

EXAMEN DEL ARTICULO 29 DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Este Artículo es violatorio de buena parte de los principios que rectoran el procedimiento penal, no solamente en nuestro país, sino en la mayoría de los países democráticos del mundo. Específicamente se desconocen los siguientes :

- 01. **DEBIDO PROCESO.** La simple sindicación como presupuesto exclusivo de condena, es violatoria del debido proceso, habida cuenta que universalmente se ha aceptado, en los regímenes Democráticos. La formación de un proceso, estructurado, en términos generales, en función de tres etapas, la instrucción (sumario), el juicio - (causa) y la ejecución de la sentencia (cumplimiento de la pena), a través de las cuales deben satisfacerse unas determinadas formalidades y unas específicas condiciones de tipo probatorio, encaminadas a demostrar, mediante el empleo de normas claras y precisas la transgresión del derecho penal sustancial. Si la mera inculpación resulta idónea para condenar, sobran dichas etapas y, desde luego, la satisfacción de los preceptos legales que las regulan. Basta, por lo tanto, la fundada o infundada afirmación de un tercero, en el sentido de haberse incurrido en tortura o desaparición forzada, para imponerse la pena de destitución, con las consecuencias morales, psicológicas y sociales, que la misma trascendencia del cargo y su condena conllevan. Si primero condenamos y después investigamos, estaremos dando rienda suelta a la inequidad y a la injusticia. Por lo demás, se trastocaría, en forma ilógica e injurídica, el orden de los factores en el proceso criminal, - produciéndose, por consiguiente, una verdadera reducción al absurdo : condenar para luego investigar, entronización, por lo tanto, de un derecho penal absurdo y barbaro, afortunadamente ya superado con el advenimiento de un derecho penal culpabilista y con la definitiva proscripción de la responsabilidad meramente objetiva.

De otra parte la norma desconoce los mismos fueros consagrados aun constitucionalmente, como el Fuero Militar, de tal suerte que así mismo por ésta via se desconoce el DEBIDO PROCESO, Teniendo en cuenta que los juzgamientos forales comportan la utilización de normas, jueces y procedimientos especiales, en orden a salvaguardar antes que a las personas individualmente consideradas, la función, el cargo y la investidura de una institución importante para la plena vigencia del Estado de derecho. De otra parte, no solamente se trata de desconocer el Fuero Militar, toda vez que los militares y policiales no son los únicos sujetos activos de ésta clase de reatos. Su calidad de tipos de sujeto activo indeterminado, posibilita su perpetración por cualquier persona y, dentro de tan amplia gama, por otros funcionarios del Estado provistos igualmente de fuero, verbigracia, el Presidente de la República, a título de autor material e intelectual. En éste evento, por ejemplo, el propio presidente resultaría "Investigado y Juzgado" (si pudiera emplearse apropiadamente estos terminos judiciales a la luz de la norma en cuestión) - por los jueces ordinarios, con el ostensible desconocimiento del fuero previsto para tal tipo de cargo y de investidura.

"Las frases "Formalidades legales, plenitud de formas" de que se vale la constitución al ordenar que toda restricción a la libertad del individuo impuesta por la autoridad a fuer de prevención o castigo debe sujetarse a " formalidades legales con plenitud de formas propias de cada juicio", no son expresiones que pueden entenderse en el sentido de que cualesquiera tramitaciones de procedimiento puedan contituir una garantía suficiente. No tienen ellas el sentido vago que les imprime su tenor literal, sino la acepción común que les presta el diccionario. Entraña en el concepto altísimo de libertad y seguridad individual, protegidos por la defensa; son una formula comprimida y breve de un principio cuyo origen se remonta a siglos lejanos, y cuya vida y crecimiento estan vinculados a sucesos memorables en la historia del mundo como ocurrio en Inglaterra con la Corte Magna (1.215), la petición de derechos

(1.628) y el Habeas Corpues (1.678)" .

02. **NADIE PODRA SER CONDENADO SIN HABER SIDO OIDO Y VENCIDO EN JUICIO**
La inobservancia del anterior principio comporta, como corolario, el desconocimiento de éste, hábida cuenta que si no han existido, propiamente, investigación ni juicio (con las formalidades que - el mismo derecho procesal exige), el sindicado, y propiamente **CON DENADO**, no ha tenido oportunidad de defenderse ni el Estado, a través de sus jueces, de corroborar o desvirtuar los fundamentos de la imputación. Que oportunidad de defensa puede tener quien, a expensas de una simple sindicación, es destituido de su cargo y sometido al escarnio público? . . . De operar éste novedoso - sistema judicial muchos serían los perjuicios no solamente para - los asociados y los funcionarios públicos, sino para el propio Es tado, el cual tendría que responder por los perjuicios causados a quienes demostrando lo contrario, desvirtuarán la sindicación, circunstancia que consecencialmente atentaría contra el patrimo nio de los contribuyentes colombianos. De consiguiente, resulta mucho más ventajoso para el Estado, sus funcionarios y asociados en general, la administración de una justicia al "derecho". El trueque de los factores, tal cual se ha planteado, origina, en con traste, una justicia al "reves" y, por lo tanto, el imperio de - la inequidad y la injusticia, derivado de la adopción de decisio- nes precipitadas, desprevistas de sustento probatorio.

