
LEALTAD COMO SUPREMO IMPERATIVO ETICO DEL PROCESO PENAL

Alvaro Vargas
Abogado. Profesor de Derecho Procesal Penal
Universidad Pontificia Bolivariana

La vida, esta vida parva que escribiera bellamente Porfirio Barba Jacob, no nos da sus mieles sino con cierto ritmo y en cierta proporción nos otorga, empero, a los simples mortales como yo, gozos espirituales tan exquisitos como, por ejemplo, éste que me brinda la posibilidad de conversar con tantos y tan queridos amigos colegas y discípulos en torno a los problemas siempre interesantes de las relaciones entre la ética y el proceso, sobre todo el proceso penal.

No es necesario ponderar la importancia de un tema como el que acabo de enunciar. Siempre ha sido y será importante esclarecer esas relaciones, esclarecer cómo funcionan los imperativos de la ética al interior, como suele decirse hoy, del proceso penal. Pero yo pienso y, más que eso, siento que en el momento presente, en la coyuntura, término también de hoy, que se vive actualmente en Colombia, la reflexión sobre la ética en el proceso penal adquiere para todo los juristas de bien una importancia superlativa. Por qué?. Porque en la vida colombiana ha venido vertiginosamente en los últimos años imponiéndose en todos los niveles, incluido por supuesto el de la administración de justicia y sobre todo el de la administración de justicia penal, la concepción ética de la filosofía utilitarista y pragmatista. Filosofía que postula en lo que diga con la ética, la bondad y, por ende, la sociabilidad y la perseguibilidad de cualquier resultado que se considere placentero, valioso o de alguna forma deseado. Y ha recuperado, pues, inusitada vigencia aquel apotegma que se le atribuye, no sé si con entera justicia, a Maquiavelo, según el cual el fin justifica los medios. Es en este ambiente permeable a esa concepción de la ética que se está desarrollando en el momento presente la Justicia penal en Colombia. Por eso cuando se me propuso participar en esta Jornada Universitaria dedicada a los problemas

de la ética, acepté con regocijo, porque quiero intentar demostrar ante ustedes una tesis. De ella me he valido para intitular esta conversación. Yo aspiro a demostrar que la lealtad constituye el supremo imperativo ético del proceso penal y específicamente del proceso penal colombiano. De ello derivará una serie de consecuencias que en su momento y lugar iremos haciendo explícitas ante ustedes.

Si se revisa un poquitico la historia, para rastrear en sus recursos cómo han sido las relaciones entre la ética o si se quiere la moral y el proceso, el analista puede aislar por lo menos unos tres momentos. Hay un primer momento: en ese primer momento las instituciones procesales, como toda la vida en comunidad, aparecen teñidas de religiosidad y por ende de moralidad. Por eso en el proceso antiguo proliferaba el juramento, por eso los propios juicios de Dios, por eso las gravísimas sanciones al perjurio. Hay una gran simbiosis entre lo uno y lo otro. Pero adviene, al cabo de milenios el pensamiento iluminista, que conlleva toda una concepción de la vida y de la política y el pensamiento iluminista postula entonces, la humanización, la desubicación de toda la vida en comunidad y postula entonces para los efectos jurídicos que nos interesan, esa clara, esa nítida, separación del derecho por un lado, moral por el otro. Y así como en el plano económico la concepción que conlleva es la del liberalismo individualista y así como en el plano del Estado, el mejor Estado es el que menos gobierna, así para esta concepción el mejor proceso es el que menos tiene que ver con la religión o con la moral. Y se concibe, pues, el proceso como un instrumento para la defensa o la satisfacción de los intereses individuales porque en la concepción del iluminismo el hombre, el ciudadano, es lo primero y está por encima de la colectividad. Por eso el proceso ha de servirle principalmente al ciudadano, al centro del Universo, para la defensa y tutela de sus intereses individuales. Y como es apenas natural, en aras de la defensa o tutela de esos intereses individuales en el proceso, todo, absolutamente todo, está permitido.

El proceso debe servir para tutelar los intereses individuales del sujeto y éste, en consecuencia, está facultado para utilizar cualquier recurso que le permita en el seno del proceso tutelar esos intereses. Y como el mejor gobierno es el que menos gobierna, el Estado, por conducto de los órganos jurisdiccionales, es apenas un espectador pasivo, es alguien que, como el Estado al que representa, se limita a dejar hacer.

A esta concepción subsigue la que podríamos llamar la concepción contemporánea. La concepción que, si bien, sigue considerando que lo primero es la persona natural como centro de atención jurídica, eso no significa que la persona natural está por encima de la colectividad. El Estado entra, pues, en lo económico, a dirigir la vida social y en lo político a establecer la necesidad

de colocar nuevamente a la comunidad en un plano distinto al de la mera subordinación frente al individuo, al que le asesinaba el pensamiento iluminista. Y esas ideas naturalmente se reflejan en la concepción del proceso. Es así entonces como el proceso, en desarrollo de la nueva idea de que la comunidad debe estar por encima del individuo, el proceso ya no se concibe entonces como un instrumento para la satisfacción de los derechos o intereses individuales sino como un instrumento para la realización del derecho objetivo.

