

**EVOLUCION HISTORICA DE LOS CODIGOS
PENALES Y PROCEDIMIENTO PENAL
COLOMBIANOS**

MARIA ESPERANZA ACEVEDO RINCON

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL
ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**MONOGRAFIA DE GRADO
ESPECIALIZACION EN DERECHOPROCESAL
PENAL**

**DIRECTOR
DOCTOR LUIS ALBERTO SANTANA ROBAYO**

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN.

1. ENFOQUES FILOSÓFICOS DE LOS CÓDIGOS PENALES COLOMBIANOS.
2. ENFOQUE DEL CÓDIGO PENAL DE 1936.
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DE 1938.
4. CÓDIGO PENAL DE 1980.
5. CONSTITUCIÓN DE 1886. Y EL CÓDIGO PENAL DE 1980.
6. CONSTITUCIÓN DE 1886 Y FORMAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN LOS CÓDIGOS PENALES DE 1936 Y 1980.
 - 6.1. FORMAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD DEL PLURALISMO AL MONISMO.
 - 6.2. LA COLONIA AGRÍCOLA.
 - 6.3. EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.
 - 6.4. CONCLUSIÓN.
7. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1981.
 - 7.1. DEBIDO PROCESO.
 - 7.2. DERECHO DE DEFENSA.
8. VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

- 8.1.** EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL EN COLOMBIA.
- 8.2.** EL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO.
- 8.3.** REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD FRENTE AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.
- 8.4.** EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN DE LAS PRUEBAS.
 - 8.4.1.** DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA.
 - 8.4.2.** LA RESERVA DENTRO DEL PROCESO PENAL.
 - 8.4.3.** DOBLE INSTANCIA.
 - 8.4.4.** LAS FUNCIONES DE LA POLICIA JÚDICIAL.
 - 8.4.5.** LOS TÉRMINOS PARA RESOLVER LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS INDAGADOS.
 - 8.4.6.** INCIDENCIA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL FUNCIONAMIENTO DEL PODER PÚBLICO.
- 8.5.** DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO.
- 8.6.** EL PROCESO DEBIDO CONTRA INIMPUTABLES.
 - 8.6.1.** DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.
 - 8.6.2.** REHABILITACIÓN Y LIBERTAD.
 - 8.6.3.** LA LIBERTAD.
- 8.7.** INVESTIGACIÓN PREVIA E INSTRUCCIÓN PENAL.
 - 8.7.1.** RELACIÓN ENTRE INVESTIGACIÓN PREVIA Y PROCESO PENAL.
 - 8.7.2.** COMETIDO FUNCIONAL DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA Y MEDIO PARA EJECUTARLO.

- 8.7.3.** ASPECTOS CONFLICTIVOS DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA.
- 8.7.4.** RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA AUSENCIA DE LÍMITE CRONOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA.
- 8.8.** TÉRMINO DE LA INSTRUCCIÓN PENAL.
- 9.** REFORMA CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL LEY 599 Y 600 DE JULIO 24 DE 2000.
 - 9.1.** OBJETIVO DE LA REFORMA.
 - 9.1.1.** REFORMA CONSTITUCIONAL Y ESTABILIDAD JURÍDICA.
 - 9.1.2.** LA DETENCIÓN PREVENTIVA.
 - 9.1.3.** TIPICIDAD.
 - 9.1.4.** DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.
 - 9.2.** ASPECTOS SOBRESALIENTES DE LA REFORMA.
 - 9.2.1.** APERTURA DOGMÁTICA.
 - 9.2.2.** TEORÍA DEL DELITO.
 - 9.2.3.** DELITOS DE OMISIÓN.
 - 9.2.4.** DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE.
 - 9.2.5.** ESENCIA DEL SISTEMA ACUSATORIO.
 - 9.2.6.** MEDIDA DE ASEGURAMIENTO Y RESOLUCIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA.
 - 9.2.7.** CALIFICACIÓN JURÍDICA.
- 10.** CONCLUSIONES.
- 11.** BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Toda Constitución es un esquema de poder. Como toda concepción de poder se refiere y tiene por objeto al hombre, implica una toma de posición, un pronunciamiento sobre la libertad y sus garantías.

La idea de libertad - garantía, de la libertad defendida, o de las garantías constitucionales de la libertad, se atribuye con justicia al constitucionalismo liberal, creado por la tradición inglesa (*Magna Charta*, 1215; *Petito of right* 1627; *Hábeas Corpus*, Act 1679; *Bill of Rights* 1689), su secuencia norteamericana (*Declaración de Derechos de Virginia*, 1776 y *Acta de declaración de la independencia*, 1776), y el movimiento ideológico francés del enciclopedismo y la ilustración que quedó plasmado en la Declaración de Derecho del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Generalidad y oponibilidad al Estado constituyen la esencia de las garantías ciudadanas proclamadas por el liberalismo: mecanismos, prestación, servicio,

procedimiento de vigilancia y control, reparación, control, moderación o intervención, que tiendan a dar seguridad, vigencia real y eficacia a una libertad para todos, es una garantía.

La primera garantía es la supremacía de la Constitución, de los Derechos ciudadanos y de las obligaciones del Estado para con el hombre y la comunidad.

En Colombia, según nos ha dicho la Corte Constitucional, pasamos de un Estado formal liberal de Derecho a un Estado material social de Derecho. Parece un juego de palabras, pero la alta Corporación se ha encargado de precisar el alcance real de ese nuevo esquema.

Este ámbito previo aparece formalizado en la Constitución y las leyes de procedimiento que la desarrollan. Una protección cabal de los bienes jurídicos microsociales solo puede existir en la medida en que se configuren los bienes jurídicos institucionales de las garantías al ejercicio de los Derechos de las personas. Más aún, la profundización del Estado de Derecho social y democrático requiere de una aplicación y perfeccionamiento de las garantías, éstas tienen que convertirse en su nota característica, justamente porque permiten aumentar la participación y autonomía social de los miembros de la colectividad.

Por principio, las garantías establecen una relación entre Estado y colectividad, constituyen un límite a la intervención del Estado y sus agentes. La historia política

del Estado moderno está trazada por la lucha de los ciudadanos encaminada a obtener garantías a sus Derechos. Lo propio del contenido de las garantías es el establecimiento de un marco infranqueable para la autoridad, de ahí la importancia de su protección penal.

Ley Penal y Constitución es el objeto de este trabajo. El punto de vista del desarrollo es la comparación de las Constituciones que nos han gobernado, con los textos legales, penales y de procedimiento a través del tiempo y al amparo de la jurisprudencia de la más alta instancia constitucional

1. ENFOQUES FILOSÓFICOS DE LOS CÓDIGOS PENALES COLOMBIANOS.

Es difícil encontrar raíces filosóficas en los Códigos Penales Colombianos: En el de 1980, por ejemplo, intervinieron varios Presidentes de la República, muchos Ministros de Justicia, varias comisiones redactoras compuestas de heterogéneos miembros, un importante número de congresistas y la consulta de códigos extranjeros como el Italiano, el Español, el Brasileño y el proyecto del Código Penal Tipo para América Latina.

Con todo, es imposible que no aparezcan influencias ideológicas contemporáneas a la redacción. Se identifican varios periodos evolutivos de las ideas penales en Colombia.

En 1822 el General Santander dio los primeros pasos para elaborar un código penal propio de las nuevas tierras libres y así lo solicitó al Congreso en mensaje de Mayo 28 de 1823. Las Cámaras expedieron uno en 1836 pero Santander lo objetó porque tenía muchos errores, a pesar de la necesidad que existía de unificar la legislación penal. El Congreso estudió las objeciones, introdujo modificaciones y se convirtió en Código Penal de 1837 expedido el 27 de junio.

En el primer Código Penal para la Nueva Granada, el de 1837, se identifica el utilitarismo benthamista. El General Santander adoptó los textos del filósofo inglés para la enseñanza oficial de la Gran Colombia. Bolívar los suprimió pero la influencia fue notoria. Muerto el Libertador, el Código Penal de 1837 fue inspirado por: (i) las consecuentes ideas de Santander en el poder; (ii) las convicciones del profesor Vicente Azuero a quien se debe en buena medida su redacción y quien era corresponsal de Bentham; y (iii) el modelo del Código Penal Francés de 1810 y el Español de 1822 que tuvieron como fuente filosófica las ideas de Bentham.

Ese código era prácticamente una narración casuista: tenía 918 Artículos (el de 1936 tenía 435). Estableció la pena de muerte incluso para los delitos políticos. Una inequívoca muestra de la manera como se manejaban las relaciones con la oposición.

La Constitución de 1863 respetuosa de la libertad y de los Derechos humanos consagró la inviolabilidad de la vida humana, eliminó la pena de muerte y se ocupó de otros asuntos propios penales. Después de esta Constitución se dictó un nuevo Código Penal, con base en los principios consignados en ella, lo que se hizo casi diez años después, en junio 26 de 1873, por medio de la ley 112, sancionada por el Presidente Manuel Murillo Toro.

Bajo las luces de la libertaria y angelical Constitución de Rionegro parece que se hizo un esfuerzo por actualizar las disposiciones penales, pero en la práctica se reprodujo el texto de 1837. Se suprimió sí la pena de muerte porque el Artículo 15.1. de la Constitución declaró la inviolabilidad de la vida humana, en virtud de la cual el Gobierno general y de los Estados (Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, de acuerdo con el Artículo 1º) se comprometieron a no decretar en sus leyes la pena de muerte.

La nueva Constitución del 5 de agosto de 1886 por la cual desaparecieron los Estados Soberanos, impuso un nuevo Código Penal, promulgado al año siguiente, que rigió desde 1890 hasta 1936. Con todo, era substancialmente el mismo de 1858 aprobado para el Estado de Cundinamarca. El que a su vez fue inspirado en los Códigos Españoles de 1822.

Era una consecuencia del nuevo sistema constitucional, de carácter centralista y el cumplimiento de la ley 57 de 1887 que unificó la legislación, tomándola principalmente de la que regía en el Estado de Cundinamarca.

Los fundamentos básicos del Código de 1873 fueron llevados al de 1890, año en el que se expidió no uno nuevo, sino el mismo, con algunas modificaciones.

Este código, revivió la pena de muerte que imponía el Código de 1837, abolida en el año de 1873, y eliminada definitivamente por el acto legislativo 03 de 1910.

Desde finales del siglo XIX se iniciaron y adelantaron movimientos renovadores de la ciencia penal. En Italia, en 1890 se expidió un nuevo Código, pero entre 1909 y 1914 se publicaron los anteproyectos de Código Penal para Austria, Suiza y Alemania, fundados en principios y postulados totalmente diversos de los que informaban el Código Italiano de 1890.

Las necesidades de los nuevos países surgidos con base en el tratado de Versalles (Polonia, Checoslovaquia y Yugoslavia) y el cambio sustancial de las condiciones de

vida después de la primera guerra mundial, hacía indispensable reformar la ciencia penal.

En 1912, el profesor José Vicente Concha (Presidente de la República a la postre) elaboró un proyecto basado en el *Código de Zanardelli* vigente en Italia desde 1890. Fue aprobado en 1922 cuando una nueva escuela y un proyecto de nuevo código hacía carrera en Italia: el positivismo de Ferri. El aplazamiento de la vigencia hasta que el texto quedó con dato histórico, fue la consecuencia inmediata.

Mediante la ley 81 de 1923 conformó una comisión pluralista: RAFAEL ESCALLÓN, PARMENIO CÁRDENAS, LUIS RUEDA CONCHA (Sobrino de JOSÉ VICENTE CONCHA) y JOSÉ ANTONIO MONTALVO. Los dos primeros, simpatizaban con la Escuela Criminal Positiva y el último era partidario de las ideas clásicas. La comisión funcionó durante los años 1924 y 1925. Todos eran conservadores salvo PARMENIO CÁRDENAS.

El proyecto que cada uno entendía a su manera, nunca fue realidad, pero sus lineamientos generales sirvieron de guía a la comisión redactora del código de 1936, lo cual no era de extrañar, ya que dos de sus componentes hicieron parte de la misma.

El gobierno contrató una comisión presidida por ANTONIO CÓRDOVA sustituto del procurador del Rey en Milano. Se redactó un proyecto de acuerdo con los postulados de la Escuela Clásica, del que se dice, Ferri calificó de “*paleontología jurídica*”. Tal vez por esta demoledora calificación, el texto ni siquiera fue puesto a consideración del Congreso.

Luego de la hegemonía conservadora, el gobierno liberal del Presidente ENRIQUE OLAYA HERRERA y del Ministro de Justicia GABRIEL TURBAY dictó la ley 20 de 1933 por la cual conformó una comisión homogénea de penalistas positivistas: CARLOS LOZANO LOZANO, RAFAEL ESCALLÓN, PARMENIO CÁRDENAS y CARLOS V. REY. La comisión trabajó durante 1934 y parte de 1935. Todos eran conservadores salvo RAFAEL ESCALLÓN.

El código era positivista y fue aprobado en 1936 por un parlamento liberal. La ley fue sancionada por el Presidente OLAYA HERRERA y su Ministro de Justicia ALBERTO LLERAS CAMARGO con el número 95 de Abril 24 de 1936.

El Código se expidió durante el reacomodamiento liberal luego de la comúnmente llamada Hegemonía Conservadora (1886-1930). Las transformaciones tuvieron un marcado acento económico (actos legislativos de Septiembre 20 de 1930, Septiembre

8 de 1932 y Agosto 5 de 1936) pero marcaron definitivamente todos los ámbitos de las relaciones Estado - ciudadanos.

2. ENFOQUE DEL CÓDIGO PENAL DE 1936.

La defensa social en concepto de Ferri, era más eficaz y más completa que el libre albedrío o responsabilidad moral como requisito de la responsabilidad penal, pues se ejerce contra todos los delincuentes, sean normales o sean anormales. De ahí que en sus obras, como en el anteproyecto código para Italia escribiera “...*Los autores y copartícipes de un delito son siempre legalmente responsables, salvo los casos de justificación del hecho...*”.

Se consagró el principio de la responsabilidad legal, o sea, la responsabilidad del que cometa acto antisocial calificado como delito y cualesquiera sean las condiciones síquicas en que se encuentre. Esto constituyó una innovación fundamental.

El proyecto de Código positivista italiano influyó las legislaciones de muchos países. En Colombia se siguió muy de cerca; los comisionados CARLOS LOZANO LOZANO y RAFAEL ESCALLÓN, por ejemplo, fueron alumnos de Ferri. En aquel

texto la formula de la responsabilidad se consignó así: *“Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código”*.

Como consecuencia de esta norma, se estructuraron tres grandes instituciones de manera concreta: La condena condicional, el perdón judicial y la libertad condicional.

El proyecto Ferri, resultó de la comisión conformada por Garófalo, Florián y otros, no rigió en Italia por causas políticas: En 1922 ascendió Benito Mussolini al poder. Retrospectivamente vemos hoy injustas las críticas formuladas según la cual Colombia adoptó un código que no tuvo vigencia ni siquiera en su propio país de origen. Las razones no fueron la falta de rigor sino la incompatibilidad política con el régimen. El Código Penal Italiano de 1930 por ejemplo, fue severísimo con los delitos políticos.

Según uno mismo de los comisionados al redactar el código, no se descuidó la consideración de que una cosa era el positivismo jurídico o metafísico, preconizado por Comte, que lleva hasta el determinismo de las ideas, o la ejecución fatal e irresistible de las acciones humanas, y otra, el positivismo como un método práctico, como una aplicación experimental en el estudio de los hechos sociales, pero sin someterlos a preceptos de índole dogmático.

El código positivista estableció la sentencia indeterminada para los locos delincuentes. El argumento fue que no contábamos con un satisfactorio tratamiento penitenciario. Es decir, que los ciudadanos debían correr con los riesgos de la incapacidad del Estado.

Algunos autores se convirtieron en profetas del pasado porque muchos años más tarde calificaron de contrasentido la aprobación de un Código positivista dentro de un Estado liberal democrático por lo siguiente: se defiende la libertad pero el juez tiene discrecionalidad para escoger e imponer la pena, una pena que tiende al castigo y no a la prevención y para prevenir imponía medidas de seguridad pre - delictivas, todo lo cual repugna a un Estado liberal. Según ellos, el naturalismo y la antropología positivista campeó a partir del Código de 1936 y fueron relegados los conceptos de imputabilidad, culpabilidad, el fundamento moral del Derecho de castigar.

Los conceptos de imputabilidad y culpabilidad en el Código Penal de 1936 estuvieron muy lejos de lo que se quiere mostrar ahora. Esto lo veremos cuando se contrasten esas categorías entre los Códigos Penales de 1936 y de 1980.

En cuanto a la parte especial del Código, QUINTANO RIPOLLÉS afirmaba que era la parte fiel a las tradiciones hispánicas, por ser menos apta para el despliegue de los lujos verbalistas del positivismo y requerir un tecnicismo más preciso y de inmediata aplicación práctica. Parece que la estructura de la mayor parte de los títulos provenía del Código Penal Español, y hasta en la construcción de los tipos básicos, incluso con sus defectos más notorios. En delitos como el de la falsedad, dice, apenas se hace otra cosa que reproducir los tan vilipendiados textos españoles.

3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DE 1938.

Como complemento del Código Penal se expidió un Código de Procedimiento Penal que siguió el denominado sistema mixto. Parcialmente se acogió el sistema anterior marcadamente inquisitivo, y de otra se tomó el acusatorio propio de los países anglosajones por extraño a la idiosincrasia y a la tradición jurídica de los países latinos. Fue expedido por la ley 94 de Mayo 12 de 1938.

4. CÓDIGO PENAL DE 1980.

El Código Penal de 1980 acogió a todas las tendencias filosóficas y penales. Se identifica un código de tendencia culpabilista, es decir, un código homocentrista centrado en el aspecto subjetivo. En la hermenéutica se han encontrado razones a su favor, las tendencias más disímiles, desde la clásica y la neoclásica hasta la criminología crítica.

El profesor LUIS CARLOS PÉREZ afirma que este Código Penal guardó espacio a las tesis marxistas sobre la libertad del hombre porque la falta de libertad es una forma de alienación; y el delito es una insuficiencia de poder. Acepta el sistema penal como instrumento del poder político dominante impuesto según sus conveniencias.

El Doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA admite el Derecho Penal como un mal necesario. Acepta que este Código Penal facilita el cambio hacia una sociedad más libre, igualitaria y pluralista.

