

**¿CUÁL ES LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE INVESTIGACION INTEGRAL
FRENTE AL MODELO ADVERSARIAL DE PARTES, IMPLEMENTADO CON LA
LEY 906 DE 2004?**

**CONSTANZA FANDIÑO SILVA
EDILBERTO BARON CALDAS**

Monografía para optar el título de Magister en Derecho Penal

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE POSTGRADOS DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ D.C.
2014**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
<u>1. ASPECTOS PRELIMINARES</u>	<u>14</u>
1.1 FORMULACIÓN Y DEFINICIÓN DEL PROBLEMA	14
1.2 JUSTIFICACIÓN	15
1.3 OBJETIVOS	16
1.3.1 Objetivo General.....	16
1.3.2 Objetivos Específicos.....	16
1.4 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	17
1.4.1 Investigación Diagnostica o Preliminar.....	17
1.4.2 Investigación Histórica.....	18
1.4.3 Investigación Documental.	18
<u>2. ANTECEDENTES Y DESCRIPCION DEL SISTEMA ADVERSARIAL DE PARTES...19</u>	
2.1 GÉNESIS	19
2.2 ANTECEDENTES EN COLOMBIA DEL SISTEMA ADVERSARIAL DE PARTES	22
2.2.1 La Primera Década: 1980–1990.	22
2.2.2 Segunda Década: 1990-2000.....	29
2.2.3 Tercera Década: 2000 – 2010.....	34
2.2.4 Principales Modificaciones hechas por el Acto Legislativo 03 de 2002.....	34
2.2.5 Funciones de la Fiscalía General de la Nación en el marco constitucional.	35
2.2.6 Funciones especiales del Fiscal General de la Nación.....	39
2.2.7 Características del sistema penal de tendencia acusatoria.....	39
2.3 SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO.....	41
2.4 SISTEMA ANGLOSAJÓN	44
<u>3. PRINCIPIOS Y GARANTIAS QUE SUSTENTAN EL SISTEMA ADVERSARIAL DE</u>	

<u>PARTES</u>	<u>52</u>
3.1 CONCEPTO	52
3.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS	57
3.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA PENAL ADVERSARIAL	59
3.3.1 Principio de Supremacía de la Constitución.	60
3.3.2 Principio Acusatorio..	61
3.3.3 Principio de Legalidad..	63
3.3.4 Principio de Objetividad.....	66
3.3.5 Principio de Investigación Oficial..	69
3.3.6 Principio de Oportunidad.....	70
3.3.7 Principio del Juez Legal.....	72
3.3.8 Principio de Publicidad..	74
3.3.9 Principio de Inmediación.	76
3.3.10 Principio de Concentración.....	99
3.3.11 Principio de Oralidad.	102
3.3.12 Principio de Juzgamiento sin Dilaciones Injustificadas.	104
3.3.13 Principio de Contradicción.....	107
<u>4. PARTES DEL PROCESO PENAL E INTERVINIENTES EN EL SISTEMA</u>	
<u>ADVERSARIAL DE PARTES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL</u>	<u>112</u>
4.1 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PARTE?	115
4.1.1 Concepto de parte en el Proceso Penal.....	116
4.2 LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION	118
4.2.1 La Investigación Penal De Acuerdo Con La Constitución Colombiana	125
4.3 DEFENSA.....	130
4.4 ACUSADO	133
4.5 VICTIMAS	136

5. DE CARA A UN PROCESO SUSTANCIALMENTE GARANTISTA143

BIBLIOGRAFIA.....152

INTRODUCCIÓN

El acto legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, introdujeron el sistema penal de tendencia acusatoria tomando como modelo el sistema anglosajón, pero para la puesta en marcha de este procedimiento se dejaron las bases constitucionales que debe ejecutar dicho modelo, para el cumplimiento de sus finalidades, como son la verdad, la justicia y la reparación.

Una de las premisas fundamentales de este sistema, está dirigida a garantizar que el acusador y el acusado tengan a su alcance posibilidades reales y ciertas para ejercer sus derechos y las herramientas necesarias para situarse en un equilibrio de poderes y hacer respetar sus intereses.

Concebido el proceso en este ambiente acusatorio – adversarial, que supone la existencia de dos partes en disputa y la igualdad de trato o de justicia en el proceso, la Corte Constitucional considera que este principio tiene una comprensión formal del Juicio Justo, (*fair trial*) como mera igualdad entre el acusador y acusado y un mandato según el cual cada parte del proceso penal podía presentar su caso bajo condiciones, que no representen una posición sustancialmente desventajosa frente a la otra, como la que de plano se da entre el acusador y acusado, en detrimento del segundo. A este principio se le denomina igualdad de armas (*equality of arms*).

Esas garantías fundamentales en el procedimiento penal, han procurado un alcance más profundo del principio de contradicción. No sólo la posibilidad de controvertir frente a la otra parte en igualdad de condiciones (principio de juicio justo o equitativo), sino la participación del acusado en el proceso, en condiciones que enmienden el desequilibrio entre los medios de que dispone éste y lo que dispone el fiscal o acusador, los cuales son claramente superiores.

El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.

Los modelos procesales penales, tal y como se conciben, pueden ser tachados de benignos o malignos, lo cierto es que más allá de esto, la importancia que tiene un Sistema Penal que se implementa en un Estado, es que por medio de él, se pretende de alguna manera legitimar el poder del segundo, y a su vez, se busca regular el comportamiento de la colectividad, teniendo de presente que ésta, finalmente, será siempre quien apruebe o no, la instauración y duración del modelo establecido.

En aras de darle un alcance real al principio de igualdad de armas, que es admitido en nuestro sistema solamente como postulado, porque está demostrado que el desnivel de los intervinientes en el proceso es total, representado no sólo en el desequilibrio en los medios de que dispone para acudir a la administración de justicia a sustentar sus argumentos y defender sus intereses, sino porque se encuentra sin la garantía de una INVESTIGACIÓN INTEGRAL, derecho que le amparaba contra tal desventaja procesal.

En tal sentido, esta investigación pretende mostrar la necesidad de implementar el principio INVESTIGACIÓN INTEGRAL, como obligación y no como solo deber para el órgano persecutor y generar una igualdad de partes desde el punto de vista real y no formal.

Investigación Integral cuya finalidad es la realización de la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso

penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso penal.

En ese sentido la justicia penal Colombiana enfrenta un problema al no contar con la implementación del principio de Investigación Integral como obligación, que es el de no llegar una verdad material, sino eminentemente formal, dejando de un lado la justicia que demanda todo estado social de derecho.

Para el presente trabajo, se encuentran ciertas debilidades como tener un ordenamiento penal y procedimental que suprime el mentado principio y de otra parte un análisis jurisprudencial que consiente dicho desarraigo, al concebir que el sistema penal adversaria trae consigo el principio de igualdad de armas, que pone en igualdad de oportunidades a la partes que se enfrentan y por ello no es dable que la Fiscalía General, investigue integralmente.

Pero, ante este panorama los suscritos investigadores, queremos mostrar a través del estudio, compilación y análisis doctrinal y jurisprudencial que el diseño del sistema implementado hace necesario comportar la investigación integral, para lograr la materialización de la verdad y la igualdad de oportunidades para las partes, porque en la práctica no hemos visto el pregonado principio.

Para este cometido, nos valimos de una metodología de la investigación básica, jurídica y dogmática porque basará su contenido en normas jurídicas, tratados, jurisprudencia e información obtenida a través de la web.

Nivel de la investigación. Teniendo en cuenta el tema de investigación jurídica específica, los criterios cuantitativos y cualitativos y los objetivos planteados, la metodología será:

Investigación jurídica básica. Por cuanto apunta al desarrollo de teorías o proposiciones generales en un determinado campo del conocimiento.

Investigación Dogmática. Se atiende a los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica. Estudia el contenido normativo de las leyes, de todo un sistema jurídico o de sectores concretos de cada sistema jurídico y la fuerza socialmente organizada con el derecho dogmático son dos normas jurídicas. Además este modelo se basa fundamentalmente con las fuentes formales que integran el ordenamiento jurídico

HIPOTESIS

El sistema Adversarial de partes debe contemplar el principio de INVESTIGACION INTEGRAL, como obligación, para cumplir eficazmente su cometido de búsqueda de la verdad material y materialización de los derechos de las partes.

La INVESTIGACION INTEGRAL, como deber en el sistema adversarial de partes, viola el debido proceso y no garantiza la averiguación de la verdad material.

Para hacer efectivos los principios constitucionales como debido proceso, lealtad procesal, objetividad, justicia material es necesaria la incorporación del principio de Investigación integral como obligación.

MARCO TEORICO

El presente estado revisa algunos ejemplos relevantes de la bibliografía disponible, que permita identificar grosso modo la atención investigativa y analítica que está teniendo en las dos décadas recientes el tema del principio de investigación integral. Ante la imposibilidad de ser una revisión exhaustiva de la bibliografía disponible, nos hemos concentrado en los siguientes documentos que resultaron ser puntos de confluencia conceptual e investigativa de la situación desde diversas perspectivas, y por ende que pueden servir como fulcros para pesquisas y trabajos posteriores.

La Constitución Política Colombiana de 1991, contemplaba el principio de Investigación Integral en el Artículo 250 en el inciso último: La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.

A su vez el Artículo 333 C.P.P. contemplaba: El funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las demás partes.

Más adelante este mismo estatuto en su Art. 249 preceptuaba:

IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BUSQUEDA DE LA PRUEBA. El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real. Para ello debe averiguar con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia del punible, agraven o atenúen la responsabilidad del imputado, y las que tiendan a demostrar su existencia o lo eximan de ella...¹

Artículo 20. Investigación integral. El funcionario Judicial tiene la obligación de investigar lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado.

¹ COLOMBIA. Constitución Política de Colombia, 1991. Editorial Legis, 2004

Frente al nuevo modelo adversarial no se ubican trabajos que estudien el tema, aun cuando existe jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 2005, quien a través de Sentencias como la C- 1194 de 2005 al resolver la demanda de inconstitucional al artículo 344 del código de procedimiento penal, fijó su posición señalando que de acuerdo a la lógica del nuevo sistema de tendencia acusatoria en donde el fiscal no ejerce funciones jurisdiccionales, su competencia se circunscribe al recaudo material de convicción necesaria para la acusación, y por ello era entonces entendible el cambio de paradigma del hasta entonces modelo de corte inquisitivo.

Desde luego que tal posición se hizo desde una perspectiva distinta, a la que el presente trabajo trata de señalar y mostrar, como quiera que se pretende identificar la necesidad de incorporar el principio de investigación integral como obligación en aras de las garantías procesales, mas no de su compatibilidad con el sistema.

Los tratadistas Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett² en su obra, no hacen alusión al tema de una manera explícita, pero lo abordan desde otros tópicos como los principios de objetividad e igualdad de armas, haciendo ver esa necesidad imperiosa de un descubrimiento, así como la necesidad de un descubrimiento probatorio completo e integral por parte del ente acusador, con miras a garantizar el debido proceso y las garantías procesales.

Similar situación acontece con el profesor Oscar Julián Guerrero³ quien pregona por el total descubrimiento probatorio de evidencias a la defensa, para en esa forma evitar colocarla en desventaja y ser sorprendida, frente al juico que se adelantará en su contra. Dicho presupuesto conlleva la materialización de la búsqueda de la verdad material y la constitucionalización del proceso penal.

² BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 2004.

³ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005.

Carlos Roberto Solórzano⁴, se une también a esa corriente antes descrita, donde destaca la forma en que el descubrimiento total de evidencias a la defensa, garantiza la igualdad de armas, el equilibrio entre los actores, la objetividad, la lealtad en la actuación y la transparencia del proceso, en la medida en que brinda la posibilidad a los intervinientes de elaborar o estructurar cada uno, su propia teoría del caso.

Procedimiento penal constitucional⁵, hicimos acopio de esta excelente obra que abordaba de manera jurisprudencial cada uno de los principios del sistema penal mixto, desmontado gradualmente por el acto legislativo 03 de 2004 y Ley 906 de 2004, donde se aborda el principio de investigación integral de manera clara y profunda, donde la autora desconoce su total aplicación, por el papel mismo que cumple la Fiscalía.

MARCO JURIDICO

El principio de investigación integral en Colombia se viene desarrollando desde la constitución de 1991, implementado a través de la Ley 600 de 2000, donde se imponía a la Fiscalía General de la Nación, investigar lo favorable y lo perjudicial al procesado, permitiendo al ente acusador en cualquier momento de la investigación inhibirse para continuar el proceso investigativo, sí las pruebas recaudadas no ofrecían argumentos jurídicos y/o materiales de la participación de un sujeto en la comisión de un punible o la materialización del delito; o precluir en caso que adelantada la etapa sumarial, el caudal probatorio no podía sustentar la acusación o se generaba una causal de ausencia de responsabilidad. Ahora el Acto legislativo 03 de 2002, modificó el artículo 29 y 250 de la constitución e implemento el Sistema Penal Acusatorio, donde la Fiscalía conserva su naturaleza de órgano jurisdiccional pero no tiene poder restrictivo de derechos

⁴ SOLÓRZANO, Carlos Roberto. Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral. IV edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010, p. 54

⁵ FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento penal constitucional. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1999.

fundamentales, pues se crea un órgano de control de garantías que debe aprobar dichas actividades. Por lo tanto en el nuevo modelo, dichas figuras de terminación de la actuación procesal sólo se podrán decretar por parte del Juez y en muchos casos una vez concluido el juicio.

La Corte Constitucional amplió el concepto sobre el sistema penal acusatorio y el papel de cada uno de los intervinientes a través de sus sentencias C-1194 de 2005⁶ y C-881-2011⁷ las cuales decidieron las Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 344 y 335 de la Ley 906 de 2004⁸, respectivamente, donde los Ponentes describen la nueva estructura adversarial, el principio de igualdad de armas y los roles de la fiscalía y defensa. La H. Corte señala entonces, que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.

Con este panorama pretendemos elaborar un diagnóstico sobre este tema y mostrar la incidencia de vulneración de derechos fundamentales por la ausencia del Principio de Investigación Integral en el Sistema Acusatorio en nuestro país, ya que este Sistema advierte una igualdad de armas que está dirigida a garantizar que el acusador y el acusado tengan a su alcance posibilidades reales y ciertas para ejercer sus derechos y las herramientas necesarias para situarse en un equilibrio de poderes y hacer respetar sus intereses, ¿pero realmente las partes cuentan con posibilidades igualitarias de recaudar evidencia y defender sus derechos?, cuando se ha comprobado que la Fiscalía a lo largo de sus 22 años

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-881-2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva,

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 906** (agosto 31) de 2004. Rama Legislativa - Poder Público. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.657, de 31 de agosto de 2004

de creación ha fortalecido sus sistemas operativos y técnicos en clara desventaja con la defensa que en la mayoría de casos ni siquiera tiene recursos económicos para operar, hablando de abogados de confianza o Defensoría Pública.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

1.1 FORMULACIÓN Y DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Antes de la Constitución de 1991, nuestro país contó con un procedimiento penal mixto que tenía una clara tendencia inquisitiva al centralizar las funciones de acusación y juzgamiento en un mismo funcionario: el juez de la causa. Igualmente en la fase de instrucción predominaba la forma escrita; y en el juzgamiento, la oral. Con la creación de la Fiscalía General de la Nación, en 1991, la legislación procesal buscó en el sistema mixto una tendencia acusatoria real, al otorgar la función de investigar a un estamento diferente a los jueces. La Ley 600 de 2000 es un sistema procesal mixto con rezagos inquisitivos, pero con una marcada influencia acusatoria.

La Ley 906 de 2004 estableció en Colombia, El sistema Penal de Tendencia Acusatoria cuyas bases constitucionales fueron sentadas mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, ha sido calificado como de partes en un proceso adversarial modulado con tendencia acusatoria, destacándose dentro de sus características, las siguientes: i) separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento; ii) rol del juez centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos; iii) procedencia de actuación judicial solamente a petición de parte; iv) proceso, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público; v) posibilidad de terminación anticipada del proceso, pese a la certeza de la ocurrencia de un delito, por aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes, pero siempre con control judicial material y formal de la decisión adoptada; vi) funciones judiciales del Juez de control de garantías y de conocimiento con clara distinción de dos roles para los jueces penales: el primero, a cargo de la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, responsable de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías

procesales y sustanciales propias del debido proceso⁹.

Luego de ocho años de vigencia de este sistema ya hay serios inconvenientes de fondo encontrados en él: desde el represamiento de noticias criminales, hacinamiento carcelario, hasta la desconfianza de los ciudadanos a que se haga justicia. Parte de estos fenómenos pueden tener incidencia con la adopción mutilada del sistema y en especial con el desmonte del principio de Investigación Integral, ya no como obligación sino meramente como deber.

TEMA: ¿Cuál es la Incidencia del principio de investigación integral frente al modelo adversarial de partes, implementado con la Ley 906 de 2004?

1.2 JUSTIFICACIÓN

La entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, ha representado para nuestro país, una puesta más real y consistente de la constitucionalización del derecho penal, recopilando en su procedimiento principios y valores fundamentales, que persisten en hallar verdad, justicia y reparación; pero en la búsqueda de estos ideales se está perdiendo un pilar de este modelo penal, como es la averiguación de la verdad material. Para los investigadores de este trabajo, se considera que gran parte de ese desvío judicial, se debe al nuevo rol que desempeña la Fiscalía General de la Nación, que en su tarea de desvirtuar la inocencia de los indiciados, sólo está obligada a investigar lo que resulte en contra de esa presunción, pese a que con sus recursos, infraestructura, soporte, podrían también recaudar evidencia que conlleve a establecer la inocencia de los investigados y con ello pasar de una verdad formal a una realidad material.

⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-260/11 del 6 de Abril de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Resulta valioso este trabajo porque analiza los principios que rigen el sistema adversarial de partes, concentrándonos en el de objetividad versus el de investigación integral, y cómo el último puede ser el resultado del primero, siendo de interés para estudiantes, usuarios del sistema penal y académicos, porque muestra un matiz diferente en la estructura de sistema acusatorio y los resultados que se obtendrían.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General. Mostrar la importancia de contemplar el PRINCIPIO DE INVESTIGACION INTEGRAL como OBLIGACION, en la Ley 906 de 2004, para garantizar la averiguación de la verdad material, y la materialización de los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal.

1.3.2 Objetivos Específicos

- A) Analizar el desarrollo que ha tenido el principio de INVESTIGACION INTEGRAL en los sistemas procesales en Colombia a partir de 1991, contenido en código de 1980, el Decreto 2700 de 1991, y ley 600 de 2000, Acto Legislativo 03 de 2002 y Ley 906 de 2004, con todas las aclaraciones e interpretaciones del Estamento Constitucional; así como la confrontación con los demás principios que rigen el sistema adversarial, en especial el debido proceso y objetividad,
- B) Considerar los criterios doctrinales que soportan los sistemas procesales inquisitivos y acusatorios en los cuales se fundamentó nuestro procedimiento penal, en lo tocante a la pirámide de principios y garantías constitucionales que los integran.
- C) Examinar la inconveniencia de la aplicación del principio de

investigación integral como deber, en el nuevo sistema de corte acusatorio, frente al debido proceso, la lealtad procesal y el principio de objetividad que debe tener la Fiscalía General de la Nación para con el investigado.

1.4 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La investigación del tema se desarrollará con una investigación, diagnóstica, histórica y documental.

1.4.1 Investigación Diagnóstica o Preliminar. Se ha conceptualizado como un proceso fundamental para conocer las características y condiciones en las que se encuentra un grupo, un lugar o algún aspecto relacionado con la realización o logro, por lo que brinda conocimientos específicos y valiosos para la toma de decisiones.

En términos de raíces significa "a través de" y del verbo gignosko del latín gnoscerere o noscere que significa "aprender a conocer", por lo cual se puede considerar como llegar al conocimiento de algo a través de un medio o técnica. Por lo que no se reduce a la aplicación mecánica de instrumentos o de técnicas sino que también requiere de un proceso reflexivo para el análisis de los resultados.

1.4.2 Investigación Histórica. Se trata de la experiencia pasada, describe lo que era y representa una búsqueda crítica de la verdad que sustenta los acontecimientos pasados. El investigador depende de fuentes primarias y secundarias las cuales proveen la información y a las cuáles el investigador deberá examinar cuidadosamente con el fin de determinar su confiabilidad por medio de una crítica interna y externa. En el primer caso verifica la autenticidad de un documento o vestigio y en el segundo, determina el significado y la validez de los datos que contiene el documento que se considera auténtico.

1.4.3 Investigación Documental. Es aquella que se basa en la obtención y análisis de los datos provenientes de materiales impresos u otros tipos de documentos”. Nos centramos especialmente en la recopilación bibliográfica de doctrina, legislación y jurisprudencia atinente al nuevo régimen procesal penal colombiano.

2. ANTECEDENTES Y DESCRIPCION DEL SISTEMA ADVERSARIAL DE PARTES

2.1 GÉNESIS

Si hay algo que haya caracterizado el origen y desarrollo de las constituciones escritas es justamente el hecho de haber dejado plasmadas las normas relativas a las garantías mínimas para que el Estado investigue y sancione penalmente a sus ciudadanos¹⁰.

Nuestro estudio para el derecho penal debe ser orientado a la idea de que el proceso no puede marginarse de los valores supremos que establece la Constitución Política. El intento de que el proceso corresponda a un ejercicio del poder moderado, proporcionado, adecuado a las exigencias democráticas y necesariamente dignas, es y seguirá siendo la razón de ser de estos trabajos. No en vano, al proceso penal se lo ha calificado como el “sismógrafo de la Constitución del estado”

Siendo el derecho penal en su parte activa un catalizador de conductas y regulador de la mismas, a través de penas que conllevan restricción al derecho de libertad y en el panorama actual, de dignidad humana, haciendo mención al hacinamiento penitenciario; es preciso que el sistema penal que opera, tenga sujeción directa a la Constitución, la ley y a los tratados internacionales. Porque no es de otra forma como se humaniza la ley, y se puede dar un trato digno a los procesados y condenados.

La Constitución en su artículo 1° define a Colombia como un Estado Social de

¹⁰ GUERRERO PERALTA. Oscar Julián, Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005, p. 16

Derecho, lo que implica que el Estado busca realizar la justicia social y la dignidad humana, mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional y el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

La idea de Estado de Derecho Liberal ha evolucionado por la manera como fue precisándose y completándose la concepción sobre los derechos humanos, para avanzar hacia el Estado Social de Derecho. Con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se proclamó una concepción occidental de estos derechos que se ha convertido en un paradigma al que los Estados deben adecuar su legislación interna en todos los campos.

La importancia de los derechos humanos como cimiento del Estado Social de Derecho ha conllevado que a las constituciones modernas se incorporen listas de tales derechos y acciones especiales para protegerlos, tales como las acciones de cumplimiento, populares y de tutela. Hecho que ha determinado el cuestionamiento de las diferentes ramas del derecho positivo, en especial del derecho penal, en relación con su conformidad con las normas y principios constitucionales. Por esto se habla de constitucionalización del derecho, constitucionalización del derecho penal, como del Proceso Penal.¹¹

La tarea del legislador y de los órganos competentes para aplicar las normas penales, destinada a prevenir o solucionar conflictos, se refleja en ponderar los derechos fundamentales en tensión. La apreciación de estas nociones implica admitir que la Constitución y la legislación, en tanto establece los fundamentos y los lineamientos de la organización política de la sociedad, constituyen un elemento orientador fundamental para valorar las relaciones y posiciones sociales.

¹¹AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. Estructura del Proceso Penal Acusatorio. Fiscalía General de la Nación, 2007.

Dichos bienes o intereses son el objeto de derechos, libertades o competencias establecidas por la Constitución y la legislación. En ese orden de ideas, las relaciones entre Constitución, derecho penal y sistema procesal penal debe ser estrecha y, por la misma senda, la creación de normas penales, su interpretación y aplicación deben hacerse de conformidad con la filosofía y axiología constitucionales.

En perfecta armonía con las nociones descritas y con los artículos 93 y 94 de la Constitución, el artículo 3 de la ley 906 de 2004 dice que en la actuación procesal prevalece lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

Los artículos 93 y 94 de la Constitución, el artículo 3 de la ley 906 de 2004, establecen el bloque de constitucionalidad por el cual se impone interpretar los alcances del sistema penal con tendencia acusatoria introducido en Colombia, a la luz de las garantías constitucionales consagradas en la Constitución Política de 1991 y en los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

En el artículo 29 de la Carta Magna, podemos deducir el concepto de proceso judicial, como el conjunto de actos que deben agotarse y son necesarios para adoptar una decisión que dirime un conflicto, declara una situación o reconoce un derecho. Y es debido proceso, si existe antes de realizarse el acto que se imputa a una persona, se desarrolla ante juez competente y con observancia de las formas propias de cada juicio.

2.2 ANTECEDENTES EN COLOMBIA DEL SISTEMA ADVERSARIAL DE PARTES

2.2.1 La Primera Década: 1980–1990. El año 1980 se inicia con la expedición del nuevo Código Penal, el Decreto Ley 100 de 1980. Fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso.

El código de 1980. Estructuró el ordenamiento penal sobre el concepto de culpabilidad. La prensa de la época registró la reforma como una esperanza – situación que sucede de manera recurrente en Colombia– frente al problema de la impunidad. También se habló de las virtudes que el nuevo código traía para el control del sobrecupo carcelario, a través de la ampliación de las posibilidades para hacerse beneficiario de la condena de ejecución condicional.

Incluía el cambio del régimen procesal vigente desde 1971 y que pasaba por la modificación de la normativa carcelaria y penitenciaria. Un código procesal penal, compañero del Código Penal de 1980, fue expedido en 1981, mediante el Decreto-ley 181 de 1981–que ya introducía instituciones como la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura–, pero fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia de la época (M.P. Medellín Forero), por lo que su vida jurídica fue efímera, fue derogado por el artículo 1º de la Ley 2º de 1982.

De allí que, durante los primeros años de la década del 80 y de la vida del Código Penal, coexistieron el código sustantivo renovado con un enfoque completamente diferente al de su inmediato antecesor, el código penal de 1936 –de clara estirpe positivista y cuyo eje central era el concepto de peligrosidad–, junto al régimen procesal heredado desde 1971, que era una especie de mixtura entre el sistema inquisitivo, que en su forma pura no separa las funciones de investigación y juzgamiento, y algunas tendencias acusatorias expresadas en la figura de los jueces de instrucción, que tenían la responsabilidad de adelantar la investigación de ciertos

delitos señalados taxativamente y de aquellos de conocimiento de jueces superiores y del circuito penal.

La escuela positivista y el peligrosísimo pusieron énfasis en las condiciones particulares del individuo infractor: Quien transgrede la ley penal es responsable y la dosificación de la pena depende de su grado de peligrosidad, que se mide de acuerdo con las actuaciones previas del individuo. El centro del derecho penal está en lo que es el individuo y no en las circunstancias que rodearon la ejecución del hecho delictivo.

Tal era el caso de los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado y delitos contra la fe pública: peculado, concusión, cohecho y prevaricato, en cuantía superior a 10.000 pesos; y, sin sujeción a cuantía, los de hurto y robo de automotores y de ganado, la extorsión y el chantaje.

Ley 2ª de 1984. Es el gran intento de la década por hacer una reforma integral a la administración de justicia. Intentos puntuales se habían puesto en práctica desde el momento mismo de la expedición del nuevo código penal; un ejemplo es la llamada Ley de Emergencia Judicial (Ley 22 de septiembre de 1980), que eliminaba conceptos previos del Ministerio Público para ciertas actuaciones procesales –antes obligatorios–, ordenaba el archivo de expedientes en los que hubieran transcurrido dos años sin que se identificara a un posible responsable y autorizaba excarcelaciones por no realización de audiencia pública, dentro del año siguiente a la formalización de la acusación correspondiente.

Los dos aspectos de mayor importancia considerados por la ley 2ª de 1984 fueron: Primero, la asignación a las autoridades de policía de la competencia para conocer de las lesiones personales cuya incapacidad no excediera de 30 días y de los delitos contra el patrimonio económico en cuantía inferior a treinta mil pesos, con su

correspondiente procedimiento especial más corto, y la creación de los jueces especializados junto con un procedimiento más expedito para investigar y juzgar a los responsables de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y de los delitos conexos con estos.

La asignación de competencia a las autoridades de policía es una opción clara en el sentido de dar un tratamiento diferente a la delincuencia de bagatela, extrayéndola de los despachos judiciales propiamente dichos. Sin embargo, en esta ocasión el experimento quedó trunco ya que la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable los numerales 2 y 3 del artículo 1º de la ley 2ª de 1984 que eran, justamente, los que hacían alusión a la competencia de las autoridades de policía sobre delitos contra el patrimonio y lesiones personales.