Fíjense cómo se desplaza de manera aparentemente sutil el centro de gravedad en lo que mira con los fines del proceso. Pero no es que se desentienda el proceso de la satisfacción de interés individual; no. Simplemente se establece el verdadero orden de prioridades. Por eso, una vez una visión contemporánea y conglobante de los fines del proceso debe, por lo menos a mi juicio, debe postular que la finalidad, la verdadera finalidad o misión del proceso, es realizar el derecho objetivo en los casos concretos, tutelando por esa vía los derechos individuales, eliminando entonces, indirectamente, los conflictos intersubjetivos, restableciendo de contera la paz social y realizando, en la medida que el ordenamiento jurídico lo tolere, la justicia.

Ese giro en la concepción del proceso, giro que consiste en considerar que a toda la comunidad jurídicamente organizada la toca o la afecta de cerca la forma cómo se administre la justicia, conduce a que se retome la necesidad de reintroducir al proceso lo que podríamos denominar mínimo ético. Ya no volver a la confusión histórica y científicamente superada entre derecho y moral, proceso y ética, sino perseverando en la nítida diferenciación de los dos campos, introducir a la esfera del proceso unos parámetros éticos mínimos absolutamente irrebables.

Comienza entonces a generalizarse en la doctrina, en la jurisprudencia y en las legislaciones procesales contemporáneas, el recurrente uso de tres expresiones lingüísticas, mediante las cuales se postula la necesidad de que el proceso, y todos los recursos legales que él conlleva, sólo se utilicen para los fines lícitos en pro de los cuales han sido instituidos. Esas expresiones lingüísticas recurrentes de que se valen la ciencia y la legislación procesal, son bien conocidas de todos nosotros. Son las expresiones de lealtad, probidad y buena fe. Estas tres expresiones, repito, por pareja o individualmente utilizadas, aparecen en todas las doctrinas procesales contemporáneas y en todas las legislaciones también contemporáneas.

Vale la pena, de paso, que esclarezcamos un poco la semiología de las tres expresiones. Interroguemos para ello el diccionario de la Real Academia, el cual nos ilustra así:

Qué es la Lealtad? Es el cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien. Qué es la probidad? La probidad es bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar. Finalmente, la buena fe es tanto como rectitud y honradez.

Cuando se postulan, entonces, esos principios en mención, es decir, cuando se habla de lealtad y de buena fe, se está, de hecho, proclamando todo eso. En primer lugar, que en el proceso deben cumplirse lo que exigen las leyes de la fidelidad, las del honor y las de la hombría de bien; en segundo lugar, que en el proceso debe obrarse con bondad, integridad, con rectitud y con honradez. En síntesis, que el proceso debe ser el escenario por excelencia de la transparencia y del juego limpio, como quiera que el proceso no es un instrumento para enjuiciar sino un instrumento para administrar justicia.

Permeable a estas ideas contemporáneas sobre la materia, nuestro ordenamiento jurídico ha recogido, también con análogas o idénticas expresiones lingüísticas, los postulados de la lealtad, probidad y la buena fe.

Hagamos una reseña rápida de lo que podríamos denominar las consagraciones positivas de esos postulados. Comencemos por la norma de normas: nuestra Constitución Nacional. Encontramos en ella el artículo 83, que no deja ninguna duda sobre el particular; dice así: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

Y ese texto constitucional compagina a cabalidad con el numeral séptimo del artículo 95. En lo pertinente, este texto declara que son deberes de la persona y del ciudadano, colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Y, descendiendo al plano legal, encontramos en el Código de Procedimiento Civil en los ordinales primero y segundo del artículo 71, una clara consagración de estos postulados: "Son deberes de las partes y sus apoderados, primero, proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos; segundo, obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensas y en el ejercicio de sus derechos procesales." Por supuesto que todo cuanto establece este Código sobre la materia es de aplicación a la esfera estrictamente penal, por virtud del principio de integración.

Y llegamos, finalmente, al Código de Procedimiento Penal, en cuyo artículo 18, ubicado en el título preliminar que se ocupa de las normas rectoras, leemos lo siguiente:

ARTICULO 18 - LEALTAD: "Quienes intervienen en la actuación judicial están en el deber de hacerlo con absoluta lealtad". Esos textos constitucionales y legales que acabamos de examinar consagran, sin ninguna duda, la vigencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico de los postulados de la buena fe, la probidad y la lealtad. Pero, ¿cuál es la naturaleza jurídica y cuáles son los alcances del postulado de la lealtad? Detengámonos un momento en esas consideraciones.

Pacíficamente se acepta que los imperativos jurídicos de los que cabe hablar en el proceso, son de tres clases y se denominan el deber, la obligación y la carga; los tres, obviamente, procesales.

Qué es el deber? El deber es un imperativo jurídico instituido en interés de toda la colectividad. Arquetípico ejemplo de un deber procesal, es el deber de rendir testimonio y, por ende, el deber de comparecer al despacho judicial que nos convoque a rendir testimonio y, como complemento, el deber de rendir el testimonio que se nos pide, con absoluta veracidad. Esos imperativos son, inequívocamente, deberes porque se tienen frente a toda la comunidad. El deber de declarar no lo tiene el declarante frente al juez ni frente a ninguna de las partes; lo tiene frente a toda la comunidad jurídicamente organizada, la que no sólo le exige por la vía del deber declarar, sino hacerlo con veracidad.

