

# La reforma del sistema penal<sup>1</sup>

---

**Francisco José Sintura Varela<sup>2</sup>**

## **1. REFLEXIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LO QUE DEBE SER UNA REFORMA INTEGRAL DEL SISTEMA PENAL**

**L**o primero que debemos señalar es que, como mal común en los sistemas judiciales penales latinoamericanos, la producción de las normas ocurre por razones de coyuntura y no por la ejecución de una política pública en materia anticriminal. Éste es el punto de partida de todos nuestros males: la ausencia de una política al respecto.

Sin perjuicio de señalar la importancia del punto anterior, siguiendo las reflexiones de Binder, las reformas actuales de los sistemas penales en América buscan satisfacer dos especies de demandas: de seguridad jurídica y de organización judicial.

En cuanto lo primero, se busca que los conflictos que se pretenden solucionar o redirigir a través del sistema penal, lo sean sin abusos de poder.

En cuanto lo segundo, la demanda de organización judicial, tiene que ver con la crisis de eficiencia que hoy padece la justicia, la crisis en el sistema de garantías y el aislamiento del sistema judicial.

---

<sup>1</sup> Estudio presentado en el seminario de la justicia penal militar adelantado en el Hotel Tequendama de Bogotá, los días 18 y 19 de abril de 2001 y para el conversatorio con los abogados rosaristas en el Colegio de Abogados, del 30 de julio del mismo año.

<sup>2</sup> Ex vicefiscal general de la nación, conijuez del Consejo Superior de la Judicatura, abogado consultor y profesor de las universidades del Rosario y Sergio Arboleda.

### **La crisis de eficiencia**

Por lo que hace a la crisis de eficiencia, ella deriva entre otras, de las siguientes necesidades:

a) La de construir un nuevo sistema de investigación y de juzgamiento en el que todos los recursos del Estado y la sociedad para producir pruebas, tengan un *nivel de coordinación adecuado y suficiente, que conduzca a un aumento en la productividad de la administración de justicia*.

b) La de redimensionar las relaciones entre administración de justicia y la fuerza pública, los organismos de supervisión y control, el ministerio público y los medios de comunicación.

c) La de reducir el grado de exacerbación de los instrumentos de inteligencia, sospecha y conjetura en los procesos penales, para que ellos se construyan con base en pruebas reales.

d) La de revisar la utilización de mecanismos de emergencia y coyuntura para la producción de las normas penales, como ocurre con la expedición de las leyes 679, 684 y 685 de 2001, por medio de las cuales se adicionan los delitos contra la libertad sexual, se otorgan facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares y se crean nuevos delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, respectivamente, promulgadas apenas unos días después de que se han expedido los códigos penal y de procedimiento penal.

e) La de dar soluciones a la sobrecarga laboral derivada de la formalización de las investigaciones, la pobre infraestructura de los despachos judiciales y la ausencia de recursos tecnológicos. Pero además, de implementar mecanismos como el principio de oportunidad, otorgar un papel más protagónico en el proceso para las víctimas y un estricto control de la duración del proceso y sus etapas.

f) Finalmente, la de realizar un ajuste necesario al sistema de penas y de rebajas contenido en la ley actual, en orden a eliminar la cantidad de beneficios que el procedimiento actual contiene y que han conducido a la imposición de penas irrisorias en procesos de significativa importancia.

Si bien las últimas estadísticas de la Fiscalía General de la Nación revelan que la cifra de impunidad puede estar alrededor del 38%, la

percepción ciudadana sobre la eficiencia de la justicia para resolver conflictos penales está muy lejos de esa cifra; y además, recientes estadísticas del Consejo Superior de la Judicatura revelan que los procesos penales en Colombia demoran 3.2 años en promedio, con los altos costos que ello significa.

En consecuencia, además de la urgente necesidad de darle uniformidad a las variables de medición de la eficiencia de la justicia, se hace conveniente construir un sistema que cumpla con el principio constitucional de la pronta y cumplida justicia, en un marco de garantías razonables para el procesado, pero también de protección de los derechos de las víctimas y de defensa de la sociedad, que en la etapa de ejecución de la pena aseguren que éstas se cumplirán y servirán como instrumento de rehabilitación del delincuente.

### *Crisis de garantías*

Nuestro actual sistema procesal, mal común a los sistemas judiciales en América Latina, permite consolidar un esquema de procedimiento que rinde culto al rito, a las formas, a lo adjetivo, en demérito de la eficiencia y la celeridad en la tarea de administrar justicia, lo que muchas veces desnaturaliza el sentido y alcance del proceso penal. Y aquí, pueden revelarse varios problemas:

1. Una cultura de permanente incumplimiento de la ley; delegación de funciones, sustitución de la intervención real de un defensor por la simple firma de un abogado, omisión voluntaria en el cumplimiento de los términos procesales con el pretexto de la carga laboral, exigencia de para-procedimientos no previstos en el estatuto procesal, etc., problemas todos que lo que revelan son las frecuentes concesiones que en violación de la ley, se hacen en la práctica cotidiana, pero que afectan los derechos de la persona humana, de los sujetos procesales y la eficiencia y credibilidad de la justicia.

2. La formalización de la instrucción y del juicio, sin el apego a lo escrito, sin consideración a la aplicación del sistema oral propio de un sistema acusatorio, bajo el entendido de que en este sistema en el que la norma procesal se explica como referencia del juicio oral.

3. La desnaturalización de la Defensoría pública, actor central en los procesos de pobres e instrumento fundamental en el sis-

tema de garantías. Lo mismo puede decirse de la defensoría de oficio.

4. Frecuentes cambios de los funcionarios encargados de la función de instrucción, que dilatan el proceso y vulneran derechos de los procesados.

5. La violación sistemática de principios rectores del código, particularmente de la garantía de la libertad, del principio de igualdad, del restablecimiento del derecho y de la imparcialidad del funcionario judicial.

### ***Aislamiento judicial***

Éste se revela por la dificultad de acceder a la justicia, el maltrato al ciudadano en muchos juzgados, fiscalías y tribunales, y la conducta del profesional del derecho que contribuye a que el particular no sienta como digno y cercano su poder judicial.

En consecuencia, *el problema a resolver* es cómo construir un sistema judicial fuerte que sin ser pugnaz, le permita retomar el sitio que le corresponde en la organización del poder público en el país.

Para ello debemos:

- a. Construir una nueva teoría política global sobre el poder judicial
- b. Generar una mayor capacidad para integrar la justicia a los problemas del gobierno.
- c. Construir un lenguaje político para lo judicial.
- d. Nuevas estrategias de poder para el poder judicial. Dejar la cultura peticionaria y requirente.
- e. Reformar la estructura universitaria y su pedagogía, para dar énfasis a la cultura investigativa.
- f. Adoptar una legislación especial contra el crimen organizado que permita superar las ventajas operacionales de quienes actúan en actividades de narcotráfico, secuestro, extorsión y terrorismo. Particularmente, es conveniente consagrar expresamente, normas que fa-

ciliten la interceptación de operaciones de narcóticos y que conduzcan a la incautación y destrucción de las drogas, por ejemplo mediante la autorización de remesas ilícitas de drogas, para que salgan del territorio o entren a él, con el conocimiento y supervisión de las autoridades (entregas vigiladas mediante operaciones encubiertas), a fin de identificar a todos los intervinientes en el tráfico ilegal.

g. Fortalecer la utilización de la informática jurídica y de gestión y asegurar la inmediación del funcionario judicial con la prueba; superar el sistema anacrónico y dilatorio de notificaciones procesales; introducir instrumentos que eviten el abuso del derecho a litigio y al embargo; de las maquinaciones y dilaciones provocadas que promueven muchos abogados carentes de ética profesional

Para alcanzar los anteriores fines necesitamos superar el actual sistema procesal que ha fracasado, para introducir uno de verdadero corte acusatorio, a partir de una necesaria reforma constitucional.