Segundo, la Ley 2ª de 1984 inauguró el uso de una herramienta de política criminal que marcó las decisiones legislativas de los años siguientes: la creación de un procedimiento especial y de funcionarios especializados para la investigación y juzgamiento de delitos íntimamente relacionados con la actividad de la delincuencia organizada.

Tales procedimientos extraordinarios empezaron para el secuestro extorsivo, la extorsión y el terrorismo y, más tarde, se extendieron a otras conductas típicamente asociadas al fenómeno del narcotráfico y de la insurgencia armada.

Este procedimiento especial, generalmente, incluyó la prohibición de otorgar libertad provisional y condena de ejecución condicional, así como la atribución de mayores facultades a los funcionarios de policía judicial.

En el caso de las disposiciones de 1984, se contempló la posibilidad de que personal de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, que no hicieran parte de la policía judicial de cada uno de esos cuerpos,

pudieran practicar diligencias.

Los jueces especializados tuvieron inicialmente una vigencia limitada a un período de seis años, es decir, hasta 1990. Sin embargo, fueron reproducidos o, mejor aún, mantuvieron su continuidad bajo la figura de jueces de orden público por la vía de decretos legislativos expedidos en virtud de facultades extraordinarias de Estado de Sitio y, finalmente, a través de su consagración definitiva en el Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) bajo el nombre de justicia regional.

Esta suerte de justicia de excepción sería la encargada de tramitar, básicamente, los procesos por tipos penales nuevos o por delitos cuyas penas fueron progresivamente agravadas, conductas que tenían estrecha relación con dos de los problemas que marcaron la vida de nuestra nación a lo largo de las dos décadas pasadas: el narcotráfico y la actividad de la insurgencia armada.

Otro aspecto interesante relacionado con el tratamiento de la libertad personal, regulado por el estatuto de 1984, es la modificación del régimen sobre la necesidad de librar orden de captura para oír en indagatoria a un imputado. Antes, esta posibilidad quedaba a criterio del funcionario instructor, mientras que en la reforma comentada se convertía en obligatoria para las conductas delictuales en ella señaladas, que eran algo más de 5.816.

Por otro lado, se introdujo la figura de los beneficios por colaboración eficaz al disminuir una parte de la pena al partícipe del hecho punible que aportara prueba que permitiera atribuir responsabilidad a otros implicados.

Para el problema de la congestión de los despachos se apelaba a la modificación de la competencia para conocer de delitos que parecían ocupar la mayor parte del trabajo de los funcionarios judiciales, pero que no significaban una gran lesividad o daño, como era el caso de la pequeña delincuencia representada en atentados de

ínfima cuantía contra el patrimonio económico o de las lesiones personales de poca gravedad.

La impunidad se atacaría por la vía de la creación de jurisdicciones ad hoc cuyo principal capital consistía en la especialización de los funcionarios de investigación y juzgamiento en las mayores atribuciones otorgadas a la policía judicial y en un procedimiento ágil y restrictivo; ordinariamente, las funciones de policía judicial son desempeñadas por personal adscrito a unidades especiales, de manera que no todos los miembros de las instituciones mencionadas tienen atribuciones de policía judicial.

Estaban incluidos algunos de los delitos de mayor ocurrencia a lo largo de las dos décadas: Homicidio, hurto calificado y agravado, fuga de presos, rebelión, concierto para delinquir, peculado por apropiación, terrorismo, secuestro extorsivo y tráfico de drogas o sustancias que produjeran dependencia física o síquica, entre otros, que se refieren al manejo de la libertad personal y de los términos procesales en favor del Estado, no del procesado. Los delitos objeto de jurisdicciones especiales serán, en términos generales, aquellos relacionados con la actividad de la gran delincuencia organizada o de la actividad subversora del orden estatal. Y para el hacinamiento carcelario, las decisiones fluctuarán entre mayor o menor posibilidad de adelantar los procesos sin privación de la libertad del investigado o para obtener subrogados penales como, por ejemplo, la condena de ejecución condicional.

Decreto 050 de 1987. Como ya se anotó, el experimento de descongestión fue abortado por la decisión de la Corte Suprema de Justicia y la expedición de un nuevo código de procedimiento que se ajustara al estatuto penal tampoco tuvo feliz término. Apenas hasta 1987 fue posible, nuevamente a través de facultades extraordinarias conferidas al Ejecutivo, expedir un estatuto que reorganizara y actualizara los procedimientos de investigación y juzgamiento vigentes desde 1971. El decreto 050 de 1987 empezó a regir el primero de julio de ese año. El régimen

penal de 1987 aclaró definitivamente la competencia de los jueces de instrucción criminal asignándoles la responsabilidad de conducir la investigación en los procesos de competencia de los jueces del circuito y de los jueces superiores. Creó los jueces de instrucción permanente que debían abocar el conocimiento inmediato de los delitos de su competencia y, uno de los aspectos de mayor importancia, aclaró las etapas del proceso que eran ambiguas en el régimen anterior, especificando los objetivos de la etapa de indagación preliminar.

Dicha decisión tuvo como efecto inmediato que no se abrieran expedientes en la etapa de investigación hasta tanto no se tuviera determinado un posible responsable, lo que explica el descenso en los datos sobre apertura de sumarios observado en ese año.

En 1993 se introdujo, además, una disposición que establecía la obligación de reportar información sobre las medidas de aseguramiento proferidas por la autoridad correspondiente a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal, con el objetivo de contar con elementos de juicio que permitieran hacer seguimiento al comportamiento y actividad de la administración de justicia penal en el tema del manejo de la libertad personal. Una vez más, la política legislativa en materia criminal fue registrada por los medios de comunicación como la “verdadera” solución a la crisis de la justicia.

El nuevo régimen procesal reorganizó la policía judicial y puso sus funciones de coordinación en cabeza del Dirección Nacional de Instrucción Criminal y no de la Procuraduría, como venía sucediendo. Otro aspecto llamativo fue la creación, por primera vez en el período, de un procedimiento abreviado para el caso en que existiera confesión simple o flagrancia. Este obviaba la etapa de investigación y comprimía los términos procesales a casi la mitad del tiempo normal. Teniendo en cuenta la experiencia fallida de la Ley 2ª de 1984, que consistió en asignar competencia sobre los pequeños delitos a las autoridades de policía, el nuevo código optó por la vía de conferirla a los jueces penales municipales sobre los

pequeños hurtos y las lesiones personales de poca gravedad.

A manera de resumen, las decisiones de mayor trascendencia adoptadas en este código fueron, por una parte, las relacionadas con la organización de los jueces de instrucción criminal y la racionalización de sus funciones y de su interacción con la policía judicial –en tanto fueron medidas que tendieron a mejorar los resultados de la labor de investigación judicial para atacar el problema de la impunidad–. Por otro lado, la determinación de los objetivos y términos de una etapa previa a la propiamente dicha de investigación, descargó a los despachos judiciales de un gran volumen de procesos iniciados sin la menor esperanza de poderse resolver y con múltiples restricciones legales para su archivo; la descongestión se intentaba por un cauce diferente al de la reasignación de la competencia de los delitos de bagatela.

Puede citarse, por vía de ejemplo, la legislación de excepción expedida en 1988, que se conocería como el “Estatuto para la Defensa de la Democracia” de la administración del presidente Virgilio Barco Vargas, en el que se afianzó la tendencia hacia el aumento de penas, se ampliaron las circunstancias de agravación punitiva y se crearon tipos penales suficientemente indeterminados, como para que muy variadas conductas pudieran cobijarse en ellos. También se modificaron y agilizaron los procedimientos para la investigación y juzgamiento de delitos propios de la delincuencia organizada y se ampliaron las funciones de la policía judicial. Estas decisiones pusieron los primeros cimientos de la justicia regional llamada, para este momento, justicia de orden público.

Conviene mencionar que, evidentemente, circunstancias de gran impacto para el orden público del país acompañaron o, mejor, desencadenaron la expedición de esa normativa paralela, que aparecerá como una constante en los años siguientes.

A lo largo de los últimos años de la década del 80 se gestaron los principales cambios institucionales que serían desarrollados tras la expedición de la

Constitución de 1991.

Las audiencias previas de conciliación, la ampliación de circunstancias en las que fuera posible extinguir el proceso penal por indemnización integral de los perjuicios causados, la competencia en todo el territorio nacional para los funcionarios de instrucción y las restricciones para conceder libertad provisional a los implicados por homicidio, rebelión, sedición, terrorismo y delitos conexos, fueron algunas de las medidas adoptadas con posterioridad al Código procesal de 1987 y que a la postre pasarían de ser legislación de excepción a convertirse en parte de la vida normal de la justicia penal colombiana.

La tendencia a fortalecer las herramientas para la investigación del gran delito, que incluían mecanismos de negociación de la responsabilidad y rebaja de penas por colaboración eficaz o delación junto a fuertes poderes asignados a la policía judicial, se acompañaron de intentos por abrir opciones para la resolución rápida de los pequeños delitos que continuaban ocupando un importante porcentaje del volumen total de los procesos tramitados.

2.2.2 Segunda Década: 1990-2000. La reforma a la justicia fue un tema crucial en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente. No solo por la congestión e impunidad, sino por la enorme vulnerabilidad que mostró frente a la arremetida de la que fue objeto ante el escalonamiento de la violencia que se vivió a lo largo de la década del 80. La Constitución de 1991 introdujo y desarrolló definitivamente un sistema que podría llamarse semiacusatorio en el país; al crear la Fiscalía General de la Nación como un organismo de la Rama Judicial que concentraría, finalmente, todas las atribuciones construidas a lo largo de la década anterior para fortalecer la labor de investigación y captura de los responsables de infracciones a la ley penal.

Algunos meses antes de la expedición del nuevo código procesal (Decreto 2700 de

1991), se tramitó la Ley 23 de 1991 que pretendió apuntar, una vez más, a la solución de la congestión judicial. La opción aquí ya no estuvo referida a limitaciones a la entrada de sumarios al sistema –como fue el caso del requisito de tener un posible responsable para poder abrir un sumario, en 1987–, sino, nuevamente, acudir al cambio de competencia para tramitar los delitos llamados menores. Así pues, delitos contemplados en el código penal de 1980, con impactos fuertes en la congestión judicial, fueron atribuidos a las autoridades de policía. Fue el caso, otra vez, de las lesiones personales con incapacidad que no superara los 30 días, el hurto simple, el hurto de uso, el hurto entre condueños y la estafa, cuyas cuantías no excedieran de 10 salarios mínimos legales mensuales.

Además, se creó un procedimiento que diferenciaba entre la captura en flagrancia del infractor y la necesidad de queja o “querrela de parte” del afectado para iniciar la acción, siempre que no se hubiera producido flagrancia, con tiempos procesales que, en teoría, no sobrepasaban los 30 días en total. Por regla general, el procesado debía ser dejado en libertad mientras se adelantaba el procedimiento y le eran aplicables las disposiciones del código penal sobre condena de ejecución condicional.

La ley 23 de 1991 permitía un tratamiento bastante laxo del pequeño delito en comparación con el fuerte sistema que desarrollaría el Código de Procedimiento Penal algunos meses después. La política criminal parecía tener cierta coherencia, al sacar del ámbito de una legislación restrictiva y gravosa a los pequeños infractores, reservando las energías del sistema semiacusatorio de amplios poderes, especialmente para el control de la criminalidad organizada.

La obligatoriedad de la queja del afectado para poder iniciar la acción penal puede entenderse como una manera de limitar el crecimiento de expedientes, a partir de establecer limitaciones a su entrada al sistema, mediante el requisito de procesabilidad del querellante legítimo.

La ley 23 de 1991 también se encontraría con el reparo constitucional frente al hecho de que autoridades administrativas tuvieran potestad para decidir sobre la libertad de los ciudadanos. Esta situación presionó su modificación, algunos años más tarde, por medio de la Ley 228 de 1995, más conocida como “Ley de Seguridad Ciudadana”. Esta devolvió el conocimiento de los pequeños delitos –técnicamente denominados contravenciones especiales– a los jueces penales municipales y, nuevamente, estatuyó un procedimiento especial que no sobrepasaba los 45 días.

El punto importante en la ley 228 de 1995 es que hizo más gravosas las condiciones del pequeño infractor, especialmente, a través de la instauración de la detención preventiva como la regla general y prohibiendo la aplicación de subrogados penales.

El procedimiento de la Ley 228 de 1995 para judicializar las conductas infractoras hacía diferencia entre aquellos casos en que había un imputado conocido, capturado en flagrancia, y aquellos en que no había sido posible individualizar o capturar a un eventual responsable. La flagrancia declarada por el juez penal o promiscuo municipal implicaba, en la Ley 228 de 1995, que la privación de la libertad del procesado debía continuar hasta el momento en que se celebrara la audiencia de juzgamiento. En cambio, la flagrancia en materia penal para delitos contra la propiedad (el hurto entre ellos), no necesariamente obligaba a mantener la privación de la libertad ya que existía la posibilidad de libertad provisional si se restituía el objeto hurtado o su valor y se indemnizaban los perjuicios ocasionados.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, para poner en práctica y organizar el nuevo diseño institucional, se expidió el Decreto 2700 de 30 de noviembre de 1991, que contenía el nuevo régimen procesal penal. Este estatuto haría una sistematización de la normativa dispersa existente, y convertiría en legislación permanente las fuertes disposiciones expedidas para enfrentar las situaciones de violencia y criminalidad explosiva de los 80. El procedimiento abreviado para confesión y flagrancia de 1987 desapareció, pero se desarrollaron

más profusamente los mecanismos de rebaja de penas por colaboración eficaz.

La justicia de orden público, junto con los mecanismos creados para hacer muy sólidas las atribuciones de investigación y control de los sindicatos (amplias atribuciones de policía judicial, cuerpo técnico especializado, reorganización y fortalecimiento del Instituto de Medicina Legal, definición de la situación jurídica del investigado como responsabilidad de la Fiscalía y sin control por el juez de conocimiento) se mantendrán, bajo el nombre de justicia regional.

El Decreto 2700 de 1991 fue objeto de variadas reformas tal y como había ocurrido con sus antecesores. La orientación de casi todas se dirigió a agravar o endurecer las condiciones de los inculcados, creando nuevos delitos o agravando las penas de los ya existentes, limitando las posibilidades para la aplicación de subrogados penales (condena de ejecución condicional y libertad condicional), eliminando la posibilidad de libertad provisional o asignando nuevas competencias a jueces especiales o a la justicia sin rostro. Un hito importante del período fue la eliminación definitiva de la institución del jurado de derecho (ley 58 de 1993), que era el último estertor dentro del proceso de marchitamiento de la participación del jurado de conciencia en la determinación de la responsabilidad penal en Colombia.

La reforma procesal más sistemática fue la Ley 81 de 1993 que afinó instituciones y corrigió algunos de los problemas técnico-legales detectados en el código de 1991. Otras reformas que merecen mencionarse son la Ley 360 de 1997 sobre delitos contra la libertad y pudor sexual que ajustó los procedimientos al incremento de penas, también contenido en ella, y que introdujo cambios en el código penal de 1980; y la Ley 365 de 1997, conocida como “ley para el control de la criminalidad organizada”, que modificó tanto el código de procedimiento como el código penal, haciendo más gravosas aun las condiciones para los delitos conexos con el orden público y el tráfico de estupefacientes.

Finalmente, se profirió la Ley 504 de 1999 por medio de la cual se consolidó el proceso de asimilación de la justicia regional por la justicia ordinaria y que suprimió o morigeró las disposiciones más odiosas del muy criticado régimen de la denominada “justicia sin rostro”.

Una disposición legal de gran impacto en la tendencia a aumentar las penas, propia del período, fue el Estatuto Antisecuestro (Ley 40 de 1993), que incrementó la pena para éste y otros delitos como el homicidio, que no podía aparecer con una dosificación penal inferior a la del secuestro. Dicha ley estableció penas máximas de sesenta años de prisión, el doble del límite establecido en el texto original de 1980, y creó más tipos penales difusos, es decir, que permitían la adecuación de muy variadas prácticas o conductas dentro de ellos.

La Ley 600 del 2000, mediante sentencia C-760 del 2001, declaró inexecutable el artículo 18 de dicha norma en que lo corresponde a la viabilidad de ser consultadas las sentencias y providencias interlocutorias; es decir, incluidas las sentencias condenatorias, pero las razones que dio al respecto en realidad no fueron sobre si dicha figura vulneraba o no derechos fundamentales, sino porque su aprobación se efectuó de manera irregular y en contravía de las normas pertinentes de la Constitución que establecen el trámite de las leyes ante el Congreso.

Cabe recordar que el artículo 18 de la ley 600 del 2000 consignaba: “Doble instancia. Las sentencias y providencias interlocutorias podrán ser apeladas o consultadas, salvo las excepciones que consagre la ley. **El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.** (Negrillas fuera del texto original corresponden a los apartes declarados inexecutables por la Corte Constitucional en la Sentencia C-760 del 18 de julio del 2001, Magistrados Ponentes Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda Espinosa).

2.2.3 Tercera Década: 2000 – 2010. El Acto Legislativo número 03 de 2002¹², introdujo el sistema penal con una marcada tendencia acusatoria, que si bien de una parte tiene por objeto la protección de bienes jurídicos de alta consideración en procura de obtener un orden social justo¹³, de otra, se cimienta en la protección y la garantía de los derechos fundamentales del implicado y de la víctima.¹⁴

Este Acto Legislativo trajo cambios “en ciertos artículos de la parte orgánica más no en la dogmática y, por tanto, se hace necesario interpretar las modificaciones por él introducidas teniendo en cuenta el principio de unidad de la constitución”¹⁵, lo que equivale a que las normas del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), deben comprenderse y aplicarse conforme a los derechos fundamentales y a los principios consagrados en la Constitución.¹⁶

El artículo 4° de la Constitución Política de Colombia dice que es “norma de normas”, recogiendo con tales expresiones la influencia del constitucionalismo norteamericano y las corrientes de pensamiento que en España encabezó el profesor Eduardo García de Enterría.¹⁷

2.2.4 Principales Modificaciones hechas por el Acto Legislativo 03 de 2002. Principalmente los vemos reflejados en los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-873 de 2003, C-996 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1200 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-1092 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis y C-013 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ COLOMBIA. Constitución Política. Preámbulo y artículo 2° de la C.P.

¹⁴ *Ibíd.*, Artículo 29

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-091 de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-062 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett, citada por la T-091/2006

¹⁷ La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Cívitas 1985.

2.2.5 Funciones de la Fiscalía General de la Nación en el marco constitucional¹⁸. Las variaciones que el Acto Legislativo introdujo a este artículo se concretan en lo siguiente:

- Se mantiene en la Fiscalía General de la Nación la función de adelantar el ejercicio de la acción penal y en consecuencia le corresponde investigar los hechos que tienen características de un delito, identificar sus autores y partícipes, y promover la acusación ante los jueces competentes.
- Crea la figura del juez con función de control de garantías
- Aunque la persecución penal sigue siendo una obligación constitucional para la Fiscalía General de la Nación¹⁹, se introduce la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal en aplicación del principio oportunidad, cuando así lo permitan circunstancias de política criminal, de conformidad con las causales previstas en el artículo 324 del Código de procedimiento Penal, atendiendo las directrices impartidas por el señor Fiscal General de la Nación (art. 330 Ley 906 de 2004)²⁰, previo control formal y material del juez de garantías.²¹
- Las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación se restringieron a eventos excepcionales, específicamente determinados en la Constitución y la ley. En ejercicio de las mismas, le corresponde asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, solicitando al juez que ejerce funciones de control de garantías la adopción de las medidas de aseguramiento a que haya lugar.

Esta norma constitucional, prevé la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación excepcionalmente pueda ordenar capturas con los límites y en los eventos indicados en la ley. Tal facultad se desarrollaba por los artículos 2 y 300 de la Ley

¹⁸AVELLA FRANCO, Op. Cit, p. 88

¹⁹Constitución Política. Arts. 250 y 66; Ley 906 de 2004. Art. 333

²⁰Resoluciones Nos. 0-6657 y 0-6658 del 30 de diciembre de 2004

²¹COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979/05. MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

906 de 2004, disposiciones que fueron declaradas inexecutable por las sentencias C-730, C-799 de 2005; y C-1001 de 2005, respectivamente.

Sin embargo, la Ley 1142 de 2007²², por su artículo 1º, reformó el 2º de la Ley 906 de 2004 modificando su inciso tercero, de tal manera que queda abierta la posibilidad de captura excepcionalmente ordenada por la Fiscalía General de la Nación al decir que en todos los casos se solicitará el control de legalidad de la misma al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes. Igualmente, por el artículo 21 de la mencionada ley se restableció en el 300 de la Ley 906 de 2004, la facultad excepcional para que el Fiscal General de la Nación o su delegado pueda expedir orden de captura, escrita y motivada, en los eventos en que proceda la detención preventiva y en las circunstancias particularísimas que describe la norma, en la pretensión de ajustar la facultad de ordenar aprehensiones por parte del ente acusador, a las directrices constitucionales plasmadas en las providencias que se citaron en el párrafo anterior.

- El ente acusador está facultado para ordenar, en el curso de las investigaciones, registros, allanamientos, incautación de bienes e interceptación de comunicaciones, sometiendo a control judicial posterior los motivos fundados que sirvieron de base para decretarlas, junto con la orden y los resultados, dentro de las treinta y seis horas siguientes.
- La Fiscalía General de la Nación deberá asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. De ser necesaria la imposición de medidas adicionales que afecten los derechos fundamentales, se debe obtener la autorización del juez de control de garantías.

²²COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1142 (junio 28) de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Diario Oficial No. 46.673 de 28 de julio de 2007

- Con el escrito de acusación se inicia la fase del juicio, caracterizada por la oralidad, la contradicción, la concentración y la inmediación de las pruebas.
- A solicitud de la Fiscalía General de la Nación, presentada en cualquier momento, le corresponde al juez de conocimiento precluir las investigaciones cuando no exista mérito para acusar. Durante la etapa de juzgamiento y solo por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o por inexistencia del hecho investigado, la defensa y ministerio público podrán hacer la misma solicitud.
- Le corresponde al juez de conocimiento ordenar, a solicitud de la Fiscalía, las medidas judiciales para asistir a las víctimas, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con la conducta punible²³
- El numeral 7º del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, asignó a la Fiscalía General de la Nación la facultad de velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal. Ahora bien, el numeral 6º del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, asigna de manera concreta a la Fiscalía la atribución de velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que pretenda presentar.

Entre tanto la protección de los testigos y peritos de la defensa está cargo de la Defensoría del Pueblo, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la providencia C-592 de 2005, en la al respecto señaló:

En reiteradas oportunidades, la Corte se ha pronunciado en

²³ En las fases de indagación e investigación, es el juez de control de garantías quien a solicitud de la Fiscalía, la víctima (C-209/07) o del Ministerio Público, en audiencia preliminar, tiene la potestad de adoptar las medidas necesarias para la protección de las víctimas y los testigos (art. 154-2 de la Ley 906 de 2004, reformado por el artículo 12 de la Ley 1142 de 2007)

relación con las finalidades y funciones tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Defensoría del Pueblo. Se ha recordado que el Constituyente diseñó el marco general de acción para cada uno de estos órganos, asignó funciones y atribuciones expresas para garantizar la efectividad de las funciones que cada uno cumple. Esto no significa, sin embargo, que las funciones constitucionales atribuidas a cada uno sean las únicas que pueden desarrollar estos órganos, como quiera que de acuerdo con los numerales 9 del artículo 250 y 8 del artículo 282 de la Carta, la ley puede conferirles nuevas atribuciones. El análisis del artículo 282 superior lleva a la conclusión que el numeral 8° de esta disposición señala claramente que la enumeración de las atribuciones de la Defensoría del Pueblo realizada por el Constituyente, no es taxativa, pues se permite al legislador otorgarle competencias adicionales a las que allí se señalan. En tanto al Defensor del pueblo compete orientar e instruir en el ejercicio y defensa de sus derechos a los habitantes en el territorio colombiano y a los colombianos en el exterior, no resulta para nada alejado del cumplimiento de dicha función la asignación de competencias en materia de protección de testigos y peritos que una persona pretenda hacer valer para asegurar su defensa.²⁴

La función de salvaguardar la seguridad de los miembros del jurado y jueces, le fue asignada, por la norma legal en comento, al Consejo Superior de la Judicatura, con lo cual y a pesar de la aparente contradicción con la norma constitucional, la línea jurisprudencial a que se hizo referencia, también aquí, impone concluir que es entonces al ente rector de la judicatura al que le corresponde aquella función.

- A diferencia de lo establecido antes de la modificación, no está obligada la Fiscalía General de la Nación a investigar lo favorable al procesado. Con todo, si en el curso de la gestión investigativa encontrare elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida favorable al acusado, es deber del fiscal del caso mencionarlos en el documento anexo al escrito de acusación.²⁵

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592 de junio 9 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1154 de 2005. M.-P. Manuel José Cepeda Espinosa

2.2.6 Funciones especiales del Fiscal General de la Nación. El Acto Legislativo introdujo en el numeral 3, modificatorio del artículo 251 de la Constitución Política, la posibilidad de que el Fiscal General de la Nación asuma directamente las investigaciones y procesos, sea cual fuere la etapa procesal en que se encuentren. Le atribuyó la facultad de asignar y desplazar libremente a sus servidores en los casos que adelanten; y, en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía, la potestad de fijar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados.

2.2.7 Características del sistema penal de tendencia acusatoria

Rasgos del sistema acusatorio. Los Estados históricamente han transitado por diversos sistemas de enjuiciamiento penal, que por sus características esenciales se han clasificado básicamente en dos modelos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo.²⁶

Respecto del segundo, debe significarse su adopción por estados de condiciones antidemocráticas, dictatoriales y despóticas, que utilizaron el sistema penal como herramienta para la perpetuación del poder, matizado esencialmente por la circunstancia de ser el ente encargado de investigar las conductas delictivas, el mismo que ejercía las funciones de acusación, de juzgamiento, de imposición de la pena y su ejecución.

La escrituralidad, el secreto, la permanencia de la prueba y entre éstas la de confesión lograda mediante la tortura, en los famosos juicios de Dios, eran sus las notas diferenciadoras.

Desde las antiguas Grecia y Roma, en donde tuvo sus orígenes, el sistema

²⁶ Son estos los paradigmáticos, pero también se han catalogado otros como de carácter mixto, con inclinaciones hacia uno u otro.

acusatorio se aprecia en estados democráticos, y de su condición esencial es el hecho de que la acusación es función perfectamente diferenciada de la de juzgamiento, y que la defensa tiene reales posibilidades de hacer efectivas sus aspiraciones.

Junto a la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, la oralidad, la publicidad, la realización de la prueba en juicio y la imparcialidad del juez, son las condiciones más connotantes del sistema acusatorio.

Se impone reconocer que en nuestro país imperaron sistemas de corte inquisitorial, que fueron cediendo espacio, precisamente por el constante reconocimiento de derechos fundamentales establecidos en la Carta, que debían reflejarse en el proceso penal, hasta concluir, especialmente por vía jurisprudencial, en la constitucionalización del proceso penal.

Fue así como con ocasión de la entrada en vigencia de la Carta de 1991, se perfilaron sistemas procesales (D. L. 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000) con alguna tendencia acusatoria hasta arribar a la modificación sustancial que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002, desarrollado por la Ley 906 de 2004 que contiene el nuevo código de procedimiento penal, adoptándose un sistema con preferente adscripción acusatoria.

Para entender la estructura del sistema penal acusatorio, es necesario considerar las características básicas de los sistemas procesales penales de origen anglosajón y continental europeo, como quiera que varios de los institutos que lo fundamentan, se inspiraron en ellos.

Es importante recordar, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, que

... en la interpretación del nuevo Código de Procedimiento Penal,

se debe partir de la premisa de que la estructura del mismo adoptada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no corresponde exactamente a ningún modelo puro. La anterior aseveración encuentra respaldo adelantando un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo, que resalta las características propias que presenta nuestro sistema procesal penal, sistemas extranjeros que podrán ser tenidos en cuenta solo como un elemento de juicio, de apoyo o de conocimiento para la comprensión del nuevo sistema procesal penal.²⁷

2.3 SISTEMA CONTINENTAL EUROPEO

Respecto a las características de este sistema la Corte Constitucional en la citada sentencia C-591 de 2005, manifestó: "...los modelos procesales penales de ascendencia continental europea, si bien presentan ciertas particularidades, se rigen por ciertos principios comunes del sistema acusatorio, como pasa a explicarse.

- a) En algunos países, la Fiscalía hace parte de la rama judicial. En Alemania, por el contrario, es una autoridad independiente, es decir, no hace parte de la rama ejecutiva ni de la judicial.²⁸ De allí que, como afirma Roxin²⁹, la Fiscalía no puede ser equiparada, de manera alguna, a un juez; pero tampoco es una autoridad administrativa. Así pues, dado que se le confía la administración de justicia penal, su actividad, al igual que la del juez, no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino que se encuentra vinculada a los valores jurídicos, esto es, a criterios de verdad y justicia. En consecuencia, un fiscal no puede ser obligado por su superior jerárquico a sostener una acusación o a dejar de perseguir a un sindicado (sic).