5. CONSTITUCIÓN DE 1886 Y EL CÓDIGO PENAL DE 1980.

La Constitución de 1886 no sigue, ni exige específicamente doctrina o escuela alguna del Derecho Penal, sea ella teleológica o finalista, positivista, culpabilista, dogmática o cualquier otra, o así se hallen todas ellas, con otras, integradas.

Por esta razón, el legislador ordinario podía trazar libremente los derroteros ordinarios del Derecho Penal, con una sola condición limitante: la de que son compatibles con los principios generales del texto constitucional; es decir, que no estuvieran prohibidos por norma alguna de la Carta o que estén permitidos por la misma.

Así, cuando se admiten principios de una escuela o de un dogma doctrinario del Derecho Penal en la legislación nacional, si su preservación no es constitucionalmente obligatoria, y si su abolición no está prohibida, hay que entender

que ésta es permitida sin que se produzca por parte del legislador inconstitucionalidad alguna por omisión.

La culpabilidad, doctrinariamente orientada por concepciones psicológicas o finalistas, es en todo caso la actitud consciente y voluntaria del agente, de lo antijurídico, que da lugar a un inevitable juicio personal de reproche que contrasta con la forma sabida en que él hubiera podido o debido actuar, o que determina la conciencia subjetiva de reprochabilidad.

El concepto de culpabilidad del Artículo 5° del Código Penal descarta por incompatible el presupuesto de la mera peligrosidad, según la cual, el bien jurídico tutelado y la defensa de la sociedad no pueden quedar impunes frente a la lesión antijurídica, así ella no halla sido reprochable y culpable, pues la responsabilidad del agente no se vería exonerada, simplemente, no sería meramente punitiva, sino también reparadora, preservadora o rehabilitadora.

Proscrita la peligrosidad como fundamento posible del hecho punible, queda también lógicamente eliminada la responsabilidad objetiva del agente, según la cual, la simple acción u omisión lo hacen responsable; así no sea culpable o imputable.

Como en el Artículo 5° del Código Penal, el legislador definió la culpabilidad como condición indeclinable para considerar una conducta típica y antijurídica como hecho punible, quedaron proscritas de la legislación penal tanto la peligrosidad como la responsabilidad objetiva.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia aprobó en Agosto 4 de 1988 el proyecto presentado por el Doctor JAIME SANIN GREIFFENSTEIN, Magistrado de la Sala Constitucional, según el cual la orientación filosófica del Código Penal vigente y de la cual se desprenden sus prescripciones positivas es la llamada culpabilista que parte del supuesto del libre albedrío, estructura del hecho punible alrededor del elemento esencial de la culpabilidad del agente imputable y no admite pena sin culpabilidad así como coloca a ésta como fundamento primario y medida principal de la sanción, todo ello separándose conceptualmente de los principios de la Escuela positivista que inspiraron el Código Penal anterior, que lo fue la Ley 95 de 1936 y que dejaba sus normas en la peligrosidad del delincuente y en la necesidad de defensa de la sociedad. Conforme a la primera, la responsabilidad es moral y es social de acuerdo con la última.

Son determinantes los Artículos 5 y 35 del Código Penal vigente, conforme con los cuales *“para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con*

culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva” (Art. 5) y “nadie podrá ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención” (Art. 35). Por esto, pues “para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable” (Art. 2) a más de que, en el caso concreto, sea atribuible por relación de causalidad al agente imputable (Art. 21).

Sin embargo según el pronunciamiento, no se sigue que el actual estatuto penal haya desechado todas las instituciones jurídicas contempladas en el anterior, ni autoriza para sostener que éste consagraba responsabilidad objetiva alguna, tal vez con excepción del fenómeno de la reincidencia (Art. 34) y del delito imposible (Art. 18) que indudablemente si desaparecieron del Código Penal.

Por el contrario, debe decirse, muchos de los preceptos de los dos códigos son substancialmente iguales y ambos aun exigen culpabilidad, descartan la responsabilidad objetiva - con las excepciones mencionadas - consagran causales casi idénticas de justificación del hecho, de inculpabilidad, llamadas antes de exculpación y de inimputabilidad, establecen criterios comparables para la fijación de la pena y toman en cuenta elementos de juicio similares para reglamentar los subrogados o sustitutos penales esto es, la ejecución condicional de la sentencia y la libertad condicional.

Las funciones de la pena, que el código actual enumera en su Artículo 12, el cual se las atribuye como “*retributiva, preventiva, protectora y resocializadora*” y que el anterior no declaraba, son en ambos coincidentes, al menos en cuanto a sus características de protección, prevención y adecuación del delincuente a la vida en sociedad.

La Corte no examinó en detalle todas y cada una de las condiciones y similitudes que en los puntos antes enumerados presentan los dos estatutos, porque no era ese el problema de la decisión, como ejemplo, comparó los criterios prescritos por ambos para individualizar la sanción.

En efecto, el Artículo 36 anterior ordenaba graduar la sanción “*según la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor y menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente*”, al paso que el actual ordena que “*el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de la culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente*” (Art. 61), normas que son equivalentes, especialmente si se considera que los “*motivos determinantes*” antiguos corresponden ajustadamente al “*grado de culpabilidad*” nuevo, y que hay casi una identidad total entre “*las circunstancias de mayor o menor peligrosidad*” del viejo y las “*circunstancias de atenuación o agravación*” del presente, como pasa a verse.

A este respecto conviene empezar por destacar que en un aspecto fundamental de la graduación de la pena, hay identidad completa entre el Artículo 67 del Código Penal de 1980 y el Artículo 39 de 1936, pues aquél dice *“solo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo cuando concurran exclusivamente de atenuación...”* y este decía: *“solo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad”*.

En relación con las *“circunstancias de mayor o menor peligrosidad”* del Código derogado y a las *“circunstancias de atenuación y agravación punitiva”* del vigente, basta comparar el Artículo 37 de aquél con el 66 de éste para encontrar que el nuevo conserva 12 de las 16 *“circunstancias de mayor peligrosidad”* anteriores como *“circunstancias de agravación”* nuevas y que de las 15 que integran la lista de ésta, 12 vienen de aquellas, incluyendo elementos tan sumamente típicos de los postulados positivista como la *“mayor insensibilidad moral en el delincuente”* (numeral 6 anterior y 3 actual), adicionados con la referencia a *“una mayor perversidad”* que registra el estatuto de hoy y que no existía en el pasado. Y en cuanto a las *“circunstancias de menor peligrosidad”* o *“circunstancia de atenuación”*, el Artículo 64 de este Código consagra 10 de aquellas que son iguales a otras tantas de las 12 de aquellas en su Artículo 38. También es notable que ambas leyes admitan la analogía

para buscar y aplicar otras circunstancias favorables al reo (Artículos 39 y 65 respectivamente), utilizando para ello exactamente las mismas palabras.

En cuanto a la alegación de que no puede invocarse la peligrosidad por haber desaparecido del nuevo Código Penal, la Corte dijo que eso no era cierto. El Código Penal de 1980 ha fundado la pena primordialmente en la culpabilidad, siguiendo el principio universal “*tot culpa, tot pena*” dando con ello un vuelco a la orientación penal sustantiva que en el anterior Código se asentaba no principalmente en la cantidad de daño causado sino en la capacidad de causarlo y que en el nuevo se rige por la cantidad y la forma como intención y voluntad, es decir, la libertad de conocer y decidirse, que hay en cada acto.

Así pues, no es desacertado mencionar en la vigencia del nuevo Código la capacidad de delinquir para efecto de la medición de la pena y de otras consecuencias del acto delictuoso. En las circunstancias de agravación punitiva que menciona el Artículo 66 varias se relacionan directamente con la peligrosidad, tales como lo motivos del acto (Numeral 1) la insensibilidad del delincuente (Numeral 2), la conducta que indica una mayor perversidad (Numeral 13).

Lo que pasa es que ya no se sanciona sólo la capacidad de delinquir como ocurría antes cuando se castigaba el delito imposible y la reincidencia, sino que ahora toda pena debe tener como fundamento un hecho penalmente ilícito y como medida principal la libertad de obrar en que el delincuente estuvo en el momento del acto y la conciencia y la voluntad de su conducta.

El Doctor JULIO SALGADO VÁSQUEZ en calidad de conjuer aclaró su voto de manera importante porque según él, la Corte repetía el lugar común de que el Código Penal de 1936 era peligrosista, en tanto que el de 1980 es culpabilista.

Esto en su concepto era así. La comparación de esos dos estatutos sirve para mostrar que ambos códigos son culpabilistas, esto es, que el hecho punible se sanciona con penas cuando son intencionales o culposas (Art. 12 del C. P. 36). O cuando se “*ha realizado con dolo, culpa o predeterminación*” (Art. 35 C. de P. P. 80).

La reiterada afirmación de que el C. P. 36 no se fundamentaba en la culpabilidad, sino en la capacidad de peligro demostrada por el autor del delito, es un error que no encuentra respaldo en el Artículo de dicho estatuto. Lo que ocurrió fue que para la década de los años 30 estaba de moda en Colombia la Escuela Criminal del Positivismo, y como las actuales circunstancias de agravación y atenuación punitivas

se denominaron de mayor o menor peligrosidad en el Código de 1936, se generalizó el empleo del término peligrosidad a todo el código, desconociendo que todas las infracciones, para ser castigadas con penas, requieren el elemento culpabilista del dolo y de la culpa. La preterintención es el resultado de un tercer elemento subjetivo, proveniente de la combinación del dolo y de la culpa.

El Doctor RODOLFO MANTILLA JACOME también aclaró su voto porque no es cierto que el Código Penal de 1980 haya significado el paso del peligrosismo al culpabilismo, como lo sostiene la Corte en su decisión. En su criterio, el Código Penal de 1936 tenía en lo fundamental estructura culpabilista como también el actual Código Penal.

Nadie discute que en el estatuto anterior, la responsabilidad penal de las personas y la pena con las que se les sancionaba tenía como presupuesto la relación de un comportamiento imputable a título de dolo, culpa o preterintención, en idéntica forma al actual Código Penal. Ocurría si, que el Código Penal de 1936 tenía algunas instituciones que constituían vestigio de responsabilidad penal objetiva, tales como la reincidencia y el delito imposible que fueron eliminados en el actual Código Penal, sin que ello permita afirmar que el código de 1980 sea absolutamente culpabilista, porque en él se reproducen instituciones que implican también responsabilidad objetiva, tal es el caso del compromiso penal de los ininputables que solo realizan

conducta típica y antijurídica, sin culpabilidad; o lo que ocurre con los delitos agravados por el resultado, como es el caso del acceso carnal seguido de embarazo, donde este último resultado se imputa objetivamente sin atinencia del contenido de la voluntad del autor en torno al embarazo; o la regulación de las acciones preordenadas (*actio liberae in causa*), y por último, el reconocimiento de la peligrosidad en los criterios dosimétricos en la aplicación de la pena.

En suma pues, según los profesores SALGADO y MANTILLA, se debía poner fin a esa “*leyenda jurídica*” de que el C. P. del 80 significó el paso del peligrosismo al culpabilismo, porque uno y otro estatuto son fundamentalmente culpabilistas y el actual conserva aún en forma preocupante instituciones de responsabilidad penal objetiva.

6. CONSTITUCIÓN DE 1886 Y FORMAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD EN LOS CÓDIGOS PENALES DE 1936 Y 1980.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia aprobó en Abril 11 de 1986 una trascendental ponencia del Magistrado RICARDO MEDINA MOYANO, en el cual se establecía la interpretación constitucional del Artículo 377 del Código Penal de 1980 sobre el transito de legislación, en relación con quienes estuvieren cumpliendo condena de presidio o de relegación a colonia agrícola, suprimidas por el nuevo ordenamiento. Los temas relevantes fueron los siguientes.

6.1. FORMAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD DEL PLURALISMO AL MONISMO.

De modo similar a lo ocurrido con otros Códigos Penales, el Código Penal Colombiano, respecto del arsenal punitivo atiende al número y naturaleza de las penas privativas de la libertad, ha evolucionado dentro de un proceso de reducción y simplificación progresivas, que a partir de un amplio pluralismo,

se ha movido en forma acelerada hacia formas mucho más simplificadas, llegando incluso a reducir dichas penas a una sola. Así se observa por ejemplo que el Código Penal de 1890, en el cual se trasunta substancialmente el de 1837, consagraba en tal sentido en su Artículo 40 cuatro penas privativas de la libertad, a saber: el presidio, la reclusión, la prisión y el arresto.

Más tarde, en 1936 un nuevo Código Penal, en el marco de la transformación constitucional y legislativa vivida por el país en tal época, y según lo dispuesto en los Artículos 40 y 41, se conservaron la pena de presidio y la de arresto, suprimiéndose la de reclusión e introduciéndose, como se explicará más adelante la sanción de relegación a colonia agrícola.

En las últimas décadas se impone en el mundo penal la tesis de reducir al máximo, y en lo posible de unificar las penas primitivas de la libertad, llegándose en muchos códigos contemporáneas, como el Código Penal Alemán a establecer drásticamente una teoría monista, consagrando como única pena privativa de la libertad, la de la prisión.

Teniendo en la mira dicha evolución, los anteproyectos de 1974 y de 1978 y finalmente el Código Penal de 1980 persiguieron la aludida simplificación y fue así como este último. en su Artículo 41, adoptando una posición dualista redujo a dos las penas privativas de la libertad; esto es, la prisión y el arresto. A pesar de las causas que han generado la glosada transformación punitiva, conviene observar sin embargo, que ella se inspira en importantes razones de orden técnico penológico, como en razones de orden pragmático, vinculadas con frecuencia a la mermada importancia que se le ha atribuido al sistema penitenciario, y que ha impedido la creación del numeroso grupo de establecimientos requeridos por la excesiva cantidad de penas privativas de la libertad.

6.2. LA COLONIA AGRÍCOLA.

Si bien no sería difícil encontrar antecedentes remotos en la historia penológica del país, es preciso reconocer que fue aquél importante Código Penal de 1936 el que introdujo la pena de Relegación a Colonia Agrícola, respondiendo así, entre otras cosas a características del país, ciertamente incuestionables, propias de su estructura agro - social y económica.

Dicho código consagró además dos clases de Colonias Agrícolas, ambas como sanciones según su filosofía punitiva:

1. La “Relegación a Colonias Agrícolas Penales” en el Artículo 42. Obsérvese que se habla de Colonias Agrícolas Penales, en plural, dejando así la posibilidad reglamentaria de diversificación de las mismas, de acuerdo con las peculiaridades regionales del país; y;

2. “ La Colonia Agrícola Especial ” prevista como medida de seguridad en el Artículo 61.

Conviene advertir que, al contrario de lo afirmado por los actores, si en la Relegación a Colonia Agrícola Penal se hallaba consagrada como pena accesoria, igualmente, lo estaba como pena principal, según el Artículo 42; como también que prevista ciertamente tal pena como accesoria, no solamente se aplicaba en casos de reincidencia, sino que así mismo podía aplicarse en el llamado concurso materia de delitos según el Artículo 33 de la citada codificación.

El Código Penitenciario, esto es, el Decreto Legislativo 1405 de 1934, elaborado como es bien sabido por la misma comisión que redactó luego el Código Penal, disciplinó ampliamente lo relativo a las “Colonias Agrícolas Penales” en su Artículo 277 y siguientes, clasificándolas entre otras cosas, en Colonias de primera y segunda clase.

Por su parte el Decreto Legislativo 1817 de 1964 reformativo del anterior consagró todo el título séptimo a la regulación de tales colonias, clasificándolas según el Artículo 341 en tres categorías y precisando minuciosamente su funcionamiento.

Es importante advertir que la creación de las Colonias Agrícolas respondió a un movimiento universal concentrado en Italia en el “*regimen all aperto*”, antecedente indispensable de la prisión abierta, etapa final de la prisión, y máxima aspiración de la penología contemporánea.

El Código Penal de 1980 eliminó tanto la Colonia Agrícola Penal como la Colonia Agrícola Especial como un tipo específico de sanciones, según los Artículos 41 y 42, pero prudentemente y sin olvidar la ya anotada realidad nacional previó en el Artículo 45 la existencia lática de tales colonias como establecimientos carcelarios en los cuales se puede cumplir, ya la prisión, o bien el arresto.

6.3. EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

Pese a la importancia trascendental que tiene la ejecución en general de las penas, y por supuesto en forma especial, la ejecución de las penas privativas de la libertad, desde el punto de vista criminológico, penológico y aún filosófico político, cabe destacar sin embargo, la poca importancia que a menudo se da a tales aspectos, originándose así una corriente legislativa doctrinaria que ha pugnado y al parecer con éxito, por la eliminación de los Códigos Penales y de procedimiento penal, a juicio de tales corrientes deben responder a los códigos destinados concretamente a la ejecución de las penas, esto es a los códigos penitenciarios.

De consiguiente es preciso llamar la atención sobre este aspecto fundamental; el Código de 1980 no solamente redujo a dos las etapas privativas de la libertad, sino que además no determinó la forma como deben cumplirse tales sanciones. Se obró pues del modo totalmente diverso al previsto en el Código Penal de 1936, el cual en sus Artículos 43, 44, 46, 47 y 48 si determinaba la forma en que debían ejecutarse las penas privativas de la libertad allí previstas.

Lo anterior significa que el legislador de 1980 remitió a otro cuerpos normativos, seguramente al código de procedimiento penal o al código penitenciario la regulación

de los aspectos relativos al cumplimiento de tales penas, como que el propio Artículo 45 del código dispone que la prisión y el arresto “se cumplirán en los lugares y en la forma prevista por ley”.

Ahora bien: es preciso añadir sin embargo, que el código de procedimiento penal en vigor, pese a dedicarle un libro, el cuarto, a la “Ejecución de las Sentencias” del Artículo 665 en adelante, en el cual se reglamenta lo relativo a la ejecución de casi todas las penas de las medidas de seguridad, no se refiere al cumplimiento de las penas privativas de la libertad.

Por su parte el ya aludido Código Penitenciario a pesar de regular en general el Régimen de los Condenados en el Título Sexto, lo hace en forma general, sin precisar concretamente lo relativo a la pena de prisión. El vacío aparente de estas dos codificaciones se explica fácilmente, si se tiene en cuenta que el Código Penal del año 36 que desarrollaba y complementaba, consagraba normas concretas sobre la ejecución de las penas privativas de la libera, como ya se ha visto.

Desde luego en este aspecto de la ejecución de las penas, también debe tenerse en cuenta que según el Artículo 45 del código de 1936, la pena de prisión podría cumplirse en un establecimiento “destinado al efecto” como también en una “Colonia

Agrícola Especial”; y que según el Artículo 348 del Decreto 1817 de 1964 reformativo del código penitenciario : “los condenados a la pena de prisión o un arresto por un tiempo menor a dos años, podrán ser llevados a las Colonias Agrícolas de segunda clase.