La obligación es, en cambio, un imperativo jurídico instituido en interés de una persona determinada, la cual se halla facultada entonces para exigir su cumplimiento. Ejemplos arquetípicos de obligaciones procesales, son la que consiste en pagar las costas, o la que consiste en pagar los honorarios de un auxiliar de la justicia. Todas son obligaciones procesales que se tienen, ya no frente a la comunidad como el deber, sino frente a una persona determinada, a saber, el beneficiario de las costas o el auxiliar de la justicia que ha prestado su concurso.

La carga es, finalmente, un imperativo jurídico instituido en interés del propio sujeto a quien se dirige, quien se haya entonces facultado para cumplirlo o no, pero asumiendo, eso sí, las consecuencias desfavorables que el incumplimiento de la carga puede generar. Tal vez el ejemplo más clásico de carga de derecho procesal, sea la de contestar la demanda. Cuando una persona es demandada, judicialmente, no tiene ni el deber de contestar la demanda -la comunidad no puede exigirle que conteste la demanda- tampo-

co tiene la obligación de contestarla porque no hay ninguna persona determinada que pueda constreñirlo legalmente, se entiende, a hacerlo. Es sencillamente una carga que el demandado puede cumplir o no a trueque, eso sí, de asumir las consecuencias desfavorables que la no ejecución puede comportarle en el decurso del proceso; así, si el demandado no contesta la demanda, no podrá pronunciarse sobre las pretensiones y sus fundamentos fácticos, no podrá solicitar pruebas, etc. , etc.

¿Cuál es, entonces, esclarecidas estas premisas aclaratorias, la naturaleza jurídica del postulado de la lealtad? No parece haber ninguna duda acerca de que se trata de un deber y que, como deber, estamos en presencia entonces de un imperativo jurídico instituido en interés de toda la comunidad: no en interés del juez, no en interés de las partes. En interés de toda la comunidad. Como deber, este imperativo jurídico de la lealtad se deja reconducir entonces a las fórmulas lógicas normalmente utilizables para expresar los deberes. Esas formas lógicas son, sencillamente, dos: una forma positiva y una forma negativa. El deber se formula positivamente en términos lógicos cuando se dice, por ejemplo, "A debe ser", vale decir, "en el proceso debes ser leal". En forma negativa, se formula diciendo "no debe ser"; vale decir, "en el proceso no debes ser o actuar con deslealtad". Pero, como todo deber, este imperativo jurídico reclama entonces unas tutelas normativas subsiguientes encadenadas a imponer o a prohibir ciertas conductas que pueden contribuir a realizarlo o contribuir a que no rija. No se puede quedar el legislador o el constituyente, pues, en la mera formulación abstracta del deber en la fórmula "A debe ser" o "B no debe ser". Es necesario el complemento normativo que tutele ese derecho.

Para el caso del proceso penal colombiano, acabamos de ver cómo el deber de lealtad aparece impuesto en el artículo 18. Ese artículo 18 pertenece al título preliminar del Código que contiene las normas rectoras del proceso penal. Eso tiene postconsecuencias muy importantes. La primera, que se trata de un deber de aplicación prevalente y la segunda, que se trata de una norma que debe utilizarse como fundamento de interpretación de todas las demás normas procesales. Ahora bien, ya para cerrar este tema de la naturaleza jurídica del postulado, debemos señalar finalmente que ese deber de lealtad impuesto prevalentemente y que debe servir como fundamento de interpretación, está dirigido a todas las personas que intervienen en el proceso penal. Vale decir, que se extiende tanto a los sujetos procesales, o sea, al juez y a las partes, como a los sujetos de actos procesales, entendiendo por tales a aquellos cuya intervención en el proceso no es principal y permanente, sino que se contrae a la realización de ciertos actos y diligencias como, por ejemplo, el caso del testigo, el caso del perito, etc. Todas esas

personas, pues, por intervenir en el proceso penal, son destinatarias del deber de lealtad. Y, finalmente, señalemos que este deber de lealtad se extiende a todas las etapas, a todos los momentos y a todos los actos del proceso penal.

Acabamos de anticipar que por tratarse de un deber, el de lealtad, reclama desarrollos normativos que tutelen su vigencia y que desestimulen la práctica contraria al hecho. En nuestro ordenamiento jurídico hay tantas y tan importantes normas que tutelan ese deber, que yo sospecho que ustedes, como yo, se van a aterrar. Encontramos normas que tutelan ese deber en el Código Penal, obviamente en el estatuto para el ejercicio de la abogacía, en el Código de Procedimiento Civil y en el Código de Procedimiento Penal.

Acá les voy a encarecer toda la paciencia a que la amistad y el cariño nos obliga, porque vamos a descender a los Códigos para detectar en un muestreo, no total pero sí amplio, cuáles son las normas, en esos ordenamientos, que tutelan el deber de lealtad y cómo lo tutelan.

