

IT
73

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

SECRETARIA GENERAL

TRAMITE DE PROYECTOS

FECHA: *Marzo 8/91*

No. *106 (Ciento seis)*
AUTOR *Hernando Landona Jimenez*
TITULO PROYECTO *Principios y garantías fundamentales del sistema Penal.*
FECHA DE PRESENTACION *Marzo 8/91*
FECHA DE ENVIO A COMISION _____
FECHA DE PUBLICACION _____
PONENTE COMISION _____
FECHA APROBACION COMISION _____
FECHA PRESENTACION EN PLENARIA _____
PONENTE EN PLENARIA _____
PUBLICACION INFORME _____
APROBACION PLENARIA _____
PUBLICATION _____
ENVIO A RELATORIA _____

SECRETARIO GENERAL

PRINCIPIOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA PENAL

HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ

El ejercicio del poder punitivo del Estado (ius puniendi) debe estar orientado por dos pilares fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada. Con base en el primero se afirma que el Derecho Penal sólo debe actuar ante "ataques muy graves a los bienes jurídicos". Con el segundo se busca establecer controles que impidan la arbitrariedad y el exceso en la limitación de derechos reconocidos constitucionalmente. Es decir, que en ningún caso se pueden sacrificar las garantías mínimas del ciudadano, so pretexto de librar una lucha contra el delito. El fin no justifica los medios.

Nuestra propuesta apunta al establecimiento de barreras infranqueables en la Carta, que impidan la creación de políticas penales autoritarias. Somos defensores de un Derecho Penal democrático que gire en torno al acto y no al autor. Consideramos que en la Constitución Nacional deben consagrarse unos límites de hierro a las tentativas totalitarias. Es nuestro deber proscribir para siempre el terrorismo penal que ha ejercido el Estado colombiano a través de los estados de excepción.

Partiendo de la anterior postura filosófica, los límites constitucionales que se impondrían a la elaboración dogmática del Hecho Punible y de la Política Criminal del Estado, serían los siguientes:

1. Principio de tipicidad. Desde la Revolución Francesa se instauró definitivamente en la cultura jurídica contemporánea, el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Nadie puede ser juzgado por conductas que no estén previamente definidas en la ley como delito. Principio que actualmente consagra el artículo 26 de la Carta. No obstante, nos parece conveniente introducir en el texto el principio de tipicidad, según el cual la ley debe definir en forma inequívoca la conducta punible. Con esto pretendemos evitar que el legislador consagre cláusulas generales, sin contornos precisos y definidos. El ciudadano tiene derecho a distinguir con absoluta claridad, cuáles son los comportamientos prohibidos y cuáles los permitidos.
2. Principio de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad. Los Estados totalitarios del presente siglo, se han

caracterizado en materia de Derecho Penal, por borrar la concepción democrática del bien jurídico y de proporcionalidad entre la gravedad del acto y la sanción. El concepto de bien jurídico fue suprimido por el Nacional-Socialismo Alemán, a fin de conseguir un instrumento poderoso que le permitiera al Estado defender sus propias concepciones éticas, sancionando conductas que no comprometían la estabilidad social. Comportamientos inócuos o de daño insignificante.

La desproporción entre la gravedad del acto y la sanción, ha sido una de las constantes de nuestra legislación de Estado de Sitio. A conductas de poca lesividad social se imponen penas exorbitantes y se equiparan a nivel punitivo comportamientos que no representan la misma lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Con esta política el Estado no pretende evitar el delito (prevención general). La única finalidad es hacerle creer al ciudadano que está protegido por él, que debe sentirse seguro porque ejerce la soberanía y el control social.

Hay que darle consagración Constitucional al principio del bien jurídico, para evitar la injerencia del Estado en campos que no trascienden la órbita estrictamente individual, para evitar la sanción de los llamados estados peligrosos (Derecho Penal de autor) y de todas aquellas conductas que por inócuas o insignificantes no comprometen valores fundamentales de la sociedad.