Si éste es el horizonte, veamos ahora si la reforma permite alcanzar tales propósitos.

## **2. EL ORIGEN DE LA REFORMA**

Lo primero que debe resaltarse es el curioso origen que tiene la reforma, toda vez que la comisión convocada por el gobierno mediante decreto (892 de julio 29 de 1997), no fue reunida por el Fiscal General sino en una oportunidad, para posteriormente elaborar el proyecto únicamente bajo los criterios de esta entidad. Las Facultades de Derecho fueron despojadas de su condición de miembros de la Comisión de Reforma, en el artículo 3097 de diciembre 26 de 1997, para luego buscar a través de mesas de trabajo un mecanismo de legitimación del proceso. También desapareció como miembro de la Comisión el delegado de la Corte Suprema.

Presentados los proyectos de reforma de los códigos Penal, Procesal y Penitenciario el 4 de agosto de 1998, la discusión de los textos en el Congreso de la República fue precaria, y como suele ocurrir con las últimas reformas, son las comisiones de conciliación las que efectúan los acuerdos políticos finales.

En el caso del Código Penal, la iniciativa se trabajó con mayor celeridad, y fue así como luego de los trámites reglamentarios previstos en

la ley 5ª de 1992, pasó su articulado a sanción presidencial. No obstante, el presidente de la república, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 199 de la ley 5ª, el 20 de enero de 2000 formuló cinco objeciones por inconstitucionalidad y cerca de 85 por inconveniencia de algunos artículos de la reforma.

Como se recordará, el fiscal general, en desacuerdo con las objeciones propuestas, manifestó la intención de la Fiscalía de retirar las iniciativas, circunstancia que hizo pensar en que la reforma estaba llamada al fracaso. No obstante, y luego de un acuerdo entre los parlamentarios ponentes, la Fiscalía y el Ministerio de Justicia, se aceptaron todas las objeciones por inconstitucionalidad y algunas por inconveniencia y se llegó a un texto final.

Por su parte, la reforma procesal penal recibió la aprobación de la plenaria de la Cámara el 6 de junio, luego de que se aceptaran algunas propuestas formuladas por el Ministerio de Justicia, para seguidamente hacer tránsito a las comisiones de conciliación, que le introdujeron cerca de 102 modificaciones.

En conclusión, la reforma del sistema penal no es el producto del trabajo de la comisión interinstitucional creada para el efecto, ni del órgano rector de la política criminal, sino del trabajo, ciertamente esforzado y por ello meritorio, de la Fiscalía General de la Nación.

Es conveniente señalar, además, que el articulado de los códigos Penal y de Procedimiento, en manera alguna constituye una «reforma integral del sistema penal colombiano». No fue esa la pretensión de los redactores, sino la de hacer una recodificación y reordenamiento normativos, aprovechado para introducir algunas particulares posiciones frente a la parte general del código, un ajuste en la parte especial y una parcial reformulación de algunos aspectos del C. de P.P., que en todo caso, no pensamos que contribuyan mayormente a simplificar los trámites procesales, ni muchos menos a hacer más ágil el sistema.

Hay que reconocer que en el caso del Código Penal, en la parte especial, lo que hizo la reforma corresponde a las necesidades de actualizar la legislación y ponerla a tono con los avances de la ciencia y la nueva estructura constitucional. No obstante, a los pocos días de vigencia del nuevo estatuto de las penas, ya se ha visto adicionado con

la introducción de nuevos delitos en materia de libertad sexual y de atentados contra los recursos naturales, con las leyes 679 y 685 de 2001.

Frente al de Procedimiento, el debate de fondo sobre las facultades eminentemente jurisdiccionales que hoy posee la Fiscalía, cuando su función es eminentemente requeriente, manteniendo una doble instancia innecesaria, está aún por darse, toda vez que la reforma sigue la línea constitucional señalada por el artículo 252 de la Carta. Sin embargo ya caminan en el Congreso de la República varios proyectos de reforma, uno de los cuales incluye facultades al Ejecutivo para que expida un nuevo código de procedimiento penal, cuando el actual apenas empieza a aplicarse.

Por otra parte, se ha expedido la Ley 684 de 2001, que incorpora facultades de policía judicial para las Fuerzas Militares en casos excepcionales e introduce reglas sobre la captura en flagrancia cuando intervienen miembros de la fuerza pública, disposiciones cuya constitucionalidad ha sido ya discutida.

La reforma consta de 464 artículos para el Código Penal y 532 para el de Procedimiento Penal que entraron a regir el 4 de julio de 2000. El proyecto de reforma del Código Penitenciario no alcanzó a ser tramitado, por lo que debemos esperar sea presentada a una nueva iniciativa en los próximos años.

### **3. BREVES COMENTARIOS SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL**

No podemos dejar de advertir que los comentarios que siguen, no abarcan la integridad de las modificaciones, sino las que consideramos más relevantes, expresadas de modo elemental y a título meramente ilustrativo, para quienes no son necesariamente especialistas en el derecho penal.

En términos globales, las reformas de la parte general y especial del Código Penal, si bien no reflejan con claridad una orientación de política criminal, se nos antojan bien sustentadas, con contadas excepciones, lo mismo que necesarias, en el actual estado de cosas.

No obstante, hay que señalar en honor a la verdad, que venimos acosados por una galopante inflación legislativa en materia crimi-

nal, producto de un discurrir legislativo desapegado de toda validación empírica y orientación político-criminal, ausencia que también se refleja en la reforma.

Sin perjuicio de esta afirmación inicial, examinaremos brevemente las principales modificaciones que introduce el proyecto de reforma del Código Penal:

1. Siendo el C.P. actual una legislación articulada en vigencia de la anterior Constitución, la promulgación de la nueva hacía necesario adecuar la normatividad penal a los lineamientos de la Carta y a las interpretaciones tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema, así como también obligó a la revisión de los tratados y acuerdos internacionales que establecían obligaciones al país de incorporar en su legislación conductas internacionalmente aceptadas como delictivas.

Con base en este criterio, el capítulo de los principios generales se estructura a partir del reconocimiento de la dignidad humana como núcleo esencial de la legislación penal y presupuesto orientador de su aplicación, siguiendo la doctrina de la Corte Constitucional conforme a la cual, más que un derecho en sí mismo, la dignidad humana es "el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplados en la Constitución"<sup>3</sup>.

2. Por otra parte, se ocupa el nuevo código de considerar el llamado bloque de constitucionalidad, conforme al cual las normas relativas a derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales harán parte de la legislación interna y para nuestro caso, la penal.

Aquí también se aplica la doctrina de la Corte Constitucional, según la cual, "En Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo al ordenamiento interno nacional."<sup>4</sup>

Esto se refleja en la incorporación de algunos delitos nuevos en la parte especial, en un capítulo de delitos contra personas y bienes pro-

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-401 de 1992.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995.

tegidos por el derecho internacional humanitario, recogiendo en él, en lo fundamental, los consignados en la Convención de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977. Se destacan, en particular, los de genocidio, homicidios, lesiones y tortura en persona protegida conforme al derecho internacional humanitario, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, actos de terrorismo, actos de barbarie, tratos inhumanos y degradantes, toma de rehenes, actos de discriminación racial, constreñimiento a apoyo bélico, despojo en el campo de batalla, omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, destrucción y apropiación de bienes e instalaciones de carácter sanitario, ataque contra obras e instalaciones, represalias, desplazamientos forzados, *exacción o contribuciones arbitrarias*, y otros (arts. 100 a 162).

Se destaca la tipificación del delito de desaparición forzada, toda vez que en diciembre de 1993 Colombia había votado favorablemente el texto de la Convención Internacional sobre desaparición forzada en la Asamblea General de la OEA.