No parece asistir razón a los actores, en presencia de las normas anteriores, cuando afirman que al momento de dictarse el nuevo Código Penal, los únicos que se encontraban purgando pena en las Colonias Agrícolas eran los reincidentes. Entre otras cosas es natural que desapareciera la reincidencia del nuevo Código Penal, quienes se encontraban descontando una sanción por tal concepto, se supone por supuesto que en razón de hechos constitutivos de tal figura, son acreedores a la libertad, por lo cual entiende la corte que el Artículo 377 materia de la impugnación no abarca en su aplicación los reincidentes.

6.4. CONCLUSIÓN.

a) No existe por lo tanto, como ya se ha visto, una norma vigente que determine cual es la forma en que se debe cumplir la pena de prisión, lo cual sería absolutamente indispensable para poder deducir si realmente el Artículo demandado ha violado el principio de favorabilidad consagrado en la Constitución. Los propios actores para

llegar a la conclusión de inexequibilidad se ven obligados a comparar una forma derogada, el Artículo 57 del Código Penal anterior, con las normas igualmente derogadas del mismo Código, relativas a la ejecución de la pena de prisión.

b) En otras palabras no consagrando consiguientemente el Código Penal en rigor, normas sobre el cumplimiento de la pena de prisión, no es posible concluir que el Artículo demandado viole el principio de favorabilidad y de contera el Artículo 26 de la Constitución. Por otra parte, el mero hecho de que la relegación a Colonia Agrícola Penal pueda ser aplicada como pena accesoria, por si sólo no es suficiente para determinar su mayor o menor favorabilidad; pero si ello se prestara a alguna duda, ya se ha entendido suficientemente, que aquí no se trata de cambiar una pena menos grave por otra de mayor gravedad, sino de precisar que el cumplimiento de la relegación a Colonias Agrícolas Penales se realizará, como si se tratara de la pena de prisión, y ya se ha visto según el código penitenciario la prisión podía cumplirse en las Colonias Agrícolas.

En efecto, según el C. P., la prisión, por su duración de 6 meses a 8 años (Art. 45) como por el hecho de no estar obligado al condenado a trabajar fuera del establecimiento (Art. 47) resulta en general más favorable que la Relegación a Colonia Agrícola Penal, cuya duración (Art. 45) era de 1 a 20 años y en cuyo caso el condenado (Art. 57) si podía ser obligado a trabajar en Obras Públicas.

Por último se observa que nada de lo ordenado en el Artículo 377 materia de la censura autoriza para pensar que, quien se encontraba cumpliendo la pena de Relegación a Colonia Agrícola en un establecimiento destinado al efecto, al entrar en vigencia el nuevo Código Penal debía entonces ser trasladado a un establecimiento destinado al cumplimiento de la pena de prisión. Por el contrario, el citado Artículo da a entender a las claras que lo que ocurre es que seguirá descontando el tiempo a que hubiera sido condenado, pero sin haber conversión de pena, sino apenas teniendo en cuenta la duración de aquella.

El Doctor ALFONSO REYES ECHANDIA y otro grupo distinguido de magistrados, salvaron el voto porque consideraron que la Colonia Agrícola Penal a que se refiere el Artículo 377 de la actual codificación punitiva puede entenderse en dos sentidos, de acuerdo con el Código Penal anterior; como establecimiento penitenciario rural donde podía descontarse eventualmente la pena de prisión, o como pena accesoria; en esta última modalidad, solamente era imponible en dos situaciones a saber; al responsable de concurso material de cuatro o mas delitos siempre que “*La naturaleza y modalidades de los hechos ejecutados, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente demostrasen en éste una tendencia persistente al delito*” (Art. 33 inciso 2 C. P.), y al reincidente en las condiciones y circunstancias precisadas en el inciso segundo del Artículo 34 de aquella misma codificación.

Pero ocurre que el nuevo código suprimió la colonia penal como pena accesoria, no la creó como pena principal, eliminó la reincidencia como fenómeno jurídico generador de consecuencias punitivas y borro cualquier castigo adicional para el responsable de concurso delictivo, con lo que aquella institución penitenciaria dejó de existir como sanción penal.

Ahora bien, si se entiende el Artículo en el sentido de que personas condenadas a Colonia Agrícola Penal como responsables de concurso material de delitos o en razón de su reincidencia, con fundamento en los Artículos 33, inciso 2 y 34, inciso 2 del Código Penal anterior, deben seguir cumpliendo una pena que ya desapareció y han de seguirla descontando, además, como principal de prisión, síguese que la norma en cuestión resulta violatoria de los principios constitucionales de legalidad y de favorabilidad porque se continua sancionando a persona por hecho o fenómeno que ya dejó de ser punible (la reincidencia) o cuya pena fue suprimida (Colonia Agrícola para el concurso material) y porque se ha convertido una pena necesaria ya extinguida en pena principal de otra naturaleza.

Las Colonias Agrícolas Penales como establecimientos rurales continuaron en pie y en ellos pudieron descontar pena de prisión de quienes hubieron sido condenados a tal sanción, pues el Artículo 45 del Código Penal de 1980 dispuso que esta clase de pena se cumpla *“en los lugares y en la forma prevista por la ley”*.

7. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1981

El Congreso de la República mediante la ley 6ª de enero 24 de 1979 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de dos años, con base en el numeral 12 del Artículo 76 de la Constitución (Artículo 11 del acto legislativo de 1968), para que expidiera y pusiera en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, siguiendo los lineamientos generales del anteproyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por el gobierno del Presidente ALFONSO LÓPEZ MICHELSEN, a la Cámara de Representantes el día 3 de agosto de 1978.

Los parámetros serían básicamente los siguientes :

a) La orientación filosófica del Código consultará los principios constitucionales y de universal vigencia que garantizan los Derechos de la sociedad sin desmedro del procesado, tales como el de legalidad, Derecho de defensa, favorabilidad, presunción

de inocencia, igualdad, lealtad entre las partes y el de adecuación a los tratados internacionales relativos a los Derechos Humanos del individuo.

b) La estructura general del proceso descansará sobre una función instructora, una función de acusación y una función de juzgamiento.

c) El proceso se organizará sobre un sistema mixto, con marcada acentuación hacia el acusatorio, eliminando el auto de proceder, el sobreseimiento temporal, y en lo posible el procedimiento escrito, además se consagrará el principio de la excarcelación.

El gobierno del Presidente TURBAY AYALA expidió el Decreto 181 de 1981 por medio del cual se promulgó el nuevo Código de Procedimiento Penal.

En octubre 2 de 1981, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable las siguientes normas :

- Artículo 151,. inciso 2 “Contra los actos realizados por los funcionarios de investigación y acusación no procede recurso de ninguna naturaleza”.

- Artículo 186, en la parte inicial que decía “... *Durante la investigación no habrá controversia probatoria...*”.

La Corte consideró violado el Artículo 26 de la Constitución porque de el emana Derecho de defensa porque pertenece al debido proceso

7.1. DEBIDO PROCESO

El concepto del debido proceso constitucionalmente exigido y sus formas propias se analizaron a la luz de ley de facultades y del Decreto 181 de 1979 por el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal.

La ley de facultades dispuso que el Código se orientará filosóficamente por los principios de la Constitución y de los de la vigencia universal que garantizan los Derechos de la sociedad sin desmedro de los del procesal. De manera que fue voluntad del legislador que la elaboración y expedición del Código de Procedimiento Penal, no sólo se ciña a los preceptos textuales de la carta sino también a otros que, aunque no aparezca expresamente consagrados en ésta, deben ser de rigurosa aplicación no sólo en cuanto ella misma los comprenda implícitamente sino, además porque la ley de facultades los determina como principios orientadores de la tarea del codificador y de la función del legalizador extraordinario.

El debido proceso, como garantía constitucional que emana del Artículo 26 de la Constitución de 1886, es el que se debe a toda persona que haya de ser juzgada por los administradores de la justicia, y que debe, además, ceñirse a las normas legales de procedimiento judicial, y por eso también es el proceso debido. El proceso penal, tal como lo regula el Código de Procedimiento tiene que ser así mismo un debido proceso, y lo será en tanto se acomode a los preceptos constitucionales pertinentes y a los de la ley que dio sustentación y estableció sus derroteros.

Asunto de serias discrepancias entre los procesalistas del Derecho penal, de acuerdo con este Código de procedimiento fue el relativo al momento de iniciación del proceso, pues para unos ésta comienza con la etapa de investigación y para otros apenas con la acusación formal Pública, que daba vía a la etapa de juzgamiento, hablando en términos del sistema acusatorio, que era el parcialmente adoptado por el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Para el caso de autos, esta cuestión jurídica está resuelta por la ley de facultades, pues resulta claro que el legislador ha considerado la existencia del proceso a partir de los primeros actos de investigación, como quiera que hace descansar la estructura de tal institución sobre la instrucción criminal, la acusación y el juzgamiento, consideradas como funciones que dan lugar a la conformación de por lo menos dos etapas básicas del proceso : la de la investigación y la del juzgamiento. Así concibe el proceso la

ley de facultades, y así lo entiende y lo desarrolla el legislador extraordinario en la ley, cuando en el Artículo 273, la iniciación del proceso dispone :

Indica lo anterior que el legislador extraordinario se ha referido a la etapa investigativa como a un proceso y que habla también del proceso de juzgamiento, como si se tratara de dos procesos diferentes. Lo que la Corte quiere destacar es que para el legislador extraordinario había proceso penal tanto en la investigación como en el juzgamiento, porque a él se refiere cuando alude a una y a otra etapa, y porque al sindicado lo distingue con el apelativo de procesado desde el principio hasta el fin de toda la regulación procesal.

7.2. DERECHO DE DEFENSA

El Derecho de defensa se compone, entre otros, en los Derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico - procesal de su aplicación. La fuente constitucional es la misma.

Más aun, esta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo Derecho es atribuido como fundamental en tal sentido se relaciona

directamente con la persona como tal y con los Derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad.

El Código de 1981 consagraba el sistema mixto con marcada acentuación hacia el acusatorio, en obediencia a lo ordenado por el literal c) del Artículo 1 de la ley 6ª de 1999 de facultades. Con todo, debía existir una íntima relación de causalidad entre la investigación y el juzgamiento, que sirve para demostrar la unidad del proceso penal. El código consagró los principios de impugnación y contradicción para la etapa de juzgamiento, pero eso fue insuficiente, si se consideraba apenas que, las decisiones tomadas en la investigación son determinantes en la etapa del juicio.

El Artículo 347 establecía un término para el ejercicio de la atribución dada al funcionario investigador a fin de hacer efectiva una de las medidas de aseguramiento que la ley autoriza, la detención del procesado. El cargo principal contra esta norma consiste en que se viola también otro Derecho esencial de la persona, el de la libertad física, consagrada en concreto en el Artículo 23 de la Constitución de 1886, por cuanto la autoridad competente, no ha de ser la Fiscalía como organismo investigador, si no siempre el funcionario judicial, carácter que no tenía el investigador, en el sistema acusatorio.

Toda providencia que afecte Derechos fundamentales del hombre debe emanar siempre de autoridad judicial, lo cierto es que el poder de privar de libertad como medida de aseguramiento se lo ha conferido directamente el constituyente al investigador, como se puede ver en el Artículo 145 de la Constitución de 1886, que correspondía al Artículo 42 del acto legislativo número 1 de 1979, sobre atribuciones especiales del Fiscal General de la Nación. *“Asegurar la presencia de los presuntos infractores durante las actuaciones procesales”* Implica la aplicación de las medidas conducentes a ese fin, y entre las previstas por el código sin duda la más efectiva para lograr tal comparecencia física es la detención del procesado. La norma constitucional no se refería simplemente a que el fiscal procurara la presencia del sindicado, sino que se orientaba a que hubiera seguridad sobre ello y tal seguridad sólo se obtendría cuando existiera una relación directa de causa a efecto entre el acto del funcionario investigador y el hecho de la presencia del sindicado en determinados momentos del proceso, si tal fuera la medida de aseguramiento procedente, como rezaba la norma.

La carta le imponía el deber de perseguir los delitos al fiscal, lo cual representa para él la necesidad de seguir el curso de los hechos punibles y de sus posibles autores con dolo, preterintención o culpa.

8. VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

8.1. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL EN COLOMBIA.

Según la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado social de Derecho. Esta forma de organización estatal surge, dentro del marco general de la ideología liberal, introduciendo nuevas características al Estado liberal de Derecho pero compartiendo sus elementos esenciales.

Para el profesor de la Universidad Javeriana de Bogotá, el Doctor SAMPREDRO ARRUBLA, la nota diferencial del Estado social de Derecho, frente al Estado liberal de Derecho está en el reconocimiento de un vasto campo de Derechos propios de la vida social de los individuos, trata pues, de adaptar el Estado a las realidades económicas y sociales del país sin abandonar los postulados del Estado liberal de Derecho.

Así, el Estado social de Derecho, se fundamenta de acuerdo con el Artículo 1º de la Constitución, en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, teniendo como una de las finalidades esenciales, garantizar la efectividad de los principios, Derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

En conclusión, el Estado social de Derecho no es un modelo acabado si no que está por construirse y en algunos aspectos supone una idea utópica más no imposible, que busca fundamentalmente el desarrollo de la condición humana en la vida en sociedad y el respeto a la dignidad mediante la creación de una organización que permita el desarrollo de la personalidad integral del individuo y la realización de los valores superiores de justicia, igualdad y libertad.

Este nuevo modelo estatal tiene una influencia directa en la totalidad del ordenamiento jurídico y muy especialmente en el contenido del Derecho Procesal Penal y en el sistema de enjuiciamiento escogido para la realización del proceso penal, a tal punto, que se hace necesario abandonar las concepciones tradicionales de Derecho Procesal Penal y adaptarlo al nuevo modelo estatal preocupado fundamentalmente en garantizar una vida digna de las personas a través del reconocimiento de una serie de Derechos Humanos básicos, considerados totalmente

imprescriptibles y que no deben sacrificarse a otras instancias diferentes alegadas como superiores.

El Derecho Procesal Penal no solo regula la organización y funcionamiento de los tribunales en lo penal, se ocupa también de reglamentar el ejercicio de la función jurisdiccional penal. En este sentido las normas que integran el Derecho Procesal Penal deben estar orientadas de ser posible mediante las garantías que el Código de Procedimiento Penal establezca para obtener una efectiva tutela judicial de los Derechos del individuo.

El Derecho a la tutela judicial es uno de los fundamentales pues no solo condiciona la operatividad y el reconocimiento de los demás Derechos sino que además permite el acceso al proceso y el uso de las garantías que en él se consagran para la defensa y la acusación. El proceso penal en un Estado social de Derecho, solo puede ser entendido como un sistema de garantías.

En este orden de ideas cabe sostener, como lo hacen algunos que la norma procesal penal tenga carácter secundario por su finalidad instrumental frente al Derecho Penal sustancial. El fin de un proceso penal está en hacer posible la validez de los actos procesales con las garantías consagradas por el Código de Procedimiento Penal, es

decir, en el respeto a los Derechos Humanos a través de las garantías que debe establecer el propio proceso penal y esta finalidad esta muy lejos de ser secundaria, sin embargo, si puede ser considerada como instrumental pues tiene por objeto el proceso penal y este es un instrumento para declarar jurisdiccionalmente la existencia del delito a través de la sentencia, pero por encima de ese carácter instrumental de la norma procesal penal está su esencia como sistema de garantías.

Definiendo el Estado Colombiano como un Estado social de Derecho, es necesario superar la idea según la cual el proceso penal tiene como finalidad la imposición de una pena o la represión.

En síntesis, para el profesor SAMPREDRO ARRUBLA, la finalidad del proceso penal en un Estado social de Derecho es garantizar la función jurisdiccional penal a través de la administración de justicia, es decir, investigar la verdad respecto al hecho punible y juzgar a los posibles autores, sin embargo, esa investigación de la verdad debe realizarse protegiendo la dignidad humana y los Derechos fundamentales del imputado, y es allí donde surge la estrecha relación existente entre el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional.

Históricamente el contenido del Derecho Procesal Penal se ha realizado conforme a tres sistemas fundamentales : la forma acusatoria, inquisitiva y la mixta. En un principio el proceso penal adoptó la forma acusatoria, la que se mantuvo hasta la baja edad media cuando el Derecho canónico regido fundamentalmente por el sistema inquisitivo introdujo el cambio de sistema el cual permaneció hasta el siglo XIX cuando se inicia una tendencia a restaurar las garantías del sistema acusatorio que se ha mantenido hasta ahora.

La discusión permanente sobre cual de los sistemas es el mas adecuado, ha sido constante, sin embargo, en los últimos años existe un relativo consenso en adoptar sistemas mixtos de tendencia marcadamente acusatoria, que en definitiva son los que mejor consultan los postulados básicos de un Estado social de Derecho, preocupado en su forma permanente por la protección efectiva y real de los Derechos fundamentales de sus habitantes.

Precisamente en Colombia al conformarse la asamblea nacional constituyente en 1991 una de las preocupaciones permanentes frente a la redacción de la Nueva Constitución fue la eficacia de la administración de justicia y muy especialmente en lo penal pues los gobiernos de turno habían venido utilizando el Derecho Penal en forma absolutamente irresponsable como mecanismo de arreglo a todos los conflictos olvidando que la solución no radica en las normas sino en el hombre y en sus

actitudes. Se requiere pues la creación y adopción de una verdadera y auténtica política criminal que evite la utilización del sistema penal como la última ratio.

De esta manera, la Nueva Constitución Política dio nacimiento a instituciones como la llamada Fiscalía General de la Nación concibiéndola como “*la entidad ejecutora básica de la política del Estado en materia de prevención y castigo de la criminalidad*”. Así, pues, a la Fiscalía, se le otorga la dirección absoluta de la investigación criminal asignándole las tareas de investigar, calificar y acusar en el proceso penal.

El profesor SAMPREDRO ARRUBLA cree que el sistema adoptado no es tan novedoso, ni tan acusatorio como se ha querido ver, las orientaciones otorgadas por la Nueva Constitución para la estructuración del proceso penal pretendieron la implantación de un sistema mixto en el que el fiscal general de la nación sería el encargado, en representación del Estado, de formular la acusación previa, la recepción de la querrela o denuncia, otorgando, así, a un funcionario la realización de la primera etapa o investigación, y a otro funcionario la segunda etapa o juicio con predominio del sistema acusatorio y de la forma de estructurar el denominado sistema acusatorio formal.