En síntesis, hay que impedir que el Derecho Penal se utilice para disfrazar los fracasos del Estado en la solución de los conflictos sociales. En vez de la función simbólica que actualmente cumple (crear una aparente seguridad ciudadana) la Política Criminal debe orientarse hacia sus verdaderos fines: la reinserción del imputado a la vida en comunidad

3. Limitaciones a la libertad personal y derecho a la intimidad.

Actualmente existe la tendencia de abrirle cada vez más espacios al Ejecutivo en la Administración de Justicia, expandiendo los poderes de los funcionarios administrativos, como los organismos de Policía Judicial. Nuestra propuesta apunta a cerrarle camino a esta tendencia. Por esta razón, proponemos que salvo los casos de flagrante delito, la privación de la libertad y la violación de la intimidad personal (domicilio y comunicaciones privadas), sólo estén a cargo de autoridades con función jurisdiccional. En este punto, modificamos el actual artículo 23 de la Carta que se refiere a

"mandamiento escrito de autoridad competente". Nos parece que esta cláusula es muy general, porque la determinación del funcionario competente se deja a la ley. Es decir, queda abierto el mecanismo que le permite al legislativo o al ejecutivo, administrativizar la justicia colombiana. Dada la trascendencia de la facultad que se le da al Estado para privar de la libertad a una persona, allanar su domicilio o interceptar comunicaciones, creemos conveniente que la misma Carta fundamental establezca los límites de esta potestad (autoridad con función jurisdiccional).

Siguiendo los parámetros del Pacto Internacional de Derechos y Garantías Civiles, suscrito por Colombia en el marco de las Naciones Unidas e incorporado a nuestra legislación a través de la Ley 74 de 1968, consagramos el principio del favor libertatis, según el cual todos los instrumentos procesales deben estar instituidos para obtener la restitución rápida de la libertad personal. La libertad personal debe protegerse al máximo dentro del proceso penal, y por esta razón, debe restringirse excepcionalmente, de acuerdo a la gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

4. Habeas Corpus. Tradicionalmente se ha entendido que el Habeas Corpus es un mecanismo de control difuso de constitucionalidad, un instrumento legal para restablecer la libertad de locomoción de aquellas personas que han sido aprehendidas con violación de garantías constitucionales o legales. Con base en esta concepción, la mayoría de las legislaciones estructuran el amparo jurisdiccional sobre una hipótesis: la privación efectiva de la libertad. En estos casos se habla del Habeas Corpus reparador. No obstante, se abre camino en la consciencia jurídica contemporánea la aceptación de otras dos modalidades significativas: El Habeas Corpus preventivo y el Habeas Corpus correctivo. En estos casos, la finalidad del amparo no es devolverle la libertad al imputado. Es impedir quebrantos futuros o el abuso del derecho en las condiciones de reclusión.

En el Habeas Corpus preventivo no se presenta una efectiva privación de la libertad, pero es inminente el acto arbitrario. Pensemos, por ejemplo, que un juez penal militar expida orden de captura contra un civil o un funcionario que no ejerza función jurisdiccional, contra cualquier ciudadano de la República. En estas hipótesis, si se ha dado principio de ejecución al agravio, no es necesario esperar la materialización de la orden, para invocar el Habeas Corpus.

En el Habeas Corpus correctivo, la aprehensión se ha producido con acatamiento de los mandatos constitucionales o legales. Ab initio es irreprochable la actuación de la autoridad. No obstante, se presenta una "agravación ilegítima de las formas y condiciones en que se cumple la privación de la libertad". Esta modalidad se presentaría, cuando se recluye a alguien en lugar prohibido por la ley. Por ejemplo, que un funcionario judicial se interne en una cárcel común o un imputable en un establecimiento psiquiátrico.

Nuestra propuesta sigue la tradición Anglosajona, en el sentido de limitar el Habeas Corpus a la tutela de la libertad de locomoción. Excluimos la protección de otros derechos como la libertad religiosa, la libertad de prensa, la libertad de enseñanza, porque estas manifestaciones del derecho a la libertad deben tutelarse a través de otros mecanismos, como el recurso de amparo.

Las características generales de la acción pública, serían las siguientes:

- a) El Habeas Corpus se define como una acción sui generis de Derecho Público. No le damos la categoría de recurso contra los actos indebidos de cualquier autoridad, para señalar que el funcionario que lo tramita sólo puede ocuparse de los presupuestos extrínsecos del acto, sin que pueda cuestionar los presupuestos intrínsecos del mismo, vinculados con la valoración probatoria del hecho punible.
- b) La institución del Habeas Corpus, legendaria en su historia, nació para proteger a los ciudadanos de los abusos del poder. Es una de las principales herramientas consagradas en el ordenamiento jurídico para defender el Estado de Derecho. Es su verdadero sentido y por ende tiene que amoldarse a las necesidades de nuestra época. A la coyuntura que vivimos. Defender los poderes del funcionario que conoce del Habeas Corpus, es luchar por la democracia.

Por las razones anteriores, se extiende la tutela a casos en que la persona no está privada de la libertad, pero es inminente el acto ilegal. Sería un absurdo sostener que el Habeas Corpus sólo es procedente cuando la actuación se ha consumado y no cuando se trata de evitarla. Recordemos que ya con la inminencia del acto arbitrario se está poniendo en peligro la

78

libertad personal y las autoridades de la República están instituidas para proteger a la personas contra toda actividad que les ocasione daño. Con base en estos postulados, el funcionario que conoce del Habeas Corpus puede ordenar la cancelación de una orden de captura expedida con violación de las garantías constitucionales, aunque la misma no se hubiere hecho efectiva.

