro de los términos racionales que establezca la ley, adoptar la decisión correspondiente sobre la persona vinculada al proceso. No encuentra la Corte violación al art. 28 de la Carta, ni al principio de igualdad establecido en el art. 13 de la misma codificación, y más bien advierte que se trata del natural ejercicio de las competencias legislativas en materia del procedimiento penal, en el que está involucrado el conjunto de reflexiones jurídicas y de política criminal, que toma en cuenta las especiales modalidades delictivas, propias de las competencias de los jueces regionales y que exigen un mayor celo procedimental.

Desde luego, repárese en el conjunto general de las distinciones que sobre estas materias abundan en el estatuto procedimental penal, y que son una práctica institucional y legislativa, que comprende juicios racionales enderezados a proveer soluciones procedimentales ante las distintas conductas contra el orden jurídico penal.

Iguales reflexiones caben sobre las partes acusadas de los arts. 374 y 399 que distinguen en materia de detención judicialmente ordenada sobre los servidores públicos, ya que para los delitos de competencia de los jueces regionales no es necesario solicitar la suspensión de aquellos para hacerla efectiva, y esta es procedente en todos los casos correspondientes.

Se trata de una simple distinción de origen legal, que no encuentra límite en precepto constitucional alguno y que, por el contrario, se fundamenta en las competencias de que están rodeados los funcionarios judiciales dentro del marco del Estado de Derecho. Adviértase que no se trata del caso de los servidores públicos para los que la Carta prevé un fuero especial, y sobre los cuales la Constitución y la ley han establecido las previsiones correspondientes.

Debe considerarse que en la idea del legislador se encuentra el juicio racional, que indica que es más dañina la vinculación delictiva de funcionarios públicos a las especiales modalidades criminosas de que conocen los jueces regionales y los fiscales delegados, que la que se presenta ante los demás delitos, puesto que aquellos eventos han mostrado mayor impacto en la estabilidad del orden social, y sus efectos han sido más perjudiciales, todo lo cual amerita una más dinámica actuación de los funcionarios judiciales en procura de la persecución del delito.

Igualmente estas observaciones son predicables de la parte acusada del numeral 3 del art. 409 y de la parte acusada del numeral 3 del 415, en cuanto se ordena que la "libertad provisional" para el caso de los delitos de competencia de los jueces regionales solo procederá efectivamente cuando la providencia se encuentre en firme y que el beneficio de la "detención parcial en el lugar de trabajo o en el domicilio" no es procedente en ningún caso de los delitos de competencia de los jueces regionales.

Estas son medidas que también atienden a las modalidades criminales de que se ocu-

pan dichos jueces y que tienen en cuenta las reiteradas acciones de amenaza y de acoso físico o moral a que se han visto abocados los funcionarios judiciales correspondientes y, además, recoge la experiencia nacional sobre fuga de presos. Aquellas disposiciones no desconocen norma constitucional alguna, ya que se prevé en la ley para ser adoptada por los jueces dentro de los términos correspondientes a las actuaciones judiciales y, aun cuando es diferente de la tramitación ordinaria, su adopción no escapa a las naturales competencias judiciales.

q) Las providencias obligatoriamente consultables

Estas consideraciones comprenden igualmente lo dispuesto por el art. 206 del C. de P. P. acusado, que establece el catálogo de las providencias consultables obligatoriamente en los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales; en efecto, este último artículo establece que son consultables obligatoriamente, siempre y cuando no se interponga recurso alguno en los procesos por dichos delitos, las providencias que ordenan la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, la devolución de bienes presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible, o el objeto material del mismo y las sentencias. Se trata de distinciones propias del procedimiento penal ante determinado tipo de delitos, que exigen mayor celo y cuidado del Estado, y que imponen controles dentro de la rama judicial, para efectos de que esta no sucumba ante la amenaza y la agresión probables y los cuales la experiencia ha destacado como de alto riesgo.

Se establecen controles en verdad rígidos, que corresponden a la contemporánea expresión de las herramientas que reclama el fortalecimiento de la justicia. Esta distinción aparece recogida igualmente por el *parágrafo del citado art. 415 del C. de P. P.*, en cuanto contrae los casos en que procede la libertad provisional para los delitos de competencia de los jueces regionales y duplica en unos eventos los términos en los que aquella procede. Observa la Corte que es de competencia del

legislador señalar en abstracto y de manera general las hipótesis o el lapso de tiempo que deben correr para conceder el beneficio previo de la libertad provisional, para un sujeto sometido a las actuaciones judiciales de carácter penal.

Al respecto considera esta Corporación, que no asiste razón al demandante, ya que dentro de las mencionadas competencias punitivas y represivas del Estado en materia de conductas delictivas, bien puede el legislador establecer medidas como las acusadas, en las que evidentemente se prevén mecanismos restrictivos y diferenciadores, dadas las condiciones propias de la modalidad criminal que se persigue reprimir, siendo del resorte exclusivo de este órgano señalar las medidas que, con fundamento en la política criminal adoptada, pueda establecer bajo el marco de la Constitución; así, corresponde al legislador decidir sobre las competencias judiciales con carácter de generalidad, pero bien puede distinguir en estas materias, las situaciones en las que cabe un trato más rígido, y otras en las que pueda darse un trato flexible, atendiendo a razones de sana conveniencia y de juiciosa consideración sobre las situaciones delictivas que afectan a la sociedad en sus bienes jurídicos.