Comienzo por el Código Penal. Y no vamos a hacer referencia, dentro del Código Penal, sino a dos títulos de la parte especial. Me refiero al título tercero que se ocupa de los delitos contra la administración pública y al título cuarto, que se ocupa de los delitos contra la administración de justicia. Y observen así, en este inventario rápido, en el título cuarto aparece el artículo 166 que describe y sanciona la falsa denuncia, el artículo 167 que describe y sanciona la falsa denuncia contra persona determinada, el artículo 168 que reprime la autoacusación, el artículo 169 que agrava las penas para los hechos punibles anteriores cuando la falsa denuncia o la falsa autoacusación se acompañe de la simulación de pruebas, el artículo 172 que describe y sanciona el falso testimonio, el artículo 174 que pune el soborno a testigos. Dentro de código de procedimiento penal se tienen ejemplos, igualmente (1). El artículo 333 reitera la necesidad de que en el proceso penal se investigue tanto lo favorable como lo desfavorable, principio que se conoce como el de la investigación integral y que repudia las investigaciones unilaterales, las investigaciones sesgadas; el artículo 351 que autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas y de otra índole, prohíbe, sin embargo, en el inciso segundo, que se intercepten las comunicaciones del defensor porque esa es la más clara negación del juego limpio y de la hombría de bien. Y, sin embargo, ayer con horror escuché cómo el propio ministro Rudolf Homes está interceptado en su despacho privado y todos

(1) *La conferencia original tiene otros ejemplos, que no se reproducen en esta versión, por defecto en la grabación.*

los defensores de Medellín sabemos de la gran posibilidad de estar intervenidos telefónicamente. Artículo 353, derecho a solicitar la propia indagatoria; léase "derecho a que la prueba en el proceso penal no se reclute a espaldas del sindicado sin brindarle la posibilidad de que mediante vinculación oportuna pueda conocerla y controvertirla". Este texto prohíbe, como se dice en el lenguaje coloquial, que al sindicado se le llame después de que se le ha preparado, entre comillas, el tamal. Prohibición de juramentar al imputado, artículo 357: No es leal constreñir, por ejemplo, al imputado con la fórmula sacramental de un juramento para que en el curso de su indagatoria diga la verdad. Artículo 358, advertencias previas al indagado: A toda persona que se va a escuchar en indagatoria hay que ponerle de manifiesto, hay que permitirle conocer un cúmulo de garantías constitucionales y legales como la de no declarar contra sí mismo, la de guardar silencio, la de nombrar defensor, etc. Artículo 360, preguntas al indagado en relación con los hechos que originaron su vinculación; en la indagatoria hay que preguntarle al indagado acerca de todos los hechos por los cuales se ha resuelto vincularlo al proceso, pero la práctica enseña, desafortunadamente, que a veces una indagatoria gira única y exclusivamente en torno, por decir algo, a un hecho punible de lesiones personales y de manera sorpresiva e inesperada y por ende desleal, al resolver la situación jurídica no sólo se impone medida de aseguramiento por el hecho de lesiones sobre el cual se interrogó sino que, además, se agrega un hecho sobre el cual no hubo interrogatorio alguno como, por ejemplo, alguna cédula falsa que el sindicado tenía en su poder al momento de la captura. Imponer una medida de aseguramiento en esas condiciones o, lo que es peor aún, formular una resolución de acusación, o lo que sería, eso sí, impensable, dictar una sentencia condenatoria, implica una clara violación, en ese caso, al mandato de lealtad, de probidad y de buena fe procesales. Verificación de las citas del indagado; a esta se refiere el artículo 362. Interrogado sobre dónde y con quién y en qué se encontraba el día de los hechos, el indagado responde: "ese día estaba en tal parte, a 990Km. del lugar de los hechos y estaba con los señores Pedro, Juan y Diego celebrando una fiesta". Cuando el sindicado hace una manifestación como esa, el deber de lealtad exige que prioritariamente, por encima y antes de cualquiera otra prueba, la justicia corrobore esas explicaciones, porque no tiene ningún sentido que la corroboración de las mismas se produzca cuando el sumario se haya próximo a fenecer y, por ende, esa persona puede haber soportado un encarcelamiento de dos, tres, cuatro, nadie sabe cuántos meses, que se habría podido evitar llamando inmediatamente a esas personas. No se juega limpio, no se es hombre de bien, cuando se permite que eso ocurra. El artículo 363-2, faculta al defensor para objetar las preguntas ilegales o incorrectamente formuladas y hay que entender, entonces, que ahí está implícitamente consagrada la obligación o, mejor, el deber que antes era