A pesar de las buenas intenciones de algunos miembros de la Asamblea Nacional Constituyente de implementar las bases necesarias para el funcionamiento del sistema acusatorio formal, la nueva Constitución colocó a la Fiscalía como parte de la rama judicial otorgándole al fiscal verdaderas funciones de juzgamiento, así por ejemplo, el fiscal puede ordenar la privación del procesado sin ningún tipo de control o precluir la instrucción adoptando decisiones que equivalen a una sentencia absolutoria.

El profesor SAMPREDRO ARRUBLA considera excesiva la regulación que la Constitución hace del proceso penal, la Constitución pues prácticamente lo desarrolla en su totalidad dejando muy poco para la ley. Así se hace muy difícil una reforma cuando la coyuntura histórica lo aconseje.

El mismo profesor, de acuerdo con el destacado profesor BAQUERO BORDA, cree que el proceso penal debe “*desconstitucionalizarse*”, pues, como lo afirmaba, el fallecido Dr. BAQUERO: “*No parece jurídico ni conveniente que el sistema procesal de un país se consagre en su Constitución como si se tratará de una institución definitivamente elaborada y por tanto inmodificable. La realidad del país enseña precisamente lo contrario: cada tres o cuatro años se ha intentado cambiar el proceso penal*”.

Lo único que debe contemplar la Constitución son las garantías procesales fundamentales pero no regular, como lo hace la nuestra, prácticamente todo el proceso penal el cual debe ser producto de la necesidad de un Estado y por tanto fácilmente modificable consultando su realidad histórica.

8.2. EL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO

El sistema procesal colombiano, atendiendo a una mezcla de ideologías que pretendían democratizar el ejercicio del poder manifestada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 que trazó directrices sobre la idea de la necesaria introducción del esquema acusatorio en el proceso de administración de justicia, con rígidos mecanismos encargados de la terminación del proceso, se trató de diseñar a partir de las normas orgánicas de la Constitución, sin lograrse efectivamente construir un Código de Procedimiento que respondiera a las expectativas creadas.

Para nadie es un secreto, hoy en día, según el Doctor IVÁN GONZÁLEZ AMADO, que la Constitución Nacional, producto de una amalgama ideológica y de un sentimiento de democratización de las instituciones del Estado, consagró, como ninguna otra, un amplio espectro de Derechos y garantías de los ciudadanos, determinando la forma de Estado como social y democrático de Derecho fundado en

el respeto de la dignidad humana y en la prevalencia de un orden justo en el que las autoridades protejan a todas las personas en sus Derechos y libertades, y aseguren el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, en donde además la soberanía reside en el pueblo y se reconoce la primicia de los Derechos inalienables de la persona.

Estos presupuestos de la organización estatal imponen que el proceso penal, como manifestación que es el poder punitivo del Estado, se regule estrictamente por tales contenidos dogmáticos, los que, en un principio determinarán el establecimiento de un procedimiento de tipo acusatorio en el cual se debería conservar las siguientes características.

a) Limitación de la prueba, en tanto que solamente resultan admisibles aquellas que sean compatibles con la dignidad humana.

b) Definición del delito como asunto de orden público, a partir de los cuales se debe establecer el principio de oficiosidad y publicidad de la acción penal.

c) Vigencia efectiva, durante el proceso, de los Derechos fundamentales consagrados por la Constitución, tales como el de presunción de inocencia, legalidad del delito y de las penas, legalidad del procedimiento, defensa, de contradicción etc.

d) Participación del pueblo en la decisión de las causas penales, en tanto que tal actividad constituye manifestación de la soberanía popular.

Este proceso de tipo acusatorio, se encuentra además regulado por otras normas constitucionales. Así, de conformidad con los Artículos 11 y 12, se debe entender como causas inadmisibles del proceso penal la imposición de la pena de muerte o cualquier otra cruel, inhumana o degradante, así como la obtención de evidencia a través de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por el contenido del Artículo 13, el inculpado se debe encontrar en pie de igualdad con la víctima y con el órgano de la acusación, toda vez que solamente a través de tal equiparación se logra hacer efectivo el Derecho a la libertad y a la igualdad allí consagrados.

El Artículo 14 que consagra el reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos, impide el diseño de un proceso penal de tipo inquisitivo en el cual el inculpado sea considerado como objeto de la actividad represora del Estado y consagra, por el contrario, los lineamientos de un proceso penal en el que el individuo sea sujeto de Derechos.

El Artículo 28 determina que en el proceso penal no se utilice la detención preventiva como medida de aseguramiento esencial lo cual además se encuentra acorde con las consagraciones de los tratados públicos sobre Derechos fundamentales, pues constituyendo ella una alimentación de libertad personal, solamente ha de proceder en aquellos casos graves en que se justifique; la detención, además debe estar precedida de orden escrita de autoridad competente, mandato que también requiere la violación legalizada de la intimidad domiciliaria. En ultima parte, según la cual *“la persona detenida será puesta a disposición de juez competente dentro de las 36 horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”*, la disposición constitucional impone en el diseño del proceso la limitación de las facultades del órgano de acusación para decidir asuntos que toque con la libertad y Derechos de las personas.

El Artículo 29, a más de los Derechos e instituciones allí consagrados, tales como el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el juez natural. El respeto a las

formas del juicio, el de favorabilidad, de la de presunción de inocencia, el Derecho a la defensa técnica y material, el del proceso público y celeridad, el de la contradicción probatoria, el de proscripción del doble juzgamiento y el del respeto a la legalidad de la prueba, remiten a través de su expresión “debido proceso” a otra serie de garantía y Derechos consagrados en los tratados públicos que firmados por Colombia la obliga a su respeto.

En el mandato constitucional del Art. 30 se condiciona la obligación de establecer el juicio de *habeas corpus* contra la ilegal detención, lo que no impone que esta regulación se de dentro del proceso penal, pues bien puede ser materia de ley espacial, pero que si se remite al necesario establecimiento de los requisitos y formas de la legalidad de la detención. El Artículo 31 consagra dos principios de necesaria influencia en el diseño del proceso penal.

El Artículo 32, consagra la flagrancia como Estado especial en el cual los agentes del orden y los particulares pueden aprehender al delincuente cogido *in fraganti*, sin orden de autoridad judicial, con el compromiso, en todo caso, de llevar al detenido ante el fiscal o juez, con lo cual se ratifica la orden del precepto del Artículo 28 según la cual es a este funcionario que corresponde decidir sobre las limitaciones al Derecho de la libertad de los infractores de la ley penal.

El Artículo 33 por su parte, impone un proceso penal en el cual se ordene la vinculación del acusado sin apremio y sin juramento como manifestación de su Derecho a no autoincriminarse e incriminar a sus parientes dentro de los grados previstos en la norma.

Esta parte dogmática de la Constitución, sin embargo, parece haber sido la menos tenida en cuenta al momento de la estructura de nuestro procedimiento penal, pues el legislador, embebido en su sistema acusatorio que construyó no sobre los principios fundamentales de la carta, sino sobre la irreal separación entre las funciones de acusación y juzgamiento que deriva inadecuadamente en sus alcances de la parte orgánica de la Constitución, dio primacía a los preceptos del Artículo 249 y siguientes de la Constitución, sintiéndose liberado al respecto a la naturaleza del Estado protector de los Derechos fundamentales que le impuso la Constitución.

Así, se radica en la separación entre órgano de acusación y de juzgamiento todo el sentido del sistema procesal colombiano, dejando de lado las obligaciones que surgen de otros preceptos constitucionales. Artificiosamente se ha venido impulsando la de que el esquema es similar al que tiene aplicación en los países de Derechos anglosajón, copiando, sin inventario y sin beneficio las instituciones que allí se presentan en un traslado inadecuado que antes que otorgar coherencia al procedimiento, contribuye a agrandar sus fisuras haciendo de él una regulación en el

cual, cada vez con más frecuencia se entronizan instituciones lesivas a los Derechos fundamentales del ciudadano.

Sobre este pensamiento, según el profesor GONZÁLEZ AMADO, se ha dictado un Código de Procedimiento Penal del cual podemos extraer como características fundamentales:

a) La acción penal para efectos de su iniciación, es pública y oficiosa salvo lo consagrado en relación con los delitos querellables. Para los efectos de su terminación cada vez con más empeño se han venido abriendo paso instituciones como la de la Conciliación: Para dar cumplimiento al mandato constitucional de participación ciudadana en solucionar sus propios problemas, la sentencia anticipada y la audiencia especial, así como la negociación de beneficios, que dejan en mucho al arbitrio del acusado, la terminación de la actuación penal, ya que se condicionó a la aceptación de la propia responsabilidad o de la delación, que se ha considerado como un instrumento apto para el logro de concepciones penológicas.

b) Se ha pretendido establecer una separación funcional entre el órgano de acusación y el de juzgamiento, división que no es más que de competencia, pues si bien la misma Carta consagra como funciones específicas de la Fiscalía “*forma parte de la*

Rama Judicial”, con lo cual impone que sea uno de los órganos encargados de la administración de justicia.

c) El principio de la doble instancia para las decisiones intermedias del proceso se ha visto menguado por el ejercicio efectivo de las actividades de la Fiscalía, que, entendida como órgano en el que ha de prevalecer la unidad y criterio, ha terminado con la revisión de las decisiones.

d) Contrariando las decisiones dogmáticas de la carta y el principio de soberanía popular, anclados en otra norma de rango constitucional, que parecería prohibir la institución del jurado de conciencia, la propia Corte Constitucional ha impuesto el diseño de un proceso penal en el cual no pueden participar los ciudadanos en la administración de justicia penal.

e) El procedimiento continúa siendo escrito y secreto en la fase de investigación y acusación, y preferencialmente escrito en el juicio, permitiendo con ello otro mandato constitucional, pues no solamente atenta contra la celeridad de la actuación, si no que además desvincula al juez de la práctica y apreciación de las pruebas,

f) En el proceso rige el principio del contradictorio, principio que sin embargo fue necesario rescatar a través de una decisión de inexequibilidad que la Corte Constitucional hiciera el 22 de abril de 1993.

El juez contradictoriamente en ocasiones se encuentra vinculado estrictamente a las pretensiones de las partes como en el caso de la audiencia especial y en otras oportunidades se encuentra penalmente desligados de ellas (posibilidad de declarar nulidades procesales).

8.3. REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD FRENTE AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El tratamiento jurídico que se le debe dar a las personas incapaces, que realizan un hecho considerado como punible, ha dado lugar a múltiples discusiones y a la creación de un sistema penal paralelo que para algunos no tiene razón de existir.

El Código Penal Colombiano ha adoptado un sistema dualista estableciendo las penas, fundamentadas en la culpabilidad, para los sujetos imputables, y las medidas

de seguridad imponible a las personas reconocidas como inimputables con fundamento en su supuesta peligrosidad.

Las medidas de seguridad se erigen, al lado de las penas, con una estricta función de prevención especial que tiende a impedir que el sujeto vuelva a adoptar conductas similares.

En primer lugar, las medidas de seguridad son medios de lucha contra el delito, imponibles, previa la comisión de un hecho tipificado como punible, a las personas que han sido reconocidos como inimputables.

Al constituirse nuestro país como un Estado social de Derecho, fundamentar la medida de seguridad exclusivamente en la defensa social no encaja adecuadamente en los postulados esenciales de la nueva organización estatal, pues se dejaría abierta una brecha para justificar actuaciones aberrantes que desconocieran la dignidad humana que, a la luz de la Constitución Actual, es fundamento del Estado, tiene valor absoluto y bajo ninguna circunstancia puede ser limitada.

Así pues, paralelamente a la defensa de la sociedad como fundamento de la sanción a los inimputables está el correlativo deber del Estado de procurar el pleno desarrollo de la personalidad del sujeto, es decir, la plena recuperación de la dignidad humana, deber que surge y se desarrolla en la misma Constitución Política de 1991, al definir al Estado Colombiano como un Estado social de Derecho.

El Estado Colombiano está en la obligación, de acuerdo con el Artículo 13 de la Constitución, de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. La igualdad no es un concepto simplemente formal, el principio de igualdad, ha dicho la Corte Constitucional, se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera el concepto de igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y autoriza un trato diferente a supuestos distintos, es decir, se acepta un tratamiento diferente siempre y cuando esté razonadamente justificado.

De esta manera, el principio de la igualdad implica que para los inimputables se debe adoptar una normatividad diversa a la de los imputables, pues aquellos son “*distintos*”, por lo menos desde el punto de vista del grupo hegemónico.

En conclusión, las medidas de seguridad, a la luz del nuevo Estado social de Derecho, no solo tienen como fundamento la peligrosidad entendida como una elevada probabilidad de delinquir en el futuro, sino, además la protección de la dignidad humana que permita el desarrollo pleno de la personalidad individual.

Cuál es la incidencia que tiene la Constitución Política. de 1991 al definir a Colombia como un Estado Social de Derecho, en la interpretación y contenido de las normas que regulan las medidas de seguridad?.

La nota diferencial del Estado social de Derecho frente al Estado liberal de Derecho está en el reconocimiento de un vasto campo de Derechos propios de la vida social de los individuos del país sin abandonar los postulados del Estado liberal de Derecho cuyas características son el imperio de la ley, división de poderes, legalidad en la actuación administrativa y garantías de Derechos y libertades fundamentales.

Así el Estado social de Derecho se fundamenta, de acuerdo con el Artículo 1 de la Constitución en el respecto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, teniendo como una de las finalidades esenciales garantizar la efectividad de los principios, Derechos y

deberes consagrados en la Constitución y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

8.4. EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN DE LAS PRUEBAS

La Corte Constitucional mediante sentencia C-150 de 1993 precisó que la violación del principio de la contradicción trae como consecuencia la nulidad de pleno Derecho de la prueba aportada y no controvertida. Esta presunción de Derecho fue dispuesta por el Constituyente como garantía del debido proceso, cuando en el inicio final del Artículo 29 consagró: “... *es nula de pleno Derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso...*”.

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

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

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

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

Así las cosas, los cuarto Artículos siguientes fueron declarados parcialmente inexecutable, en la medida en que consagran restricciones al principio de contradicción, así:

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

- En lo que hace a la demanda contra la parte del inciso 2° del Artículo 7° que autoriza para la etapa de la investigación previa la existencia de excepciones al principio rector de la controversia probatoria y de la presentación de pruebas durante todo el proceso, la Corte Constitucional encontró en principio que existía un vicio de constitucionalidad, ya que esta etapa procesal aunque tiene como finalidad determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, y procura el adelantamiento de las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho llegado a conocimiento de las autoridades judiciales, si aquél está descrito en la ley penal como punible, si la acción penal, permite la practica y recaudo de pruebas indispensables relacionadas con la identidad o individualismo de los autores o partícipes del hecho o su responsabilidad.

En dicha etapa intervienen quienes ejercen funciones de policía judicial bajo la dirección del fiscal, las unidades de Fiscalía y el Ministerio Público, y aunque no existe la figura jurídica del sindicado, para que la Constitución prevea un conjunto de reglas garantizadoras de los especiales Derechos fundamentales, propias del debido proceso, que lo rodean de una gama de instrumentos protectores suficientemente amplia que no pueda ser desconocidas por la ley, dentro de los cuales se encuentra el de la controversia de la prueba, también es cierto que toda persona, incluso el imputado, tiene Derecho a su defensa, incluso en la etapa de investigación previa, puesto que el Derecho de defensa también es indisponible y fundamental. Este

principio rector no puede ser objeto de regulaciones que lo hagan impracticable, ni que desconozcan la finalidad del Constituyente de rodear del máximo de garantías a la persona que resulta imputada de un posible delito durante la etapa de investigación previa.

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

Lo que se entiende por “*controversia de la prueba*” es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. La distinción entre imputado y sindicado es relevante desde el punto de vista constitucional y para muchos otros efectos jurídicos, su repercusión es amplia en el orden legal y principalmente en el procedimiento penal; empero, de la interpretación del Artículo 29 de la Carta, se advirtió con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de

la prueba así en la etapa de investigación previa no existía sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, que en la etapa de investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues éste también tiene Derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando.

En el desarrollo del Derecho internacional humanitario y en los instrumentos internacionales de los Derechos Humanos, se ha establecido esta misma garantía como uno de los pilares fundamentales en la estrategia de fortalecimiento, promoción, defensa y garantía específica de los Derechos más preciados, predicables de los hombres.

A la luz de la Carta y de los presupuestos constitucionales del debido proceso penal, no pueden consagrarse excepciones al principio de la contradicción tal y como lo ordenaba el Artículo 7 del Código de Procedimiento Penal.

Una vez se haya formulado acusación debe el proceso ser público y la defensa también podrá controvertir plenamente y por todos los aspectos el material recaudado. Desde luego, en la etapa de juzgamiento deben quedar abiertas todas las posibilidades para la controversia del material probatorio recaudado, sin que puedan

establecerse limitaciones como las que permiten las partes declaradas contrarias a la Carta.

Para el Doctor MORÓN DÍAZ (salvamento de voto sentencia C-150/93), durante la etapa de investigación previa no existe sindicado y en algunos casos, ni siquiera imputado y lo que se busca, al regular su desarrollo, es permitir que el Fiscal determine científicamente y de conformidad con la ley, si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, y que adelante las medidas necesarias para determinar si ha ocurrido el hecho llegado al conocimiento de las autoridades, si aquél está descrito en la ley penal como punible y si la acción penal procede; además, se permite la práctica y el recaudo indispensable de las pruebas relacionadas con la identidad o individualismo de los actores o partícipes del hecho o de su actuación, sin que exista sindicado alguno vinculado formalmente a la misma y sin que haya acusación o juicio que adelantar.

En su opinión, la Carta de 1991 permite al legislador señalar antes de que exista sindicado vinculado formalmente al proceso, en que casos procede la controversia del material recaudado. Mucho más teniendo en cuenta lo dispuesto por los Artículos 29 y 228 de la Carta en las partes que señalan que quien sea sindicado tiene Derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra (Art. 29 C. N.) y que las actuaciones serán públicas “... *con las excepciones que establezca la*

ley...”(Art. 228). Lo anterior significa que la ley bien puede disponer que la oportunidad de la controversia del material probatorio en etapas posteriores a aquellas de la investigación previa y en las que se deben prever todas las garantías en favor del debido debate probatorio y del Derecho de defensa.