Por dicha razón normativa de origen constitucional, el legislador, en ámbitos como los de las conductas delictivas de competencia de la justicia ordinaria, ha establecido otras causales de procedencia de la libertad provisional, sin que esta situación nerve la posibilidad del establecimiento de reglas como las específicamente previstas en las normas que se examinan, y cuya constitucionalidad se declara por esta providencia.

r) La audiencia pública

Sobre el *artículo 214 del C. de P. P.*, esta Corporación encuentra que tampoco existe vicio constitucional alguno, por cuanto es de competencia del legislador el establecimiento de los eventos en que procede la celebración de la audiencia pública, que es una de las ritualidades que bien puede establecerse o no, sin que ello signifique que la etapa de juzgamiento deje de ser pública.

La audiencia pública es, en líneas generales, la posibilidad eventual de expresar oralmente ante el juez y las restantes partes procesales, la argumentación de cada una de estas y corresponde a una de las técnicas que se pueden utilizar dentro del proceso cuando por razones de política criminal se haga necesario reforzar el trámite oral.

La Corte estima que, no obstante que la audiencia pública en materia de juzgamiento de las conductas punibles haya sido una práctica legal y judicial de suma importancia para el debate sobre la responsabilidad de las personas procesadas, no es en verdad un instituto de rango constitucional, que obligue a su consagración para todos los tipos de procesos, como lo pretenden los actores; por el contrario, se trata de una etapa procedimental que, en algunos eventos, puede hipotéticamente contribuir al mejor ejercicio de las labores de defensa y de controversia de las acusaciones y de las pruebas, lo mismo que de la fundamentación de la resolución acusatoria, que califique los hechos y la conducta, lo cual no significa que sea necesario y obligatorio en todos los casos su realización dentro de los mandatos constitucionales.

Es cierto que la audiencia pública permite al juez oír y presenciar, en igualdad de condiciones, las argumentaciones formuladas por los sujetos procesales, y le garantiza a estos una relación de inmediatez con las versiones orales de los llamados a participar en el debate judicial. Empero, aquella no es un presupuesto absoluto e indisponible para el legislador, el cual, dentro de la política criminal y previendo los instrumentos procedimentales que correspondan para señalar el cabal ejercicio de la función judicial y el fin constitucional y legal de administrar justicia, puede establecerla o no.

Desde otro punto de vista y por razones de coherencia y sistematicidad de la legislación especial a la que pertenece la norma acusada, nada más procedente que no consagrarla como un instrumento dentro de las actuaciones que correspondan, ya que, de lo que se trata entre otras cosas, es de asegurar la iden-

tidad del juez y precaver que, en el ejercicio de su función, no sea sujeto de amenazas e intimidaciones que pueden presentarse aun antes, dentro o después de verificada dicha actuación.

El ideal de una justicia civilizada en los tiempos que corren en el mundo contemporáneo, es el de asegurarle al juez plena autonomía e independencia, acompasada con un haz de herramientas idóneas que le permitan ejercer su función, para que la justicia sea expresión objetiva de acierto dentro de los cometidos de la Constitución y de la ley; por tanto, existiendo razones como las que actualmente existen, bien puede el legislador suprimir esta etapa física, que es de debate y de confrontación dialéctica sobre el material probatorio y sobre la interpretación de la ley, sin dejar de asegurar, claro está, el derecho constitucional fundamental a la defensa y a la contradicción y sin olvidar ni desconocer los presupuestos constitucionales del debido proceso penal, como son la presunción de inocencia y el derecho de ser oído y vencido en juicio.

Encuentra la Corte que, en la legislación especial que regula los procedimientos aplicables para los delitos de competencia de los jueces y fiscales regionales, dichas garantías están aseguradas al permitirse la contradicción y los alegatos por escrito de las partes procesales; igualmente está garantizado el derecho a pedir pruebas en todo momento, incluso en la etapa de investigación previa y a controvertirlas en las varias etapas del proceso, así como el de la posibilidad de plantear nulidades y obtener su resolución, al igual que el derecho a que el superior revise la actuación surtida, sea por consulta o en ejercicio de los recursos correspondientes. Así pues, el inciso segundo del numeral 3 del art. 415 que se acusa, será declarado exequible.

Es de competencia del legislador establecer por vía general y en abstracto, en cuáles hipótesis procede y en cuáles no, sin que exista una disposición constitucional que obligue a que esta deba hacerse siempre o en algún tipo de proceso penal. La falta de audiencia pública para los delitos de competencia del Tribunal

Nacional y de los jueces regionales, no desconoce el principio de la igualdad ni las correspondientes normas constitucionales, ya que en todos los casos en que se presenten los delitos a que se hace referencia, dicha audiencia no podrá practicarse.

