

LA CALIFICACION Y EL JUICIO EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

ANTONIO CANCINO

Se ha afirmado que en el aspecto de la calificación y en lo relacionado con el jurado de conciencia, se produjeron las más interesantes y profundas innovaciones en el Nuevo Código de Procedimiento Penal.

Para todos es conocido el que mi posición frente al mencionado estatuto ha sido de profunda y permanente crítica. Ya ante una realidad, no querida ni deseada, trataremos en la medida de lo posible de buscar la mayor objetividad interpretativa.

Veamos, en primer lugar, cuál fue el desarrollo de este fenómeno calificadorio durante los últimos diez años, cuestión que realizamos porque se ha querido hacer creer el que el Código actual es el fruto de un sistemático estudio realizado durante el referido lapso.

En el Anteproyecto de Código Penal de 1977, en el que participaron los Dres. BERNARDO GAITAN MAHECHA, DOMINGO SARASTI, TIBERIO QUINTERO Y OSPINA, GABRIEL CALLE ECHEVERRY, JAIME BERNAL CUELLAR, GABRIEL GUTIERREZ TOVAR, JOSE ANTONIO URIBE PRADA; creada mediante Decreto 2040 del 30 de septiembre de 1975 y 2832 del 24 de diciembre del mismo año.

En la correspondiente exposición de motivos, se lee lo siguiente:

"Calificación del sumario : La Comisión, apartándose del sistema vigente para la calificación del sumario, mediante auto de proceder, sobreseimiento temporal o definitivo, optó por establecer dos providencias especiales: Auto de Citación para Audiencia que reemplaza el actual de llamamiento a juicio, con modificaciones sustanciales y auto de cesación de procedimiento que sustituye el sobreseimiento definitivo como calificadorio y la orden de cesación de procedimiento que hoy prevé el artículo 163 para terminar la acción penal en cualquier estado del proceso. Cuando la prueba no sea suficiente para ordenar la cesación de procedimiento o la citación para audiencia, el juez deberá disponer, mediante auto de **sustanciación:** la ampliación de la investigación por un término que no exceda de tres meses. Vencido este término, o antes si se ha perfeccionado la investigación, al momento de calificar el juez solo puede optar: por citar para audiencia, si se reúnen los requisitos sustanciales para ello, o para ordenar la cesación de procedimiento en caso contrario. El auto que ordena la

ampliación de la investigación, cerrada ésta por primera vez, reemplaza el de sobreseimiento temporal, con la ventaja, sobre el sistema actual, consistente en que el juez no queda vinculado a una apreciación razonada y concreta de la prueba y por ello goza de mayor libertad para la calificación que hace cuando se ha cumplido la ampliación (1).

Veamos, ahora en concreto, las normas que se proyectaron:

"Artículo 454. Calificación del sumario u orden de ampliación. Dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del auto por el cual se declaró cerrada la investigación, el juez calificará el mérito del sumario por medio de auto de citación para audiencia, o de cesación de procedimiento.

"Si no fuere el caso de tomar alguna de estas decisiones, dictará auto de sustanciación mediante el cual ordenará ampliar la investigación y para ello fijará un término no mayor de tres meses. Vencido éste, o antes si estuviere perfeccionada la investigación, el juez la cerrará de nuevo. En este caso la decisión que tome al calificar el sumario solo puede consistir en citación para audiencia u orden de cesación de procedimiento aunque para ésta no se dé las condiciones previstas en el artículo 460.

"Sin embargo, si durante el término de ampliación de que trata el inciso anterior, el comisionado no hubiere practicado las pruebas ordenadas, o no hubiere realizado las gestiones indispensables con tal fin, el juez del conocimiento deberá evacuarlas dentro de los tres meses siguientes y ordenará que se expidan copias con destino a la autoridad competente para que se determine la responsabilidad en que hubiere incurrido el comisionado. "Si las pruebas deben practicarse fuera de la sede del juez se comisionará a funcionario distinto del que no cumplió la comisión".

"Artículo 455. Copias para ampliar la investigación".

Cuando la orden de ampliar la investigación no comprenda todos los hechos o a todos los implicados se expedirá copia de lo pertinente, si fuera necesario para surtir sobre ella la ampliación a que se refiere el artículo anterior.

"Artículo 456. Citación para Audiencia. Requisitos sustanciales.

El juez dictará auto de citación para audiencia cuando en el sumario esté demostrado el delito y resultare, por lo menos, una declaración de testigos que ofrezcan serios motivos de credibilidad o indicios de que el sindicado es autor o partícipe del hecho que se investiga.

"Artículo 457. Requisitos formales. El auto de citación para audiencia debe contener:

1°. Narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

(1) ANTEPROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Bogotá. 1977.

2°. Indicación y evaluación sucinta de las pruebas allegadas a la investigación, acerca de los requisitos sustanciales exigidos en el artículo anterior;

3°. Determinación del objeto y objetos jurídicos vulnerados o puestos en peligro con los hechos;

4°. Determinación del procesado o procesados a quienes se identificará por sus nombres, apellidos y sobrenombres, si tuvieren éstos o con cualquier otro dato que permita su identificación.

"El auto concluirá con la citación para audiencia. Contra esta providencia solo procede el recurso de reposición y en ella no se resolverá sobre cuestiones diferentes".

"Artículo 458. Otras decisiones. El juez, por auto interlocutorio, dictado por separado, resolverá, cuando sea del caso, lo referente a la detención o libertad del procesado, nulidades, embargo, secuestro y cualquier otra cuestión análoga".

"La adecuación típica del hecho investigado, será provisional, para tomar estas decisiones y tendrá efectos única y exclusivamente para estos fines.

"Artículo 459. Terminación del sumario. Con la ejecutoria del auto de citación para audiencia, terminará el sumario y principia el juicio. Durante el juicio no habrá reserva del proceso".

El profesor JAIME BERNAL CUELLAR, en el año de 1980, presentó una ponencia que contenía articulado del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el Acto Legislativo No. 1 y la Ley 6a. de 1979, para que se estudiara en la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal que en ese momento se encontraba funcionando (2).

Dice el profesor BERNAL, en la exposición de motivos, en lo que tiene que ver con la calificación del sumario:

"... Fenecido el término de instrucción, el proceso debe pasar necesaria e inmediatamente al Fiscal de acusación correspondiente, quien dispondrá de diez días para decidir. Recordemos que la reforma constitucional otorga la facultad de acusar en todos los casos, por lo cual su decisión, una vez llegado al proceso a su despacho, puede revestir tres sentidos:

a) Resolución Acusatoria. Si se advierte que se dan los requisitos establecidos en el proyecto, que ha de ser presentado a la Comisión, para hacer la acusación, así lo hará y, una vez en firme esta decisión, pasará al juez del conocimiento.

(2) PONENCIA DE PROYECTO DE CODIGO PROCESAL PENAL. PRESENTADO por JAIME BERNAL CUELLAR. Librería FORO DE JUSTICIA. 1980. Págs. 11 y ss.

"La acusación se hará por medio de una resolución contra la cual solo procede el recurso de reposición, y en ella se determinará claramente los hechos materia de juzgamiento y la calificación jurídica que se le debe dar, atendiendo únicamente al bien tutelado por el legislador".

b) **Resolución de archivo definitivo.** Bien puede suceder que agotada la etapa de instrucción el fiscal de acusación considere que el delito objeto del proceso no ha existido, caso en el cual así lo declarará mediante auto interlocutorio susceptible de recursos, y ordenará el archivo definitivo.

"En este momento procesal también puede aparecer acreditada alguna de las causales que excluyen la responsabilidad penal (de justificación o inculpabilidad), y será esta la oportunidad para reconocerlas; lo mismo hará cuando considere que quien fue vinculado al proceso no cometió delito. En estas dos últimas hipótesis si el imputado es único y considera el fiscal que los verdaderos autores o cómplices no han sido identificados, remitirá las diligencias a la policía judicial para que cumpla esta tarea.

c) **Resolución de devolución.** Puede ocurrir así mismo que en verdad no haya la prueba suficiente para hacer acusación o para declarar el archivo definitivo de las diligencias, en cuyo caso el fiscal de acusación resolverá devolver por una sola vez la actuación al fiscal instructor, decisión que implica la libertad de las personas que se encuentran retenidas. Regresado el proceso, el fiscal de acusación deberá hacer pronunciamiento acusando o archivando definitivamente la actuación.

"Puesto que la acusación es una decisión que se toma respecto de cada persona en particular, como lo es la responsabilidad penal, una misma resolución puede contener decisiones en sentidos diversos respecto de cada uno de los vinculados y de los delitos investigados, por lo cual se reglamenta su función operativa en el proyecto que se presenta a la comisión. Ante la hipótesis de que la imposibilidad de pronunciamiento sobre acusación obedezca a la falta de vinculación de una persona o a la no investigación de un delito que modifique la calificación jurídica de otro, el fiscal de acusación tendrá un término máximo de diez días para vincularlo o investigar el delito, sin que esta decisión implique libertad para los retenidos, y hará el pronunciamiento respectivo de los diez días siguientes en la forma como se dejó expresado".

"Hasta aquí, la actuación del fiscal general de la Nación se cumple en calidad de funcionario y, como tal practica pruebas con valor vinculante, realiza y profiere las demás decisiones antes mencionadas; pero a partir de la siguiente etapa, su calidad cambiará fundamentalmente y solo será parte dentro del proceso con los derechos inherentes a las mismas".

"Las etapas enunciadas no pueden quedar a discrecionalidad absoluta del fiscal general, o sus agentes; es necesario establecer mecanismos que permitan desarrollar el numeral 2o del artículo 40 del Acto Legislativo que modificó el actual artículo 143 de la Constitución Nacional (se aclara en este momento que las normas que se comentan fueron declaradas inexequibles por la H. Corte Suprema de Justicia).

El articulado en concreto, quedó redactado en esta ponencia, así:

"Artículo 437. **Término para la instrucción formal.** El término para la instrucción no excederá de quince días si el procesado está retenido. Si los retenidos o los delitos investigados fueren más de dos o si no hay persona privada de la libertad, el término podrá extenderse hasta treinta días".

"Vencido este plazo o antes, si se estimare que la investigación está completa, el funcionario de instrucción enviará lo actuado al fiscal de acusación".

"Artículo 438. **Término para decidir.** Recibido el expediente por el fiscal de acusación, mediante auto de sustanciación al día siguiente, pondrá por el término de tres días las diligencias a disposición de las partes, vencido el cual se pronunciará sobre el mérito para la acusación y ordenará la ampliación a que se refiere el artículo siguiente".

"El término máximo para tomar las decisiones anteriores será de diez días contados a partir del momento en que se surta el traslado a las partes.

"Artículo 439. **Ampliación de la investigación formal por el fiscal de acusación.** Cuando se haya dejado de investigar un hecho punible o no se haya vinculado legalmente un copartípe y tenga incidencia en la adecuación típica del comportamiento, el fiscal de acusación realizará, en un término máximo de diez días, las diligencias necesarias para corregir la omisión en que se ha incurrido. La ordenación de las diligencias será por auto de sustanciación".

"Si la práctica de las diligencias debe realizarse en lugar diferente a la sede del fiscal de acusación, comisionará a un funcionario de instrucción por el mismo término más el de la distancia. Esta determinación no implica libertad para el detenido".

"Artículo 440. **Requisitos sustanciales (de la acusación).** El fiscal dictará resolución de acusación cuando en la investigación formal se haya demostrado el delito y exista prueba indicativa de la responsabilidad de que el procesado es autor o partípe del hecho que se investiga".

"Artículo 441. **Requisitos formales.** La resolución de acusación será motivada; contra ella solo procede el recurso de reposición y contendrá:

1o.— Narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar;

2o.— Indicación y evaluación sucinta de las pruebas allegadas a la investigación, acerca de los requisitos sustanciales exigidos en el artículo anterior;

3o.— Determinación del objeto y objetos jurídicos vulnerados o puestos en peligro por los hechos.

40.— Determinación del procesado o procesados a quienes se identificará por sus nombres, apellidos y sobrenombres, si tuvieran éstos, o con cualquier otro dato que permita su identificación".

"La adecuación hecha dentro de la acusación no es definitiva y puede ser o no aceptada por el juez para efectos de competencia o medidas cautelares".

"Artículo 442. Terminación de la investigación formal. Con la ejecutoria de la resolución de acusación, termina la investigación formal y comienza el juicio. Durante el juicio no habrá reserva del proceso.

"Artículo 443. Causales (de no acusación y archivo del proceso). El fiscal no hará acusación y ordenará el archivo definitivo del proceso mediante auto motivado, susceptible de los recursos ordinarios, cuando aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido o que el procesado no lo ha cometido o que la ley no lo considera punible o que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse, o esté plenamente demostrado una causal excluyente de antijuridicidad o inculpabilidad".

"Artículo 444. Libertad. Como consecuencia de la no acusación y la orden de archivo, se pondrá inmediatamente en libertad al procesado, y se levantarán las medidas cautelares que se hubieren tomado sobre los bienes".

"Artículo 445. Orden para compulsar copias. Cuando se tome cualquiera de las decisiones previstas en los capítulos 2o. y 3o. de este título, y hayan quedado sin investigar hechos punibles o conductas de copartícipes, se ordenará compulsar copias con destino a las autoridades correspondientes".

"Artículo 446. No acusación. Devolución de diligencias. Carencia de Presupuestos para acusar o no acusar. Cuando no exista prueba para formular resolución acusatoria o de no acusación y archivo definitivo del proceso, el fiscal mediante auto de sustanciación, donde puntualizará todas las diligencias que sean necesarias, devolverá el expediente por un término máximo de treinta días al fiscal instructor".

"Sin embargo, si durante el término de ampliación que trata el inciso anterior, el comisionado no hubiere practicado las pruebas ordenadas, o no hubiere realizado las gestiones indispensables con tal fin, el fiscal de acusación deberá evacuarlas dentro del mes siguiente y ordenará que se expidan copias con destino a la autoridad competente para que se determine la responsabilidad en que hubiere incurrido el comisionado. Si alguna de las pruebas debe practicarse fuera de la sede del fiscal, se comisionará a un funcionario distinto del que no cumplió la comisión".

"Artículo 447. Nueva Resolución. Vencidos los términos anteriores o antes, si estuviere perfeccionada la investigación, el fiscal de acusación tomará nueva decisión, previos los trámites legales que en esta oportunidad

solo pueden consistir en acusación o no acusación y archivo definitivo del proceso, aunque para ésta no se den las condiciones previstas en el artículo 443".

