COMENTARIOS AL PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO 320 DE 2021 "POR MEDIO DEL CUAL SE REFORMA LA JUSTICIA".

Honorables Representantes:

En mi condición de ex servidor público, abogado litigante y docente universitario, me permito presentar a su consideración algunas observaciones en relación con el contenido del Proyecto de Acto Legislativo que pretende introducir algunas modificaciones a la Carta Política con relación a la Administración de Justicia, así como sugerir algunos puntos nuevos que vale la pena discutir para corregir algunos problemas jurídicos que deben ser solucionados respecto de la justicia penal y que requieren de una reforma al texto constitucional.

1. Reforma al artículo 231 de la Constitución Política.

Resulta acertada la propuesta de eliminar el sistema de listas elaboradas por el Consejo Superior de la Judicatura, como paso previo en el proceso de elección respecto de los miembros de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Se trata de un procedimiento que ha impedido que personas que reúnen condiciones de idoneidad y experiencia accedan a las Altas Cortes, puesto que los criterios de selección para la inclusión en lista no están reglados en la Constitución, lo cual impone la subjetividad en la conformación de la lista y desconoce el principio democrático de acceso a la función pública judicial, al tiempo que limita la posibilidad de que personas con preparación suficiente puedan acceder a la misma.

El sistema de concurso, reglado en la ley y en los reglamentos de cada Corporación, garantiza que a través de la convocatoria pública se amplíe considerablemente el abanico de aspirantes a ejercer las altas dignidades en la administración de justicia y contribuye al mejoramiento de la calidad y acierto de las decisiones que adoptan las Cortes; también acelera los procesos de selección al hacerlos depender de una única Corporación. Quizás valdría la pena considerar que en el sistema de elección, las decisiones sobre el nombramiento de pares se adopten por mayoría simple y así evitar el desgaste en el que se ha incurrido en distintos procesos de elección de Magistrados por la dificultad de obtener mayorías calificadas o adoptar un sistema de concurso en el que no haya elección sino depuración.

1. Reforma al artículo 254 de la Constitución Política.

Se trata de un ajuste necesario en aras de satisfacer el criterio de proporcionalidad en la representación de las distintas esferas que componen la jurisdicción ordinaria y lo que parecería ser una simple modificación

formal a la denominación de sus integrantes, al denominarlos Consejeros, contiene un trasfondo y envía un mensaje importante que permite un desarrollo legal adecuado y consecuente con las funciones que cumple dicho órgano y que en su gran mayoría son gerenciales, financieras y administrativas y no judiciales. No se puede confundir la naturaleza y atribuciones propias de la función judicial del órgano con su pertenencia a la rama jurisdiccional del poder público. La primera responde a la necesidad de asegurar imparcialidad en las decisiones que se adoptan, mientras que la segunda apunta a la independencia y autonomía de sus integrantes respecto de las otras ramas del poder público.

1. Modificación al artículo 255 de la Constitución Política.

La propuesta es consecuente con la intención el fortalecer el perfil gerencial, administrativo y financiero de los integrantes del Consejo, en tanto las funciones más importantes que entre otras cosas justificaron su creación en el año 1991, son de esa índole y no judicial.

No obstante, parece que la iniciativa se queda un poco corta debido a que el mismo criterio debería aplicarse a la cabeza de los organismos que cumplen funciones de control en la arquitectura institucional colombiana, órganos en donde debe primar la idoneidad y experiencia profesional en la gestión pública sobre la experiencia en la profesión del derecho. Las fallas por las que se recrimina en ocasiones a un alto funcionario no están relacionadas con sus capacidades como abogado sino que frecuentemente apuntan a los yerros en la dirección administrativa y capacidad de gestión al interior del organismo. Por esta razón, la ampliación del catálogo de profesiones con las que se habilita a la persona para ejercer el cargo debería aplicarse también al Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo y Registrador Nacional del Estado Civil, puesto que allí prima el perfil gerencial como cabeza de la entidad, sobre la preparación jurídica, la cual se puede suplir mediante una buena selección de funcionarios con calidades de abogado en las oficinas que tienen a cargo funciones que exigen conocimientos en derecho, así como con el acompañamiento de la gestión a través de Comisiones Asesoras encargadas de formular recomendaciones en relación con las políticas públicas que en el marco de las atribuciones conferidas a cada entidad, exijan conocimientos jurídicos.

1. Otras modificaciones necesarias y urgentes en el ámbito de la justicia penal.

A. Sistema integral de fueros constitucionales.

Mucho se ha debatido en torno a la importancia de preservar el sistema de fueros en la Constitución para asegurar la estabilidad propia de la función que cumplen los

Altos Dignatarios, así como la garantía de juzgamiento en manos de pares para evitar el cobro de facturas políticas con disfraz judicial como retaliación por el ejercicio de la función.