s) Las garantías especiales en materia de testimonio y de identidad reservada

En relación a lo dispuesto por el *inciso 2º del art. 247 del C. de P. P. acusado*, que establece que, en los procesos de que conocen los jueces regionales, no se podrá dictar sentencia condenatoria que tenga como único fundamento uno o varios testimonios de personas cuya identidad se hubiere reservado, la Corte no encuentra fundamento para declarar la inconstitucionalidad demandada, ya que, como se ha advertido, la existencia de los jueces regionales obedece a previas disposiciones de carácter legal, que determinaron su creación sin comportar violación alguna a la estructura orgánica de la rama judicial del poder y, de otra parte, porque también es de competencia del legislador en materia del procedimiento penal, señalar el valor legal de las pruebas en general y su capacidad para motivar la decisión condenatoria. La disposición acusada constituye una garantía de origen legal en favor de los sindicados de los delitos de que conocen los jueces regionales, que redundan en bien del diseño jurídico del procedimiento a seguir sobre aquellas personas. Basta observar que, en relación con los procedimientos para dichos delitos, existen algunas diferencias que es necesario compensar, en favor de los sindicados con garantías similares a las que se examinan.

t) La procedencia de las nulidades por el factor territorial

En cuanto hace a lo dispuesto por el *inciso 2º del numeral 1 del art. 304 del C. de P. P.* que establece que durante la instrucción no habrá lugar a nulidad por el factor territorial, esta Corporación estima que no existe violación alguna a las normas constitucionales, ya que se hace referencia a la etapa de instrucción en la que por principio básico ac-

túa la Fiscalía General de la Nación, que como se ha visto, tiene competencia en todo el territorio, según lo dispuesto por el art. 250 de la Constitución Nacional, lo que presupone que si son los funcionarios de la Fiscalía quienes adelantan la instrucción, no habrá lugar a violación constitucional alguna, ni mucho menos nulidad procesal, siempre que lo ordene al legislador, como en efecto lo hace a través de la disposición acusada.

u) La solicitud de pruebas a otros países

En lo que se refiere al *inciso 2º del art. 542 del C. de P. P.* que se acusa, y que establece que la Fiscalía General de la Nación podrá exhortar directamente a los países extranjeros para solicitar informes sobre las actuaciones procesales en curso contra el imputado, y por la existencia de las pruebas que puedan ser aportadas a la investigación, sin la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, esta Corporación tampoco encuentra vicio de constitucionalidad alguno y, por el contrario, halla fundamento suficiente para dicha competencia en el numeral 5 del art. 250 de la Constitución Nacional, que permite a la ley señalarle las funciones que correspondan a la Fiscalía General de la Nación.

Téngase en cuenta que corresponde a dicho órgano la función de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores, todo lo cual permite, de conformidad con los acuerdos internacionales sobre colaboración de jueces y de intercambio de pruebas, atribuirle a dicho organismo la competencia especial para cuando se trate de delitos de conocimiento de los jueces regionales. Obsérvese, además, que las modalidades criminales de que se ocupan dichos jueces adquieren contemporáneamente dimensiones internacionales y que dicha circunstancia ha movido a los distintos Estados a estrechar lazos de colaboración en materia de intercambio de pruebas y de informes para efectos de la persecución de dichos delitos.

v) Las normas transitorias del Código de Procedimiento Penal

Por último, en lo que hace a las normas transitorias también acusadas se encuentra

que el art. 2° que se refiere a la temporalidad de la vigencia de la competencia de los jueces regionales y del Tribunal Nacional, encuentra asidero y fundamento constitucional en las facultades extraordinarias de origen constituyente, para expedir las normas del procedimiento penal.

Igualmente, la integración a la jurisdicción ordinaria de la antigua jurisdicción de orden público, comporta apenas una modificación en la denominación de los despachos y en los cargos, sin que exista variación sobre los hechos punibles de que conocen o han venido conociendo. Todo lo anterior se hace con base en los decretos convertidos en legislación permanente, de conformidad con las autorizaciones dadas por el constituyente, previa intervención de la Comisión Especial Legislativa. Los arts. 5° y 7° transitorios son expresión de la necesaria adecuación que debía hacerse de la organización existente de jueces y oficinas de instrucción criminal del cuerpo técnico de la policía judicial, de la dirección de medicina legal, y otros a la nueva configuración de la rama judicial del poder público, que tiene como pilar básico para las etapas de instrucción e investigación, así como para la acusación, a la Fiscalía General. En este sentido tampoco se encuentra reparo de constitucionalidad alguno y habrá de declararse su constitucionalidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional actuando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar *exequibles* las partes acusadas de los arts. 8°, 11, 16, 66, 67, 68; los arts. 69, 71; las partes acusadas de los arts. 78, 86, 89, 96, 106 y 118; el art. 120; la parte acusada del art. 121; los arts. 124 y 126; el último inciso del art. 134; la parte acusada del art. 156; el art. 206; el último inciso del art. 214; la parte acusada del art. 218; el últi-

mo inciso del art. 247; el inciso 2° del numeral 1° del art. 304; los arts. 310 y 312; el art. 323; los últimos incisos de los arts. 352, 374, 386, 387 y 388; el numeral 1° del art. 397; el último inciso del art. 399; el inciso 2° del art. 409; el inciso 2° del numeral 3° y párrafo del art. 415; el último inciso del art. 542; los arts. 2° y 5° y la parte acusada del art. 7° transitorio, todos del decreto-ley 2700 de 30 de noviembre de 1991 "por el cual se expiden las normas de procedimiento penal", en la forma como aparecen transcritos y subrayados en el numeral II de esta sentencia.