Además, los nuevos elementos constitucionales y legales del Derecho Penal, que configuran las bases de un modelo procesalista aproximado al acusatorio, en el que buena parte de la responsabilidad en la investigación, instrucción y acusación se hace radicar en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Dentro de los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente, fue claro el propósito de modernizar las instituciones procesales en el ámbito penal, causantes de grandes frustraciones por el aspecto de su poca efectividad, deben ser reexaminadas frente al contemporáneo concepto del Derecho Constitucional Procesal y que, para superar dicha problemática en nuestro régimen constitucional, se han sentado las bases de una nueva concepción orgánica y funcional de la justicia penal.

No se trata de admitir que el Derecho de defensa pueda verse contraído o afectado, ni desconocerse el Derecho a la oportunidad de la controversia probatoria, pues siguen siendo imprevistas las categorías constitucionales que operan como principios, que hacen obligatorio que en materia penal nadie pueda ser condenado sin ser oído y

vencido en juicio y que el sindicado deba gozar de la oportunidad probatoria y de controversia en su defensa.

Lo que ocurre es que el constituyente habilitó al legislador para que, conforme a su juicio, señale la oportunidad adecuada, eficaz y suficiente para la controversia de la prueba, desde luego controlable frente a los Derechos fundamentales, con base en criterios de razonabilidad constitucional. El constituyente quiere que, cuando menos, en la etapa procesal en la que exista sindicado, éste tenga la debida oportunidad de la controversia del material, empero, esto no significa que el legislador esté obligado a razonar en el sentido de que siempre y en cada momento del proceso penal deba garantizar dicha facultad en cabeza del mero investigado o imputado.

Lo que se quiere es que el legislador respete aquella oportunidad mínima y que, si es de su juicio, establezca otras y más oportunidades razonables de controversia en favor del sindicado, imputado o investigado. Las normas señalaban que durante la etapa de investigación previa no habría controversia de las pruebas, resultaba conforme con la carta si se examinan, como se debe hacer, las restantes partes del mismo código en las que se admite la oportunidad de la controversia, en cualquier otro momento del proceso en el que hubiese sindicado o imputado.

8.4.1. DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA.

El Derecho de defensa en el ámbito penal, relacionado con la necesidad de la “*defensa técnica*”, está consagrado en el Artículo 29 de la Constitución.

De acuerdo con la Corte Constitucional (sentencia C-150/93) cuando la Constitución hace referencia al Derecho de defensa, debe ser entendido, sin exclusión - por insignificante que ella sea -, de la actuación judicial en el ámbito penal. El termino “*sindicado*” debe entenderse como que en él también están incluidos “*imputados*”, “*procesados*” y aun “*condenados*”, pues en toda la actuación procesal - previa, instrucción, juzgamiento ejecución de la pena -, como garantía debe prevalecer la asistencia del defensor en desarrollo del debido proceso. Estos términos son además de creación legal, mientras que la Constitución Política refiere a toda persona durante toda actuación judicial de naturaleza penal.

Los Artículos 161 y 332 del Código de Procedimiento Penal contienen una excepción a la asistencia del defensor en la situación de flagrancia. Normas que son contrarias a las disposiciones constitucionales.

Si la Constitución Política no consagra restricción al Derecho a una defensa técnica en las diferentes etapas, Artículos 161 y 332 acusados, si lo hacen para los casos de flagrancia, tales normas son inconstitucionales.

Así pues, el Derecho de defensa técnica en lo que se relaciona con la asistencia del defensor en los asuntos de carácter penal, no admite o no debe admitir restricción alguna.

Para que exista un proceso penal propio de un Estado de Derecho es indispensable la protección del sindicado a través de un defensor, quién no solo cumple esta función sino otra también muy importante, colaborar en la investigación de la verdad. Así, para el Constituyente es tan importante la defensa técnica, que se constitucionalizó al defensor de oficio en el Artículo 282.4 de la Constitución, como una de las funciones del defensor del pueblo.

Si la razón es practicar en forma inmediata las diligencias preliminares cuando se produzca captura en flagrancia, debe garantizar al imputado el mínimo de garantías a pesar de la especial situación.

Quienes cumplen funciones de policía judicial solo podrán recibirle versión a la persona capturada en flagrancia y al imputado que voluntariamente la solicite. La versión tendrá que recibirse en presencia de su defensor. Siempre se advertirá al imputado que no tiene la obligación de declarar contra si mismo.

Solo podrá recibirse versión al imputado sin asistencia del defensor, en los mismos casos en que la ley lo permite para la diligencia de indagatoria. La aceptación del hecho por parte del imputado en la versión rendida ante el Fiscal delegado, tendrá valor de confesión.

El Doctor MORÓN DÍAZ, salvó voto en la sala que aprobó la sentencia C-150/93 porque en el fallo se dejó de tener en cuenta los alcances del Derecho de defensa técnica y de las competencias de la Fiscalía, así como las reglas de la sana crítica para efectos del adelantamiento del proceso penal, desde luego, los graves problemas que plantean estas instituciones no sólo en nuestro país, sino en todas las latitudes, en las que por razones de respuesta racional a la criminalidad organizada, se tienen instituciones procesales en que participan activamente los organismos de policía judicial, del ministerio público o de la policía técnica o de agencias especializadas de seguridad, o de control de delitos especiales, como el trafico de drogas, tabaco o armas o el contrabando, o los económicos o fiscales, y los de las organizaciones terroristas. Es posible advertir la ocurrencia eventual pero cierta de excesos y abusos

físicos o morales de algunos agentes o funcionarios que valiéndose de la ausencia del abogado defensor provocan confesiones o delaciones forzadas, empero el malestar que suscitan aquellas excepcionales violaciones de los Derechos Humanos y de los Derechos fundamentales, censurables y reprochables desde cualquier orden nacional y jurídico, no conducía a la invalidez constitucional del instrumento legal de la recepción de la versión libre y espontánea en caso de flagrancia con las advertencias constitucionales y legales y su puesta en conocimiento al capturado. Sabido es que en otros regímenes de larga tradición democrática y republicana, se puede aprovechar todo lo que el capturado diga o manifieste, e incluso aquella versión puede ser usada por la Fiscalía en contra del capturado en flagrancia o contra el libre deponente y contra cómplices, coautores, auxiliares, testigos o encubridor, y obviamente el capturado tiene Derecho a guardar silencio y a comunicarse con cualquier persona y a tener un abogado.

Si la versión del capturado no imputado aún hubiese sido forzada y obtenida con violación de cualquiera de las garantías constitucionales que establezcan los Artículos 15 (Derecho a la intimidad), 12 (libertad de conciencia), 28 (inviolabilidad de domicilio), 29 (presunción de inocencia), 33 (la no auto incriminación forzada) y 44 (Derecho de los niños), entre otros, entonces hubiese sido nula de pleno Derecho (Art. 29 in fine).

Lo que señala el constituyente es que toda persona se presume inocente mientras no se declara jurídicamente culpable; que quien sea sindicado tiene Derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio durante la investigación y el juzgamiento. La salvaguardia de los Derechos Humanos, su protección judicial específica y directa y los mecanismos procesales y sustanciales complementarios, así como la promoción y la difusión de su garantía y amparo, son los derroteros que señala la carta para efectos de solucionar las dolorosas experiencias en esta materia.

8.4.2. LA RESERVA DENTRO DEL PROCESO PENAL

El artículo 228 de la Constitución permite a la administración de justicia mantener bajo reserva determinadas actuaciones judiciales que se surten dentro del proceso penal.

La reserva redundará en algunos casos en el cabal ejercicio de tales funciones, mucho más cuando el Artículo 250 de la Carta impone a la Fiscalía General de la Nación el deber de velar por la protección de las víctimas, testigos o intervinientes y tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del Derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

8.4.3. DOBLE INSTANCIA

La Constitución establece el principio de la doble instancia como Derecho constitucional fundamental, y con carácter indisponible y obligatorio pero referido sólo en caso de la sentencia condenatoria.

La Corte no encuentra que exista obstáculo de carácter constitucional, que impida al legislador proveer sobre la materia en ciertas hipótesis acerca de la improcedencia de recursos contra providencias distintas de las sentencias condenatorias; en ese sentido se tiene en cuenta lo dispuesto por el citado inciso 4 del Artículo 29 en concordancia con el inciso 1° del Artículo 31 de la Constitución Nacional en la parte que indica que quien sea sindicado tiene Derecho a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Igualmente se señala que el legislador no puede ordenar la improcedencia de los recursos contra la sentencia condenatoria, ni establecer excepciones al respecto, salvo el caso de los fueros especiales en materia penal radicados en la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional, ya que esta es según definición de la carta, el máximo de los organismos de la jurisdicción ordinaria.

8.4.4. LAS FUNCIONES DE POLICÍA JUDICIAL

La noción de policía judicial comprende específicamente la capacidad de cumplir funciones enderezadas a satisfacer las necesidades instrumentales y técnicas de la actividad de los funcionarios judiciales, quienes por distintas razones, que corresponden a la naturaleza de su investidura y de su labor, no las pueden atender directamente. En este sentido se trata de determinar que autoridades como de policía judicial de la policía nacional, el Departamento de Administración de Seguridad, la Procuraduría y Contraloría, las autoridades de tránsito en asuntos de su competencia, los Alcaldes e Inspectores de Policía, el Cuerpo técnico de la Fiscalía General de la Nación, todos los servidores que integran las Unidades de Fiscalía y los miembros de la Policía Nacional en los territorios donde no haya policía judicial especializada, pueden colaborar bajo la coordinación de la Fiscalía general de la Nación y de sus delegados, en el adelantamiento de las funciones correspondientes a aquella noción.

Igualmente, para los casos de flagrancia y en el lugar de los hechos, bien puede el legislador habilitar a los servidores públicos que ejerzan funciones de policía judicial para ordenar y practicar pruebas sin que se requiera providencia judicial previa. Naturalmente, el marco de estas competencias corresponde a las advertidas necesidades de la colaboración de los órganos del poder público en la debida administración de justicia, con el propósito de perseguir a los delincuentes, percatarse

de los posibles hechos delictivos y disponer con sus recursos las acciones enderezadas a garantizar la mejor acción de los fiscales y de los jueces.

Ahora bien, dichos funcionarios de policía judicial no podrán recibir la versión a la persona capturada en flagrancia, ni al imputado que voluntariamente lo solicite sin la presencia del defensor, esta versión debe recibirse, como lo advierte el Artículo 322.

La Corte Constitucional declaró que el Artículo 161 del Código de Procedimiento Penal, no se ajusta a la Constitución Nacional en cuanto establece que la versión libre y espontánea que sea rendida en caso de captura en flagrancia, puede adelantarse sin la presencia de abogado defensor. A dicha conclusión se arribó con base en las advertencias que se hacen sobre las garantías constitucionales de la presunción de inocencia, de la no auto incriminación forzada, del principio de la legalidad de las actuaciones de los funcionarios judiciales y de policía judicial, entre otras, las que prevalecen incuestionable en estas actuaciones.

8.4.5. LOS TÉRMINOS PARA RESOLVER LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS INDAGADOS.

Ningún límite normativo expreso existe en la Constitución para efectos de señalar legalmente la oportunidad de la definición de la situación jurídica, puesto que se parte de la base según la cual la indagatoria debe recibirse a la mayor brevedad posible, a más tardar dentro de los tres días siguientes al momento en que el capturado haya sido puesto a disposición del fiscal. La misma Constitución autoriza al legislador, en el inciso 2 del Artículo 28, para señalar el término para adoptar la decisión que corresponda la persona detenida y puesta a disposición del juez o fiscal.

El Código de Procedimiento Penal expresa la decisión legislativa adoptada conforme a la voluntad del constituyente, al señalar los términos en los que procede la adopción de la decisión correspondiente, para resolver la situación jurídica del indagado.

La Corte encontró que, en cuanto al término legal previsto para la justicia regional, no existe violación al principio de la igualdad invocado por el actor, ya que reconoce legalmente la existencia de diferencias fundadas en la modalidad criminal, y adoptadas por la gravedad de los hechos que se investigan y juzgan y que imponen,

según el juicio racional del legislador, establecer el trato señalado atendiendo los altos fines de la justicia.

La Corte observó que las disposiciones de la Carta no habilitan para que el legislador se abstenga de señalar los términos precisos dentro de los cuales se adopte la decisión judicial correspondiente a la definición de la situación jurídica del indagado, ni para señalar términos irracionales o desproporcionados. Lo cierto es que en todo caso el legislador debe señalar aquellos términos teniendo en cuenta la prevalencia de los Derechos fundamentales y distintas modalidades delictivas y los instrumentos procesales y judiciales existentes.

En cuanto a los Artículos 388 inciso 2 y 397 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal sobre la medida de aseguramiento conocida como la detención preventiva, la Corte encontró vicio de inconstitucionalidad, ya que se trata en primer lugar de una herramienta jurídica natural, propia de las actuaciones del procedimiento penal, que permite al funcionario judicial, dentro de los términos racionales que establece la ley, adoptar la decisión correspondiente sobre la persona vinculada al proceso. No se viola el Artículo 28 de la Constitución, ni el principio de igualdad establecido en el Artículo 13 de la misma codificación, más bien advierte que se trata del natural ejercicio de las competencias legislativas en materia del procedimiento penal, en el

que está involucrado el conjunto de reflexiones jurídicas y de política criminal, que toma en cuenta las especiales modalidades delictivas, propias de las competencias de los jueces regionales y que exige un mayor celo procesal.

El conjunto de las distinciones que sobre estas materias abundan en el estatuto procedimental penal, y que son una práctica institucional y legislativa, comprenden juicios racionales enderezados a proveer soluciones procedimentales ante las distintas conductas contra el orden jurídico penal.

8.4.6. INCIDENCIA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL FUNCIONAMIENTO DEL PODER PÚBLICO.

El Doctor VLADIMIRO NARANJO, magistrado de la Corte Constitucional en importantísimo salvamento de voto (*sentencia C-150/93*) precisó que las normas constitucionales no son un estanque de aguas muertas o el aluvión de escombros que deja el tiempo, sino un cuerpo vivo en cada situación que hay que contrastar con las realidades del país. Llegó la teoría de la incidencia de los Estados de excepción en el funcionamiento del poder público.

Todo parte del concepto de debido proceso que como estructura formal, debe ceñirse a los fines del Estado social de Derecho y adecuar su ser a la realidad. Esta debe ser la que determine los mecanismos oportunos para actuar dentro de las diversas circunstancias de excepción sin que ello implique menoscabo algunos de los Derechos inalienables de la persona, sino su ejercicio en otra dimensión formal proporcionada a la gravedad de la situación, pero siempre conservando la integridad jurídica de todo sujeto de Derecho. Es conocido por los estudiosos de los Derechos fundamentales que éstos, al ser universales, no tienen una forma única de reconocimiento, sino múltiples de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar. El debido proceso previsto para tiempos de paz, debe ser adecuado debidamente en tiempos de crisis, porque, de lo contrario, no sería proporcionado con la realidad. Una reflexión madura nos permite deducir que no es exacto que la forma jurídica será de adecuación y no un enfoque cerrado, único, rígido y absolutamente en su forma. Y es que el contenido del Derecho es la realidad dinámica que ha de ser regulada, también con formas adecuadas - y por lo mismo oportunas - que se ajustan a situación táctica.

En estricto sentido no hay ni puede haber Derechos absolutos. El ejercicio de todo Derecho tiene entre sus límites fundamentales el interés general, cuya supremacía sobre el interés particular está consagrada específicamente en la Constitución, como uno de sus pilares fundamentales (Art. 1,2 y 58). El debido proceso es, en efecto, un Derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Carta; y como tal es, en

principio, inviolable; pero es menester reconocer que, como todo Derecho, es susceptible de limitaciones tendientes a encausar hacia la prevaencia del interés general, sobre todo cuando su ejercicio tiene lugar en circunstancias de crisis. Es un contrasentido jurídico aferrarse a su intangibilidad, sobre todo en circunstancias como estas, lo que condujera a que la parte, - el individuo - está legitimada para vulnerar el todo - el interés general -.

Cuando se advierte que el bien común limita el alcance de todo Derecho, no ha de entenderse nunca que el bien común contradice lo debido en justicia, sino más bien que encuadra, garantiza y promueve con eficacia los Derechos individuales. Y es que el bien común no excluye a nadie, porque su realización abarca todos los intereses jurídicamente protegidos, de suerte que es el interés general expresado en la realidad la común unidad en el bienestar. La paz es un elemento indispensable para alcanzar el bien común, y como corolario de éste hay que proteger, por encima de todo, la convivencia armónica, la cual es percibida por el interés general, por razones de justicia y de equidad. Si una forma jurídica impide la realización de los fines del Estado, es porque hay un enfoque desordenado y, por ende, inconveniente de la regulación instrumental, cuando la torna en primaria y suprema frente a la sustancialidad de lo jurídico. es decir, constituye una impropiedad manifiesta que el interés general -que abarca la paz, el respeto a la dignidad humana, la solidaridad y todo lo que integra un orden político, económico y social justo - no prevalezca frente a una formalidad, que erróneamente se muestra como única y excluyente. El debido

proceso no es una figura que contradice el interés general, sino el procedimiento, adaptable a diversas circunstancias materiales, que el interés general requiere para ser realizado en todos los tiempos. Se adapta a los tiempos, y no al contrario; es decir, que con procedimientos aptos para tiempos de paz que resuelvan los problemas propios del tiempo de crisis grave. Es obvio que el bien común condiciona la manera como se ha de llevar el proceso, que es un medio y no un fin en si mismo.

Lo anterior no desconoce que el debido proceso sea un Derecho fundamental. Simplemente pone de relieve que no es una forma absoluta que pueda imperar contra el interés general y, por lo tanto, debe limitarse siempre a ser garantía de las libertades del hombre, y no excusa para la ineficacia de la autoridades publicas en su búsqueda del bienestar colectivo. El hecho de que sea inviolable no indica que sea ilimitado. Es, si, una garantía debida a toda persona que admite multiplicidad de formas jurídicas proporcionadas a la realidad. La forma es distinta según las diversas exigencias materiales, o dicho en otros términos: el proceso se ajusta a la realidad, y no la realidad a la forma.