En ese orden de ideas, el sistema de fueros constitucionales acogido por el Constituyente en 1991 fue caprichoso al otorgar a unos un fuero híbrido de naturaleza mixta, política y judicial, mientras que a otros se les otorgó un fuero estrictamente judicial, cuando se trata de funcionarios que están en un mismo escalón institucional y se encuentran en el mismo grado de vulnerabilidad, respecto de la función, que otros funcionarios que si tienen el fuero mixto. Adicionalmente, se trata de órganos trascendentales que por razón de sus funciones son esenciales en el mantenimiento del equilibrio de los poderes públicos y en el sistema de pesos y contrapesos propio del estado constitucional, social y de derecho. Por tal razón, conviene unificar el sistema de fueros para altos dignatarios y dar el mismo tratamiento a los mismos, radicando la competencia del juicio político de todos ellos (Procurador General, Fiscal General, Contralor General, Magistrados de Altas Cortes, Presidente de la República y Vicepresidente, Consejeros de la Comisión de Disciplina Judicial, Defensor del Pueblo y Registrador Nacional), en cabeza de la Cámara de representantes y Senado de la República, conforme al régimen de competencias establecido en los artículos 174 y 235 de la Carta Política, respecto de la investigación y acusación, y en la Corte Suprema de Justicia, respecto del juzgamiento penal.

B. Un Sistema Procesal Penal Único en Colombia. Derogatoria del Sistema Inquisitivo.

Transcurridos más de 15 años de la entrada en vigencia del sistema acusatorio en Colombia es momento de finiquitar el régimen de transición entre los dos sistemas procesales, el inquisitivo y el acusatorio.

Si bien es cierto el constituyente autorizó la creación de un régimen de transición que permitiera la implantación gradual del sistema acusatorio para evitar los traumatismos que se hubiesen derivado de una entrada en vigencia intempestiva del nuevo régimen, también es cierto que el tiempo transcurrido ya le ha permitido a la Fiscalía depurar en buena medida la carga procesal antigua, esto es, a la que se continúa aplicando el régimen de la ley 600 de 2000, sin que resulte hoy necesario mantener la coexistencia de sistemas procesales, la cual en un juicio de ponderación, a la fecha, produce más dificultades que lo que aporta en términos de política criminal.

En efecto hoy resulta fácil la adaptación de los antiguos procesos al sistema acusatorio, dejando en claro que deben continuar su trámite en el estado en que se encuentren y en la etapa procesal correspondiente, buscando la equivalencia de actuación procesal en los dos sistemas, sin que ello implique el reinicio del proceso sino su continuidad.

Por otra parte, se terminaría la odiosa y discriminatoria aplicación de sistemas distintos al grupo de aforados que investiga y juzga la Corte Suprema de Justicia, es decir Senadores y Representantes, a los cuales no existe una razón válida para continuar aplicándoles un sistema procesal distinto, menos garantista y reemplazado por demás, por voluntad del propio constituyente hace ya década y media.

Lo anterior permite superar varios problemas que se derivan del hecho de la necesidad de adaptar la organización y funcionamiento de la Fiscalía a dos sistemas procesales coexistentes. Tener que mantener la existencia de fiscales de segunda instancia, la atribución de competencias al interior de la fiscalía conforme al régimen de competencia de los jueces, implica enormes dificultades, puesto que la organización de la entidad exige dos modelos de gestión distintos (régimen de remuneración de funcionarios, sistemas de evaluación, coordinación de actividades entre fiscales y funcionarios de policía judicial, etc), lo cual al final produce desgaste institucional, mayor gasto de recurso humano y financiero y menor impacto en términos de productividad.

Por esta razón, se propone derogar la ley 600 de 2000 y adoptar un único sistema procesal en Colombia, de tendencia acusatoria, con las previsiones necesarias para que el mismo se aplique también al interior de la Corte Suprema de Justicia, tal y como ocurre con respecto al otro grupo de aforados constitucionales que investiga y acusa el Fiscal General de la Nación a través de sus delegados ante la Corte para ser juzgados por esta última a través de la Sala de Primera Instancia, los cuales, ya son procesados conforme al régimen de la ley 906 de 2004.

C. Conciliación entre el derecho a la doble conformidad, el sistema acusatorio y la garantía de plazo razonable.

Una de las grandes conquistas del sistema procesal pena en Colombia es el reconocimiento que a partir del año 2014 se hizo por parte del Estado colombiano del derecho a apelar la sentencia condenatoria sin excepción y a la garantía de doble conformidad.