Segundo. Declarar *inexequibles* las siguientes expresiones de los arts. 7°, 161, 251, 272, 322 y 342 del decreto 2700 de 1991, así:

- a) Del art. 7°: "salvo las excepciones contempladas en este Código".
- b) Del art. 161: "Se exceptúa el caso de la versión libre y espontánea que sea rendida cuando se produzca captura en flagrancia".
- c) Del art. 251: "no habrá controversia probatoria pero quien haya rendido versión preliminar y su defensor, podrán conocerlas".
- d) Del art. 272: "Salvo lo previsto en el art. 158 de este Código".
- e) Del art. 322: "Cuando no se trate de flagrancia".
- f) Del art. 342: "Cuando se trate de procesos de competencia de los jueces regionales se dará el mismo tratamiento a aquellas pruebas que en virtud de solicitud de autoridad extranjera, se deban mantener en reserva hasta tanto se formule la acusación correspondiente".

Tercero. Estése a lo dispuesto en la Sentencia C-053 de 1993 de la Sala Plena de la Corte Constitucional, de fecha dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), en lo relacionado con la exequibilidad de los arts. 158 y 293 del decreto 2700 de 1991.

Cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

Aclaración de voto del magistrado José Gregorio Hernández Galindo

Ref. Sentencia C-150
Abril 22 de 1993
Expedientes D-165 y D-169

Demanda de inconstitucionalidad contra normas del decreto 2700 de 1991, "Por el cual se expiden normas de procedimiento penal".

Magistrado ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.
Santa Fe de Bogotá, D. C., 22 de abril de 1993

En relación con el asunto de la referencia, el suscrito magistrado se permite aclarar el voto en los siguientes sentidos:

1. La Corte Constitucional declaró exequibles los arts. 158 y 293 del decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), el mismo estatuto que ahora nos ocupa, mediante los cuales se dictaron normas encaminadas a la protección de jueces y testigos tratándose de delitos de competencia de los jueces regionales, cuando existan graves peligros contra la vida o la integridad personal de aquellos (Sala Plena, Sentencia núm. C-053/93, febrero 18 del presente año).

Ahora declara parcialmente inexequibles algunas normas del Código en cuanto considera que lesionan abiertamente el art. 29 de la Constitución Política por hacer nugatorio el derecho de los imputados o sindicados, al impedir que las pruebas aportadas en su contra sean controvertidas.

He votado favorablemente tanto la segunda como la primera decisión —de la cual fui ponente—, tomando en con-

sideración el razonamiento según el cual, como ya se advirtió en la mencionada sentencia, la identidad de los jueces y testigos no tiene que ser necesariamente conocida por el sindicado para garantizar su defensa, "...mientras goce de todas las posibilidades de controvertir las pruebas que se esgrimen en su contra y de hacer valer aquellas que lo favorecen, en lo cual radica el núcleo esencial del derecho al debido proceso en lo relativo al régimen probatorio (subrayo).

En otros términos, la constitucionalidad de la reserva sobre la identidad de jueces y testigos está supeditada a que no se sacrifique ni disminuya el derecho de defensa de la persona sobre cuya responsabilidad penal se habrá de decidir.

2. En el mismo sentido debe entenderse la posición de esta Corte cuando se trata de la decisión que se adopta mediante la presente sentencia en relación con parte del art. 251 del decreto 2700 de 1991, a cuyo tenor "...durante la investigación previa no habrá controversia probatoria..."

La Corte declaró exequible, mediante sentencia núm. C-093/93 del 27 de febrero de 1993, el primer inciso del art. 20 del decreto 099 de 1991, que dice: "La controversia del material probatorio se adelantará durante la etapa del juicio".

Como puede observarse, aunque las dos disposiciones tienen en común la inexistencia de debate probatorio durante la investigación, en una de ellas —declarada exequible— se establece de manera expresa que tal debate habrá de llevarse a cabo, de todas maneras, durante la etapa del juicio, lo cual significa que no se excluye la controversia y, por el contrario, se establece de modo imperativo, garantizando a plenitud el derecho de defensa del sindicado, al paso que el precepto ahora declarado inexecutable simplemente prohíbe el debate probatorio en la etapa de investigación previa sin reponerla en la etapa del juicio, es decir, la excluye de modo terminante si se tienen en cuenta las demás normas relativas al trámite procesal posterior. Ello riñe abiertamente con la Carta (art. 29), toda vez que elimina una de las más valiosas garantías del debido proceso.

Salvamento parcial de voto

Ref. D-165 D-169

El suscrito magistrado, respetuosamente disiento parcialmente de algunas consideraciones y de la decisión de la sentencia por virtud de la cual la Sala Plena de la Honorable Corte declaró la inexecutable de las expresiones demandadas en los arts. 7º, 161, 251, 272, 322 y 342 del Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991), luego de haber aprobado como exequible la mayor parte de las disposiciones de ese Estatuto.