Todo Derecho, incluido uno tan fundamental como el debido proceso, puede entonces, ser objeto de limitaciones en su ejercicio, en aras del bien común. Ello es más evidente y necesario aún. cuando la sociedad jurídica y políticamente organizada se enfrenta a circunstancias excepcionales. Los más reputados tratadistas en la

materia coinciden en reconocer, como características que distinguen estas circunstancias de las ordinarias o normales, las que suponen:

- a) Una expansión del poder del Estado.
- b) Una concentración transitoria de funciones en cabeza del ejecutivo.
- c) Una racionalización en el funcionamiento de los poderes públicos.
- d) Una relajación, igualmente transitoria, en los controles establecidos sobre la acción gubernamental y al mismo tiempo.
- e) Un fortalecimiento de los medios de acción de los jueces.

La expansión de los poderes estatales, cuyo limite debe ser el de la dependencia de los intereses amenazados por las circunstancias de crisis, comporta acciones que puedan ir más allá de los limites fijados por la ley ordinaria para los tiempos de normalidad.

La racionalización en el funcionamiento de los poderes públicos significan que estos deben adecuarse al objetivo final que deben buscar en circunstancias de crisis, cuál es la defensa del Estado de Derecho amenazado y el restablecido de la normalidad quebrantada. la relajación en los controles establecidos sobre la acción gubernamental - que debe ser, transitoria - implica que tales controles no deben ser

ejercidos con el mismo rigor con que se hace en circunstancias de normalidad, por cuanto de mantenerse ese rigor, dicha acción podría verse enredada en el logro de los propósitos antes señalados. El reforzamiento de los poderes de los jueces en Estados de excepción o circunstancias de crisis busca ser más expedita e idónea su función, con miras a obtener la pronta recuperación de estas circunstancias y el pleno restablecimiento de la normalidad institucional.

Con la declaratoria parcial de inexecutable de los artículos 7, 161, 251, 272, 322 y 342 del Código de Procedimiento Penal, se desconocieron estos principios y se supeditaron intereses individuales - los de los presuntos infractores o sujetos pasivos de la ley penal - al interés común de la sociedad colombiana.

Las decisiones de la Corte no deben circunscribirse exclusivamente al cotejo mecánico de la norma acusada con la disposición constitucional específica que se considera vulnerable, sino que tiene una insoslayable y honda implicación política, en la más amplia acepción del término, es decir que deben consultar con la realidad que vive la Nación.

La interpretación constitucional debe tener como norte y guía los principios filosóficos que inspiran la Carta Política. Entre estos principios deben destacarse los enunciados tanto en el preámbulo como en algunas de las disposiciones contenidas a lo largo del cuerpo constitucional.

La Constitución es clara pues, al señalar la prevalencia del interés general, es decir, del bien común, sobre el interés particular. En tratándose de la aplicación de normas como la que consagra el debido proceso, en circunstancias de crisis - o Estados de Excepción - el hacer prevalecer el interés general sobre el particular cobra aún más importancia dentro de la misión interpretativa del juez constitucional. Porque aferrarse a la rígida aplicación del Artículo 29 de la Constitución en toda circunstancia, incluidas aquellas para las cuales la propia Constitución ha establecido los Estados de Excepción, puede conducir, a hacer perder la eficacia de la acción judicial, desvirtuando así los objetivos buscados a través del régimen de excepción, y hacer prevalecer el interés particular de los procesados, justamente de aquellos sindicados de los más atroces delitos, sobre el interés general de la sociedad.

8.5. DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO.

La extinta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia comparó el artículo 310 numeral 2º del Código Penal que perpetua una de las formas de los llamados delitos calificados por el resultado. El cargo era la responsabilidad objetiva que encerraba. Sin embargo, la norma fue declarada inexecutable. Creemos que a otra conclusión hubiera llegado la Nueva Corte.

La ponencia fue del Doctor PEDRO ESCOBAR TRUJILLO (septiembre 26 de 1991), quien a su vez se remitió a la de marzo 8 de 1990 en donde se había hecho una interpretación a la luz de la extinta Constitución.

De esta manera se dijo que el legislador ha querido proteger de manera especial determinados bienes jurídicos que pueden resultar lesionados, cuando el delito simple genera un resultado que es causante de un daño mayor, previendo para estos casos, un aumento de pena sin cambiar su especie. Sin embargo, no puede admitirse que la modificación del correctivo penal provenga de la ocurrencia del hecho objetivamente señalado, ya que en todos los casos debe existir una valoración subjetiva de la conducta del agente, a título de culpa. Se tiene entonces que la norma cuestionada no consagra una responsabilidad objetiva para el autor del hecho, pues la ocurrencia de las circunstancias descritas sólo vendrían a determinar un aumento de la pena si la conducta que configura el tipo penal básico a que se refiere, ha sido cometida intencionalmente, de lo cual deviene para su autor la culpabilidad del segundo resultado por haber sido posible la previsibilidad de su ocurrencia y de sus consecuencias jurídicas, habiendo estado por demás, en capacidad o aptitud de obrar lícitamente.

Como lo sostiene ENRICO ALTAVILLA al analizar los Artículos 82 y 83 del Código Penal Italiano y es dable aplicarlo a las disposiciones acusadas, la ley penal

“no repudia el concepto de una sola acción productora de los resultados, uno punible a título de dolo, otro a título de culpa. Por ello infiere que no se pueda hablar de responsabilidad objetiva, sino de Resultado Mayor Atribuido a título de culpa, con previsibilidad presunta”.

Es entonces indispensable que el delito simple aparezca configurado en todos sus elementos esenciales, puesto que la pena mayor lleva incita la idea de que el agente es culpable del hecho delictuoso y por tanto, también le es achacable a título de culpa, el eventual resultado.

No se trata entonces de la imputación caprichosa de un hecho dañoso, pues el sujeto agente no responde simplemente porque su acción fue la causa material del segundo resultado, sino porque se tiene su posición psicológica, frente a la acción que lo ocasionó, la que debió ser libremente querida y consentida por él. Mal podría hablarse de un aumento de la sanción cuando por cualquier razón se halle excluido alguno de los elementos integradores del tipo básico.

8.6. EL PROCESO DEBIDO CONTRA INIMPUTABLES

Es una de las más profundas sentencias (C-176 de mayo 6 de 1993, magistrado ponente ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO) la Corte Constitucional examinó la responsabilidad del Estado con respecto a los individuos considerados inimputables. Fueron varios los temas que a continuación se relacionan.

8.6.1. DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Colombia ha sido definida por la Nueva Constitución de 1991 como un Estado Social de Derecho en el que el fin último del poder público es la realización de la dignidad humana. El hombre para gozar de una vida digna debe rodearse de ciertos elementos de orden cualitativo: debe gozar de igualdad, de libre desarrollo de su personalidad, de libertad y de salud, entre otros atributos todos ellos esenciales.

Ahora bien, por fenómenos naturales o accidentales, no todos los hombres se encuentran ubicados en situaciones semejantes para poder aspirar y disfrutar de tan altos bienes materiales y espirituales. Aquellas personas que el Derecho penal a denominado “*inimputables*”, en efecto, se encuentran en inferioridad de condiciones síquicas para autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad. Ello sin

embargo no implica que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones síquicas requiere precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrarse con los demás. Tal es la implicación concreta que tiene el vocablo Estado Social de Derecho respecto de los disminuidos síquicos.

Las anteriores notas Constitucionales encuentran su respaldo en el Derecho internacional sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia. El cual hace parte del ordenamiento interno, según el Artículo 93 de la Carta. Entre tales instrumentos internacionales se destacan los siguientes: Pactos de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966. Aprobado mediante la Ley 74 de 1968. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

8.6.2. REHABILITACIÓN Y LIBERTAD.

Dos conceptos son de extrema importancia: La Rehabilitación y la Libertad. El primero encuentra su fundamento constitucional en los Artículos 17 y 47 de la Carta Política. El segundo, en el Preámbulo y en los Artículos 16, 28, 29 y 34 ídem.

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y la diferencia entre desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la Ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si esta razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en si misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.

Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el Artículo 13 en sus incisos 2 y 3.

La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad.

El Artículo 47 de la Constitución es concordante con la anterior, así como con el Derecho a la Seguridad Social en general (Art. 48), como quiera que la contraparte de la constatación de una persona desigual es el correlativo deber especial del Estado para prestarle una atención especializada y doblemente eficiente, pues a parte de los Derechos generales de los disminuidos, éstos tienen Derechos específicos no extensibles al resto de la sociedad.

Se trata de unos Derechos de aplicación inmediata, como quiera que la especial protección que requieren los disminuidos es un mandato imperativo para todos los operadores jurídicos, al tenor del Artículo 13 de la Carta.

Es por ello entonces que respecto de los inimputables el Estado deberá prestarles la atención integral “*que requieran*”, sin importar el tiempo o la intensidad de los respectivos tratamientos científicos, los cuales deben estar inscritos en un marco de dignidad propia del ser humano.

Así, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad y de rehabilitación, un disminuido no sólo es tan persona como cualquier otra, con su

misma dignidad, sino que además posee Derechos específicos y adicionales, derivados de su condición.

Los Artículos 350 y 366 de la Carta se hacen en idénticos términos la siguiente afirmación “*El gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación...*”.

Se observa entonces que si dentro de los fines esenciales del Estado se consagra efectividad de los Derechos (Art. 2); y los Derechos de los disminuidos - en este caso síquicos - poseen un plus respecto de los demás (Art. 13 y 47), el deber Estatal de garantizar una seguridad social integral es prioritario sobre cualquier otra asignación al gasto público.

8.6.3. LA LIBERTAD

El preámbulo de la Carta de 1991 dispone que la libertad es uno de los valores fundamentales del Estado Colombiano.

El Artículo 16 de la Constitución de Colombia establece lo siguiente: *“Todas las personas tienen Derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los Derechos de los demás y el orden jurídico”*.

Se observa que la axiología del preámbulo se traduce en un Derecho concreto, de orden fundamental, consistente en el Derecho a la autodeterminación de la persona.

El libre desarrollo de la personalidad se traduce en la libertad de opinión y de toma de decisiones de las personas, siempre que no se alteren, como la misma norma lo establece, los Derechos de los demás y el orden jurídico.

Ahora bien, el ejercicio concreto de este Derecho exige un presupuesto básico: que la persona tenga la capacidad síquica de autodeterminarse. De lo contrario el Derecho debe ser asegurado en su núcleo esencial mediante un debido tratamiento y curación, que le permita a la persona finalmente gozar a plenitud del mismo.

Es por eso que los inimputables que cometen un hecho punible y cuya condición haya sido establecida debidamente por dictamen pericial debe ser sometido por parte del juez a una medida de seguridad. Así, la causa última de la limitación de la libertad en

estos casos no es otra que la especial condición personal de una persona que ha atentado contra un bien jurídico tutelado. El dictamen pericial que constata la condición del inimputable -permanente o transitorio -, así como la decisión del juez competente son mecanismos accesorios que constatan médica y judicialmente una situación previa y esencial. La persona no es inimputable porque un juez, apoyado en un dictamen médico, así lo diga, sino que el juez, basado en una experticia, constata una condición que la persona ya tenía: inimputable.

El Artículo 28 de la Carta dice: *“Toda persona libre [...] en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas, o medidas de seguridad imprescriptibles...”*. La claridad de esta disposición despeja toda duda acerca de la imposibilidad de establecer medidas de seguridad imprescriptibles. En todas las palabras, tanto las penas como las medidas de seguridad tienen constitucionalmente un tiempo límite más allá del cual prescribe la acción penal.

El Artículo 29 de la Constitución preceptúa: *“... el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”*.

La garantía del debido proceso es una conquista secular de la humanidad, enderezada a asegurar la libertad de las personas frente el *jus puniendi* a cargo del Estado.

El debido proceso entonces, aplicable a los inimputables, implica que estos deben recibir el tratamiento jurídico - penal previsto en la Constitución y en la ley, de suerte que si se viola algunos de sus Derechos se menoscaba, al mismo tiempo, el Derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Para los inimputables, el debido proceso debe ser especialmente generoso y respetado, ya que, se reitera, goza por tal calidad de un plus en su contenido y eficacia.

8.7. INVESTIGACIÓN PREVIA E INSTRUCCIÓN PENAL.

Con ponencia del Doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, abogado de la Universidad de los Andes, la Corte Constitucional (C-412 de septiembre de 1993) estableció que las garantías constitucionales en ninguna etapa del proceso se podían recortar. Para llegar a esta conclusión se estudio la relación que existe entre la investigación previa y la instrucción penal, el cometido funcional de la investigación previa y el medio para ejecutarlo, los aspectos conflictivos de la investigación previa

y la relevancia constitucional que había (antes de la ley 81 de 1993) de la ausencia de límite cronológico de la investigación previa.

8.7.1. RELACIÓN ENTRE INVESTIGACIÓN PREVIA Y PROCESO PENAL.

La existencia de un límite temporal para la acción penal que prescribe al término de un lapso fijo, ofrece las coordenadas de tiempo dentro de las cuales deben ubicarse las etapas de investigación previa (preproceso), investigación y juzgamiento (proceso propiamente dicho), que corresponden a la situación normal contempladas en el Código de Procedimiento Penal. Si la relación entre estos dos momentos - preproceso y proceso - es puramente funcional tendrá que agotarse y cumplirse íntegramente la finalidad de la primera para que se proceda a la segunda y la sucesión entre las dos se gobernará por orden de secuencias.

En cambio, si se admite que la relación entre los referidos momentos puede ser conflictual, independientemente de su diferencia funcional, el simple orden secuencia dependiente del natural agotamiento de cada momento tenderá a privilegiar uno a costa del otro usufructuando el término disponible de la acción y sin tomar en consideración su peso relativo. En este último caso, deberá ensayarse un mejor criterio de distribución temporal de los dos momentos que se hagan a cargo de sus

diferencias y de la naturaleza del conflicto actual o potencial inherente a la expansión unilateral de un estado en detrimento del otro.

Durante la investigación previa el interés dominante corresponde a la función investigativa del Estado. El adentrarse en el proceso propiamente dicho impone la idea de equilibrio entre la función investigativa y punitiva del Estado (autoridad) - trasunto de su deber de administrar justicia - y los Derechos y garantías del sindicado (libertad). La persona simplemente investigada en la fase preliminar, pronto puede tornarse en sospechosa, convertirse durante la instrucción en sindicada, inmediatamente después en acusada y finalmente terminar condenada.

Las metamorfosis sucesivas que se operan en el status penal de la persona no puede producirse sin que progresivamente se la dote de las necesarias garantías, que naturalmente llegan a su plenitud durante la investigación y el juzgamiento. Dado que el status virtual de la persona depende de las pruebas de autoría y responsabilidad que el Estado acumule en su contra, la prolongación de la investigación previa - en la que el interés dominante es el del Estado - debe analizarse con detenimiento a fin de establecer si la misma en un momento dado deja de ser compatible con el nivel de garantía que debe asegurarse al imputado. De otro lado, la prolongación de la investigación previa - como además es de erigir frente a cada etapa del proceso - debe

juzgarse desde una perspectiva de eficacia del Estado en el ejercicio de la acción penal.

En este orden de ideas, el problema se concreta en graduar la duración de la investigación previa en función de su cometido funcional y del nivel de garantía que debe asegurarse al imputado. La mayor extensión de la etapa previa satisface el interés dominante del Estado en la investigación y, que en ciertos eventos, puede representar una restricción de las garantías del imputado, las que en esta etapa no operan con la plenitud de su desenvolvimiento normal en el proceso. Por ello, el problema que puede resolverse consiste en delimitar el espacio temporal de la investigación previa y de la instrucción formal, a partir de la doble perspectiva del Estado y del imputado.

Es evidente que si la relación entre estos dos momentos - que normalmente debe transcurrir dentro del mismo arco de tiempo de la acción penal - es puramente funcional, la línea que los divide no puede ser cronológica sino de natural evacuación o cumplimiento de la respectiva finalidad, imponiéndose por lo tanto un mero orden secuencial. Pero, si la relación Estado - imputado adquiere de manera actual o potencial un viso conflictivo, la etapa de preproceso - portadora de menores garantías y la etapa del proceso - concentradora de la plenitud de las garantías - competirán entre sí para absolver la potestad investigativa y punitiva del Estado, asumiendo el

mayor tiempo disponible para sí, involucrando a la persona investigada como sujeto de la misma, lo que hace necesario establecer entre las dos un límite cronológico, sin perjuicio de mantener sus diferencias funcionales.

8.7.2. COMETIDO FUNCIONAL DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA Y MEDIO PARA EJECUTARLO.

La investigación previa como etapa anterior al proceso persigue determinar si hay lugar o no a la acción penal. Se trata de una actuación contingente que no debe realizarse si existe suficiente información para iniciar la acción penal habida cuenta de la tipificada del hecho, la identificación de sus autores o partícipes y la inexistencia de causales de justificación o inculpabilidad. El objeto de la investigación en esta fase previa al proceso consiste en asegurar las fuentes de prueba y *“adelantar las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades; si está descrito en la ley penal como punible; la procedibilidad de la acción penal; practicar y recaudar las pruebas indispensables en relación con la identidad de los autores o partícipes del hecho y su responsabilidad”* (C. de P. P. Art. 319).

La razón de ser de la investigación previa es la de establecer los presupuestos mínimos para adelantar la acción penal y dar curso a la iniciación formal del proceso. La simple noticia *criminis* no se considera motivo suficiente para iniciar el proceso penal - y poner en marcha la función investigativa y punitiva del Estado - si no se acompaña de las pruebas sobre los presupuestos necesarios de la acción penal (tipicidad del hecho, identificación de autores o partícipes, procedibilidad de la acción) que permitan racionalmente colegir en principio su necesidad. El legislador ha rechazado el automático ejercicio de la acción penal que solía ocurrir, con graves olvidos del principio de efectividad (C. de P. P. Art. 9) o la mala utilización de los recursos del Estado para administrar justicia y cuya escasez justamente aconseja hacer los mismos un uso apropiado. En este sentido la investigación previa puede llevar al fiscal a abstenerse de iniciar la instrucción cuando aparezca que el hecho no ha existido, que la conducta es atípica, que la acción penal no puede instaurarse o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o culpabilidad (C. de P. P. Art. 327).

La ley supedita la duración de la investigación previa a la existencia de prueba para dictar resolución inhibitoria o mérito para vincular en calidad de parte del imputado, lo que se libra al criterio del fiscal que debe definir la situación con base en los resultados y elementos de juicio obtenidos en su desarrollo (C. de P. P. Art. 324). El control del momento del cierre de esta etapa que se difiere al fiscal entraña una

facultad o medio al igual que la potestad para practicar pruebas, destinada al cumplimiento del mencionado cometido de esta fase investigativa.