explícito, de no formularle al indagado preguntas capciosas o sugestivas. Si el defensor puede objetarlas, según este texto legal, ello significa que el funcionario judicial, en manera alguna, puede formularlas. El artículo 365 impone la obligación de que se le exhiban al indagado los objetos aprehendidos en la investigación. Es que miren, sería cualquier cosa, menos leal, menos lealtad, que en el curso de una indagatoria una persona esté negando haber actuado o intervenido en un hecho, cuando el funcionario sabe que en el lugar de los hechos se encontró un objeto, o una prenda, o un documento que por lo menos constituye indicio grave de la presencia de esa persona allí. La lealtad exige que se le cuente: "vea, es que en ese lugar apareció esta chaqueta, que se supone que es suya"; eso es lealtad y la ley procesal exige que así se haga. El artículo 367, ordinales 1 y 2, se ocupa de los derechos del capturado y establece: "a toda persona capturada se le hará saber en forma inmediata y se dejará constancia escrita, primero sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó; segundo, el derecho a entrevistarse inmediatamente con un defensor". El artículo 382, en su inciso segundo -esta es una norma que no castiga la deslealtad sino que premia la lealtad- establece que cuando una persona comparece voluntariamente a rendir indagatoria, debe ser puesta en libertad o, digo mejor, debe ser dejada en libertad hasta tanto se le resuelva su situación jurídica. Es un premio a la lealtad, a la honradez, a la hombría de bien de quien comparece ante el funcionario a decirle: "entiendo que me requiere y aquí estoy". Artículo 384, impone la obligación de cancelar las órdenes de captura para evitar el perjuicio que significa o que se deriva del retardo en esa materia. Cuántas veces vivimos el espectáculo de personas a quienes se capturaba en un aeropuerto con fundamento en una orden de captura de dos o tres años atrás, expedida dentro de un proceso que ya había terminado! La lealtad, pues, exige que inmediatamente se suscite el motivo para ello, se cancele la orden de captura que se había previamente dictado y encuentro, acto seguido, dos artículos bien interesantes: el artículo 389, numeral cuatro, y el artículo 442, numeral cuatro, también, atañen a los requisitos del auto por el cual se impone medida de aseguramiento y a los requisitos de la resolución de acusación y ordenan que el funcionario haga expreso examen de las alegaciones de las partes, indicando las razones por las cuales las comparte o no las comparte. Es que no es jugar limpio despachar un memorial esmerado de un defensor o de una parte civil diciendo que en su kilométrico memorial el señor defensor ha solicitado la legítima defensa en favor de su defendido con base en argumentos que el despacho respeta pero no comparte y queda despachado el punto. No. Kilométrico o milimétrico, el memorial contentivo de la petición, sin calificarlo porque no se puede hacer, el funcionario tiene, en homenaje a la lealtad, el deber de detenerse a examinar y controvertir, si es del caso, las tesis contenidas en ese kilométrico o milimétrico memorial.

Y cierto este catálogo meramente ejemplificativo con el texto del artículo 414, que establece la posibilidad o la obligación, mejor, de indemnizar a la persona a la que injustamente se le haya privado de la libertad. Este catálogo, que no es exhaustivo, pero que sí es más o menos amplio, nos debe llevar, a mi juicio, a una conclusión. Esa conclusión, es ésta: todo parece indicar que el principio de lealtad forma parte en Colombia del debido proceso legal. De ello no ser así, no podríamos entender por qué razón hay tantas, tan claras y tan explícitas normas destinadas en el Código de Procedimiento Penal, a tutelar la efectiva vigencia de ese principio a lo largo y ancho de todo el proceso. Y si, como todo parece indicar, la lealtad, la probidad y la buena fe, son parte integrante del debido proceso legal, fatal e inexorable sería concluir de que son nulas de pleno derecho las pruebas practicadas con violación del mandato de lealtad, de probidad y de buena fe, tal como lo establece el artículo 29 de la Constitución Nacional, en su inciso final. La consecuencia, todos sabemos, no es de poca monta; sin embargo, a pesar de este elenco normativo tan amplio, todavía proliferan prácticas que atentan contra el principio de lealtad y, sobre todo, lo que parece increíble, hay inclusive normas en el Código de Procedimiento Penal que violan y fuerzan, casi, al funcionario judicial a violar el principio de lealtad.

He aquí un muestrario breve de algunas normas entresacadas del Código que, a mi juicio, contrarían el principio de lealtad. Pero ya esclarecimos al comienzo que la lealtad en Colombia es un deber y esclarecimos que es un deber impuesto por una norma rectora y que las normas rectoras son de aplicación prevalente y que constituyen fundamento de interpretación de toda la normatividad procesal. Eso nos conduce a la conclusión de que si, en efecto, estas normas que voy a señalar por vía de ejemplo, son verdaderamente violatorias del principio de lealtad, son normas de imposible aplicación en el curso del proceso penal, porque el proceso penal gobernado por el principio de lealtad debe ser el escenario de la transparencia y del juego limpio. La norma que entrañe ausencia de transparencia y de juego limpio, no se puede aplicar en un proceso, reitero, por el principio de lealtad elevado a la condición de deber impuesto por una norma rectora. He aquí, por vía de ejemplo, algunas normas.

Recuerden que el artículo 161 lo mencionamos ahorita como contenido de una norma en virtud de la cual es inexistente cualquier diligencia que se practique con intervención del sindicado sin la de su defensor. Eso, en desarrollo del principio de lealtad y, por supuesto, del derecho de defensa. Porque a menudo lealtad y derecho de defensa se autoreclaman. Sin embargo, el propio artículo 161, en el inciso segundo, viola el principio de lealtad que él mismo establece en el inciso primero; es decir, el legislador borra con

el codo lo que acaba de escribir con la mano; y establece la posibilidad de escuchar, en versión libre, a una persona capturada en flagrancia sin presencia de defensor.