"Artículo 448. Copias para ampliar la investigación. Cuando la orden de ampliar la investigación no comprenda todos los hechos o todos los posibles copartícipes, se expedirá copia de lo pertinente si fuere necesario, para surtir sobre ella la ampliación a que se refiere este capítulo".

"Artículo 449. Libertad del procesado. Cuando se ordene ampliar la investigación, se pondrá en libertad inmediata al procesado, con las obligaciones que determine el funcionario".

En el año de 1.981, mediante decreto 181 del 29 de enero, se expidió con fundamento en la Ley 6a. de 1.979 un nuevo código procesal penal. Pero como éste se fundamentaba en los principios rectores de la reforma constitucional establecida por el acto legislativo No. 1 de 1.979, corrió la misma suerte ésta, es decir, se declaró inconstitucional y no pudo entrar en vigencia. Pero es menester complementar este aspecto histórico; transcribiremos en igual forma tanto la exposición de motivos, como el articulado.

La Comisión encargada de hacer el articulado fue integrada por los Drs. JAIRO ORTEGA RAMIREZ, HECTOR LORDUY, GERMAN BULA HOYOS, SANTIAGO CARDOZO CAMACHO, JOAQUIN MOTTA MOTTA, DARIO ORTIZ VIDALES Y MARINO GARCIA GIL (Congreso) y JAIME BERNAL CUELLAR, ALFONSO ORTIZ RODRIGUEZ: LUIS CALIXTO LEYVA RIVERA, SERVIO TULIO PINZON DURAN y RICARDO MEDINA MOYANO. También participaron como secretario y abogado asistente respectivamente, GREGORIO VACA PERILLA y HERNANDO GUTIERREZ PUENTES.

En la exposición de motivos encontramos estos razonamientos:

"... RESOLUCION DE ACUSACION Y OTRAS PRETENSIONES: Terminada la etapa investigativa, se deberán tomar las medidas para que el proceso pase al juez, quien en últimas es la única persona que puede darlo por terminado a través de resoluciones que hacen tránsito a cosa juzgada o mediante la sentencia definitiva. El código establece varios mecanismos, que trataremos de presentar en forma muy somera:

ACUSACION

La acusación debe ser hecha dentro de términos perentorios, en especial si existe persona privada de libertad y en caso de no formularse la solicitud de juzgamiento, podrá ser puesta en libertad mediante el "habeas corpus", garantía que se extiende hasta esta oportunidad procesal y constituye una verdadera pretensión a los derechos del procesado. Consideramos que no era lógico dejar esta acción o derecho como denominan otros limitando su operancia a los casos en que no se hubiere resuelto la situación jurídica una vez vinculada la persona, dentro de los términos legales. Porque en la actualidad, el "habeas corpus" no ha tenido la eficacia

deseada y a la persona que se le dicta auto de detención, se le obliga a permanecer en ocasiones seis o nueve meses para que vencido este lapso pueda escasamente solicitar libertad provisional cuando no se ha calificado el mérito del sumario".

"La acusación tiene asimismo requisitos formales que hacen relación a la presentación de la resolución como son: la identificación plena del autor, de la víctima, la adecuación típica de la conducta y el análisis de los elementos probatorios en que se funda la pretensión".

"También la petición de acusación debe tener como base pruebas que permitan afirmar la existencia del hecho y la posible responsabilidad del procesado, no se puede confundir esta solicitud con el llamado auto de proceder que con razón ha constituído lo que algunos denominan sentencia anticipada por exigirse prueba de tal naturaleza para la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad, que difícilmente pueda ser desvirtuada durante el juicio. Se trata de una resolución mucho más simple, que permite darle funcionalidad a la etapa del juzgamiento y un amplio debate probatorio en la audiencia, oportunidad única en que se da cumplimiento a los principios de inmediación y controversia de la prueba.

"Dentro de un sistema acusatorio, por su naturaleza, no es posible que el Juez que reciba la acusación pueda desconocerla, afirmando que la prueba no permitía esta determinación, porque si ello fuera así, estaría juzgando y ejercitando la acción penal".

"En otros términos, la acusación es vinculante, o sea, obliga al Juez salvo casos de excepción que mencionaremos más adelante, a rituar la etapa de juzgamiento; no significa que necesariamente deba proferir sentencia absolutoria o condenatoria de acuerdo a la norma que el agente fiscal considere violada, porque es muy posible que la prueba debatida en el juzgamiento modifique la adecuación del hecho investigado; está obligado es a tramitar dicha etapa para proferir la correspondiente sentencia, salvo que se presente una causal de extinción de la acción".

"Es posible que durante la etapa de investigación, se haya incurrido en errores de tal naturaleza que vicien la actuación procesal y no sería lógico obligar al funcionario judicial a que, a pesar de observar dicho error, de comienzo a una etapa definitiva en el proceso, afectada de nulidad. Tampoco sería lógico que ante irregularidades formales en la actuación, el Juez guardara silencio cuando no hay precisión en el cargo o determinación del posible autor de la conducta, esto para citar algunos casos".

"Cuando se presentan las circunstancias últimamente mencionadas, se permite al Juez que mediante auto de sustanciación devuelva la actuación al fiscal para que en un término relativamente corto corrija su pedimento. Pero si no se tratare de irregularidades en la pretensión, sino de vicios de fondo en el trámite de la investigación, mediante auto interlocutorio decretará la nulidad y ordenará reponer la actuación. Este último auto es susceptible de recurso en el efecto suspensivo y obligará a que se ponga en libertad al procesado".

"Si no se presentan los casos anteriores o una vez resueltos y formulada la acusación, el Juez mediante auto interlocutorio tomará las siguientes determinaciones: a) admisión de la acusación ordenando traslado al acusado; b) determinará la medida de aseguramiento que corresponda y c) decretará si es el caso, el embargo y secuestro de propiedad del procesado, en caso de que dicha medida no haya sido tomada, lo que hará teniendo en cuenta lo solicitado por el fiscal. Este auto por ser interlocutorio admite recurso de apelación únicamente en lo referente a las medidas de aseguramiento y cautelares que se hayan tomado y se concederá en el efecto devolutivo".

"Una vez proferida esta decisión y sin esperar su ejecutoria, se cumplirá el traslado a la parte defensora, que estará conformada por el procesado y su abogado.

"... OTRAS PRETENSIONES: ... Como es apenas natural, en ocasiones la prueba aportada en la etapa de investigación puede ser insuficiente para formular acusación".

"En la Comisión constituyó objeto de profundo análisis jurídico, precisar si la Fiscalía General de la Nación podía o no concluir el proceso mediante un auto que hiciera tránsito a cosa juzgada; después de enconada polémica y por mayoría se concluyó que la terminación de un proceso constituía función privativa de la rama jurisdiccional, y que esta potestad estaba en cabeza de los funcionarios que el artículo 58 de la Constitución Nacional menciona".

"Con base en los presupuestos enunciados se reguló el punto de la siguiente manera:

a.— Si el agente fiscal solicita auto de conclusión, porque en su concepto aparece demostrada una causal de extinción de la acción (prescripción, oblación, pago de cheque, etc.); recibirá dicha pretensión por el Juez, previo estudio sobre vicios que originen nulidad, hará el pronunciamiento correspondiente; si la acepta, estará concluyendo el proceso y esta decisión es susceptible del recurso de apelación en el efecto suspensivo, haciendo tránsito a cosa juzgada".

"Si no lo acepta dictará auto interlocutorio susceptible de recurso de apelación en el efecto suspensivo y una vez ejecutoriado devolverá el expediente a la fiscalía. Esta decisión obliga al fiscal, o sea, debe continuar la investigación".

"b.— Si la solicitud de conclusión se fundamenta en la circunstancia de que el hecho no ha existido, que la persona no lo ha cometido, que la conducta es atípica, que se realizó dentro de una causal de justificación o de inculpabilidad, el Juez, al aceptar la pretensión terminará el proceso mediante decisión que hace tránsito a cosa juzgada".

"Si no lo acepta, mediante autointerlocutorio susceptible de recurso de apelación, en el efecto suspensivo, devolverá el proceso fiscal para que re-

considere el pedimento, pero si este último funcionario insiste en que se dicte auto de conclusión, no le queda alternativa diferente al juez que hacer pronunciamiento en ese sentido concluyendo el proceso".

"Si el nuevo funcionario de la fiscalía formula acusación, será entregada a un Juez diferente para que tramite la etapa de juzgamiento en la forma ya precisada".

"Se entrega a otro funcionario de la Rama Jurisdiccional, porque quien rechazó la primera pretensión emitió concepto de fondo, o sea, comprometió su criterio lo que le impide conservar la imparcialidad indispensable cuando deba proferir el fallo definitivo.

"FORMULACION SIMULTANEA DE ACUSACIONES Y OTRAS PRE-TENSIONES"

Al conservarse en el código la unidad procesal cuando se investigan hechos punibles conexos, o concurren varias personas para su ejecución, era necesario establecer normas que permitieran romper esa unidad procesal cuando vencido el término de investigación, el agente fiscal formula acusación para una o varias de las conductas que originaron la vinculación de la persona y para otras solicita auto de conclusión, o cuando siendo varios los procesados, la prueba aportada no permita solicitar pretensiones idénticas".

"La comisión, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas y prácticas cuando el juez no acepta la solicitud de conclusión, bien sea por extinción de la acción o por causal diferente y las facultades otorgadas a los funcionarios de la fiscalía cuando le hayan sido devueltas sus pretensiones, consideró lógico que los pronunciamientos que haga el juez ante solicitudes diversas no pueden estar contenidos en una misma resolución judicial".

"Con base en lo dicho se puede plantear las siguientes hipótesis:

a. — Se formula acusación por todos los hechos punibles investigados y para todas las personas vinculadas, en este caso se conservará la unidad procesal y mediante un solo auto tomará la determinación correspondiente.

b. — En la misma forma se procederá, cuando la solicitud fiscal está orientada a lograr la conclusión del proceso con relación a todos los hechos punibles y todos los procesados".

"El juez dictará un solo auto, recurrible en el efecto suspensivo, sea que acepte o no íntegramente la solicitud".

"Aceptada la solicitud en su totalidad, termina el proceso; pero si se acepta para algunos delitos o autores y para otros no, ejecutoriada la providencia, como es apenas lógico, se rompe la unidad procesal, porque copias del expediente serán devueltas a la fiscalía para que continúe su actividad en lo tocante a los hechos cuyo pedimento no fue aceptado".

c. — Si la solicitud fiscal contiene diversos pedimentos (acusación y autos de conclusión), por hechos cuyo juzgamiento corresponden al mismo funcionario de acuerdo a la naturaleza de los delitos investigados, hará los pronunciamientos correspondientes mediante resoluciones separadas, o sea, proferirá un solo auto para las peticiones de conclusión y otro que comprenda respuesta a todas las acusaciones, rompiéndose en consecuencia la conexidad".

d. — Si siendo varios delitos, se solicita auto de conclusión para aquellos que por su naturaleza son de competencia del juez de mayor jerarquía y para los que por razón de la conexidad le está atribuido su conocimiento se formula acusación, el juez resolverá lo pertinente con relación a los primeros y enviará el expediente con la acusación a la autoridad que corresponda".

"Aparentemente los mecanismos propuestos pueden resultar complejos, pero la naturaleza del proceso acusatorio y las consecuencias jurídicas que hacen cuando se formulan diferentes pretensiones o el Juez se niega a aceptarlas, obliga el rompimiento de la unidad procesal para conservar el debido proceso y la imparcialidad en el juzgador (3).

Las normas en concreto que se redactaron fueron las que a continuación se transcriben:

DE LA ACUSACION:

"Artículo 352. Funcionarios de acusación en asuntos de competencia de la Corte Suprema de Justicia. El Fiscal general de la Nación, formulará la acusación en los delitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia en única instancia. En el proceso de juzgamiento que promueve tiene la calidad de parte acusadora. Esta función es indelegable".

"Artículo 353. Funciones de acusación en asuntos de competencia de las Salas de Decisión Penal. El Agente del fiscal general que lleve a cabo la investigación de delitos de competencia de las Salas de Decisión penal de los Tribunales Superiores, formulará la acusación correspondiente".

"En el proceso de juzgamiento que promueve, tiene la calidad de parte acusadora".

"Artículo 354. Funcionarios de acusación en asuntos de competencia de

(3) EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Decreto 181 de enero 29 de 1981. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

los jueces. El agente del Fiscal que lleve a cabo la investigación de competencia de los jueces (sic) formulará la acusación correspondiente. En el proceso de juzgamiento que promueve, tiene la calidad de parte acusadora".

"Artículo 355. Cambio de funcionario de acusación. El Fiscal General de la Nación, por sí o por medio del Director Seccional, podrá disponer que un agente distinto del de investigación, formule la acusación correspondiente, o continúe como parte acusadora en el proceso de juzgamiento ya promovido".

"Artículo 356. Presupuestos. La acusación se formulará cuando en el expediente aparezca prueba suficiente que permita inferir al funcionario, razonablemente, la existencia probable del hecho típicamente antijurídico, que el procesado es autor o cómplice a título de dolo, preterintención o culpa; o que al momento de realizar el hecho se encontraba en las circunstancias del artículo 31 del Código Penal".

"Artículo 357. Forma y contenido de la acusación. El acto procesal de acusación se dirigirá al juez competente y deberá contener: 1) Los nombres y apellidos, apodos, y filiación del autor y cómplice si lo hay, su dirección, la medida de aseguramiento a que esté sometido, indicando si es el caso, el lugar donde se encuentra recluído o si ha sido declarado en rebeldía. Además, el nombre y dirección del defensor.

2) La identificación de la víctima y de las personas que tienen derecho a la indemnización.

3) La síntesis de los hechos en que se funda la acusación, indicando las circunstancias de lugar, tiempo y modo.

4) La relación de las pruebas en que se funda, practicadas en la investigación.

5) El señalamiento de la disposición o disposiciones penales a las que se aducen los hechos fundantes de la acusación.

6) La cuantía de los daños materiales y morales provenientes del hecho punible y la denuncia de los bienes del procesado si los conoce.

7) La petición de la declaratoria de responsabilidad por el hecho o hechos objeto de acusación, la imposición de la pena o medida de seguridad que corresponde y la obligación de reparar los daños materiales y morales en cuantía determinada".