03. **DERECHO DE DEFENSA.** Como corolario del desconocimiento de los - principios referenciados en los numerales 1. y 2. se produce la in observancia del derecho de defensa, en atención a que su recono- cimiento debe efectuarse desde que se inicia la actuación proce- sal, y aún antes, en el decurso de las diligencias preliminares. La circunstancia según la cual, formulada la incriminación se pro duce la condena (destitución del cargo), no deja oportunidad al- guna para el ejercicio del derecho a la defensa, transgresión que por su misma naturaleza, desconoce el derecho procesal como tota lidad, dada la importancia que para su recta aplicación a través

del proceso penal, tiene la presencia del abogado defensor. Sin su presencia, todo queda a merced de la buena o mala fé de los funcionarios judiciales, la anomia, la morosidad, el cúmulo de expedientes, etc; que pueden conspirar contra la diligente y recta tramitación de las actuaciones procesales. El simple hecho de reconocer el mencionado derecho en la etapa del juicio, máxime cuando ya se hubiere proferido sentencia condenatoria (la destitución del cargo), no implica que no sea desconocido, toda vez que la defensa, para que sea eficaz, debe empezar a actuar desde la iniciación misma de las diligencias penales. Cualquier dilación en ejercicio tan importante, puede resultar definitivo al concluir el respectivo proceso.

04. **PRINCIPIO DE LEALTAD.** No resulta leal para con un servidor público el condenarlo, *primaefacie*, sin posibilidades de defensa y sin el cumplimiento de las formalidades propias de cada juicio, máxime teniendo en cuenta que se trata de procedimientos y juzgamientos forales, dotados de especialísimas formalidades y ritualidades procesales. Esta situación implica, por lo tanto, un claro desconocimiento del principio de lealtad procesal, dada la inequitativa participación, si se puede llamar tal, de la defensa en el decurso de la actuación sumarial. Esta situación atenta, coetaneamente, contra el principio de la igualdad ante la Ley, puesto que resulta francamente desproporcionado el tratamiento que se dispensa al resto de asociados, - aún respecto de quienes cometen delitos bárbaros y atroces, no sujetos a condenas apriorísticas ni al desconocimiento de su derecho a la defensa.

Justamente por ésta razón el principio de lealtad ha sido considerado como "la columna dorsal del proceso, saludable fórmula - restablecedora de ciertos principios éticos y de elegancia judicial que estaban desapareciendo paulatinamente del discurrir ju-

ridico-penal y que venian dejando un amargo sabor de desprotección e inequidad en el tratamiento de alguna de las partes. De ésta manera se armoniza el contenido del artículo 80. del Código Penal en lo concerniente a la igualdad de los ciudadanos frente a la Ley, como quiera que igualdad y lealtad son términos sinónimos, jurídicamente hablando, pues coloca a todas las personas que intervienen en el proceso penal en un plano de equidad para hacer valer sus derechos"

- 05. **PRESUNCION DE INOCENCIA.** Uno de los principios que resulta más claramente vulnerado en la norma examinada es el relacionado con la "presunción de inocencia", toda vez que se consagra justamente el principio contrario, la presunción de culpabilidad, incluso en forma radical, hasta el punto de disponer la condena del inculcado con la simple sindicación. Dicho en otros términos, con este precepto tendríamos que concluir que "toda persona a quien se atribuya tortura o desaparición forzada se presume culpable mientras no se declare legalmente su responsabilidad en sentencia ejecutoriada". con el agravante de que al condenar a priori (destitución del cargo), ya de suyo destruye la presunción para dar por sentado que la persona ha delinquido y, por consiguiente, debe responder penalmente, obviamente en los términos de una responsabilidad objetiva. "La Ley que sanciona el delito se aplica en la sentencia. A ella se llega a través de la actividad procesal; antes de la sentencia, entonces, no puede pretenderse aplicar los fines de control social propios del derecho penal. Luego el trámite procesal, camino para llegar a la verdad que se declara en el fallo, estara siempre cimentado en la duda y su presupuesto no es otro que la probabilidad futura de culpabilidad".