Les voy a anticipar de una vez -sobre todo para los estudiantes porque los distinguidos amigos y colegas que me escuchan conocen estas cosas mejor que yo- pero para los estudiantes sobre todo, en Colombia una de las cosas graves que le puede pasar a cualquier persona que ha cometido un hecho punible, es que lo capturen en situación de flagrancia. La flagrancia se da cuando la persona es capturada en el momento mismo de cometer el hecho o cuando es capturado con armas, elementos, objetos, en fin, que den la idea de que momentos antes ha participado en el hecho punible. Cuando es capturado en esa situación, se habla de captura en flagrancia; y es tan de malas el capturado en flagrancia, que siendo tal vez quien mayor defensa y más rápidamente la necesita, pues lo acaban de sorprender en flagrancia, es al único a quien el Código de Procedimiento Penal autoriza a que se le interrogue prescindiendo de la defensa; es decir, el que ha planeado y preordenado el delito y los medios de fuga, a ese se le brinda toda la posibilidad de que se defienda, pero a quien ha cometido el pecado de dejarse capturar en flagrancia, no se le permite ni siquiera, de una situación probatoriamente tan complicada como esa, que antes de rendir la primera versión procesal esté en contacto con un defensor. O yo no diría, mejor, para corregir, no es que se le permita sino que se puede interrogar sin defensor. Y el artículo 251, prohíbe que en los procesos de que conocen los jueces regionales haya controversia de la prueba en la investigación previa. Es decir, en la investigación previa, el sindicado es apenas un espectador en materia probatoria, no puede controvertir, en esa etapa, la prueba. Y el artículo 293, que autoriza a que las personas declaren en un proceso penal, bajo reserva de identidad. Y como la persona declara bajo reserva de identidad, declara sola. Es decir, declara sola en lo que dirá con las partes. Entonces nadie la puede contrainterrogar y, como declara bajo reserva de identidad, al proceso, al expediente que lo contiene, sólo llega un relato, un relato bajo la fórmula del catecismo: pregunta y respuesta. Pero nadie sabe, distinto del juez y de la gente del ministerio público, a quién pertenece ese relato. Si es un hombre o una mujer, si es un anciano o es un niño, si es un amigo o un enemigo de cualquiera de las partes. ¿Será posible que eso se admita en un proceso gobernado por el mandato de la transparencia?. ¿Se podrá concebir un caso más ausente de transparencia que éste?. Con toda razón el propio Código, asustado quizá de su osadía, prevé por allá en el artículo 247, inciso segundo, lo que les decía ahorita: que no se puede fundamentar una sentencia condenatoria en meros testimonios secretos. Pero, miren, no se puede fundamentar una sentencia condenatoria pero un mandamiento de detención preventiva sí y una reso-

lución de acusación también. El artículo 322 vuelve a hablar de la cuestión del capturado en flagrancia sin defensor. Y el artículo 342 alude a la posibilidad de que se expidan en el proceso penal providencias reservadas para los sujetos procesales; providencias que ordenan allanamientos, interceptaciones de comunicaciones telefónicas, etc. Hay que decir que un proceso dentro del cual ocurran situaciones como esas es todo, menos un proceso transparente. Y ¿cómo les parece el artículo 352-2? Ahora veamos que el sindicato tiene derecho a solicitar la propia indagatoria para evitar que a sus espaldas "se le arme el tamal"; y, sin embargo, este texto legal, este artículo 352 en su inciso segundo autoriza, en los procesos de competencia de los jueces regionales, a que el funcionario de instrucción postergue la vinculación mediante indagatoria, tanto tiempo cuanto lo considere necesario para el buen éxito de la investigación. Por manera que el sindicato puede, perfectamente, ser vinculado al que puede, prácticamente, clausurar la investigación. Y, finalmente, quedarán por examinar, que no hay tiempo para hacerlo, desafortunadamente, todas esas normas expedidas al amparo del régimen de conmoción que le han entregado a la Fiscalía General de la Nación todos los recursos económicos y las posibilidades jurídicas para inducir y premiar una delación, para que le ofrezca al sindicato de un hecho punible la posibilidad de perdonarle sus pecados penales a cambio de que suministre información probatoria importante para otro proceso o para el mismo proceso y en relación con otras personas. ¿Será eso juego limpio?. ¿Se podrá considerar honrado ese proceder?. ¿Se podrán considerar compatibles con las leyes del honor, de la rectitud y de la hombría de bien, no sólo tolerar esa conducta sino avalarla con el ropaje, no del derecho de la justicia sino de la legalidad?. ¿Se podrá hablar de que un proceso en el cual ocurre una situación de esas es un proceso transparente, perfectamente mostrable en cualquier foro como escenario primigenio para el juego limpio?.

Esas son las normas que contrarían, a mi juicio, el mandato de lealtad que, por ende, son absolutamente inaplicables en el seno del proceso penal. Pero hay algunas prácticas que yo quiero conversar con ustedes, que, a mi juicio, constituyen violaciones claras del mandato de lealtad, y lo voy a hacer con todo cariño, para que hagamos cada uno de nosotros un acto de conciencia y de contrición. No me voy a detener en las prácticas de las partes que desconocen también ese principio, en primer lugar porque me parece más importante que reflexionemos sobre las del juez porque él es el supremo conductor del proceso; en segundo lugar porque las prácticas desleales de las partes no son susceptibles de corto ni de breve inventario, y en tercer lugar porque, obviamente, no las conozco.

Qué ocurre, a veces, en la vida de los procesos que entraña acto de deslealtad? La lista es breve y no muy concatenada entre sí? Parece un acto de deslealtad aquello que ocurre con tanta frecuencia en la instrucción, que estando gobernada por el principio inquisitivo, permite que el funcionario judicial practique la prueba a cualquier hora, en cualquier momento, casi siempre sin expedición de auto previo distinto al de la resolución de la apertura, sin previa citación de las partes. Ustedes saben muy bien que la prueba en el proceso, en la etapa del sumario, se practica en cualquier momento. A veces, el secretario, por su cuenta, deja una constancia donde dice: "para el día tal, se citó a declarar a Pedro, a Juan y a Diego". Debería ser, porque así lo impone el juego limpio, una práctica general, dejar constancia en el proceso de los días y las horas en que se van a practicar esas diligencias para que las partes puedan ejercitar el derecho de presenciar su realización. ¿Cómo puede estarse presente en lo que no se sabe cuándo va a ocurrir? Pero es que ocurre, además, que a veces se fijan el día y la hora y se dice: "Para el día tal, a las 8 de la mañana, se citará al teniente tal a declarar". Y comparecen las partes a las 8 de la mañana y el teniente no llega, y se quedan hasta las 9 y no llega, y se van. Y al otro día se enteran de que el teniente tal, a quien tenían interés en conainterrogar, llegó a las diez y se le recibió la declaración: "lo tuvimos que despachar, doctor, porque era que ese señor vino de mucho afán, usted sabe cómo son de bravos esos militares, etc., etc., etc.". Se viola la lealtad.

Y ésta otra: en Colombia, para efectos de la indagatoria, existen dos mecanismos, el de la citación y el de la captura. Y son de discrecional manejo por parte del funcionario. Ese funcionario quien, atendidos ciertos topes punitivos, dispone de un amplio margen de lo que se llama simplemente arbitrio, para disponer si ordena la captura o si cita. ¿No será desleal, no será faltar al juego limpio, ordenar la captura en casos en los que bastaría simplemente citar para lograr ese mismo efecto, consistente en que la persona comparezca a rendir indagatoria?. ¿No se actuó con deslealtad, por ejemplo, cuando el año pasado, en el síndrome de combatir los auxilios, se ordenaron allanamientos a casas de concejales para obtener una comparencia a indagatoria que, nadie duda, se habría podido obtener lo mismo por la vía de la citación?. ¿Será respetar a cabalidad el juego limpio, que ello ocurra?.

Y ésta otra: a propósito de la citación y de la captura, se produce una situación curiosa. Es obvio que los casos en los cuales se opta por la citación son, cabe suponerlo, casos menos graves que los casos en los cuales se opta por la captura. Y resulta que el primer derecho del capturado consiste en saber quién ordena la captura y el motivo por el cual la ordena. Entonces, en una

orden de captura, para que resulte expedida conforme a la ley, hay que decirle a la persona quién ordena la captura y por qué la ordena, "porque está sindicado de homicidio en la persona de fulano de tal" Y en la citación, a las personas les mandan unas boletas donde les dicen "favor presentarse al despacho el día tal, acompañado de defensor, para ser escuchado en indagatoria; y, entonces, el pobre ciudadano que no sabe de qué se trata, hace un examen minucioso de toda la vida suya desde cuando tiene uso de razón, escarmentando y esculcando su pasado a ver cuál es el presunto hecho punible por el cual se le cita a indagatoria. ¿Será lealtad citarles en esas condiciones?. Yo creo que no. Pero la situación es más grave todavía porque entonces el ciudadano, desesperado, que no encuentra en el examen de su vida algún motivo, entonces llama al defensor de su confianza y le dice "doctor, me citan para una indagatoria pero no tengo ni idea". Entonces el defensor de su confianza, supongamos el doctor Alvaro Vargas, dice "hombre, pues vamos a tratar de investigar". Entonces va al juzgado o a la fiscalía y pregunta: "hombre han citado para mañana al señor fulano de tal a una diligencia de indagatoria y queremos saber por qué"; y no se deja esperar la respuesta: "doctor, usted mejor que nadie sabe que no le podemos decir". Que yo, mejor que nadie, sé que no me puede decir lo que el deber de lealtad lo constriñe a que me diga. Repito, son las cosas de la práctica judicial, en eso no hay mala fe, estoy seguro que no hay mala fe, pero fíjense a todo lo que conduce.

Y, ¿cómo les parece lo de las cauciones excesivas?. Cuando a una persona, como medida de aseguramiento, le imponen una caución o para disfrutar del beneficio de excarcelación le imponen una caución, la ley exige que la caución se dosifique, dentro de ciertos parámetros, atendiendo a la gravedad y modalidad del derecho y a las condiciones económicas del procesado. Y encuentra uno que a una persona que devenga mensualmente un salario mínimo, le imponen una caución de diez salarios mínimos para gozar de una excarcelación o a un vendedor ambulante o a un coter, le imponen 5, 6, 7, 8, 10, 20 salarios mínimos para gozar de una excarcelación. Es evidente que cuando se impone una caución en esas condiciones, no se está jugando limpio, se está faltando a la rectitud y a la honradez en el proceso. Es más, yo creo que si, además, eso se acompaña del coeficiente subjetivo que se requiere, perfectamente podría estructurar un acto arbitrario o injusto.

Para dejarlos descansar, no voy a citar sino otras dos prácticas que las voy a resumir en aquel decir popular que alude a aquello de "palo porque bogas y palo porque no bogas". Yo les decía que el capturado en flagrancia, que la persona a la que se capture en flagrancia en Colombia, le pasan muchas

y muy graves cosas. Una de las cosas que le pasa es la siguiente: en Colombia, la persona que en su indagatoria confiesa el hecho punible, es merecedora de una rebaja de la tercera parte de la pena que se le imponga en la sentencia y, curiosamente, de esa rebaja está exenta la persona a la que se captura en flagrancia. Y entonces se presentan situaciones como la siguiente: tenemos en el Código Penal, a propósito de los hechos punibles de homicidio y lesiones culposas, para ejemplificarlo, las que se cometen con los vehículos automotores. Hay una circunstancia que agrava la pena y que consiste en que el conductor que atropella a una persona y la lesiona o la mata, abandone sin justa causa el lugar del hecho. Esa mera situación, le agrava la pena. Entonces, el conductor que no quiere que se le agrave la pena, debe permanecer en el lugar del accidente porque si se va, le agravan la pena. Luego, la ley, implícitamente, está imponiendo el deber de permanecer ahí, y entonces el ciudadano, en cumplimiento de ese deber, se queda. Y llegan los agentes y lo capturan y, como acaba de suceder el hecho, es capturado en flagrancia y, como fue capturado en flagrancia, si confiesa, no tiene derecho a la rebaja de la tercera parte por confesión. Eso lo tiene que corregir la judicatura por la vía de una interpretación que reivindique la vigencia, en el proceso penal, del principio de lealtad. A uno no lo pueden castigar porque cumple con el deber, o sea, palo porque bogas y palo porque no bogas.

Y ésta última: castigar al procesado porque ejercita derechos en el proceso. La ilustro con un ejemplo muy sencillo: en el curso de un proceso, el procesado dispone de una serie de facultades, tiene derecho a solicitar ciertos beneficios, a pedir ciertas cosas y resulta que la ley procesal establece unas causales de excarcelación que funcionan en torno al tiempo, o sea, si una persona está detenida un cierto lapso sin que le califiquen el sumario, tiene derecho a ser excarcelada. Si está detenida un cierto lapso sin que le hagan audiencia pública, tiene derecho a ser excarcelado. Pero la norma de la excarcelación autoriza a que se niegue la misma cuando la demora es imputable a una conducta del sindicado o su defensor. Y entonces, a veces, se estila considerar como conducta imputable al sindicado o a su defensor, que margina del beneficio de excarcelación, la realización de actos procesales perfectamente legítimos y autorizados por la ley. "Ah, no. Fue que usted interpuso un recurso de apelación y el proceso se fue seis meses para el tribunal, entonces esos seis meses no son demora del despacho, luego no lo excarcelo"; o "fue que usted solicitó una audiencia anticipada para terminación del proceso por la vía del artículo 37, en ese trámite nos demoramos tres meses y esos tres meses no se cuentan en su detención". Son todas prácticas judiciales evidentemente reñidas, por lo menos a mi juicio, con el principio de lealtad.

A mi no me cabe duda entonces, ya para terminar, que el principio de lealtad, y es tal vez la idea que más firme quisiera dejar en ustedes, constituye en Colombia un elemento integrativo del debido proceso y que, por ende, toda prueba practicada con violación de ese principio, es nula de pleno derecho. Y pienso que si ese principio, en las actuales condiciones colombianas, no rige, no es ni por falta de consagración porque lo está, ni por falta de normas que tutelen su vigencia, porque ya hicimos un inventario rápido pero más o menos espacioso de la cantidad de disposiciones que contribuyen a darle efectividad. Si ese principio no rige, si el proceso penal colombiano no es el escenario de la transparencia y del juego limpio que nuestra organización jurídica quiere que sea, ello obedece única y exclusivamente a que los juristas no hemos entendido a cabalidad la verdadera dimensión ética que necesita el proceso penal. Estamos imbuidos del utilitarismo filosófico que justifica el fin, o mejor, que justifica cualquier medio en pro de la obtención de un cierto fin. Es necesario entonces, a mi juicio, que todos cuantos tenemos que ver con el proceso y todos los que se están formando para mañana tener que ver con el proceso, nos concienticemos de la necesidad de restablecer al interior del mismo, la plena vigencia del principio de lealtad con sus secuelas de transparencia y de juego limpio. Yo creo que si eso se logra, se podrá conseguir, al menos en alguna medida, que la confianza ciudadana, hoy desfalleciente, en tres instituciones, se vaya poco a poco restableciendo. En primer lugar, podrá recuperarse la confianza ciudadana en el proceso como método o instrumento civilizado de juzgamiento. En segundo lugar, podrá recuperarse la confianza ciudadana en la administración de justicia como función esencial del Estado, capaz de posibilitar la convivencia pacífica. Y, en tercer lugar, podrá recuperarse la confianza ciudadana en el Estado social y democrático de derecho que nuestra Constitución proclama y que todos nosotros, juristas de bien, estamos en el deber, ese también deber, de ayudar poco a poco, así sea desde el interior del proceso penal, a construirlo.