No obstante lo anterior, recordemos que dicho reconocimiento se dio a partir de un pronunciamiento de la Corte Constitucional en sede de control constitucional, aplicando el control de convencionalidad, sin que se haya adaptado y conciliado esta figura con el régimen procesal vigente. Solamente se solucionó el problema de la necesidad de garantizar la existencia de dos instancias al interior de la Corte Suprema de Justicia, a través de la creación de las Salas de Instruccion y Primera instancia en la reforma del año 2018, pero restan varios problemas jurídicos por solucionar, los cuales requieren reforma constitucional. Algunos de esos problemas son los siguientes:

- la doble conformidad debe operar oficiosa y automáticamente o está sujeta a ruego, es decir a instancias del condenado;

- los distintos escenarios que surgen de las posibilidades de revocar una absolución abren la posibilidad de distintas revisiones en las instancias posteriores al fallo, las cuales privilegian las decisiones de segunda instancia y de doble conformidad sobre el juicio de primera instancia, lo cual en ultimas implica un sacrificio de los principios propios del sistema acusatorio para sobreponer una decisión de corte inquisitivo.
- La existencia de tantas instancias posteriores al fallo genera una duración excesiva del proceso penal que pone en peligro el cumplimiento de las finalidades de la pena y la garantía del plazo razonable.

Los problemas anteriores plantean la necesidad de revisar no solo la naturaleza jurídica de la doble conformidad sino los mecanismos para asegurar su vigencia sin sacrificar otras garantías igualmente importantes para el procesado, vgr, restringir la apelación en los casos de sentencia absolutoria, establecer límites a la competencia del superior en sede de apelación referidos a la valoración probatoria, precisar límites entre doble conformidad y recurso de casación, etc.

D. Descongestión de la Fiscalía. Regreso al Régimen de Contravenciones Penales.

La Fiscalía General de la Nación presenta unos índices de congestión muy altos que afectan en alto grado la funcionalidad y eficiencia del sistema penal y propician la impunidad. Después de 30 años del cambio constitucional que suprimió la posibilidad de que autoridades de policía investigaran y juzgaran conductas que implicaran privación de la libertad acompañada de la exigencia de que en todo proceso penal, incluidas las antiguas contravenciones penales, deba intervenir la Fiscalía en la etapa de investigación, estamos en grado de comprender y entender que buena parte de la congestión del órgano de investigación y acusación obedece a esa transformación puesto que no está en grado de asumir el conocimiento de todas las conductas de relevancia penal. La mayoría de sistemas procesales en Occidente distinguen entre delitos entendidos como conductas que afectan en grado mayor los bienes jurídicos importantes de aquellas con menor incidencia social y menor gravedad para habilitar a otras autoridades para la investigación de esos hechos.

Así las cosas, la propuesta consiste en autorizar al legislador para crear un procedimiento contravencional corto, expedito, ante un juez, sin intervención de la Fiscalía General de la Nación.

D. Decisiones unánimes de cuerpos colegiados en materia penal y presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Quizás debido a la tradición inquisitiva en el sistema procesal colombiano, pacífica ha sido la discusión en torno a la forma como se adoptan las decisiones en el proceso penal por parte de los Tribunales y la Corte Suprema de Justicia, utilizándose en mismo sistema de mayorías que el que rige la adopción de decisiones de fondo y sobre todo, el fallo, en las distintas áreas de la jurisdicción

ordinaria, es decir en el ámbito civil, laboral, contencioso administrativo y constitucional.

Pero resulta que en materia penal, los estándares de prueba, el sistema probatorio y los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, exigen un detenido examen a las luces de la posibilidad de condenar a una persona a través de una decisión de mayoría de los integrantes de una Sala y no por unanimidad de sus miembros.

Se trata de un asunto que por una parte, deja dudas en la colectividad acerca del acierto de la decisión y por otra, desde la perspectiva del condenado, resta legitimidad a la decisión y desvanece la presunción de acierto sobre la misma, pues no satisface el estándar de convicción más allá de toda duda razonable, permitiendo en consecuencia condenar con amplio margen de duda acerca de la responsabilidad.

Así, si se compara la decisión unipersonal del juez con la decisión colegiada de mayoría que no es unánime, la fuerza de convicción es diferente y el estándar resulta más exigente en la primera que en la segunda, pues ello equivale en términos matemáticos a exigir un 100 % de convicción en el primer caso, mientras que en el segundo basta con un 67 %, equivalente a las 2/3 partes en el caso de un Tribunal o la Sala de Primera Instancia de la Corte, o incluso menor, en el caso de las Salas de Instrucción y Casación Penal del mismo Tribunal, donde bastaría con 4 votos de 6 para acusar o con 5 de 9 votos para condenar en segunda instancia.

Se propone en consecuencia, exigir unanimidad para la adopción de decisiones de fondo por parte de los cuerpos colegiados de la administración de justicia penal.

En los anteriores términos dejó a consideración de la Comisión el estudio de las anteriores propuestas con el ánimo de contribuir en el mejoramiento de la actividad propia de la administración de justicia, consciente de que es apenas un primer paso en las reformas que requiere la arquitectura constitucional de esa rama del poder público y por lo tanto seguramente se requiere de reformas adicionales que soluciones los problemas de manera omnicomprensiva e integral.

Atentamente,

Darío Bazzani Montoya
Bazzani Montoya Abogados