3. Se aprecia en la reforma un reordenamiento de los bienes jurídicos objeto de tutela, motivo por el cual toda la estructura de la parte especial se modifica para señalar cómo el bien jurídico bajo protección más importante es el de la vida y la integridad personal, seguidos de la libertad individual y la autodeterminación sexual. Igualmente aparecen intereses jurídicos protegidos antes a través de leyes penales especiales, como ocurre con los delitos contra el sistema financiero y contra los derechos de autor.

4. En el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, como quiera que el legislador debe propender por la realización de los fines previstos en el artículo 2º de la Carta, en materia penal, dicha facultad debe ejercerse conforme el nuevo código, con arreglo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que presuponen la ponderación de los bienes jurídicos constitucionales, donde la pena constituye un medio para castigar los delitos más graves, en este caso, los que atentan contra la vida. En tal sentido, la pena máxima prevista es de cuarenta años de prisión, circunstancia que lleva a un reajuste en materia de penas en la parte especial del código, por lo que algunas conductas presentan disminución en los máximos y algunas otras, incremento en los mínimos. De todas formas se producen efectos de favorabilidad por la disminución de los máximos que exigirán por

los jueces de ejecución de penas, particularmente, una intensa actividad de reformulación de las mismas. Igual ocurrirá frente al tema de prescripciones.

Por otra parte, se introducen variaciones en la pena de multa, efecto para el que se establece un sistema de grados y unidades en el artículo 39.

5. Se introduce la regla de antijuridicidad material, al exigirse en el nuevo artículo 11 que la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo sea en forma efectiva.

6. Acogiendo reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la reforma establece frente a las medidas de seguridad las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación, efecto para el que además señala un máximo de 20 años para la de internación psiquiátrica para casos de trastornados mentales permanentes y un mínimo que depende de las necesidades del tratamiento en cada caso concreto, para los casos de trastornados mentales transitorios.

7. En la norma sobre acción y omisión se dispone que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado y no lo hace, estando en posibilidad de hacerlo, queda sujeto a pena si además el agente tenía a su cargo la protección del bien jurídico o se encontraba en posición de garante de una determinada fuente de riesgo, disposición que a nuestro juicio inscribe el código en el Finalismo al introducir criterios de imputación objetiva. Lo que se establece es una equivalencia en términos de pena, entre quien tiene el deber jurídico de impedir un resultado y omite hacerlo y el que lo produce.

Con la regla anterior se pone en evidencia que quien tuvo la capacidad y poder de actuar de otro modo —atendidas las circunstancias modales, espaciales y temporales en el caso concreto— y no lo hace, resulta culpable al haber tenido la capacidad potencial de actuar de modo diverso.

8. Se reúnen en un solo texto las causales de justificación y de inculpabilidad, introduciéndose de manera expresa el consentimiento del sujeto pasivo o derecho habiente, como circunstancia que enerva la responsabilidad.

9. Se adopta un sistema de penas principales, sustitutivas y accesorias. Son principales la prisión, multa y privativa de derechos cuando así lo prevean las normas de la parte especial (pérdida de empleo o cargo, inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte u oficio, para el ejercicio de la patria potestad, etc.); sustitutivas de la prisión, la prisión domiciliaria, y de la multa el arresto de fin de semana; y accesorias las privativas de otros derechos como la prohibición de conducir automóviles o motos, a la tenencia o porte de armas y a residir o acudir a determinados lugares.

10. En materia de libertad condicional se dispone que el juez la concederá al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres años, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que observe buena conducta en el establecimiento carcelario para que el juez deduzca que no necesita continuar con la ejecución de la pena. Dicho beneficio expresamente por mandato de la ley, no podrá negarse atendiendo a circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena.

11. Frente a la parte especial, se introducen nuevos delitos. Contra la vida: el genocidio, las lesiones al feto, la omisión de socorro, la manipulación genética, la clonación del ser humano y el tráfico de embriones humanos. Contra la familia: los delitos de mendicidad y adopción irregular. Contra la libertad individual: la desaparición, el desplazamiento forzado y el tráfico de personas. Contra la libertad sexual: la pornografía con menores y el turismo sexual. Contra el orden económico: la evasión fiscal, la manipulación fraudulenta de acciones, la urbanización ilegal, y se incorporan los delitos financieros.

12. Por otra parte, se recoge la legislación dispersa en la Ley 44 de 1993 sobre derechos de autor, decreto 663 de 1993 sobre delitos financieros, Ley 383 de 1997 sobre contrabando, Ley 365 de 1997 sobre lavado, los delitos del estatuto ambiental incluyendo figuras nuevas, y el decreto 180 de 1988, en especial.

13. Finalmente, se despenalizan la bigamia y el estupro, entre otros.

#### 4. REFORMA PROCESAL PENAL

##### *Sobre los principios rectores*

Con la misma sistemática adoptada en el nuevo Código Penal, la Ley 600 de 2000 recoge en las normas rectoras los postulados constitucionales generadores de garantías fundamentales y algunos otros principios previstos en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Considerando que la piedra angular del Estado democrático de derecho es el respeto por la dignidad humana, las normas rectoras se inician con la garantía del debido respeto a ella, como núcleo esencial de la legislación penal y presupuesto orientador para su aplicación, siguiendo la doctrina de la Corte Constitucional conforme a la cual, más que un derecho en sí mismo, la dignidad humana “es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución”.<sup>5</sup>

La consagración de este principio supone además, por mandato del artículo 2 del nuevo estatuto, la aplicación en los procesos penales, por vía *de integración*, del sistema de garantías previsto tanto en la Constitución como en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia.

No obstante, esta segunda norma sobre integración puede llegar a determinar dificultades de interpretación y aplicación por las siguientes razones:

- a) Existen convenios internacionales de carácter bilateral que operan únicamente entre los países que lo han suscrito y entre quienes en forma excluyente, tendrían aplicación, por lo que ninguna posibilidad existiría de aplicar las garantías contenidas en estos instrumentos, a casos que no estén regulados por ellos.
- b) Existen convenios bilaterales y multilaterales que se refieren a la aplicación de “garantías” en asuntos de naturaleza civil, en los que por lo amplio de la regulación del artículo 2º propuesto, pudiera solicitarse su extensión, a los procesos penales.

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-401 de 1992.

Quizá hubiera resultado más apropiado restringir la aplicación del precepto comentado a “las garantías en materia de derechos humanos”, redacción más acorde con lo señalado en los artículos 93 y 94 de la Constitución política y a la teoría del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con la cual, las normas relativas a derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales harán parte de la legislación interna, considerando que “en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo al ordenamiento interno nacional”<sup>6</sup>.

El anterior razonamiento tiene tanto más asidero cuanto la expresión “sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 94 de la Constitución Política”, fue declarado inexecutable, por vicios de forma, en la Sentencia 760 de julio 19 de 2001 de la H. Corte Constitucional.

En el artículo 3º, sobre respeto por la *libertad*, se destaca la redacción del inciso segundo en cuanto señala que la detención preventiva “estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado, la preservación de la prueba y la defensa de la comunidad”.

Este precepto lo estimamos acorde con lo señalado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, conforme a la cual, la detención preventiva por excelencia persigue, en tanto que medida de aseguramiento, garantizar la comparecencia del sindicado al proceso y la ejecución de la pena, e impedirle la fuga, la continuación de la actividad delictual, o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios de importancia para la instrucción.

No obstante lo anterior, el criterio de “defensa de la comunidad” a nuestro juicio inserta un criterio de orden peligrosista, que presume una eventual predisposición del apenas sindicado para delinquir, aspecto éste que no deja a salvo la obligación de presumir la inocencia del apenas procesado y más allá, a *tratarlo como inocente* en el proceso penal, aspecto que viola no sólo la Constitución política, sino la Ley 74 de 1968, que incorporó el pacto de derechos civiles y políticos de San José de Costa Rica.