8.7.3. ASPECTOS CONFLICTIVOS DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA.

La limitación estricta de los medios de que dispone el Estado en la etapa de investigación previa a su finalidad institucional, por lo general, no suscita conflictividad alguna mientras no se identifique a una persona como imputada o sospechosa. Si pese a los esfuerzos investigativos de dicha situación se mantiene inalterada, puede incluso el Jefe de la Unidad de Fiscalía ordenar la suspensión de la investigación pasados ciento ochenta días.

Igualmente, aún existiendo imputado, la conflictividad derivable de esta etapa carecería de relevancia constitucional y legal, si los medios de investigación previa se enderezaran a la indicada finalidad institucional y si su duración en el tiempo es breve. Idéntica conclusión debe expresarse frente al imputado privado de la libertad, pues la ley consagra términos perentorios para realizar la indagatoria, vincularlo al proceso y definirle su situación jurídica, iniciándose así la etapa instructiva la que de suyo significa para el sindicado un mayor nivel de garantía procesal.

Sin embargo, una situación diferente se presenta cuando el imputado no se encuentra privado de la libertad pero la Fiscalía le ha recibido versión preliminar. En estas condiciones el imputado se impone de la investigación que se le adelanta y, en cierta medida, pueda participar en la presentación y discusión de las pruebas que se alleguen en su contra (C. de P. P. Art. 321).

El principio contradictorio se anticipa en esta etapa, pues frente al interés que anima a la función investigativa y sancionada del Estado, surge el interés concreto, digno de tutela, del imputado, de resultar favorecido con una resolución inhibitoria que descarte la existencia del hecho, su tipicidad, la procedibilidad de la acción, o, en fin, que establezca en su caso una causal de antijuridicidad o inculpabilidad (Art. 327 C. de P. P.).

Si bien la formalización del conflicto Estado - sindicado se constituye formalmente a partir de la resolución de apertura de instrucción, ésta materialmente y de manera gradual se prefigura en la etapa previa. Justamente, la anticipación constitucional del contradictorio en esta etapa, otorgándole al imputado posibilidades de defensa en el campo probatorio, correspondiente al reconocimiento que la Corte hace de la conflictualidad actual o potencial que ya comienza a manifestarse en esta temprana fase de la investigación y que exige se le brinde las necesarias garantías

constitucionales a fin de que pueda enfrentar equilibradamente al poder punitivo del Estado.

En este contexto, la ilimitada utilización de los medios de que dispone el Estado en la etapa previa, - práctica de “*todas las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos*” y control por parte del fiscal del momento del cierre de esta etapa - cuyo empleo exalta en grado sumo la función investigativa y punitiva del Estado, puede desvirtuar su conexidad funcional con el cometido institucional de la misma y terminar trayendo hacia sí la definición y tramitando de aspectos conflictuales ínsitos en la persecución e investigación del delito que son mas propios del proceso. Ante la conflictividad Estado - imputado, la prolongación indefinida en el tiempo de la etapa previa, de manera cada vez más acusada la exacerba, subvierte la anunciada conexidad de unos medios ideados para establecer los presupuestos mínimos de la acción penal y no para investigar el delito en sí mismo y termina por generar un creciente desequilibrio entre el Estado y el imputado, que para defenderse adecuadamente requeriría de todo el repertorio garantístico del proceso y al cual puede acceder cuando se le ponga término a dicha investigación previa.

Dado que la recepción de la versión libre es una facultad potestativa de la Fiscalía, puede darse el caso de una persona que se investiga, sin que esta tenga conocimiento oportuno de esa circunstancia, de la cual sólo conocerá más tarde cuando se le vincule

a la investigación o al proceso y se haya eventualmente acumulado en su contra un acervo probatorio que dificulte o haga materialmente imposible su defensa.

En esta hipótesis el desequilibrio Estado - investigado es manifiesta. La utilización de los medios que tiene el Estado en la etapa de la investigación previa se ha ejercido con el único objetivo de potenciar al máximo su función investigativa y punitiva, más allá de la simple averiguación de los presupuestos mínimos de la acción penal, excluyendo y nulificando en la práctica toda posibilidad de contrapeso efectivo por parte del investigado, en este caso colocado *ad portas* de parte sindicada expuesta a una ardua y desigual defensa.

El Derecho al debido proceso contienen en su núcleo esencial el Derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso - previa o formal -, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del Derecho de defensa. Hay un Derecho al proceso y a la intimidad personal y familiar. Pero antes, inclusive, la dignidad de la persona humana postula la existencia del Derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo.

Dada la regulación legal de la investigación previa en el Código de Procedimiento Penal se ha demostrado que en la etapa de la investigación previa surgen conflictos en la relación Estado - investigado, que por su naturaleza e intensidad y, además por la necesidad de observar un adecuado equilibrio en las indicadas relaciones, no deberían ser objeto de dicha etapa ni materia sobre la cual obren libremente los medios de que dispone el Estado en aquellas. Se impone, por lo tanto, la consagración de un preciso límite cronológico - el más breve posible atendidas las circunstancias -, a la investigación previa que sea razonable y proporcionada a su finalidad que ha de circunscribirse a la verificación de los presupuestos objetivos mínimos y necesarios para el ejercicio de la acción penal.

8.7.4. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA AUSENCIA DE LÍMITE CRONOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA.

Cuando la relación Estado - imputado ó Estado - investigado adquieren cierto grado notable de conflictividad y discurre, no obstante, bajo el esquema de la etapa de la investigación previa, su indefinida prolongación crea una evidencia disfuncionalidad ante el plano legal como en el constitucional. La garantía del debido proceso, como se ha expuesto, torna imperioso el señalamiento de un límite cronológico a esta etapa, además de que exige se anticipe - desde el mismo momento de la noticia del crimen -

el ejercicio de los Derechos y garantías constitucionales en favor de la persona investigada.

El estado de Derecho (C. de P. P. Art. 1) no se concilia con la adopción general del principio oportunidad para el ejercicio de la acción penal, la que debe promoverse siempre que existan fundamentos de hecho. La titularidad de la acción penal que corresponde al Estado y se ejerce por conducto de la Fiscalía General de la Nación (C. de P. P. Art. 250) y de los jueces competentes (C. de P. P. Art. 24), no esta sujeta a su discrecionalidad, pues si así fuere sucumbieran los principios de efectividad y de igualdad ante la ley penal (C. de P. P. Art. 13). La ilimitada duración temporal de la investigación previa - que se hace coincidir con el término de prescripción penal - estimula el ejercicio del libre criterio de los funcionarios que en ella participan para decidir su clausura, de modo que el deber de perseguir y de acusar puede terminar por convertir en un juicio en mera oportunidad.

El principio de respeto y dignidad humana (Constitución Nacional Art. 1) sufre grave afrenta cuando la investigación previa se prolonga indefinidamente, pese a que se sabe que en esta etapa el imputado no dispone de la plenitud de posibilidades de defensa y actuación que le dispensan los estadios subsiguientes, máxime si aquella puede avanzar a sus espaldas. La persona investigada es sujeto cuando dispone de suficientes medios para conocer la investigación que se le sigue y defenderse

adecuadamente. La investigación previa que se extiende sin límite de tiempo, no obstante la creciente conflictualidad de la relación Estado - investigado, potencia la dimensión del estado hasta el punto de negar a la persona su calidad de sujeto.

El debido proceso que se predica de toda clase de actuaciones judiciales (Constitución Nacional Art. 29) se aplica a la etapa de la investigación previa. El Derecho del imputado a conocer la investigación que se adelanta en su contra, a ejercer en este caso su Derecho de defensa y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, a oponerse que su domicilio sea registrado salvo que se haga con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para sólo citar algunos de sus Derechos constitucionales fundamentales, obran como razones suficientes para considerar que desde la perspectiva constitucional el proceso comienza desde que las autoridades de Policía o de Fiscalía reciben la noticia *criminis* como quiera que a partir de ese momento el Estado despliega su poder investigativo y su capacidad para limitar e intervenir en la órbita de los Derechos y de la libertad de las personas reconocida constitucionalmente.

El ejercicio anticipado del Derecho Constitucional al debido proceso (C. N. Art. 29) correlativo al desarrollo de la función investigativa y punitiva del Estado prescribe la actuación investigativa se prolongue indefinidamente en el tiempo. La ausencia de término respectivo para la investigación previa, legítima inconstitucionalmente las

más excesivas dilataciones toda vez que su finalización podría coincidir con el momento de la prescripción de la acción penal. Aparte de que esa eventual arbitrariedad del Estado es uno de los más importantes contrapesos a su actuación. La supresión virtual de este control supone el regreso a la época oscurantista del Estado de policía de corte inquisidor.

El Derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene en virtud de una sentencia en firme (Constitución Nacional Art. 29), se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda, desde esta etapa, ejercer el Derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas. La inocencia como valor individual compromete su defensa permanente, la cual mal puede diferirse a un momento lejano luego de que el Estado sin conocimiento del imputado y por largo tiempo haya acumulado en su contra un acervo probatorio que sorprenda y haga difícil su defensa. A este respecto cabe agregar que el debido proceso exige que las reglas del juego que lo gobiernan, en lo posible, sean substancialmente inmunes a los abusos. La ausencia de términos precisos para las diferentes etapas induce a la discrecionalidad de los funcionarios y fomenta la proclividad al abuso. En este presente caso, la lealtad procesal puede verse afectada si se deja transcurrir el tiempo sin informar de la actuación a la persona investigada mientras el Estado sigilosamente acopia las pruebas que serán usadas en su contra.

El principio democrático se orienta a facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (C. de P. P. Arts. 1 y 2). La forma del proceso penal está por lo tanto íntimamente determinada y permeada por el indicado principio, máxime si se tiene presente que ninguna decisión pueda afectar en mayor grado la vida de una persona relacionada con su responsabilidad penal. La administración de la justicia penal no puede hacerse por fuera del proceso cuyo diseño y desarrollo asegura tanto la defensa social como las garantías y la libertad de los individuos que a él deben someterse. Así como el Estado democrático reconoce Derechos fundamentales a los miembros de la comunidad, en el terreno procesal hace lo propio autolimitando su función investigativa y punitiva de acuerdo con precisas reglas que configuran para este efecto un ritual que como garantía tiene un valor sustantivo.

De ahí que sólo por conducto del proceso - y a través de sus diferentes y sucesivas etapas - pueda el Estado perseguir el delito. Puede así mismo sostenerse que las personas involucradas en los hechos punibles tienen un verdadero Derecho al proceso cuya naturaleza y configuración en el Estado democrático debe ser eminentemente participativa. Este Derecho de estirpe constitucional se niega cuando, desvirtuando su función, se prolonga irrazonablemente la etapa preprocesal de la investigación previa, pese a la existencia de imputado y a la conflictividad actual o potencial de su relación con el Estado. Se vulnera ese Derecho también frente a la persona a quien no se le comunica oportunamente esa situación.

Estas violaciones pueden darse como consecuencia de la indefinida dilatación temporal de la investigación previa. Dado que es en el proceso penal donde con mayor intensidad y plenitud de garantías puede participar el imputado, la investigación previa debe tener un período razonablemente breve, circunscribirse a asegurar las fuentes de prueba y a verificar el cumplimiento de los presupuestos mínimos que se requieren para ejercer la acción penal.

8.8. TÉRMINO DE LA INSTRUCCIÓN PENAL.

La Corte Constitucional declaró (C - 411 de Septiembre 28 de 1993) inexecutable parcialmente los Artículos 329, 438 y 439 del Código de Procedimiento Penal. en los siguientes apartes:

Artículo 329: “... *la instrucción podrá realizarse mientras no prescriba la acción penal...*”.

Artículo 438: “..*Cuando no hubiese pruebas necesarias para calificar la investigación, el fiscal se abstendrá de cerrarla...*”.

Artículo 439: “... *Cuando no hubiere lugar a proferir estas determinaciones \, el fiscal continuará adelantando la instrucción..*”.

Según la Corte Constitucional, en los apartes acusados por los actores, el actual Código de Procedimiento Penal prescribe que, una vez iniciada la instrucción, ni el fiscal competente para adelantarla, ni ningún otro funcionario, puede cerrarla sin que existan las pruebas necesarias para calificarla, profiriendo resolución de acusación o de preclusión en cualquier otro caso, el fiscal tendrá que continuar con la instrucción, hasta que transcurra el término contemplado para la prescripción de la acción penal.

Según el Artículo 28 de la Carta: “*Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad judicial competente con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en ella la ley*”. Además, ha de presumirse también que toda persona es inocente hasta que se le compruebe y declare judicialmente lo contrario (Artículo 29 Constitución Nacional). La carga de probar que algún ciudadano no es inocente, corresponde directamente al Estado, pues la función punitiva es exclusiva de él. Sólo en situaciones excepcionales y claramente reglamentada por la ley, como en el caso de la legítima defensa, pueden actuar los particulares en sustitución del Estado, lo que constituye una suerte de delegación y por ende de éste.

Si el Estado encuentra razones para vincular a una persona a la instrucción, pero no consigue la prueba necesaria para acusarla ante el juez competente. Puede justificadamente mantenerla vinculada a un proceso penal hasta que prescriba la acción ?. Es decir, Que puede mantenerla en la situación jurídica en la que se coloca, al ser vinculada a la instrucción ?. Solo una respuesta negativa parece razonable y compatible con la presunción de inocencia.

Una vez dictada la resolución de apertura de instrucción, la persona imputada queda vinculada al proceso penal en calidad de sujeto. El instructor puede entonces averiguar por su vida íntima, personal y familiar, ordenar el registro de su domicilio y su correspondencia, que sus demás formas de comunicación sean interceptadas y, como si eso fuera poco, se le puede imponer una medida de aseguramiento, con lo que se abre la posibilidad de mantener al sindicado privado de su libertad, por un período que podría extenderse hasta la prescripción de la acción penal. En ese caso extremo, la ineficacia investigativa del Estado, iría de la mano con el efectivo cumplimiento de un apena jamás impuesta por sentencia judicial ejecutoriada.

Según el Artículo 2 de la Constitución, es fin del Estado asegurar la vigencia de un orden justo. Ahora bien: si el Estado es quien debe probar que la persona no es inocente y después de usar todos sus recursos por un tiempo razonable no logra establecerlo; es injusto que, en lugar de reconocer su fracaso y devolver a la persona

el pleno goce de sus libertades y Derechos, se le deje en situación de entredicho y con las garantías constitucionales suspendidas, hasta que finalmente el Estado pueda llevarla a juicio o prescriba la acción penal.

Si se examina la situación legal de las personas vinculadas a una instrucción, dentro de la vigencia de la Constitución de 1991. pero antes y después de la vigencia del Decreto 2700 de ese año, se encuentra que indudablemente tal Derecho menoscaba el Derecho fundamental en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, suscrito por Colombia en el mismo año y aprobado mediante la ley 74 de 1968, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, así como el Artículo 29 de la Carta, pues introduce demoras injustificadas en la definición de la situación jurídico - penal de las personas.

9. REFORMA CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL LEY 599 Y 600 DE JULIO 24 DE 2000.

9.1. OBJETIVO DE LA REFORMA

La propuesta a la reforma actual surgió de la necesidad de unificar la legislación penal en sus áreas sustantiva y procesal, y en buena parte constituye la formulación de una política criminal estable para el país, - noción fundamental de la cual carecemos tanto en el aspecto represivo como en el preventivo - toda vez que la formulación de una verdadera política criminal tiene que ver, además, con otros asuntos que atañen a la estructura económica y social de la Nación.

La realidad es que no ha existido una verdadera Política Criminal habida cuenta que la legislación ha sido, además de dispersa, “jalonada” por las circunstancias coyunturales del momento que la ha motivado. Tal vez en 1936, se logró la expedición del Código Penal y dos años después, el de Procedimiento Penal, los cuales seguían una misma orientación conceptual que se ha venido degradando con el

transcurso del tiempo por la presión de la opinión pública, con la concepción errónea de que todos los males del país obedecían a la Constitución de 1.886.

Con esta propuesta se está buscando orientar la tarea cotidiana, la labor de los operadores del sistema penal a través de unos claros parámetros de política criminal que permitan, entre otras, cosas superar esa tensión que surge, por un lado, entre la necesidad de proteger los bienes jurídicos y de aplicar una consecuencia jurídico penal, generalmente con enorme incidencia en el ámbito de la libertad de los individuos; pero por el otro, también la de respetar el máximo y restringir al mínimo las libertades públicas. La reforma parte del supuesto de que el ejercicio del poder punitivo debe adecuarse necesariamente a los contenidos constitucionales. Se ha querido desarrollar una teoría del bien jurídico a partir de los valores y de los elementos esenciales de la Constitución Política.

La reforma del sistema penal se centra también en la consideración de que la política criminal debe orientarse a propósitos preventivos y disuasivos frente a las conductas desviadas, a los comportamientos criminales; ello no significa que se desconozca que la superación de la criminalidad también impone inexcusablemente la adopción de una política social orientada a la modificación de las condiciones materiales que favorecen y permiten incluso, retroalimentar la criminalidad y la producción del delito.

9.1.1. REFORMA CONSTITUCIONAL Y ESTABILIDAD JURIDICA

El concepto jurídico adverso a la utilización del Estado de Sitio, originó la convocatoria para lograr la reforma constitucional, pues se consideraba argumento suficiente la perturbación del orden público. Hoy día se dice que “ Si para avanzar en el proceso de paz es necesario cambiar la Constitución, pues cambiemos la Ley”.

Pero hace cinco o seis años también se habló de la necesidad de derogar todas las normas que limitaban el libre comercio; se pidió entonces la derogatoria del Estatuto Cambiario y de todas aquellas disposiciones que significaban alguna restricción; por ello se consideró necesario despenalizar el contrabando para hoy devolverle el carácter de delito.

En el transcurso de dos años se han promulgado dos leyes, una de ellas dentro de la Reforma Tributaria que aumenta las penas para el comercio ilícito de mercancías, y la otra, la Ley 228 de 1995, que impuso sanciones más drásticas para ciertas modalidades de delincuencia menor, especialmente referidas a conductas atentatorias contra el patrimonio económico, normatividad que fue bien recibida pero, apenas dos meses después, comenzaron los problemas originados por su aplicación e interpretación. Vemos entonces cómo nos hemos equivocado al pensar que con la

imposición de penas más severas lograremos disminuir los índices de criminalidad. Igualmente se ha generado una desnaturalización de ciertos comportamientos como el enriquecimiento ilícito , tanto así que no se logra ubicar dentro de algunos títulos del Código Penal.