- 06. **PRINCIPIO DE CONTRADICCION.** El texto cuestionado lo es igualmente porque pone en entredicho el principio de contradicción, teniendo en cuenta que edificada la condena (destitución del cargo) sobre la ex-

clusiva base de la sindicación, no existe oportunidad alguna para controvertir la prueba ni aportar la pertinente para desvirtuarla, de tal suerte que la destitución del cargo resulta inexorable. Si alguna contradicción se presenta, ella sólo será posible en la etapa del juicio y una vez producida la destitución, en forma tal que siendo aposteriorísticas las posibilidades de defensa y cuestionamiento de la prueba, la condena impuesta a priori (destitución del cargo), resulta francamente inequitativa y arbitraria.

Este principio resulta vital a través del proceso, hasta el punto de constituirse en uno de los más importantes aportes del derecho procesal. Sobre éste particular ha sostenido la Honorable Corte Suprema de Justicia que "entre los principios elaborados por las ciencias procesales está, como cuestión central, el de la contradicción de la prueba, requisito básico para admitirla y reconocerle poder de convicción. Las personas contra quienes milita un elemento probatorio de cualquier naturaleza que sea, máxime el pericial, debe enterarse de la forma como se produce y como se vincula al proceso, a fin de que tenga oportunidad de analizarla y aún de presentar demostraciones opuestas, principio que niega la reserva propia de otras épocas y que contribuye a garantizar eficazmente el derecho de defensa. De ahí que la legislación procesal establezca las exigencias de que se ha hecho merito, muchas de las cuales son comunes al procedimiento civil, y, en lo que concierne a la pericia, haga énfasis en el traslado; pues de él depende su aceptación y reconocimiento". (Casación penal, febrero 27 de 1.970).

07. **FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO.** No se cumple una de las finalidades del proceso penal, cual es la efectividad "de las garantías debidas a las personas que en él intervienen", toda vez que la norma analizada si algo garantiza, es que el sindicado no tenga mayores posibilidades de defensa y, aquella que es más grave, un proceso justo que culmine en condena o absolución. Y no tiene un proce-

so justo, porque sin actuación judicial alguna, como no sea la simple sindicación de un tercero, se profiere en su contra una condena (destitución del cargo), circunstancia que aunada a la imposibilidad de defensa y al desconocimiento del fuero, trae como consecuencia la consagración de un instituto abiertamente contrario a las finalidades del proceso penal, por lo - menos en punto a la consagración de garantías suficientes para el acriminado.

- 08. DOBLE INSTANCIA. La norma estudiada es así mismo violatoria del principio de las dos instancias, en la medida en que incluso, - sin mayor actuación en la primera, se produce la condena del sin dicado (destitución del cargo) sin consulta y sin apelación alguna a la segunda. Basta la mera inculpación, demostrada o no, para producir la destitución, de tal manera que, por lo menos en esta etapa, el inculpado queda a merced del juez instructor, sin que le pueda ser posible apelar una decisión que, constitucionalmente, no preve procedimiento adicional alguno para entender - que la firmeza de la decisión se encuentra diferida a una instan cia superior. Esta no deja de ser una inobservancia significativa, como quiera que " siempre se ha sostenido que la mejor garan tía procesal emana de la doble instancia, pues a través de ella - el superior tiene la oportunidad de corregir desaciertos del infe rior". (casación, Agosto 3 de 1.945, G.J.LIX, 489)..

"Precisamente es el Artículo 15 del Código de Procedimiento Penal la norma encargada de institucionalizar como norma general el - principio de la doble instancia en los procesos penales, por que tradicionalmente se ha considerado que a través de ellas la jurí dicción puede corregir los errores de forma o de fondo en que in curra el inferior. Y tanto es así que en la "Reformatio in pejus" prevista hoy por hoy en el artículo 538 del mismo Estatuto, se faculta al juez de segunda instancia, al desatar el recur so de apelación, para "decidir sin limitación alguna sobre la - providencia impugnada", introduciendole las modificaciones que a

derecho corresponden". (Tribunal Superior de Cali Sala Penal, -
EXP.105056,M.P.DR.MIGUEL A. TORRES CALERO, AGOSTO 29 de 1.988).

09. **RECOMENDACION.** Se recomienda el abstenerse de consagrar dicha norma, dada la flagrante violación de importantes principios generales del derecho penal y la alteración estructural del derecho penal culpabilista adoptado por la mayoría de las legislaciones del mundo.