<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995.

Por lo demás, un criterio de esta naturaleza entra en abierta contradicción con el artículo 7° de la nueva ley que señala la obligación, como principio rector, de que toda persona sea *tratada* como inocente, mientras no se produzca decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad y ésta adquiera firmeza.

En materia de *igualdad*, el artículo 5° de la Ley 600 introduce un apartado que no traía el artículo 20 vigente, cuando señala como deber de los servidores judiciales “proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”.

Tal enunciado corresponde textualmente a lo expresado en el inciso tercero del artículo 13 de la Constitución, y en tanto que deber, resulta complementario de los que la Ley 24 de 1992 impone a la Defensoría del Pueblo, por lo que debemos entender que en ausencia de una actitud proactiva del funcionario judicial en los eventos señalados, corresponderá a ésta intervenir para hacer cumplir ese mandato.

El deber de protección efectiva que se impone a los servidores judiciales se explica, en lo que hace con el tema económico, por la necesidad de balancear las potestades dentro del sistema penal, de suerte tal que frente al ejercicio de la coerción estatal, por conducto de la Fiscalía y los jueces, la defensoría de pobres juegue un papel preponderante en la defensa técnica de los intereses de aquellas personas que se presentan al proceso penal en condiciones de inferioridad económica notorias. Frente a un sistema judicial fuerte, es indispensable contar con una Defensoría pública que pueda servir a los intereses de los menos favorecidos y propenda por el respeto de sus garantías fundamentales.

No obstante, la práctica cotidiana nos muestra que uno de los aspectos en los que el sistema de garantías sufre mayores tropiezos es en la prestación del servicio de Defensoría pública, por lo que el fortalecimiento de esta institución, que hubiera sido lo deseable y que estamos en mora de lograr, permitiría dar mayor legitimidad al proceso penal.

En lo que hace con *la presunción de inocencia*, la nueva ley amplía su contenido al incorporar la obligación de aplicar el *in dubio pro reo* “a las actuaciones penales”. Norma de similar alcance se aprecia en la

redacción del artículo 399 inciso segundo, cuando señala que cuando el cierre de la instrucción se hubiere producido por vencimiento de términos o por la imposibilidad de recaudar pruebas, "la duda se resolverá a favor del procesado".

Ocurre sin embargo que el ampliar el principio del *in dubio pro reo*, para que se aplique como lo señala la nueva ley a cada actuación procesal, supone una desnaturalización de esta institución, toda vez que el *in dubio pro reo* constituye presupuesto rector de la construcción de la sentencia y elemento de valoración de la prueba.

Lo que el *in dubio pro reo* significa es que la sentencia requiere llegar a un grado de certeza en la culpabilidad que destruya, sin lugar a dudas, la presunción de inocencia y la situación básica de libertad del procesado (libre de sospecha); esto es, que el *favor rei* comporta una limitación a la potestad sancionatoria del Estado.

En técnica procesal, lo que se debió indicar es que en la construcción de la sentencia y en la interpretación y valoración de los elementos de prueba, toda duda será resuelta a favor del procesado.

Resulta válido que en el caso de la preclusión de investigación producto del calificadorio como consecuencia de vencimiento en los términos o de imposibilidad de recaudar pruebas se aplique el *in dubio pro reo*, porque tal decisión pone fin a la acción penal y tiene los efectos de una sentencia de mérito.

Por otra parte, la norma rectora sobre *debido proceso* contenida en el artículo 1º del código vigente, se desdobra en varias disposiciones en el nuevo, referidas a la defensa, el juez natural y la celeridad y eficiencia.

Sobre *defensa* el nuevo código señala que ella debe ser garantizada en toda actuación y que deberá cumplirse en forma integral, ininterrumpida, técnica y material, prohibiéndose además la incomunicación.

A nuestro juicio, al consagrarse el carácter ininterrumpido e integral de la defensa, se recogen pronunciamientos jurisprudenciales que abogaban por su ejercicio desde el momento mismo en que la persona tiene noticia de la existencia de una imputación en su contra, sin ninguna limitación, con lo que en la investigación previa, aun cuan-

do el imputado no hubiere rendido versión, podría designar defensor y éste tener acceso a la actuación. No obstante nuestra interpretación, el art. 323 del nuevo código recoge la misma limitación contenida en el vigente de que sólo cuando el imputado rinda versión, tendrá derecho a conocer las diligencias y a que se le expidan copias.

Por otra parte, es necesario complementar el principio rector sobre defensa técnica con lo señalado en el artículo 131 de la nueva codificación, que asigna competencia a los estudiantes de consultorio jurídico para ejercer la función de defensores en procesos de conocimiento de jueces penales y promiscuos municipales.

Algunos observadores ya han empezado a cuestionar la constitucionalidad de esta norma, no obstante lo cual nos parece que el carácter de exequibilidad condicionada que en el pasado la Corte Constitucional le ha dado a normas de similar alcance, se le comunicará a esa nueva disposición.

En efecto, cuando fue demandada la exequibilidad de la norma de la Ley 270 de 1996 que otorgaba facultades a los estudiantes de consultorio para ejercer funciones de defensores, mediante sentencia C-037 de 1996, la H. Corte Constitucional había expresado que *...Sólo ante la inexistencia de abogados titulados en algún municipio del país, o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia, los estudiantes de los consultorios jurídicos pueden hacer parte de un proceso penal.* (Resaltado fuera de texto).

En otra oportunidad, al conocer de la demanda de inexecuibilidad contra el artículo 30 del decreto 196 de 1971, mediante sentencia C-617 de 1996, había señalado la alta corporación que en "el proceso penal, habida consideración de las materias en las cuales se ocupa, por las graves consecuencias que tiene para el procesado la sentencia condenatoria y por estar implicada la libertad de éste, entre otras razones, la seguridad de sus adecuadas y efectivas posibilidades de defensa viene a ser, con mayor razón, exigente imperativo del debido proceso.

"De allí que la Corte haya estimado indispensable la incorporación a su doctrina del concepto de defensa técnica, referente a la plena garantía de que las funciones de representación judicial del reo, en las etapas de investigación y juzgamiento, *únicamente estarán confiadas a*

*profesionales científicamente preparados, conocedores del derecho aplicable y académicamente habilitados para el ejercicio de la abogacía*". (Resaltado fuera de texto.)

"Dicha defensa técnica —expresó la Corte— comprende la absoluta confianza del defendido o la presunción legal de la misma confianza en el caso del reo ausente, por lo cual «el legislador debe asegurar que las labores del defensor sean técnicamente independientes y absolutamente basadas en la idoneidad profesional y personal del defensor".

"Estos principios fueron reiterados en las sentencias SU-044 del 9 de febrero de 1995 (M.P. Antonio Barrera Corbonell), C-071 del 23 de febrero de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), y C-037 del 5 de febrero de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

"La última de las providencias enunciadas, precisamente en lo que concierne a la materia del presente fallo, entendió ajustada a la Carta política la participación de los estudiantes de consultorios jurídicos orientados por Facultades de Derecho, si bien, para asuntos penales, dejó en claro que ella podía tener ocurrencia 'sólo ante la inexistencia de abogados titulados en algún municipio del país, o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia.'".

"En realidad, aunque a los alumnos de los últimos años de derecho no se les puede catalogar como expertos en materia penal, pues por su mismo estado carecen de la trayectoria que se supone exhiben los abogados que han obtenido el título —sin que esto último constituya tampoco verdad universal ni probada—, las posibilidades de la defensa técnica parecen ser mucho mejores que las de profesionales en otras actividades o las de ciudadano honesto al que aludía una norma legal declarada inexecutable por esta Corte (sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz).