Las razones que me llevan a separarme de la parte señalada de la sentencia son las siguientes:

a) Sobre el derecho de contradicción de las pruebas o de su reserva temporal a que se refieren las partes acusadas de los arts. 7º, inciso segundo; 251, 272 y 342 del Código de Procedimiento Penal, encuentro que existe suficiente fundamento constitucional para la declaratoria de su exequibilidad, tal y como lo proponía la ponencia inicial. En efecto,

durante la etapa de investigación previa no existe sindicado y, en algunos casos, ni siquiera imputado y lo que se busca, al regular su desarrollo, es permitir que el fiscal determine científicamente y de conformidad con la ley, si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, y que adelante las medidas necesarias para determinar si ha ocurrido el hecho llegado al conocimiento de las autoridades, si aquel está descrito en la ley penal como punible y si la acción penal procede; además, se permite la práctica y el recaudo indispensable de las pruebas relacionadas con la identidad o individualización de los actores o partícipes del hecho o de su actuación, sin que exista sindicado alguno vinculado formalmente a la misma y sin que haya aun acusación o juicio que adelantar.

En mi opinión, la Carta de 1991 permite al legislador señalar, antes de que exista sindicado vinculado formalmente al proceso, en qué casos procede la controversia del material recaudado. No nos asiste duda al respecto, mucho más teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 29 y 228 de la Carta en las partes que señalan que quien sea *sindicado* tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra (C. N., art. 29), y que las actuaciones serán públicas "con las excepciones que establezca la ley..." (art. 228). Lo anterior significa que la ley bien puede disponer que la oportunidad de la controversia del material probatorio se surta en etapas posteriores a aquella de la investigación previa y en las que se deben prever todas las garantías en favor del debido debate probatorio y del derecho de defensa.

Además, cabe tener en cuenta los nuevos elementos constitucionales y legales del proceso penal, que configuran las bases de un modelo procesalista aproximado al acusatorio, en el que buena parte de la responsabilidad en la investigación, instrucción y acusación se hace radicar en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Debe observarse que dentro de los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente, fue claro el propósito de modernizar las instituciones procesales en el ámbito penal, para hacer más adecuado y eficiente el sistema de impartición de justicia; esto com-

porta que se deba reconocer que las anteriores concepciones procesalistas en materia penal, causantes de grandes frustraciones por el aspecto de su poca efectividad, deben ser reexaminadas frente al contemporáneo concepto de derecho constitucional procesal y que, para superar dicha problemática en nuestro régimen constitucional, se han sentado las bases de una nueva concepción orgánica y funcional de la justicia penal.

No se trata de admitir que el derecho de defensa pueda verse contraído o afectado, ni de desconocer el derecho a la oportunidad de la controversia probatoria, pues siguen siendo imperativas las categorías constitucionales que operan ya como principios, ora como normas completas, que hacen obligatorio que en materia penal nadie pueda ser condenado sin ser oído y vencido en *juicio* y que el sindicado deba gozar de la *oportunidad* probatoria y de controversia en su defensa.

Lo que ocurre es que el constituyente habilitó al legislador para que conforme a su juicio, señale la oportunidad adecuada, eficaz, eficiente y suficiente para la controversia de la prueba, desde luego controlable frente a los derechos fundamentales por esta Corporación, con base en criterios de razonabilidad constitucional. Lo cierto es, además, que el constituyente quiere que, cuando menos, en la etapa procesal en la que exista sindicado este tenga la debida oportunidad de la controversia del material; empero, esto no significa que el legislador esté obligado a razonar en el sentido de que siempre y en todo momento del proceso penal deba garantizar dicha facultad en cabeza del mero investigado o imputado. Lo que se quiere es que el legislador respete aquella oportunidad mínima y que, si es de su juicio, establezca otras y más oportunidades razonables de controversia en favor del sindicado, imputado o investigado. En el caso en cuestión, encuentro que las normas que señalaban que durante la etapa de investigación previa no habría controversia de las pruebas, resultaban conformes con la Carta si se examinaban, como debía hacerse, las restantes partes del mismo Código en las que se admite la oportunidad de la controversia, en cualquier otro momento del proceso en el que hubiese sindicado o imputado.

b) Por lo que corresponde a la decisión y a las consideraciones vertidas en la sentencia sobre los arts. 161 y 322 del mismo Código y que se refieren al derecho de defensa técnica, igualmente manifiesto mi respetuoso dissentimiento, en cuanto considero que las partes acusadas y que se declaran inexecutable en cuanto encuentran fundamento en la Carta y no compe-

trantan vicio de constitucionalidad. Observo que en el fallo se dejan de tener en cuenta los alcances del derecho de defensa técnica y de las competencias de la Fiscalía, así como las reglas de la sana crítica para efectos del adelantamiento del proceso penal; desde luego, no desconozco los graves problemas que plantean estas instituciones no solo en nuestro país sino en todas las latitudes, en las que por razones de respuesta racional a la criminalidad organizada, se tienen instituciones procesales en que participan activamente los organismos de policía judicial, del ministerio público, la policía técnica o de agencias especializadas de seguridad, o de control de delitos especiales, como el tráfico de drogas, tabaco o armas, o el contrabando, o los económicos o fiscales, y los de las organizaciones terroristas. Es posible advertir la ocurrencia eventual pero cierta, de excesos y abusos físicos o morales de algunos agentes o funcionarios que valiéndose de la ausencia del abogado defensor provocan confesiones o delaciones forzadas; empero el malestar que suscitan aquellas excepcionales violaciones de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, censurables y reprochables desde cualquier orden racional y jurídico, no conducía a la invalidez constitucional del instrumento legal de la recepción de la versión libre y espontánea en caso de flagrancia con las advertencias constitucionales y legales y su puesta en conocimiento al capturado. Sabido es que en otros regímenes de larga tradición democrática y republicana, se puede aprovechar todo lo que el capturado diga o manifieste, e incluso aquella versión puede ser usada por la Fiscalía en contra del capturado en flagrancia o contra el libre deponente y contra cómplices, coautores, auxiliares, testigos o encubridores, y obviamente el capturado

tiene derecho a guardar silencio y a comunicarse con cualquier persona y a tener un abogado.