- b) En consonancia con lo anterior, el fiscal no es técnicamente una "parte procesal". De allí que no sólo debe reunir material de cargo contra el imputado,

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁸ ROXIN, Claus. Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal, Buenos Aires; Editorial: Rubinzal - Culzoni Editores, 2004.

²⁹ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Edit. Del Puerto, 2000, p. 53.

sino que es su obligación “investigar las circunstancias que sirvan de descargo”.³⁰

- c) De igual manera, la Fiscalía, en principio, está obligada a acusar ante la ocurrencia de hechos punibles, en virtud del principio de legalidad. En consecuencia, es el principio de legalidad y no criterios de conveniencia, el que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal. De igual forma, aquél sólo puede terminar anticipadamente en los casos en que así expresamente lo señale la ley, sin que tal decisión pueda depender de la discrecionalidad de funcionario alguno.³¹ No obstante, en países como Alemania, con fundamento en el principio de oportunidad, la Fiscalía puede decidir sobre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando la investigación conduzca, con cierto grado de probabilidad, al resultado de que el sindicado (sic) cometió un delito. Con todo, es la ley, la que establece los casos en los cuales resulta aplicable el mencionado principio.³²
- d) Existe una clara distinción de las funciones de acusación y juzgamiento en órganos distintos. Así, el sistema se estructura sobre una contienda entre dos partes, acusador y acusado, resuelta por un funcionario judicial independiente e imparcial.
- e) Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, “que disponga de las mismas

³⁰Ibíd., p. 53.

³¹ CORDÓN MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal, Navarra, 2002, p. 21.

³² La STPO de 1987 (Ordenanza del Proceso Penal) establece las siguientes causales de procedencia el principio de oportunidad cuando (i) el reproche por el hecho es insignificante y no existe interés alguno en la persecución penal; (ii) el interés en la persecución puede ser satisfecho de otro modo; (iii) el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal; y (iv) existen intereses estatales prioritarios.

posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”.³³

- f) El juicio está regido por los principios de oralidad, publicidad y celeridad. Así, todo lo que sucede en el proceso, bien sea el interrogatorio del testigo, la producción de la prueba o los alegatos, deben ser llevados a cabo oralmente. De igual manera, la etapa de juzgamiento es pública, con determinadas restricciones, con el propósito de consolidar la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia; e igualmente, el juicio se debe llevar a cabo en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta que un proceso penal afecta severamente los derechos fundamentales del sindicado (sic), y asimismo, la efectividad de los medios de prueba disminuye con el transcurso del tiempo.³⁴
- g) En materia probatoria, se presentan ciertas diferencias entre los sistemas acusatorios de unos y otros países. Así, en Italia, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; en tanto que en Alemania, no existe una regla de exclusión general y el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba.
- h) En lo que concierne a los juicios en ausencia, el Código Procesal Penal Alemán, en su artículo 276 dispone “Un inculpado se considera ausente si su residencia es desconocida o si reside en el extranjero y su comparecencia ante el tribunal competente no es factible o apropiada”, y más adelante, el artículo 285 reza “Contra el ausente no tendrá lugar ninguna vista oral”.³⁵

³³ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. STC 90/ 1994.

³⁴ ROXIN, Claus, Op. cit., p. 116.

³⁵ ALEMANIA. CÓDIGO PENAL STGB Y CÓDIGO PROCESAL PENAL STPO, Emilio Eiranova Encinas (Coord.), Madrid, Ed. Marcial Pons, 2000, p. 186.

2.4 SISTEMA ANGLOSAJÓN

En cuanto a este sistema, la misma Corporación señala sus aspectos más importantes, así:

a) Los fiscales federales son funcionarios del poder ejecutivo que dependen directamente del Fiscal General de los Estados Unidos o “Attorney General”, quien fija las pautas básicas que van a orientar a sus subalternos en la persecución de delito³⁶ y responde políticamente por las actuaciones del órgano de investigación.³⁷ Se trata, por tanto, de una estructura rígida y jerarquizada.”

“b). Las órdenes de arresto son emitidas por un juez con base en una “causa probable”, la cual, según exigencia de la Cuarta Enmienda constitucional, debe estar apoyada en una declaración jurada. Una vez la persona es capturada, en el menor tiempo posible, es llevada ante el juez para la realización de una vista preliminar, durante la cual es informada de sus derechos constitucionales, se le hace saber que tiene derecho a reclamar la realización de una audiencia preliminar, el fiscal o “prosecutor” expone los motivos que justifican privar de la libertad al ciudadano, y finalmente, el juez decide si concede o no, bajo fianza, la libertad al indiciado.³⁸

En efecto, el Código de Procedimiento Penal de los Estados Unidos prevé la acusación formal (“Indictment”) por el “Gran Jurado” integrado por ciudadanos civiles, propósito con el cual el fiscal presenta evidencia ante el mismo en audiencia reservada. Cuando aquel –el Gran Jurado– determina que hay causa probable para ello, emite la acusación formal. Con base en el Indictment, el juez o la oficina administrativa de la corte (“Clerk’s Office”), emite la orden de arresto. No se requiere entonces que también el juez encuentre causa probable; Tampoco es necesario, en ese caso, celebrar la audiencia preliminar (“preliminaryhearing”).

“c) Dentro del término de 15 días se debe realizar una audiencia preliminar o “preliminaryhearing”, cuyo objeto consiste en que el fiscal someta a consideración del juez los cargos que considera suficientes para llevar al ciudadano a juicio. Al

³⁶ TAPPAN, Paul W., *Criminal Procedure*, Boston, 1990

³⁷ HENDLER, E. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 1996.

³⁸ CARP, Robert. *Judicial Process in América*, Universidad de Houston, 1990.

término de la audiencia, el funcionario judicial decide si el Estado ha satisfecho o no el requisito de demostrar, prima facie, que existen razones para considerar al imputado responsable del delito en cuestión, caso contrario ordenará retirar los cargos y la inmediata libertad de aquél.”

Cuando no se ha emitido Indictment, y el acusado es arrestado con base en declaración jurada, la audiencia preliminar (“preliminaryhearing”) se celebra dentro de los 10 días del arresto si la persona está encarcelada y dentro de los 20 días si la persona no está privada de la libertad.³⁹

d) Antes del juicio, la defensa tiene el derecho a requerirle al fiscal que descubra las pruebas exculpatorias, figura conocida como “discovery”⁴⁰, con el propósito de garantizar la vigencia del principio de igualdad de armas. De igual manera, el fiscal puede realizar concesiones o “pleabargaining” al sindicado (sic), a cambio de la aceptación de su responsabilidad, lo cual implica renunciar a su derecho a un juicio. Los beneficios suelen consistir en una rebaja de pena o en la imputación de menos cargos. Una vez acordada la negociación debe serle comunicada al juez.”

En efecto, de acuerdo con la Regla 16 del Código de Procedimiento Penal de Estados Unidos el fiscal debe descubrir a la defensa no solo las pruebas o informaciones exculpatorias, sino además otros tipos de evidencias, incluso declaraciones del acusado, sus antecedentes, etc.; también tiene que identificar los documentos y objetos que intentará usar en el juicio oral y, en algunos casos, un resumen del testimonio anticipado del perito que el fiscal va a llamar como testigo en el juicio oral.

e) La siguiente etapa procesal, es decir, el juicio oral y público, tiene su fundamento

³⁹ ESTADOS UNIDOS. Código de Procedimiento Penal. Regla 5.1(c).

⁴⁰ A partir del caso Brady vs. Maryland, la cláusula constitucional del debido proceso obliga al fiscal a revelarle a la defensa toda evidencia que tenga en su poder, así sea favorable al acusado. Ver al respecto, Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto Brady vs. Maryland, 373, U.S. 83 (1963).

en la VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se haya cometido el delito”. Este derecho se extiende no sólo al acto del juicio propiamente sino a otras etapas procesales similares a éste;⁴¹ pero, desde hace más de un siglo ha quedado establecido que dicha cláusula constitucional no se aplica para delitos menores o “pettycrimes”.⁴²

Con todo, el derecho de ser juzgado por un jurado solo aplica a la etapa del juicio oral y no a las audiencias preliminares.

f). El juicio se inicia con los alegatos del fiscal y continúan con aquellos de la defensa. Se trata, simplemente, de presentarles al juez y a los miembros del jurado, el respectivo caso. Posteriormente, cada una de las partes aportará sus pruebas, tendrá derecho a contrainterrogar o “crossexamination”, y además, de conformidad con la Enmienda Sexta constitucional “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a carearse con los testigos”⁴³. Cabe señalar que el juez preside el debate, ya que se entiende que son las partes quienes deben presentar sus pruebas y argumentaciones.

Luego de la rendición del veredicto⁴⁴, el juez pronunciará inmediatamente su fallo, en el sentido de absolución o culpabilidad.”

Oportuno es indicar que en juicios con jurado, es este (no el juez) el que determina la culpabilidad o la absolución. Las reglas de procedimiento penal autorizan al juez a anular un veredicto del jurado de culpabilidad cuando el juez determina que la

⁴¹ ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA. Asunto Waller vs. Georgia, U.S. 39, 1984.

⁴² CHIESA APONTE. Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edit. Forum, 1995, p. 187.

⁴³ Ver al respecto, Corte Suprema Americana, asunto Chambers vs. Mississippi, 410 U.S. 204 (1973).

⁴⁴ HASTIE, Reid. La institución del jurado en los Estados Unidos, Madrid, Civitas, 1983.

prueba admitida en el juicio oral es insuficiente para soportar un fallo de culpabilidad.⁴⁵ Este es un poder extraordinario que los jueces usan excepcionalmente. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha clarificado que un veredicto se puede anular por el juez solo cuando, “después de mirar la evidencia de la manera más favorable a la fiscalía, ningún juzgado razonablemente pudiera encontrar los elementos esenciales del delito más allá de duda razonable.” (Jackson v. Virginia, 443 U.S. 307, 319 1979).

g) Se trata de un proceso adversarial o “adversarial system”⁴⁶ entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un acusador, quien pretende demostrar la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia.”

En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes y se aplica la regla de exclusión entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio,⁴⁷ de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* como doctrina del árbol envenenado o “fruits of the poisonous tree”, la cual ha venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado,⁴⁸ fuente independiente⁴⁹ y descubrimiento inevitable.⁵⁰

i). En lo que concierne al principio de oportunidad, en el sistema americano el fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación, por razones tales como la causa probable, la insuficiencia de la prueba o la victimización

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS. Código de Procedimiento Penal de, Reglas 29, 30.

⁴⁶ PIZZI, William. *Trials with out Truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to build it*, Tecnos, 1999, p. 60.

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS. CORTE SUPREMA, asunto *United States vs. Calandra*, 414, U.S. 338 (1974).

⁴⁸ ESTADOS UNIDOS Corte Suprema, asunto *Nardone vs. United States*, 308, U.S. 388 (1939).

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS Corte Suprema, asunto *Silver thorne*, 251 U.S. 385 (1920).

⁵⁰ ESTADOS UNIDOS Corte Suprema, asunto *Nix vs. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

innecesaria del ofendido”.⁵¹

Conclusión

La Corte Constitucional, luego de la comparación de los esquemas continental europeo y anglosajón respecto del sistema acusatorio adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante la ley 906 de 2004, concluyó:

(...) la realización de un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo evidencia, una vez más, que el nuevo modelo procesal penal colombiano no se adscribe a ninguno de los anteriores sino que por el contrario presenta numerosas e importantes particularidades, que es preciso tener en cuenta al momento de interpretar la Ley 906 de 2004⁵².

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sobre el particular ha expresado lo siguiente:

Tal parangón posibilita de inmediato reconocer que el modelo de justicia bajo el régimen acusatorio insertado en la realidad procesal nuestra parece tener un predominante origen en aquellos sistemas continentales europeos, como que sigue siendo ostensible el predominio del principio de legalidad ejercido por el juez, que se hace manifiesto en la determinación del cambio de radicación de un proceso, la definición de la conexidad y de competencia, el decreto de medidas cautelares sobre bienes, el control de las medidas asegurativas y sobre la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, o sobre el escrito de acusación, mediando en el descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas, o interrogando a los testigos, o en relación con la aprobación de los preacuerdos y negociaciones celebrados entre Fiscalía y acusado que puede rechazar si advierte vulneración de “garantías fundamentales”, además de decidir sobre la pertinencia y admisibilidad de pruebas que se han de llevar al juicio, asistiéndole inclusive la posibilidad al juez de control de garantías –no así al de conocimiento-, de decretar

⁵¹VITALONE, Claudio. La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad, Nápoles, 1991, citado por O.J. Guerrero, Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, 2005, p. 143.

⁵²COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

pruebas de oficio en defensa de los derechos y garantías⁵³.

El proyecto presentado a la Comisión Permanente Constitucional que sirvió de base para sus trabajos y luego para la expedición de la Ley 906 de 2004, fue basado en el Código de Procedimiento Penal de Puerto Rico cuya tendencia es anglosajona.

Es igualmente necesario recordar que frente a específicos temas como el de la cláusula de exclusión, la propia Corte Constitucional ha reconocido que nuestro sistema procesal ha tomado fuente en la jurisprudencia norteamericana.⁵⁴

La aproximación al carácter adversarial del sistema⁵⁵ y al de igualdad de armas, se ha reafirmado también por el Tribunal constitucional, así como la condición imparcial del Juez de Conocimiento y su imposibilidad de ordenar pruebas de oficio⁵⁶.

Otro tanto ocurre frente al tema del descubrimiento de evidencia y la posibilidad de recaudarla y hacerla valer en juicio por parte de la defensa, tal como lo describe la Corte Constitucional en la sentencia C-1194/05 en la que a pie de página sobre el particular expresa

La doctrina especializada ubica el origen de la figura en el diseño procesal norteamericano, particularmente en el proceso *Roviaro Vs United States*, del que conoció la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ante la necesidad de que la defensa tuviera oportunidad de producir evidencias a su favor, la Corte Suprema estableció que, en aplicación del principio de justicia procesal (*fairness* – *ecuanimidad* - *igualdad de armas*), la Fiscalía estaba obligada a revelar la identidad de un testimonio que adujo como prueba de cargo. Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia ha extendido los alcances del principio buscando que la Fiscalía

⁵³ COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Cas. Julio 27 de 2007, Proceso 26468 M.P. Alfredo Gómez Quintero.

⁵⁴ COLOMBIA. Sentencia.SU-159 de 2002, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁵ Al afirmarse la improcedencia de la intervención de la víctima, en la práctica de la prueba, aduciendo que de admitirse se resquebrajaría la esencia del sistema acusatorio al constituirse aquella en un segundo acusador, se reafirma, en nuestra manera de entenderlo ese carácter adversarial, la definición de roles y el principio de igualdad de armas, en la sentencia C-290 de 2007.

⁵⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 de 2007.M.P. Marco Gerardo Monroy

revele información y evidencia relevante para el proceso, siempre y cuando la misma no esté sujeta a una reserva específica. Entre las decisiones más importantes en la materia figuran Money Vs Holohan 294 U.S. 103 (1935); Brady Vs Maryland, 373 U.S. 83 (1963) y United States Vs. Agurs, 427 U.S. 97 (1976)⁵⁷

De manera que si bien, la estructuración de algunos institutos permite deducir alguna tendencia al sistema continental europeo, como por ejemplo el principio de oportunidad reglado, queda claro que otros encuentran importante fuente en el sistema anglosajón. Las opiniones que se inclinan por sostener que la tendencia de las reformas legislativas más recientes de los países llamados democráticos, es a procurar la armonía de los sistemas jurídicos tradicionales⁵⁸

Tal vez, lo prudente será reconocer que el nuestro es un proceso penal a la Colombiana, aunque en el cometido hermenéutico lo recomendable sea, cuando así se precise necesariamente, recurrir al método Teleológico e histórico de interpretación, si es que otros como el gramatical, el sistemáticos y el de intereses y consecuencias, no resulten suficientes (tal vez todos de manera concomitantemente), para escudriñar el origen del respectivo instituto, pero siempre sin perder de vista, como lo han reiterado nuestras cortes, el papel especial que le corresponde al Fiscal Nacional, en el andamiaje de nuestra administración de justicia y por ello se hace fundamental que este organismo desarrolle a cabalidad los postulados constitucionales.

Aunque este sistema ha trazado una nueva línea de objetivos para el Fiscal a la hora de investigar, porque le es exigible una predisposición especial, toda vez que no le es aplicable el principio de investigación integral, “el fiscal únicamente tiene la obligación de investigar aquellas circunstancias que le permitan sostener una acusación ante el juez penal, lo que significa que el acusador debe estar

⁵⁷ GUERRERO PERALTA, Op. cit. p. 282.

⁵⁸ El Testigo de Referencia en el Proceso Penal: aproximación a las soluciones angloamericanas. Universidad de Alicante, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

absolutamente convencido de la responsabilidad penal del acusado para realizar adecuadamente su labor y con eso sostener una acusación.

Pero, en esa búsqueda de la verdad, de la certeza de la responsabilidad de acusado, es necesario que también busque lo favorable al inculpado, pues de no hacerlo estaría incumpliendo a su responsabilidad y objetividad. ¿Cómo se llega a la verdad si se deja de lado la búsqueda de las razones que mantienen la presunción de inocencia incólume?

La respuesta a este interrogante la encontramos en los postulados que rigen a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, veamos:

La actividad investigativa y acusadora del fiscal debe estar guiada por una serie de principios rectores que modulan la actividad procesal como los de lealtad, objetividad y corrección. De acuerdo al primero, “Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe” (Art.12 C.P.P.)

En virtud del segundo, “La Fiscalía General de la Nación (...) adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución y la ley” (Art.115 C.P.P.). Conforme al tercero, “En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia” (Art. 27 C.P.P.). Entonces para que haya un debido, responsable, leal, objetivo desarrollo de la actividad investigativa no se puede parcializar las pesquisas a la recolección de evidencias que culpen al indiciado, sino debe ir más allá para tener la certeza de su responsabilidad.

3. PRINCIPIOS Y GARANTIAS QUE SUSTENTAN EL SISTEMA ADVERSARIAL DE PARTES

El Derecho Penal y el procesal penal, no comienzan en los códigos sino en la Constitución y la jurisprudencia constitucional diseñada por las altas cortes. Por esta razón, la validez de las disposiciones de los códigos Penal y de Procedimiento Penal, así como la validez de sus interpretaciones, están condicionadas a que sean compatibles con lo que establece la norma superior, de acuerdo a las interpretaciones y fijaciones de alcance y de sentido que de ella haga la jurisprudencia constitucional⁵⁹.

3.1 CONCEPTO

Como lo han precisado varios autores; es necesario hacerla distinción entre PRINCIPIOS y GARANTIAS, los primeros entendidos como el conjunto de normas constitucionales con incidencia en el proceso que afectan el ritual y determinan el comportamiento correcto en la persecución estatal, mientras que las garantías se suelen identificar con el conjunto de normas que amparan a los ciudadanos frente al poder de persecución penal.⁶⁰ Son estos derechos, los que en su contenido combinan un elemento formal: la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la prioridad de un elemento material: la esencialidad e inalienabilidad del derecho fundamental para la persona⁶¹.

Los principios son, ante todo, fuente, origen y fundamento de aquello a que se refiere. Por ellos comienza una cosa o un conocimiento.

⁵⁹ BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo Op. cit., p..234

⁶⁰ GUERRERO PERALTA. Oscar Julián, Op.cit., p. 29

⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-001 DE 1992, MP. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia SU-225 DE 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón

Los arts. 1 a 13 del C.P. contienen con el carácter juridicopositivo de “normas rectoras”, de nuestra legislación penal. Por su fundamental sentido rector o director y también porque varios de esos preceptos (legalidad, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) poseen el carácter de principios del derecho penal colombiano y elementos del concepto general e institucional del delito en nuestro medio, esas normas contienen el marco irrebasable de referencias formales y las directrices básicas del contenido material de la teoría del delito en Colombia. La teoría del delito, pues, comienza con los principios rectores y solo puede moverse dentro de ellos. A su lado hay que incluir los derechos humanos internacionales, base mínima de justicia social y seguridad jurídica (formal y material) para la legitimación de un orden jurídico-político.⁶²

Aunque parezca una perogrullada, se parte del axioma de que, frente a este título inicial del Código y las normas constitucionales e internacionales que lo adoban, no hay derecho penal ni dogmática penal por fuera de los principios rectores positivos ni contra estos.⁶³

Los principios rectores son a su vez, en términos generales, decantaciones que la doctrina, descubre y formula a partir del examen inductivo de las distintas instituciones penales, ampliadas y consolidadas a veces por el derecho penal comparado. Son inferencias generalizantes que los juristas efectúan como culminación de sus análisis, a guisa de conclusiones abstractas, a fin de mostrar los criterios supremos en que descansa la legislación penal, los fundamentos que subyacen a su texto. Los principios rectores son, en fin, pautas superiores y abstractas, generales e inductivas en que descansan las diversas normas e instituciones del derecho penal positivo, y que los doctrinantes proponen como guías

⁶² FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. Los Derechos humanos como barrera de contención y criterio auto-regulador del poder punitivo, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez num. 26/27, 1986/87, U. de Granada, y NFP, No. 39, Medellín, 1988, y A. BARATTA, “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en NFP, núm. 34, págs. 421 y ss.

⁶³ FERNANDEZ CARRASQUILLA, J. Derecho Penal Fundamental, Tomo II, Edit. Temis, 1989, págs. 1 y 2.

para la interpretación de las mismas. Ellos facilitan la tarea interpretativa y la dotan de mayores inteligibilidades y armonía sistemática.

Por su parte, el profesor alemán Robert Alexy⁶⁴, refiriéndose a la distinción existente entre principios, reglas y valores, sostiene:

El punto decisivo para la distinción entre Reglas y Principios, es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes'. Por lo tanto, "los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas'. En cambio, 'las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no'.

Por ende, 'si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos'. Por lo que, 'las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia es cualitativa y no de grado. Toda norma o es o bien una regla o un principio⁶⁵

A su vez, al establecer la diferencia entre principios y valores, sostiene el citado profesor de la Universidad de Kiel que: "Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización.

En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico"⁶⁶. Así, mientras que los valores son conceptos meta jurídicos que se mueven en un plano netamente axiológico, es decir, expresan en sí mismo algo bueno, estableciendo un catálogo de fines y por lo cuales se deba derivar el sentido de las demás normas jurídicas. Los principios, a contrario

⁶⁴ ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86 y 87.

⁶⁵ Ídem, Ob. cit., p. 87 - Nótese que la distinción presentada por el profesor Robert Alexy dentro de su "Teoría de los Derecho Fundamentales", como el bien afirma, se parece a la de Ronald Dworkin (Cfr. DWORKIN, Ronald. "Taking Rights Seriously, 2ª edición, Londres 1978)- pero se diferencia de ella en un punto esencial, es decir, en la caracterización de los principios como mandatos de optimización: Para una discusión con Dworkin, Cfr. ALEXY, Robert. "Zum Begriff des Rechtsprinzips",p.59

⁶⁶ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 141

sensu, entendidos como conceptos deontológicos, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos, estableciendo igualmente fines pero bajo una estructura jurídica interna completa, es decir, bajo prescripciones jurídicas que pese a ser generales, por ser normas que establecen un deber ser más específico, suponen no sólo una delimitación política y axiológica, sino también, una marco de interpretación tanto para el Legislador como para el Juez Constitucional.⁶⁷

Ahora bien, pese al reconocimiento que de los “Principios” hace Alexy como mandatos de optimización del ordenamiento jurídico y de la vida social que éste regula. Es preciso indicar tal y como bien lo afirma el profesor Juan Fernández Carrasquilla⁶⁸, que:

Esta caracterización de los principios jurídicos como ‘mandatos de optimización’ cuyo cumplimiento se satisface en todo caso con ‘la mayor aproximación posible’ al ideal que se expresa en su valor, no está libre de objeciones, al menos para todos los principios. Atienza y Ruiz Manero, por ejemplo, enumeran seis (6) acepciones de ‘principio jurídico’⁶⁹, de entre las cuales nos interesa destacar aquí dos (2), a saber: i) El principio como directriz o norma programática, que expresa un ideal de realización progresiva e inagotable que, por consiguiente, sólo puede cumplirse en mayor o menor medida, pero que manda ser cumplido u obedecido siempre en la mayor medida que las circunstancias permitan, y ii) Los principios en sentido estricto, que son los que expresan o condensan ‘valores superiores del ordenamiento jurídico’ y poseen la virtud de excluir perentoriamente las normas que contradigan estos valores porque su función, preponderantemente negativa, es ‘evitar la persecución de cualesquiera intereses que pueda dañar a

⁶⁷ Nótese que para Alexy la distinción entre principios y valores se reduce sólo a un punto, el carácter deontológico y axiológico entre uno y otro postulado. Ahora, considerando que para el derecho de lo que se trata es de lo qué es debido. Esto habla el porqué a favor del modelo de los principios (ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 147).

⁶⁸ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. “Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal”- Introducción a la Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bogotá: Leyer, 2a. edición, 1999, p. 57 y 58

⁶⁹ En trabajos como “Sobre Principios y Reglas”, los profesores Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, enumeran ocho (8) categorías o acepciones distintas, utilizadas comúnmente por los juristas para el estudio de los principios jurídicos (Cfr. ATIENZA, Manuel / RUIZ MANERO, Juan. “Sobre Principios y Reglas”, Ed.: DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 10, 1991)

dichos valores

Pero tampoco este planteamiento escapa a la crítica, porque establecer como tajante esa discriminación puede conducir a una jerarquización de hecho de los principios que legitime el que uno deban cumplirse estrictamente y los otros cumplirse sólo en algún grado, sobre todo si el carácter de programático o estricto de un principio se hace depender de su contenido de valor social: siempre será cuestionable si, según las circunstancias, es o no es 'óptimo', pues sin duda una valoración distinta de las circunstancias podría conducir a una estimación también discordante⁷⁰

Para Dworkin, podemos decir que el derecho positivo actualmente se encuentra comprendido por:

- a) Reglas Específicas: Las cuales se refieren a una conducta determinada, bien sea estableciendo un mandato, una prohibición o una permisión;
- b) Reglas Generales (Standards Variables): Entendidas como aquellos preceptos que mandan, permiten o prohíben conductas heterogéneas que se acomodan a una calificación genérica; y
- c) Reglas de Segundo Grado o "Meta-Jurídicas": Las cuales a diferencia de las anteriores, no entran a constituirse como simples pautas directas de conducta, sino como preceptos superiores reguladores de la interpretación, que sirven para determinar el alcance o la aplicación de otras normas jurídicas jerárquicamente inferiores. Éste último, el grupo dentro del cual se han de encontrar los denominados "Principios y Valores Jurídicos".

Es así, que siguiendo de cerca el pensamiento de Dworkin, distingue conceptualmente los principios (en sentido amplio) de las reglas por dos razones: 1. Porque las reglas se aplican "a todo o nada", mientras que los principios poseen un conjunto de excepciones que no pueden ser listadas (diferencia lógica); y 2. Porque los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas, el "peso o

⁷⁰ ATIENZA, Manuel / RUIZ MANERO, Juan. "Las Piezas del Derecho" - Teoría de los Enunciados Jurídicos, Barcelona: Ariel Derecho, 1996, p. 33.

importancia” (diferencia funcional).