"En efecto, la reciente adquisición de conocimientos jurídicos, la necesaria actualización del estudiante aprovechado en materia legislativa y jurisprudencial y la proximidad de los docentes especializados en el tema —elementos éstos que se esperan de los centros universitarios competentes, autorizados y supervisados por el Estado—, permiten concluir en la necesidad práctica de defender los intereses del procesado en circunstancias de *necesidad impostergable en las cuales se*

*carezca en absoluto de los servicios de un abogado titulado y también a falta de un defensor público.* (Resaltado fuera de texto.)

“En ese orden de ideas, la Corte estima que la disposición legal acusada, el autorizar a los estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos universitarios para asumir defensas penales en los procesos de los cuales conocen los jueces penales y las autoridades de policía, y para hacerlo de oficio en toda clase de procesos penales, como voceros o defensores en audiencia, es exequible, toda vez que la enunciada opción no obstaculiza en sí misma la defensa técnica de los procesos, especialmente si se consideran los escasos recursos económicos de las personas que acuden a esas dependencias de apoyo jurídico de las Facultades de Derecho y las situaciones prácticas que con frecuencia surgen en diversos lugares del territorio en los cuales se dificulta en extremo la presencia inmediata de abogado.

(...)

“Desde luego, la exequibilidad de los apartes normativos atacados no puede ser pura y simple, dado su sentido general e indiscriminado, que haría posible la actuación de los alumnos de derecho aun sin que ello sea menester y sin las debidas precauciones sobre preparación y orientación académicas”.

Seguramente quienes son jueces municipales y fiscales locales recuerdan cómo estas decisiones condujeron a un alud de declaratorias de nulidad en los procesos penales en los que actuaron estudiantes de consultorio jurídico, bajo la consideración de que la Corte sólo estableció su intervención en los casos de inexistencia de abogados titulados en el municipio o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia.

En conclusión, es claro que la defensa ejercida por estudiantes será válida, por razones prácticas, cuando exista una “imposibilidad física y material” de contar con los servicios de un abogado titulado o ante una “necesidad impostergable” derivada de la carencia de los servicios de un abogado titulado y a falta de un defensor público.

Así deberá entenderse entonces el nuevo precepto.

Para hacer claridad acerca del alcance de los principios de autonomía e independencia en la Fiscalía General de la Nación el artículo 12 de la nueva codificación incorpora una regla que viene desde la

Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia. Conforme a ella ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podría insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

Con ello, se reafirma que los administradores de justicia, en sus decisiones, únicamente están sometidos al imperio de la Constitución y la ley, quedando sin embargo la facultad para que el Fiscal General, cuando lo estime necesario, desplace a cualquier delegado y asuma directamente la investigación, lo mismo que para ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro, cuando lo considere conveniente para asegurar la eficiencia de la actuación.

No obstante lo señalado, la sentencia de constitucionalidad 760, ya citada, declaró inexecutable, por vicios de trámite, el inciso segundo del artículo 12, pero como está vigente en la ley estatutaria el comentario conserva su validez.

El artículo 15, *sobre celeridad y eficacia*, que reitera un mandato contenido en el artículo 4º de la ley estatutaria, sin embargo no lo recogió en su integridad al omitir la mención del mecanismo coercitivo de la sanción de *mala conducta* para el funcionario judicial que pretermita los términos procesales, no obstante lo cual una interpretación sistemática conduce obligatoriamente a su aplicación.

Así mismo, y bajo el criterio de interpretación sistemática, como parte de la norma rectora sobre celeridad ha de entenderse el deber señalado por el artículo 23 de la ley estatutaria de la administración de justicia, de que los funcionarios judiciales respondan los alegatos de los sujetos procesales, para que se cumpla cabalmente con el debido proceso y particularmente el derecho de contradicción.

El artículo 13 de la nueva ley al desarrollar la norma rectora sobre *contradicción* dispone la obligación para el funcionario judicial de motivar sus decisiones, particularmente las que afectan derechos fundamentales de los sujetos procesales, así ello se produzca por decisiones de sustanciación, aspecto que constituye una innovación positiva.

Con cargo a este precepto y por vía simplemente ejemplificativa, estimamos que a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley, la

decisión sobre vinculación procesal, que afecta derechos sustanciales, deberá motivarse, así ésta sea de sustanciación. Así lo impone también el artículo 311.

El artículo 18 se refiere al principio de *doble instancia*, destacándose allí la referencia que hace a la posibilidad de apelar o llevar al grado jurisdiccional de consulta las providencias interlocutorias, en éste último caso, aquellas que expresamente señala el código, como veremos adelante. Se incluye también el principio de *no reformatio in peius*, conforme al cual, cuando la decisión sea apelada exclusivamente por el procesado o su defensor, la segunda instancia no podrá agravar la pena impuesta.

No obstante, este principio debe revisarse de cara a la controversia jurisprudencial que ha desatado, en particular la Corte Constitucional, que tiene una posición mayoritaria pero no unánime sobre el tema:

En efecto, en las providencias de tutela 146 y 155 de 1995, sostuvo la alta corporación que así el condenado sea apelante único, el Estado puede hacer más gravosa la sanción, en salvaguarda del principio de legalidad de la pena, que también es de rango constitucional.

No obstante, en forma mayoritaria, en decisiones de tutela 413 y 474 de 1992, 55, 237, 575 y 596 de 1993; 099, 231, 289 y 365 de 1994; y 327 de 1995, entre otras, la Corte manifestó que el superior es incompetente para pronunciarse sobre la legalidad de la pena impuesta al apelante único, dado que ese aspecto no era materia planteada por el recurrente, y al fallador de segunda instancia le está prohibido pronunciarse de oficio, al tener una competencia limitada por los términos del recurso.

La nueva norma del artículo 18 la entendemos entonces como una concreción normativa de la tesis mayoritaria de la H. Corte Constitucional.

El artículo 21 se refiere al principio de restablecimiento del derecho, excluyendo en el nuevo texto la referencia a la viabilidad de ese instituto "cuando fuere posible", que sí consagra el 14 actual.

Como se recordará, este principio tiene que ver con el ejercicio de potestades para decidir cuestiones que tienen que ver con la repara-

ción del daño causado con el hecho punible, aspecto que se concreta en la necesaria condena al pago de perjuicios en concreto, la prohibición para el vinculado de enajenar bienes sujetos a registro, la cancelación de registros falsos cuando aparezca demostrada la tipicidad del hecho y el desistimiento y la extinción de la acción civil por reparación integral.

No obstante haber desaparecido la referencia a la aplicación del restablecimiento, "cuando fuere posible", no podemos desconocer que ella se torna necesaria, toda vez que existen limitaciones expresas insertadas en normas posteriores, que colocan diques al ejercicio de esta facultad. En particular, nos referimos a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 510 de 1999, sobre protección a los tenedores de títulos, cuando señala:

"En concordancia con las normas del Código de Comercio sobre la circulación de los títulos valores, en los procesos penales en los que se investigue la comisión de hechos punibles relacionados con títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, las medidas previstas en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal sólo procederán contra los autores o partícipes del hecho punible o contra cualquier tenedor que no sea de buena fe exento de culpa".

Frente al Habeas Corpus, como es sabido, la H. Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 4 y 382 a 389, al considerar que la regulación integral de esta materia correspondía a la ley estatutaria<sup>7</sup>.

### ***Sobre la denuncia***

No siempre resulta justificable la intervención del aparato estatal para el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal. Si bien la Fiscalía tiene a su cargo el ejercicio de la acción penal durante la fase de investigación, nada impide que en casos de denuncia "sin fundamento" o aquellas otras "anónimas, que no suministren pruebas o datos concretos que permitan encauzar la investigación", pueda el fiscal inadmitir la denuncia (art. 29 inc. final), evento en el que las mismas serán remitidas a los órganos de policía judicial para que efectúen tareas de verificación. Ello es desarrollo de un precepto similar que



<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia en proceso D-3157. M.P. Jaime Araújo Rentería.

preveía la ley 190 de 1995 y que sin embargo ha resultado de escasa aplicación.