- c) Se mantiene nuestra tradición jurídica, al elevar a cánón constitucional las dos formas que reconoce actualmente nuestro ordenamiento: captura con violación de las garantías constitucionales o legales y prolongación ilícita de la privación de la libertad. Como lo ha expresado en diversas oportunidades la Corte Suprema de Justicia, se trata de situaciones diversas. En la primera, la captura es ilícita ab-initio, porque se produce con desconocimiento de garantías fundamentales consagradas en la Carta. En la segunda, la captura es lícita ab-initio, porque se efectúa de acuerdo a las disposiciones constitucionales. Lo que acontece es que el funcionario la extiende indebidamente.
- d) Siguiendo la recomendación de los organismos internacionales que protegen los derechos humanos, se consagra un procedimiento que se caracteriza por ser breve y sumario, y se impide la proliferación de trámites dilatorios que hacen nugatorias las garantías de libertad.
5. Formas propias del juicio. El actual artículo 26 de la Carta, consagra el derecho que tiene todo ciudadano a ser juzgado "...ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio..." Nuestra propuesta mantiene el principio enunciado, complementándolo con las categorías que la doctrina y la jurisprudencia universal han considerado indispensables en todo proceso democrático. Pensemos que la Carta debe señalar unos derroteros claros sobre lo que deben ser las estructuras procesales, con el fin de evitar las investigaciones secretas, la convalidación de pruebas obtenidas con violación de las garantías constitucionales o legales, la indeterminación y anfibología en la formulación de cargos y, la negación del derecho material. En síntesis, consagrar el principio de legalidad procesal, para que la lucha contra el delito y todas las investigaciones judiciales y administrativas se encaucen dentro del Estado de Derecho.

En esta norma, es importante resaltar los siguientes aspectos:

- a) Establece que "La ley regulará con claridad las formas procesales". Queremos trasladar al proceso el mismo principio que debe orientar la tipificación de conductas, es decir, el llamado principio de determinación, según el cual, la ley definirá inequívocamente el hecho punible. Consideramos que todo ciudadano tiene derecho a saber con absoluta claridad y precisión, cuáles son las formas que rigen su investigación y juzgamiento. Con esta cláusula, podrían declararse inconstitucionales muchos de los procedimientos que ha elaborado el ejecutivo con base en el Estado de Sitio, caracterizados en gran parte por su incoherencia y ambigüedad.
- b) Se consagran como formas propias del juicio, el "juzgamiento sin dilaciones indebidas" y la "inexistencia de pruebas obtenidas ilícitamente". El primero de estos principios está consagrado en el artículo 14-3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York, incorporado a nuestra legislación mediante la Ley 74 de 1968. Con él se quiere garantizar que el Estado se pronuncie sobre las controversias jurídicas, dentro de un plazo razonable. Es el derecho a obtener una respuesta pronta dentro de cualquier proceso (penal, civil, administrativo, etc.) y que no queden sin definición las pretensiones sometidas a consideración de jueces y funcionarios.

Como el Estado no puede beneficiarse con la comisión de conductas ilícitas, no deben tener ningún valor las pruebas obtenidas con violación de garantías constitucionales o legales (v.gr. la tortura, interceptaciones y allanamientos ilegales). Al señalar la Constitución que son inexistentes las pruebas obtenidas ilícitamente, se rechazan aquellas posturas jurídicas según las cuales, la prueba tendría valor, y la única consecuencia sería la de investigar los delitos cometidos.

- c) El principio del juez natural, según el cual todos tienen derecho a ser juzgados por los jueces ordinarios, previamente establecido en la ley. Se prohíbe de esta manera el juzgamiento por jueces y tribunales de excepción que tanto han abundado en las dictaduras y en los regímenes de Estado de Sitio. Tribunales que en muchos países de América Latina han dependido del Poder Ejecutivo, lesionando de esta manera la imparcialidad e independencia que debe caracterizar la función jurisdiccional.

6. Derecho a la defensa. Con este artículo queremos clausurar definitivamente aquellas concepciones antidemocráticas, que consideran que el derecho a la defensa puede limitarse en algunas etapas del proceso. En nuestra opinión, no puede existir ningún momento de la actuación (investigación o juzgamiento) en que se restrinja la defensa. La defensa ha de ser unitaria y continua y en cada una de las etapas de la actuación deben intervenir en absoluto pie de igualdad los sujetos procesales.