3.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS

Los Principios Fundamentales de orden constitucional: entendidos como prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política reconocida y, por ende, restringen el ámbito de interpretación, por lo cual son normas de aplicación inmediata, tanto por el Legislador como por el Juez Constitucional⁷¹, se encuentran caracterizados tal y como bien lo ha sintetizado la Relatoría de la Corte Constitucional⁷², en los siguientes tópicos:

1. Son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial.
2. Se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados.
3. No son ideales o fines jurídicos para el futuro, sino que por el contrario, expresan normas jurídicas para el presente.
4. Son pautas de interpretación ineludible por ser parte de la Constitución misma y están dotados de fuerza normativa. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto, por cuanto siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo que, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. Es decir, se trata de una eficacia más o menos directa de los principios y no un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa, por lo cual, en cierto casos, puede necesitar de otras normas constitucionales y legales para poder fundamentar la decisión judicial

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, Exp. No. T-778, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL – Departamento de Relatoría (Dr. Iván Humberto Escrucera Mayolo) “Teoría y Práctica Constitucional” – Material extraído de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Temario: i) Partes de la Constitución Política; ii) Valores Constitucionales y iii) Principios Fundamentales, p. 7

5. Son Principios de Derecho Penal, que tanto sustancial como adjetivamente, han sido positivizados, es decir, están consagrados en disposiciones normativas inmersas tanto en el Código Penal, como en el Procesal Penal. Así pues, los encontramos en el Libro Primero: Parte General, Título I, entre los Artículos 1 al 13 de la Ley 599 de Julio 24 de 2000; en la Ley 600 de esta misma fecha, en un acápite denominado “Título Preliminar”, desarrollado desde los artículos 1 al 24 respectivamente; y recientemente, en la Ley 906 de 2004 –Nuevo Código de Procedimiento Penal– dentro del acápite denominado: “Principios Rectores y Garantías Procesales”, entre los artículos 1 y 27.
6. Son parámetros de orden meta-jurídico, pues guían al legislador en el proceso de elaboración normativa, logrando así que el desarrollo de las leyes no sean más que el desarrollo de aquellas. Por tanto, siendo de rango superior con fuerza constitucional, se encuentra que sean “pauta de Interpretación de la Legislación Penal, que permiten estar acordes con los postulados de la dignidad humana, protección de bienes jurídicos y de mínima intervención del Derecho Penal”⁷³
7. Son de Imperativo Cumplimiento, con lo cual se quiere significar que, “ninguna autoridad puede dejar de aplicarlos ni desconocerlos en la conminación, en la determinación y ejecución del sistema penal, como momentos categoriales del Iuspunienti”⁷⁴
8. Poseen una Fuerza dual que actúa tanto negativa como positivamente; primero, porque todo precepto o normas que la contradigan no tienen
9. validez. Y segundo, pues constituyen los postulados fundamentales de la política estatal en lo relativo a lo criminal.
10. Constituyen el Derecho Penal Fundamental en Colombia, pues ellas son el reflejo de la concepción ideológica y política que determinan la razón de ser y funcionamiento del sistema penal, toda vez que la definición de un hecho

⁷³ BERNAL ACEVEDO, Gloria., Ob. cit., p. 67

⁷⁴ *Ibid.*, Ob. cit., p. 65

o una conducta catalogada como criminal, se plasma en normas penales, y éstas son el reflejo de ellas; su validez proviene entonces de la política criminal y no de sí misma⁷⁵

Dentro de los principios fundamentales del sistema Adversarial de partes tenemos como los pilares: supremacía, acusatorio, oficialidad, legalidad, oportunidad, investigación, oralidad, inmediación, concentración, plazo razonable, libre valoración de la prueba, publicidad.

En cuanto a las garantías el acto Legislativo 3 de 2002 introduce al Juez de Control de Garantías quien cumple dos funciones básicas: El control de legalidad y constitucionalidad de la investigación; y la adopción de medidas que impliquen la limitación de derechos fundamentales. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin entrar a hacer distinciones complejas, ha considerado las garantías como medios procesales que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho, vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.”⁷⁶

Citaremos los que presenten estrecha relación con el Sistema de Tendencia Acusatoria, pero, no nos circunscribiremos sólo a ellos pues consideramos que los derechos fundamentales son también aquello que constituyen las garantías básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible, es decir que a pesar de no estar en los tratados internacionales (Bloque de Constitucionalidad Art 93 de la Carta Política), ni en la propia Constitución, son inherentes al hombre.

3.3 PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA PENAL ADVERSARIAL

Como se ha venido indicando en el capítulo anterior, cada uno de los sistemas jurídicos procesales tiene unas características propias de investigación y

⁷⁵ Ibíd., Ob. cit., p. 66

⁷⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva -9/87.

juzgamiento que los identifican claramente, por ello presentaremos aquellos principios que son relevantes dentro del sistema de tendencia acusatoria y que han venido siendo decantados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Si hacemos una lectura conjunta de los artículos 29 y 250 de la Constitución Política, diríamos que existen principios que rigen la iniciación del procedimiento, los cuales son el principio de Legalidad (Art 29, ley preexistente, y 250, inciso 1); principio de investigación oficial (art 250, inciso 1, investigación a cargo de la Fiscalía); principio acusatorio (Art 29, defensa en investigación y juzgamiento; 250, numeral 4, exigencia de acusación para provocar el juicio; y 252, prohibición de variar autoridades de investigación y juzgamiento) y principio del juez natural (art 29, juzgamiento ante juez y tribunal competente). También existen los principios que rigen el ritual del procedimiento, como son el de publicidad (art 29 proceso público; art 250, núm. 4, juicio público); oralidad (art 250, núm. 4 juicio público y oral); concentración (art 250, núm. 4 juicio concentrado) celeridad (art 29, proceso público sin dilaciones indebidas) y principios que rigen la práctica de consecución y formación de la prueba, como son el de contradicción (art 29, derecho de controversia sobre prueba en contra; art 250, num 4, juicio contradictorio); inmediación Art 250, num, 4 exigencia de inmediación de la pruebas en juicio oral)⁷⁷

3.3.1 Principio de Supremacía de la Constitución. Se encuentra plasmado en el artículo 4 de la C.N. Conforme este precepto, la Constitución es norma de normas y, por tanto, todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y una norma de rango inferior – cual – quiera que sea: una ley, un acto administrativo, un acto del poder judicial o de un particular – deberá resolverse mediante la aplicación de la carta magna y la consecuente inaplicación de la norma de inferior jerarquía.

El principio de supremacía de la Constitución determina, entonces, que toda norma y todo acto jurídico del Estado y de los particulares debe ser conforme a la

⁷⁷GUERRERO PERALTA. Op. Cit., p. 38

Constitución, o dicho en sentido contrario, que ninguna norma o acto jurídico del Estado o de los particulares puede contrariar las disposiciones de la Carta. Si una de estas normas o actos jurídicos contraria la Constitución, estará llamado a inaplicarse o a ser declarado inexecutable o nulo, según el caso.⁷⁸

Hoy día, la validez del subsistema penal y procesal penal está enteramente condicionada a la dogmática de los derechos fundamentales que la Constitución diseña y que la Corte Constitucional y las altas cortes han desarrollado ampliamente en su jurisprudencia.

El deber de obedecer la Constitución se proyecta sobre la jurisprudencia constitucional. La fuerza vinculante de la Constitución cubre también las sentencias de la Corte Constitucional que, de este modo y como esta corporación lo ha precisado en una línea jurisprudencial ya bien definida, resultan vinculantes no sólo en su parte resolutive, sino también en la ratio decidendi de la parte motiva. Es decir en los fundamentos jurídicos mediante los cuales la Corte justifica la parte resolutive de sus fallos y, con ello, determina lo que prescribe la Constitución para el caso concreto y para los casos futuros idénticos y análogos.⁷⁹

3.3.2 Principio Acusatorio. Sin hesitación alguna, este principio expresa gran importancia en el sistema penal con tendencia acusatoria. Su relevancia radica en que la separación entre investigación y juzgamiento se convierte en eje directriz de los momentos y actos del procedimiento.

Autores como ARMENTA DEU, distingue de manera muy conveniente las nociones de sistema acusatorio y principio acusatorio, considerando al sistema como un modelo comprensivo de los principios **de igualdad, contradicción y defensa**, mientras que el principio acusatorio propiamente dicho ciñe su contenido

⁷⁸BERNAL CUÉLLAR/ Eduardo Montealegre Lynett. Op., cit, p. 223.

⁷⁹ Ibíd., p. 230.

estrictamente a la necesaria existencia y conocimiento de la acusación. La exigencia de congruencia entre la decisión judicial final y la acusación planteada y la prohibición de reformatio in pejus, valga decir, reiteración y formulación de la acusación ante el juez al quem.⁸⁰

Conforme al principio acusatorio, el debate jurídico propiamente dicho sólo se realiza en el juicio. Por lo mismo, sólo a partir de la acusación existe intervención del juez de conocimiento. Una definición de acusación se torna, por lo tanto necesario.⁸¹

La Acusación es el medio procesal mediante el cual se informa a una persona, imputado, que como resultado de una investigación, se tiene suficiente evidencia para considerarlo posible responsable de un hecho punible, y que se solicitará a un juez (o un jurado) que así lo declare.

Para los constitucionalistas este principio quiere decir, que ninguna persona, sometida a un proceso penal puede ser juzgada por un Juez que no esté completamente, diáfananamente desligado de la investigación y como diría el Profesor Pérez Pinzón: en igualdad de condiciones con quien le acusa, en actuación plena oral, concentrada y continua, contradictoria, pública, y con total inmediación judicial; y por la otra, que el juez solamente puede sentenciar a la persona concretamente acusada y exclusivamente por el delito o delitos perfectamente determinados en la acusación.

Es así, como este tratadista detalla el contenido de este principio de la siguiente manera:

⁸⁰ ARMENTA DEU, TERESA, La Reforma del Proceso Penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal en Revista Poder Judicial, No. 58, 1999 Madrid, p. 261 -297.

⁸¹BERNAL CUÉLLAR, Jaime, MONTEALEGRE LYNETT. Eduardo, Op. cit., p. 199

- **Juez no prevenido**

Es aquel que interviene en el juicio, sin que haya actuado anteriormente dentro del mismo proceso, a cualquier título, y haya tomado o intervenido en actuaciones relevantes dentro del mismo. Equivale al Juez independiente de sí mismo o de él mismo.

- **Juicio Público**

El juicio debe ser de puertas abiertas, sobre todo para que el pueblo se entere de cómo se administra justicia, es decir, para que materialice el derecho a ver la justicia. Es el principio de transparencia dentro del proceso penal, que además apunta a otras finalidades, por ejemplo: a educar a los observadores sobre temas de justicia; a ayudar a configurar la opinión pública en materia de justicia; consolidar la creencia y la confianza que los ciudadanos deben tener en la administración de justicia; y facilitar el control social que la sociedad debe ejercer sobre quien otorga justicia.⁸²

3.3.3 Principio de Legalidad. Como baluarte del Estado constitucional de Derecho, también tiene implicaciones en el campo procesal penal, como aquellas referidas a que la Fiscalía, en cuanto órgano objetivo que instruye el proceso, está obligada a adelantar la investigación de hechos que indiquen la comisión de un delito y además a promover la acusación cuando se den los requisitos legales establecidos para ello.

Para el profesor Español Juan Luis Gómez Colomer el principio de legalidad se basa, por un lado, en el deber del derecho penal de proteger determinados bienes jurídicos y, por otro, en el fin del derecho procesal penal de mantener la paz jurídica para la mayor seguridad de la sociedad.⁸³

⁸² PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando. Principio Generales del Proceso Penal. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2004, p. 65

⁸³ Tribunal Penal Internacional, Investigación y Acusación Tirant lo Blanch, 2003.

Para el Doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón, este principio incorpora varios aspectos: la legalidad de la investigación y del juicio, legalidad del delito, legalidad de la pena, legalidad procesal, oficialidad, inmutabilidad, obligatoriedad, oficiosidad, necesidad, no discrecionalidad, irrevocabilidad o irrevocabilidad.⁸⁴

La Constitución colombiana en su Artículo 29 consagra el principio de legalidad en su acepción tradicional de prohibición de retroactividad y consecuentemente juzgamiento conforme a las leyes preexistentes. A este enunciado se añade la nueva formulación del Artículo 250, que desarrolla el postulado radicado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación las tareas de persecución penal.

A lo anterior se añade que la sentencia C-873 de 2003, plantea el problema de la siguiente forma: “la modificación más significativa del Artículo 251 de la C.N., radica en la introducción del nuevo numeral 3, en virtud del cual el Fiscal General de la Nación cuenta con la potestad constitucional (i) de asumir directamente la conducción de investigaciones y procesos penales, sea cual fuere la etapa procesal en la cual se encuentren, (ii) asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos penales que éstos lleven, y (iii) determinar en aplicación de los principios institucionales de unidad de gestión y jerarquía – ahora aplicables por mandato constitucional al interior de la Fiscalía – el criterio y la posición de la Fiscalía. Ello, precisa la norma constitucional, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”

Para la Corte Constitucional, lo anterior implica que el Fiscal General sí puede orientar en términos generales el funcionamiento de la fiscalía en tanto institución unitaria, así como llevar a cabo actividades de seguimiento y evaluación sobre el desempeño general de la entidad; pero todo ello debe realizarse en general, sin que se invoquen dichas facultades de orientación y definición de políticas para incidir sobre la investigación o apreciación de casos concretos por parte de los fiscales que

⁸⁴ PÉREZ PINZÓN, Op. cit., p. 74.

tienen a su cargo la instrucción, ni sobre la forma en que se debe interpretar y aplicar la ley penal frente a situaciones particulares que ya no son de competencia de dichos fiscales. Los lineamientos, pautas y políticas que trace el Fiscal General de la Nación deben ser, así de carácter general, como también lo deben ser aquellos parámetros o criterios adoptados por los Directores Nacional o Seccionales de Fiscalías en cumplimiento de sus funciones, para respetar los mandatos constitucionales de independencia, imparcialidad y autonomía en la administración de justicia. En el nuevo sistema el principio de jerarquía adquiere unas connotaciones especiales, distintas a las que tenía bajo el esquema original de 1991, que no entra la Corte a precisar en esta oportunidad.⁸⁵

En lo concerniente al sustento que tiene el principio de legalidad en la normativa internacional, la investigación más reciente ha demostrado que una de las aristas del principio de legalidad está comprendida precisamente en la imparcialidad objetiva e independencia de los funcionarios cuando esta se pone en riesgo por principios funcionales, independientemente de la actitud interna de quien investiga o juzga, lo que justamente corresponde al caso que tratamos.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que "(...) Las normas legales nacionales e internacionales sobre independencia judicial son imperativas para todo tipo de proceso judicial o administrativo, puesto que se trata de un elemento fundamental del derecho al debido proceso (Art. 8.1 Convención)⁸⁶

Especialistas en derecho internacional de los derechos humanos como O'Donnell⁸⁷,

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-558 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi vs. Perú (1999).

⁸⁷ O'DONNELL, Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para Derechos Humanos. Bogotá 2004, p. 385.

igualmente reconocen que si bien la doctrina internacional no prescribe la independencia orgánica o estructural de la fiscalía, sí establece que ésta debe actuar con imparcialidad y sin injerencias. Como fundamento de esta interpretación de disponen otros documentos internacionales de importancia como son las directrices sobre la función de los fiscales aprobadas por las Naciones Unidas en 1990 y la propia jurisprudencia interamericana que considera estos principios como parte integral del derecho a ser oído con independencia e imparcialidad, así como resguardo de la presunción de inocencia.⁸⁸

3.3.4 Principio de Objetividad. La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

La relevancia de la imparcialidad como atributo nuclear de la administración de Justicia ha sido destacada por la jurisprudencia interamericana, al señalar que: “La imparcialidad del Tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.

El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del Tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”⁸⁹

Sobre el alcance y los elementos del concepto de imparcialidad el Tribunal

⁸⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Martín Mejía ,C., Perú, 10.9170 Informe 5/96., 1995.

⁸⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Paramana Iribarne vs. Chile (2005). Fundamentos jurídicos 146 y 147.

Internacional ha señalado que éste “supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub iudice⁹⁰. (...) Así mismo, la Comisión Interamericana ha distinguido al igual que otros órganos internacionales de protección de los derechos humanos⁹¹, dos aspectos de la imparcialidad, un aspecto subjetivo y otro objetivo⁹².

El aspecto subjetivo de la imparcialidad del tribunal trata de determinar la convicción personal de un juez en un momento determinado, y la imparcialidad subjetiva de un juez o de un tribunal en un caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario.

Con relación al aspecto objetivo de la imparcialidad, la CIDH considera que exige que el Tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso. Si la imparcialidad personal de un tribunal o juez se presume hasta prueba en contrario, la apreciación objetiva consiste en determinar si independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre la imparcialidad^{93,94}.

Cabe señalar que la Corte Constitucional en Sentencia de Inconstitucionalidad C-881 del 23 de noviembre de 2011⁹⁵, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, sentó su posición jurídica y definió con relación a la actuación del fiscal en el proceso penal que esta No está precedida de las mismas exigencias de neutralidad,

⁹⁰Informe No. 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85,Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28. No publicado

⁹¹Para la Corte Europea, la imparcialidad del juzgador se compone de elementos subjetivos y objetivos. Sobre este punto la Corte Europea ha desarrollado una extensa jurisprudencia (Casos DE Cubre, Hauschildt, entre otros).

⁹²Ibíd.

⁹³64). En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea D.H., caso Hauschildt del 24 de mayo de 1989, serie A n° 154, p, 21, par. 48.

⁹⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Malary vs. Haití (2002). Fundamentos jurídicos 74 y 75.

⁹⁵COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-881 del 23 de noviembre de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

imparcialidad y equilibrio que deben caracterizar la actuación del juez:

De otro lado, no puede perderse de vista que si bien no es exigible al fiscal el riguroso grado de imparcialidad que se impone al juez, debido a las diversas posturas institucionales que estos dos órganos asumen dentro del sistema penal acusatorio -juez y acusador-, la actividad investigativa y acusadora del fiscal debe estar guiada por una serie de principios rectores que modulan la actividad procesal como los **de lealtad, objetividad y corrección**. De acuerdo al primero, "Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe" (Art.12 C.P.P.) En virtud del segundo, "La Fiscalía General de la Nación (...) adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución y la ley" (Art.115 C.P.P.). Conforme al tercero, "En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia" (Art. 27 C.P.P.).

Atendiendo lo anterior, bueno es profundizar en el mentado principio de lealtad definida como rectitud y nobleza, fidelidad y honradez en la conducta, características que deben ostentar quienes intervienen en los procesos judiciales. También se conoce como >>principio de probidad procesal<< e implica la no utilización de conductas o argumentaciones fraudulentas o alevosas. El proceso no puede ser utilizado como instrumento para malograr su ética finalidad.⁹⁶

Con ponencia de los doctores Luis Enrique Romero Soto, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola Y Alfonso Reyes Echandia, presentada dentro de las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, realizada en Bogotá en junio de 1970, elaboró el principio de la siguiente manera:

IGUALDAD Y LEALTAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO. La acusación y la defensa participarán en el proceso sobre bases de igualdad y LEALTAD. Por tanto, se darán a las partes las mismas oportunidades para hacer valer sus pretensiones y se sancionará la temeridad y la deslealtad.

Sin embargo, el imputado tendrá, desde el comienzo de la actuación pre-procesal, la

⁹⁶ FERNANDEZ LEON, Op. cit.,p. 187.

asistencia técnica y en el debate oral dirá la última palabra.

Los deberes, en general, se desenvolverán dentro de un amplio contradictorio de las partes.

El fallecido constituyente Álvaro Gómez Hurtado, autor de la propuesta que dio origen al precepto constitucional vigente, la sustentó así: "...Se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena Fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, LEALTAD y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo, ante una limitante a los excesos y a la desviación del poder...

3.3.5 Principio de Investigación Oficial. La persecución de los hechos criminales corresponde al Estado. Este principio también ha sido conocido como principio de instrucción, de acuerdo con la doctrina germana, trae consigo en muchos de los procesos con principio acusatorio la noción de averiguación de la verdad material. Las implicaciones de este postulado se observan claramente en tres aspectos, a saber: las autoridades de persecución penal no están ligadas a la formulación o a los requerimientos de los participantes procesales; no hay lugar a deducir consecuencias procesales para el acusado renuente, y por último el juez no se limita a los requerimientos de prueba, sino que tiene capacidad de hacer solicitudes en virtud de la obligación de esclarecimiento⁹⁷.

El significado constitucional del principio de investigación oficial se aprecia en la necesidad de una averiguación exhaustivamente objetiva por parte de la Fiscalía, con dos consecuencias estimables: por una parte, se realiza el interés público en la protección de bienes jurídicos, y por otra, se reafirma la confianza de los asociados en los fines del derecho penal, a través de la investigación criminal (prevención

⁹⁷GUERRERO PERALTA. Op. cit. p. 47

general positiva).⁹⁸

Dentro del contexto de este principio se hallan unas limitaciones cuyo contenido se concreta en varias garantías del investigado como por ejemplo el derecho a la dignidad humana, debido proceso entre otros. Por otra parte, si queremos tener una referencia constitucional de la llamada “averiguación de verdad material”, debemos anotar que la Constitución Colombiana incorpora tal exigencia con las limitaciones que le son propias, al establecer la obligación para la fiscalía de suministrar a la defensa por intermedio del Juez de Conocimiento todos los elementos materiales probatorios y las informaciones legalmente obtenidas de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado. El incumplimiento de esta obligación esta entendido por la jurisprudencia norteamericana como violación del debido proceso.

A lo anterior se le suma que la Fiscalía como parte de la administración de justicia no puede actuar parcialmente, y que, por el contrario está sujeta tanto como el juez al principio de legalidad.

3.3.6 Principio de Oportunidad. Este principio - erigido con base en la primacía de lo individual y privado sobre lo colectivo y público, - conocido también como claudicación de la legalidad de conveniencia, y como principio de disponibilidad de la acción, y estudiado como negación, o como complementación, o excepción al de legalidad y, aun, como regla general, se puede explicar por razones políticas, de política criminal o de necesidad ante la congestión de la justicia.⁹⁹

El Artículo 250 de La Carta Política dispone “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...”. “No podrá, en consecuencia

⁹⁸BERNAL CUÉLLAR, Op. cit, p.. 181

⁹⁹ PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando, Principio Generales del Proceso Penal. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2004. Pag 78

– continúa la norma –, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías.”

De la redacción de la disposición constitucional se desprende que no se está frente a una figura dispositiva propia del derecho anglosajón sino que el principio de oportunidad se estructura como una excepción del principio de legalidad, pues la Fiscalía “está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal”, si se dan los presupuestos de la causa probable.¹⁰⁰

El principio de oportunidad tiene por especial finalidad racionalizar el derecho penal, para concentrar sus esfuerzos en casos que revistan trascendencia a los intereses de la sociedad, renunciando al ejercicio de la acción, en los que si bien sería viable su aplicación, razones de oportunidad y de política criminal, hacen preferible su declinación.

En relación con este tema, la Corte Constitucional expresó:

(vii) El poder de disposición del proceso también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional el principio de oportunidad, por oposición al principio de legalidad. El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, y se basa en el postulado de que la investigación penal requiere no solo que exista suficiente mérito para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de oportunidad para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una conducta, en los ‘casos que establezca la ley’ y ‘dentro del marco de la política criminal del Estado’¹⁰¹.

¹⁰⁰ BERNAL CUÉLLAR, Op. cit., p.. 88

¹⁰¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005 Clara Inés Vargas Hernández

Se trata de una previsión constitucional de las hipótesis en las cuales procede archivar la investigación, las cuales serán reguladas en detalle por la ley. El Legislador también deberá regular el alcance del control judicial de legalidad previsto por el Acto Legislativo para las actuaciones en las que se aplique este principio, lo cual es especialmente relevante para proteger los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación”¹⁰²

3.3.7 Principio del Juez Legal. El acto legislativo 3 de 2002, no toca en lo fundamental el principio del Juez Natural. Además, se anota a este respecto que la tradición colombiana en la materia tiene constitucionalmente regulados los problemas que se presentan por conflictos de competencia y el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena. El componente constitucional coincide básicamente con los instrumentos de derechos humanos, en particular el art 8.1 de la CAHD y el Art 15.1 del PIDCP. La función del principio se dirige a garantizar al máximo la imparcialidad en el juzgamiento, de tal manera que no consultan estas normas internacionales aquellas disposiciones que en perjuicio del acusado fijan una competencia distinta después de la comisión del hecho imputado. Igualmente la jurisprudencia internacional consagra a este respecto que dicha competencia anterior ha de ser creada por una ley que prohíba los tribunales y juzgamientos ad hoc, o que sustraiga a un acusado a su juez natural, violando así el principio de igualdad¹⁰³

La Corte Constitucional en Sentencias T-019 de 1998, M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ y T-049 de 1998, M.P. JORGE ARANGO MEJIA, respecto de este principio precisaron con lo preceptuado en el Art 29 de la C.N., correlativo al derecho de justiciable de conocer quién es su juzgador desde el inicio mismo de la actuación, al Estado se le impone el deber jurídico de establecer legalmente y con anterioridad al

¹⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2002, MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰³ GUERRERO PERALTA. Op. cit. p. 87

proceso a cuál órgano judicial con existencia real le corresponde la indagación y juzgamiento de un delito.

Véase el alcance detallado que dio la Corte Suprema a este postulado:

Otro principio que rige el sistema es el del juez natural, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política como elemento sustancial del debido proceso y plasmado en el 19 de la Ley 906 de 2004. Constituye para el procesado garantía de que será juzgado por la autoridad previamente determinada y revestida de competencia en la ley, y que el término “juez” alude, no al cargo, sino a la persona. Así lo ha reconocido la Corte: el juez natural hace referencia a la persona, no al cargo:

En los esquemas procesales penales anteriores a la Ley 906 de 2004 la alusión al juez natural hacía referencia al cargo, no a la persona que lo ocupare. De donde no surgía inconveniente alguno cuando un juez, por ejemplo el 62, adelantaba el juicio y luego, ya fuese por vacaciones, por enfermedad o por otra causa, era otro - su reemplazo- el que profería sentencia. La garantía constitucional no se afectaba en tanto se mantuviera el asunto en el juzgado 62. No obstante, en el nuevo sistema -el denominado penal acusatorio oral- ese concepto, tratándose del juicio oral, se entiende de manera diversa y restringida, en tanto el juez natural hace mención a la persona, al titular del despacho, no al cargo mismo. En ese orden y como desarrollo de los principios de inmediación y concentración, el funcionario ante quien se surta el debate público será el que deba anunciar el sentido del fallo y el que lo profiera. Esa fue la intención del legislador de 2004 y así quedó consignado en el estatuto procedimental penal de ese año (Ley 906). De allí que el artículo 454 contemple, entre otros eventos, que cuando deba cambiarse el juez durante alguna de las etapas del juicio, la audiencia correspondiente habrá de repetirse¹⁰⁴. En efecto, se desnaturaliza el sistema cuando el funcionario que emite el fallo no es el mismo -en términos de persona- a aquel que

¹⁰⁴ “Artículo 454. Principio de concentración. La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trata de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión. El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y deba hacersele comparecer coactivamente. Si el término de suspensión incide en el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez.”

asistió al debate oral. El cambio en el juzgador se muestra admisible únicamente cuando el nuevo repite el juzgamiento.

De manera que si por cualquier circunstancia el funcionario que ha adelantado el juzgamiento es cambiado por otro, y es al nuevo a quien compete anunciar el sentido del fallo y proferirlo, ello solo es viable hacerlo con la previa repetición del juicio oral.

La existencia de registros que permiten verificar lo ocurrido durante el debate no pueden servir de sustento para que el nuevo juez - ajeno al mismo- resuelva el caso. Ello implicaría volver a sistemas procesales anteriores regidos por el criterio de “permanencia de la prueba”, que quiso ser eliminado por el legislador de 2004¹⁰⁵

3.3.8 Principio de Publicidad. El Artículo 29 de la C.N., establece, como una de las garantías del debido proceso, que éste debe ser público lo cual implica el conocimiento por las partes de quien es la persona que investiga y juzga, cuales son las actuaciones que se surten ante esos funcionarios y cuál es la persona que rinde una declaración en contra del imputado, puesto de que otra manera este último no podría hacer efectivos, entre otros, sus derechos constitucionales a la imparcialidad de los funcionarios judiciales y a impugnar las providencias que le afecten y que estima contrarias a Derecho.

Las limitaciones a este principio se controla a través de las condiciones que se imponen constitucionalmente para la afectación de un derecho fundamental, como son que la excepción esté consagrada legalmente; que se justifique la limitación en virtud de la protección de otro bien constitucionalmente relevante, y que exista congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho valor así garantizado.

Las limitaciones son un tema bastante discutido en el derecho comparado, y generalmente encuentran su punto álgido cuando se invocan frente a la extensión constitucional del derecho a la información. De ahí que los remedios propuestos

¹⁰⁵COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala De Casación Penal Sentencia del 20 de enero 2010 Radicado (radicado 32.556). M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

para solucionar esta colisión se orientan en lo general a proteger la presunción de inocencia y la imparcialidad del juzgador, más allá del derecho del público a ser informado sobre el desarrollo del proceso penal¹⁰⁶ Roxin ha establecido a este respecto no solo la necesidad de aseguramiento del proceso, sino también la protección del derecho a la personalidad. Concretamente el autor se muestra partidario de mantener a toda costa las normas que permiten la recusación del juez cuando exista temor a la parcialidad (en este caso por las informaciones divulgadas por la prensa que se constituyen en una verdadera condena anticipada al ejercer una presión indebida sobre el juez); las prohibiciones de transmisión radial o televisada de la audiencia oral de un juicio y las sanciones penales a la violación de reserva o divulgación indebida de las piezas procesales.