Nos parece, sin embargo, que la aplicación que aquí se hace del principio de disponibilidad de la acción penal por parte del fiscal resulta apenas tímida, toda vez que ha debido consagrarse el rechazo de la denuncia para aquellos casos que supongan un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido.

Y es que el principio de disponibilidad de la acción penal ya se ha utilizado en nuestra legislación, puntualmente en la audiencia especial cuando se permite, bajo autorización judicial, la preclusión de la investigación por comportamientos menos graves frente a los que exista duda probatoria.

#### ***Sobre mecanismos extraordinarios de terminación del proceso***

Desaparece en la nueva codificación el instrumento de la *audiencia especial* previsto en el artículo 37 del Código Procesal adicionado en 1993 con la Ley 81.

Esta figura originaria del procedimiento penal italiano (art. 444 Patteggiamento), tenía como propósito principal evitar el desgaste de la función jurisdiccional, constituyendo un desarrollo del principio de oportunidad y de disponibilidad de la acción penal, bajo el entendido de que el procesado renuncia a la facultad que posee de refutar la acusación, cuando quiera que admitía su responsabilidad, asegurándose una pena menor frente a la más grave aflicción que recibiría en un proceso integral.

En efecto, el Fiscal de oficio, a solicitud del sindicado, podía celebrar una audiencia antes del cierre de la investigación, con base en la cual se buscaba la terminación anticipada del proceso penal. En la diligencia, fiscal y sindicado, con la presencia de su defensor, orientaban su actividad a ponerse de acuerdo en cuanto a los cargos imputables y la pena, concretamente en cuanto a la tipicidad, el grado de participación, la culpabilidad, las circunstancias agravantes o atenuantes, la pena, la posibilidad de ejecución condicional de la sentencia y la eventual preclusión por comportamientos menos graves.

En caso de acuerdo, total o parcial, el mismo se documentaba en acta que, frente a los cargos, debía observar los mismos requisitos de una resolución de acusación. Acordados los términos, el acta pasaba a control judicial de legalidad, para que aprobado éste, el juez dedujera una rebaja de la sexta parte de la pena.

Al derogarse el instrumento se acabó con uno de los mecanismos más típicos del sistema acusatorio, aspecto que más bien debió regularse con mayor propiedad.

Se conserva el mecanismo de la *sentencia anticipada*, efecto para el que el nuevo artículo 40 conserva las líneas generales de lo dispuesto en el actual artículo 37, salvo las siguientes modificaciones:

La oportunidad procesal para pedirla ocurre inmediatamente después de la indagatoria (hoy con la ejecutoria de la resolución que define situación jurídica), aspecto éste que resulta compatible con las normas que establecen como excepcional la definición de la situación jurídica.

Así mismo, el último momento procesal para invocarla ocurre con la ejecutoria de la providencia de cierre de la investigación, redacción última que permite superar la discusión actual, conforme a la que el momento procesal se extiende, según algunos intérpretes, hasta la expedición del citado proveído, mientras para otros la oportunidad precluye con la ejecutoria del cierre correspondiente, tesis esta mayoritaria en la Corte Suprema (sentencia de 16 de abril de 1998, Magistrado ponente: José Aníbal Gómez).

Como consecuencia de la solicitud, el fiscal puede, si lo considera pertinente, ampliar la diligencia de indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho días, para luego fijar fecha y hora para la práctica de una audiencia en la que debe presentar al sindicado los cargos, para que éste manifieste si los acepta, en todo o en parte, manifestación que determina que el expediente pase al juez para que dicte sentencia de mérito.

Como lo ha señalado la jurisprudencia, el Fiscal no agota su gestión con la precisa formulación de los cargos, sino que debe identificar los hechos y su calificación jurídica, basado en las pruebas obrantes, evitando acusaciones anfibológicas o genéricas.

El allanamiento a los cargos también procede durante la etapa del juzgamiento, evento en el que, como quiera que ya se encuentra presente la acusación, lo que corresponde es que el juez levante el acta respectiva en la que verifica la libertad con la que procede el acusado y previene al mismo de las consecuencias de su decisión, la cual tiene que producirse antes de que cobre ejecutoria la resolución que señala fecha para la audiencia pública.

El acta de cargos contiene los mismos requisitos de la resolución de acusación (40-inciso 7), aspecto éste que tiene incidencia en los términos de prescripción y en la necesaria congruencia entre resolución de acusación-sentencia.

En lo que hace a las rebajas de pena, mucho habíamos insistido en la inconveniencia de que por un mismo hecho derivado de la admisión de responsabilidad, el código anterior permitiera la acumulación de dos rebajas de pena concurrentes. En efecto, la regla anterior permitía conceder rebaja de pena en caso de confesión, conforme al artículo 299, de la sexta parte (1/6), la cual se acumula, por mandato del artículo 37B, con la de sentencia anticipada (1/3), cuando a nuestro juicio las circunstancias de hecho que dan origen a las rebajas concurrentes, tienen una misma razón: la admisión de responsabilidad.

El nuevo código permite nuevamente esta concurrencia de rebajas, sólo que las disminuye, para indicar que si las rebajas por confesión y sentencia anticipada concurren en la instrucción, la rebaja será fija en las dos quintas partes, y si ello ocurre en la etapa del juzgamiento, será de la quinta parte

Esta norma, sin embargo, contenida en el inciso sexto del artículo 40, fue declarada inexecutable, por vicios de forma, por lo que revivirán la rebajas anteriores.

Lo razonable hubiera sido que en caso de confesión, se acudiera como procedimiento abreviado a la sentencia anticipada, dado que será el obvio interés del procesado definir pronto su condena y empezar a descontarla, pero sin reconocer un nuevo descuento de pena por la solicitud de la sentencia, toda vez que ella es natural consecuencia de un acto de confesión.

De otra parte, señala el nuevo artículo 40 una causa de suspensión de la actuación procesal y de los términos de prescripción, desde el momento en que se solicita la sentencia anticipada hasta cuando se dicte la providencia que decida sobre la aceptación de los cargos, no obstante lo cual podrán practicarse diligencias urgentes de instrucción, norma que en el estatuto vigente se establece para los casos de audiencia especial.

En cuanto a la entidad probatoria, la sentencia anticipada continúa concibiéndose como una renuncia a etapas procesales por parte del sindicado, pues si bien se indica que el juez dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, ha exigido la jurisprudencia que los requisitos probatorios necesarios para la condena se hayan estructurado; esto es, será necesario conjugar la plena prueba con el allanamiento a los cargos para que el funcionario dicte sentencia, previo control de legalidad dirigido a constatar si se han violado garantías fundamentales.

Lo verdaderamente nuevo en este texto, es la referencia expresa a decidir en la sentencia sobre la responsabilidad civil, cuando exista prueba de los perjuicios ocasionados, con lo que se da en desarrollo a la declaratoria de inexequibilidad del numeral 5° del artículo 37B actual<sup>8</sup> que excluía de la anticipada, el pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

Igualmente nueva resulta la posibilidad de aplicar este mecanismo en los procesos que adelante en virtud de fuero la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pero la norma ofrece confusión, porque no se indica la forma en que operaría el allanamiento a los cargos, ya que la Fiscalía no interviene como instructora en esos asuntos, con lo que se limitaría la posibilidad del trámite a los casos que tuvieren resolución de acusación.