Algunos sectores han considerado que el derecho a la defensa no debe mirarse integralmente, es decir, que puede ocurrir que en algunas etapas del proceso se restrinja la garantía defensiva, si la ley ofrece otras oportunidades para que el imputado controvierta a plenitud la imputación que se le formula. Posición que fue sostenida en alguna época por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por el legislador colombiano (Decreto extraordinario número 181 de 1981) y por el ejecutivo a través del Estado de Sitio.

La anterior posición nos parece política y filosóficamente insostenible, porque está inspirada en el absolutismo y en la inquisición del medioevo. La aceptación de este principio conduce en la práctica a la negación total del derecho a la defensa, debido a la trascendencia (hipertrofia) que tiene la etapa instructiva al momento de proferirse el fallo correspondiente.

Por las razones anteriores, es indispensable elevar a rango constitucional el siguiente principio: "Se garantiza el derecho a la defensa, durante toda la investigación y el juzgamiento".

El articulado que a continuación proponemos, contiene una reestructuración del artículo 15 del Proyecto de Acto Reformatorio que presentamos el 19 de febrero de 1991, conjuntamente con el delegatario Juan Gómez Martínez. Además de los principios y garantías expuestos, hay otros que deben elevarse a rango constitucional. No los hemos incluido en el actual articulado, porque ya han sido presentados en otros proyectos. Nos hemos limitado a los principios que explícitamente no han sido tratados en las demás propuestas.

ARTICULADO

Artículo. Principios mínimos de Derecho Penal.

1. Nadie podrá ser condenado, por conducta que no esté previa e

inequívocamente tipificada en la ley, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

2. La ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
3. Se proscribe toda forma de responsabilidad objetiva.
4. Las penas privativas de la libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social del condenado, y guardarán proporción con la gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. No habrá pena de muerte, prisión perpetua, prisión por obligaciones civiles, penas imprescriptibles, ni tratos crueles, degradantes o inhumanos.
5. Se prohíbe la extradición de colombianos.

Los anteriores principios se extenderán a todos los casos en que el Estado ejerza la facultad sancionatoria.

Artículo. Libertad personal. Inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones.

1. Nadie podrá ser aprehendido, ni su domicilio registrado, ni sus comunicaciones interceptadas, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad con función jurisdiccional, previo cumplimiento de las formalidades legales y por motivos expresamente señalados en la ley. La detención preventiva será excepcional durante el proceso.
2. El infractor sorprendido en flagrante hecho punible, podrá ser aprehendido por cualquier persona y será llevado inmediatamente ante autoridad con función jurisdiccional.

Artículo. Habeas Corpus. El Habeas Corpus es una acción pública que tutela la libertad personal, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando alguien es capturado con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilícitamente la privación de su libertad;
2. Cuando alguien es recluso en establecimiento no adecuado a su condición jurídica;
3. Cuando sea inminente un acto que tienda a restringirla con violación de las garantías constitucionales o legales, y

4. En las demás situaciones previstas en la ley.

Artículo. Lineamientos básicos de la acción pública. En los casos señalados, en el artículo anterior, toda persona tiene derecho a las siguientes garantías:

1. A acudir ante cualquier funcionario que administre justicia, del mismo lugar o del más cercano al sitio donde se produjo el acto ilegal, para que decida a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, si decreta la libertad, invalida el acto que tiende a restringirla o modifica las condiciones de reclusión.
2. A que la acción pueda ser invocada por terceros en su nombre, sin necesidad de mandato alguno.


Artículo. Formas propias del juicio.- Juez natural.

Nadie podrá ser juzgado sin observancia de las formas sustanciales del debido proceso, dentro de las cuales se incluirán como garantías mínimas los principios de publicidad, contradicción, precisión en la imputación de cargos, motivación e impugnación de las providencias que decidan asuntos fundamentales, juzgamiento sin dilaciones indebidas, correlación entre acusación y sentencia, inexistencia de pruebas obtenidas ilícitamente y efectividad del derecho material. La ley regulará con claridad las formas procesales.

Se prohíben los funcionarios, jueces y tribunales de excepción, y nadie podrá ser sustraído de su juez natural.

Artículo. Derecho de Defensa.

1. Se garantiza el derecho a la defensa, durante toda la investigación y el juzgamiento.
2. Las personas privadas de la libertad no podrán ser incomunicadas y tendrán derecho a entrevistarse con un abogado desde el momento de la captura.
3. Toda persona de escasos recursos económicos, tiene derecho a ser asistido por un defensor público remunerado por el Estado.


HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ

CONSTITUYENTE