En los anteriores términos, si la versión del capturado no imputado aún, hubiere sido forzada y obtenida con violación de cualquiera de las garantías constitucionales que establecen los arts. 15 (derecho a la intimidad), 12 (libertad de conciencia), 28 (inviolabilidad del domicilio); 29 (presunción de inocencia), 33 (la no autoincriminación forzada) y 44 (derechos de los niños), entre otros, entonces hubiere sido nula de pleno derecho (art. 29 in fine).

Se reitera que lo que señala el constituyente es que toda persona se presume inocente mientras no sea declarada judicialmente culpable, que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio durante la investigación y el juzgamiento. La salvaguardia de los derechos humanos, su protección judicial específica y directa y los mecanismos procesales y sustanciales complementarios, así como la promoción y la difusión de su garantía y amparo, son los derroteros que señala la Carta para efectos de solucionar y reprimir las dolorosas experiencias en estas materias, todo lo cual se endereza a superar las prevenciones doctrinarias que inspiran las consideraciones de la Honorable Sala Plena y de las que respetuosamente me separo.

Fecha ut supra

Fabio Morón Díaz

Salvamento de voto a la sentencia núm. 150

Ref.: Procesos Números D-165 y D-169

El suscrito magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA, salva su voto en el proceso de referencia, por no compartir la decisión de fondo de la Sala Plena de la Corte Constitucional, del día 22 de abril de 1993, que declaró parcialmente inexecutable los arts. 7°, 161, 251, 272, 322 y 342 del decreto número 2700 de 1991, "por el cual se expiden las normas de procedimiento penal".

Considera el suscrito magistrado que la decisión mayoritaria de la Sala, al sostener a ultranza la supuesta violación del derecho al debido proceso, consagrado en el art. 29 de la Carta Política, por parte de las normas declaradas inexecutable, ha pasado por alto el hecho evidente de que este derecho, si bien es fundamental, al ser ejercido en circunstancias de crisis —es decir, en las que la Constitución comprende bajo el nombre de estados de excepción—, es sujeto, como todo derecho, a ciertas limitaciones tendientes a adecuar su ejercicio a dichas circunstancias.

1. La adecuación del debido proceso a las circunstancias de crisis

Cuando se adecua algo, se está ordenando; es uno de los quehaceres más racionales que puede ejecutar el ser humano. Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, por ejemplo, manifiestan que el oficio propio del sabio consiste en ordenar. Ahora bien, sin adecuación no hay orden. El orden expresa la armonía de las partes entre sí, y es precisamente la adecuación el fundamento de la armonía, puesto que ella establece la correspondencia entre la materia y la forma.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término adecuar como "proporcionar, acomodar, apropiarse una cosa a otra". Esto es, cuando el sujeto está adecuando, al mismo tiempo, pero bajo distintos aspectos, proporciona, acomoda y apropia una cosa a otra. De ahí que desde una perspectiva analítica, la adecuación entre dos entes se manifiesta como la correspondencia entre dos cosas, la una como materia, la otra, como forma. Es conformar una entidad armónica; por ello, según se dijo, toda adecuación conlleva a un orden.

Adecuar significa, pues, *proporcionar* una cosa a otra. La acción referida es la respuesta a esa exigencia ontológica descubierta por la filosofía clásica: *la forma debe estar proporcionada a la materia. No se puede formar cualquier materia, pues se requiere que esta sea apta para recibir la forma conveniente a su estructura. Lo anterior demuestra cómo es un contrasentido, por ejemplo, una forma jurídica no proporcionada al contenido mate-*

rial que se ha de regular. Lo lógico es suponer que si la materia es excepcional, la forma debe estar proporcionada a dicha situación.

Una vez la mente humana ha proporcionado una cosa a otra, el resultado inminente es el acomodamiento, en el sentido de *ajustarse la forma debida a la materia*. Esta exige una forma que se acomode a su situación, por tanto, es una forma condicionada por la naturaleza de la materia. Una vez se ha acomodado la forma a la materia —lo regulante a lo regulado— se produce una apropiación conceptual, de suerte que puede decirse que a la materia condicionante le corresponde su forma propia.

Resulta pertinente retomar, sobre este tema, las enseñanzas de Montesquieu, quien en su obra *Del espíritu de las leyes* manifiesta cómo la forma jurídica debe adecuarse a las condiciones materiales, so pena de ser arbitraria o inoperante. Esta Corte no puede incurrir en tal dilema, ya que su actividad jurisprudencial debe discernir entre el exceso y el defecto para colocarse en el *justo medio*. En efecto, el autor citado expone que la ley es la *relación necesaria derivada de la naturaleza de las cosas*. No es la realidad político-jurídica la que debe su ser a la ley sino todo lo contrario: esta debe nutrirse en aquella, de manera que pueda regular adecuadamente las relaciones de los hombres en sociedad con fundamento *in re*; solo así habrá correlación entre validez y eficacia. Es cierto que hay una distinción de razón entre validez y eficacia de la norma jurídica; en ello han sido elocuentes todos los tratadistas, tanto clásicos como contemporáneos.