En materia de *conciliación*, se introducen dos modificaciones básicas: de una parte, la intervención de los apoderados se limita a ayudar a sus poderdantes para la proposición de fórmulas de conciliación, y de otra, que obtenida ésta, el término para verificar el cumplimiento de lo acordado se amplía de 30 días en la actual legislación, a 60, sin posibilidad de prórroga.



<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad de junio 3 de 1998.

Frente a la *indemnización integral*, se incluye dentro de las posibilidades de extinción de la acción penal por reparación integral, los delitos de lesiones dolosas con secuelas transitorias y los cometidos contra derechos de autor, salvo los casos de violación de los derechos morales o defraudación a los patrimoniales de autor, y violación a sus mecanismos de protección.

En este mismo aspecto de la indemnización integral debe recordarse que mediante decisión de la Corte Constitucional de febrero del 2001, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria, la Corte declaró inexecutable la limitación de 200 salarios mínimos para la indemnización integral en delitos contra el patrimonio económico, pudiendo este instituto aplicarse en tales eventos, sin limitación por razones de cuantía. La nueva norma, entonces, deberá entenderse con ese alcance.

### ***Sobre la acción civil***

La principal modificación en esta materia surge de lo dispuesto en el artículo 54, cuando indica que la acción civil se regulará, en lo que no se oponga al Código Penal, por lo dispuesto en la ley civil sustancial y procesal. En consecuencia, conforme al artículo 87 y ss. del C de P.C., del auto admisorio de la demanda, deberá correrse traslado al demandado o al tercero civilmente responsable, en su caso, mediante notificación personal y entrega de una copia, para que ésta sea contestada, oportunidad en la que el demandado podrá allanarse a las pretensiones, solicitar el llamamiento en garantía o denunciar el pleito.

### ***Sobre liquidación de perjuicios***

En este punto, producida la condena en perjuicios, la nueva legislación señala como deber del juez la obligación de pronunciarse sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar.

Además, en la sentencia que condena al pago de perjuicios, el juez penal está obligado a señalarle al juez civil el deber que tiene de emitir el mandamiento de pago dentro de los tres meses siguientes a su ejecutoria, para que los bienes que eventualmente se encuentren embargados, sean puestos a su disposición. Si en tres meses el juez civil no ha noticiado al penal de la emisión del mandamiento de

pago, el penal deberá proceder al levantamiento de las medidas de embargo que pesen sobre bienes.

### ***Prohibición de enajenar***

Se reitera la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro una vez se produce el acto de vinculación, obligación para el procesado que mandatoriamente le debe ser impuesta en la diligencia de indagatoria. Pero se adicionó el mecanismo para hacer coercitivo este deber del procesado: "Cualquier negociación que se haga sobre bienes sin autorización del funcionario judicial será *nula* y así se deberá decretar en la sentencia". Pero, como quiera que la nulidad se difiere a la sentencia, el artículo 62 en su inciso final prevé la posibilidad de que el funcionario judicial pueda ordenar la cancelación provisional en el registro del negocio jurídico respectivo.

No obstante, si el sindicato acredita la suficiencia de bienes para garantizar los perjuicios o la venta sea necesaria dentro del giro ordinario de los negocios del procesado, el funcionario judicial podrá expedir una autorización especial para el efecto.

Por otra parte, como puede ocurrir que para la satisfacción de los perjuicios sea necesario enajenar bienes del sindicato, tal negociación debe ser autorizada por el funcionario, y su valor deberá consignarse a órdenes del despacho judicial.

### ***Sobre jurisdicción y competencia***

Se introdujeron modificaciones en materia de fueros legales ampliándolos (ej.: se asignó a la Corte Suprema el juzgamiento de magistrados del Consejo Electoral, del registrador, de los magistrados de consejos seccionales de Judicatura, del director nacional de la Fiscalía y directores seccionales, etc.), y se suprimieron las facultades de los fiscales ante la Corte y ante los tribunales para desplazar a sus inferiores jerárquicos en el trámite de las investigaciones, facultad que había sido duramente cuestionada por las primeras instancias de la Fiscalía.

Como consecuencia de la incorporación de las contravenciones penales de la Ley 228 de 1995 al Código Penal, aumentan las competencias de las fiscalías locales.

***En materia de recursos***

Destacamos la creación del grado jurisdiccional de consulta para decisiones como la preclusión de investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, cuando se trate de procesos por delitos contra la administración pública en los que la pena mínima no sea inferior a cuatro años; narcotráfico, testaferrato, enriquecimiento ilícito de particulares y lavado de activos. Tal consulta se surte en el caso de la preclusión, ante el superior del fiscal, y en otros eventos, ante el superior del juez.

En este punto, la decisión de la Corte Constitucional, aún sin publicar, de fecha 18 de julio de 2001, declaró la inexecutable parcial de algunos apartes de las normas relativas a la consulta, por no haber sido discutidas por las comisiones y plenarias de las Cámaras y sí incorporado tardíamente a la estructura del proyecto.

***Imputación provisional de cargos en la indagatoria***

En relación con la vinculación procesal que se produce con la indagatoria o declaratoria de persona ausente, se obliga al fiscal a efectuar una imputación provisional de cargos que comprende no sólo su relación fáctica, sino una imputación jurídica provisional que involucra también una valoración probatoria de lo actuado y un decreto de las pruebas subsiguientes. Como lógica consecuencia entonces, será necesario ampliar la indagatoria cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica personal.

Contra la providencia que niega la vinculación de autores o partícipes, procederán los recursos de ley.

***La detención preventiva como única medida de aseguramiento***

Como principal innovación se consagra también la eliminación de las medidas de aseguramiento, de conminación y caución, quedando la detención preventiva como única medida para delitos que tengan prevista pena mínima de cuatro años, lo mismo que en los casos contenidos en la relación específica de delitos que en términos generales coincide con la que actualmente refiere el artículo 397 reformado por Ley 504 de 1999. Así, en aquellos asuntos que no ameriten detención

preventiva, tampoco habrá, como hoy existe, definición de la situación jurídica, sino que evacuadas las pruebas se procederá al calificadorio, de tal suerte que si se decide una acusación, será el juez de la causa quien defina sobre la libertad.

Por otra parte, en el caso en que procede la detención preventiva, se eleva el requerimiento probatorio de uno a dos indicios graves de responsabilidad.

Así mismo, se establece un control de legalidad más estricto para la detención preventiva. En efecto, dictada la medida hoy tenemos un control meramente formal en cuanto apunta a la protección de los derechos fundamentales (C-395/94, Corte Constitucional). Con la reforma, el control deberá ser además material, toda vez que el funcionario tendrá que pronunciarse sobre la existencia, valoración y validez del material probatorio.

### ***Sobre aspectos de pruebas***

En materia probatoria, lo cual constituye un avance, se introduce un precepto que busca asegurar la autenticidad de la prueba. Es la llamada cadena de custodia: ¡Que lo mismo que se encontró en la escena del delito sea lo que se está utilizando para tomar la determinación judicial! Para ello se deja expreso el principio y se señala como responsables del aseguramiento de la prueba a los servidores públicos que tengan relación con los elementos de prueba. Así, por ejemplo, si un cirujano extrae a una persona un proyectil de arma de fuego, él es el llamado a asegurar esa evidencia, siendo el responsable de su paradero y de la inalterabilidad del elemento de prueba.

Con mayor precisión se introduce una norma sobre «inspección de la escena» en casos de delitos contra la vida o contra la libertad sexual (modificado que introduce el proyecto Rueda), señalando la obligación de inmediatamente proceder a la protección del área o escena, para que ningún elemento sea movido o alterado.

Muy cuestionada ha sido la facultad que a la policía judicial le entregó el decreto 261 de 1999, que reorganizó la Fiscalía, y que se reproduce en el artículo 314 del nuevo código sobre labores previas de verificación, conforme a la que la policía judicial, *antes de la judicialización* de las actuaciones, podrá llevar a cabo labores investigativas, allegar

documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes consideren pueden tener conocimiento del hecho, actuaciones éstas últimas que no tendrán carácter de testimonios ni de indicios y sólo servirán como criterios orientadores para la investigación.