"Artículo 358. Unidad de Acusación. Salvo las excepciones legales, por cada delito se formulará una sola acusación cualquiera sea el número de autores o cómplices. Igual regla se seguirá cuando se trate de varios delitos cometidos por un solo procesado, o en concurso recíproco; o cuando sean varios los delitos y varios los procesados".

"Artículo 366. Modificaciones de la competencia. Si la competencia del Juez viniere determinada por el hecho o hechos punibles contenidos en la acusación, si aceptare las otras pretensiones conjuntamente ejercidas, proferirá el auto de conclusión que corresponda y por separado proseguirá el juzgamiento".

"Si la competencia del juez viniere determinada por alguna de las hipótesis respecto de la cual se ejerce pretensión distinta de la acusación, enviará la petición acusatoria con copia del expediente al juez competente, y resolverá, en auto separado, lo relativo a la solicitud de conclusión".

"Si rechazare alguna de las pretensiones distintas de la acusación, procederá en la forma señalada en el artículo 364 de este capítulo".

"Artículo 367. Apelación del auto que rechaza otras pretensiones. La apelación del auto que decide sobre alguna de las pretensiones mencionada en este capítulo, se concederá en el efecto suspensivo".

En el artículo 370 en el que se trata del "habeas corpus" y más exactamente en el numeral 3º, se dice que procederá el beneficio cuando el procesado se encuentre privado de la libertad sin que se haya formulado acusación en su contra a pesar de haber vencido el término señalado para hacerlo, excepto cuando hubiere sido devuelta por vicios de forma".

Mediante Ley 52 de diciembre 28 de 1984, se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de dos años para que, entre otras cuestiones, "elaborara y pusiera en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal".

Entonces, se creó una comisión redactora integrada por JAIME BERNAL CUELLAR, HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ Y ALFONSO REYES ECHANDIA. Además por los congresistas FEDERICO ESTRADA VELEZ y JOSE MARIA VELASCO GUERRERO por el Senado. Por la Cámara GUSTAVO DUQUE RAMIREZ y ORLANDO VASQUEZ VELASQUEZ y se conformó una comisión Asesora integrada por los Drs. JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA, BERNARDO GAITAN MAHECHA, MIGUEL SANCHEZ MENDEZ Y SANTIAGO GOMEZ PARRA. Posteriormente por la trágica desaparición del Dr. REYES ECHANDIA, se le reemplazó por el Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS. Actuó como Secretario el Dr. SANTIAGO GOMEZ PARRA y como ASESOR DE LA COMISION, el Dr. EDUARDO MONTEALEGRE.

En la exposición de motivos y en lo tocante con el punto de la acusación, se dice:

CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO

"... Desde el año de 1977, en el cual se elaboró el primer anteproyecto con propuesta de reforma al Código de Procedimiento Penal, se viene cuestionando permanentemente el sistema de calificación que sigue

nuestro actual sistema procesal. Se critica en primer lugar el auto de proceder, por que además de constituir en la práctica una sentencia anticipada, es la principal fuente de nulidades legales y supralegales en el proceso penal. También se cuestiona el segundo sobreseimiento temporal por constituir una flagrante violación a principios universalmente aceptados como el "in dubio pro reo" y la presunción de inocencia".

"El proyecto consagra tres formas para calificar el mérito del sumario: a. Resolución de acusación; b. Cesación de procedimiento y c. reapertura de la investigación.

"a. Resolución de Acusación. Desde el punto de vista sustancial se exige la plena prueba de tipicidad del hecho investigado y la concurrencia de indicios graves o de un testimonio que comprometen la responsabilidad del imputado. Aparentemente, los requisitos de resolución de acusación son idénticos a los que exige el actual Código de Procedimiento Penal para proferir auto de llamamiento a juicio. No obstante, existe una gran diferencia entre los dos estatutos: en el proyecto, la adecuación típica es provisional y por consiguiente en la sentencia puede cambiarse la denominación genérica o específica que se le haya dado a los hechos en la resolución de acusación. Procedimiento que no puede seguirse en el actual estatuto de procedimiento penal, porque las equivocaciones en lo que respecta a la denominación genérica del delito se corrigen mediante el mecanismo de la nulidad".

"En el proyecto, la correlación entre acusación y sentencia se establece desde un punto de vista naturalístico, porque la identidad se presenta entre los hechos objeto de acusación y fallo definitivo y no como acontece en la actualidad en la cual impera un sistema normativo".

"b. Cesación de procedimiento. La cesación de procedimiento reúne las previsiones consagradas en la actualidad en los artículos 163 y 491 del Código de Procedimiento Penal. De esta forma se termina la polémica acerca de si es posible decretar la cesación de procedimiento por causales excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad. De otra parte, a diferencia del actual sistema, la cesación de procedimiento podrá ser dictada en la etapa de instrucción".

"c. Auto de reapertura de investigación. Cuando no exista mérito para decretar cesación de procedimiento o para proferir resolución de acusación, el funcionario mediante auto de sustanciación, en el cual decreta las pruebas que deban practicarse, ordenará la reapertura de la investigación por el término de sesenta días. Vencido este lapso, calificará nuevamente el mérito del sumario, y si no encuentra prueba para formular resolución de acusación deberá decretar cesación de procedimiento, así no estén plenamente demostrados los supuestos que se exigen para aplicar esta medida durante la etapa de instrucción o el calificadorio. Con este mecanismo se da cabal aplicación al principio del "in dubio pro reo" porque no se permitirá un segundo sobreseimiento temporal para que los procesos culminen con prescripción. Si al momento de calificar por segunda vez el mérito del sumario no se ha modificado la prueba para edificar sobre ella una resolución de acusación, la duda debe resolverse en favor del imputado profi-

riéndose en su favor cesación de procedimiento" (5).

El correspondiente articulado es el que transcribe así:

CALIFICACION

"Artículo 489. Funcionarios competentes para calificar. En los procesos por delitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales Superiores, y de los Juzgados Municipales, el mérito del sumario será calificado por la Corporación o Juez Municipal correspondiente".

"En los procesos por delitos de competencia de los jueces de Circuito y Superiores, el mérito del sumario será calificado por el Juez de Instrucción".

"Artículo 490. Clausura de la Investigación. Vencidos los términos previstos en el artículo 349, o perfeccionada la investigación aún antes de dicho vencimiento, el Juez o Magistrado, mediante auto de sustanciación contra el cual únicamente procede el recurso de reposición, cerrará la investigación u ordenará que el proceso quede en Secretaría a disposición de las partes por el término de ocho (8) días para alegar".

"Artículo 491. Formas de calificación. Vencido el término de traslado, el funcionario dispondrá de cinco (5) días para calificar el mérito del sumario, profiriendo resolución de acusación, cesación de procedimiento o reapertura de la investigación".

"Art. 492. Resolución de acusación. El funcionario dictará resolución de acusación cuando esté demostrada la tipicidad del hecho y exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabilidad".

"Artículo 493. Requisitos formales de la resolución de acusación. La resolución de acusación se hará por auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios, y contendrá:

- 1°.— Narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especifique;
- 2°.— Indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.
- 3°.— Calificación jurídica provisional, y
- 4°.— Respuesta a los alegatos de las partes.

(5) PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. 1986. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Imprenta Nacional. Bogotá, D. E.

"Artículo 494. Notificación de la Resolución de acusación al imputado. La resolución de acusación se notificará personalmente al procesado que estuviere detenido. Si se encontrare en libertad, se le dictará por el medio que el juez considere más pronto y eficaz, a su última dirección conocida en el proceso, para que comparezca a notificarse. Si transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación no se hubiere presentado, se le notificará personalmente al defensor y con él se continuará el proceso. En caso de que éste se excusare válidamente de continuar en la defensa, se le nombrará un defensor público".

"Artículo 495. Reapertura. Cuando no exista prueba para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará la reapertura de la investigación por un término que no podrá exceder de sesenta (60) días y señalará las pruebas que deban practicarse".

"Vencido este término, cerrará la investigación correrá el traslado legal a las partes, vencido el cual (sic) decretará cesación de procedimiento, si no hubiere mérito para formular resolución de acusación".

Presentado el trabajo por la anterior Comisión, se designó una nueva y numerosa Comisión Revisora Final, integrada principalmente por los Drs. JOSE MANUEL ARIAS CARRIZOSA, ELSA CALDERON HERRERA, EDILMA CELY DE SUAREZ, FEDERICO ESTRADA VELEZ, HERACLARIO HERNANDEZ SANDOVAL, ALFONSO GOMEZ MENDEZ, JESUS IGNACIO GARCIA VALENCIA, ROBERTO MEDINA LOPEZ, DIDIMO PAEZ, YESID REYES, MIGUEL SANCHEZ MENDEZ, y algunos otros.

Con el trabajo y la dirección de muy pocos de ellos, se redactó el Código que hoy rige en el país y cuyo articulado en lo que tiene que ver con la calificación, es el siguiente:

CALIFICACION

"Artículo 467. Funcionarios competentes para calificar. En los procesos por delitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia de los Tribunales Superiores y de los Juzgados Municipales, el mérito del sumario será calificado por la Corporación o Juez Municipal correspondiente".

"En los procesos por delitos de competencia de los jueces de circuito y superiores, el mérito del sumario será calificado por el juez de instrucción criminal".

"Artículo 468. Clausura de la Investigación. Vencidos los términos previstos en el artículo 354, o perfeccionada la investigación aún antes de dicho vencimiento, el juez o magistrado, mediante auto de sustanciación contra el cual únicamente procede el recurso de reposición, cerrará la investigación y ordenará que el proceso quede en Secretaría a disposición de las partes por el término de ocho (8) días para alegar".

"Artículo 469. Formas de calificación. Vencido el término de traslado el funcionario dispondrá de cinco días para calificar el mérito del sumario, proferiendo resolución de acusación, cesación de procedimiento o reapertura de la investigación".

"Artículo 470. Resolución de Acusación. El funcionario dictará resolución de acusación cuando esté demostrada la tipicidad del hecho y exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabilidad".

"Artículo 471. Requisitos formales de la resolución de acusación. La resolución de acusación se hará por auto interlocutorio contra el cual proceden los recursos ordinarios, y contendrá:

1º.— La narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especifiquen.

2º.— La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación.

3º.— La calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.

4º.— Respuesta a los alegatos de las partes.

"Artículo 472. Notificación de la Resolución de acusación al imputado. La resolución de acusación debe notificarse personalmente al procesado que estuviere detenido. Si estuviere en libertad, se citará a su última dirección conocida en el proceso por el medio más eficaz. Si transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación no comparece, la notificación se hará personalmente al defensor y con él continuará el proceso. En caso de excusa válida se nombrará defensor de oficio".

"Artículo 473. Reapertura. Cuando no exista prueba para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará reapertura de la investigación por término que no podrá exceder de sesenta (60) días y señalará las pruebas que deban practicarse".

"Vencido este término, cerrará la investigación, correrá traslado a las partes, luego del cual, decretará cesación de procedimiento, si no hubiere mérito para formular resolución de acusación".

COMENTARIOS

Como acertadamente lo dice SALAZAR MARIN (6), "el propósito legislativo de cambiar el sistema inquisitivo por el acusatorio, hecho patente mediante el Decreto 181 de 1981, que cayó con la declaratoria de in-

(6) SALAZAR MARIN, Mario. La Calificación en el Nuevo Procedimiento Ordinario TRIBUNA PENAL. Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia. No. 5. Medellín, 1987, Págs. 109 y ss.

constitucionalidad del acto legislativo No. 1 de 1979, aparece nuevamente en el Decreto 0050 de 1987, aunque con notoria limitación y timidez. Un verdadero sistema acusatorio, que impone al Ministerio Público las tareas de investigación y acusación, en tanto el juzgamiento lo realiza el órgano jurisdiccional, no puede conservar su naturaleza propia mientras las tres funciones sigan en cabeza de este último, como seguirá ocurriendo en el Nuevo Estatuto. Sólo que la investigación y la acusación en los procesos de competencia de los jueces superiores y del circuito en manos de los jueces de Instrucción apenas si constituyen un mal remedo de sistema acusatorio, a tal punto que seguiremos preponderantemente dentro del sistema inquisitivo, algo que se hace manifiesto en tanto las tres funciones seguirán concentradas en la Corte Suprema de Justicia, Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Jueces Municipales, entidades en las cuales seguirá rigiendo ese sistema en todo su esplendor".

No nos explicamos, realmente, cómo se pudo precipitar una reforma en el campo procesal penal sin que se realizaran los ajustes constitucionales previos.

Machaconamente se ha dicho que el auto de proceder era una institución absolutamente inconveniente, con la que había que arrasar, principalmente porque se trataba de una sentencia anticipada y porque el juez que lo dictaba quedaba casi fatalmente comprometido con la providencia respectiva y era muy difícil que variara sus preconcepciones. Pero viene la reforma y como lo dice el comentarista precitado, el sistema sigue intacto para la mayoría de la administración de justicia.

Si queremos ser lógicos, debemos concluir en que el legislador, a ciencia y conciencia creó una situación que quebranta el principio de igualdad ante la ley: Para algunos ciudadanos habrá un juzgamiento en el que el sentenciador no se encuentra comprometido con la providencia de calificación y para otros seguirá rigiendo ese odioso sistema de prejuzgamiento que tanto se criticó durante todo el tiempo en que se produjo el cambio legislativo mediante diversos proyectos y anteproyectos a los que nos hemos referido con la transcripción que se hizo.

Como se trata en esta ponencia, de llevar a los asistentes al Congreso el mayor número de información posible, no dudamos al transcribir, igualmente, el pensamiento de LEONEL CALDERON, quien dice:

"Más, apenas si constituye un tímido avance respecto de las anteriores (propuestas). Su restringido ámbito de aplicación y la circunstancia misma de que la emisión del pliego de cargos se asigne a una autoridad jurisdiccional, son factores que le restan trascendencia a la reforma".

"Es que la conveniencia de ubicar en distintos órganos las prerrogativas de acusación y juzgamiento, no se circunscribe a las conductas de competencia de los jueces superiores y de circuito. La misma necesidad existe respecto de las adscritas al conocimiento de las demás autoridades jurisdiccionales".

"De otro extremo la función acusatoria es más propia del Ministerio

Público, el cual adquiere entonces toda su dinámica como parte amén de que resulta más conveniente la asignación de las dos funciones a miembros de distintos órganos del Estado".