Pero la realización de la norma depende, en gran parte, de su eficacia, la cual viene determinada por el cumplimiento de una condición: la oportunidad *real* del deber ser estatuido. Puede ocurrir que una disposición legal riña con la realidad de las cosas, de modo que sea imposible su observancia plena. Lo anterior implica que se configura una ineficacia radical por falta de coherencia con la realidad social. Y como la validez busca como fin la eficacia, si este es imposible de alcanzar, el medio se torna abstracto y sin razón de ser por contraevidente. De ahí que la ineficacia radical de una norma altera la misma vali-

dez de lo estatuido. Lo anterior obedece a que cualquier cosa que tienda a un fin debe tener una forma determinada en proporción a su realización. Igualmente es necesario que la norma, como recta y medida, tenga una forma proporcional a la realidad que está regulando. Y el debido proceso tiene ambas cosas: porque es algo ordenado a un fin, y porque es una regla y medida normada y mesurada por una medida superior, que es la señalada por la Constitución Política, tanto en el preámbulo, como en sus arts. 1° y 2°, en los que resalta el deber de garantizar la paz, el orden social justo, la prevalencia del interés general y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, entre otros.

Luego, el debido proceso, como estructura formal, debe ceñirse a los fines del Estado Social de Derecho y adecuar su ser a la realidad. Esta debe ser la que determine los mecanismos oportunos para actuar dentro de las diversas circunstancias de excepción, sin que ello implique menoscabo alguno de los derechos inalienables de la persona, sino su ejercicio en otra dimensión formal proporcionada a la gravedad de la situación; pero siempre conservando la integridad jurídica de todo sujeto de derecho. Es conocido por los estudiosos de los derechos fundamentales que estos, al ser universales, no tienen una forma única de reconocimiento, sino múltiples, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. El debido proceso previsto para tiempos de paz, debe ser adecuado debidamente en tiempos de crisis, porque, de lo contrario, no sería proporcionado con la realidad. Una reflexión madura nos permite deducir que no es exacto que la forma jurídica sea inalterable, así la realidad sea cambiante. Por ello STAMMLER advirtió, con razón, que los derechos, al tener contenido variable, exigen una visión de adecuación y no un enfoque cerrado, único, rígido y absoluto en su forma. Y es que el contenido del derecho es la realidad dinámica que ha de ser regulada también con formas adecuadas —y por lo mismo oportunas— que se ajusten a la situación fáctica.

2. No hay derechos absolutos; su limitación en aras del bien común

En estricto sentido no hay ni puede haber derechos absolutos. El ejercicio de todo derecho tiene entre sus límites fundamentales el interés general, cuya supremacía sobre el interés particular está consagrada específicamente en la Constitución, como uno de sus pilares fundamentales (arts. 1º, 2º y 58). El debido proceso es, en efecto, un derecho fundamental consagrado en el art. 29 de la Carta; y como tal es, en principio, inviolable; pero es menester reconocer que, como todo derecho, es susceptible de limitaciones tendientes a encausarlo hacia la prevalencia del interés general, sobre todo cuando su ejercicio tiene lugar en circunstancias de crisis. Es un contrasentido jurídico aferrarse a su intangibilidad, sobre todo en circunstancias como estas, lo que conduciría a que la parte —el individuo—, esté legitimada para vulnerar el todo —interés general—.

Cuando se advierte que el bien común limita el alcance de todo derecho, no ha de entenderse nunca que el bien común contradice lo debido en justicia, sino más bien que encuadra, garantiza y promueve con eficacia los derechos individuales. Y es que el bien común no excluye a nadie, porque su realización abarca todos los intereses jurídicamente protegidos, de suerte que es el interés general expresado en la realidad, la común unidad en el bienestar. La paz es un elemento indispensable para alcanzar el bien común y como corolario de este hay que proteger, por encima de todo, la convivencia armónica, la cual es percibida por el *interés general*. Todo Estado Social de Derecho tiene como deber esencial procurar hacer realidad el interés general, por razones de justicia y de equidad. Si una forma jurídica impide la realización de los fines del Estado, es porque hay un enfoque desordenado y, por ende, inconveniente de la regulación instrumental, cuando la torna en primaria y suprema frente a la substancialidad de lo jurídico. Es decir, constituye una impropiedad manifiesta que el interés general —que abarca la paz, el respeto a la dignidad humana, la solidaridad y todo lo que integra un orden político, económico y social justo— no preva-

lezca frente a una formalidad, que erróneamente se muestra como única y excluyente. El debido proceso no es una figura que contradice el interés general, sino el procedimiento, adaptable a diversas circunstancias materiales, que el interés general requiere para ser realizado en todos los tiempos. Se adapta a los tiempos y no al contrario; es decir, que con procedimientos aptos para tiempos de paz se resuelvan los problemas propios del tiempo de crisis grave. Es obvio que el bien común condiciona la manera como se ha de llevar el proceso, que es un medio y no un fin en sí mismo.