En un todo, es la legalización de una actuación preprocesal, que nos parece no satisface los derechos del procesado, quien no interviene para nada en esta actuación.

### ***Variación de la calificación***

Con el propósito de cortar el paso a las nulidades por errónea calificación y una vez hubiere concluido la etapa de pruebas en el juicio, se prevé la facultad en cabeza del juez para modificar la que provisionalmente se hace en la acusación por el fiscal, en casos de error y prueba sobreviniente sobre la tipicidad, la forma de coparticipación o la imputación subjetiva o el desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de un agravante que varíen los límites punitivos, indicándose que si el juez considera que la variación debe producirse, se lo hará conocer al fiscal, y si éste lo admite, se hará un traslado a las partes y se decidirá en audiencia. Si el juez estima que no debe variar a pesar de que así lo hubiere solicitado el fiscal, deberá continuar con la audiencia, pero puede anular la actuación.

### ***Beneficios por colaboración eficaz***

El derecho penal premial, del cual hacen parte los instrumentos habilitados por la ley para fortalecer el aparato judicial, como instrumento que es de la política criminal de emergencia aplicable a delincuencia organizada, nos viene de las legislaciones Italiana, Alemana y Española, principalmente, que aplicaron la teoría del terrorista arrepentido como vehículo para romper el anillo de silencio que impera en las organizaciones del crimen, principalmente del narcotráfico, el terrorismo, el secuestro, el lavado de activos y la subversión.

Los mecanismos del derecho penal premial se basan en una relación de intercambio, en una política transaccional: Por una parte, el delincuente que se somete a la ley y confiesa, delata o entrega, recibe a cambio un beneficio que en las circunstancias de un proceso normal no obtendría.

Surgió como un mecanismo eminentemente temporal durante la época del narcoterrorismo, pero con el tiempo adquirió vocación de permanencia, aun cuando sus alcances se han ido paliando con las diversas modificaciones que se le han introducido.

En sus orígenes, los cuales se remontan al artículo 45 de la ley 30 de 1.986 sobre estupefacientes, se permitía rebajas de pena de hasta la mitad de la impuesta, a quienes delataran otros partícipes en el hecho; posteriormente, con el decreto 1199 de 1987, se otorgaba rebaja de la tercera parte de la pena a los condenados que suministraran información que permitiera la captura de otros delincuentes. Similar camino recorrió el decreto 2490 de 1988 (incluía la exclusión total de pena), hasta la expedición de los decretos 2047 y 3030 de 1990 y 303 de 1.991 que establecieron rebajas automáticas para quien sin encontrarse privado de la libertad, compareciere voluntariamente a la justicia, confesare delitos y denunciare bienes.

Tales disposiciones establecían claros límites en la aplicación de la política: La confesión debía servir de base para dictar sentencia condenatoria, la retractación eliminaba el beneficio, no había lugar a excarcelación y la rebaja de pena no se acumulaba con otros beneficios ordinarios. Todo lo anterior, acompañado de un profundo proceso de fortalecimiento del intercambio de pruebas.

No obstante, con la expedición de los decretos 1833 de 1992 (inmuni- dad transaccional) 264 de 1993 y de la ley 81 del mismo año, la política de sometimiento empezó a debilitarse, toda vez que los límites fueron perdiendo su vigencia y las rebajas cobraron carácter automático y acumulativo.

Particularmente la ley 81 de 1993 extendió el sistema de beneficios a toda forma de delincuencia, eliminó la obligatoriedad de la confesión simple, amplió la gama de los mismos, consagró mínimos innecesarios y de aplicación automática y permitió que se sumaran las rebajas propias de la audiencia especial y la sentencia anticipada.

Ante la evidente necesidad de reformular el sistema de beneficios, la ley 365 de 1997, derogó algunas cusales y limitó su aplicación a los siguientes eventos:

a) Que la colaboración sirviera para que las autoridades desarticularan organizaciones delictivas, o logran la captura de uno o varios de sus miembros.

- b) Que la colaboración permitiera la determinación de uno o varios de los miembros de la organización delictiva.
- c) Que la colaboración permitiera la efectiva prevención de delitos o la disminución de las consecuencias de otros ya cometidos o en curso.
- d) Que existiera delación contra los dirigentes de organizaciones delictivas, acompañada de pruebas eficaces de su responsabilidad.
- e) Que la colaboración permitiera la identificación de fuentes de financiación de las organizaciones delictivas o la incautación de bienes destinados a su financiamiento.

El nuevo código reduce aún más los eventos en los que la ley considera eficaz la contribución, limitándola a los siguientes eventos:

- a) la identificación de dirigentes o cabecillas de organizaciones delictivas, acompañada de pruebas sobre su responsabilidad.
- b) La identificación de bienes o fuentes de financiación de organizaciones delictivas, que lleven a su incautación.
- c) La localización donde se encuentra el secuestrado o desaparecido o el suministro de prueba que permita deducir responsabilidad penal del determinador o director, cabecilla, financista o promotor del concierto para cometer delitos o de asociación organizada para los mismos.

En todos los casos, será necesario que la colaboración hubiere constituido soporte de la acusación, incautación de bienes y establecimiento de las fuentes de financiación o localización del secuestrado.

Como se aprecia, la política orientada hacia el otorgamiento de premios por colaboración eficaz ha vuelto a convertirse en instrumento de lucha, exclusivamente contra delincuencia organizada, siendo más exigentes las condiciones para acceder a los mismos, pues se gobierna por la obligatoria observancia de ciertos principios:

*Eficacia.* Que supone que el premio corresponda a una efectiva contribución a la justicia, medida en términos de constituir soporte de la acusación, la incautación de bienes, la identificación de fuentes.

No es eficacia la delación que no contribuya al éxito de la investigación, la delación de un copartícipe sin pruebas, las simples afirmacio-

nes, el contubernio para mutuas delaciones, la colaboración que no adiciona un elemento nuevo, la delación de bienes en otros países que no se puedan recuperar para el Estado.

*Proporcionalidad.* Supone la aplicación de un criterio de justicia conmutativa: Igualdad entre lo que el delincuente da y lo que recibe como premio. En ningún caso los beneficios pueden llevar a la exclusión de la pena, como tampoco a ser concurrentes beneficios con otros consagrados para las mismas conductas. Además, la pena debe consultar los criterios de dosificación previstos en la ley.

*Condicionalidad.* Si las obligaciones previstas judicialmente se incumplen o existe fuga, los beneficios son revocables.

*Formalidad.* Los beneficios se otorgan por el Fiscal general o se Delegado especial. Hoy el Jefe de la Unidad ante la Corte.

No hay beneficios para el reincidente o para el determinador, cabecilla o director o promotor del concierto para adelantar delitos de secuestro.

Los beneficios que para el acuerdo se preven son la rebaja de pena de la cuarta a la sexta parte, la sustitución de prisión efectiva por domiciliaria, la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional y la incorporación al programa de protección de testigos.

### ***Sobre casación***

Como principales modificaciones, se dispone que procederá sobre sentencias ejecutoriadas, (aspecto ya declarado inexecutable por la Corte Constitucional al conocer de las demandas contra la ley que modificó la casación) que tengan prevista para el delito como pena máxima más de ocho años, y se introducen variaciones a la casación excepcional.

Nuestro propósito fue el de hacer una presentación sistemática y organizada de algunas de las reformas, sin más pretensiones que una breve introducción reflexiva al tema; en todo caso, falta ver si la Corte habilita la aplicación de este conjunto de normas, que reiteramos, no son las que nos permitirán superar la crisis actual.