Las improvisaciones también las vemos en materia de Procedimiento Penal pero durante un buen tiempo se afirmó que la impunidad obedecía no a ese factor sino a la falta de implementación del Sistema Acusatorio, sin que nadie se pusiera a pensar sobre la relación existente entre la Constitución Política y el Sistema Procesal. En las condiciones actuales de nuestro País podemos preguntarnos si resultaría viable implementar ese sistema que, entre otras modificaciones, implicaría revivir el Jurado de Conciencia, el cual es de su esencia.

9.1.2. LA DETENCION PREVENTIVA

En tratándose de la libertad de las personas, en ocasiones se ha pensado que se deben llenar las cárceles para, luego, darse cuenta que hay hacinamiento y entonces se buscan mecanismos de descongestión. Así aconteció con la Ley 2ª de 1984 que estableció amplias facultades de excarcelación, otros estatutos han reducido, sin que en ningún caso se haya hecho un análisis completo del por qué se ha de adoptar una u

otra decisión. La verdad es que un día se afirma que la detención preventiva debe ser la excepción, y otro que debe ser la regla, lo cual se ha plasmado en diversas normas, ambigüedad que no es extraña al tema penitenciario.

9.1.3. TIPICIDAD

La reforma también en el sentido de la tipicidad observó la recopilación de la legislación dispersa. Se trató de regular de manera precisa la importancia de los bienes jurídicos fundamentales, agregando nuevas conductas y suprimiendo otras que hoy en día carecen de justificación para permanecer en el Código, como el ingreso ilegal al país después de haber sido expulsado, o la bigamia, en fin, muchas conductas deben redefinirse bajo una adecuada visión de política criminal entendiendo que el Derecho penal es la ultima ratio.

9.1.4. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En la reforma se han incluido las normas sobre el Derecho Penal Internacional Humanitario; se armonizaron las normas de la Constitución Política con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia penal, y en el tema del

procedimiento el fin es agilizar e intensificar la oralidad al eliminar tramites innecesarios obviamente bajo los postulados de una política criminal estable.

En Europa, España e Italia, el Derecho Penal Mínimo fue un instrumento importantísimo para la destipificación de unas conductas que implicaban una etización del Derecho penal donde los límites *Derecho penal y moral* no estaban muy claros; sin embargo, si observamos la propuesta seguramente encontramos las conductas delictivas más graves que en nuestro país se presentan; habrán otras menos graves sobre las cuales conviene hacer un examen muy detallado sobre su conveniencia o inconveniencia de mantenerlas, pero lo cierto es que los delitos contra el Derecho internacional humanitario reclamaban una dogmática independiente que los sacará, como se ha propuesto en otras legislaciones, de simples apéndices de los delitos tradicionales, como sería, por ejemplo, consagrar en el homicidio un agravante relacionado con la persona protegida por esos instrumentos internacionales.

Si analizamos bien lo que subyace al Derecho internacional humanitario, nos damos perfecta cuenta que eso no cala dentro de nuestra tradición jurídica en torno a la forma de pensar. De entrada ¿ cómo entender, si se trata de una temática jurídica totalmente novedosa y que debe ser regulada independientemente, como para el Derecho Internacional Humanitario pueden ser totalmente lícitas ciertas conductas que para nuestra legislación interna son total y absolutamente antijurídicas ?

¿ Será frente a esta idea conveniente pensar que para la regulación del Derecho internacional humanitario basta colocar un pequeño apéndice en cada uno de los delitos tradicionales ?. Algo muy importante sobre el punto es que necesariamente un título independiente puede crear una importante conciencia jurídica sobre la materia que permitirá el desarrollo de una dogmática relacionada con los delitos sobre el Derecho internacional humanitario. Se pretende así desarrollarlo en materia penal, quedándonos en este tópico solo lo relacionado con algunos compromisos internacionales ya convertidos en instrumentos, como tratados y convenios donde nuestro país se ha obligado a la regulación de determinadas materias. Bastaría con citar uno solo: La convención contra la corrupción suscrita en Caracas en el año de 1997; allí en algunos de estos instrumentos se compromete el país no solo a desarrollar políticas de tipo preventivo, sino que también se impone la necesidad de algunas regulaciones de control y especialmente manifestadas en la tipificación de varios comportamientos, incluso algunos que pueden ser ajenos a nuestra tradición jurídica, pero ya sobre los mismos se ha adquirido un compromiso internacional como resulta ser aquél derivado de una de las tradiciones contenidas en esa concepción sobre la corrupción, donde se dice que el Estado Colombiano se compromete a tipificar el concierto para delinquir, pero no para cometer delitos, sino para cometer un delito dirigido a vulnerar el bien jurídico de la administración pública.

9.2. ASPECTOS SOBRESALIENTES DE LA REFORMA

9.2.1. APERTURA DOGMATICA

La reforma incorpora una propuesta de apertura dogmática: nuestro Código Penal actual ha cerrado las puertas para la evolución jurisprudencial y doctrinal sobre la dogmática jurídico - penal por cuya razón la propuesta ha considerado que tenemos que seguir moviéndonos dentro de esa óptica, claro esta, entendiendo que a pesar de la ambición que tiene toda dogmática jurídico - penal de ser universal, esas propuestas dogmáticas encuentran limitaciones en el orden interno, especialmente en lo impuesto por la Constitución Política y por el contenido de los Derechos fundamentales.

Desde muy temprano se dijo que nuestro Código Penal se adscribía a la Dogmática Causalista, concretamente a ese movimiento que se ha denominado dogmática Neoclásica. Sin duda alguna de las instituciones allí contenidas y de los diferentes títulos y capítulos corresponden a tal idea. No en vano se ejerció allí una importante influencia por el maestro Alfonso Reyes; sin embargo, la Corte, además de lo anterior, jurisprudencialmente en el año de 1982 sentenció, con ponencia del mismo

maestro, que en nuestro medio no había posibilidad distinta de interpretar el Código que en el marco de la Dogmática Causalista.

Posteriormente han venido produciéndose algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, donde se hace una apertura hacia la posibilidad del entendimiento otras corrientes dogmáticas; sin embargo, ello se ha hecho en ámbitos muy específicos, como cuando el maestro Gustavo Gómez dijo que en materia de los delitos de falsedad regía un pensamiento finalístico porque tal materia fue derivada de los estudios que en Alemania se habían hecho sobre el tema.

Hemos creído que este nuevo Código contiene unas instituciones que responden a los contenidos de la Constitución y a los Derechos fundamentales, pero que el desarrollo dogmático y jurisprudencial es el que nos tiene que enseñar cuál es la corriente que imperará y en un futuro podrán haber otras de la dogmática jurídica.

Algunos dicen que este Código Penal se ha elaborado de la forma como esta para dar gusto a aquellos que postulan la Teoría de la Imputación Objetiva. Eso no es cierto, la imputación del resultado debe hacerse en términos jurídicos, no hay ningún país del mundo en que haya existido imputación de tipo ontológico; todas las teorías diferentes a la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones, son teorías

jurídicas; son teorías que apuntan a imputación de origen jurídico y se encuentra que es una imputación objetiva, que también es imputación en términos jurídicos, pero imputación en términos jurídicos no equivale sin más a imputación objetiva.

Se ha entendido además que ya ha sido superada esa discusión formalista en la lógica conceptual en torno a que el edificio de la Teoría del Delito debe ser absolutamente coherente; y de que lo importante es la Tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad funcionen de manera tan perfecta que sistemáticamente el resultado al cual se llegue implique entonces la consecuencia de la pena.

9.2.2. TEORIA DEL DELITO

La importancia, hoy de la coherencia interna entre las proposiciones, resultando la aplicación de la pena sin juicio sobre la justicia o la injusticia material de la misma, pensamos que debe ser superado. Hoy la construcción de la teoría del delito, no puede hacerse de izquierda a derecha. Adoptado el concepto de acción pertinente, las categorías, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, quedan configuradas de manera tal que la coherencia interna entre las proposiciones debe ser a toda costa respetada, sin importar la consecuencia. Pensamos que la construcción tiene que ser diferente;

debemos mirar si es justo o injusto el resultado y a partir de allí sí darle contenido a las mismas.

Por eso uno de los instrumentos más importantes de esta materia es el Principio de la Antijuridicidad Material, y el mismo, a pesar de que hoy es punto central de nuestro sistema de construcción del injusto, necesitaba ser restablecido. Por ejemplo; hoy se ha introducido la expresión *peligro efectivo*, con lo cual pensamos que debe replantearse esa importante discusión que se ha suscitado, incluso pregonada por algunos autores que han dicho que existen delitos de peligro, donde ese peligro se presume de Derecho, sin posibilidad alguna de que el procesado pueda demostrar que en la práctica, en la realidad no se ha presentado, ni siquiera se ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado.

Importante también en este tópico es la decisión que se ha tomado en torno al manejo del *error de prohibición indirecto* y sobre el cual ya importantes autores han hecho algunos pronunciamientos.

En estos puntos cruciales, a pesar de que algunos recomiendan dejar en manos de la jurisprudencia tal decisión, en nuestro medio no debe ser así en aras del cumplimiento de la justicia material, porque bien sabemos que en estos temas rige mucho eso que se

ha convertido en el argot popular en algo casi generalizado y que explicándonos algunas instituciones que según el caso aplica una u otra teoría. Sin duda alguna en estas concepciones aquí planteadas ha jugado un papel de importancia la jurisprudencia y la doctrina.

9.2.3. DELITOS DE OMISION

Nuestro Código Penal, si lo analizamos detenidamente, es un código penal que responde al modelo del estado liberal, es decir, allí esta asegurada la protección a los llamados Derechos fundamentales de autonomía; esos Derechos se garantizan mediante al prohibición de la interferencia, bien sea por los poderes públicos o por el resto de los particulares. Eso, sin duda alguna, con una visión general, es lo que responde a las técnicas de los delitos de acción.

Sin embargo en nuestro medio los delitos de omisión se encuentran rezagados frente a la actual Constitución Política, a pesar de que tímidamente desde 1936 había dado los primeros pasos hacía la consideración social . Hoy el artículo primero de la Carta señala que es un Estado democrático, social y de Derecho; allí mismo señala como uno de los pilares fundamentales del estado el principio de solidaridad.

Nos hemos acostumbrado sólo a discutir el contenido de los Títulos Primero y Segundo de la Constitución Política, esto es los principios rectores de la actividad estatal y de los Derechos fundamentales, y hemos dejado de lado un tema importante y básico respecto de los Derechos fundamentales. Allí en su artículo 95 encontramos importantes consideraciones en torno a este tópico que sin duda alguna modifican en grado sensible la consideración de los delitos de omisión, especialmente en los delitos de omisión impropia.

9.2.4. DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE

Son estas instituciones en la teoría muy claras, sin embargo en la práctica no se puede traducir en el momento de la decisión judicial la base sobre la cual se estructuran estas dos figuras y que parecieran fueran la misma, es decir, haber previsto el resultado. No obstante la distinción es un mero sentimiento: en una, asumir la posibilidad de su ocurrencia y, en otra, confiar en poder evitarlo.

Por ello el nuevo Código incorpora una nueva fórmula de dolo eventual, que a pesar de lo problemática se puede entender bajo lo que se ha denominado la “renomartivización del Derecho penal ” en aras de que las figuras dogmáticas que contiene el código sean realmente posibles de hacer en la práctica judicial.

9.2.5. ESCENCIA DEL SISTEMA ACUSATORIO

No es posible pensar que en Colombia se vaya a instaurar un procedimiento acusatorio en Colombia cuando la esencia misma de este Sistema Acusatorio es la existencia de jurados de conciencia, o cuando de la esencia misma sería la desjudicialización de la Fiscalía General de la Nación. No es posible porque la Constitución prohíbe la intervención de los particulares especialmente cuando en materia penal, y en segundo término porque es la Constitución la que le da las funciones judiciales a la Fiscalía General de la Nación, de manera de que dentro de este tema, no se puede pensar siquiera en instaurar un Sistema Acusatorio en Colombia con base en la Constitución vigente.

Asunto diferente es si en Colombia se requiere un Sistema Acusatorio, pues la verdad lo que se vislumbra en el nuevo Código de Procedimiento Penal es hacer un código más ágil, donde exista una mayor oralidad, sin que significa matricularse a una corriente procedimental.

9.2.6. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO Y RESOLUCION DE SITUACION JURIDICA

Uno de los puntos de mayor debate, corresponde a la situación jurídica, ya que para que esta quede en firme, pasan hasta dos años. De manera que, atendiendo a unos criterios de gravedad en perfecta consonancia con el Código Penal, solamente se consideró la medida de aseguramiento de detención preventiva; se eliminan la caución y la conminación como medidas de aseguramiento y se prevé que la detención preventiva solo opera para ciertos delitos de acuerdo con su gravedad. Para las otras descripciones típicas no habrá resolución de situación jurídica, no habrá definición inicial sobre responsabilidad del sindicado; en estos casos una vez escuchada la persona, se decretaran las pruebas pertinentes y esta definición de responsabilidad se difiere al momento de resolver la calificación del mérito sumarial.

9.2.7 CALIFICACION JURIDICA

Otro aspecto tiene que ver con la solución al problema que hoy en día se presenta frente a la variación de la calificación jurídica que se ha dado a la conducta del sindicado. Uno de los puntos que la comunidad judicial ha reclamado es que se defina qué pasa cuando el Juez no está de acuerdo con la calificación que el Fiscal le ha

dado a la conducta del sindicado al momento de la calificación del mérito sumarial, o cuando surge la controversia luego de practicadas las pruebas en la etapa del juicio, sobre la calificación que debe dársele a la conducta por considerar. Con el nuevo Código se presenta una alternativa de solución y evitan que se hagan interpretaciones como regresar al Fiscal la calificación y o los Decretos de nulidad.

CONCLUSIONES

Es evidente que nuestro País requiere de un cambio de concepción del Sistema Penal, por lo que aspiramos a que esta nueva legislación responda a las esperanzas de los ciudadanos de realización de la justicia. Sin embargo consideramos que hay mucho por hacer y que no basta con poner en vigencia una nueva reglamentación, pues debemos ante todo mirar como se va a edificar, pues en el proceso de construcción es conveniente observar que la vinculatoriedad de la ley depende de su legitimidad, de modo que sólo una ley que la ciudadanía estime legítima podrá ser considerada como obligatoria para todos los ciudadanos. Así, cuando Habermas (La Filosofía del Derecho Habermas y Luhman. Juan Antonio García Amado) se refiere a la validez del Derecho, esta indicando que sólo puede ser tenido como tal lo que goza de legitimidad , esto es, lo que emane de un sistema fundado en la participación democrática.

Esta concepción es producto de la necesidad de desmitificar la ley, pues, si el Derecho no está unido a criterios democráticos del Estado, de Nación, de Individuo, pierde su fuerza configuradora de consensos y, por lo tanto, su capacidad para dar solución a los conflictos. Así las cosas el papel de una política criminal debe dejar de lado las tradicionales concepciones de autoritarismo de Estado, para sumergirse en el

camino de la comunidad, entendida como público. La participación de este público nos ilustrará sobre dos aspectos vitales que deben tener en mente para construir todo el andamiaje que comporte sanciones: Cuales son las necesidades del colectivo y, realmente, identificar los bienes jurídicos – entiéndase Derechos Humanos - dignos de tutelar por esta vía.

Consideramos vital estructurar de manera general los principios que, en nuestro criterio, deben informar toda la legislación en este campo. El más importante y del cual se deben desprender los demás, es el respeto a los Derechos fundamentales del individuo. Ello nos obliga a buscar una salida que logre un equilibrio a la dicotomía garantismo- eficientismo, es decir, que obtenga la aplicación de la sanción conculcando, cuando sea inevitable y en la menor medida posible, las garantías inalienables del infractor. También debemos procurar llevar a la práctica el papel del Derecho penal como *ultima ratio* y, por ende, buscar implementar mecanismos alternativos de solución a los conflictos que, sin duda, en la mayoría de los casos otorgan una verdadera solución, ahorrando la injustificada e innecesaria afectación de los Derechos Humanos. Este supone que, como es evidente, el proceso penal – entendido como el espacio de discusión de las controversias - no es el único ni el más adecuado instrumento para tramitar esos conflictos, no sólo por las posibilidades de acceso a la justicia, sino por el hecho de que muchos de estos asuntos son convertidos en problemas precisamente por su reelaboración en el sistema penal. Es

imposible pensar que la norma penal sea la institución que solucione los convulsionados procesos sociales.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS, ANTONIO VICENTE, Procedimiento Penal 6ª edición, Bogotá, Ed. Temis, 1987.

BACIGALUPO, ENRIQUE: Manual de Derecho Penal, Bogotá, Ed. Temis, 1984.

BERNAL CUELLAR JAIME, MONTEALEGRE LYNETT EDUARDO: El proceso Penal, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia 1995.

BETTIOL GIUSEPPE: Instituciones de Derecho Penal y Procesal, Barcelona, Bosh, Casa Editorial, 1976.

DEVIS ECHANDIA HERNANDO: Principios fundamentales del Derecho Procesal Penal, Bogotá, Ed. A.B.C. 1981.

FERNANDEZ CARRASQUILLA JUAN: Derecho Penal fundamental, Bogotá, Ed. Temis, 1989.

GARCIA VALENCIA, JESUS IGNACIO: Las pruebas en el Derecho Penal, Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1996.

LONDOÑO JIMENEZ HERNANDO: De la captura a la excarcelación, Bogotá, Ed. Temis, 1976.

MARTINEZ RAVE GILBERTO: Procedimiento Penal Colombiano 7a edición, Bogotá, Ed. Temis 1992.

MIR PUIG, SANTIAGO: El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona Ariel S.A., 1994.

MORALES MARÍN GUSTAVO: Fiscalía y Proceso Penal, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. C. Ltda., 1992

PEREZ PINZON ALVARO, Estudios de Derecho Procesal Penal. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1985.

ROXIN, CLAUS, ARZT, GUNTHER, TIEDEMANN, KLAUS: Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, trad. Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Barcelona, Ed. Ariel 1989.

SUAREZ SANCHEZ ALBERTO: El Derecho de la igualdad en materia penal en Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de ciencias penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Vol . XIV Nos. 47 y 48 mayo-diciembre de 1992.

VELASQUEZ VELASQUEZ FERNANDO: Consideraciones sobre los principios rectores del nuevo Código de Procedimiento Penal. Medellín, Señal Editora 1987.

ZAFFARONI EDUGENIO RAUL: Sistema Penal Derechos Humanos en América Latina. Instituto interamericano de Derechos Humanos, Documento Final, Buenos Aires, Ed. Depalma 1986.