Lo anterior no desconoce, como se ha dicho, que el debido proceso sea un derecho fundamental. Simplemente pone de relieve que no es una forma absoluta que pueda imperar contra el interés general y, por tanto, debe limitarse siempre a ser garantía de las libertades del hombre, y no excusa para la ineficacia de las autoridades públicas en su búsqueda del bienestar colectivo. El hecho de que sea inviolable no indica que sea ilimitado. Es, sí, una garantía debida a toda persona que admite multiplicidad de formas jurídicas proporcionadas a la realidad. La forma es distinta según las diversas exigencias materiales o, dicho en otros términos, el proceso se ajusta a la realidad, y no la realidad a la forma.

3. Incidencia de los estados de excepción en el funcionamiento del poder público

Todo derecho, incluyendo uno tan fundamental como el del debido proceso puede, entonces, ser objeto de limitaciones en su ejercicio, en aras del bien común. Ello es más evidente y necesario aún, cuando la sociedad jurídica y políticamente organizada se enfrenta a circunstancias excepcionales. Los más reputados tratadistas en la materia coinciden en reconocer, como características que distinguen estas circunstancias de las ordinarias o normales, las de que ellas suponen: a) una expansión del poder del Estado; b) una concentración transitoria de funciones en cabeza del ejecutivo; c) una racionalización en el funcionamiento de los poderes públicos; d) una relajación igualmente transitoria, en los controles establecidos sobre la acción gubernamental, y, al mismo tiempo, e) un fortaleci-

miento de los medios de acción de los jueces. La expansión de los poderes estatales, cuyo solo límite debe ser el de la dependencia de los intereses amenazados por las circunstancias de crisis, comporta acciones que pueden ir más allá de los límites fijados por la ley ordinaria para tiempos de normalidad.

La racionalización en el funcionamiento de los poderes públicos significa que estos deben adecuarse al objetivo final que deben buscar en circunstancias de crisis, cual es la defensa del Estado de Derecho amenazado y el restablecimiento de la normalidad quebrantada. La relajación en los controles establecidos sobre la acción gubernamental —que debe ser, insistimos, transitoria—, implica que tales controles no deben ser ejercidos con el mismo rigor con que se hace en circunstancias de normalidad, por cuanto de mantener ese rigor, dicha acción podría verse entorpecida en el logro de los propósitos antes señalados. El reforzamiento de los poderes de los jueces en estados de excepción o circunstancias de crisis, busca hacer más expedita e idónea su función, con miras a obtener la pronta superación de estas circunstancias y el pleno restablecimiento de la normalidad institucional. Considera el suscrito magistrado que con la declaratoria parcial de inexecutable de los arts. 7º, 161, 251, 272, 322 y 342 del Código de Procedimiento Penal se están desconociendo estos principios y se están supeditando intereses individuales —los de los presuntos infractores o sujetos pasivos de la ley penal— al interés común de la sociedad colombiana.

Estima el suscrito magistrado que las decisiones de esta corporación no deben circunscribirse exclusivamente al cotejo mecánico de la norma acusada con la disposición constitucional específica que se considera vulnerada, sino que tienen una insoslayable y honda implicación política, en la más amplia acepción del término, es decir, que deben consultar con la realidad que vive la Nación.

Considera igualmente el suscrito que la interpretación constitucional debe tener como norte y guía los principios filosóficos que inspiran la Carta Política. Entre estos principios deben destacarse los enunciados tanto en el Preámbulo como en algunas de las disposiciones contenidas a lo largo del cuerpo constitucional.

El Preámbulo, en efecto, señala como finalidad de la Constitución la de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes, entre otros bienes el de la *justicia*, “dentro de un marco jurídico (...) que garantice un orden político, económico y social justo”. En seguida el art. 1º define al Estado colombiano como una república fundada, entre otras cosas, “en la prevalencia del interés general”; el art. 2º, por su parte, señala entre otros fines esenciales del Estado el de “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*” y “*asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*”. Cabe resaltar que, además, este artículo prescribe que las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Más adelante, en fin, el art. 58 ratifica que “*el interés privado deberá ceder al interés público o social*”.

La Constitución es clara pues, al señalar la prevalencia del interés general, es decir, del bien común, sobre el interés particular. En tratándose de la aplicación de normas como la que consagra el debido proceso, en circunstancias de crisis —o estados de excepción— el hacer prevalecer el interés general sobre el particular cobra aún más importancia, dentro de la misión interpretativa del juez constitucional. Porque, como lo sostenemos en este salvamento de voto, aferrarse a la rígida aplicación del art. 29 en todas circunstancias, incluidas aquellas para las cuales la propia Constitución ha establecido los estados de excepción, pueden conducir, como creemos que ocurrirá en el caso de la inexecutable de las disposiciones objeto del presente salvamento, a hacer perder la eficacia de la acción judicial, desvirtuando así los objetivos buscados a través del régimen de excepción, y a hacer prevalecer el interés particular de los procesados, justamente de aquellos sindicados de los más atroces delitos, sobre el interés general de la sociedad.

Fecha ut supra

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN
LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS, EL DÍA
25 DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVEN-
TA Y TRES.

LABORE ET CONSTANTIA

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen