



Tesis de grado

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

EN EL

PROYECTO DE CODIGO DE 1980

ASPECTOS CRITICOS GENERALES

egresado

Ariel A. Arteta

1.980

U N I V E R S I D A D S I M O N B O L I V A R

FACULTAD DE DERECHO

C U A D R O D I R E C T I V O

Rector: Dr. JOSE CONSUEGRA HIGGINS

Vicerrector: Dr. LEONELLO MARTHE Z.

Secretario General: Dr. RAFAEL BOLAÑOS

Decano: Dr. EDUARDO PULGAR LEMUS

Vicedecano: Dr. ERNESTO ARIZA MUÑOZ

Secretario Facultad: Dr. CARLOS LLANOS S.

Director de Tesis: Dr. JORGE I. CARBONELL

Barranquilla, Colombia, 1980.



Dedicatoria

A mi madre,

a mis hermanos

y a la memoria de mi padre.

A G R A D E C I M I E N T O S

A Benjamín Barreto Llinás, Presidente de Asonal Judicial del Atlántico, principal gestor del Seminario Regional de Actualización Jurídica de 1.980.

Al doctor Enrique García Pimienta, profesor del Instituto de Especialización e Intensificación de Derecho Penal de la Universidad del Atlántico, estudioso permanente de las disciplinas jurídicas, ejemplo para la juventud.

En el presente trabajo monográfico trato de ordenar algunas inquietudes que me surgieron luego del Seminario Regional de Actualización Jurídica realizado en la ciudad de Barranquilla en el pasado mes de agosto y en donde tuve la oportunidad, en mi condición de asistente-coordinador de dicho certamen, de conocer de cerca la Ponencia, presentada y sostenida personalmente por el jurista Jaime Bernal Cuellar y de apreciar las críticas de sus inmediatos oponentes y defensores, que allí intervinieron.

Estimo que este trabajo debe entenderse como un pequeño aporte al conocimiento y estudio crítico y reflexivo de un tema que como la Reforma del Código de Procedimiento Penal, requiere amplios debates de los diferentes estamentos que conforman nuestra sociedad colombiana.

Para mí constituye un ineludible compromiso de estudiante del Derecho apreciar y debatir el referido Proyecto. Por eso, con las limitaciones de tiempo, pues la Ponencia llegó a Barranquilla a penas a medio del mes de agosto traída en tres copias por el propio autor, y sin contar con los sabidos comentarios de nuestros consagrados juristas, que aún no se han pronunciado al respecto, me he atrevido a escribir sobre tan delicado tema teniendo a mi lado solamente la Ponencia.

El autor

INTRODUCCION

La ponencia sobre Reforma del Código de Procedimiento Penal Colombiano, presentada por el jurista Jaime Bernal Cuellar a la Comisión Redactora del Proyecto, merece un serio y detenido estudio en cada una de sus partes.

Considero que por primera vez en la historia del proceso penal colombiano se presenta sobre la administración de la justicia un trabajo que sin duda alguna revolucionará radicalmente la estructura de nuestro Procedimiento Penal vigente. A lo largo de más de siglo y medio de vida republicana, se ha hecho importantes modificaciones en materia de procedimiento penal, mas ninguna de ellas, como lo demostraremos más adelante, se apartan de los criterios del régimen romano-canónico que ensombrese el panorama de la justicia desde la época colonial, no solamente en los países latinoamericanos influenciados por el poderío de la España imperial, de la cual se alimentan nuestras más caras instituciones, sino también de casi toda Europa, incluyendo la revolucionaria república francesa que tantos aportes humanísticos y de corte democrático hizo al derecho.

Las circunstancias específicas en que se presenta el comentado Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Penal, despierta aún más profundas inquietudes, algunas de las cuales reseñaremos a continuación:

En primer lugar es preciso informar que el Proyecto corresponde a las orientaciones consagradas en el Acto Legislativo #1 de Diciembre 4 de 1.979, mediante el cual se reformó la Constitución Nacional. En esta reforma se introducen radica-

Les modificaciones al Congreso, a la Administración de Justicia y se hacen innovaciones no menos importantes.

Dentro de la Reforma a la Administración de Justicia, el Acto Legislativo # 1 del 79 crea el Consejo Superiorb de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación. En efecto, el artículo 44 de la Reforma, que modifica el artículo 148 de la Constitución Nacional, dice: "El artículo 148 de la C Constitución Nacional quedará así: Habrá un Consejo Superior de la Judicatura integrado por el número de Magistrados que fije la ley, la cual determinará también lo relativo a su organización y funcionamiento. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura serán elegidos por la misma corporación para períodos individuales de ocho años en la forma que establezca la ley y no podrán ser reelegidos".(1) Posteriormente, en los artículos 46, 52, 55, 61 y 63 de la Reforma se reglamenta el Consejo Superior de la Judicatura, señalándole sus atribuciones taxativamente.

La creación de la Fiscalía General de la Nación está consagrada en el artículo 43 de la Reforma, que modifica el 146 de la Constitución Nacional. El artículo 43 referido dice: "El artículo 146 de la Constitución Nacional quedará así: El Fis - cal General de la Nación será nombrado para un período de - séis años por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de lista que le envíe el Presidente de la República con no menos de cinco nombres pertenecientes a distintos partidos políticos. El Fiscal General de la Nación no será reelegido, en ningún caso, para período inmediato" (2). El artículo mo-

1 Reforma de la Administración de Justicia. Ediciones Lex, Bogotá 1980, pág. 39.

dificado decía: "El Fiscal del Consejo de Estado será nombrado en la forma indicada en el inciso 2o. del artículo 144. Para desempeñar este cargo se requieren las mismas condiciones exigidas a los consejeros de Estado (139), y su período será de cuatro años. En los tribunales administrativos la fiscalía será desempeñada conforme a las reglas que establezca la ley (artículo 46 del Acto Legislativo número 1 de 1945)"(3). De acuerdo a los artículos citados, el Fiscal General de la Nación reemplaza al Fiscal del Consejo de Estado.

El Proyecto de Reforma presentado por el doctor Bernal Cuellos al proponer la implantación del sistema acusatorio en el proceso no hace otra cosa que la de desarrollar el artículo 42 del Acto legislativo #1 del 79 que establece las atribuciones especiales del Fiscal General de la Nación, facultades especiales que no tenía el Procurador General en sus funciones establecidas en el modificado artículo 145 de la Constitución Nacional. Además de las atribuciones de acusar ante la Corte Suprema de Justicia a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponda a esta corporación, de velar porque se cumplan los deberes de los funcionarios de la administración de justicia y la de nombrar y remover a sus agentes, señaladas también para el Procurador General, el artículo 42 de la Reforma, en los numerales 1o. y 2o., agrega: " Serán atribuciones especiales del Fiscal General de la Nación las siguientes:

" 1o. Dirigir y adelantar, por sí o por medio de sus agentes la investigación de los delitos, asegurar la presencia de los presuntos infractores durante las actuaciones procesales y promover su juzgamiento, todo con sujeción a lo que prescri-

3. Jorge Ortega Torres, Constitución Política de Colombia, Edit. Temis, Bogotá, 1974, pág. 91.

ba la ley.

"2o. Asignar funciones de policía judicial en los términos que prescriba la ley, a organismos y funcionarios de policía que no sean de su dependencia y que las ejercerán bajo su dirección y responsabilidad."(4).

De esta manera, estamos en presencia de un verdadero cambio de nuestro estatuto de Procedimiento Penal cuya orientación proviene de un acto legislativo del Congreso Nacional: el cambio del sistema inquisitivo por el acusatorio y el cambio de titularidad de la acción penal que en lugar de ejercerse a través del juez, la ejercerá el Estado por intermedio del Fiscal General de la Nación o sus delegados, como Agentes del Ministerio Público. En consecuencia, a ellos les corresponderá la instrucción de los procesos penales, la acusación, y al juez se le relega para la parte del juicio. Así lo establece el artículo 41 de la Reforma, que modifica el artículo 144 de la Constitución Nacional: " La persecución de los delitos, de oficio o mediante denuncia de cualquier persona, y la acusación de los infractores ante las autoridades competentes - corresponden, en los términos y casos que señale la ley, al Fiscal General de la Nación, quien será el jefe superior de la Policía Judicial. El Fiscal General dispondrá de los agentes que establezca la ley, con las atribuciones que ésta determine. Tendrán competencia en todo el territorio nacional. La Cámara de Representantes ejerce determinadas funciones fiscales"(5).

4. Reforma a la Ad. de Justicia, Ediciones Lex, Bogotá, 1980 pág. 37.

5. Ibídem, pág.37.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el Proyecto de reforma se presenta basado, además, en las atribuciones pro tempore conferidas por el Congreso Nacional al Presidente de la República, mediante la Ley 6a. de 1.979, para que en el término de un año expida un nuevo Código de Procedimiento Penal, conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo # 1 de diciembre de 1979.

En tercer lugar, cabe anotar que la Comisión encargada de Redactar el Proyecto de Reforma, nombrada por el Presidente de la República, hasta a comienzos del mes de agosto de 1.980 no había realizado ningún trabajo en conjunto. El Proyecto que la Comisión redactora estudia en la actualidad es un trabajo preparado individualmente por uno de los comisionados, el jurista Jaime Bernal Cuellar, y presentado como ponencia. Quiere decir esto, que de aprobarse el proyecto, un solo hombre habrá hecho el Código de Procedimiento Penal más importante de la historia jurídica colombiana.

Por último es interesante señalar que el término dado al Ejecutivo Nacional para la expedición del nuevo Código, vencerá inexorablemente el próximo 31 de diciembre de 1.980. En consecuencia, le quedan dos alternativas al Presidente de la República y a su Comisión "Redactora": aprobar la ponencia con ligeras modificaciones hechas en su estudio de escasos cinco meses y se consagra definitivamente el señor Turbay Ayala como el primer presidente en la historia que sin saber ni leer ni escribir se da el lujo de expedir tres importantes estatutos de gran trascendencia nacional: el temeroso Decreto 1.923 de 1.978 y complementarios, llamado "Estatuto de la Seguridad"; el Código Penal promulgado en 1.980, que en parte contradice el criterio del anterior

estatuto y el nuevo Código de Procedimiento Penal, verdadero laberinto jurídico. La otra alternativa sería la más responsable: no aprobar la Ponencia y someterla a un estudio nacional reposado y que lo decida el Congreso de la República. Esto equivaldría a quedarnos sin un Código sin el cual quedarían, ipso facto, suspendidas por tiempo indefinido las normas constitucionales relacionadas con la Fiscalía General de la nación, por falta de mecanismos para su aplicabilidad.

De todas maneras, cualquiera que sea el destino final de la Ponencia que actualmente y a puertas cerradas se estudia como proyecto, merece tenerse en cuenta para un verdadero y exhaustivo estudio previo.

En este trabajo que presento para optar mi título de abogado a la consideración respetable de quienes han de conformar el jurado calificador, no me asiste pretensión distinta a la de exponer mis comentarios escuetos sobre un vasto tema que todos los estudiosos del Derecho deberíamos intervenir, pero que desafortunadamente, por múltiples razones entre las que resalta la falta de información oportuna, nos tenemos que conformar con 'mirar los toros desde la barrera' para luego de la faena curar los heridos y enterrar los muertos.

Para una mayor y mejor apreciación de mi trabajo, quiero señalar, finalmente, que en él trato algunos aspectos positivos y negativos del Proyecto que a mi juicio he estimado están conforme al título que le he asignado, sin descuidar la parte histórica por aquella sabia sentencia de que "quien no conoce la historia está condenado a repetirla".

ARIEL A. ARTETA CH.

Santo Tomás, noviembre de 1.980

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

P R I M E R A P A R T E

I N F O R M A C I O N P R E L I M I N A R

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO

1.- LA LEGISLACION ESPAÑOLA EN AMERICA.

Durante la época de la Colonia y aún a principios de la Independencia, rigieron para Colombia las normas procedimentales penales de la antigua legislación española.

El gobierno español administraba justicia en las colonias a nombre del rey, con leyes propias y especiales, entre las que podemos señalar las instituciones jurídicas de - el Fuero Juzgo, que era una versión castellana del Liber Judicum, compilación de las leyes romanas y de los visigodos, traducidas en España en el siglo XIII por orden - del rey Fernando III; el Fuero Viejo de Castilla; el Fuero Real, compilación jurídica establecida por Alfonso X en 1254; las Siete Partidas de 1.348, colección de leyes y costumbres redactadas por orden de Alfonso X, "El Sabio" y que reflejaban la idiosincrasia del pueblo español de - la época; la Nueva Recopilación de 1.567 y la Novilísima Recopilación de 1.804 y 1.805, que era una colección o - ficial de las leyes de España con base en otras más an - tiguas que datan de 1.523, establecidas por Felipe II en 1.567. Se le dió el nombre de Nueva Recopilación a la - novena edición de la referida colección jurídica, publicada en 1.775, y el de Novilísima Recopilación al suplemento de esa recopilación, promulgada en 1.805.(6).

La justicia en materia penal, civil y comercial se administraba en las colonias a través de instituciones establecidas

6. JAIME AZULA CAMACHO, Manual de Derecho Procesal. Ed. Derecho y Ley Ltda. Bogotá, 1979. pág. 94.

en la propia metrópoli española y en las colonias americanas. Los alcaldes, corregidores y gobernadores conocían - en primera instancia los procesos penales así como los civiles. Luego estaba el Cabildo, que conocía los asuntos de menor cuantía y de las apelaciones interpuestas contra las decisiones de los alcaldes, cuando estos violaban la justicia municipal. El Consulado trataba los delitos referentes al comercio, y, finalmente, estaban las Audiencias Reales, que eran especies de jueces de segunda instancia que conocían los asuntos penales y civiles tratados por los gobernadores, corregidores y alcaldes. Estas entidades operaban en América bajo la dirección del Supremo Consejo de Indias y la Casa de Contratación, con residencia en España, que conocían en última instancia los procesos penales y - civiles y las actividades desarrolladas en el comercio.(?)

No obstante la declaración de Independencia de Colombia del Imperio español en 1810, continuaron aplicándose, en adopción oficial por la nueva república, las normas del derecho penal positivo de España, a falta de una nueva codificación propia. La constitución de 1.821 y la Ley 15 de 1825 consagraron tal disposición. En 1,845 se expidió la Recopilación Granadina que, como su nombre lo indica, era una simple colección de las diferentes normas dispersas que se les habían introducido ligeras modificaciones, pero conservando la misma orientación filosófica del régimen español, contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Durante el régimen federalista, surgido en 1.858, se aplicaron los Códigos de procedimiento de España, inicialmente por el Estado de Cundinamarca y luego, en 1.886, con el régimen Centralista, pasaron a ser toda la nación.

2.- EL CODIGO JUDICIAL DE 1.931

En 1.931, por Ley 105, fue expedido el Código Judicial que estaba compuesto de tres libros. El primero trataba sobre la organización jurisdiccional en general; el segundo, el procedimiento civil y, el tercero, las normas sobre procedimiento penal.

Por la complejidad de las materias tratadas y las marcadas contradicciones que conlleva el alimentarse de diversas fuentes, sin criterio propio ni definido, agregado a la modernización en la sistematización de los estudios penales, en 1.937, una comisión de juristas colombianos entregó a la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios los "Trabajos preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal".

En 1.938 se expidió el Código Procesal Penal, mediante la Ley 94 de ese mismo año.

3.- EL CODIGO PROCESAL PENAL DE 1.938.

El Código de Procedimiento Penal de 1.938, con algunas modificaciones tuvo vigencia hasta 1.971. Este Código era de orientación positivista, pues sostenía el criterio de que a través del procedimiento se lograba eficazmente la defensa social contra el hecho punible.

Entre las reformas sustanciales que se le introdujeron figura la Reforma Judicial decretada por el Gobierno de Guillermo León Valencia en 1.963, con base a las atribuciones conferidas por la Ley 27 de ese mismo año. Esta reforma, que entró en rigor a mediados de 1.965, fue severamente criticada hasta tal punto que se gestó la necesidad de hacer una contrarreforma. Fue así como en 1.968 se expidió la Ley 16 que o-

torgó facultades extraordinarias al gobierno para que en el término de tres años reorganizara el procedimiento penal. Sin embargo, las facultades dadas por la mencionada Ley no eran tan amplias como para hacer las reformas de fondo que el Código del 38 requería. En 1.969 se expidió una nueva ley, la 16 de 1969, que introdujo un nuevo artículo a la Ley 16 de 1.968 con el cual se amplió las facultades al ejecutivo para que determinara lo relacionado con el procedimiento penal y ordenara numéricamente las diferentes leyes y decretos dispersos integrándolos con títulos y capítulos en un mismo código.

La mencionada Ley 16 de 1968 dispuso la reorganización del procedimiento penal sobre las siguientes bases:

- "a) determinar el procedimiento penal que debe seguirse para la investigación de los delitos; señalar los funcionarios a quienes corresponde la instrucción penal y disponer a quiénes compete el nombramiento de estos funcionarios;
- "b) señalar el número de funcionarios de instrucción criminal, sus atribuciones, su organización, dotación y asignaciones, con la finalidad de hacer eficaz la administración de la justicia;
- "c) Crear y organizar en la Procuraduría de la República, las dependencias y cargos que se consideren indispensables para el cumplimiento efectivo de sus funciones actuales, de las que se le confieran de acuerdo con la presente Ley, y para la dirección, vigilancia y coordinación de las labores de la policía judicial;

"d) Fijar los viáticos y gastos de transporte, así como suministrar el material de trabajo y vehículos que requieran los instructores para el cumplimiento de sus funciones y establecer un sistema que agilice el pago oportuno de los primeros y la rápida obtención de los otros"(8).

La codificación y titulación del nuevo código de procedimiento penal se hizo con base a las atribuciones conferidas por el artículo 6o. de la Ley 16 de 1.969 al gobierno que estableció: "El Presidente de la República, al ejercer las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 16 de 1.968 en el ordinal 11, literal a) del artículo 20 determinará lo relacionado con el procedimiento que haya de seguirse en la investigación de las infracciones penales en forma sucesiva, y las sistematizará por títulos y capítulos con el fin de integrarlas en un solo estatuto debidamente codificado."(9).

Con base en la Ley 16 de 1.968, el Presidente de la República expidió los siguientes decretos:

Decreto 1135 de 1970 que estableció normas sobre la protección penal de cheques y demás títulos valores ; el Decreto 1969 de 1971, que reglamentó el ejercicio

(8 . Benjamín Iragorri Diez, Instituciones de Derecho Procesal Penal, Edit. Temis, Bogotá, 1974, pág.31

9 . Ibídem, pág.

de la profesión de abogado; decreto 521 de 1971, mediante el cual se reorganizó la Procuraduría General de la Nación, sobre coordinación de las funciones de la Policía Judicial y las demás dependencias de la Procuraduría, como la que hace relación a la sección técnica en materia de medicina legal y laboratorio y archivos policiales, etc.; Decreto 522 de 1971 "por el cual se restablece la vigencia de algunos artículos del Código Penal, se definen como delitos determinados hechos considerados hoy como contravenciones, se incorporan al decreto-ley 1355 de 4 de agosto de 1970 determinadas contravenciones y se determina su competencia y procedimiento, se modifican y se derogan algunas de las disposiciones de dicho decreto, se deroga el Decreto-ley 1118 del 15 de julio de 1970 y se dictan otras disposiciones." (10). Las modificaciones introducidas al Código Penal por el decreto 522 de 1971 se incorporaron en los artículos 123, inciso final, 257, 260, 323, inciso final, 326, 329, y a los títulos VIII, capítulos I, II, y XVI, capítulo V del Código Penal de 1936.

En diciembre 30 de 1968, el Congreso de la República expidió la Ley 75 de ese mismo año sobre normas de Filiación y creación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

10 . Jorge Ortega Torres, Código Penal y Código de Procedimiento Penal. Edt. Temis, Bogotá, 1976 pág. 434.

BARRANQUILLA

En el Capítulo II de ~~la mencionada Ley~~ se establecen las sanciones penales y su competencia sobre los delitos contra la asistencia familiar y dilapidación de bienes del menor, que fueron incorporados al Código Penal en el Título XIV de los delitos contra la asistencia familiar, capítulo V.

Las normas procedimentales que señala la Ley 75 de 1.968, quedaron fijadas en los artículos 660 y ss. correspondientes al Título III del actual Código de Procedimiento Penal.

4.- EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1971.

El Código que actualmente nos rige corresponde al Decreto 409 de 1971. Fue redactada por una comisión de juristas integrada por Luis Carlos Pérez, Federico Estrada Vélez, Humberto Arango Jiménez, Jorge Enrique Gutiérrez, Luies Enrique Romero Soto, Hernando Londoño J., Benjamín Irigorri D. y Rafael Poveda A.

Este Código, de orientación filosófica liberal y humanista, introdujo reformas que relativamente lo presentan más técnico que el anterior, como es la codificación y la titulación de artículos, que obviamente facilita su interpretación y aplicación. En cuanto a su contenido, en general, se le imprimió al Código un carácter democrático que se refleja en los siguientes principios desarrollados en su articulado: "ampliación del principio de ~~f~~avorabilidad, (art. 60.); la obliga-

ción para los miembros de la policía judicial de suscribir 'todas las actas y documentos materia - de su labor con su firma y rúbrica, y el número - de documento de identidad asignado' (art.303), eliminando en esta forma la odiosa disposición que - regulaba la identificación de los agentes secretos en sus informes al juez por el número de su carné - y su huella dactilar; la prohibición de detener o interceptar la correspondencia postal o telegráfica que se cruce entre el sindicato y su apoderado o - defensor (art.372), lo que significa un importante avance en relación con la norma limitada e indiscriminada que regulaba la materia en el viejo Código; la perentoria obligación de asistencia profesional al sindicato en todo acto procesal de reconocimiento en fila de personas (art.407) y en toda diligencia de careo en que deba intervenir (art.416); obligación de informar a "toda persona capturada...en el momento de la aprehensión, de las razones de la - misma, y notificación sin demora de la acusación formulada contra ella".(art.430); el derecho, que antes no estaba por lo menos muy claramente establecido, de asignar un apoderado desde el momento mismo de la captura(art.431); y los capítulos que reglamentan la captura (arts. 436 y ss.), que son de hondo contenido humanista y democrático, en cuanto suavizan, sin desamparar a la sociedad, las consecuencias que acarrearán las medidas cautelares personales dentro del proceso, a la vez que proscriben de nuestras instituciones procesales todo vestigio de "terrorismo pe-

nal" y de rigorismo draconiano en el tratamiento del -
sindicado."(11).

El artículo 95 del Código de 1.938 otorgaba al Ministerio Público la titularidad de la acción penal. El Código de - 1.971, en su artículo 10 dispuso que la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez de conocimiento, con la colaboración del Ministerio Público, considerando que éste tiene las - mismas atribuciones que las demás personas intervinientes en el proceso.

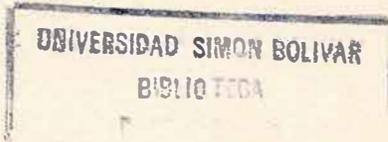
El Código de 1971 institucionalizó y reglamentó la policía judicial como un cuerpo auxiliar de la justicia, integrado por personal especializado de la policía nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad, bajo la dirección y vigilancia de la Procuraduría General de la Nación.

El nuevo Código consagró en su artículo 409 el principio de presunción de inocencia del sindicado hasta que el Estado - no demuestre su culpabilidad. En el Código anterior, en su artículo 437, para los efectos del sobreseimiento definitivo exigía que el procesado probara su inocencia, disposición que fue suprimida porque iba en contra de la Declaración U- niversal de los Derechos Humanos, de la cual Colombia es - país signatario.

No obstante las reformas introducidas en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que lo hacen más técnico, práctico y

11. Federico Estrada Vélez, citado por Benjamín Irigorri D., ob. cit, págs. 37 y 38.

democrático, quedó por debajo del Código de Procedimiento Civil decretado en 1.970, en lo que respecta a los medios probatorios que los limita taxativamente, mantiene el sistema inquisitivo en la etapa del sumario y en el decreto de pruebas establece el sistema tarifario.



CAPITULO II

PROYECTOS DE REFORMAS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1.971.

Sobre el Código de Procedimiento Penal establecido mediante el Decreto 409 de 1.971, se ha intentado dos importantes proyectos de reforma, tendientes a superar las múltiples fallas de que adolece. Ellas son el malogrado Anteproyecto de 1.977 y el Proyecto de 1.980, que aún está en estudio. En aquella oportunidad como en ésta, se le concedieron facultades extraordinarias al Ejecutivo nacional para que expida por Decreto un nuevo Código. Veamos a continuación el Anteproyecto del 77 en sus rasgos más sobresalientes, comparándolo someramente con la Ponencia del 80.

EL ANTEPROYECTO DE 1977.

En el año de 1977, una comisión integrada de conformidad con los Decretos 2084 de septiembre 30 de 1.975 y 2832 de 24 de diciembre del mismo año, presentó a consideración del Gobierno un Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Penal. Ya con anterioridad, se habían conformado comisiones redactoras sin lograrse resultado positivo, por la desidia que caracteriza a nuestros dirigentes políticos frente a los grandes problemas nacionales. La Comisión, que finalmente presentó el trabajo de Anteproyecto, estuvo integrada inicialmente por los juristas Bernardo Gaitán Mahecha, quien la presidía, Domingo Sarasty, Tiberio Quintero O., Jaime Bernal Cuellar, quien asumió la vicepresidencia desde el primer semestre de 1976, Gabriel Calle E. Gabriel Gutiérrez Tovar y Antonio José Uribe Prada. Sin -

embargo, de esta Comisión solo asistieron permanente-
mente los comisionados Jaime Bernal Cuellar, Gabriel Ca-
lle Echeverri, Tiberio Quintero C. y Antonio J. Uribe P.

El Anteproyecto de 1977, aunque siguió los lineamientos
básicos del código que se pretendía reformar, sin embargo
presentó importantes innovaciones, algunas de las cuales
se tuvieron en cuenta para la elaboración del Proyecto -
de 1.980.

Por estas razones, y porque en aquella comisión partici-
pó precisamente el ponente del Proyecto que actualmente
discute la Comisión redactora del nuevo Código de Proce-
dimiento Penal de 1.980, he considerado necesario refe-
rirme, siquiera a grosso modo, sobre algunas innovaciones
del Anteproyecto de 1977, las que resumo así:

1o. El Anteproyecto de 1.977 no reguló los juicios ante
los jueces de menores, que trae nuestro estatuto de Pro-
cedimiento Penal vigente en el capítulo II del Título 5o.
del Libro 3o., consignado en los artículos 627 al 659.
Las razones que adujo la Comisión Redactora fueron las
siguientes: "No se reguló lo concerniente al juzgamiento
de los menores de 18 años (sic) porque se entendió que e-
llo debe ser objeto de un estatuto separado que recoja en
un solo cuerpo legal las disposiciones pertinentes de la
Ley 83 de 1.946, el Decreto 1818 de 1.964 y las que que
la actual comisión revisora del régimen de familia esti-
me necesarias. Esta idea tiene fundamento en las profuen-
das implicaciones que el juzgamiento y algunos tratamien-
tos rehabilitadores de los menores, por causa de hechos
objetivamente ilícitos, que tienen en la institución fami-
liar"(12).

De lo anterior se colige que el interés de la Comisión Redactora del 77, al suprimir el estudio sobre los menores, radica, como lo expresa en su exposición de motivos, en la necesidad de que el Congreso de la República legisle sobre un verdadero Código de Familia y que se recopile todas las normas existentes y dispersas sobre la materia. Este criterio imperó en la redacción de la Ponencia del 80, pues aunque el Dr. Bernal Cuellar no hace referencia en las "Explicaciones Previas", tampoco contempla los juicios de menores en el Título II del Libro 3o., que trata del Juicio Especial.

2o. Redujo el término de caducidad de la querrela a tres meses, modificando así el artículo 324 del Código vigente que establece seis meses. En el Proyecto de 1.980, el artículo 19 también estipula tres meses, así: "Caducidad de la querrela. Salvo disposición en contrario, la querrela debe presentarse dentro del término de tres meses - contados a partir de la comisión del hecho punible. La fuerza mayor interrumpe la caducidad"(13)

3o- En la Audiencia pública, el Anteproyecto estableció que la asistencia del Ministerio Público, salvo en los casos de competencia de los jueces municipales o autoridades de policía, con la obligación de permanecer en la audiencia hasta que ésta se termine.

12. Minjusticia, Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, Fondo Rotatorio, Bogotá 1977, pág. 37

13. Jaime Bernal Cuellar, Código de Procedimiento Penal. Ponencia. Lib. El Foro de la Justicia, Bogotá 1980, pág. 27.

El artículo 454 del Proyecto del 80 recoge este criterio, modificando el artículo 508 del Código vigente que establece que la ausencia del Ministerio Público y del apoderado de la parte civil no impedirá la celebración de la audiencia.

4.- El Anteproyecto de 1977 suprimió la audiencia con intervención de jurado de conciencia. La controvertida institución Jurado de Conciencia, de la que hablaremos con más detalle en capítulo aparte, fue suprimida de la audiencia al sostener la Comisión Redactora del 77 lo siguiente: "No se incluyeron normas para el juzgamiento con intervención de jurados, porque la comisión, después de un detenido análisis y de un amplio debate, llegó a la conclusión de que la institución del jurado es inoperante en nuestro medio, pues dilata las decisiones judiciales y, además, no es aconsejable que las decisiones en materia tan delicada, que deben tener bases científicas, sean dejadas al criterio de personas que desconocen las disciplinas jurídicas"(14).

La Ponencia de 1.980 contempla la audiencia con jurado de conciencia, pero, atendiendo al criterio del Anteproyecto, prácticamente lo hace desaparecer en la forma como tradicionalmente lo conserva el estatuto vigente, al introducir en su composición al juez del conocimiento.

5o.- El Anteproyecto de 1.977 suprimió la institución de

14. Minjusticia, ob. cit. pág. 37

vocero en la audiencia, alegándose que éste apenas constituía una duplicación del defensor.

La Ponencia de 1980 comparte este criterio y suprime la institución de vocero, vigente en el Código que pretende reformar. En efecto, el artículo 458 de la Ponencia dice: "Intervención de las partes en la audiencia. Concluida la práctica de pruebas, el juez concederá por una sola vez la palabra en el siguiente orden: fiscal de acusación, apoderados de la parte civil, procesado y defensor, quienes podrán presentar, una vez terminada la intervención, resumen escrito de las razones aducidas y de las peticiones hechas"(15).

6.- El Anteproyecto de 1.977 estableció la libertad bajo custodia como una sustitución de la detención preventiva, que contempla nuestro estatuto vigente, "en el entendimiento de que la detención en muchos casos se prolonga y, cuando se profiere sentencia condenatoria en que se concede el subrogado penal de condena condicional, ya es inoperante, porque el procesado descontó en gran parte la pena privativa de la libertad, o la cumplió bajo el régimen de detención preventiva"(16).

La Ponencia de 1.980 contempla de igual manera la libertad bajo custodia en su artículo 424.

7.- El artículo 473 del Anteproyecto de 1.977 establece

15. Jaime Bernal Cuellar, ob. cit., pág.198.

16. Minjusticia, ob. cit., pág. 28.

que el juez podrá dictar sentencia en la misma audiencia, modificando lo dispuesto en el artículo 517 del actual Código de Procedimiento Penal que establece un término hasta de 15 días después de la audiencia. El artículo 473 - del mencionado Anteproyecto, decía: "El juez podrá dictar sentencia en la misma audiencia, Si lo estimare necesario, decretará un receso hasta por seis horas hábiles para prepararla. En este caso, la notificación se hará en estrado. Si no se dicatare la sentencia en la oportunidad prevista en el inciso anterior lo hará dentro de los diez días siguientes a la conclusión de la audiencia"(17).

La Ponencia de 1.980 recoge en todos sus términos la mencionada disposición en el artículo 462.

De igual manera podríamos seguir analizando los dos proyectos de reformas y sin duda alguna encontraremos importantes similitudes en la modificación del Código de Procedimiento Penal de 1.971.

17. Minjusticia, ob. cit., pág. 133.

SEGUNDA PARTE

ASPECTOS CRITICOS GENERALES

DEL PROYECTO DE 1980



CAPITULO I

EL CAMBIO DE SISTEMA: DEL INQUISITIVO AL ACUSATORIO

En la primera parte de este trabajo quedó consignada la apreciación inicial de que la Reforma de Código de Procedimiento Penal que se pretende con la Ponencia de 1.980, elaborada de conformidad con el Acto Legislativo #1 de 1.979, es un proyecto de fondo que modificará la actual estructura jurídica del proceso y algunas de sus instituciones tradicionales.

De igual manera decíamos que por ello la Ponencia del Dr. Jaime Bernal Cuellar, aunque presentada en condiciones precarias, y quizás por lo mismo, es el trabajo de reforma más importante que se haya intentado a lo largo de la historia del proceso penal colombiano.

También planteamos, a manera de información, que estas pretendidas reformas desarrolladas en la ponencia del comisionado Bernal Cuellar, vienen orientadas por el Congreso Nacional en la Reforma de la Justicia, que es parte de la Reforma Constitucional de 1.979.

El cambio al sistema acusatorio es el primer aspecto fundamental que hay que analizar en la Reforma de la Justicia. Nuestro estatuto de Procedimiento Penal vigente se caracteriza porque aplica el sistema Mixto, combinando el inquisitivo con el acusatorio; el primero para la etapa sumarial, que es escrita y reservada, a excepción de lo previsto en el art. 311, y el segundo, para el juicio, que es público,

El sistema inquisitivo para la primera etapa del proceso constituye un rezago de nuestro actual procedimiento penal, influido por las orientaciones jurídico-filosóficas de las antiguas legislaciones españolas. Nuestro Código actual sigue la tradición de las primeras codificaciones colombianas que tomaron como modelo la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1872. Esta, a su vez, fue adaptación del Código francés, que como las legislaciones penales de la mayoría de los Estados europeos, tuvieron la influencia del régimen Romano-canónico.

El Derecho Canónico estableció dentro del campo penal la temible Inquisición, probablemente a partir del año 1197, durante el Concilio de Letrán, a través de un decreto expedido por Alejandro II con el propósito de perseguir a los herejes. Francia lo recibió en 1229 con el Tratado de París, que suscribieron el Cardenal Romano de Saint-Ange, representante del Papa y el Conde de Toulouse. En ese Tratado el Conde de Toulouse pactó su obediencia al rey y a la Iglesia persiguiendo a sus súbditos herejes. En aquel mismo año, 1229, se codificó el procedimiento de la Inquisición. A partir de esa época y con la universal influencia de la Iglesia Católica, el sistema inquisitivo se extendió en casi toda Europa y en otros territorios dominados por la Iglesia y sus Estados satélites.

El profesor Azula Camacho nos describe el proceso inquisitivo utilizado por la Iglesia para reprimir la herejía. Lo transcribo porque considero que no obstante el transcurso de muchos siglos de civilización y humanismo, que cronológicamente distan muchísimo de aquella etapa oscuran-

tista, este método despreciable continúa relativamente vigente en algunas instituciones nuestras.

"El trámite consistía, a grosso modo, en que tres o cuatro momjes inquisidores llegaban a las poblaciones, reunían a los vecinos en la Iglesia y mediante solemne sermón instaban a los culpables a que confesaran su falta - durante un plazo que duraba de quince a treinta días, denominado de gracia. Quienes así obraban obtenían misericordia, pues sólo se le imponía penas benignas, que se reducía a una penatencia secreta. Transcurrido el plazo de gracia, los sospechosos eran perseguidos y se les adelantaba una detallada investigación. Primero se les citaba, de manera escrita o verbal, por conducto del párroco. Si no comparecían se les declaraba contumaces, imponiéndoseles primero la excomuni6n provisional y luego, la definitiva, al cabo de un año. Después se procedía al encarcelamiento, si era necesario, seguido del interrogatorio, que era sin límite alguno. Posteriormente, se procedía a la práctica de pruebas, cuya carga recaía sobre el acusador, pruebas estas que era testimonial, la de dos declarantes tenían el valor de plena, pero se daba prelación a la confesi6n, considerada la prueba por excelencia, - por lo cual, para obtenerla, se valían de todos los medios, inclusive, el tormento, que se reconoce en forma expresa por la Bula Ad Extirpanda, del 15 de mayo de 1252, proferida por Inocencio IV y ratificada por Alejandro IV, el 30 de noviembre de 1259. Finalmente el Tribunal, integrado por una especie de jurado, cuyo número de miembros era de dos a veinte, tomaba la decisi6n definitiva, imponiendo, en caso de condena, tres tipos de pena: c6nfis-

cación de bienes, la cárcel ò la muerte."(18).

2. La Revolución francesa, fundada en principios humanitarios y democráticos, abolió el sistema inquisitorial que no reconoce humanitarismo, el derecho de defensa y concede al juez la facultad de juzgar sin presencia de las partes y sin darle al procesado la oportunidad de debatir la imputación. La Asamblea Francesa implantó el sistema mixto, dividiendo el proceso en dos etapas: la instructiva, escrita y reservada, y la etapa del juicio, oral y pública, con participación de las partes. Además, se creó la institución Jurado de Conciencia, para revestir el proceso del espíritu democrático de la Revolución; se implantó la Tarifa Legal, para evitar que el juez se extralimitara en sus decisiones, se puso fin a la tortura, se consagró el derecho de defensa, la motivación de las sentencias y se estableció el juicio con carácter público.

Con la trascendencia universal de la Revolución francesa estos principios jurídicos fueron acogidos por los diferentes pueblos que despertaban ansiosos de libertad y que vieron en la Revolución de los franceses el camino para reivindicar sus derechos usurpados por la tiranía reinante.

De esta manera, el sistema inquisitivo imperante en la etapa instructiva de nuestro proceso penal viene de la influencia ejercida por el Derecho Canónico de la Iglesia Imperial.

18. JAIME AZULA CAMACHO, Manual de Derecho Procesal. Teoría del Proceso. Ed. Derecho y Ley Ltda. Bogotá, 1979. págs. 81 y 82.

lista, pasando por Francia y España, de donde directamente se tomó.

3. El Sistema Acusatorio de la Reforma del Código de Procedimiento Penal Colombiano viene dado, como ya lo señalamos, por la misma Reforma Constitucional de 1.979, al reformar la Administración de Justicia y crear dentro de ella la Fiscalía General de la Nación.

La implantación del sistema acusatorio en Colombia representará un hecho de suma trascendencia en el campo de la Administración de Justicia. Por un lado significa que el país se colocará a la altura de los procedimientos penales de los Estados más desarrollados del mundo. Participan de este sistema, entre otros, Inglaterra, un poco modificado actualmente, que lo tomó del régimen germánico, y que rechazó la influencia de la Iglesia Católica y su sistema inquisitivo; Estados Unidos de América, que recibió la influencia inglesa; también México y la Unión Soviética. Por otro lado, significa que con la superación del sistema inquisitivo se rompe con la antigua tradición colombiana de seguir los lineamientos del régimen romano-canónico, que aún oscurece nuestro proceso penal.

El sistema acusatorio, a diferencia del inquisitivo, partió de pueblos que como la antigua Grecia, Roma y Germania reconocieron el derecho de la defensa y sus juicios, esencialmente orales, fueron públicos, con la participación popular.

Inglaterra, influida por los pueblos germánicos, implantó

el sistema llamado Common Law, constituido por un conjunto de reglas basadas en el Derecho Consuetudinario. Este sistema es eminentemente verbal, realizado mediante audiencia y jurado. Se aplica junto con el sistema Equity (equidad). La etapa instructiva le corresponde a los particulares bajo el asesoramiento del Ministerio Público; la etapa de la Causa está a cargo de dos jurados uno de acusación y otro de juicio.

Estados Unidos sigue el ordenamiento inglés, pero con la particularidad de que el Ministerio Público es quien instruye directamente el proceso, formula la acusación y le corresponde la carga de la prueba.

El sistema acusatorio de la Unión Soviética presenta características muy por encima del de los Estados anteriormente mencionados y del que trae la Ponencia colombiana. Comenzando por señalar que todos los jueces son elegidos por el voto popular y que existen Tribunales Populares - que se hallan en la base, y el conocimiento y decisión de los asuntos penales se realiza por organismos colegiados, integrados algunas veces por vecinos de las localidades, en forma directa. El proceso penal está dividido en cuatro etapas; la etapa de averiguaciones, asumida por los funcionarios de policía para establecer la existencia del delito y su autor; la etapa de investigación preliminar, dirigida por un investigador de la Procuraduría y que se inicia con la resolución de acusación al imputado; la tercera etapa es la Administrativa, dentro de la cual se decide si se anula la acusación o se devuelve el expediente o si se acepta el pliego de cargos, caso en el cual se pa-

sa a la cuarta y última etapa del proceso, al juicio, que es público y con intervención de las partes.

CAPITULO II

LAS ETAPAS PROCESALES EN LA PONENCIA DE 1980

En el Proyecto de reforma del Código de Procedimiento Penal de 1971, la Ponencia del Dr. Bernal Cuellar, único - trabajo que estudia la Comisión Redactora, establece tres etapas en el proceso: la Etapa Preliminar, la de Investigación Formal y la Etapa de Juzgamiento.

La trascendencia de este segundo aspecto fundamental de la Ponencia radica no sólo en que desaparecerían las dos etapas tradicionales de nuestro Código, el Sumario y el Juicio, sino también en la reducción de las atribuciones del juez, o más bien, de la rama jurisdiccional.

Por disposición del Congreso Nacional contenida en la Reforma de la Justicia se creó la Fiscalía General de la Nación, que además de asumir las funciones de Ministerio Público, será la encargada de adelantar y dirigir la investigación penal y la acusación. Lo que equivale decir que la etapa instructiva o sumarial que actualmente le corresponde al juez, pasará a cargo de la Fiscalía General a través de sus delegados: el fiscal de instrucción y el fiscal de acusación. Al juez se le asignará únicamente la etapa del juicio, donde la Fiscalía también interviene con su doble carácter: de parte en el proceso como acusador y de agente del Ministerio Público.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE SUPREMACIA DE LA JURISDICCION COMUN Y LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Este es un punto muy importantísimo en la defensa de lo poco que queda de la Rama Jurisdiccional colombiana, y por ende, de la garantía de una recta administración de justicia.

Constituye un motivo de preocupación nacional el hecho de que el Estado colombiano cada día se hunde más en un régimen militarista tan fascista como los que gobiernan la mayoría de los países latinoamericanos. Los militares siguen ganando terreno dentro de nuestras instituciones políticas hasta el punto de que sea un hecho notorio que el Ministro de la Defensa Nacional sea el brazo derecho y sostén incondicional del señor Presidente de la República.

Colombia ha sido gobernada durante las dos últimas décadas bajo el permanente Estado de Sitio, medida consagrada en el artículo 121 de la Constitución Nacional, irónicamente como de excepción. Al actual gobierno presidido por un "liberal" no le ha bastado las atribuciones extraordinarias coferidas por el vigente Estado de Sitio, sino que se diseñó a su criterio, que es el mismo pensamiento de los militares que lo sostienen, un código represivo propio, llamado "Estatuto de Seguridad".

De esta manera, la Justicia Penal Militar establecida úni-

camente para el juzgamiento de los miembros de las fuerzas militares, bajo la sombra del Estado de Sitio y del Estatuto de Seguridad, es aplicada a la población civil para reprimir el descontento popular mediante los temibles Concejos Verbales de Guerra.

El artículo 26 de la Constitución Nacional, correspondiente al Título III, que habla sobre los Derechos civiles y Garantías sociales, establece que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"(19).

Los Tribunales Militares no son competentes para juzgar a los civiles, luego son anticonstitucionales sus procedimientos.

El artículo 61 de la Constitución Nacional establece que "Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o militar"(20). Los militares violan la Constitución mediante los procesos verbales de guerra a los civiles donde se constituyen en jueces y partes militares simultáneamente.

El artículo 170 de la Constitución Nacional establece que

19. Eduardo Roso Acuña, Constitución Política de Colombia. Univ. Externado de Col. Bogotá, 1980, pág.44

20. Ibidem, pág.58.

las Cortes Marciales o Tribunales, de acuerdo con lo reglamentado en el Código Penal Militar conocerán de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, mas no los delitos cometidos por los civiles; luego los Tribunales Militares al juzgar a los civiles, violan este precepto constitucional.

Este procedimiento arbitrario e inconstitucional, además de haber recibido el repudio general del pueblo colombiano y de otras naciones y entidades supranacionales, ha sido considerado como un fuerte atentado contra la democracia colombiana que aunque vaga y restringida, es patrimonio histórico nuestro, que por encima de todos los criterios partidistas debemos defender.

El hecho de que los militares juzguen a los civiles es un irrespeto a la verdadera justicia, y constituye una intromisión inconstitucional de la Justicia Penal Militar al campo de la Justicia Ordinaria, en grave detrimento de ésta.

Con este criterio el Proyecto de Código Penal de 1.978 consagró en su artículo 10o. lo siguiente: " Jurisdicción Penal Militar. Salvo en caso de guerra exterior, no podrá extenderse la competencia de la jurisdicción penal militar a las personas que no pertenezcan al Ejército Nacional"(21). Sin embargo, cuando el Proyecto pasó al Eje-

21. Proyecto de Código Penal Colombiano. 1978.
Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo,
Bogotá 1979. pág.12.

cutivo éste lo aprobó suprimiendo el mencionado artículo.

Ahora la Ponencia, buscando atajar esta criminal invasión militarista, establece dentro de los Principios de Garantía Jurídico-Procesal, el principio de supremacía de la jurisdicción común, así: "Toda persona será procesada, acusada y juzgada por los órganos y mediante los procedimientos establecidos en este Código"(22).

Estas disposiciones, que realmente estarían de más, recogen la preocupación de consagrados juristas demócratas que rechazan el abuso del militarismo.

CAPITULO IV

LA INSTITUCION DE LA VERSION JURAMENTADA /

Esta innovación que presenta la Ponencia puede ser una de las más controvertidas.

La versión juramentada propuesta reemplazaría la indagatoria, que como bien sabemos es un medio de defensa, libre de juramento y de apremio. Lo grave de la versión juramentada estriba precisamente en que el juramento constituirá una forma de coacción al imputado.

El Proyecto de Reforma de 1980 establece en su artículo 375 que la versión juramentada es una de las tres normas

22. Jaime Bernal Cuellar, ob. cit. pág. 22.

de vinculación del imputado al proceso(23).

Las reglas y términos para rendir la versión juramentada son, en general, las mismas que operan para la indagatoria. Si la persona imputada está capturada, se realizará a más tardar dentro de los tres días siguientes de haber sido puesto a disposición del funcionario de instrucción; el término se aumentará a seis días cuando fueren más de dos los capturados simultáneamente. Se hará mediante apoderado y se prohíbe su omisión, salvo los casos de urgencia de recibirla que trae el artículo 393 del Código vigente. También se establece el derecho de solicitar su propia versión y de ampliarla.

Pero la gran diferencia estriba en que se suprime el artículo 385 del Código que prohíbe el juramento al indagado. En efecto, la versión juramentada, como su nombre lo indica se realizará al imputado bajo el juramento, pero con la advertencia prescrita en el artículo 377 de la Ponencia que dice: " A la persona que deba ser vinculada mediante versión, el funcionario le hará saber el derecho que le asiste de abstenerse de rendir declaración y le hará conocer en forma concreta y general los cargos que existan en su contra. En caso de que el imputado opte por rendir versión, se le tomará juramento y se le harán saber las amonestaciones legales sobre consecuencias penales si falta a la verdad. Si decide no rendirla, se levantará un acta firmada por el imputado o por un tercero

23. Las otras dos normas de vinculación del imputado al proceso son la declaratoria de reo ausente, cuando no haya podido ser localizado, y cuando presentándose, se

a su nombre, por su defensor y los funcionarios que hayan intervenido."(25).

La disposición sobre la versión juramentada podría señalarse no como un medio de defensa, sino por el contrario, como una manera de coartar la garantía constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes en asunto criminal. Porque aunque la versión puede o no rendirse, sin embargo, el imputado al utilizarla como defensa buscaría la forma de acomodar su versión faltando a la verdad, lo que le acarrería ser imputado de otro hecho punible (falsedad documental, podría ser), pero como el juramento le obliga a decir la verdad, entonces bajo la coacción moral, confesará o se abstendrá de declarar.

CAPITULO V

EL ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DEL HECHO PUNIBLE

Este es otro aspecto critico de la Ponencia dentro de sus innovaciones. El artículo 210 del Código de Procedimiento Penal establece en el numeral 5o. que es causal de nulidad el error relativo a la denominación jurídica que se le dé a la infracción. La Ponencia, en su afán de hacer más ágil el proceso, suprime este caso de nulidad,

24. bis. abstiene de rendir la versión juramentada.

25. Bernal Cuellar, ob. cit., pág. 163.

alegándose que en la nueva estructura del proceso en el que las pruebas más importantes se practicarán en la audiencia pública, es posible que, presentadas otras circunstancias, se cambie la denominación del bien jurídico lesionado y, por ende, la denominación jurídica que se le dió inicialmente no corresponda. Esto quiere decir que se puede instruir y acusar a una persona por un delito y luego juzgarse por otro, modificado por las últimas pruebas y circunstancias.

La resolución de acusación, como el auto de proceder, debe contener la determinación del bien jurídico lesionado y puede contener su tipificación, "pero la precisión de estos aspectos debe considerarse como estrictamente provisional y tendrá efecto para concretar la competencia y, en otras ocasiones, para que el juez pueda determinar lo concerniente a detención o libertad bajo custodia, pero decha adecuación no puede entenderse como definitiva, - porque si ello fuera así, perdería sentido el sistema acusatorio, ya que el juez necesariamente tendría que proferir fallo definitivo, inexorablemente, por el hecho que haya precisado el fiscal de acusación." (26).

26. Bernal Cuellar, ob. cit. págs. 17 y 18.

CAPITULO VI

LAS FACULTADES ESPECIALES DE LA POLICIA JUDICIAL

Las amplias facultades que se le dá a la Policía Judicial, que tendrá a su cargo la etapa Preliminar del proceso, es otra de las preocupaciones que nos deja el estudio de la Ponencia. Si partimos que en Colombia no existen verdaderas academias para preparar al personal de la Policía Judicial técnica y moralmente, sería un adefesio que mientras esta deficiencia se corrija se encargue al mismo personal del Das, F2 y similares de adelantar tan delicada misión.

La Policía Judicial es una institución creada por el Decreto 409 de 1.971, mediante el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal vigente,

El Libro segundo, en su Título primero, consagra la institución de la Policía Judicial como un cuerpo auxiliar de la Rama Jurisdiccional del poder público, dependiente de la Procuraduría General de la Nación.

El Proyecto de Reforma establece en su artículo 323 que la Policía Judicial es un cuerpo dependiente de la Fiscalía General de la Nación y auxiliar de la rama jurisdiccional del poder público. Aparentemente se entenderá que únicamente se cambió la dirección o dependencia: de la Procuraduría pasó a la Fiscalía, porque la Policía Judicial sigue siendo cuerpo auxiliar de la justicia. Sin embargo, en el cambio de que dependerá de la Fiscalía

General estriba lo crítico de la innovación. Veamos el por qué. Hemos dicho que mediante la Reforma de la Administración de Justicia se creó la Fiscalía General de la Nación, que además de tener las atribuciones de Agente de Ministerio Público junto con la Procuraduría General de la Nación, es la institución encargada de la etapa instructiva y de la acusación en el proceso penal, pues como titular de la acción penal desplaza al juez. En efecto, el artículo 12 de la Ponencia, por disposición constitucional, establece que la acción penal será ejercida no por el juez sino por el Fiscal General o sus representantes. Ahora bien, la Fiscalía delega en la Policía Judicial las diligencias correspondientes a la etapa Preliminar y para ello le confiere amplios poderes probatorios para la identificación del imputado y la apreciación y aseguramiento de los medios de prueba que a su juicio sean importantes para la investigación.

En consecuencia, la Policía Judicial asume en propiedad la investigación preliminar sin observar órdenes del juzgado de conocimiento, pues éste no tendrá ninguna función en la etapa instructiva, aunque sí podrá impugnar las diligencias adelantadas, cuando llegue el juicio.

Remitiéndonos a las atribuciones que el Código vigente le dá a la policía judicial y comparándolas con el artículo 331 del Proyecto, observaremos que el literal a) del artículo 289 fue suprimido. El literal a) dice: " (son atribuciones de la Policía Judicial) Cumplir las órdenes que le impartan los magistrados, jueces y agentes del Minis-

terio Público para iniciar o adelantar las diligencias de indagación y las comisiones específicas que aquellos le confieran en el proceso para practicar actos de los que señalan en esta disposición"(27).

Con la omisión de esta primera parte del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, evidentemente a la Policía Judicial, que será por mucho tiempo la misma que desde su fundación, y no obstante las limitaciones de sus funciones, ha sido calificada como de impreparada, abusiva, injusta y propiciadora de la impunidad, se le concederá la facultad de continuar, pero esta vez en forma legal, con la difícil e importante misión de conseguir y asegurar pruebas.

Afortunadamente el Proyecto omite positivamente una disposición que actualmente corresponde a una de las atribuciones de la Policía. Es la relacionada la recepción de la versión. El artículo 289 en su numeral 30., suprimido en el artículo 331 de la Ponencia, sobre las atribuciones de la Policía Judicial señala: la de "recibir por escrito y con fidelidad la versión que libre y espontáneamente - quiera hacer el imputado sobre las circunstancias y móviles del hecho, su participación en él y la de otras - personas. Esta versión será firmada por el imputado en señal de asentimiento!(28)

27. Jorge Ortega Torres, Código Penal y de Proc. Penal Colombiano. Edit. Temis, Bogotá 1976. pág. 192.

28. Ibídem, pág. 193.

Con las excepciones señaladas anteriormente, las atribuciones de la Policía Judicial contenidas en la Ponencia son prácticamente las mismas que trae el Código de Procedimiento Penal vigente en su artículo 289. El artículo 331 de la Ponencia las contempla de la siguiente forma:

1. Recibir, en la forma prescrita en el artículo 16,(29) las denuncias por delitos que le sean presentadas;
2. Inspeccionar minuciosamente el lugar de los hechos o cualquiera otros en que hubiere rastros o elementos útiles para investigación;
3. Examinar prolijamente los rastros del delito y decomisar o recoger las armas, sustancias o elementos que puedan servir para asegurar las pruebas de su materialidad y de la responsabilidad de sus autores o partícipes, cuidando de que las señales no se alteren, borren u oculten, levantarlas gráficas o topográficamente y hacerlas reconocer o examinar si fuere necesario;
4. Trasladar las personas lesionadas al lugar donde pueda prestárseles auxilio, dejando constancia de tal hecho;
5. Practicar el levantamiento de cadáveres, en lo posible con la asistencia de un médico preferentemente legista u oficial, en la forma prevista en este Código;
6. Levantar, si fuere conveniente, el croquis del lugar y

29. El art. 16 de la Ponencia dice que la denuncia se hará bajo juramento y en ella se detallarán los hechos que conozca el denunciante. Si es verbal, se extenderá un acta que firmará el denunciante. Si es escrita, se hará constar que fue presentada personalmente y se le pedirá su ratificación y ampliación si fuere necesario. La anterior disposición contiene lo previsto en el artículo 14 del actual Código de Procedimiento Penal.

tomar fotografías;

7. Realizar u ordenar la práctica de las pruebas técnicas necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos;

8. Con cumplimiento de lo previsto en el artículo 372, practicar el registro de personas, cuando haya fundados para creer que ocultan objetos de interés para la investigación;

9. Practicar reconocimientos fotográficos para verificar la identidad de personas sospechosas del delito. Las fotografías sobre las cuales se realice el reconocimiento se agregarán al proceso a solicitud de parte o del funcionario instructor;

10. Anotar los nombres, direcciones y documentos de identidad de las personas que hayan presenciado los hechos o que puedan dar informes concernientes al delito o a los responsables y recibir fielmente, bajo juramento las versiones que rindan. Con este fin podrá impedir, hasta por seis horas, que los testigos se ausenten sin dar los informes correspondientes;

11. Capturar al sorprendido en flagrancia o cuasiflagrancia o cuando exista justificada urgencia. Realizada la captura, se informará al imputado de las razones de las mismas y de los cargos que existan contra él. Se comunicará además al capturado que no está obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro de los grados a que se refiere el artículo 25 de la Constitución nacional ni contra su cónyuge y que tiene derecho a nombrar un defensor que intervenga en todas las diligencias subsiguientes. Si el imputado no designa defensor, se le nombrará de oficio. La designación se comunicará por es-

crito al nombrado y se le dará posesión. Se le solicitará al capturado que designe a la persona a quien se le deba comunicar su aprehensión, lo que se hará inmediatamente, salvo que la persona que indique esté implicado en el hecho investigado. El capturado será recluso inmediatamente en la cárcel del municipio, bajo incomunicación, si así se hubiere ordenado. Dentro de la primera hora hábil siguiente a la captura, el funcionario de policía judicial dará aviso al funcionario de instrucción correspondiente. El aviso deberá contener: nombre y apellidos del aprehendido y la especificación de los motivos de la captura, el lugar, la fecha y la hora en que se realizó, y la fecha y hora en que ingresó a la cárcel;

12. Proveer a la identificación del imputado por los medios legales pertinentes. El reconocimiento en fila de personas se hará de conformidad con los artículos 297, 298 y 299; también podrá la policía judicial, para lograr la identificación del imputado, realizar las diligencias a que se refieren los artículos 369, 370 y 371.(30)

13. Tomar las muestras de sangre, orina y saliva, o cualquier otra que sea necesaria, y ordenar el correspondiente análisis."(31).

Es importante observar las innovaciones que se introducen en el artículo anterior en el numeral 11, que se refiere a la captura. Además de los casos de flagrancia o cuasi-

30. Los artículos 369, 370 y 371 citados se refieren a lo relacionado con la Retención de correspondencia privada y a la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

31. Bernal Cuellar, ob. cit. págs. 142, 143, 144 y 145.

flagrancia que consagra el numeral 9o. del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal vigente, la Ponencia otorga a la policía judicial la facultad de capturar "cuando exista justificada urgencia". La vaguedad que reviste este último caso en manos de una policía con notorias irregularidades en su procedimiento, permite que se considere como un peligro inminente para la libertad.

Por último es importante anotar que el artículo 331 lleva inserto dos párrafos que se refieren al numeral 11 de dicho artículo y que concede facultad a la policía para hacer cesar el estado de captura cuando aparezca comprobado que el proceso penal no puede iniciarse, según el párrafo primero; lo que indica que la policía judicial podrá capturar y dejar en libertad a su criterio, que como ya hemos anotado no es de mucho prestigio.

A todo esto es preciso tener en cuenta que estas atribuciones, así como las consagradas en el artículo 332 y subsiguientes de la Ponencia que se refieren a atribuciones especiales en caso de narcotráfico, serían ejercidas ocasionalmente, en casos de urgencia, por otros funcionarios, como los administradores de aduana y sus funcionarios investigadores, las autoridades de circulación y tránsito, los alcaldes e inspectores y comisarios de policía, y los miembros de la policía nacional y del Das que no pertenezcan a la Policía Judicial.

CAPITULO VII

LA INSTITUCION JURADO DE CONCIENCIA ✓

De conformidad con el precepto constitucional de permitir la institución de jurados para el juzgamiento de algunos delitos, consagrado en el inciso segundo del artículo 164 de la Constitución Nacional, la Ponencia del jurista Jaime Bernal Cuellar mantiene la audiencia pública con jurado vigente, pero incluyendo en su constitución al juez de la causa. La simple institución es en sí tema de muchas controversias desde su fundación. La forma como la contempla el Código de 1.971 ha sido objeto de fuertes críticas de quienes siguen las orientaciones de que constituye un espectro jurídico, una traba para la administración de justicia. Ahora con la participación del juez de la causa como miembro del jurado resulta aún más contradictoria.

1. INFORMACION HISTORICA.

La institución jurado de conciencia se presentó en pueblos de la Antigua Grecia y Roma, en donde los reyes impartían la justicia a través de sus delegados. En la Roma antigua se constituyeron Asambleas Populares como tribunales de justicia, inicialmente integradas por delegaciones formadas por cien hombres llamadas Centurias. Más tarde se reemplazó por el Jurado, constituido por el Senado (ancianos) y tribunos del pueblo que eran personas sobresalientes con más de 30 años de edad, en un número de 32 a 75 miembros.

En el año 510 antes de nuestra era, se estableció la República Romana y luego de una larga lucha entre patricios y plebeyos que terminó admitiendo a la plebe en todas las magistraturas, se instituyeron los Comicios para decidir sobre los decretos de pena de muerte.

En la antigua Grecia las acusaciones sobre pena de muerte se decidían por una Asamblea del Pueblo que se reunía en la plaza pública presidida por el rey o su delegado.

En Inglaterra la institución de jurado se conoció en dos formas: un jurado de acusación, que decidía sobre la identificación del imputado y del hecho punible, y el jurado de calificación que establecía la responsabilidad penal del imputado.

De Inglaterra la tomó Francia donde antes de la Revolución conocieron publicaciones inglesas sobre jurado. La Asamblea Constituyente, célebre en la historia de la democracia universal, instituyó el jurado de conciencia en 1.791, considerada como una institución que representaba el anhelo popular^{de} garantizar la administración de justicia bajo principios humanitarios. La influencia que ejerció la revolución francesa en los países americanos ansiosas de libertad, facilitó conocer sus postulados y su institución jurado de conciencia.

2. EL JURADO DE CONCIENCIA EN COLOMBIA.

En 1851, por disposición del gobierno del General José

Hilario López, se estableció en Colombia el jurado de conciencia para decidir sobre los delitos considerados en la época como atroces. Posteriormente, mediante la Ley 57 de 1.887 se aumentó la competencia de los jueces superiores y se amplió a otros casos la aplicación del sistema de jurado en el juzgamiento.

El Código de Procedimiento Penal vigente indica taxativamente en su artículo 34 que los procesos penales de competencia de los jueces superiores que se realizan con intervención de jurado de conciencia son: a) los delitos - contra la existencia y seguridad del Estado, descritos en los capítulos I, II, y III del Título I del Libro Segundo del Código Penal; b) Los delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado descritos en el Título II, capítulos I, II y III, y, c) el delito de Homicidio, capítulo I del Título XV del Código Penal.

El Anteproyecto de 1977 suprimía las audiencias con intervención de jurado(32).

3.- CRITERIOS SOBRE LA INSTITUCION JURADO DE CONCIENCIA.

El tratadista Benjamín Iragorri Diez, en su obra consultada "Instituciones de Derecho Procesal Penal", cita algunos criterios a favor y en contra de juristas como el italiano Enrico Ferri, el brasileño Nelson Hungria y del

32. Las razones que adujo la Comisión Redactara del Anteproyecto de 1977 para suprimir el jurado de conciencia están transcritas en el cap. II, # 4, primera parte de este trabajo.

insigne "maestro de Pisa" Francisco Carrara; además, él también expone su criterio. Por considerar de suma importancia tales anotaciones, me permito resumir lo que ellos, en cita de Irigorri, expresaron sobre la Institución Jurado de Conciencia.

El positivista ENRICO FERRI impugna esta Institución. Sostiene en su contra que no se puede confiar en personas impreparadas jurídicamente la decisión sobre la justicia penal.

Acudiendo a la antigua sentencia "senatores bone viri, senatus autem mala bestia" (senadores -los- son hombres de bien, pero el senado es una bestia maligna), Ferri dice que los miembros del jurado individualmente pueden ser personas de bien, inteligentes, pero que en el dominio sociológico la reunión de los individuos no dá, jamás, como parece ocurrir, un total igual al valor propio de cada uno de ellos. Dice, además, que en el jurado predomina el sentimiento sobre la razón, lo que se pone en evidencia con ocasión de los debates políticos.

NELSON HUNGRIA, profesor brasileño, en una interesante conferencia que dictó en la Universidad Externado de Colombia en octubre de 1.962, criticó fuertemente esta institución que se inspiró hace diez siglos en el principio *Iudicium parium suorum* : Todo individuo debe ser juzgado por sus iguales, pues sólo ellos podrán comprender sus

motivos y reacciones. Dice que si se pusiera en práctica ese principio lógicamente las hormigas no podrían ser juzgadas por cigarras sino por hormigas ni los cuervos por cóndores sino por cuervos. Entonces los delincuentes deberían ser juzgados por los propios delincuentes, que son sus iguales, y no precisamente por personas honorables, nobles, que por ende reprochan la conducta delincuencial.

En su descarnado y radical ataque a la institución jurado de conciencia, el respetable profesor Hungría sostiene que Tribunal popular "es una reunión de zapateros concertados para reparar relojes o de relojeros para remontar zapatos". Dice que la justicia penal se ha formado mediante modernos estudios biosicosociológicos del delincuente y del crimen y que el jurado de conciencia significa "la charlatanería oficializada en el campo de la justicia, a manera de piedra en lugar de la simbólica balanza".

Hungría sostiene considera que el jurado de conciencia, que es una institución democrática, facilita la impunidad, que es un estímulo para el fomento de la delincuencia, lo que llamó Criminofilia. Afirma que la democracia protege los derechos del hombre y no sus crímenes.

Finalmente dice que el jurado de conciencia pudo tener su significado eminentemente democrático en la Revolución Francesa, cuando ante el régimen despótico de los reyes los jueces no eran más que criados serviles de los mandatarios, pero que en la actualidad, bajo un gobierno

democrático los jueces gozan de mayor autonomía con relación al ejecutivo y por consiguiente no se justifica la intervención del jurado. Si el pueblo interviene directamente en la justicia penal a través del jurado, debería entonces, con igual celo, intervenir directamente en la expedición y aprobación de las leyes y demás actos administrativos del Estado.

"Una de las garantías de una buena justicia - señala Hungría - es la motivación de los pronunciamientos judiciales. Sólo la justicia de los tiranos y los déspotas no se cuida de justificarse a sí misma. Y el jurado de conciencia, que pretende ser una institución democrática, no está obligado a motivar las decisiones."

FRANCISCO CARRARA, jurista italiano, por su parte considera que mientras a esta institución tan antigua y que siempre ha funcionado en los regímenes libres no se le demuestre su inutilidad para bien de la justicia, debería seguir reinando y prosperando.

BENJAMIN IRAGORRI DIEZ considera que juzgar una conducta punible es hoy un problema de ciencia, técnica y humanismo. El mencionado tratadista defiende la institución pero recomienda modificar su composición. Para tal efecto propone que esté integrado por personas que además de nobles sean o tengan conocimientos de sociología, sicología, abogacía, pedagogía, etc., con alto sentido de representar a la sociedad en la tarea más difícil dada a los hombres.

IRAGORRI critica el artículo 530 del Código de Procedimien-

to Penal Colombiano que trata sobre los requisitos para ser jurado. El tratadista considera que las cualidades allí exigidas no son una garantía para la recta administración de justicia.(33)

4.- LA INSTITUCION JURADO DE CONCIENCIA Y LA PONENCIA DE 1980.

En el Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Penal, el comisionado Jaime Bernal Cuellar, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución Nacional que en su inciso segundo dice: "La ley podrá instituir jurados por causas criminales"(34), conserva en su trabajo el jurado de conciencia, pero introduciéndole importantes innovaciones. Dentro de tales, la más grave, sin duda alguna es la que hace relación a la composición del jurado. En su artículo 463 establece que el jurado se compondrá de tres miembros: dos jueces de hecho y el juez de la causa.

Antes de analizar este aspecto, enterémonos de lo que el autor dice en sus "explicaciones previas" de la ponencia sobre las innovaciones en el juicio con jurado y las razones que tuvo para incluir en su composición al juez de la causa.

"Por mandato de la ley de facultades, se conserva en el -

33. Benjamín Iragorri Diez, Instituciones de Derecho Procesal Penal. Edit. Temis, Bogotá 1974, págs. 253, 254 y 259.

34. Eduardo Roso Acuña, *ibid.*, pág. 130.

proyecto la institución de jurado de conciencia, pero en forma distinta a como aparece actualmente regulada y con innovaciones importantes.

"En primer lugar, se da una reglamentación más sintética a la actual, eliminando normas que carecen de sentido o que sólo constituyen repetición innecesaria y casuística de los poderes que tiene el juez como director de estos actos procesales; en segundo lugar, se sanciona drásticamente con arresto inmutable al componente del jurado - que injustificadamente debe concurrir a la audiencia; en tercer lugar, el jurado no será solamente de jueces - de hecho, sino que a él se sumará el juez de la causa, - quien hasta ese momento no ha realizado prejulgamiento de ninguna naturaleza, eliminando de esta manera un buen número de veredictos contraevidentes y casi la totalidad de los veredictos contradictorios e inexistentes, en virtud de la orientación que van a tener por parte de quien desempeña la rectoría del juicio; en cuarto lugar, y como consecuencia de lo anterior, la formulación de cuestionarios la hará el fiscal acusador una vez termine el debate público y de conformidad con lo que en él se haya discutido y planteado."(35).

No obstante los respatables criterios que tuvo el Dr. - Bernal Cuellar para incluir al juez en la composición

35. Jaime Bernal Cuellar, ob. cit., pág. 16.

del jurado de conciencia, considero un grave desacierto. Evidentemente se evitarán muchos veredictos contraevidentes y contradictorios propios de una institución que no se le puede exigir más, pues está compuesta de personas ajenas a las disciplinas jurídicas y que como afirma el ponente, entorpecen el proceso; pero, por otro lado, se atenta contra la verdadera naturaleza de la institución, contra de su razón de ser, y el resultado del veredicto más que contradictorio o contraevidente puede ser antipopular, antidemocrático.

Con la presencia del juez de la causa en el jurado los dos miembros restantes, que tendrán las mismas calidades que trae o exige el artículo 530 del Código, recibirán la influencia del juez, por obvias razones, y el veredicto que profieran será, en los más de los casos, lo que disponga el juez como director del jurado.

Ahora bien, aunque el juez de la causa, como lo anota insosteniblemente el ponente, hasta ese momento no haya prejuzgado, sin embargo ya tuvo la oportunidad de haber estudiado el expediente con el pliego de cargo o la resolución de acusación que le presentó el fiscal acusador y asistió y dirigió la audiencia y, en consecuencia tiene suficientes elementos de juicio para formarse su particular criterio. Igual cosa no ocurre con los dos jueces de hecho quienes a partir de ese momento es cuando vienen a enterarse del proceso, pues no tuvieron como el juez la oportunidad de conocer con an-

telación los cargos de la acusación ni las diligencias realizadas por el fiscal instructor y por la policía judicial en las etapas preliminar y de investigación formal y que se hayan consignadas en el expediente,

Ante la alternativa planteada por el Anteproyecto de Reforma de 1977 y el Proyecto de 1.980 de suprimir la Institución de nuestro actual procedimiento penal o la de conservarla, comparto el criterio de quienes sostienen que el problema radica en la forma como esté compuesto el jurado. Realmente los requisitos que actualmente se exigen y los que trae la Ponencia, que son los mismos, no son los indicados para escoger a las personas para que decidan sobre asuntos tan delicados y trascendentales para la sociedad como es la misión de juzgar a uno de sus coasociados. Pero tampoco la solución está en la inclusión del juez devla causa como moderador y miembro activo del jurado, por muy noble y recto que éste sea.

CAPITULO VIII

EL PROCESO SOLO SE INICIARA CON IMPUTADO CONOCIDO

Este puede ser otro aspecto positivo del Proyecto. Actualmente el proceso se inicia con el auto cabeza de proceso dictado por el juez de instrucción de acuerdo a lo establecido en los artículos 318 y 319 del Código de Procedimiento Penal, sin tener en cuenta si se ha iden-

tificado o no al sindicado, pues esta es una de las diligencias que se adelantarán en el sumario. Estos procesos en los que no se conoce al sindicado o sindicados son comúnmente llamados "procesos contra sindicados en averiguación" que generalmente quedan en impunidad.

El Proyecto de 1980, atendiendo a lo anterior establece que el proceso sólo se iniciará cuando exista un imputado plenamente identificado, y para ello establece la etapa preliminar o de averiguaciones, que finaliza precisamente cuando se logre la identidad del sindicado, que en el Proyecto se llamará imputado en la etapa instructiva y procesado, en el juicio. En esta caso se pasará a la etapa de investigación formal mediante un auto proferido por el fiscal instructor a través del cual avoca la investigación formal.

El autor de la Ponencia en sus explicaciones previas sustenta la anterior innovación argumentando que para ejercer la acción penal y que se entrase la relación jurídica es preciso que exista un sujeto pasivo conocido, que es el imputado, y que si no se conoce no puede llamarse proceso a las diligencias preliminares que buscan establecer la identidad del imputado o imputados.

De esta manera desaparecerá el auto cabeza de proceso como el auto por medio del cual se abre el sumario o la etapa instructiva del proceso penal.

CAPITULO IX

LA ETAPA PRELIMINAR DEL PROCESO

La etapa preliminar constituye la primera de las tres etapas en que se divide el proceso de acuerdo al Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Penal de 1980. Además, constituye la primera fase de la instrucción que se divide en Preliminar y de Investigación Formal.

Corresponde a la Policía Judicial adelantar las primeras diligencias investigativas bajo la dirección del fiscal de instrucción correspondiente, quien también podrá adelantarlas directamente.

Esta etapa se inicia con la denuncia o por conocimiento directo del funcionario instructor, y termina una vez se haya identificado al sindicado o imputado.

El término para las averiguaciones preliminares será - hasta por un año, vencido el cual se archivará provisionalmente el expediente. Posteriormente, si no se presentaren pruebas que permitan la identificación del autor o autores, se procederá al archivo definitivo, si la acción penal respectiva prescribió.

Durante esta etapa se desarrollarán todas las diligencias tendientes a recoger y a asegurar pruebas y a obtener la identificación del imputado o imputados. Para ello se le

asignarán amplias y especiales atribuciones a la Policía Judicial que van desde la recepción de la denuncia hasta la captura obligatorio o facultativa.

La etapa Preliminar es absolutamente reservada. Sólo podrán conocer de ella el Ministerio Público, la Policía Judicial y el defensor del imputado, si hubiere persona capturada, quienes están obligados a guardar la reserva.

Las diligencias realizadas durante esta etapa son las que realizará la policía judicial conforme a las atribuciones conferidas y de las que ya hicimos mención.

Considero que la etapa Preliminar que trae la Ponencia del Dr. Bernal Cuellar es una modificación de la institución de Indagación Preliminar incorporada al Código de Procedimiento Penal vigente con el número 320bis por la Ley 17 de 1.975, que dice: Art. 320 bis.- Indagación Preliminar. Para decidir si se dicta auto cabeza de proceso o auto inhibitorio, en caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la investigación, el funcionario instructor podrá ordenar que se practiquen, dentro del término de diez días, las diligencias que considere indispensables para dicho fin."(36).

La anterior apreciación la hago con base a que la etapa

36. Jorge Ortega T. ob. cit., pág. 502.

Preliminar, como su nombre lo indica, se realiza antes de la investigación formal y tiene como objeto el esclarecimiento de los hechos y la identificación del imputado. De tal manera que si esto no sucede el fiscal instructor no iniciará el proceso y archivará el expediente, como lo veremos en el capítulo siguiente, en la etapa de investigación formal.

CAPITULO X

LA ETAPA DE INVESTIGACION FORMAL

Es la segunda etapa del proceso y la segunda fase de la instrucción. Está a cargo de los fiscales de instrucción y de acusación. Con esta etapa se inicia propiamente el proceso.

Una vez terminada la etapa preliminar con la identificación del imputado, el funcionario instructor mediante un auto avoca la investigación. Este auto por medio del cual se avoca la investigación sustituye el auto cabeza de proceso y tiene el mismo objetivo.

La etapa de investigar formal debe desarrollarse en un término de quince días. Sin embargo, el término será hasta de treinta días cuando no exista imputado privado de la libertad y sean dos o más los imputados. Esta etapa termina una vez ejecutoriada la resolución del fiscal de a-

cusación, que puede ser: acusando, no acusando o devolviendo lo actuado para nueva instrucción. Si hay acusación se pasa a la tercera y última etapa, el juicio.

Durante la etapa de investigación formal se realizan los siguientes actos procesales:

1.- Se ordenarán y se practicarán las pruebas tendientes a esclarecer la verdad sobre los hechos que se investigan.

2.- Se le recibirá la versión juramentada al imputado si así lo quisiere o, en caso contrario, se hará constar en un acta su abstención.

3.- Se practicará la captura del imputado para efectos de que rinda la versión juramentada. Si no fuere posible se le declarará reo ausente. De esta manera se le vinculará al proceso.

4.- Se practicará auto de retención contra el imputado por el término de quince días, tiempo que dura la instrucción. La retención puede ser facultativa u obligatoria.

La retención facultativa es aquella dictada por el juez cuando considere que es necesario hacerla para la investigación o por la gravedad del delito o atendiendo a la personalidad del imputado.

Es obligatoria, y el juez deberá decretarla, cuando el delito investigado tenga pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de diez años y exista prueba sobre la responsabilidad del imputado. Sin embargo, la retención para la instrucción no podrá excederse de los quince días, en caso contrario será procedente el recurso de habeas corpus.

Contra el auto de retención sólo cabe el recurso de reposición. Al respecto el autor de la Ponencia sostiene:
" Creemos que esto no constituye una negación al principio de las dos instancias, pues en la medida en que su efecto sea breve y perfectamente determinado el tiempo, no lesiona ningún principio procesal, porque la doble instancia debe estudiarse con relación a todo el proceso y no en forma individual para cada una de las decisiones que se hayan proferidos

" Su efecto sólo se reducirá a la duración concreta de esta etapa y, en caso que se prolongue más de los términos breves y precisos señalados, opera en favor del procesado retenido el derecho de habeas corpus, evitando de esta manera no sólo una privación de la libertad indefinida, sino también el cumplimiento de términos precisos para la investigación, pues el respeto a los términos y al efecto definido de las providencias constituyen garantías preciosas para el procesado"(37).

Una vez terminada el término de la investigación el fiscal de instrucción traslada lo actuado al fiscal de acusación quien pondrá el expediente a disposición de las partes por tres días vencido el cual procederá, en un término no mayor de diez días, a dictar la resolución respectiva.

El fiscal de acusación, una vez terminado el estudio del

38. Bernal Cuellar, ob. cit., págs. 10 y 11.

expediente, dictará resolución acusatoria cuando en la investigación se haya comprobado la existencia del hecho punible y exista prueba de que el procesado es responsable como autor o partícipe del hecho imputado.

La resolución de acusación sustituye el auto de proceder del código vigente y será redactada en la misma forma que éste, conteniendo una parte motiva y otra resolutive.

Sin embargo, y esto es grave, contra la resolución de acusación sólo procederá el recurso de reposición, a diferencia del auto de proceder contra el cual caben todos los recursos ordinarios.

El fiscal de acusación se abstendrá de proferir la resolución de acusación y ordenará el archivo del expediente cuando en la investigación formal se presente uno cualquiera de los siguientes casos: a) que se compruebe plenamente que el hecho imputado no ha existido, b) que el procesado no lo ha cometido, c) que la ley no lo considere hecho punible, d) que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse o, e) que esté demostrado que concurra una excluyente de antijuridicidad o de inculpabilidad.

En este caso el fiscal de acusación archivará el expediente y ordenará la libertad inmediata del procesado.

La resolución de no acusación y archivo del proceso corresponde exactamente a lo dispuesto en los artículos 491 y 492 del Código de Procedimiento Penal relacionados

con el sobreseimiento definitivo.

Contra esta resolución favorable al procesado caben todos los recursos ordinarios, según lo indica el artículo 443 de la Ponencia, mientras que cuando es desfavorable al procesado sólo cabe el recurso de reposición, anotándose éste como un aspecto negativo.

Por último, el fiscal de acusación devolverá el expediente al fiscal de instrucción para la ampliación de las diligencias instructivas cuando no haya mérito para dictar la resolución acusatoria o la no acusatoria por falta de prácticas de algunas diligencias necesarias.

El término de ampliación de la investigación será de treinta días y si el procesado estuviere retenido se pondrá en libertad condicional. Una vez vencido el término de ampliación de la investigación el fiscal de acusación proferirá nueva resolución donde decidirá únicamente sobre la acusación o no acusación y archivo definitivo del proceso.

CAPITULO XI

LA ETAPA DE JUZGAMIENTO O DEL JUICIO

Constituye la tercera y última etapa del proceso de acuerdo al Proyecto de Reforma. Corresponde al juez del conocimiento. Es la única parte en donde interviene el juez. Las dos primeras, la preliminar y la de investigación formal, están a cargo de la Fiscalía General de la Nación a tra-

vés de sus delegados: los fiscales de acusación, de instrucción y la policía Judicial bajo su dirección.

Con la ejecutoria del auto de proceder se inicia el juicio, de acuerdo al Código vigente. En el proyecto de reforma el juicio se iniciará una vez ejecutoriada la resolución de acusación proferida por el fiscal de acusación y termina con la sentencia emitida por el juez.

El juez competente recibirá el expediente del fiscal de acusación y en un término de tres días revisará lo actuado y mediante una providencia interlocutoria denominada auto de iniciación judicial, decidirá sobre los siguientes puntos:

a) Si los actos realizados por los funcionarios de instrucción y acusación son legales, si no hay vicios de nulidad en su procedimiento; b) declarará la libertad bajo custodia del procesado o su detención; c) si en última oportunidad se admite o rechaza la constitución de parte civil y, d) sobre las medidas preventivas que se hayan solicitado respecto de los bienes del procesado.

Si de la revisión que haga el juez se observe que existe alguna nulidad en las diligencias de investigación, devolverá lo actuado hasta donde se incurrió en la irregularidad, en caso contrario, si no existe ninguna nulidad, pondrá a disposición de las partes el expediente por tres días, para que soliciten pruebas. Posteriormente el juez decretará y practicará en audiencia pública todas

aquellas pruebas que de oficio o a petición de parte sean conducentes.

Hasta aquí se presenta una innovación que merece comentarse. Es lo relacionado con la práctica de pruebas.

El Código de Procedimiento Penal vigente establece en su artículo 500 un período de pruebas de quince días, y de manera excepcional, en su artículo 502, permite que en audiencia pública se practiquen aquellas pruebas que no pudieron practicarse en el período anterior.

El Proyecto de reforma de 1.980 dispone que las pruebas serán practicadas en audiencia pública y aquellas que - por su naturaleza no puedan practicarse allí en la audiencia se practicarán en su lugar respectivo en un término de quince días.

Quiere decir lo anterior que en la misma audiencia pública las partes podrán hacerse y refutarse cargos, con pleno desarrollo del principio procesal de la contradicción, que es una consecuencia de la garantía constitucional consagrada en el derecho de defensa.

El Proyecto de reforma contempla dos clases de audiencias: la audiencia pública sin jurado y la audiencia pública con jurado.

La audiencia pública sin jurado se celebrará dentro de los diez días siguientes de haberse decretado las pruebas. A la audiencia asistirán el fiscal de acusación, el

procesado y su defensor y los apoderados de la parte civil y será dirigida por el juez. Es importante enfatizar que la presencia del Agente del Ministerio Público será indispensable.

Una vez hayan intervenido las partes en la audiencia , (39) el juez podrá dictar la sentencia en la misma audiencia para lo cual, si lo considera necesario, decretará un receso hasta por seis horas hábiles para prepararla. Cuando esto suceda, la sentencia se notificará por estrados. Si no le es posible al juez dictar la sentencia en la misma audiencia, podrá hacerlo durante los diez días subsiguientes a la celebración de audiencia.

La audiencia con intervención de jurado se celebrará en un término no mayor de quince días, después de la notificación de todos los jurados.

El jurado estará integrado por el juez de la causa y por dos jueces de hecho. La manera como se formarán las listas de jurados, los sorteos, las condiciones requeridas para jurado, etc., es, en términos generales, la misma que contempla los artículos 321 y subsiguientes del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, hay que resaltar en el proyecto que la sanción por inasistencia injustificada se agrava hasta de treinta días de arresto incommutable.

La formulación del cuestionario no estará a cargo del

39. Las partes en la audiencia intervendrán en el mismo

juez de juzgamiento sino del fiscal de acusación y se formulará de igual manera como actualmente se realiza y que contempla los artículos 533 y 537 del Código. El artículo 493 del Proyecto dice: "El cuestionario - que el fiscal someterá al jurado se formulará así: El a cusado N.N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforma a la resolución de acusación y al debates público determinando las circunstancias que los constituyan, sin darles denominación jurídica"(40). El artículo 537 establece la formulación separadas de cuestionarios - cuando sean varios los delitos o varios los procesados; de igual manera lo contempla el artículo 494 de la Po nencia.

Una vez delibere el jurado el juez dictará la sentencia de conformidad con el veredicto.

En un orden que no nos parece lógico el Proyecto de Reforma registra el trámite de segunda instancia y los recursos extraordinarios en los capítulos IX, X y XI del título IV del Libro primero del Código, y el trámite de la primera instancia lo contempla posteriormente en el título I del libro III, contrariando inexplicablemente el orden que al respecto trae el Código vigente. Esto - ha dado motivos para que más de un lector que haya con-

40. Bernal Cuellar, ob. cit., pág. 208.

sultado desprevénidamente la Ponencia considere que en el Proyecto de reforma del jurista Bernal Cuellar no hay trámite de segunda instancia, porque donde debería estar no se localiza.

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES FINALES



CAPITULO UNICO

CONCLUSIONES FINALES SOBRE EL PROYECTO

PRIMERA.- El Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Penal Colombiano es una consecuencia obligada de la Reforma a la Administración de Justicia contenida en el Acto Legislativo # 1 de diciembre 4 de 1.979, por medio del cual se reformó la Constitución Nacional. En consecuencia, el cambio al sistema acusatorio, la institución del Fiscal General de la Nación, de sus delegados, los fiscales de instrucción y de acusación, y la Policía Judicial, no son innovaciones caprichosas del ponente, sino desarrollo de un mandamiento constitucional, que subordina cualquier otro intento de reforma que se presente en torno al Código de Procedimiento Penal.

SEGUNDA.- LA manera como la Reforma Constitucional de 1.979 ordena la formación de la Fiscalía General de la Nación, que estará representada por el Fiscal General escogido por la Corte Suprema de Justicia de lista de no menos de cinco candidatos pertenecientes a distintos partidos políticos, enviada por el Presidente de la República, es una manera flagrante

.de politización de la justicia.

TERCERA.- El otorgamiento del ejercicio de la acción penal al Fiscal General de la Nación, por disposición del artículo 42 de la Reforma Constitucional, desarrollada por la Ponencia en su artículo 12, es una grave reducción de las atribuciones del juez y un duro golpe para la Justicia ordinaria, ya debilitada por la intromisión ilegal de la Justicia Penal Militar en los juzgamientos civiles.

CUARTA.- Las amplias atribuciones proyectadas para la Policía Judicial, que tendrá a su cargo la etapa Preliminar del proceso, constituye un atentado contra las garantías y derechos ciudadanos si se tiene en cuenta la falta de idoneidad moral y material del cuerpo policivo colombiano. Sería otra arma peligrosa que irresponsablemente se coloca en manos de una institución tristemente célebre a nivel nacional por impreparada, abusiva, chantajista, extorsionista, subproducto de la mafia y causante directa, en parte, de la alarmante impunidad.

Una respetable policía judicial que cumpla a cabalidad sus funciones en bien de una jus-

ticia verdadera no puede erigirse de en me -
dio de una podredumbre moral genral, donde -
la mafia política y económica dirige con sus
temibles y múltiples tentáculos la mayoría de
las entidades oficiales y privadas de la na-
ción.

QUINTA.- La Fiscalía General de la Nación, además de-
la acción penal, ejercerá las funciones del
Ministerio Público en el proceso penal, jun-
to con el Procurador General de la Nación, -
de acuerdo al artículo 38 del Acto Legisla -
tivo # 1 de 1979. De esta manera la Fiscalía
intervendrá doblemente en la administración
de Justicia, lo cual podría significar un des-
equilibrio entre las dos partes intervinientes
en el proceso, en detrimento del procesado.

SEXTA.- La institución de la versión juramentada que -
sustituiría la indagatoria, antes de ser un -
medio de defensa del procesado constituye un
atentado contra el derecho de defensa, consa-
grado constitucionalmente como una garantía
procesal. El sólo requerimiento al procesado
de que rinda o se abstenga de rendir la ver-
sión juramentada es de por sí una forma de -
coacción moral.

SEPTIMA.- La Institución de Jurado de Conciencia para
la audiencia pública con las modificaciones

planteadas por el Proyecto prácticamente la hacen desaparecer como aquella institución de corte democrático, pues el veredicto del jurado será dirigido por el juez de la causa y no por la conciencia de los jueces de hecho. ✓

Evidentemente que la preocupación del Ponente ha sido la de mejorar o la de tratar de hacer más eficaz esta institución. Sin embargo el resultado fue otro, porque si es preciso conservarla modificando su composición actual, el problema no se resuelve incluyendo al juez de la causa, pues su sola presenciavicia el veredicto. Se puede resolver exigiendo mayores cualidades al jurado. Los jurados, además de sus calidades humanísticas personales, deben ser abogados, sicólogos, trabajadores sociales, etc. Este punto, que hace relación a los requisitos mínimos para ser jurado, desafortunadamente no fue modificado en le Proyecto.

OCTAVA.- El Proyecto de Reforma, en resumen, introduce importantes y radicales modificaciones a la estructura actual del proceso penal colombiano. Todas ellas, por su trascendencias, son dignas de un concienzudo y reposado estudio.

Desafortunadamente en Colombia, que actualmente vive un episodio más más de la avergonzante - Patria Boba que registra la historia en los

albores de la República, estas decisiones que deben tramitarse con toda la responsabilidad que la expedición de un código penal entraña, el Congreso Nacional, máximo legislador, le pasa su responsabilidad al Ejecutivo, que confunde la democracia con la dictadura fascista.

Así las cosas, un Proyecto que requiere - de un verdadero estudio previo y de amplios debates a nivel nacional, es "estudiado" por una comisión que, como lo afirmó el propio Dr. Bernal Cuellar en el Seminario de Actualización Jurídica, no es capaz siquiera de realizar un trabajo conjunto. Por otro lado, ante el apremio de desarrollar las disposiciones indicadas en la Reforma de la Justicia de 1.979, es posible que el Proyecto se apruebe, de lo contrario las normas constitucionales de la Reforma quedarán suspendidas indefinidamente.



B I B L I O G R A F I A

- 1.- Reforma de la Administración de Justicia, Ediciones Lex, Bogotá, 1980.
- 2.- EDUARDO ROZO ACUÑA, Constitución Política de Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1980.
- 3.- JORGE ORTEGA TORRES, Constitución Política de Colombia, Editorial Temis, Bogotá, 1974.
- 4.- JORGE ORTEGA TORRES, Código Penal y de Procedimiento Penal Colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1976.
- 5.- JAIME AZULA CAMACHO, Manual de Derecho Procesal. Teoría del Proceso, Ediciones Derecho y Ley Ltda., Bogotá, 1975.
- 6.- GUSTAVO RENDON GAVIRIA, Curso de Procedimiento Penal Colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1973.
- 7.- BENJAMIN IRAGORRI DIEZ, Instituciones de Derecho Procesal Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1974.
- 8.- ANTONIO VICENTE ARENAS, Procedimiento Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1979.
- 9.- JOSE FELIX CASTRO, Estatuto de la Seguridad, Editorial Publicitaria, Bogotá, 1980
- 10.- ANTEPROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, publicación del Ministerio de Justicia, Fondo Rotatorio, Bogotá, 1977.
- 11.- JAIME BERNAL CUELLAR, Código de Procedimiento Penal. Ponencia. Librería El Foro de la Justicia, Bogotá, 1980.

12.- GUILLERMO DIAZ SANMIGUEL, Proyecto de Código Penal Colombiano, 1978, Publicaciones Fundación Justicia y Desarrollo, Bogotá, 1979.

13.- JORGE ORTEGA TORRES, Código Penal. Decreto 100/80. Editorial Temis, Bogotá, 1980.

BIBLIOTECA
BOGOTÁ
COLOMBIA

Dedicatoria.....
Agradecimientos.....
Preámbulo
Introducción

PRIMERA PARTE

INFORMACION PRELIMINAR

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
COLOMBIANO.....
La Legislación española.....
El Código Judicial de 1931.....
El Código Procesal Penal de 1938.....
El Código de Procedimiento Penal de 1971.....

CAPITULO II

PROYECTOS DE REFORMA DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PE-
NAL DE 1971.....
El Anteproyecto de 1977.....
Paralelo jurídico con la Ponencia de 1980.....

SEGUNDA PARTE

ASPECTOS CRITICOS GENERALES DEL PROYECTO DE 1980.

CAPITULO I

El cambio de sistema; del inquisitivo al acusatorio.
El Derecho Canónico y el sistema inquisitivo.....
La Revolución Francesa
El sistema acusatorio.....

LAS ETAPAS PROCESALES EN LA PONENCIA DE 1980

CAPITULO IV

LA INSTITUCION DE LA VERSION JURAMENTADA.....

CAPITULO V

EL ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DEL HECHO -
PUNIBLE.....

CAPITULO VI

LAS FACULTADES DE LA POLICIA JUDICIAL.....

CAPITULO VII

LA INSTITUCION JURADO DE CONCIENCIA.....
Información histórica
El Jurado de Conciencia en Colombia
La Institución Jurado y la Ponencia de 1980.....
Criterios sobre la Institución Jurado

CAPITULO VIII

EL PROCESO SOLO SE INICIA CON IMPUTADO CONOCIDO....

CAPITULO IX

LA ETAPA PRELIMINAR DEL PROCESO.....

CAPITULO X

LA ETAPA DE INVESTIGACION FORMAL.....

CAPITULO XI

LA ETAPA DE JUZGAMIENTO O DEL JUICIO.....

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES FINALES

BIBLIOGRAFIA.....

INDICE GENERAL.....