"Ha de entenderse sí que la implantación de un sistema de esa naturaleza implica algunas reformas a la Carta y la creación de una adecuada infraestructura para el Ministerio Público". (7).

La provisionalidad en la calificación tampoco ha sido de buen recibo:

Dentro de los requisitos formales de la resolución de acusación, se encuentra precisamente "La calificación jurídica provisional" con señalamiento del Capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.

Dice Salazar Marín que "...La provisionalidad de la calificación, en cambio, es criticable en contra, porque conlleva en la etapa más importante del proceso que es el juzgamiento, un desequilibrio entre la acusación pública y la defensa. Con el juez, pueden en el curso del juicio, cambiar la ubicación jurídica de la conducta, van a producirse, según nuestra visión, dos consecuencias: una en contra del procesado y de su abogado, porque van a tener que cambiar a veces con premura y a marchas forzadas la estrategia de la defensa, algo notorio cuando esa situación se hace —aún repetidamente— en desarrollo de la audiencia pública. Lo que se torna evidente puesto que la contradicción acusación defensa, solo alcanza ejecutoria en la diligencia previa a la sentencia, en el supuesto de aceptarse que el fallador no puede sorprender al justiciable con una denominación jurídica distinta en la sentencia, como parece insinuarlo antidemocráticamente el Código en los artículos 501 y 533. Y otra en perjuicio de la sociedad, puesto que la formulación del cargo por parte del Juez de Instrucción a la postre será una tarea vana, en tanto su encuadramiento jurídico podrá ser lo más variable y su trabajo inane con el consiguiente desperdicio de funciones. Por ejemplo: una acusación que va al Juez Superior, quien no la acepta y la remite al Juez de Circuito, éste a su turno, no admite la competencia con la subsiguiente colisión, o la admite devolviendo el expediente al juez de instrucción para que formule bien la acusación. Regresa luego al Circuito quien dicta el auto de control de legalidad (el auto más inútil que se ha podido inventar el legislador), pues va a dilatar innecesariamente el procedimiento ordinario, cuando la declaratoria de nulidad oficiosa será herramienta más ágil y eficaz (art. 307). Ese proveído acusatorio puede llegar al Tribunal en apelación y producirse la nulidad por equivocada calificación. Pero al final, cuando se estime correcta, podrá ser empero variada en todo el curso del juzgamiento hasta cuando el proceso ingrese al Despacho para sentencia. Una dilación fal y una incertidumbre casi dramática que impiden hablar de la seguridad jurídica de desmedro obviamente de la eficiencia del servicio y de la comunidad".

"Facilitar, por ejemplo, la solución de algunos casos problemáticos, como sería la tentativa de homicidio, convertida en lesiones personales por el jurado a raíz del debate, con la consiguiente absolución por razones de técnica jurídica —armonía en la denominación jurídica entre la acusación y

(7) CALDERON, Leonel. COMENTARIOS AL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. SEÑAL EDITORA. Medellín, 1987. Págs. 204 y ss.

la sentencia— nunca constituiría valuarte para llevar las dificultades a todos los casos. Si la historia de la justicia colombiana ha demostrado que la calificación definitiva ha funcionado bien, aparte de ser más democrática y paradigma de equilibrio entre acusación y defensa, mucho debe temerse que el ensayo de la calificación provisional va a traer nuevas situaciones embarazosas en desmedro de un servicio secularmente malo”.

“Pero como el reciente estatuto es la ley de la República y por su imperio se ha de trabajar de cara a sus normas, debe quedar claro que por ‘calificación provisional’ no puede entenderse ‘calificación genérica’, de por sí vaga y peligrosa así la norma sobre el punto solo se refiere al ‘señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente al Código Penal’ (art. 471, num 3), pues si la Ley penal tanto sustancial como procesal, tiene por fin regular el poder del Estado y controlar su ejercicio en lo afín a la restricción de las libertades individuales, la resolución acusatoria tiene que terminar con precisión los cargos a fin de que las reglas de juego del estado de derecho se cumplan a cabalidad. Así la ley se refiera únicamente al Capítulo como forma máxima de especificación de los cargos, estimo que el juez tiene la obligación de citar todas las normas del C. P. aplicables, o sea los tipos básicos, especiales y subordinados y por consiguiente las circunstancias agravantes o atenuantes que claramente proceden hasta el momento de la calificación. Un proveído acusatorio por ‘homicidio’, vgr., y nada más, se tornaría tan vago o inseguro que puede ser simple, agravado, preterintencional, pietístico, culposo, etc., y haría que a la postre esta resolución sobrara porque desde el principio del proceso bien puede saberse que es un homicidio. Sería entonces aberrante, que la incertidumbre reine durante todo el proceso y que las partes no lleguen siquiera a columbrar los parámetros dentro de los cuales el juez va a dictar la sentencia, pues para colmo podrá moverse dentro de todo el título. Un Código de Procedimiento Penal así, será cualquier cosa, menos un estatuto que reglamente el ejercicio de la fuerza del Estado mediante el equilibrio racional e igualitario. Y será cualquier cosa, menos ley para ser aplicada en una nación que se precisa de tener un sistema institucional inspirado en un régimen democrático”.

“Nos parece por tanto que la calificación provisional tiene que ser ‘específica’ y que la última modificación a ella solo puede introducirla el juez antes de determinar la audiencia pública con el deber subsiguiente de darle oportunidad a las partes para elgar en torno a la nueva y última ubicación jurídica de la conducta. Solo se entenderá integrado y ejecutoriado materialmente el contradictorio acusación-defensa y estaremos, entonces, ante un juzgamiento justo y tributario del Estado de Derecho” (8).

De todas formas, la H. Corte Suprema de Justicia al estudiar la constitucionalidad de las disposiciones que tratan sobre la provisionalidad de la calificación, fue clara al manifestar que “...la variación solo puede hacerse cuando la prueba resulte clara en la etapa de la causa, e inclusive dentro de la audiencia teniendo en cuenta las alegaciones o planteamientos verbales que se hicieron en el debate” (9).

(8) SALAZAR-MARIN Ob. Cit., págs. 109 y ss.

(9) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Fallo 16 de julio de 1987.

Sobre este tema volveremos cuando tratemos adelante, en la etapa del juicio, el cambio de calificación.

REQUISITOS SUSTANCIALES:

El artículo 470 ya citado exige en relación con los requisitos sustanciales de la resolución de acusación que, en primer lugar ella es procedente cuando esté demostrada plenamente la tipicidad del hecho.

Es bien sabido que el término tipicidad, que se refiere básicamente y con las excepciones del caso, a los elementos objetivos que describen la conducta, reemplaza doctrinaria y legislativamente al término “cuerpo del delito”.

En su trabajo para ingresar a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Jiménez Huerta expuso:

“El concepto de ‘corpus delicti’ es medular en el sistema mexicano, pues sobre él descansa el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores. Preciso es subrayar, empero, que fundamentalmente erraría quien concibiese este concepto como trascendente sobre el derecho procesal penal e irrelevante en el derecho penal sustantivo. Por ser como hemos dicho, un concepto medular de todo el sistema, obvio es que el mismo deja sentir su impronta en la dogmática del delito. Y en forma específica, en el estudio de la tipicidad como certeramente subrayan los profesores GONZALEZ BUSTAMANTE y FRANCO SODI, cuando afirman que para modular el concepto de cuerpo del delito, es muy útil el estudio de la teoría de la tipicidad... ‘Corpus Delicti’ es el hecho objetivo, tanto permanente, como transitorio, incito en cada delito; o dicho de otra forma, la acción punible abstracta y objetivamente descrita por unidad de sentido en cada infracción —un incendio, un homicidio, una estafa—” (10).

En el anterior código procesal penal, para llamar a juicio, era necesario, en este orden de ideas, que estuviere comprobado plenamente el cuerpo del delito y se decía, por otra parte, en el artículo 310 *ibidem* se definía el concepto así: “Cuerpo del delito: los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal, constituyen el cuerpo del delito.

Lo anterior está significando que, en verdad, nuestro legislador asimiló los dos conceptos.

El funcionario calificador, juez, tendrá en primer lugar que establecer plenamente que la conducta se adecuó a un tipo penal con todos sus elementos, incluidos los subjetivos y los normativos, así como las anticipaciones o referencias que suelen hacerse como ayuda interpretativa a factores que tienen relación con la anti-jurídica (ilícito, injusto, etc.).

Si el legislador exigió que en el auto de resolución de acusación, se debe

(10) JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Corpus Delicti y Tipo Penal*. Cuadernos Criminología México. Distrito Federal 1956. Págs. 18 y ss.

demostrar la tipicidad plenamente, razón tiene el Profesor SALAZAR MARIN, cuando dice que la calificación no puede ser genérica, sino específica, porque la demostración de la tipicidad exige el encuadramiento de un tipo exacto.

En anteriores proyectos, se llegó al extremo inconcebible de exigir únicamente una referencia al objeto jurídico, pero afortunadamente esta anti-técnica y antidemocrática propuesta legislativa recibió al fin su natural rechazo.

No puede existir, pues, un proceso de adecuación al género de un delito. La conducta, debe decirlo la resolución encuadrada en una norma particular y específica, con sus correspondientes agravantes y atenuantes.

Y es que, de todas formas en este momento procesal, cuya naturaleza no ha variado, es cuando el Estado hace pliego de cargos y la persona sindicada debe saber con exactitud por qué delito en concreto se hace la imputación jurídica.

Recordemos cómo se decía que el sindicato se defendía, en últimas de hechos y que por ello, la referencia que se debía hacer en el auto calificatorio era naturalística y no normativa (Exposición de motivos del Anteproyecto de 1984). Es un absurdo decir que los cargos son de índole naturalístico, con ausencia de referencia normativa, porque estamos en un derecho democrático en donde existe el principio de legalidad y las conductas, así las miremos objetivamente, tienen siempre una definición normativa en cada tipo. Esa depuración enunciada no pasa de ser algo jurídicamente inadmisibles dentro de los más elementales principios de la hermenéutica.

Pero no basta, para el pronunciamiento que se comenta, que se demuestre plenamente la tipicidad. Indispensable es que el Funcionario encuentra que existe "un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicio grave de responsabilidad".

CALDERON C., anota que "si a pesar de encontrarse debidamente acreditada la tipicidad subsisten graves dudas con relación a la antijuricidad o respecto del dolo, la culpa o la preterintención, la decisión acusatoria se torna improcedente" (11).

Una de las innovaciones importantes de la calificación es la de la eliminación del denominado sobreseimiento temporal que existía en el anterior estatuto.

Se dice en el artículo "473", que trata de la reapertura que cuando no existe prueba para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará reapertura de la investigación, por un término que no podrá exceder de sesenta (60) días y señalará las pruebas que deban practicarse. Vencido este término cerrará la investigación, correrá traslado a las partes, luego del cual, decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusa-

(11) CALDERON C., Leonel. Obra citada pág. 112.

ción".

Dice CALDERON C. que en esta materia introdujo el Código un precepto de innegable bondad, al clausurar de nuevo la investigación, en caso de que persistan dudas respecto de la autoría o de la responsabilidad, no le es dable disponer una segunda reapertura, en tal eventualidad se dispone la cesación de procedimiento.

"Tal dispositivo no es más que una aplicación del "in dubio pro reo! Con la fórmula del segundo sobreseimiento temporal se prolonga por largo tiempo, hasta que llegue la prescripción, la situación 'sub iudice' de una persona contra la cual el Estado no había logrado recoger la prueba de incriminación suficiente para formularse cargos, violando de ese modo a más del aludido postulado, el de 'favor rei' y el de 'presunción de inocencia'.

"Además, desde el punto de vista pragmático, puede afirmarse con absoluta certidumbre que en rarísimos casos, luego de una segunda calificación, se recaudaría la prueba suficiente para formular la acusación" (12).

Realmente se trata, como lo dice el mentado tratadista, de una reforma bien bondadosa. No dudamos de su importancia práctica y de su sentido justiciero, pero creemos, realmente, que el término de dos meses para el perfeccionamiento de la investigación en la reapertura, es realmente muy corto y se han abierto efectivamente las puertas a la impunidad. Un simple trámite de objeción de un dictamen puede demorarse ese tiempo y dado el cúmulo de trabajo que tienen y tendrán nuestros jueces, será imposible el que se practiquen las diligencias que hagan falta en el lapso precitado.

Cierto es que la persona sindicada no puede ni debe permanecer indefinidamente ligada a un proceso; con todas las nocivas consecuencias que ello conlleva, de tal suerte que el término de seis meses era el prudente. Con el hecho de que no exista posibilidad de archivo y reiniciación de la actuación, como lo disponía el anterior Código, sino que es imperioso el aplicar cesación de todo procedimiento, nada vulnera el que el término de ampliación sea por lo menos razonable, toda vez que se toma una determinación que afecta definitivamente a los sujetos procesales en sus intereses.

El Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del Magistrado Hernández Esquivel, dijo a nuestro modo de ver, de manera acertada que la cesación de procedimiento que se produce después de transcurrido los dos meses sin que exista cambio de prueba, constituye una causal de extinción de punibilidad, que parte del supuesto de la actividad del Estado y es un reconocimiento de que a pesar del esfuerzo investigativo realizado (o no realizado, decimos nosotros) no fue posible reunir los elementos de juicio necesarios para señalar al sujeto pasivo de la acción penal, como participe del hecho punible investigado, conforme a lo previsto por el artículo 473. Es en últimas dice el Tribunal, el reconocimiento a la imposibilidad de allegar pruebas sobre la responsabilidad y en cierta forma la mejor manera de, en momento procesal distinto de la sentencia, darle aplicación al "in dubio

(12) CALDERON C., Leonel. Obra Citada Págs. 212 y ss.

pro reo". En estas condiciones, la nueva causal de extinción de la punibilidad tiene características singulares con relación a la prescripción, pues supone la actividad del Estado que realiza la investigación y la reapertura por el término previsto; es personal puesto que opera con relación a quien ha sido sometido a proceso independientemente del delito de que se trate y no beneficia a quienes no han sido vinculados a la investigación, o siéndolo no ha sido objeto de las dos calificaciones, o se ha proferido en su contra resolución de acusación; y, por último, es condicional, en cuanto reclama para su aplicación que en la segunda oportunidad que el juez se pronuncie sobre la calificación jurídica del proceso, no halle mérito probatorio para proferir resolución de acusación (13).

Naturaleza del auto de reapertura

Nada dice el Código sobre la naturaleza de este auto.

Sinceramente creemos que se trata de un auto interlocutorio, pues está resolviendo de fondo la situación jurídica del procesado en relación con la prueba y, obviamente la providencia tiene repercusiones para los derechos de las partes en general.

Si reemplaza al sobreseimiento temporal, obvio es que es de esa naturaleza interlocutoria, como lo era la providencia que sustancialmente sustituye, ya que los cambios se producen en el campo de los efectos subsiguientes.

Cómo es posible que existiendo una prueba contundente de responsabilidad y profiriendo el juez calificador auto de reapertura de investigación, no pueda el agente del Ministerio Público recurrir ante el Superior para enmendar incluso un posible prevaricato? Y nada podría hacer la parte civil para defender efectivamente sus derechos?

El profesor BERNAL CUELLAR dice sobre el tema:

"Si se admitiera recurso de apelación contra el auto que ordena la reapertura de la investigación, tendría que concederse en el efecto devolutivo, lo que implicaría que el juez de primera instancia conserva (sic) competencia para la práctica de pruebas y el pronunciamiento de fondo en la segunda y última oportunidad para calificar el mérito del sumario".

Lo anterior significa que es factible que se presenten decisiones ostensiblemente contradictorias, vgr. que el funcionario "a-quo" dicte resolución de acusación mientras el juez de segunda instancia ordena cesación de procedimiento.

"b.— Puede llegarse al extremo de que la nueva calificación no sea recurrida y carezca del grado jurisdiccional de consulta originando consecuencias irreversibles; por ejemplo que el juez de primera instancia profiera en el nuevo calificador cesación de procedimiento y el de segunda resolución de acusación".

(13) TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Providencia de fecha julio 31 de 1987. Magistrado Ponente Doctor ALBERTO HERNANDEZ ESQUIVEL.

"c.— El término de sesenta días de reapertura es muy breve, para que en todos los casos se haya logrado resolver el recurso de apelación, antes de que se profiera el segundo calificadorio".

"Es factible, de acuerdo a lo anterior, que con base en el segundo calificadorio deba proferirse el auto de control de legalidad en los procesos de competencia de jueces de circuito o superiores, sin que se conozca la decisión de segunda instancia, que puede ser opuesta a la reapertura de la investigación o contenga pronunciamiento de nulidad".

"Creemos en consecuencia, que este auto a pesar de ser interlocutorio, no es susceptible de recurso de apelación y cualquier inconformidad con relación a la reapertura de investigación, debe proponerse a través del recurso de reposición, o esperar el proferimiento del segundo calificadorio, para interponer recurso de apelación, ya que en esta oportunidad solo pueden adoptarse las decisiones extremas de resolución de acusación o cesación de procedimiento".

"Frente a la argumentación propuesta, no sería factible dar como solución a la posibilidad de decisiones contradictorias, afirmar que el recurso debe concederse en el efecto suspensivo o diferido, porque tal determinación implicaría no continuar la instrucción del proceso, con graves consecuencias para la administración de justicia (14).

MARTINEZ RAVE, simplemente dice que esta providencia "admite los recursos de reposición y apelación" pero no es consultable en caso de no ser recurrida. Si existen bienes embargados o secuestrados, deben mantenerse esas medidas cautelares.

Agrega que "la providencia obviamente deben tener una parte motiva en la cual se explican las razones que llevan al juzgador a reabrir la investigación, se analizan las pruebas aportadas hasta el momento y su insuficiencia para fundamentar una cesación de procedimiento o una resolución acusatoria. En la parte resolutive se ordena la reapertura de la investigación y se deben indicar con precisión las diligencias que deben practicarse, así como el término exacto que se da al instructor para tal efecto".

"La providencia es apelable en el efecto devolutivo y por tanto la reapertura de la investigación no se suspende por la interposición del recurso. Cuando se ordena la reapertura de la investigación, se entiende que el proceso vuelve a la instrucción, y por lo tanto deben practicarse no solo las diligencias indicadas por el juez competente, sino las que las partes soliciten y las que el instructor estime adecuadas para el perfeccionamiento de la investigación (15).

Reiteramos que estamos de acuerdo con el profesor MARTINEZ RAVE, por las razones anteriormente expuestas. Pero hay que agregar que la

(14) BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. El Proceso Penal. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 1987. Págs. 66 y ss.

(15) MARTINEZ R., GILBERTO. Procedimiento Penal Colombiano. Quinta Edición. Edit. Temis. Bogotá Colombia 1987, Págs. 359 y s.s.

posibilidad de providencias contradictorias es cuestión que ha debido prever el legislador para redactar unas normas más lógicas, pero esa posibilidad no permite el que se desconozca, como no lo desconoce el Dr. BERNAL CUELLAR, la naturaleza de interlocutorio del auto y, en consecuencia, la posibilidad de interponer los recursos que autoriza expresamente la ley. No existe norma alguna que prohíba expresamente el recurso de apelación contra este auto interlocutorio y cualquier interpretación diferente que tienda a negar el derecho, es desfavorable al sindicado y en consecuencia debe ser rechazada.

Producida la providencia que reabre la investigación, si existe auto de detención, éste puede mantener si subsisten las exigencias legales, pero se producirá la excarcelación del sindicado, según lo ordena el ordinal 10° del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal.

Acertadamente sostienen BERNAL y MONTEALEGRE que la prohibición para excarcelar citada en el artículo 441 del C. de P. P. no puede aplicarse indistintamente para cualquiera de los varios casos que permiten libertad provisional. La finalidad de dicha prohibición debe buscarse con relación a la naturaleza jurídica de cada una de las causales de excarcelación, y entratándose de reapertura de investigación, la libertad provisional opera automáticamente y de manera independiente o sin tener en cuenta ninguna de las causas que originan las prohibiciones. Agregan que la interpretación en contrario significaría que la privación de libertad no obedece a la prueba existente con relación al hecho punible que se investigue en ese proceso, sino que esa medida cautelar se produce exclusivamente por razones diferentes (16). Este pensamiento es respaldado por CALDERON C., quien dice que en lo tocante a las determinaciones del auto calificador, adviértase que la reapertura de la fase instructora y la cesación de procedimiento, originan la libertad, como quieran que indican la relativa o absoluta insuficiencia de la prueba incriminatoria (17).

Puede acontecer que el funcionario que calificó por primera vez y ordenó la reapertura de la investigación, al calificar por segunda vez, aunque no haya modificación de prueba, encuentre al estudiar más profundamente las diligencias, que incurrió en error de apreciación y que en verdad existe mérito para proferir resolución acusatoria. Puede ocurrir, también, que el juez que califique por segunda vez sea diferente del que realizó la primera evaluación y crea que debe proferirse resolución acusatoria, aún sin variación del material probatorio en el nuevo período instructivo. Nos preguntamos: Se podrá, en verdad, proferir la resolución acusatoria, aunque no haya variado en nada la prueba.

Creemos que sí, porque por una parte, el auto de reapertura no causa ejecutoria definitiva y porque, además, la norma dice que en el segundo calificador se producirá la resolución de que trata el artículo 470, siempre y cuando exista mérito para ello, sin que se exija como requisito "sine qua non" el de la variación de la prueba. Absurdo sería el que el juez no pudiera enmendar su error, producido por errónea apreciación. Absurdo sería además, el que el funcionario, descubiertas las razones de su indebi-

(16) BERNAL C., Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. Ob. Cit. Págs. 62 y ss.

(17) CALDERON C., Leonel. Ob. Cit. págs. 213 y ss.

da interpretación o errónea valoración, cerrara los ojos a esa realidad y produjera una providencia abiertamente contraria a la ley.

AUTO DE CONTROL DE LEGALIDAD Y ETAPA DEL JUICIO

Dice el artículo 486 (Auto de Control de Legalidad), que recibida la resolución de acusación, el juez del conocimiento revisará dentro de los tres días siguientes, la actuación procesal. En caso de considerar que no está afectada por alguna causal de nulidad, así lo declarará por auto interlocutorio. Una vez en firme, solo podrán plantearse nulidades que no hayan sido alegadas en la investigación (18).

Pueden interponerse los recursos ordinarios contra la providencia que determine la legalidad del proceso y la competencia, al tenor de lo reglado por el artículo 489, y si el juez invalida el proceso o declara incompetente, el recurso se concederá en el efecto suspensivo, lo que significa que si no se dan esas consecuencias jurídicas, se concederá en el devolutivo.

Aquí podemos hacer la primera acotación: si se apela y el superior revoca la determinación que encontró ausencia de nulidades y correcta la ubicación de competencia se perderían las diligencias practicadas con posterioridad. Pero en verdad, lo que acontece es que, de todas formas, aunque el recurso en ese evento se conceda en el efecto devolutivo, el "a quo" queda en imposibilidad de actuar y se produce el fenómeno de la suspensión, ya que el artículo 487 ib. dispone que "con la ejecutoria del auto sobre control de legalidad o de la resolución de acusación, según el caso, se inicia la etapa de juzgamiento. Significa lo anterior que el juzgador debe esperar de todas formas, la determinación del "a quem", para iniciar la etapa precitada.

En muchas ocasiones el juez del conocimiento, para poder dictar el auto sobre control de legalidad y de fijación de competencia, indudablemente que tendrá que analizar problemas de fondo, relacionados con la calificación de los hechos y la responsabilidad de los autores, lo que permite deducir que esa posición de absoluta imparcialidad, de ausencia de prejuzgamiento de parte de este funcionario, que ha motivado el cambio del sistema de calificación, al menos en forma parcial, no se da tan clara como se ha pretendido hacer creer.

En el artículo 377 del Decreto 181 de 1981, (Código que no entró en vigencia), se decía que declarada una nulidad de plano se debía devolver el expediente al funcionario de origen. En este nuevo Código las nulidades no se decretan de plano, pero no se dice qué debe hacer el juez una vez decretadas. Indudablemente que deberá regresar el expediente al juez de instrucción y así debe hacerse por sana hermenéutica a que nos han invitado los redactores ante la presencia de tantos vacíos.

Al iniciarse la etapa de juzgamiento (art. 490), el proceso quedará en Secretaría a disposición de los sujetos procesales, por el término de tres (3) días, dentro de los cuales se podrán pedir las pruebas pertinentes y con-

(18) El auto de Control de Legalidad, obviamente tiene operación en los procesos de competencia de los Jueces Superiores y del Circuito.

(19) Es un absurdo, en nuestro entender que confirmada la resolución de acusación por el superior, pueda el inferior dictar Auto de Control de legalidad.

ducentes. Las pruebas deberán pedirse, entonces, con indicación precisa y clara de lo que se quiere acreditar con cada una de ellas, así como de su conducencia, por la relación que tengan con el hecho materia del debate.

Vencido el término para solicitar pruebas, dispondrá el juez de dos (2) días para decretar la práctica de las pruebas que fueren admisibles y de aquellas que, solicita en la etapa de investigación, no se hubieren practicado y se estimaren necesarias. Las pruebas así ordenadas se practicarán en la audiencia pública. De oficio el juez puede decretar las pruebas que considere necesarias. Si las pruebas no se pudieren practicar en la audiencia pública; porque su realización debe hacerse fuera de la sede del juzgado, o porque requieren de estudios previos, se practicarán en el término de quince días, más el de la distancia en su caso".

Al leer esta norma, encontramos que los factores para abrir a prueba por quince (15) días son los siguientes:

- a. Que la realización de las pruebas deba verificarse fuera de la sede del Juzgado.
- b. Que la práctica requiera un estudio previo, como sería el caso de la prueba grafológica o la psiquiátrica.

Creemos empero que esta enumeración no debe entenderse como taxativa, porque muchos otros pueden ser los motivos que impidan la realización de la prueba dentro de la audiencia.

Al tenor de lo estatuido por el artículo 206, el auto que deniegue la admisión o práctica de alguna prueba solicitada oportunamente en el juicio, es apelable en el efecto diferido. Se entiende por efecto diferido (art. 205 Num. 2), aquel en cuyo caso se suspende el cumplimiento de la providencia apelada, excepto en lo relativo a la libertad de las personas, pero continuará el curso del proceso ante el inferior en aquello que no dependa necesariamente de ella.

Quiere decir lo anterior que se concederá el recurso para que el Superior resuelva lo relativo a las pruebas negadas, pero continuará la práctica de las restantes con lo cual existe un positivo avance en relación con el sistema actual, en el que se paraliza inútilmente toda la actuación. A pesar de ello, practicadas las pruebas sobre las que no versa el recurso, no se puede fijar fecha para audiencia, porque para ello, es absolutamente indispensable que esté en firme el auto que ordenó o negó la práctica de pruebas.

En firme la anterior providencia, esto es, la que acepta o niega pruebas, o transcurrido el término de quince días, a que se refiere el inciso final del artículo 492, el juez señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez (10) días siguientes.

No tenemos mayores observaciones que realizar respecto de la regulación que se da a ciertas medidas de prevención sobre los testigos que han de declarar en audiencia pública (art. 495), ni sobre la intervención de las partes en audiencia pública (art. 496), ni sobre la asistencia obligatoria a

la audiencia de los sujetos procesales (art. 497). Pero sí debemos hacer una observación en relación con la dirección de la audiencia y más exactamente con aquella parte en la que se autoriza al juez para evitar "que las partes traten temas inconducentes a los intereses que representan o que prolonguen innecesariamente sus intervenciones con perjuicio de la administración de justicia", y en la que se autoriza al juez para LIMITAR PRUDENCIALMENTE EL TERMINO DE SU INTERVENCION. (art. 498).

Está bien que el juez, como director supremo del debate público, encargado de una pronta y cumplida justicia, amoneste a las partes intervinientes que pretenden hacer de la audiencia lugar para dirimir personales rencillas, para enviar mensajes de contenido político, o para hablar de cuestiones que se salen por completo de la seriedad que exige el foro jurídico. Ello debe evitarse, lo que resulta diametralmente ilógico es que el juez pueda limitar, así sea prudencialmente, las intervenciones con el propósito de evitar la presunta dilación. En muchos casos esa limitación, así se trate de calificar de prudencial, no será más que el fruto del capricho, la arbitrariedad, el abuso de un funcionario, especialmente, si tenemos en cuenta que la sombra de la justicia marcial, a pesar de los ingentes esfuerzos de nuestro más alto tribunal, sigue rondando por entre los caminos de nuestra democracia.

El artículo 499 habla de las decisiones diferidas: a menos que se trate de la libertad, de la detención del acusado, o de la práctica de pruebas, el juez podrá diferir para el momento de dictar sentencia, las decisiones que deba tomar respecto de las peticiones hechas por las partes en el curso del juicio, cuando éstas no afectan sustancialmente el trámite. La determinación de diferir la tomará mediante auto de sustanciación.

Conveniente es esta disposición, ya que en esta etapa, especialmente, algunos sujetos procesales suelen realizar peticiones con el único propósito de dilatar el procedimiento, de evitar la verificación de la audiencia pública, de buscar, por ejemplo una prescripción, etc.

Hay normas que se dictan con muy buena intención, pero que contienen verdaderas utopías. Se dice por ejemplo, que el fallo podrá dictarse dentro de la audiencia, para lo cual se hará un receso de hasta seis horas durante las cuales se redactará la providencia. Pero se agrega que el juez podrá dictarla dentro de los diez días siguientes a la conclusión de la audiencia. La primera hipótesis nunca se presentará y es conveniente que no se presente, pues algo tan serio como un fallo no debe dictarse por fácil que parezca, con el apresuramiento de que impone el reducido término, ni con el cansancio fruto de un debate muchas veces prolongado. Aquí, como en otros aspectos, falla esa absurda filosofía de la celeridad. Pero sin embargo se avanza con relación a anteriores aspiraciones, pues, por ejemplo, en el artículo 460 del proyecto presentado por el Comisionado Bernal en el año de 1980, se decía que esa suspensión era potestativa, pues podía el Juez, de inmediato entrar a fallar.

Uno de los aspectos más importantes en el nuevo sistema es el de la posibilidad de un cambio de calificación durante la etapa del juicio.

Es necesario que hagamos una pequeña historia de esta figura:

El artículo 416 del Decreto 181 de 1981 (Reforma declarada inconstitucional), se dijo:

"... Terminada la audiencia pública, el juez dictará sentencia dentro de los diez días siguientes".

"La sentencia recaerá sobre el hecho o hechos por lo que se hubiere formulado acusación, sin extenderse a otros distintos. Pero en cuanto a la calificación jurídica de aquellos hechos, el grado de participación y su correspondiente penalidad, el juez, al proferir sentencia, podrá darles una calificación jurídica distinta de la que en la acusación les hubiere dado la parte acusadora, todo según la naturaleza y carácter del hecho que hubiere resultado probado en el proceso de juzgamiento".

En este artículo se daba una facultad muy amplia al juzgador para variar la calificación de los hechos, pero se mantenía la prohibición de sentenciar por hechos probados en el juicio que fueren diferentes a los que decretaban en la acusación.

No se daba oportunidad de defensa con relación a esa nueva calificación.

En el proyecto de 1977 y en el proyecto Jaime Bernal no encontramos antecedentes sobre esta absurda norma y es por ello por lo que, al hacer un cuadro comparativo entre los diversos trabajos realizados en los últimos diez años, no encontramos la unidad filosófica que se ha pretendido defender, porque, básicamente, no podemos encontrar unidad cuando falta toda filosofía integradora.

La explicación que dieron los comisionados que elaboraron el referido Decreto 181, fueron las siguientes:

"...La Comisión entendió que antes de dictar sentencia debía el juez examinar si de acuerdo a la prueba debatida en la audiencia conservaba o no su competencia para el fallo definitivo. Con miras a evitar nulidades de frecuente ocurrencia en la actualidad, se crearon varios mecanismos que operan en la siguiente forma.

a). Si la prueba aportada y debatida modifica la adecuación típica del comportamiento y en últimas el hecho está atribuido a juez de menor jerarquía de quien juzga, se entiende prorrogada su competencia y debe proferir el fallo correspondiente. Por ejemplo, se está juzgando por una falsedad de competencia del Juez Superior y la prueba realizada en audiencia permite afirmar que no es falsedad sino estafa, debe dictar la sentencia correspondiente, ya que la estafa es de competencia de juez jerárquicamente inferior.

b). Puede suceder que quien esté juzgando el hecho observe antes de dictar sentencia que la prueba aportada y debatida en la audiencia obliga al cambio de adecuación típica de la conducta por la cual se acusó, cuyo juzgamiento esté atribuido a Funcionario de mayor jerarquía, en este caso mediante auto de sustanciación lo enviará a quien considere competente...".

"... Con el nuevo sistema la prueba tendrá incidencia tanto en la investigación como en el juzgamiento y el alcance necesario para poder modificar no solo la responsabilidad del procesado, para atenuarla o agravarla, sino la adecuación típica del comportamiento. Creemos no existe violación al derecho de defensa ya que el hecho objeto de acusación desde el punto de vista natural es el mismo y simplemente se está debatiendo en qué norma encuentra adecuación, de acuerdo a las circunstancias en que haya tenido realización. Así mismo, estas variaciones en cuanto a la norma aplicable solo son posibles en la medida en que la prueba que permite su modificación haya sido plenamente debatida y haya tenido la entidad suficiente para modificar la adecuación...".

Cuando en aquel entonces perplejos analizábamos la norma y dentro de la más sana lógica, concluíamos cómo no es posible un cambio del mundo jurídico tipificador, por pruebas nuevas sin que sean nuevos los acontecimientos fácticos, y decíamos que debía corregirse tan defectuosa, absurda e inconstitucional norma.

Nótese cómo se decía con énfasis que la Norma no quebrantaba el derecho de defensa, porque la nueva adecuación no implicaba cambios en el mundo naturalístico, en el mundo de los hechos atribuidos al sujeto como resultado objetivo de su comportamiento.

Viene luego el proyecto de 1986 presentado por una Comisión que había sido designada por la Ley de Facultades.

En el artículo 511, encontramos lo siguiente:

"...Se entenderá ampliada la competencia, para proferir el fallo definitivo, cuando las pruebas practicadas en el término probatorio del juicio, o en la audiencia pública, varíe la adecuación típica del hecho ponible, y el conocimiento del mismo esté consagrado a juez de inferior categoría".

"La anterior determinación se tomará por auto de sustanciación motivado, una vez que se hayan practicado las pruebas".

"En este caso la audiencia pública se suspenderá por el término de dos (2) días para que las partes soliciten las pruebas que deban practicarse en ella y que tengan relación con la nueva adecuación típica...".

Viene finalmente el artículo 501 del Decreto 50 de Enero 13 de 1987, del siguiente tenor:

"Artículo 501.— Variación de la calificación provisional. Cuando las diligencias practicadas en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública varíe la adecuación típica del hecho punible dentro del correspondiente título del Código Penal, el juez dictará el fallo con base en dicha variación".

"En este caso la audiencia se suspenderá por el término de dos (2) días para que las partes soliciten las pruebas que tengan relación con la nueva adecuación".

"La anterior determinación se tomará por auto de sustanciación, una vez que se hayan practicado las pruebas".

En esta oportunidad, se puede producir un cambio "en la adecuación típica", sin que se produzca cambio de "Título" del correspondiente Código de las Penas.

Se ha dicho que al delimitar esa posibilidad de cambio o transformación en el tipo de los eventos en los que la figura se mantiene dentro de un Título determinado, no se desnaturaliza el cargo porque se mantiene, por una parte, dentro de la misma familia delictual, para hablar gráficamente y, porque, no varía por lo mismo el bien jurídico tutelado.

Por otra parte, nótese como en esta oportunidad, al contrario de lo que ocurrió en el Decreto 181 de 1981, puede producirse cambio material de imputación, es decir, variación de los aconteceres fácticos que inicialmente se imputaron.

Recuérdese, por una parte, cómo en la exposición de motivos de ese Decreto 181 de 1981, se decía de manera contundente que tenía las normas muchas bondades y que no se quebrantaba el derecho de defensa porque no se producía variación en este campo material u objetivo. Que la variación era meramente jurídica. Reiteramos que nos explicamos cómo se pudo pensar en esa dicotomía hechos —valoración, pero lo que sí no es dable concluir en la actualidad es que sí en aquel entonces se dijo que la inconstitucionalidad se podría presentar en el evento de que cambiaran los hechos, aquí es esta reforma, hacemos nuestro pensamiento de los Comisionados de aquel entonces que han prolongado su intervención en la elaboración de esta pseudo-reforma para decir que estamos frente a una norma por este solo aspecto, contraria a la Constitución Nacional, porque se puede hacer un pliego de cargos por unos hechos y por una tipificación, y unos y otras pueden varias en la etapa probatoria, para que se produzca una sentencia en contradicción con ese pliego de cargos. Sin embargo, ya la Corte se pronunció sobre la exequibilidad, no es cierto que por el solo hecho de que no se produzca cambio en la ubicación con relación al título, se reduce la variación a hechos típicos de la misma naturaleza sustancial. En muchos casos puede ocurrir, al menos teóricamente, que se cite para audiencia por el delito de inseminación artificial no consentida y se condene por apoderamiento y desvío de aeronaves, porque ambas normas se encuentran en el Capítulo Tercero, del Título X, (Delitos contra la autonomía personal).

En el proyecto de 1976, se decía que en caso de variación en la tipificación, la audiencia se deberá suspender por dos (2) días, para que las partes solicitaran las pruebas que deberían practicarse dentro de ella, es decir, que el período probatorio se agotaba en el momento en que se reanudara la audiencia y dentro de ella.

En el código definitivamente aprobado, no se aclara lo anterior, se dice que la audiencia se suspenderá por dos días para que las partes soliciten las pruebas que tengan relación con la nueva adecuación, pero no se manifiesta que las pruebas deban practicarse dentro de la audiencia al reanudarse ésta. Acudiendo nuevamente al imperioso mandato de los legisladores para que hagamos el esfuerzo de ser intérpretes esforzados de su obra, diremos que se impone la conclusión de que las pruebas se practicarán

dentro de la audiencia y que por ello no hay término, pero no alcanza nuestra buena voluntad intelectual para resolver los problemas que se presentan cuando las pruebas tienen las características de que trata el artículo 492 en su inciso tercero, es decir, cuando las pruebas exijan o requieran estudios previos o deban practicarse fuera de la sede del Juzgado.

De todas maneras, sin lugar a duda alguna, se nos antoja la norma inconstitucional, claramente inconstitucional. No nos parece ni justo, ni jurídico, ni equilibrado que se realice una citación para audiencia pública con los rígidos requisitos de un auto de proceder de hoy día, con las exigencias sustanciales de que trata el artículo 471, es decir, narración de los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación; calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo y respuesta a los alegatos de las partes y esa acusación o pliego de cargos se modifique por un simple auto de sustanciación, así sea éste motivado, porque se nieguen los recursos correspondientes, y se limita angustiosamente el derecho de defensa.

Nótese que por auto de sustanciación, el juzgador hace una nueva calificación, sin que se exijan los requisitos de la primera, con lo cual la defensa se hace absolutamente imposible, al menos en la forma en que debe estar garantizada en cualquier país democrático. Y diríamos que ni siquiera la motivación de la providencia que se dicta en el juicio se refiere a la nueva calificación, porque la justificación tiende a sustentar la suspensión, ya que el artículo 501, en su inciso 3º dice que la anterior determinación, es decir la de suspender la audiencia, se tomará por auto de sustanciación motivado.

En este orden de ideas, pues una persona llamada o citada a audiencia, por el delito de homicidio por piedad, que tiene una pena de prisión de seis meses a tres años (art. 326 del C.P.), puede ser condenado por el fenómeno de la recalificación, por el delito de homicidio agravado, que tiene una pena de diez y seis a treinta años (art. 324 del C.P.).

Mucho se ha vendido la idea de que el juzgador definitivo, quien dicta la sentencia, debe estar desprovisto de prejuicios, de preconceptos que nacen en el pliego de acusaciones que debe hacerlo el juez de instrucción. A tal puritanismo y exageración se llega, que se dice que las Salas de los Tribunales que hayan conocido en primera instancia de recursos de apelación interpuestos durante la etapa sumaria, deben declararse impedidos para resolver o desatar recursos en el juicio. Dice, en efecto el artículo 535 del nuevo estatuto procedimental que "... apelaciones que se surtan en la etapa de investigación por delitos cuyo conocimiento corresponde en segunda instancia a los tribunales, se decidirán por la Sala respectiva, la cual quedará impedida para conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento (inc. 2º).

Esta norma, que vale la pena decirlo entre paréntesis, dejó la justicia de ciertos Tribunales que tiene salas penales con dos o tres magistrados y que no son pocas, en manos de los conjuces, es contradictoria con la que se comenta frente al fenómeno de la recalificación, porque si la primera citación para audiencia tiene una mera calificación provisional, aunque más

exigente en requisitos que la segunda, esta última necesaria e imperiosamente un prejuizamiento mucho más grave del juez fallador, pues poco antes de su determinación final, en actitud tomada improvisadamente y contra el tiempo, muy seguramente prejuizará y allí sí fatalmente el prejuicio operará.

En la exposición de motivos del proyecto de 1986, se dice lo siguiente:

"... En el proyecto, la correlación entre acusación y sentencia se establece desde el punto naturalístico porque la identidad se presenta entre los hechos objeto de acusación y fallo definitivo, y no como acontece en la actualidad en la que impera un sistema normativo...", como ya se había dicho.

Debemos insistir en algo que ya más o menos explicamos: Nótese cómo en el proyecto referido y en el código definitivo se habla de variación de adecuación típica y no entendemos, no podemos entender cómo pueda producirse prueba que haga variar la educación o el encuadramiento típico, sin que, necesaria e imperiosamente exista una situación naturalística diferente a la del auto de citación provisional, así sea en el ámbito de las circunstancias de agravación o de atenuación punitiva. No nos cabe en la cabeza la hipótesis del encuadramiento jurídico diferente, desprovisto de imputación fáctica también diferente. Recordemos cómo en los esfuerzos dignos de aplauso, por lo ingentes y difíciles, que se hacían en la exposición de motivos del Decreto 181 de 1981, para explicar ese cambio jurídico, se ponía el ejemplo de una citación para audiencia o una acusación por falsedad, que terminaba en estafa, después del período probatorio. Pues bien: el hecho fáctico más importante del tipo es la conducta, el núcleo rector, y nos explicamos, reiteramos, cómo el juez pueda decir jurídicamente que un individuo **INDUJO** o **MANTUVO EN ERROR**, en una primera calificación y posteriormente diga que **FALSIFICO**, sin que esté haciendo a la vez referencia a un cambio radical en el ámbito naturalístico.

Todo cambio de adecuación típica, producido por nueva prueba aportada con posterioridad a la primera calificación, implica cambio y aporte también nuevo de hechos, de situaciones fácticas. Y nótese que no nos estamos refiriendo y no podemos referirnos a los casos en los que la primera ubicación fue errada y la segunda correcta, pues en este evento no opera el fenómeno del aporte de nuevas pruebas, sino una simple reconsideración de elementos jurídicos y materiales ya dados.

Y como si todo el anterior panorama no fuera suficiente para crear el caos, el artículo 226 del nuevo Código trae como causa de casación o permite este recurso cuando "LA SENTENCIA NO ESTE EN CONSONANCIA CON LOS CARGOS FORMULADOS EN LA RESOLUCION DE ACUSACION" de tal suerte que indefectiblemente cada vez que se dicte un fallo con recalificación, habrá posibilidad de este extraordinario recurso. Y desafortunadamente en este punto tenemos que rechazar la amable invitación de los comisionados a realizar interpretaciones de buena voluntad para no manchar la obra, como que la segunda calificación no es fruto de resolución alguna a la que pudiera extenderse la expresión del artículo precitado, por una parte, y por otra, no puede decirse que el término cargos se refiere o circunscribe a los estrictamente materiales, como que ese conte-

nido reducido y desfavorable no corresponde al espíritu del legislador en casación.

Es pues, inconstitucional la disposición, además porque viola el derecho de defensa y muchos otros principios muy valiosos, al lanzar al juzgador a dictar una providencia errónea, ya que generará la posibilidad clara y contundente de acudir en casación para enmendar lo que se ha podido enmendar de antemano, si el prurito de un mal entendido aceleramiento y si el deseo de hacer leyes apresuradamente no hubiera imperado sobre los reclamos justos de quienes pedían mesura y un alto al comezón legislativo de todo gobierno que no quiere pasar a la historia sin haber aportado un código, así la obra sirva para descalificarlos con la historia. Se nos antoja el artículo 501 del C. de P.P., hermano o pariente cercano del art. 575 del C. de J.P.M. en el que se ordena que al llegar a la culminación de la etapa probatoria del Consejo de Guerra, si surge a juicio del Presidente, de lo investigado, sindicación suficiente contra personas no comprendidas en la resolución de convocatoria se ordenará la captura de esas personas, y el Consejo entrará en receso no mayor a cuatro horas para efectuar esas diligencias.

PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS

Para dar una idea de nuestro concepto crítico sobre los procedimientos abreviados, creo que es oportuno referirnos a la demanda de inexecutable que interpusimos en compañía de algunos colegas, contra los arts. 474 a 485 en los siguientes términos:

"II. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VIOLADAS

Los artículos precitados y transcritos, violan fundamentalmente el artículo 76, ordinal 12 de Constitución Nacional Art. 118—8.

III. RAZONES Y FUNDAMENTOS DE LAS VIOLACIONES INVOCADAS

Primero. Ley de facultades y procedimiento abreviado.

Si leemos con detenimiento la Ley "marco" de facultades, encontramos que allí, con fundamento en el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, se revistió al Presidente de la República, por el término de dos años, para (1o) elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal y adecuarse a sus prescripciones, sobre las siguientes **PRECISAS Y ESPECIFICAS BASES**:

J. CREACION DE PROCEDIMIENTO O PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS, DE ACUERDO CON LA NATURALEZA DEL HECHO, DE LA PRUEBA, DE LAS CONDICIONES PERSONALES DEL AGENTE, DE LOS REQUERIMIENTOS SOCIALES Y JUDICIALES.

Para la creación, pues, de procedimientos o procedimiento abreviado, el ejecutivo tenía que fundamentar la elaboración de normas, **DE MANERA PRECISA Y ESPECIFICA**, en los siguientes factores:

1. NATURALEZA DEL HECHO
2. NATURALEZA DE LA PRUEBA

3. CONDICIONES PERSONALES DEL AGENTE
4. REQUERIMIENTOS SOCIALES
5. REQUERIMIENTOS JUDICIALES

Para que el ejecutivo, sin actuar de manera ilegal, desbordada e inconstitucional cumpliera lo preceptuado por el legislativo en esta materia de procedimientos abreviados en particular, debía necesariamente, al crear las normas sobre el fenómeno, tener de presente esos cinco factores.

Es obvio que la institucionalización de un procedimiento abreviado, caracterizado por una exagerada celeridad, que siempre implica algún recorte a las solemnidades legales, es decir, a las normas propias de cada juicio, debía estar respaldada por una serie de factores que el legislador señaló con mucha claridad y con especial orden de prevalencias, en la ley marco.

Un procedimiento abreviado, en el que desaparece prácticamente la etapa sumarial, es viable y lógico para cierta clase de infracciones. Lo que debe primar, sin duda alguna, para la elaboración de disposiciones sobre procedimientos sumarísimos es la clase de infracción, se reitera.

Esperábamos optimistas que el legislador excepcional, es decir, el ejecutivo investido de facultades, realizará un estudio de ciertas infracciones que son compatibles con el procedimiento breve y a ese estudio inicial, agregará los restantes elementos o ingredientes ordenados en la ley marco.

Pero tremenda decepción han sufrido los ciudadanos colombianos al ver cómo el Presidente de la República, en franca rebeldía con la guía inmodificable que se le dio, tan solo tuvo en cuenta como factores determinantes del procedimiento abreviado LA CAPTURA EN FLAGRANCIA Y LA CONFESION SIMPLE.

El primer fenómeno, es decir, la captura en flagrancia, es un fenómeno no procesal muchas veces accidental, circunstancial y que, dentro del marco trazado por el legislador al otorgar facultades, haría parte de aquel que trata de la NATURALEZA DE LA PRUEBA.

Y la confesión simple, también sin duda alguna, hace referencia a ese factor probatorio.

Entonces, nos preguntamos, señores Magistrados de la H. Corte Suprema de Justicia, cuál es la razón válida para que el ejecutivo PARA NADA TUVIERA EN CUENTA LA NATURALEZA DEL HECHO y los restantes aspectos ordenados?

En el Nuevo Código de Procedimiento Penal, se dice, claro está, en el artículo 485, que el procedimiento abreviado no se aplicará cuando el delito sea de competencia de los jueces superiores con intervención del jurado o se trate de inimputables. Pero como el legislador dijo perentoriamente que la naturaleza del hecho debía tenerse en cuenta para la REGLA GENERAL que inspira la creación del procedimiento breve, esta excepción, que lo es tal si vemos incluso al mismo título del artículo, no exime al Presiden-

te de la República del cargo de haber incumplido el mandato según el cual era la NATURALEZA DEL HECHO el soporte básico de la reforma en este especial y peligroso tópico.

Al no haber tenido en cuenta el legislador este perentorio mandato, se encontrará el juzgador del futuro con un mandato imperativo de rapidez en el ejercicio de su acción jurisdiccional, frente a situaciones en las que será más que imposible el imprimir esa celeridad. Un complejo delito económico, realizado en varias ciudades del país, que exige variada y compleja investigación, no podrá perfeccionarse en su investigación y fallo mediante este sumarísimo procedimiento, por obvias razones. Por ello decimos que el señor Presidente de la República al ejercer las facultades ha debido hacerlo dentro del marco que se le ordenaba.

En los delitos de 'narcotráfico', es costumbre reiterada la de que las personas que se dedican al transporte o distribución, al ser capturadas por las autoridades, confiesen ser únicos autores, de manera llana y simple, para encubrir, por temor, a los verdaderos organizadores del crimen. El juez ante esta confesión y no apareciendo sindicación a otra u otras personas, tendrá que juzgar el caso 'contrarreloj', para condenar a ese sujeto confeso. Obviamente el resultado será el de que lo que debía ser una larga, científica y prolongada lucha judicial para tratar por los medios legales pertinentes de descubrir las intrincadas redes de la organización criminal, quedará reducida a una actuación breve, que dejará una negra mancha de impunidad, a cambio del capricho de haber obrado con celeridad.

Es la naturaleza del hecho la que impone o rechaza la necesidad de un procedimiento veloz.

Falló el ejecutivo al haber reducido todo un Título del Código de Procedimiento Penal, a dos factores que hacen de otro genérico; la prueba, pero con olvido de los cuatro restantes.

Las CONDICIONES PERSONALES DEL AGENTE constituyen factor que es de muy fácil ubicación doctrinal. Quiso el legislador que el ejecutivo, al crear el procedimiento acelerado tuviera en cuenta las condiciones del sujeto activo del delito (inclinación al delito, anteriores condenas, si es funcionario público, etc.). Este factor tampoco lo tuvo en cuenta el ejecutivo, desconociendo, como ya se dijo, un mandato que era CLARO Y PRECISO.

Y como LA FLAGRANCIA Y LA CONFESION, no son factores que tengan que ver con LOS REQUISITOS SOCIALES, NI CON LOS REQUERIMIENTOS JUDICIALES, simplemente concluiremos que el ejecutivo desconoció, alegremente, lo que se le había trazado como una correcta y legal reforma.

Por ello fue por lo que al mirar las normas que integran este procedimiento, encontramos una serie de defectos y de inconvenientes, que muy seguramente, no se hubieran presentado de haberse cumplido el elemental mandato.

Se niega prácticamente el derecho de intervención de la parte civil, ya

que como después de la indagatoria y de la providencia que resuelve situación jurídica, viene la fijación de fecha para la audiencia pública, queda agotado el término que trae el mismo código para la presentación de la demanda.

El cambio de situación, por eliminación del factor que originó la celeridad, también es criticable. Se ha iniciado un procedimiento, se le imprime un determinado rumbo por existir confesión y como a ese factor, y no a otros más sustanciales, redujo el ejecutivo la causa de la celeridad, producida una retractación, habrá que regresar al procedimiento ordinario con todos los traumas que dicha variación naturalmente conlleva.

Segundo: Cómo quebrantó la constitución el ejecutivo en concreto.

Como quiera que las facultades prescritas en la Ley 52, artículo 1º ordinal J, fueron otorgadas de manera precisa para que el ejecutivo creara procedimientos abreviados fundamentándose en los factores ya citados y como quiera que desconoció ese mandato y reguló la celeridad en simples factores probatorios, ello implica que se extralimitó en el ejercicio de las facultades así previstas al expedir los artículos demandados, y por lo tanto, dichos preceptos son inconstitucionales, por violación de los art. 118-8, relacionado con el 76-12, ambos de la Carta Magna.

Es necesario aclarar, por una parte, que, esa extralimitación del ejecutivo puede acontecer cuando el mismo, por exceso, regula fenómenos no autorizados y también, cuando por defecto, no tiene en cuenta todo el mandato dado.

Finalmente, el artículo 474 del Decreto N° 50 de enero 13 de 1987, es el que precisamente trata los eventos en que cabe el procedimiento abreviado, y es el que al reducir a uno solo esos eventos, desconociendo los otros cuatro, merece la más directa tacha de inconstitucionalidad.

Pero como los restantes, es decir, los arts. 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484 y 485 desarrollan lo preceptuado por el primero y como lo accesorio sigue a lo principal, decretaba la inconstitucionalidad de éste, se impone necesariamente la de los restantes”.

JUICIO CON JURADO

Tradicionalmente, las críticas que se han hecho, de manera fundamental, al jurado de conciencia, han sido las siguientes: absurdo sistema de designación y falta de preparación de las personas elegidas.

En el Código Procesal Penal que entró en vigencia en el año de 1938, se debatió en actas de la Comisión correspondiente lo siguiente:

Propuso el Dr. JORGE ELIECER GAITAN el siguiente proyecto de artículo:

“... Para ser jurado se necesita ser persona de reconocida y notoria honorabilidad, poseer al menos una cultura media y desempeñar una profesión u oficio de aquellos que exigen capacidades intelectuales, no inferiores al nivel medio”.

Replicó el Dr. ESCALLON:

“... Me parece muy vaga la fórmula. Contra-argumenta el Dr. GAITAN: Pero no encuentro otra. Supongamos que se exige que el candidato tenga el título de bachiller; bien ¿Y cómo sabe el Magistrado quién es bachiller y quién no? Es mucho mejor dejar a la apreciación del Magistrado 'la reconocida y notoria honorabilidad, la cultura media, etc. Podíamos agregar al artículo anterior, que prohíbe quiénes pueden ser jurados, la necesidad de saber leer y escribir...’.

Dice el Dr. ESCALLON:

“... No es conveniente consignar esta regla porque sucede con ella seguramente se interpreta la cuestión de la cultura media como que únicamente exige saber leer y escribir, y nos resulta contraproducente”.

En definitiva el artículo quedó redactado en los términos siguientes:

“... Para ser jurado se necesita ser ciudadano colombiano, persona de reconocida y notoria honorabilidad, poseer por lo menos una cultura media y desempeñar una profesión u oficio de aquellos que exigen capacidades intelectuales. (Lo subrayado a solicitud del Dr. ESCALLON)”.

Demos, por ahora un salto histórico y veamos el Proyecto de 1977, (GAITAN MAHECHA, TIBERIO QUINTERO, BERNAL CUELLAR, entre otros).

Como recordamos, allí se suprime el jurado de conciencia en forma definitiva. Y se aclara en la exposición de motivos la supresión por lo siguiente:

“...No se incluyeron normas para el juzgamiento con intervención del jurado, porque la comisión después de detenido análisis y de un amplio debate, llegó a la conclusión de que la institución del jurado es inoperante en nuestro medio, pues dilata las decisiones judiciales y no es aconsejable que las decisiones en materia tan delicada, que deben tener bases científicas, sean dejadas al criterio de personas que desconocen las disciplinas jurídicas”.

Nótese, pues, cómo la base de la esencial crítica es la falta de preparación jurídica de los juzgadores populares.

En el año de 1980, el profesor BERNAL CUELLAR presenta a la Comisión un proyecto que él elaboró, que nos ha parecido en los últimos diez años uno de los mejores a pesar de sus efectos, pero que ha sido desconocido en sus partes esenciales, como se demuestra con una simple comparación a doble columna del articulado.

Decía en la exposición de motivos, el Dr. BERNAL, lo siguiente:

“...Por mandato de la Ley 6a. de 1979 (la que otorgó facultades al ejecutivo) se conserva en el proyecto la Institución del jurado de conciencia, pe-

ro en forma distinta a como aparece actualmente regulada y con innovaciones importantes. En primer lugar se da una reglamentación más sintética a la actual, eliminando normas que carecen de sentido o que solo constituyen repetición innecesaria y casuística de los poderes que tiene el juez. El jurado no será siempre de jueces de hecho, sino que a él se sumará el juez de la causa, quien hasta ese momento no ha realizado prejuzgamiento de ninguna naturaleza, eliminando de esta manera un buen número de veredictos contraevidentes y casi la totalidad de los veredictos contradictorios e **inexistentes, en virtud** de la orientación que van a tener por parte de quien desempeña la rectoría del juicio. En cuanto lugar, la formulación del cuestionario la hará el fiscal acusador una vez termina el debate público...".

Se expide posteriormente el Decreto 181 de 1981, en el que, obviamente, bajo los mismos lineamientos de la ley base de facultades, se conserva el jurado de conciencia y en la exposición de motivos de aclara:

"...Por mandato de la ley 6a. algunos delitos serán sometidos al jurado de conciencia y para lograr su operancia se establecen mecanismos adecuados para la elaboración de listas...".

En el artículo 426 de este cuerpo legislativo, se reitera que para ser jurado se necesita, entre otros requisitos, poseer por lo menos una cultura media y desempeñar una profesión de aquellas que exigen capacidades intelectuales.

En el proyecto de 1986, como era necesario por mandato legal dejar el jurado como institución integrante del Código, se elimina el jurado de conciencia y se crea una aberrante figura de jurados de derecho, que recibió el rechazo incluso de los miembros de la misma comisión, quienes prontamente se dieron cuenta de su horrible pecado.

Se dijo en la exposición de motivos:

"La modificación más importante en la etapa del juicio es la supresión del jurado de conciencia para el juzgamiento del delito de homicidio y de otros hechos punibles. Después de un extenso y controvertido debate sobre la institución del jurado de conciencia, la Comisión llegó a la conclusión de que debe abolirse del sistema procesal colombiano. El debate sobre responsabilidad penal es fundamentalmente técnico y por ende no puede aceptarse que una controversia jurídica sea desatada por personas carentes de formación de las disciplinas del derecho.

Podemos darnos clara cuenta de que se insiste machaconamente sobre la necesidad de que los jurados de conciencia deban ser personas versadas en derecho.

Pero para sorpresa de todos, se expide el Código Procesal definitivo, y en él se restablece el jurado de conciencia y se dice lo siguiente:

"...PARA SER JURADO SE NECESITA SER CIUDADANO COLOMBIANO, PERSONA DE RECONOCIDA Y NOTORIA HONORABILIDAD,

POSEER POR LO MENOS UNA CULTURA MEDIA Y DESEMPEÑAR UNA PROFESION U OFICIO DE AQUELLAS QUE EXIGEN CAPACIDADES INTELECTUALES Y DE PREFERENCIA A QUIENES NO TENGAN FORMACION PROFESIONAL...".

SORTEO DE JURADOS

Ya notamos que el sistema de sorteo es o constituye otro de los graves defectos que presenta la institución. De él se habló mucho especialmente durante estos diez años de transformación de las instituciones procesales.

Recordemos cómo al nacer el Código de 1938, se dejó en actas la constancia de que en el estatuto que se creaba se debía dejar clara la obligación de los Magistrados del Tribunal de someter a discusión "...uno a uno los nombres presentados...". Se exigía que el jurado respectivo obtuviera las tres cuartas partes de los votos presentes.

Además, en el artículo 482 del Código de 1938, precitado, se exigía que la lista debería llevar una constancia firmada por el respectivo Magistrado, que daba fe por su honor de que conocía como honorables y competentes a los candidatos que se proponían.

Durante los diez años de revolución transformadora, no vimos una seria intención de regular en mejor forma que la existente la absurda elección de jurados. Por lo contrario, se creó un procedimiento mucho más demorado, en el que se coloca al Tribunal en el triste papel de sorteador de balotas, sin más esfuerzo intelectual, para escoger definitivamente los jueces de conciencia de listas que envían los jueces superiores.

Otro aspecto que debemos anotar como defectuoso, es el de la notificación que se hace a los jurados de su elección como tales. Sabemos que existen impedimentos absolutos que pueden y deben ser alejados desde el momento mismo de la designación general. Pero acontece que el jurado no se entera de que tiene tal calidad, sino en el momento en que es sorteado para un caso concreto. Si se exigiera, como debería hacerse por simple lógica, que se notificara a los jurados cuando se hacen las listas, como acontece por ejemplo con los jurados para las elecciones, o se publicarían las listas desde el inicio, muchas fallas que ocasionan morosidad podían subsanarse.

A lo mejor, dentro de este sistema de acudir a la interpretación podíamos hacer otro esfuerzo para que por esta vía se estatuyera esa obligación.

PREVARICATO DE LOS JURADOS

En el código de 1938, más exactamente en el artículo 529, se ordenaba que desde el momento de ser notificados de la designación, aún cuando las audiencias ya hubieren concluido, los jurados no podían tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces. La violación de lo anterior hacía incurrir al responsable en el delito de prevaricato,

fuere cual fuere la clase de conversación o comentario o la finalidad que se hubiere propuesto.

El Doctor JORGE ELIECER GAITAN, decía de esas conversaciones con una exagerada rigidez, que surgen necesariamente elementos que van a perturbar la libertad de conciencia.

El Doctor ESCALLON replicó:

"Pero quizás no sea menester repetir en la parte final 'no importa la clase de conversación o comentario'" y el Doctor GAITAN contraargumentó:

"Es menester incluirla para evitar cualquier subterfugio, si se deja solo conversación, podría después alegarse 'esto no fue una conversación', fue una consulta sobre el punto técnico que necesitaba aclaración. El jurado no debe conversar con nadie, absolutamente con nadie, ni antes, ni durante, ni después de la audiencia. Si tiene alguna duda sobre un punto en especial en los debates, que la pregunte inmediatamente a quien está alegando en ese momento.

En el proyecto Bernal Cuéllar de 1980, en el artículo 489, se repite la norma, con lo cual se desnaturaliza por completo el principio de legalidad de tipicidad y de certeza.

En el Código que alcanzó a aprobarse, pero que no entró en vigencia, el decir el Decreto 181, el fenómeno, está tratado en una forma más lógica, pues se decía en el artículo 438, que trataba de la "deliberación":

"EL JURADO DELIBERARA COLECTIVAMENTE y sus conclusiones serán tomadas en privado por mayoría de votos. Bajo ningún pretexto podrá interrumpirse la veredicción antes de emitir el veredicto, ni podrá permitirse la intervención de persona alguna. Sin embargo, el jurado podrá solicitar la presencia del juez para pedirle instrucciones y éste concurrirá acompañado de las partes que se encontraren presentes".

En el proyecto de 1986, como se suprimía un jurado de conciencia, la anterior norma carecía de importancia y no aparece.

Pero ya en el Código final, con una exageración digna de mejor causa, el artículo 527 dice:

"PROHIBICION A LOS JURADOS. Desde el momento de ser notificados de la designación, aunque la audiencia ya hubiere concluído, los jurados no podrán tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna, sobre el juicio sobre el que les corresponde o hubiere correspondido intervenir como jueces de conciencia. La violación de lo anterior lo hará incurrir en la responsabilidad penal correspondiente".

Revolucionario salto, cincuenta años atrás, ya que se copia la norma JORGE ELIECER GAITAN, pero sin que siquiera se tuviera el cuidado de circunscribir a un solo tipo de responsabilidad penal.

DELIBERACION DEL JURADO

Inicialmente el artículo 500 del Código de 1938, decía:

"Los jurados deberán contestar cada uno de los cuestionarios con un sí o un no, sin agregar explicación de ninguna naturaleza" y se reglamentaba lo correspondiente a la imposibilidad del debate entre los jurados o la deliberación cuando en el artículo 532 se decía:

"Sentados los jurados en sus respectivos puestos, de los cuales no podrán retirarse, desde el momento en que el juez ordenare el despeje de la barra, procederán a escribir, por separado y al pie de las copias de los cuestionarios que se les hubieren pasado, su contestación debidamente firmada".

El Artículo decía:

"Desde el momento en que el juez ordenara que las barras fueren retiradas, hasta el momento en que el jurado diere sus respuestas, el juez, los jurados y las partes, deberán guardar completo silencio y compostura".

En el artículo 29 de la Ley 4a. de 1943, que modificó en mucho el original C de P.P., se dijo lo siguiente:

"Los jueces contestarán cada uno de los siguientes cuestionarios con un sí o un no; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente a la contestación.

PARAGRAFO: Restablécese la deliberación colectiva del jurado, cuyas conclusiones se tomarán en privado por mayoría de votos".

En el artículo 531 del nuevo Código Procesal Penal, se dice que: "Terminado el debate oral, el juez exhortará a los jurados acerca de la gravedad del juramento que prestaron y los separará para que contesten el cuestionario o cuestionarios respectivos, que se les entregará inmediatamente a fin de que emitan su veredicto.

Cada uno de los jurados deberá contestar los cuestionarios que le han sido entregados con un SI o con un NO exclusivamente. Cualquier agregado a la respuesta se tendrá como no escrito".

El Doctor FERNANDEZ SANDOVAL, miembro de la Comisión que apareció al final de la obra legislativa, dice haber sido el inventor de la inquietud según la cual se debe hacer prohibición de deliberación porque suele haber en el jurado un líder que arrastre con la determinación de los demás. Creemos que fue el doctor JORGE ELIECER GAITAN el real inventor de la idea, pues el día 7 de Octubre de 1937, en la Comisión Redactora (ACTAS, Págs. 283 y ss), dijo lo siguiente:

"Además, vamos a establecer que el voto de los jurados sea secreto, pa-

ra impedir la deliberación o segunda audiencia que tiene lugar entre los jurados, deliberación ésta en la cual puede haber frecuentemente un jurado más versado que los demás, quien por medio de sus insinuaciones podrá imponer su criterio a los otros, sin que el procesado tenga en esa ocasión defensa alguna”.

Lo anterior sirve para demostrar cómo los avanzados legisladores del actual estatuto, regresaron a las legaciones de hace más de cincuenta años y nada innovaron.

Nos atreveríamos a pensar que está bien que en un cuerpo colegiado sea el más inteligente, el más versado el que imponga sus puntos de vista, su criterio más acertado, sin que eso sea reprochable. Lo grave sería que el más estúpido, arrastrara con el concepto de los demás.

Esta falta de deliberación la justificamos en la institución de los vocales, en donde la jerarquía militar puede tener operancia entre los integrantes. Obviamente que se crea para que actúe en forma tal con deliberación.

FACULTADES DEL JURADO EN LA RESPUESTA

Ya vimos cómo en el nuevo Código, se limita la decisión del jurado a un SI o a un NO, y vemos como en el artículo 531 ya citado se dice “cualquier agregado a la respuesta se entenderá como no escrito”.

Se quiere justificar esta posición, en doctrina internacional y nacional, manifestándose que el fallo del jurado es sobre cuestiones fácticas, objetivas, acerca de una responsabilidad carente de evaluación de índole técnico. Por ello en el artículo 498 del Código QUE ENTRO A REGIR en 1938, se decía que se interrogaba al jurado sobre “EL HECHO O HECHOS MATERIALES CONSTITUTIVOS DEL CUERPO DEL DELITO,... puesto que la pregunta, según la norma precitada, estaba precedida de la siguiente fórmula.

“OS HAYAIS PLENAMENTE CONVENCIDOS DE QUE N.N. HAREALIZADO LOS SIGUIENTES HECHOS...?”.

Lo anterior varió con la Ley 4a. de 1943 y por ello la Corte Suprema de Justicia en Casación de 28 de Octubre de 1946, dijo:

“Los sistemas de formulación de cuestionarios en el Código y el de la Ley 4a. se diferencian por cinco aspectos: el tiempo, la forma o contenido, la intervención de las partes, la forma o contenido de las respuestas y la forma de actuación o decisión de los jurados. Estos caracteres diferenciales impiden la aplicación conjunta y simultánea de los dos sistemas”.

Y en casación del 23 de enero de 1947, agregó que en el sistema de formulación de cuestionarios la Ley 4a., de 1943, la propuesta al jurado sobre la responsabilidad del acusado por el hecho o hechos a él imputados, comprende tanto los elementos físicos o materiales del delito, como los psíquicos o morales.

Pero esa filosofía que es la lógica y corriente, desaparece en el actual

código aprobado y que entrará en vigencia, ya que en su artículo 529, se dice que el cuestionario versará exclusivamente sobre la RESPONSABILIDAD que en los hechos tenga el acusado y es obvio que el análisis del término responsabilidad implica juicios de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad e incluso, sin lugar a dudas, imputabilidad, porque eso es la responsabilidad penal, esto es, la consecuencia de un delito mirado tanto desde el ángulo objetivo como subjetivo y si el jurado popular y de conciencia como aparece denominado en Título II Capítulo II, debe fallar así, es decir, en conciencia, más que un juicio de responsabilidad integral, debe resolver profundos problemas de carácter emocional, producidos por ejemplo por el miedo, las pasiones, las debilidades, los egoísmos y todos esos fenómenos psicológicos que en conciencia como escrutadores de almas, deben de sentar los jurados.

Por otra parte, el que puede lo más, puede lo menos.

Ridículo se verá el abogado defensor que honestamente ha llegado a la conclusión de responsabilidad y tan solo desea un atenuante, porque olímpicamente podrá volver la espalda a los jurados, para dirigirse al único que puede resolver su problema cuando desee tan solo el reconocimiento de un atenuante; el juez de derecho.

Pero es más, al responder el jurado a responsabilidad total, con un SI o un NO podremos en veces presenciar el espectáculo aterrador de un enajenado total, con camisa de fuerza, incapaz de entender lo que se debate públicamente a su alrededor, constituyéndose en este caso sí, el indigno espectáculo circense de una audiencia pública, la que debería ser el auténtico mensajero de la discusión, se encuentra ausente en el mundo de su locura, y aquí sí que acudirán los abogados a echar mano de los conceptos de sugestión patológica y de alteraciones mentales, para mezclarlos con otros, para exponerlos como causales de inculpabilidad, abriéndose una brecha para una nueva causal de morosidad, de nulidades de dilaciones.