La justificación para excluir de un juicio público a los medios de comunicación estriba en dos factores: uno, la puesta en evidencia de un acusado tiene efectos tan destructivos que difícilmente pueden ser justificados por el interés de información a la opinión pública, pues aun si el acusado es absuelto, las impresiones de un televidente o un radioescucha permanecen en ellos sin la debida comprensión de la absolución, obligando al absuelto a vivir indebidamente estigmatizado; y dos, la publicidad puede comprometer seriamente la imparcialidad del juez quien presionado por los medios no adelantará el juicio bajo las reglas de su convicción, sino sobre prejuicios.¹⁰⁷

La publicidad del proceso tiene repercusiones más allá de lo anteriormente plasmado. Parte esencial de este principio descansa en la posibilidad de acceder oportunamente a todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que obren en el expediente. Este acceso al expediente se traduce en un descubrimiento

¹⁰⁶ ROXIN, Claus, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*. *Neue Zeitschrift Strafrecht* No 4 Abril, 1991, pág. 153-208. En este ensayo el autor recalca que el problema de las sentencias anticipadas por los medios debe discutirse en el contexto del fair trial.

¹⁰⁷ ROXIN Claus, *Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren*. Conferencia dictada en Godesberg; junio de 1997. Con mayores precisiones sobre la problemática de lproceso penal alemán – Libro Homenaje a Jauch, 1990, pág. 183-196.

íntegro y a la posibilidad de los medios de comunicación de cubrir las audiencias públicas, salvo las excepciones previstas en tratados internacionales.

3.3.9 Principio de Inmediación. El principio de inmediación es otra de las figuras cardinales del proceso penal con el principio acusatorio. PFEIFFER lo define como la posibilidad que tiene el juez del conocimiento de percibir directamente la práctica de las pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal. Las limitaciones que tiene el principio se refiere especialmente a las llamadas “pruebas pre constituidas” y pruebas anticipadas. La fase oral es la etapa especialmente predispuesta para el trabajo probatorio con la inmediación del funcionario judicial, teniendo en cuenta que la práctica probatoria debe desarrollar el objeto del proceso que aparece fijado de antemano por la acusación y la preparación de la fase oral.

Como es lógico, la inmediación implica que el Juez aprecie el material probatorio y tome una decisión bajo el criterio de la libre apreciación de la prueba. Pero una de las diferencias claves que muestra el proceso mixto continental frente a la tendencia angloamericana reside justamente en el hecho de que el juez pueda hacer formulaciones de prueba en el juicio oral en búsqueda de la verdad material: Desde este punto de vista, para un proceso como el alemán eso significa que el juez no queda ligado a las declaraciones de los participantes en el proceso, y en especial a la confesión del acusado. En segundo lugar, el Juez tiene la facultad para decretar pruebas en sede oral con el consecuente descalificativo para la Fiscalía o para el acusado, según se trate. Además, las reglas de la libre apreciación que ha sentado la jurisprudencia alemana le dan tal capacidad al juez que su formulación no está exenta de críticas.¹⁰⁸

No obstante existen claras limitaciones al principio de libre valoración, cuales son:

¹⁰⁸GUERRERO PERALTA., Op. cvit., p. 101

vinculación a las leyes de la lógica y la experiencia; hay regulación probatoria del valor de las actas y documentos introducidos en el juicio (comprobación de falsedad); y se prohíbe tomar para efectos de la decisión el registro de sentencia condenatoria anterior cancelada.

El nuevo numeral 4 del art 250 de la C.N., se refiere a este aspecto al establecer que el juicio público se debe realizar con intermediación de las pruebas.

Existe el precedente constitucional para esta materia en el siguiente sentido:

Así también, la jurisprudencia de esta Corte se ha pronunciado en relación con el tema de las pruebas anticipadas, afirmando que la práctica de pruebas anticipadas en circunstancias excepcionales no vulnera el **principio de intermediación** de la prueba en un sistema acusatorio, y que las pruebas anticipadas deben cumplir así mismo con el **principio de legalidad, de publicidad y de contradicción**.¹⁰⁹

También se ha pronunciado esta Corporación¹¹⁰, sobre la función del juez de conocimiento en materia probatoria dentro del actual sistema de tendencia acusatoria, y su rol pasivo en esta materia, de conformidad con el artículo 361 del CPP, caracterización del juez dentro del sistema acusatorio que esta Corte ha considerado como una garantía adicional para el acusado.

De todas maneras, cabe recordar que, en anteriores oportunidades, esta Corporación ha dejado en claro que, con base en los antecedentes legislativos, el actual procedimiento penal no comparte el diseño de un sistema acusatorio puro, desarrollado en el derecho anglosajón, sino que “se diseñó un sistema de tendencia acusatoria”¹¹¹, en el cual la función del juez “va más allá de la de ser un mero árbitro

¹⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C- 830 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, C- 798 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Treviño, C-591 del 2005, M.P.: Clara Inés Vargas, y C-1154 del 2005, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396 del 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. En el mismo sentido, las

regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”¹¹².

El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo Sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal. De esta manera, la Sala concluye que no es correcto ligar, por sí sólo, el concepto de verdad con la búsqueda de oficio de aquella, pues esa regla probatoria debe ser mirada en su contexto y a partir de su finalidad sustancial.

En este orden de ideas, aunque en principio podría considerarse que la actividad probatoria del juez es un instrumento fundamental para la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia, con la consagración del sistema penal acusatorio se impone la inactividad o pasividad probatoria del juez en las etapas en donde se controvierte el material probatorio aportado (audiencias preparatoria y de juicio), porque esa filosofía está estrechamente ligada al derecho de defensa del inculpado; de ahí que en caso de que exista la menor duda de que la conducta genera responsabilidad penal o que no fue cometida por el acusado, el juez debe exonerar o absolver de los cargos. En esta medida y con la máxima eficacia de la presunción de inocencia y del in dubio pro reo, es claro que la prohibición objeto de estudio esa es

sentencias C-873 de 2003, C-1260 de 2005 y C-454 de 2006.

¹¹²COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

una garantía a favor del acusado.¹¹³

De otra parte la Corte ha contextualizado el concepto del principio de inmediación en la siguiente forma:

En Sentencia C-591 de 2005 la Corte, al analizar la constitucionalidad, entre otras normas, del artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que contempla la inmediación probatoria, se pronunció sobre el alcance de los principios de inmediación y contradicción como elementos integrantes del derecho de defensa en el marco del debate probatorio. Sobre el particular señaló:

En efecto, las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral.

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales (...)¹¹⁴.

En efecto, durante la etapa preprocesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente “pruebas”, salvo las anticipadas de manera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la Fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencia física e

¹¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-396/07 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

información, tales como las huellas, los rastros, las armas, los efectos provenientes del delito, y los mensajes de datos, entre otros (...). Finalmente, en virtud del principio de inmediación de la prueba en el juicio oral, se practicarán las pruebas que servirán para fundamentar una sentencia.

En similar sentido la sentencia C- 536 de 2008, afirmó:

En relación con las facultades del imputado dentro del actual paradigma constitucional de tendencia acusatoria se ha pronunciado esta Corporación en numerosa jurisprudencia¹¹⁵, en la cual se sostiene que el poder de prueba dentro del actual esquema acusatorio se radica tanto en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como en cabeza del acusado y del Juez. Se afirma que en el nuevo sistema acusatorio -numeral 4 y el último inciso del artículo 250 de la Carta- se introdujeron modificaciones importantes en materia probatoria, dentro de las cuales se encuentra el alcance de los principios de inmediación y de contradicción, ya que las pruebas se han de practicar dentro de la etapa de juzgamiento ante el juez y los jurados y, además, ofreciendo tanto a la Fiscalía como a la defensa el derecho de contradicción¹¹⁶

3.3.9.1 Igualdad de Armas. Inevitablemente, en los procesos que adoptan el modelo acusatorio se ha presentado una discusión profunda en torno a categorías provenientes de la tradición anglosajona. Este es el caso de las diferencias entre nuestro “debido proceso” y un concepto que ha hecho carrera en los procedimientos acusatorios conocido como fair trial. Aquí es necesario de nuevo hacer una breve exposición histórica para asir el problema.

Este concepto, en el derecho anglosajón se liga a dos apreciaciones: por una parte el desarrollo del *dueprocess of law* y por otra, una referencia cultural a las nociones de juego limpio o juego equilibrado. el desarrollo jurisprudencial de estos conceptos en los Estados Unidos ha permitido acopiar bajo el concepto de fair trial, juicio justo,

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-783-03 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-591 del 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández., C-1260 del 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y C-396 del 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

¹¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 536 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería

aunque su traducción no es del todo acertada) una serie de salvaguardas a los derechos constitucionales del procesado que incluyen la información precisa de los cargos, la posibilidad de conformar un jurado que no va a decidir sobre prejuicios frente al acusado, el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo, a presentar pruebas en contra de las evidencias recolectadas por el fiscal y que tal actividad se le facilite a la defensa tener un tiempo razonable para la preparación de defensa etc. Todo este conjunto de derechos debe garantizarse a lo largo del proceso permitiéndole al acusado llegar a una posición de igualdad con la defensa, a efecto de que el proceso sea realmente limpio, equilibrado o *fairness*.¹¹⁷

La aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal colombiano hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. Ahora, la desigualdad institucional, evidente en el sistema penal acusatorio (el aparato estatal investigativo, por regla general, tiene mayor fortaleza económica, orgánica y funcional, que la defensa a cargo de los particulares), supone la necesaria intervención legislativa para superarla y propiciar la igualdad de trato y de oportunidades de defensa. Por ello, el fortalecimiento y real aplicación de principios procesales tales como la presunción de inocencia, el indubio pro reo, las prohibiciones de doble incriminación y de autoacusación, entre otros, colocan al juez en una posición clara frente al vacío probatorio: la pasividad probatoria como instrumento de equiparación de armas entre las partes.

En este sentido, en anterior oportunidad, esta Corporación explicó: “Algunos doctrinantes y la propia Fiscalía General de la Nación hacen referencia a él como el

¹¹⁷ Acopio de jurisprudencia de donde se extrae el concepto de *fair trial* en Estados Unidos en Gora, Joel, Due Process of law, New York Northwestern University. 1977 pág. 147.

principio de igualdad de armas¹¹⁸, queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. El Tribunal de Defensa de la Competencia Español (Resolución 240), ha establecido, por ejemplo, que el principio de igualdad de armas “exige que se conceda el mismo tratamiento a las partes que intervengan en el expediente”.

En la Convención Europea de Derechos Humanos, el principio de igualdad de armas se hace derivar del artículo 6.1, contenido del principio jurídico conocido bajo el brocardo “audiatur et altera pars” y que literalmente significa, escuchar también a la otra parte. Dice al respecto la Convención Europea: Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.

¹¹⁸ Según la Corte Constitucional, “uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, „que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación“.”(Sentencia C-591 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández) En el mismo sentido, Sentencia T-110 de 2005 M.P Humberto Sierra Porto

Desde otra perspectiva, el principio de igualdad de armas constituye una de las características más sobresalientes de la metodología de investigación que impone el entrante modelo acusatorio.

En efecto, de acuerdo con el sistema de investigación que viene desmontándose, acogido por el constituyente de 1991 y que todavía rige en los territorios en los que no ha entrado en vigencia el nuevo sistema penal acusatorio, la Fiscalía está obligada a desplegar una instrucción integral respecto del hecho delictivo. El método de investigación integral de estirpe alemana-compromete al ente de instrucción en la investigación de los elementos de convicción favorables que pudieran absolver de responsabilidad al procesado, así como de los desfavorables que pudieran perjudicarlo. El artículo 250 constitucional establecía dicha obligación en los siguientes términos: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten”.

La metodología de la instrucción integral-que obliga a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable-encaja convenientemente en el sistema judicial de corte inquisitivo, pues, en aquél, la Fiscalía ejerce funciones jurisdiccionales en la medida en que resuelve aspectos vinculados con la situación jurídica de los derechos fundamentales del procesado, incluyendo el de su libertad personal. En el sistema procesal penal aplicado en Colombia hasta la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía no es un contrincante del debate jurídico, sino un funcionario con poderes autónomos de decisión que, en ejercicio de los mismos, tiene la posibilidad de afectar derechos fundamentales.

Por su parte, frente a la obligación constitucional que recaía sobre la Fiscalía y que la obligaba a actuar diligentemente en la obtención de las pruebas exculpatorias del procesado, éste podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa. Por ello, resultaba

concordante con esa lógica que si la Fiscalía podía resolver autónomamente, por ejemplo, la preclusión de la investigación, y el procesado pudiera permanecer inactivo en el proceso, existiera una norma que obligara al ente de instrucción a investigar también lo que resulte favorable al procesado”¹¹⁹

El Tribunal Europeo al abordar el tema de la igualdad de armas, se ha orientado a sentar criterios para su apreciación, y a este respecto las decisiones marcan al menos tres puntos: el papel que pueda desempeñar el “Fiscal General” como autoridad objetiva en defensa de la ley o inclinado a la culpabilidad del acusado; las circunstancias en las que participa la Fiscalía en el proceso; y por último los resultados del procedimiento para el acusado (*reformatio in pejus*). Así no existirá igualdad de armas si la Fiscalía acopia solamente pruebas de cargo y oculta las circunstancias de descargo; si se prevé una mayor participación del fiscal en las deliberaciones, por el orden de presentación de testigos de cargo; si la comunicación de los cargos es poco clara y sin controles internos en el proceso. En el contexto anotado las decisiones del Tribunal Europeo se muestran como correctivos de las falencias de la estructura procesal que se toman como un indicativo para que el Estado haga las adecuaciones pertinentes, pero donde se despliega con mayor fuerza la categoría de “igualdad de armas”, es en el campo probatorio.

Resulta procedente en este estado de la investigación recordar las características y definición del PRINCIPIO DE INVESTIGACION INTEGRAL, como pieza fundamental del desmontado sistema mixto en Colombia.

3.3.9.2 Principio de Investigación Integral. El inciso último del Art 250 de la Constitución Nacional, antes del acto Legislativo 03 de 2002, anotaba lo siguiente: La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las

¹¹⁹COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1194 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

garantías procesales que le asisten".

A su vez el Artículo 333 C.P.P. contemplaba: El funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las demás partes.

Más adelante este mismo estatuto en su Art. 249 preceptuaba: "IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN LA BUSQUEDA DE LA PRUEBA. **El funcionario judicial buscará la determinación de la verdad real.** Para ello debe averiguar con igual celo, las circunstancias que demuestren la existencia del punible, agraven o atenúen la responsabilidad del imputado, y las que tiendan a demostrar su existencia o lo eximan de ella..." (Subrayado fuera de texto)

Integral, vocablo equivalente a integro, total y completo, indica, dentro del contexto del proceso penal, que el primer compromiso de la Fiscalía durante la etapa investigativa o de verificación, es el de garantizar a las partes una actuación imparcial, no sesgada ni de una sola vía, que conduzca a los fiscales a practicar sólo las pruebas que les van a servir para requerir la condena del procesado, cuando por mandato de la ley dejen el trámite como directores pero lo asuman como acusadores.¹²⁰

El art 6 del Código de Procedimiento Penal de Costa Rica, vigente desde el 1 de enero de 1998, ordena en relación con este postulado: "los jueces deberán resolver CON OBJETIVIDAD los asuntos sometidos a su conocimiento. Desde el inicio del procedimiento y a lo largo de su desarrollo, las autoridades administrativas y judiciales deberán consignar en sus actuaciones y valorar en sus decisiones, no sólo las circunstancias perjudiciales para el imputado, sino también las favorables para él".

¹²⁰ FERNANDEZ LEON, Whanda. Procedimiento Penal Constitucional. Ediciones Librería del Profesional, p. 182.

El art 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español dispone: “Todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias ASI ADVERSAS COMO FAVORABLES al presunto reo...”

El Estatuto procesal de Instrucción criminal colombiano comportaba:

Art. 358. “INVESTIGACION TANTO DE LO FAVORABLE COMO DE LO DESFAVORABLE AL PROCESADO. El funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también los que le eximan de ella, lo extingan o atenúen”

La Doctora Whanda Fernández, ya anunciaba en su obra citada, la difícil tarea de asignarle la obligación de investigar integralmente a un órgano como la Fiscalía, veamos por qué:

Es bien difícil, en la mayoría de casos y especialmente dentro de la estructura procesal actual, (sistema mixto) aspirar a que la respuesta a este valor constitucional sea la que la justicia espera, por cuanto la organización del Ministerio Fiscal entre nosotros resulta realmente paradójica. Mientras todas las legislaciones reservan a los jueces la plenitud de la potestad jurisdiccional, en Colombia paralelamente se le asignó competencia para juzgar a un >>órgano auxiliar o colaborador de la jurisdicción<<, como lo califica Moreno Catena, del que no puede negarse su clara estirpe de PARTE, y por consiguiente, su PARCIALIDAD.

Durante la fase investigativa el Fiscal es funcionario judicial y tiene todas las obligaciones y facultades para practicar y valorar las pruebas. Debe investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado y, además, permitir la controversia probatoria y juzgar imparcialmente su valor de convicción. En nuestro ordenamiento, la Fiscalía hace parte de la rama judicial y tiene como funciones judiciales dictar

medidas de aseguramiento, calificar y declarar precluidas las investigaciones penales. Por ello, los fiscales, durante la fase investigativa, pueden ordenar y practicar pruebas con facultades propias de un funcionario judicial, por lo cual se dice que el sistema colombiano es mixto, pues si bien existe una diferencia de funciones entre los fiscales y los jueces, ambos poseen, dentro de la órbita de sus competencias, facultades judiciales y son funcionarios judiciales

3.3.9.3 Averiguación de la Verdad Material. El artículo 5º de la Ley 906 de 2004, señaló como principio rector del proceso penal, la imparcialidad del juez, según el cual, en ejercicio de sus funciones, “los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”. De esta forma, la verdad en el proceso constituye el punto de partida y de llegada de la justicia penal, pues no sólo es una directriz que el Estado aspira a desentrañar sino es un paradigma imperativo en la labor judicial.

Pero, además, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido enfática en sostener que, en aplicación de normas constitucionales internas y de normas de derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad¹²¹, en el proceso penal, de un lado, la víctima adquiere un verdadero derecho fundamental a conocer la verdad de lo sucedido y la comunidad un derecho colectivo a conocer su historia y la realidad de los sucesos que marcan su futuro y, de otro, el Estado tiene el correlativo deber de identificar a los autores, partícipes, las causas y los medios a través de las cuales se cometieron las conductas reprochadas. Al respecto, la Corte dijo:

En tal sentido, conviene precisar que el derecho a la verdad presenta una doble connotación, por cuanto a su vez es un derecho colectivo e individual. Desde la primera perspectiva, nos encontramos ante el derecho que le asiste a cada pueblo a conocer su historia, a conocer la verdad acerca de los

¹²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. sentencias C-695 de 2002, C-04 de 2003, C-871 de 2003, C-575 de 2006, C-370 de 2006 y C-454 de 2006.

acontecimientos sucedidos, las circunstancias y los motivos que llevaron a la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Este derecho implica que se preserve del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas.

De igual manera, el derecho a conocer la verdad presenta una faceta subjetiva en cuanto a que, independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas, así como sus familias y allegados, tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Incluso, para autores como R. Mattarollo el derecho que tienen las víctimas y sus familiares a conocer la verdad de lo ocurrido “integra hoy derecho internacional consuetudinario”¹²². La garantía de esta faceta individual del derecho a conocer la verdad, pasa asimismo porque las víctimas y sus familiares puedan acceder a los documentos públicos en los cuales reposen las informaciones sobre la comisión de estos crímenes¹²³

Entonces, en el contexto de nuestra Constitución, la búsqueda de la verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también es un instrumento de protección a la víctima y de eficacia de derechos con especial relevancia constitucional ¹²⁴

No obstante lo anterior, aunque es clara e indiscutible la relación existente entre verdad y justicia y el deber estatal de buscar la primera para concretar la segunda, la manera de encontrarlas o los métodos utilizados para lograr la sentencia verdadera y justa no ha sido un tema pacífico ni unánime en la doctrina y en la legislación penal, pues como advierte Luigi Ferrajoli, “si una justicia penal completamente con

¹²² R. Mattarollo, “Amnistías e indultos recientes a la luz del derecho internacional”, en Procesos de impunidad de crímenes de lesa humanidad en América Latina, 1989-1991, Bogotá, 1991, p. 404.

¹²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-872 de 2003. 30 de Septiembre de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹²⁴ Debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que el objeto de la intervención de la víctima en el proceso penal no sólo es la búsqueda de la reparación integral sino también de la justicia y la verdad: sentencias C-740 de 2001, C-1149 de 2001, SU-1184 de 2001, C-228 de 2002, C-004 de 2003 y C-014 de 2004.

verdad”constituye una utopía, una justicia penal completamente sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad” y, agrega, “las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad”¹²⁵

Así las cosas, sin que se pretenda definir cuál es la posición doctrinaria acertada, lo cierto es que desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso penal.

En el diseño de modelos procesales que buscan reconstruir los hechos y hacer coincidir la verdad fáctica con la verdad probada en el proceso, los Estados han utilizado fórmulas que oscilan entre la visión autoritaria de la justicia que autoriza a encontrar la verdad a toda costa, hasta la de los Estados democráticos en los cuales la verdad jurídica es una garantía que concilia la defensa de los derechos del procesado y de la víctima, de tal suerte que la verdad, que hace justicia, está referida a aquella que logra constatar hechos a partir de la prueba obtenida con las garantías propias del Estado Constitucional.

En este aspecto, resulta interesante la advertencia del penalista alemán Claus Roxin Claus, cuando decía que si bien el Estado tiene el deber de esclarecer los hechos, esa obligación “no rige en forma ilimitada”, pues está restringida por un número de prohibiciones en la producción de la prueba. Así, decía:

La averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado... “no es un principio de la STPO que la verdad deba ser

¹²⁵ FERRAJOLI, Op. cit. p. 45.

averiguada a cualquier precio” Página 191. Deja en claro que la averiguación de los hechos está limitada, en forma especial, por los derechos fundamentales y derechos humanos¹²⁶

Así las cosas, es evidente que la visión del proceso penal en la Constitución no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en estados de excepción pueden suspenderse (artículo 214, numeral 2º, de la Carta). De esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso.

3.3.9.4 Descubrimiento Probatorio Integral. El descubrimiento exigido por el máximo órgano jurisdiccional, no es más que la obligación de preservar durante el proceso los principios de igualdad, debido proceso y defensa, el tratadista Carlos Roberto Solorzano, define este procedimiento como la **OBLIGACIÓN** que tiene la fiscalía y la defensa, de revelar los elementos que pretenden incorporar en el proceso como pruebas, en aras de garantizar que la contraparte pueda conocerlos y de esta manera consolidar más efectivamente su teoría del caso, y esa obligación se concreta en el acto procesal de dar a conocer a la contraparte esos elementos que pretenden incorporar en la audiencia de juzgamiento.^{127, 128}

¹²⁶ ROXIN, Op.cit, p. 190

¹²⁷ El manual del defensor público en el sistema acusatorio define la figura del descubrimiento de pruebas como “*el acto procesal en el cual una parte informa a la otra sobre los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretende llevar a juicio los documentos con los que cuenta, los testigos o peritos con los cuales los aducirá, aquellos que declaran como testigos y sus datos de ubicación e identificación, así como las entrevistas, declaraciones o deposiciones que hubiere practicado a los mismos, y los informes de policía o técnico obtenidos durante sus actos de investigación*”, El defensor público en el sistema acusatorio colombiano, manual del defensor público, Bogotá, defensoría del pueblo, 2005, p. 170.

¹²⁸ Explicado el concepto del descubrimiento Orlando Muñoz señala que: “se entiende por descubrimiento la obligación de una parte, en el proceso penal, de dar a conocer, previamente al

En el sistema acusatorio colombiano, uno de los temas que ha generado inquietudes es el del descubrimiento probatorio, especialmente porque el sistema mixto consagrado en la ley 600 de 2000, pero aún más en las codificaciones anteriores era claro que como la obligación de recoger y practicar la prueba radicaba en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, esa prueba recaudada era válida y la regulaba el principio de “permanencia de la prueba”, en virtud de la cual la prueba recogida por la fiscalía era válida y no perdía esa condición, sin que fuese necesario repetirla ante el Juez de la causa; en el sistema acusatorio por el contrario, esto no es así, lo que recoge la fiscalía son evidencias que no tienen la condición de pruebas, ya que solo serán tales las que se practiquen ante el Juez de conocimiento, salvo la excepción de la “prueba anticipada” que se practica ante el juez de control de garantías, y por razones de urgencia justificada, como cuando un testigo de los hechos padece una enfermedad terminal, no alcanzará a declarar ante el juez de conocimiento, situación que exigiría en aras de evitar que se pierda la prueba, se practicara ante el juez de control de garantías, condicionado ello, a que si se puede practicar ante el juez de conocimiento, deba nuevamente realizarse.

Ante esta realidad distinta, propia del sistema adversarial, que exige el respeto al principio de inmediación en virtud del cual toda la prueba se debe practicar delante el juez de conocimiento y todos los elementos recogidos, que tienen la condición de evidencias, deben ser llevados ante el juzgador para que este realice el proceso de valoración probatoria, es claro que para poderlos incorporar en la audiencia de juzgamiento, existe la obligación previa tanto para la fiscalía, y la defensa, que consiste en el descubrimiento de las evidencias.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que: El descubrimiento probatorio, consiste en que la fiscalía y la defensa suministren, exhiban o pongan a disposición de la contraparte todas las evidencias y elementos probatorios de que dispongan; y

juicio, a la otra parte, información de las evidencias que pretende hacer valer en éste”. Así lo afirma en el libro “Sistema Penal Acusatorio de los Estados Unidos” Legis 2005, p. 261.

anuncien todas la pruebas cuya práctica solicitarán para ser llevadas a cabo en el juicio oral, para respaldar su teoría del caso” ¹²⁹

...”Al respecto, es preciso tener en cuenta que, sobre la base de la separación de roles propio del sistema acusatorio, el esquema procesal aplicable en nuestro País impone que cada sujeto procesal, de manera autónoma, adelante su propia tarea investigativa y con fundamento en la misma, en la oportunidad procesal correspondiente, eleve la solicitud probatoria que sustente su personal teoría del caso.¹³⁰

Lo anterior implica que, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte, el descubrimiento probatorio constituye parte de la esencia del sistema adversarial consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, y por tal motivo la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas como pruebas y practicadas en el juicio oral en sustento de sus argumentaciones, permitiendo de esa manera que la contraparte conozca oportunamente cuáles son los instrumentos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de la labor encomendada en procura del éxito de sus pretensiones.

Es claro, entonces, que el descubrimiento de la prueba en el sistema acusatorio está vinculado indisolublemente al debido proceso y al derecho a la defensa, en razón a la trascendental incidencia de dicho instituto frente al desarrollo de la actividad de cada una de las partes.

Tampoco puede perderse de vista que, según lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala, “el correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad

¹²⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado No. 25920, M.P. Javier Zapata Ortiz.

¹³⁰ Casación 28056, auto del 29 de agosto de 2007, entre otras.

de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos no podrán aducirse al proceso ni controvertirse dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral”.¹³¹

Precisamente por ello, con la finalidad de materializar la igualdad de condiciones y de oportunidades de los intervinientes en el juicio, la Ley 906 de 2004 establece los momentos procesales pertinentes para el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física.

En tales términos, el artículo 337 de la mencionada normatividad preceptúa que el escrito de acusación que presenta el Fiscal ante el juez de conocimiento debe contener, entre otras exigencias, “el descubrimiento de pruebas” consignado en un anexo, copia del cual ha de ser entregado tanto al acusado como a su defensor, al igual que al Ministerio Público y a las víctimas.

Por su parte, el artículo 344 establece que en el curso de la audiencia de formulación de acusación debe cumplirse “lo relacionado con el descubrimiento de la prueba”, en el entendido que la defensa puede solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio y, a su vez, la Fiscalía también podrá “pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”.

Adicionalmente, el artículo 356, numeral 2°, del ordenamiento jurídico en cuestión, estipula que en el curso de la audiencia preparatoria corresponde al juez disponer “que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física”.

¹³¹ Casación N° 25920 del 21 de febrero de 2007.

Se desprende de la anterior secuencia que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física se encuentra sometido a un orden metódico y cronológico, en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, y en ese sentido, el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal de 2004 fija al juez la obligación de rechazar los elementos probatorios y evidencia física respecto de los cuales no se haya cumplido de manera correcta y completa el trámite de descubrimiento probatorio.

Sin embargo, el artículo 344, inciso último, del Estatuto Procesal en mención, reglamenta una excepción a la regla según la cual en el juicio oral únicamente pueden evacuarse los medios de conocimiento solicitados en la audiencia preparatoria, en cuanto dispone que “si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

De acuerdo con la excepción prevista en la norma en cita, es posible admitir aquellos elementos probatorios que no habiendo sido descubiertos oportunamente, surgen en el curso del juicio, siempre y cuando la omisión de descubrimiento no obedezca a causas atribuibles a la parte interesada, se trate de un elemento material probatorio o evidencia física muy significativa o relevante para el caso, y además, que con su aceptación no se genere un perjuicio grave para la defensa...”¹³²

Se trata de una figura que tiene sus antecedentes en el derecho anglosajón y que incluso no era inicialmente aceptada en la justicia británica. El profesor Oscar Julián Guerrero señala que en una famosa sentencia conocida como “The King Vs Holland de 1972, correspondiente a un caso en el cual el funcionario de la corona fue

¹³² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación 39948, auto del 21 de noviembre de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero

acusado de actos de corrupción cometidos en la India, una comisión especial de investigación recopiló la información de testigos de cargo en esa colonia para fundamentar la acusación y antes del juicio el acusado impetró una moción para conocer el informe. Los términos en que se respondió la moción en su tiempo hicieron carrera, toda vez que la Corte competente no se ahorró expresiones para desacreditar la petición: “Jamás una moción como la presente no ha sido realizada y si nosotros fuéramos a garantizarla, ellos subvertiría todo el sistema del derecho penal...y si nosotros asumiéramos un poder discrecional de garantizar este requerimiento ello sería en extremo peligroso y totalmente infundado como precedente”¹³³

Tuvieron que transcurrir más de 60 años para que las Cortes modificarán esta postura, para que se desarrollara más que la figura de la revelación de pruebas de cargo, la de participación del acusado en los distintos momentos del proceso, reduciéndose de esta forma la posibilidad que pudiese ser sorprendido, llegando incluso en algunos casos a permitirse que la defensa pudiese conainterrogar e igualmente recibir copias de las informes profesionales o técnicos.

El debate sobre la figura se planteó por el Juez Brennan, en el año de 1963, quien calificó el sistema de justicia americana como una “Lucha de ciegos”. Este juez encontró que la carencia de un descubrimiento probatorio de evidencias para la defensa, amenazaba profundamente la búsqueda de la verdad en el proceso penal, lo que generaba que la defensa llegará con desventajas, ya que se enteraba mucho más tarde de lo que había recolectado en contra de su cliente, y por ello se dificultaba claramente la preparación del caso.¹³⁴

¹³³ FLETCHER, Robert. “Pretrial discovery in State Criminal Cases. Stanford LawReview.Vol 12 No. 1959. Pag 294., citado por Oscar Julián Guerrero en su texto “Instituciones Probatorias del Nuevo Proceso Penal”, si se quiere profundizar léase la misma en las páginas 21 a 35.

¹³⁴ BRENNAN, William J. “The Criminal prosecution: sporting eventor quest for truth?” Washington University Law Quarterly No. 3. 1963 paginas 279-295, citado por Oscar Julián Guerrero en el texto ya referenciado página 24 del mismo.

Para el mentado Doctor Solórzano, la finalidad de esta institución se concreta en la efectivización de varios principios:¹³⁵

- Le da desarrollo al principio de igualdad de armas. Tanto la Fiscalía como la defensa, tienen las mismas posibilidades de estructurar su teoría, lo que implica que en el juicio puedan conocer de manera clara todos los elementos que se pretenden incorporar, debiendo descubrir sus evidencias, quienes serán sus testigos y en general cuál es el acervo probatorio, poder realizar un trabajo más equitativo acorde con la posición que se tiene dentro del proceso.
- Garantiza la transparencia del proceso. Porque en la medida que se descubran todos los elementos no se sorprenderá a ningún actor del proceso, y así cada uno defenderá su teoría, pero todos igualmente deben mostrar sus elementos en aras de que se desarrolle con toda transparencia.
- Pretende garantizar equilibrio entre los actores del proceso. El descubrimiento probatorio, permite que se dé un perfecto equilibrio entre fiscalía y defensa, en la medida que, al conocer las evidencias que se van a llevar al proceso, se podrá realizar un trabajo más equitativo sin que ninguna de las partes sea sorprendida con elementos que nunca conoció y sobre los cuales difícilmente podría realizar un trabajo de contradicción sobre ellos.
- Posibilita la realización de estipulaciones probatorias. Sin un descubrimiento de evidencias difícilmente podría hacerse estipulaciones como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia, estipularán un determinado hecho y determinarán el elemento con el cual ese hecho queda probado.

¹³⁵SOLORZANO Carlos Roberto. Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral. Ediciones Nueva Jurídica, p. 385-393

Así mismo relieves el descubrimiento probatorio al llevarlo a una relación directa con los principios de: debido Proceso, Igualdad, Imparcialidad, Legalidad, Defensa, Lealtad, Objetividad y contradicción, los cuales deben ser respetados en el momento en que se acude a esta figura jurídica.

El principio de Objetividad regulado en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004¹³⁶, en este estadio adquiere una connotación elevada, para la correcta aplicación de la Constitución Política y la Ley. Vemos como a través de esta Institución, la Fiscalía debe descubrir todos los elementos que tenga en su poder, incluidos aquellos que favorezcan a la defensa.

Por ello, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte, es de la esencia del sistema acusatorio consagrado en nuestra legislación el **descubrimiento probatorio**, el cual consiste en que la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición de la contraparte todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas y practicadas en el juicio oral como sustento de sus argumentaciones, instituto procesal que, así contemplado por la ley, está sustentado en los principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad, entre otros, permitiendo de esa manera que cada interviniente **conozca oportunamente** cuáles son los instrumentos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de la labor encomendada a cada parte en procura del éxito de sus pretensiones

Así, entonces, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, la misma que sirvió de sustento a las argumentaciones de la parte recurrente en este caso, “se

¹³⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 (Agosto 31) de 2004. Rama Legislativa - Poder Público. Consultar versión corregida de la ley 906 publicada en el diario oficial no. 45.658. por la cual se expide el código de procedimiento penal. Diario oficial No. 45.657, de 31 de agosto de 2004

colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal” (se subrayó).¹³⁷

La Ley 906 de 2004 previó, de manera **metódica** y **cronológica**, unos momentos procesales para el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, consolidando de esa manera la igualdad de condiciones y de oportunidades conforme se encuentra diseñado el juicio y prevista la participación de los intervinientes en él.

Tales momentos son:

El primero acontece con el escrito de acusación que presenta el **fiscal** ante el juez de conocimiento, el cual debe contener, entre otras exigencias, “**el descubrimiento de pruebas**” consignado en un anexo. El fiscal está en la **obligación** de entregar copia de dicho escrito al acusado, a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas (artículo 337).

El segundo se consolida en la audiencia de formulación de acusación, acto en el cual, según el artículo 344, “se cumplirá lo relacionado con el **descubrimiento de la prueba**”, pues la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la “**fiscalía**” el descubrimiento de un elemento material probatorio y, a su vez, la fiscalía también podrá “pedir al juez que ordene a la **defensa** entregarle copia de los

¹³⁷ Casación N° 25920 del 21 de febrero de 2007. Casaciones 25007 del 13 de septiembre de 2006, 26128 del 11 de marzo de 2007, 28212 del 10 de octubre de 2007 y 28656 del 28 de noviembre de 2007.

elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”.

El tercer momento se presenta en la audiencia preparatoria, en la medida en que el numeral 2° del artículo 356 dispone que la “**defensa**” **descubra** sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

Por último, el inciso final del artículo 344 **prevé**, de manera excepcional, **otro momento** para el **descubrimiento probatorio**, toda vez que si en el “juicio **alguna de las partes** encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez, quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

Es importante resaltar la manera en que los autores nombrados y la propia jurisprudencia, hacen ver la necesidad de un descubrimiento probatorio total a la defensa, con el fin de no generarle desventajas para su preparación en el juicio, como tampoco amenazar la búsqueda de la verdad del proceso penal.

3.3.10 Principio de Concentración. Este principio se define como la posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase principal o fase oral. La concentración, celeridad y oralidad forman el trípode sobre el cual descansa la ritualidad del procedimiento con principio acusatorio, y sus excepciones se refieren a aquellos casos en los que es permisible la interrupción de la fase procesal por imposibilidad de que la prueba se practique en la sede del juicio.¹³⁸

La Corte desde antaño ha ponderado este principio de esta manera:

¹³⁸GUERRERO PERALTA, Op. Cit. p. 93

El poder de prueba se mantiene en cabeza tanto de la Fiscalía como del acusado y del Juez; sin embargo, el numeral 4 y el último inciso del artículo 250 de la Carta, tal y como fueron modificados por el Acto Legislativo, establecen cambios trascendentales en materia probatoria. Cabe resaltar, por ejemplo, el nuevo alcance de los principios de inmediación y de contradicción, ya que las pruebas se han de practicar dentro de la etapa de juzgamiento ante el juez y los jurados y, además, ofreciendo tanto a la Fiscalía como a la defensa el derecho de contradicción". (Se destaca).¹³⁹

Dicho principio se opone al de permanencia de la prueba, que regía en la Ley 600 de 2000 y en estatutos procesales anteriores, e implica que el juicio (i) es el escenario en el que, por regla general, se practican las pruebas; (ii) que debe ser continuo, salvo que se esté ante una situación sobreviniente y grave que lo impida, caso en el cual podrá suspenderse por el tiempo que ella dure; (iii) que debe tener una secuencia necesaria, racional en el tiempo, de modo que no afecte la memoria de lo sucedido en la audiencia, y (iv) que debe ser presidido por un mismo juez. La concentración, en criterio de la Sala, tiene por los menos cinco alcances¹⁴⁰

Uno:

...referido a que las pruebas fundamento de las decisiones de mérito no sean recaudadas a lo largo de todo el diligenciamiento, ni siquiera en cualquier momento del ciclo de juzgamiento, sino únicamente, por regla general, salvo excepciones regladas sobre el particular (v.g. prueba anticipada), de manera concentrada en la oportunidad dispuesta para ello por el legislador dentro del debate oral

Dos, que evita la desconcentración en el recaudo probatorio y está:

...íntimamente relacionado con el principio de inmediación, se orienta a evitar que los medios de convicción arriben al conocimiento del juez a quien corresponde resolver el asunto, luego de haber sido recaudados por otros funcionarios, pues ello crea un escollo en el conocimiento directo y objetivo, sin intermediarios, que debe asistir al fallador sobre el asunto cuya reconstrucción intenta a través de las pruebas.

Tres:

...en conexión con el principio de contradicción, propugna por

¹³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-873 de 2003. En esta sentencia la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones del Decreto 261 de 2000 "*Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación*", y sobre algunos preceptos de la Ley 906 de 2004.

¹⁴⁰ Sentencia de casación del 4 de marzo de 2009 (radicado 30.645).

conseguir que el debate librado por los sujetos procesales e intervinientes dentro del momento establecido para ello en el juicio respecto de la validez y aporte demostrativo de cada una de las pruebas en las cuales apoyan sus diferentes pretensiones e intereses, se surta delante del juez al que corresponde discernir, como tercero imparcial, de lado de quién y en qué medida se encuentra la razón.

Este alcance también brinda a los sujetos procesales e intervinientes la seguridad de que los elementos de juicio de sus contendientes serán conocidos en un momento específico definido para ello, y será allí cuando tendrán la oportunidad de adelantar sus estrategias conforme a sus intereses”

Cuatro:

...relacionado con el principio de oralidad, patrocina que el debate probatorio propio del juicio, así como las alegaciones que en él presenten los sujetos procesales e intervinientes, se realicen de manera oral, en procura de asegurar la agilidad y fidelidad a la actuación, “sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido” (artículo 9º de la Ley 906 de 2004).”

Cinco:

...congruente con el principio de continuidad, apunta a que ‘la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentan circunstancias especiales que lo justifiquen’ (artículo 17 de la Ley 906 de 2004)¹⁴¹”

Ahora bien, el mismo artículo 454 prevé la posibilidad, **excepcional**, de que la audiencia del juicio se suspenda. Empero, establece que ello sólo puede tener lugar ante situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad y cuando no exista otra alternativa viable, caso en el cual la interrupción podrá extenderse únicamente por el tiempo que dure ese fenómeno.

Esa suspensión -se insiste- **excepcional** opera bajo el supuesto de que el acaecimiento que da lugar a ella no sea de cualquier índole y no puede ser superado. Además, la interrupción solo durará mientras subsista esa situación imprevista, y de incidir, por el trascurso del tiempo, en la memoria de lo sucedido en

¹⁴¹Ibidem

la audiencia y en los resultados de las pruebas, el juicio deberá repetirse.¹⁴²

La Corte, en sentencia del 4 de marzo de 2009¹⁴³, encontró que las suspensiones dispuestas en el juicio adelantado contra un adolescente encuadraban dentro de esas excepciones en tanto “obedecieron a causas sobrevinientes de especial gravedad, tales como la importantísima oportunidad de escuchar en declaración a la víctima, en otra la inasistencia del acusado y en la siguiente la inasistencia del defensor, todas ellas suficientes para advertir su trascendencia en el aporte demostrativo de la conducta investigada o en la legitimidad del trámite, so pena de acarrear su invalidación.”

Si bien la variación en la persona del juez o la extensión del juicio son situaciones, per se, inusuales, para que se genere nulidad es preciso que, analizadas concienzuda y detenidamente las particularidades del caso, se determine, sin ambages, que con tal variación se afectó la estructura básica del proceso, se trasgredieron los principios que lo rigen y/o se lesionaron los derechos de las partes.

3.3.11 Principio de Oralidad. Es un presupuesto del principio de publicidad y está emparentado con el fundamento de inmediación probatoria en los procesos con principio acusatorio. De acuerdo con este principio la fase principal del procedimiento, así como las decisiones que afecten derechos fundamentales, se deben adelantar en un ambiente de discusión argumentativa entre las partes¹⁴⁴

En la versión que se presenta el acto legislativo 3 de 2002, el numeral 4 del artículo 250 se refiere a la oralidad en el contexto del juzgamiento, como una formalidad para adelantar esta fase del proceso que en una lectura conjunta con los artículos 29

¹⁴²COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala De Casación Penal Sentencia del 9 de diciembre 2010 Radicado (radicado 33.989). M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

¹⁴³ Radicado 30.645. En esa ocasión el proceso adelantado bajo el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (Ley 1098 de 2006) fue objeto de tres suspensiones, sin que hubiese cambio en la persona del juez.

¹⁴⁴GUERRERO PERALTA. Op. cit., p. 91

y 228 de la carta necesariamente nos llevan a concluir que deben estar proscritas todas las actuaciones de juzgamiento que no reconozcan el derecho del acusado a ser escuchado en sede de juicio oral, con sus correspondientes aditamentos de presentación de pruebas de descargo y controversia probatoria.

La Corte en sentencia C-873 de septiembre 30 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, donde al ser examinadas características esenciales del sistema penal acusatorio, se precisó (no está en negrilla en el texto original):

“(a) En cuanto a las etapas del procedimiento, se mantuvo la distinción entre la fase de investigación –encaminada a determinar si hay méritos para acusar- y la fase de juzgamiento, pero se otorgó una clara preponderancia, bajo el nuevo sistema, a esta última; ya se vio cómo el Constituyente derivado de 2002 caracterizó el juicio penal como una etapa regida por la oralidad, la publicidad, la inmediación de las pruebas, la contradicción, la concentración y el respeto por todas las garantías fundamentales. La etapa del juicio se constituye, así, en el centro de gravedad del proceso penal bajo el sistema instituido por el Acto Legislativo, a diferencia del sistema de 1991, que conservó la importancia de la etapa de investigación¹⁴⁵. En efecto, bajo el sistema preexistente, es durante la investigación que lleva a cabo la Fiscalía que se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo. En virtud del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de inmediación judicial y contradicción de la prueba, (ii) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez... una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado.”

¹⁴⁵“En este sentido, en la Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo se expresó: ‘...mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la Fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. (sic) Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales –defensa y acusador- ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión.// Mediante el fortalecimiento del juicio público, eje central en todo sistema acusatorio, se podrían subsanar varias de las deficiencias que presenta el sistema actual...’”

3.3.12 Principio de Juzgamiento sin Dilaciones Injustificadas. El derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas proveniente de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y del Artículo 14.3.c del PIDCP de 1966.¹⁴⁶, no se opone en nada a la noción más utilizada por otros instrumentos internacionales de plazo razonable¹⁴⁷.

La posible diferenciación no pasa desapercibida por la doctrina que ha hecho lo más ingentes esfuerzos por definir qué es, o mejor dicho, cuál es el plazo razonable para adelantar un proceso penal. Las soluciones planteadas a tan complejo problema pasan por toda suerte de interpretaciones. Desde la difícil sistematización de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que deja abierta la puerta para que cada Estado signatario de la Convención de Derechos Humanos de 1950 haga los correctivos en su legislación y recurra a los mecanismos fácticos que deben reducir la duración del proceso, pasando por las discusiones de la teoría procesal alemana que han propuesto sanciones a título de atenuación de pena o impedimento procesal por el estilo de la caducidad o la prescripción.¹⁴⁸, e incluso se ha llegado a postular la idea de abandonar los esfuerzos de definición (doctrina del no plazo) para dejar la apreciación de la duración excesiva en cada caso concreto bajo los criterios de dificultad del procedimiento, el número de involucrados, la complejidad de la investigación, las características del delito, etc.

El artículo 29 de la Constitución en forma explícita consagra que toda persona tiene derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

¹⁴⁶ Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínima: c) A Ser juzgado sin dilaciones indebidas.

¹⁴⁷ PASTOR, Daniel R. El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 47.

¹⁴⁸ Análisis con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el periodo 2000-2003. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano X, t. II, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004, p. 781-787.

Por su parte, el artículo 228 superior prescribe que “los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”. En desarrollo de estos principios, de un lado los procesos deben tener una duración razonable y, de otro, deben establecer mecanismos que permitan a los sujetos procesales e intervinientes controvertir, en condiciones de igualdad, las pruebas presentadas, así como los argumentos de hecho y de derecho que se aduzcan en su contra.

Ha destacado así mismo la jurisprudencia que en el proceso de producción del derecho, como en el de su aplicación, las distintas garantías que conforman la noción de debido proceso pueden entrar en tensión. Así, en ciertos casos el principio de celeridad puede entrar en conflicto con la garantía de contradicción probatoria, o con el derecho de defensa, pues un término judicial breve, naturalmente recorta las posibilidades de controversia probatoria o argumentativa. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que algunas de las garantías procesales son prevalentes, pero también ha aceptado que otras pueden verse limitadas a fin de dar un mayor alcance a intereses públicos legítimos o a otros derechos fundamentales implicados. En este sentido la Corte ha vertido estas consideraciones:

Algunos de los derechos sustanciales tutelados por las normas superiores relativas al debido proceso son prevalentes por su misma naturaleza. Tal el derecho a no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, o el principio de favorabilidad, los cuales no admiten limitaciones. Otros derechos, en cambio, y tal es el caso del derecho de defensa y de contradicción, pueden verse limitados para garantizar intereses legítimos alternos, siempre y cuando su núcleo esencial no resulte desconocido, y las limitaciones establecidas sean razonables y proporcionadas.

En efecto, una posición según la cual no fuera legítimo limitar el derecho de defensa, llevaría a extremos en los cuales se haría imposible adelantar el proceso para llegar al fin último (...) de esclarecer la verdad real, y haría nugatorio el derecho también superior a un debido proceso “sin dilaciones injustificadas” (C.P art. 29). Así por ejemplo, si al inculcado hubiera de oírsele cuantas veces quisiera, o si fuera necesario practicar todo tipo de pruebas sin consideración a su conducencia o pertinencia, el trámite se haría excesivamente dilatado y no se realizaría tampoco

el principio de celeridad al que se refiere el artículo 228 superior cuando indica que los términos procesales deben ser observados con diligencia.¹⁴⁹

En similar sentido la Corte ha sostenido:

... si los derechos del procesado - como el derecho de defensa - tuvieren primacía absoluta, no podría establecerse un término definitivo para acometer la defensa, ni restringirse la oportunidad para practicar o controvertir las pruebas, ni negarse la práctica de pruebas inconducentes cuando hubieren sido solicitadas por el procesado, etc. Predicar la supremacía irresistible del derecho de defensa equivaldría, en suma, a someter al proceso a las decisiones del procesado.

En síntesis, como la concepción "absolutista" de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica."¹⁵⁰ (Negrillas y subrayas fuera del original)

En conclusión, de la jurisprudencia vertida en torno a la libertad de configuración del legislador en materia de términos procesales, se pueden extraer las siguientes conclusiones, que resultan relevantes para la resolución del problema jurídico que plantea este proceso¹⁵¹:

- (i) El establecimiento de términos perentorios no contradice la Carta Política;
- (ii) Los términos procesales persiguen hacer efectivos varios principios superiores, en especial los de celeridad, eficacia, seguridad jurídica y prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades propias de cada proceso;
- (iii) Los términos procesales cumplen la finalidad de garantizar los derechos de

¹⁴⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648 de 2001. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

¹⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 475 de 1997. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-814 de 2009. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

acceso a la justicia y al debido proceso;

(iv) No existen parámetros en la Constitución a los cuales pueda referirse el legislador o el juez constitucional para valorar si la extensión de los términos procesales es adecuada;

(v) Por lo anterior, el legislador tiene una amplia potestad en la materia, limitada únicamente por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y por el fin que en general persiguen las formas procesales, cual es permitir la realización del derecho sustancial;

(vi) La función del juez constitucional a la hora de examinar las leyes que consagran términos procesales se limita a controlar los excesos, es decir a rechazar aquellas normas que desbordando notoriamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad, fijen términos exageradamente largos, que redunden en un desconocimiento de los principios de celeridad, eficacia, y seguridad jurídica, o que, por manifiestamente cortos, impidan hacer efectivos los derechos de defensa y contradicción probatoria.

3.3.13 Principio de Contradicción. La Corte, aunque reconoce una amplia libertad de configuración legislativa en materia de presentación y controversia de pruebas, ha considerado que, para que se integre debidamente al derecho de defensa, la ley debe:

...prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: 1. El derecho para presentarlas y solicitarlas; 2. El derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; 3. El derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; 4. El derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; 5. El derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228), y 6. El derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas

incorporadas al proceso.¹⁵²

El artículo 29 de la Constitución contempla a favor de quien tenga la condición de sindicado la garantía “a un debido proceso público, **sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra**”. En tanto que el artículo 250 numeral 4 de la Carta, tal como fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, establece como una de las funciones nucleares de la Fiscalía General de la Nación la de: “Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, **oral, con inmediación de la prueba, contradictorio**, concentrado y con todas las garantías.

Estos mandatos fueron desarrollados por los artículos 15 y 16 de la Ley 906 de 2004, según los cuales, el principio de contradicción concede a las partes en el proceso penal el “derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada”. En tanto que el de inmediación incorpora el imperativo según el cual “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas.”¹⁵³

Por otra parte también ha señalado la Corte:

Los principios de inmediación y contradicción cumplen su papel estelar y protagónico en el proceso producción de la prueba, tarea que en el contexto del sistema acusatorio se desarrolla en la fase del juicio oral. Tal como se deriva del texto constitucional (art. 250.4) que establece las características del juicio en el sistema

¹⁵² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1270 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371/11 del 11 de mayo de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

penal acusatorio, los principios de inmediación y contradicción técnicamente despliegan su eficacia en el momento del debate probatorio, con miras a facilitar y optimizar la actividad cognitiva propia proceso de conocimiento que acompaña la producción de la prueba. La actitud crítica, consciente y controlada que debe asumir el juez que dirige el debate en el juicio oral, exige el contacto directo con los actores que intervienen en esa fase.¹⁵⁴

La Corte ha admitido que algunas garantías procesales, -y entre ellas el derecho de defensa y contradicción- no son absolutas y pueden ser limitadas por el legislador, siempre que no se vea afectado su núcleo esencial, la limitación responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no se desconozcan otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la igualdad. En todo caso, ha señalado que la función, tanto del legislador como del juez constitucional, es tratar de lograr que todos los principios y derechos que eventualmente puedan entrar en tensión a la hora de regular los términos judiciales sean garantizados en la mayor medida posible.

En este estado es significativo traer a colación el punto de igualdad de oportunidades, que cita el Profesor Guerrero Peralta en la obra que hemos venido consultando, efectivamente es lo que determina un proceso penal con principio acusatorio informado por la noción de contradicción. La normativa internacional destaca este aspecto bajo los conceptos de “derecho a presentar testigos y contrainterrogar los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los de descargo”, lo cual resulta más ampliamente relacionado con el derecho de defensa. La CIDH en su art 8.2.f¹⁵⁵ y el PIDCP en su art 14.3e¹⁵⁶ definen con claridad los supuestos de contradicción. La jurisprudencia, por su parte no considera violatorias

¹⁵⁴ *Ibíd*em

¹⁵⁵ “Derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”

¹⁵⁶ “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”

de la garantía las deficiencias profesionales del abogado que no solicita la presencia de los testigos de descargo¹⁵⁷, ni aquellas relativas a la decisión del juez sobre la admisibilidad de la declaración para el juicio, siempre y cuando ésta no sea considerada como una grave obstaculización del derecho de defensa con incidencia claras sobre la responsabilidad del acusado.¹⁵⁸ Para tales efectos, la jurisprudencia contempla el criterio de relevancia del testimonio¹⁵⁹ o la compleja composición de igualdad de oportunidades dentro del proceso. O Donnell resume la temática en tres puntos: a) cuando la naturaleza de la prueba parece haber sido de crucial importancia para la resolución de cuestiones bajo consideraciones; b) cuando existe un patrón de denegación sistemática de las ofertas y solicitudes probatorias por parte de la defensa, y c) cuando se pone de manifiesto un desequilibrio éntrelas partes violatorio del principio desigualdad.¹⁶⁰

Conclusiones

El conjunto de garantías descrito, interpretadas a la luz de las nuevas disposiciones, en especial el art 250 de la Constitución Nacional y la jurisprudencia de las altas Cortes, muestran el armazón que recubre el sistema con tendencia acusatoria, y el marco de las partes en él, pero cosa muy diferente se percibe del tratamiento y situación verdadera que tienen cada uno de los actores en el proceso. Entendido que un pilar importante es la igualdad de armas en este sistema, ya es notorio que la balanza se ha inclinado desde el anterior sistema a favor de la Fiscalía, porque cuenta con medios, estructura, apoyo, tiempo, superiores a las del indiciado, que aunque tiene la posibilidad de hacerse parte de la indagación, no se entera de ella sino hasta la imputación; que aunado a esto el órgano acusador ya ha tenido tiempo suficiente para recopilar material sólo desfavorable, para sustentar la acusación, y

¹⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Collins (w) vs. Jamaica. 1991.

¹⁵⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Grant vs. Jamaica. 1994.

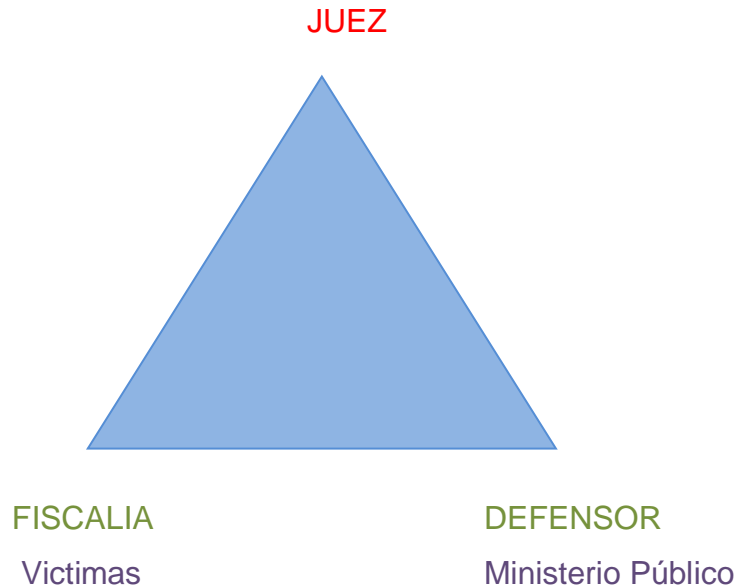
¹⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Wrigly vs. Jamaica. 1992.

¹⁶⁰ O DONEL, Obcit, supra nota 36 p. 425.

en juicio teniendo los medios de atiborrar con testigos y expertos, vencer a la defensa. Y en ese umbral concebir que la búsqueda de la verdad material pregonada para este procedimiento se convierta en utopía.

4. PARTES DEL PROCESO PENAL E INTERVINIENTES EN EL SISTEMA ADVERSARIAL DE PARTES DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

LA TRIANGULACION DEL JUICIO



De entrada cabe aclarar que el concepto de “parte procesal” tradicionalmente utilizado proviene de la teoría general del proceso y más concretamente de los postulados teóricos emanados de los ámbitos del derecho civil que distinguen posturas clásicas o modernas en cuanto a los desarrollos conceptuales del proceso en general. Así, puede afirmarse que la connotación tradicional que envuelve al concepto de “partes” generalmente se relaciona con la idea de derechos y obligaciones de carácter subjetivo o bien, pretensiones derivadas de relaciones jurídicas contractuales.

Ese es el motivo por el que se dificulta la aplicación integral de dichos desarrollos al ámbito exclusivo de la materia penal que no participa de muchas de las características propias de los procesos civiles tradicionales, razón incluso por la cual

muchos autores niegan la posibilidad de que en la materia punitiva pueda hablarse realmente de partes, o bien otros quienes admiten sólo parcialmente esa posibilidad.

Para poder opinar en ese sentido, es necesario previamente atender a las cuestiones generales del tema vinculado con los sujetos, partes propiamente dichas o intervinientes en general pueden tener participación dentro de un proceso, de ese modo se puede coincidir en que en todo proceso existen sujetos procesales y que por éstos se puede entender a toda persona que tiene participación dentro de un proceso, ya sea de carácter principal, eventual o accesorio que según las diversas clasificaciones puedan identificarse.

Para Barrios de Angelis, por ejemplo, “son sujetos del proceso quienes lo hacen y aquellos para quienes se hacen. Es decir, aquellas personas físicas o jurídicas que producen los actos del proceso, así como por su vínculo especial con el objeto, dan lugar al proceso...”.¹⁶¹

Ahora bien, no todos los sujetos procesales o intervinientes en general tienen el carácter de parte, pero es indiscutible que las partes u otros intervinientes eventuales, en su caso, sí tienen el carácter de sujeto procesal, pues por ejemplo, mientras que el órgano jurisdiccional es un sujeto procesal indispensable o principal, no tiene carácter de parte, como tampoco lo tiene un sujeto que pueda intervenir eventualmente con el carácter de auxiliar, testigo, o perito.

Los denominados sujetos procesales suelen ser clasificados desde diferentes puntos de vista, pudiendo encontrarse denominaciones como las siguientes:

Principales o indispensables: como el acusador; el órgano de la jurisdicción; la parte acusada; y el órgano de la defensa.¹⁶²

¹⁶¹ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, Teoría del proceso, ed. De palma, Buenos Aires, 1979, p. 115.

¹⁶² En este sentido resulta muy importante aclarar que cuando nos referimos al acusador abarcamos

Eventuales o interviniente: como el coadyuvante en el caso de reunir los requisitos legales correspondientes.

Necesarios: en función de los fines del proceso como los testigos, peritos e intérpretes, o bien los órganos de representación, autorización o asistencia de incapaces (padres, tutores, curadores, etc.).¹⁶³

Auxiliares: como suele considerarse a los investigadores o policías, al personal de los órganos jurisdiccionales o de los centros de reclusión, o bien a los asesores técnicos o especializados con autorización para participar en auxilio de los intereses de cualquiera de las partes.

También puede hablarse de clasificaciones que involucran el carácter jurisdiccional y la ubicación dentro de la relación jurídica sustancial o procesal entre los contendientes del proceso, lo que da lugar a la llamada triada procesal que ubica en un ángulo superior al órgano jurisdiccional entre las posiciones que ocupa la parte acusadora y la parte acusada (independientemente de los tipos de acusadores que se prevean en la ley respectiva), pero en una supuesta línea horizontal de equilibrio y respeto al principio de contradicción e igualdad (*actium triumpharum*)¹⁶⁴ y de acuerdo con esto se puede distinguir entre sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídico-procesales o bien jurídico-sustanciales, según sea el caso, así mientras que en la relación procesal el sujeto activo es el acusador y el pasivo el acusado, en la relación sustancial el sujeto activo se identifica con el autor del delito y el pasivo con la víctima u ofendido.

obviamente, dependiendo del modelo, la posibilidad de hablar de acusadores particulares o privados, lo que implicaría, según el caso, el carácter indispensable de la víctima u ofendido sobre todo en tratándose de la denominada acción penal privada que se plantea en el sistema mexicano, sin embargo, debe reconocerse que existen modelos procesales en los que la víctima u ofendido no tiene carácter de sujeto indispensable, como por ejemplo en el modelo norteamericano, o bien el sistema mexicano tradicional que prevé a lo sumo la diversa figura de la coadyuvancia, cuya presencia formal no es una obligación sino una posibilidad, lo que implica un carácter de sujeto eventual o interviniente

¹⁶³ MACEDO AGUILAR, Carlos, Derecho Procesal Penal, Flores editor y distribuidor, México, 2005, p. 75 y ss.

¹⁶⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, 2ª edic., ed. Oxford, México, 2000, p. 118.

4.1 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PARTE?

Desde una perspectiva general que deriva del desarrollo proveniente de la teoría general del proceso civil, se dice que el concepto proviene de la raíz latina *pars*, *partis* que significa porción de un todo y sinónimo de fracción, fragmento, miembro, partícula o pieza,¹⁶⁵ lo que lleva a la comprensión de que en el todo de la relación jurídica procesal, existen elementos, factores o componentes que mantienen un vínculo en función de la finalidad del proceso, estos elementos son de carácter personal y se traducen en las partes.

Esta idea, según se ha visto, en el ámbito civil suele coincidir con la idea de relacionar la existencia de partes con la noción de derechos, obligaciones o pretensiones de carácter subjetivo y derivadas a su vez de relaciones jurídicas generalmente contractuales.

Sólo a manera de ejemplo podrían mencionarse representantes de la escuela Clásica como Escriche o Caravantes, o bien de la llamada en su momento escuela moderna con representantes tales como Carnelutti y Chiovenda, cuyas posiciones dogmáticas dan muestra del abundante desarrollo que sobre el tema se ha suscitado de manera evolucionada y progresista.¹⁶⁶

Este amplio desarrollo abarca aspectos vinculados con la pluralidad de sujetos o partes que simultáneamente pueden concurrir a un mismo proceso, así como a cuestiones que condicionan esa participación, lo que permite hablar de litisconsorcio, legitimación o personalidad.

¹⁶⁵ El diccionario de la Real Academia Española (RAE). Vigésima segunda edición

¹⁶⁶ PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 2ª edic., ed. Porrúa, México, 1956, p. 487 y ss.

4.1.1 Concepto de parte en el Proceso Penal. Son las diferencias connaturales existentes entre el proceso civil y el proceso penal lo que ha llevado a diversos procesalistas a poner en duda o discutir la afirmación de que en el proceso penal puedan existir partes propiamente dichas, al advertirse en el ámbito punitivo la frecuente dificultad de alcanzar el llamado “nexo de identidad total”¹⁶⁷ entre la vinculación formal y sustancial que caracterice a los pretensores que motivan el proceso.

Como se dijo, esta discusión tradicional ha permitido el surgimiento de posiciones diversas frente a la posibilidad de reconocer o no la existencia de partes dentro del proceso penal, destacándose las siguientes:¹⁶⁸

- a) No hay partes en el proceso penal (Manzini).
- b) No hay partes en el período de instrucción, sí durante el juicio (Alcalá-Zamora).
- c) Existe una sola parte (acusado), no lo es el acusador (Bartolini Ferro).
- d) Se reconoce dualidad de partes (mayoría de autores).

Tratando ahora de asumir una posición personal, nos manifestamos de acuerdo con el criterio de mayoría en el sentido de que en el proceso penal debe existir al menos una dualidad de partes, independientemente de que éstas se entiendan de acuerdo con un criterio estrictamente procesal y por ende, desvinculado de cuestiones sustanciales; para ello nos adherimos a la opinión de Moreno Catena, cuando al hablar de la aplicación del concepto de parte al proceso penal sostiene que esto es posible y define el concepto de la siguiente manera: “conforme a un análisis estrictamente procesal, parte procesal es aquel que postula una resolución judicial frente a otra (parte activa), y aquel contra quien se insta dicha resolución (parte pasiva)”.¹⁶⁹

¹⁶⁷ SILVA SILVA, Op. cit., p. 119.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ MORENO CATENA, Víctor. Competencia y partes en el proceso penal español, en ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coordinador), *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*, 2ª edic., ed.

Por tanto, se hace indispensable distinguir entre la relación jurídica procesal en sentido estricto y la relación jurídico sustancial que surge de la comisión del delito, pues en este último caso suele identificarse como sujeto activo al autor de la conducta típica y como pasivo, aquel que conforme a la propia descripción legal de dicha conducta, se ubica en la condición de resentir el ejercicio de la propia acción punible.

En consecuencia, admitida la aplicabilidad del concepto de parte al proceso penal, aun y cuando de manera diferenciada, debe igualmente aceptarse la traslación al ámbito penal, en lo conducente, de todas las cuestiones vinculadas con los factores de clasificación o condicionamiento de las partes en general, es decir, aspectos relacionados con la capacidad y legitimación procesal, así como de litisconsorcio, se insiste, todo ello en lo conducente y en la medida de hacer viable los fines del proceso penal conforme a cada una de las estructuras sistémicas que se adopten en los diversos países.

En este orden se abordara cada una de las partes e intervinientes que hacen parte del proceso adversarial de partes implementado en el país, tal como avizora la Corte Constitucional en sentencia del 2008:

Los aspectos anteriormente reseñados permiten considerar que con la reforma en comentario se adoptó un esquema con características especiales y propias, que no corresponde estrictamente al típico proceso adversarial entre dos partes, acusador defensa¹⁷⁰, pues también intervienen otros sujetos (víctima, Ministerio Público) y el Juez, quien no puede ser simplemente el árbitro frente a un litigio, siendo ante todo guardián de la legalidad en sentido amplio y de los derechos fundamentales, particularmente de las víctimas y del imputado, con miras a la realización de la justicia material...”

Porrúa, México, 2000, p. 55.

¹⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005 (junio 9), M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

4.2 LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Uno de los temas más discutidos en los últimos tiempos en el Derecho comparado es el de la posición constitucional de la Fiscalía, Ministerio Fiscal o Ministerio Público, como se le conoce en otros ordenamientos. En general, los estudios de Derecho comparado sobre el tema dejan ver varias aristas problemáticas que podemos resumir de la siguiente forma: en primer lugar, se destaca el problema de su adscripción al órgano ejecutivo o al órgano jurisdiccional, pues de aquí se desprenden varias consecuencias, como su relación con el poder público (órganos parlamentarios) y las posibles influencias indebidas en el marco del ejercicio de la administración de justicia penal, lo que remite a los problemas de independencia interna y externa; íntimamente relacionada con este punto se encuentra la naturaleza jurídica de los actos de que ejerce dentro del proceso penal y fuera de este. En segundo lugar, se plantea el problema relativo a su posición y relaciones frente a la judicatura, particularmente si la Fiscalía no se encuentra en cabeza del poder ejecutivo.¹⁷¹

Pero para entender la naturaleza y ubicación de esta entidad, es preciso remontarnos a su origen y mixtura a través del tiempo, por ejemplo para el tratadista GOSSEL, la reubicación de la Fiscalía alemana se debe a la herencia francesa a partir de 1848, con una separación de poderes de acuerdo con la teoría de MONTESQUIEU, que incidió lo suficientemente para estructurar un órgano que apareciese como guardián de la legalidad en el marco de los controles a la concepción unilateral del ejercicio del poder estatal. Pero a pesar de su naturaleza de control, no se puede olvidar que también la justicia puede ser instrumentalizada para efectos de la política frente a los tribunales. Gossel llega a la convicción de que no puede existir una aproximación a la posición y naturaleza jurídica de la Fiscalía sin que se pase por el tamiz de los valores fundamentales de la Constitución¹⁷².

¹⁷¹ GUERRERO PERALTA. Op. cit. p. 115.

¹⁷² GOSSEL, Karl Heinz. Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un Estado de Derecho. En doctrina penal, No 13, Ed. De Palma Buenos Aires, 1981 p. 622.

Si el Estado se perfila como Estado de Derecho, democrático y social, lo más acertado es recabar en la concepción que predica que todos los fines del Estado están proyectados hacia el criterio de justicia material y el proceso penal no puede ser la excepción, razón por la cual la noción de procedimiento penal como ejercicio automáticamente legitimante del Estado carece de valor.¹⁷³ Pero por esa misma razón el criterio de la justicia material no se agota en el ejercicio de jurisdicción, sino que, por el contrario, en él concurren los tres poderes estatales, bien en la formulación de la ley penal (legislativo), en el cumplimiento de las decisiones (ejecutivo), o en la aplicación de jurisdicción (judicial).

Estas consideraciones justifican, según el autor, la radicación de la fiscalía en el ejecutivo, pues como “guardián de la legalidad” le corresponde la tarea de hacer cumplir las leyes y en su sentido de justicia material se orienta a la averiguación de la verdad lo más rápidamente posible. La acusación igualmente se orienta al criterio de justicia material y en esa medida puede ser independiente, pero requiere de controles.

Aterrizando en nuestro país y siguiendo los pronunciamientos del máximo órgano constitucional¹⁷⁴, se recordará que para la Corte los puntos más sobresalientes de la referida enmienda son la introducción de un nuevo modelo de proceso penal basado en la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; la creación de la figura del juez de control de garantías; la consagración del principio de oportunidad y el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, institución integrante de la Rama Judicial del Poder Público, autoridad que, a su vez, conservó competencia para imponer algunas medidas restrictivas, siempre sujetas a control judicial posterior.

¹⁷³ En este caso la referencia a la obra del sociólogo Niklas Luhmann es expresa a propósito de su obra *Legitimation durch Verfahren*

¹⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL C-873 de 2003 (septiembre 30), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-591 de 2005 (junio 9), M. P. Clara Inés Vargas Hernández; C-592 de 2005 (junio 9), M. P. Álvaro Tafur Gálvis; C-1194 de 2005 (noviembre 22), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

En el diseño constitucional del nuevo proceso penal la Fiscalía General de la Nación no puede actuar a su arbitrio en el ejercicio de sus funciones de investigación y acusación, ya que cuando su actuación compromete derechos fundamentales, debe someterse a la supervisión del juez de control de garantías, a quien corresponderá verificar si las medidas adoptadas por el ente investigador implican o no afectación de derechos fundamentales, pues en principio toda medida de investigación que sea restrictiva de tales derechos debe estar precedida de autorización de dicho juez¹⁷⁵

Por lo que respecta al papel que en el nuevo sistema cumplen las partes se observa, en cuanto hace a la Fiscalía General de la Nación, que la formulación general de sus funciones es sustancialmente distinta a la prevista originalmente en el artículo 250 superior, pues como se ha precisado, en adelante deberá concentrar sus esfuerzos en investigar y acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento, dando lugar a un “juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”, con base en una acusación que no es vinculante para el juez.

Conforme a la enmienda del mencionado texto superior, el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía por denuncia, petición especial, querrela o de oficio, queda supeditado a la existencia de motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una infracción, sin que pueda ese ente suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del principio de oportunidad, bajo la supervisión del juez de control de garantías.

Así mismo, de acuerdo con la reforma, no está al alcance inmediato de la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal adoptando medidas de aseguramiento, ya que debe solicitarlas al

¹⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-186/08. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

juez que ejerza esas funciones de control de garantías, también con la finalidad de evitar la evasión, conservar la prueba y proteger a la comunidad, en especial a las víctimas.

Sólo en forma excepcional la Fiscalía puede ordenar capturas, como medida restrictiva de la libertad, que deberá llevarse a cabo respetando los límites y eventos de procedencia establecidos en la ley y por decisiones de la Corte Constitucional, quedando tal determinación sujeta a control judicial posterior por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Otro aspecto importante que introduce la enmienda es la facultad de la Fiscalía para realizar en el curso de las investigaciones registros, allanamientos, incautación e interceptación de comunicaciones sin autorización judicial previa, sus funciones no son de carácter judicial, toda vez que están esencialmente concernidas con la actividad investigativa que desarrolla a través de los organismos de policía judicial, y se concreta en la recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, sometidas esas medidas al control judicial posterior automático, también a cargo del juez que cumpla la función de control de garantías y dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Todo aquello que le permitan sustentar sus pretensiones ante los jueces de garantías o de conocimiento, al formular imputación, obtener las medidas precautelativas que resulten necesarias, formular acusación y solicitar un fallo de culpabilidad.

A la Fiscalía se le encomienda igualmente la función de “asegurar los elementos materiales probatorios”, para lo cual debe garantizar la cadena de custodia hasta tanto se realice la contradicción de esas evidencias y en caso de requerir medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá contar con autorización judicial por parte del juez que ejerza la función de control de

garantías.

Se desprende de lo expuesto anteriormente, que en el diseño constitucional del nuevo proceso penal se ha querido que, en procura de asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, la actuación de la Fiscalía no quede librada a su propio arbitrio sino que siempre se desarrolle al amparo de mandatos superiores y bajo la vigilancia del juez, previa o posterior, de acuerdo con las situaciones mencionadas¹⁷⁶

En este punto es interesante presentar el papel que cumple la policía judicial, bajo la dirección, coordinación y control del fiscal del caso, siendo la encargada de materializar los actos de investigación encaminados a la recolección de la evidencia, que permita alcanzar y fundamentar los grados de persuasión que se requieren en cada momento procesal, inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable.

Todo en desarrollo de la gestión averiguatoria que se planea en equipo y se traduce en el programa metodológico, herramienta que tiene por objeto organizar y explicar la investigación adelantada con el fin de identificar los medios cognoscitivos para demostrar, más allá de duda razonable, la ocurrencia del delito y la identidad del autor o partícipe.

La estructura procesal fue modificada entonces de manera trascendental por el Acto Legislativo y la ley que lo desarrolló, porque si bien se mantuvo la distinción entre la fase de investigación y la de juzgamiento, se preponderó la importancia de ésta última, en la que en realidad se construye la prueba, con estricto cumplimiento de los principios propios del sistema acusatorio, esto es, oralidad, publicidad, celeridad, concentración e inmediatez; y, con respeto de las garantías fundamentales, especialmente la de dignidad humana.

¹⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2007 (mayo 9), M. P. Jaime Córdoba Triviño.

La ley 906 de 2004, contempla en el artículo 114 las atribuciones y funciones de la Fiscalía General de la Nación:

Artículo 114. Atribuciones. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por este código.
3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
4. Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.
5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.

La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo, la de jurados y jueces, del Consejo Superior de la Judicatura.

7. Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.
9. Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral.
10. Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar.
11. Intervenir en la etapa del juicio en los términos de este código.
12. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.
13. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por este código.
14. Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar.
15. Las demás que le asigne la ley.

Parágrafo. Adicionado por el art. 10, Ley 1142 de 2007, así:

Parágrafo. El Fiscal General de la Nación o el Fiscal Delegado, según el caso, podrá actuar con el apoyo de otro Fiscal Delegado de cualquier categoría, tanto para la investigación como para la intervención en las audiencias preliminares o de juicio. Esta misma facultad podrá aplicarse en el ejercicio de la defensa.

Artículo 115. Principio de objetividad. La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

Artículo 116. Atribuciones especiales del Fiscal General de la Nación. Corresponde al Fiscal General de la Nación en relación con el ejercicio de la acción penal:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los servidores públicos que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.
2. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos, mediante orden motivada.
3. Determinar el criterio y la posición que la Fiscalía General de la Nación deba asumir en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

4.2.1 La Investigación Penal De Acuerdo Con La Constitución Colombiana¹⁷⁷

El acto Legislativo 3 de 2002, al reformar el artículo 250 de la Constitución marca una nueva disciplina de la investigación penal en Colombia, pues se optó por un modelo que, a grandes rasgos, presenta las siguientes características:

- a) El ejercicio de la investigación penal requiere que la Fiscalía valore la existencia de suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la existencia de un delito.
- b) La investigación penal está sujeta a controles judiciales en sede de garantías de manera previa o posterior. Esto significa que la Fiscalía investiga sin que tenga capacidad de decidir sobre su propia actuación para efectos probatorios, pues como lo dice la sentencia C-873 de 2003 de la Corte Constitucional, existirán actuaciones que se puedan realizar

¹⁷⁷GUERRERO PERALTA. Op. cit. p. 115

sin que medie orden judicial previa, pero quedan sujetos a un control judicial automático dentro de las 36 horas siguientes, para efectos de determinar su validez en tanto pruebas. Además de la consideración anterior cabe predicar, de acuerdo con la sentencia C-1092 de 2003, que dicho control se extiende en sus sentidos formal y material en aras de salvaguardar el debido proceso.

- c) La investigación penal tendrá una división entre actos que requieren autorización judicial y actos que no la requieren. La clasificación resulta importante para efectos probatorios las consideraciones de prueba ilícitamente obtenida o con violación del debido proceso en concordancia con el Artículo 29 de la Constitución Nacional.
- d) La Fiscalía está obligada al aseguramiento de los elementos probatorios con la cadena de custodia. La regulación constitucional resulta importante por los que se conoce en otras legislaciones como “prueba sobre prueba”.

Así las cosas, constitucionalmente hablando y reflejado en la sentencia C-873 de 2003, ha entendido la corporación, que tanto la investigación, como el ejercicio de la acción penal están sujetos al umbral señalado en la Carta: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias que indiquen la posible existencia del mismo”; Por tanto las consecuencias que se pueden inferir con esta interpretación se pueden resumir así: la Fiscalía no puede realizar investigaciones “preventivas”, ni indagaciones que no estén afectadas a la comisión de una conducta punible. Las labores proactivas de inteligencia con el fin de determinar la hipotética comisión de infracciones penales no son función constitucional de la Fiscalía General de la Nación. En este sentido, no deja de ser problemática la investigación de ciertos delitos que justamente se basan en un modelo de indagación “exploratorio” sin que exista referencia de su comisión, como

por ejemplo, el lavado de activos. De igual manera, la redacción constitucional constituye una talanquera frente a ciertas figuras que se utilizan para las indagaciones “exploratorias”, como por ejemplo, los agentes encubiertos y los informantes: En segundo lugar, se admite que la Fiscalía puede desechar todas las informaciones constitutivas de notitiacriminis que no se compadezcan con el umbral exigido, en el sentido de carecer de fundamento factico indiciario (circunstancias o motivos que indiquen la existencia de un delito). En otras palabras, el constituyente derivado de alguna manera atempera la exigencia de obligación para el inicio de cualquier investigación; en tercer lugar, no se puede omitir que este principio de investigación oficial como se le conoce en otras legislaciones, debe complementarse con los siguientes presupuestos:

A) LA AFECTACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA INVESTIGACION PENAL EXIGE RESERVA LEGAL

Se reconoce la existencia e intervención ex ante del juez de garantías cuando se afecten derechos fundamentales distintos a los que se invaden con las medidas en las que la Fiscalía está habilitada para proceder sin autorización judicial y por la interpretación que la misma Corte Constitucional tiene sobre el punto.¹⁷⁸

B) POR REGLA GENERAL LAS MEDIDAS DE INVESTIGACION QUE SE PUEDEN TOMAR PARA AFECTAR DERECHOS FUNDAMENTALES ESTAN SUJETAS AL PRINCIPIO DE RESERVA JURISDICCIONAL

Cuando nos referimos a la reserva judicial lo entendemos en el sentido de autorización previa de un juez de garantías para que la Fiscalía proceda a tomar la medida.

C) LA CONSTITUCION AUTORIZA EXCEPCIONES A LA RESERVA JUDICIAL PARALOS CASOS DE ALLANAMIENTOS, REGISTROS, INCAUTACIONES E INTERCEPTACIONES DE COMUNICACIONES

¹⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 873 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

La Corte observa que en este caso la labor de control posterior en sede judicial de garantías es examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecuan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos.

D) LAS MEDIDAS TOMADAS EN DESARROLLO DE LA INVESTIGACION PENAL ESTAN SOMETIDAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En un sentido amplio el principio de proporcionalidad en la investigación penal se pone en la que se pone a prueba el ámbito de protección que poseen los derechos fundamentales. Este principio concebido como Máxima no Escrita de la Constitución frente a la investigación penal puede orientar a dos apreciaciones básicas:

1. El respeto a la esencia de los derechos fundamentales impone que estos no puedan ser limitados más allá de lo estrictamente necesario para la protección de intereses generales.
2. El beneficio que obtenga el interés general o la colectividad debe ser equiparable con el perjuicio ocasionado al individuo.

Además de lo anterior se puede decir que la etapa de investigación previa o indagación preliminar está sujeta no sólo a lo ya expresado, sino a la intervención activa de la defensa e indiciado, para la recolección de evidencias que más adelante sustentaran su postura defensiva y que sin duda garantizan la igualdad de armas. La Corte ha contextualizado el tema como actividad probatoria del imputado dentro de la investigación previa, en sentencia C-536/08:

Es especialmente relevante el tema de la actividad probatoria del imputado dentro de la investigación previa, respecto de lo cual esta Corporación se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, y con ello la igualdad de armas, en relación con la actividad probatoria que se desarrolla dentro de la etapa preliminar por parte del imputado y

su defensor. La Corte se ha pronunciado respecto de la importancia de garantizar el derecho de defensa del imputado en general y específicamente durante la etapa de investigación previa en relación con el material probatorio a ser recabado. En este sentido esta Corporación ha sostenido que la investigación previa es una etapa pre-procesal en donde el Estado debe determinar si una conducta ha ocurrido, si está tipificada en la ley penal, si se configura una causal de ausencia de responsabilidad y si la acción penal es procedente, así como la identificación del autor o autores del hecho, etapa durante la cual, dentro del marco del actual sistema acusatorio, no sólo el ente acusador sino también el imputado y la defensa tienen el derecho y la facultad de recaudar el material probatorio que permitan esclarecer estos interrogantes penales.

Por las razones anteriores, la etapa de investigación previa reviste especial importancia tanto para el sistema punitivo como para el imputado, razón por la cual durante esta etapa debe protegerse y garantizarse plenamente el derecho de defensa y sus principios, entre ellos la igualdad de armas. En armonía con lo expuesto, es dable afirmar que la Corte ha entendido que el debido proceso y el derecho de defensa, deben garantizarse plenamente en la fase de investigación previa al imputado y su defensa, frente al gran poder que en este sentido tiene el ente acusador, ya que si esta etapa se desarrolla sin la participación activa del imputado y su defensa en relación con las facultades que le son atribuidas respecto del recaudo de material probatorio, el derecho de defensa y la igualdad de armas que no se garantizaron durante esta etapa decisiva, terminará afectando también y de manera directa el resto de etapas dentro del proceso penal.¹⁷⁹

En suma, puede concluirse que la nueva estructura constitucional de la investigación penal no puede estar ajena a cualquier condición exigida desde el punto de vista internacional o doméstico para la restricción de los derechos fundamentales. De tal manera que el ámbito práctico se deben agotar los requerimientos formales (reserva

¹⁷⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-536-08 M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería:

legal, determinación y precisión de una regulación para la afectación; exigencia de leyes especiales) y materiales (licitud del fin perseguido, proporcionalidad, intangibilidad del núcleo esencial y compatibilidad con el sistema democrático).

4.3 DEFENSA

En principio no habría mucho por reflexionar sobre la defensa, pues al fin y al cabo la garantía de tal derecho consagrada constitucionalmente sería suficiente como para conjurar las restricciones provenientes de leyes que limitan su ejercicio, pero en realidad las disposiciones procesales se han empeñado cada vez más en limitar la tarea del defensor sin que se observe una clara línea de interpretación constitucional, al menos en nuestro país, en donde la jurisprudencia deja mucho que desear sobre tan importante tema.¹⁸⁰

La opinión dominante en la doctrina germana considera al defensor como el participante que debe hacer valer para el inculpado la presunción de inocencia y la legalidad del procedimiento. En efecto, si la filosofía del proceso penal se soporta en un criterio de averiguación de la verdad material, es lógico que la Fiscalía adopte una postura de imparcialidad (en el sentido de averiguar los elementos de imputación como los de exculpación), pero ello no siempre se logra con toda la claridad que se quisiera en términos de un justo equilibrio, razón por la cual la labor del defensor se considera en sentido teórico – práctico y técnico como la solución de tal déficit.

Nuestra Corte ha resumido las garantías contenidas en el ejercicio del derecho de defensa de la siguiente manera:

En relación con el plexo de garantías que involucra el ejercicio del derecho de defensa, en el contexto de un sistema acusatorio, la corporación ha sentado las

¹⁸⁰GUERRERO PERALTA, Op. cit. p. 223

siguientes reglas: (i) ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa; (ii) el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal; (iii) el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso; (iv) el derecho de defensa, como derecho fundamental constitucional, es un derecho que prima facie puede ser ejercido directamente por un procesado al interior de un proceso penal; (v) el procesado puede hacer valer por sí mismo sus argumentos y razones dentro de un proceso judicial; (vi) el derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación; (vii) constituye una de las principales garantías del debido proceso, y representa la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; y (viii) la importancia del derecho de defensa, en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado; (ix) en el contexto de los procesos penales, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria adquiere carácter fundamental, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar su efectividad de tal derecho.¹⁸¹

En el área de del Derecho Internacional regulan la defensa del imputado los Arts. 14.1 del PIDCP y 10 del DUCH. Contando con algunos desarrollos jurisprudenciales podemos observar estas características:

¹⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371/11. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva

- a) La jurisprudencia internacional fija el concepto de defensa adecuada, en el sentido de considerar violatoria de las leyes internacionales la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que la posibilidad de preparar de forma adecuada la defensa implica tener el patrocinio del defensor, el tiempo y las condiciones para comunicarse con el profesional del Derecho.¹⁸²
- b) Un aspecto importante que complementa esta noción es la de “tiempo y medios adecuados” para la preparación de la defensa. Al respecto el Comité de Derechos Humanos en reiteradas decisiones ha considerado que los conceptos de “tiempo y medios” son un aspecto importante del principio de igualdad de armas. Aquí como en el caso del plazo razonable, se decide la situación del tiempo suficiente en cada caso concreto. En cuanto a los medios adecuados, la interpretación internacional anota que se viola el principio de igualdad de armas cuando las autoridades de persecución penal ocultan información necesaria para la defensa o no facilitan las piezas procesales que se requieren para la labor del abogado.¹⁸³
- c) El derecho a la defensa debe permanecer a lo largo del proceso – *nemo iudex sine defensione*. Carrerata ha dicho que el derecho de defensa como parte del debido proceso está compuesto por dos elementos, uno activo y otro pasivo, según sea su ejercicio, comprendiendo aquellos actos positivamente dirigidos a conjurar el planteamiento de una acusación penal, como aquellas formas de resistencia pasiva que la Constitución autoriza cuando se trata de intervenir en sus derechos fundamentales, sin que de allí se hayan de desprender consecuencias para el investigado.
- d) La Inasistencia jurídica por parte del Estado puede entrañar una violación del principio de igualdad ante la ley reconocido también en la Convención

¹⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 12 de noviembre de 1997, Caso Suarez Rosero.

¹⁸³ Comité de Derechos Humanos, caso Henry vs Jamaica, 1999.

en su Art 24, en la que prohíbe al Estado discriminar por razones, entre ellas la posición económica; por lo tanto, si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer sus derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley.¹⁸⁴

- e) La extensión del derecho de defensa en relación con la prueba y la controversia probatoria: Ya hemos observado que como forma de rituar el proceso penal el contradictorio tiene ciertas características, pero como garantía procesal en nuestra Constitución el derecho a la prueba aparece como un componente del derecho de defensa. GOSSEL.¹⁸⁵ La vulneración al Derecho de configuración en aquellos casos en los que la desestimación de una prueba genere una indefensión material, en el sentido de que la carencia de prueba sea decisiva frente al fallo, y siempre y cuando dicha omisión no sea imputable a la defensa.

4.4 ACUSADO

Cabe señalar inicialmente la distinción entre la noción de imputado y la noción de acusado. La primera categoría se aplica a la persona contra la cual se ejerce la persecución penal, porque alguien o las circunstancias indican que ella es la autora de una conducta punible o participe de ella. El concepto depende de dos notas principales íntimamente ligadas entre sí: a) la individualización del perseguido y b) los actos de persecución que se pretenden contra ella. El acusado es la persona a la cual se le ha endilgado formalmente la comisión de una conducta punible porque las pruebas recogidas hasta la culminación de la fase de investigación determinan que la Fiscalía debe proceder a acusarlo para iniciar un juicio oral, abstracción hecha de

¹⁸⁴ Citado por Albanese, SUSANA, obcir. Supra nota 148 pp 39-59

¹⁸⁵ GOSSEL, Karl Heinz, la petición de prueba en el proceso penal alemán. Cuadernos de política criminal No. 70 Madrid Edersa 2000 pp 169-188.

la aplicación del principio de oportunidad.

La importancia de la definición en los procesos mixtos con principio acusatorio radica en el momento procesal en que una persona ha de estar bajo el amparo de las garantías procesales constitucionales, las que le otorga la legislación y las que corresponden a los instrumentos internacionales. De ahí que la doctrina se empeñe en buscar distinciones claras entre uno y otro para definir su posición más acertada en el procedimiento. Así, por ejemplo, una es la posición del imputado en la etapa de investigación cuando de él se requiere consentimiento para obtener una prueba que implica intervención corporal, y otra situación distinta es la de una persona que simplemente está bajo sospecha. En el primer caso se está buscando una imputación a costa del mismo inculpado, mientras que en el segundo caso la investigación apunta a la búsqueda de una prueba de alguien que pueda actuar con posterioridad como testigo.

Conforme a lo anterior se desprenden varios aspectos que han sido tratados en profundidad por la doctrina, referidos a criterios objetivos y subjetivos de intervención, en el proceso o a derechos activos y pasivos¹⁸⁶ de intervención en la investigación que se concretan en varias garantías. El segundo problema abordado por la doctrina, ligado al anterior es, el de la consideración del imputado – acusado como sujeto procesal y no como objeto de procedimiento; y el tercer problema recurrente es el de su posición en el procedimiento para cumplir con el postulado del debido proceso (Due Process of law, justo proceso, fair trial, fairesverfahren) acuñado internacionalmente y más conocido como igualdad de armas.

En cuanto al primer problema, este es, los criterios objetivos y subjetivos de intervención se precisa de una referencia casi formal para determinar si existe o no la necesidad de intervenir, ejerciendo actos de defensa. El criterio resulta útil para los casos en que una persona es sospechosa o contra la cual pesan indicios de

¹⁸⁶ ROXIN, CLAUS, Obcit, supra nota 23, pag 125-127

haber cometido una conducta punible, pero no cuenta con información sobre la evidencia que contra ella recolecten las autoridades de persecución penal. En este caso es subjetivo entrar a determinar si se ejercen ciertos actos cuando lleguen noticias, o simplemente esperar a que se concreten las investigaciones y entrar en la escena del procedimiento. ES objetiva, en cambio; cuando se tiene la calidad de imputado, puesto que allí la ley ampara con una serie de garantías el papel del imputado y por supuesto el del acusado, en la medida en que pueden existir actuaciones que obligatoriamente los requieren.

En cuanto al segundo problema, la doctrina germana es recurrente en la exposición de límite a la averiguación penal, y una de las líneas básicas que trazan sus manuales de procedimiento es el hecho de que el inculcado – acusado no es un objeto del proceso, sino un sujeto procesal. Es decir, el fundamento de dignidad humana le otorga al inculcado la posibilidad de incidir legítimamente en los resultados del procedimiento.¹⁸⁷ A este fundamento corresponde en el desarrollado de las garantías, desde el punto de vista legal, las formalidades establecidas para el primer interrogatorio del inculcado, las advertencias relativas a los derechos constitucionales que le asisten al capturado o interrogado, así como su libertad de declaración y la posibilidad de ejercer el derecho de asistencia legal ante de comunicarse con las autoridades de persecución penal si lo requiere.

La doctrina tiene consenso en cuanto a los derechos que le asisten al acusado; entre los cuales podemos nombrar “activos” los siguientes:

- Derecho de audiencia judicial o garantía de acceso del acusado al órgano jurisdiccional.
- Derecho a la elección de defensor o nombramiento de abogado en cada fase del procedimiento, en cualquier acto que tenga incidencia en la suerte del procesado requiere presencia obligatoria de su defensor.

¹⁸⁷ PFEIFFER, Gerd. Ob cit, supra t. II. P. 241

- Derecho a ser informado de la acusación en un idioma que él conozca, pero además la doctrina ha llegado a ser más exigente, pues con el derecho a conocer la acusación se le debe indicar al acusado, no solo el derecho a no declarar, sino además deberá explicársele la forma en que la acusación se dirige contra él, pues para poder decidir cuál de los dos medios de defensa le conviene usar (declarar activamente o simplemente callar), el inculpaado debe saber contra qué defenderse.

En suma, el principio acusatorio configura tres garantías básicas para el acusado, esto es, el derecho para el acusado de conocer previamente la acusación (con la obligación correlativa para el Estado de comunicarla, a efectos de concretar las manifestaciones del derecho de defensa); en segundo lugar, se establece la garantía de que no se podrá condenar por hechos punibles distintos a los establecidos en la acusación, ni a sujeto distinto del acusado; y por último, la acusación también aparece cobijada por la prohibición de la *reformatio in pejus*.

En lo que respecta a los derechos de actuación pasivos para el acusado, el más importante es el de la declaración voluntaria. Las consecuencias de menoscabar este derecho son las conocidas a la carencia de valor de las declaraciones obtenidas por medios ilegítimos. De igual forma la libertad de declaración despliega sus efectos en los aspectos relativos a la valoración probatoria del silencio o las coartadas que utilice el acusado durante el interrogatorio. Los otros derechos son la presunción de inocencia, contradicción, dignidad humana etc.

4.5 VICTIMAS

La jurisprudencia constitucional colombiana ha entrado a la consideración del problema de la víctima en el proceso penal, a partir de la discusión de las facultades que permite la acción civil, para pasar a considerar a la víctima como un verdadero sujeto procesal. En realidad, la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional

a este t3pico proviene del derecho internacional de los derechos humanos y su antecedente m3s inmediato estaba constituido por la declaraci3n de inconstitucionalidad frente a algunas disposiciones del C3digo Penal Militar, que no permitían la constituci3n de parte civil en los procesos adelantados ante la jurisdicci3n castrense.

Desde el 3mbito internacional y específicamente la Comisi3n Interamericana de derechos humanos afirma que la raz3n principal por la que el Estado est3 llamado a perseguir el deliro es la necesidad de dar cumplimiento a su obligaci3n de garantizar el derechos a la justicia de las v3ctimas. La extensi3n de este derecho de las v3ctimas se concreta en el derecho de todo individuo a obtener una investigaci3n judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente, en la que se establezca la existencia o no de la violaci3n de su derecho, se identifique a los responsables y se les imponga las sanciones pertinentes. A su vez, el derecho a obtener una investigaci3n judicial implica la responsabilidad del Estado de adelantar con seriedad una indagaci3n independiente e imparcial, y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Tambi3n se ha conformado la noci3n del derecho a la verdad, cuando por razones legales no sea posible imponerse una pena, como medio para aminorar el dolor de las v3ctimas y el reconocimiento a su dignidad.

El 3ltimo componente que se reafirma en las decisiones Supranacionales es el de la reparaci3n e indemnizaci3n a las v3ctimas, el cual incluye el restablecimiento de la situaci3n anterior a la lesi3n, la reparaci3n de las consecuencias producidas con el acto il3cito, y la compensaci3n de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

La Corte Constitucional¹⁸⁸ reitera que los derechos de la v3ctima del delito a la verdad, la justicia y la reparaci3n integral se encuentran protegidos en el sistema

¹⁸⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-209/2007. M.P. Manuel Jos3 Cepeda Espinosa

penal con tendencia acusatoria desarrollado por la Ley 906 de 2004, pero dicha protección no implica un traslado automático de todas las formas y esquemas de intervención mediante los cuales la víctima ejerció sus derechos en el anterior sistema procesal penal regulado por la Ley 600 de 2000, sino que el ejercicio de sus derechos debe hacerse de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal, creado por el Acto Legislativo 03 de 2002.

En consecuencia, las víctimas podrán intervenir de manera especial a lo largo del proceso penal de acuerdo a las reglas previstas en dicha normatividad, interpretada a la luz de sus derechos constitucionales, así:

1. En la etapa de investigación, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas anticipadas regulada en el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que el numeral 2 del artículo 284 de la Ley 906 de 2004 era exequible en el entendido de que la víctima también podrá solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías.
2. En la etapa de imputación, en cuanto a lo regulado en el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima podrá estar presente en la audiencia de formulación de la imputación.
3. En cuanto a la adopción de medidas de aseguramiento y de protección, en lo regulado por los artículos 306, 316 y 342 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, según el caso, a solicitar la medida correspondiente.
4. En relación con el principio de oportunidad regulado en los artículos 324, y 327, la Corte Constitucional concluyó que se deberán valorar expresamente

los derechos de las víctimas al dar aplicación a este principio por parte del fiscal, a fin de que éstas puedan controlar las razones que sirven de fundamento a la decisión del fiscal, así como controvertir la decisión judicial que se adopte al respecto.

5. En materia de preclusión de la acción penal, en lo que atañe a la regulación prevista en el artículo 333 de la Ley 906 de 2004, la Corte concluyó que se debe permitir a la víctima allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal.
6. En cuanto a la etapa de acusación, en lo regulado por los artículos 337, 339 y 344 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para formular observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. En consecuencia, declaró inexecutable la expresión “con fines únicos de información” contenida en el artículo 337 y executable el artículo 344 en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica.
7. En la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que no era posible que la víctima interviniera para presentar una teoría del caso, diferente o contraria a la de la defensa. Habida cuenta de que en las etapas previas del proceso penal ésta ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima podrá ejercer sus derechos a través del fiscal, quien es el facultado para presentar una teoría del caso construida a lo largo de la investigación.

Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le oiga, el

juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación con el abogado de la víctima, sin excluir su acceso directo al fiscal. En consecuencia, la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos 371, 378, 391, y 395 de la Ley 906 de 2004, en lo demandado y por el cargo analizado.

Finalmente, advierte la Corte Constitucional, que las decisiones adoptadas en el presente proceso tienen efectos hacia el futuro, y no traen como consecuencia la nulidad retroactiva de las actuaciones penales que se hayan surtido hasta este momento, sin la participación de las víctimas de conformidad con las reglas y condiciones establecidas en esta sentencia.

Conclusiones

La parte acusadora en cabeza de la Fiscalía General de la Nación quien por pertenecer a la Rama Judicial goza de autonomía e independencia aun cuando está sujeta a los principios de jerarquía y de unidad de gestión. Sus funciones están sujetas a límites constitucionales y son actos de investigación salvo aquellos que restringen derechos fundamentales los cuales se reputan jurisdiccionales, pero su adopción se sujeta a requisitos de idoneidad y necesidad, pues tiene facultades propias y de petición ante el juez de control de garantías, pero siempre dirigidas al logro de los objetivos de la investigación.

La defensa compuesta por el imputado y su apoderado quienes tienen derecho a obtener información oportuna de la investigación y la acusación. Tiene el derecho a presentar evidencia y a controvertir la presentada por la parte acusadora.

La víctima. La Corte Constitucional ha distinguido entre víctima quien es el sujeto pasivo del hecho punible y los perjudicados quienes son los que se han visto afectados de manera directa con el hecho punible. Su participación en el proceso

penal se explica por el derecho a la verdad, la justicia y la reparación. Tiene el derecho a que se esclarezca lo que ocurrió y partir de ello a que se logre la reparación de los daños causados, involucrando medidas de justicia simbólica.

Tiene la facultad para investigar por su propia cuenta y aportar evidencias al juicio. Su intervención es facultativa.

El Ministerio Público es parte con la finalidad de proteger la constitucionalidad y la legalidad dentro del proceso. Su intervención es discrecional.

El juez. El rol del juez es imparcial, sin la posibilidad de ordenar y practicar pruebas de oficio, está sometido a las peticiones de las intervinientes, pues debe caracterizarse por ser un funcionario imparcial y actuar con ese sentido. Solamente al juez de control de garantías le es permitido practicar pruebas de oficio, mas no al de conocimiento

Por ello, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte, es de la esencia del sistema acusatorio consagrado en nuestra legislación el descubrimiento probatorio, el cual consiste en que la fiscalía y la defensa deben suministrar, exhibir o poner a disposición de la contraparte todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que posean como resultado de sus averiguaciones y que pretendan sean decretadas y practicadas en el juicio oral como sustento de sus argumentaciones, instituto procesal que, así contemplado por la ley, está sustentado en los principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad, entre otros, permitiendo de esa manera que cada interviniente conozca oportunamente cuáles son los instrumentos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, elaborar las distintas estrategias propias de la labor encomendada a cada parte en procura del éxito de sus pretensiones

Así, entonces, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, la misma que

servió de sustento a las argumentaciones de la parte recurrente en este caso, “se colige sin dificultad que no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias, elementos y medios probatorios. Por el contrario, el procedimiento penal colombiano es relativamente flexible en esa temática, siempre que se garantice la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal” (se subrayó).¹⁸⁹

¹⁸⁹ Casación N° 25920 del 21 de febrero de 2007. Ver también, casaciones 25007 del 13 de septiembre de 2006, 26128 del 11 de marzo de 2007, 28212 del 10 de octubre de 2007 y 28656 del 28 de noviembre de 2007.

5. DE CARA A UN PROCESO SUSTANCIALMENTE GARANTISTA

Partiendo de lo mostrado en este trabajo, un proceso penal en un estado de derecho como el que predica la constitución colombiana, no puede concebirse como un conjunto de formalidades meramente instrumental para la imposición de una pena, sino que debe ser el resultado de la aplicación de esa serie de principios que tocan con lo sustancial en aras de la protección de debido proceso y la dignidad humana.

Por eso el Art 5 del código penal, impone a los jueces de garantías que orienten sus decisiones bajo el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, reiterando en el Art 10, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, normas estas que figuran dentro de los principios rectores y las garantías procesales.

El sistema acusatorio ha mostrado falencias en materia de política criminal, pues este deja de ser adecuado para garantizar el debido proceso, la objetividad, lealtad y justicia material, a las partes en el proceso penal y en consecuencia la oportunidad de plasmarse el mentado principio de investigación integral, pues como ya se ha venido experimentando la desigualdad es imperante, no solo en los recursos probatorios con que cuenta el imputado frente al acusador, para establecer su presunta inocencia, sino además porque el mismo procedimiento fue adoptado con desmedro para el procesado, que cuenta con tiempo limitado para preparar los elementos materiales probatorios que hará valer en el juicio oral.

El Régimen se hace insuficiente frente a la necesidad de los investigados de encontrar justicia y equilibrio frente al Estado, son muchos los casos en que el presunto sujeto activo del punible no cuenta con los recursos económicos para nombrar un abogado, entonces debe acudir a la Defensoría Pública que a su vez esta desprotegida frente a las armas con que cuenta la Fiscalía para investigar y recolectar medios de prueba.

El sistema adversarial de partes, instituido en nuestro país, en cuanto a su desarrollo y evolución, los principios que lo rigen y en los cuales se soporta, así como las partes que lo conforman y sus intervinientes, se hace importante mostrar la necesidad de establecer como principio rector del modelo, la obligatoriedad de una investigación integral por parte de la Fiscalía General de la Nación, y en esa forma lograr la realización de los fines constitucionales como el debido proceso, la dignidad humana y la justicia material.

Sí consideramos la obligación actual que tiene la Fiscalía General de la Nación de hacer un descubrimiento total de las evidencias con la cuales desvirtuará la presunción de inocencia del indiciado, ante el juez de conocimiento, entendido como ese compromiso de poner en manos de la defensa todos los elementos (favorables y desfavorables) que ha recaudado en la investigación, menesteroso desde la audiencia de imputación y que sólo permite el sistema hasta la diligencia de acusación, es apenas un derecho que tiene el investigado de tener un juicio justo y equilibrado, revestido del principio de igualdad de armas; porque su violación conllevaría el desconocimiento del derecho que tiene sujeto del cual se pregona la comisión de un delito, a un debido proceso, donde pueda preparar su defensa en debido y oportuno tiempo.

Hablar de descubrimiento total es hablar de investigación total, porque esa investigación íntegra puede llevar en muchos casos a la absolución perentoria, preclusión o archivo de diligencias, haciéndose clara e indiscutible la relación existente entre verdad e investigación integral y el deber estatal de buscar la primera para concretar la segunda, la manera de encontrarlas o los métodos utilizados para lograr la sentencia verdadera y justa, acogemos la postura de Luigi Ferrajoli, “si una justicia penal completamente con verdad” constituye una utopía, una justicia penal completamente sin verdad “equivale a un sistema de arbitrariedad” y, agrega, “las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad

Y que puede llevarnos a esa verdad, más que una investigación exhaustiva de los hechos y sujetos de un presunto delito, adentrarse en su razón de ser, para concluir si efectivamente hay punible y si el imputado es responsable o no, concretándose desde una etapa temprana, (en la etapa de investigación, deben practicarse las diligencias dirigidas a establecer la forma cómo ocurrieron los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que los mismos se presentaron, los sujetos que aparecen implicados en su condición de autores o partícipes, los daños y perjuicios ocasionados con la conducta y el monto de la indemnización), sin necesidad de llegar a un juicio, la verdad, justicia y reparación, de todos los actores en el proceso.

Por qué desgastar el aparato judicial con audiencias que han demostrado de ser de alto costo para los ciudadanos, sí la Fiscalía en la etapa de indagación puede y tiene los medios para establecer los cómo, cuándo, dónde y quienes, perpetraron un supuesto hecho delictivo, su logística, personal capacitado, y su instalaciones están preparadas para lograr esa labor titánica de llegar a la verdad verdadera, o por lo menos a una verdad procesal que permita no condenar inocente, y reparar las víctimas de manera justa.

Específica e inmediatamente, el proceso penal persigue la averiguación de la verdad como medio de fijar los hechos que materializan el objeto procesal. Se trata de la verdad sobre lo acontecido, o sea de conocer el hecho imputado en lo objetivo y subjetivo, con sus antecedentes y consecuencias; integración de la plataforma fáctica de los pronunciamientos de mérito.

Una vez realizadas todas las diligencias investigativas, puede suceder que los elementos recabados sean lo suficientemente contundentes como para fundamentar una Acusación. Este escrito contiene la pretensión pública punitiva, comprendida en la solicitud de enjuiciamiento y posterior condena del acusado, por cuanto el Ministerio Fiscal considera que existen fuertes probabilidades de que la persona

acusada sea la responsable de la comisión del hecho punible. Montero Arocca, citado por Rionero, señala: “el verdadero enjuiciamiento sólo debe ser sufrido por el imputado cuando existan elementos suficientes para ello, elementos que deben ser necesariamente determinados antes de la apertura de la segunda fase” de igual forma continua indicando el Maestro español: “el juicio sólo debe ser realizado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, pero sí de que existen indicios suficientes de que el hecho existió, de que es delictivo y de que de él es autor el imputado”

Cuando el resultado de la investigación, no arroje los elementos necesarios como para poder fundamentar la acusación, La Fiscalía puede tomar una de estas tres opciones:

El artículo 332 de la Ley 906 de 2004 señala que el fiscal solicitará la PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.
3. Inexistencia del hecho investigado.
4. Atipicidad del hecho investigado.
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del este código.

PARÁGRAFO. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

Así pues, una de las causales, la cuarta, tiene que ver con la atipicidad del hecho

investigado, punto en el que aparentemente pueden coincidir las causales de preclusión de la investigación con la facultad oficiosa y autónoma que recae en la Fiscalía para ordenar el archivo de las diligencias en los términos del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.

2. El artículo 79 de la Ley 906 de 2004 Integra el capítulo denominado Consideraciones Generales del Título dedicado a la acción penal; de tal modo que el archivo de las diligencias aparece junto a disposiciones que regulan la titularidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, el deber de denunciar los delitos y la exoneración al mismo, los requisitos de la denuncia, la querrela y la petición especial, la extinción de la acción penal así como las causales y sus efectos. El siguiente es el tenor del texto legal:

ARTÍCULO 79. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

La orden de archivo de las diligencias sólo puede ocurrir antes de que un asunto llegue a la imputación; la preclusión de la investigación puede ser declarada por el juez antes o después de la imputación.

Consideramos que el Archivo de las actuaciones es una institución con fuerte rasgos inquisitivos, por cuanto coloca en un estado de zozobra e incertidumbre a la persona del imputado, teniendo sobre sus hombros una investigación dormida que en cualquier momento puede reabrirse, o lo que es más común quedarse empolvada en los archivadores del ente investigador.

3. También se habla de una absolución perentoria (Art. 442 C.P.P): Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación, y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes. Ahora bien, en los casos en que a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos a la investigación, haciendo imposible la fundamentación de una acusación, el Ministerio Fiscal tendrá que presentar la solicitud de absolución perentoria, por cuanto los hechos son “ostensiblemente atípicos,” Es decir, “cuando no hay tipicidad en relación con la figura en concreto, como cuando falta el sujeto pasivo o cualquier otro elemento de la conducta típica.

Visto estos tres escenarios, se entiende que para la rama judicial es más prolifero que el órgano persecutor evacúe diligentemente una labor investigativa que puede desembocar en la mayoría de los casos en cualquiera de estas figuras y no en juicios complejos que no satisfacen las expectativas de los usuarios y en especial de los procesados, que no vieron garantizados sus derechos, al no haber contado con los medios, tiempo y recursos para poder controvertir el poderoso armamento de la fiscalía.

Lo anterior se aprecia, por cuanto la Corte Constitucional ha admitido, que en el sistema adversarial, el rol de la fiscalía lo cumple en la búsqueda de evidencia para formular su acusación, pero la defensa no cuenta con la misma infraestructura, recursos, y capacidad investigativa para lograr equilibrar su papel al interior de la controversia jurídica.

El debido proceso contiene un espectro de garantías para el procesado en procura de lograr ese modelo democrático de justicia que se opone a esos regímenes autoritarios en donde el Estado actúa avasallando cualquier derecho de un procesado por lo tanto, que sin la existencia de un equilibrio representado en una

igualdad de armas, el modelo pierde su fundamento porque impide que quien afronta el proceso penal ejerza una defensa legítima y adecuada por encontrarse en desventaja frente al órgano de persecución, pues éste tiene facultades que restringen derechos, una infraestructura y logística sólida, de las que puede acceder cualquier persona que se ve involucrada en calidad de indiciado.

Si se impone el principio de investigación integral como obligación, estamos convencidos que tal desequilibrio desaparecería, porque le permitiría a la defensa con su representado desde la etapa indiciaria contar con elementos de convicción que no necesariamente lleven a una imputación, y además se obtendría pronta y cumplida justicia tal como lo ordena el postulado constitucional para todos los usuarios del sistema.

Véase que la actividad investigativa y acusadora del fiscal debe estar guiada por una serie de principios rectores que modulan la actividad procesal como los de lealtad, objetividad y corrección. De acuerdo al primero, “Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe” (Art.12 C.P.P.) En virtud del segundo, “La Fiscalía General de la Nación (...) adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución y la ley” (Art.115 C.P.P.). Conforme al tercero, “En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia” (Art. 27 C.P.P.).

De tal manera que el órgano persecutor, está en la obligación de ser leal, objetivo y actuar con transparencia, honestidad y ecuanimidad en el comportamiento en su actividad investigativa y acusadora, trabajando de tal forma que se llegue a la verdad material, lográndose así la justicia y a la correspondencia de los valores supremos que nuestra Constitución impone.

LA LEALTAD, como principio consiste en ese deber informar a las partes a lo largo de la totalidad del proceso, el objeto y el fin de la investigación, porque el proceso no puede concebirse en función de intereses particulares. En concreto, lo que este principio busca es la colaboración entre las partes en el cumplimiento de los fines del proceso, se trata de un deber de cooperación en la búsqueda de la verdad para la aplicación concreta del derecho y la solución real de la controversia que llevó a las partes a los estrados; y una de las manifestaciones de este principio es la obligación de decir la verdad.

Buena fe y lealtad son lo que ha denominado la doctrina deberes procesales y por ende imperativos jurídicos tendientes a la ordenación del proceso y para la construcción del interés público que se busca en la materialización del derecho sustancial.

La Objetividad, es definida como esa imparcialidad a la cual se debe ceñir el funcionario. Con relación al aspecto objetivo de la imparcialidad, conceptualizado como la labor del funcionario revestida de transparencia, en sus actos y en el descubrimiento de sus resultados.

Por su parte la Corrección es entendida, como la transparencia, honestidad y ecuanimidad en el comportamiento del acusador frente a su actividad o a su rol dentro de la actuación procesal.

Establecidos estos deberes que le asisten al órgano persecutor, en la búsqueda de evidencia, para lograr que estos puedan ser materializados resulta imperioso la implementación del principio de Investigación Integral como obligación, puesto que existe una asimetría entre los principios que modulan la actividad procesal, esto es objetividad, lealtad, corrección, justicia material y debido proceso, frente a la característica del sistema adversarial, en cuanto a la no inclusión de la investigación integral por parte de la Fiscalía.

Desde esta perspectiva consideramos que se hace imprescindible la adopción del principio por parte de la Fiscalía General de la Nación, máxime si nos encontramos en un estado social de derecho, cuyos pilares para su sistema procesal penal son la búsqueda de la verdad, justicia y reparación total, concluyendo en esta fase lo siguiente:

Cómo es de la esencia del sistema penal acusatorio, un descubrimiento probatorio integral, resulta insuficiente para ese objetivo la incorporación del principio de investigación integral como deber.

Si el rol aceptado de la Fiscalía es desvirtuar la presunción de inocencia de un ciudadano, como se llega a la verdad sí se deja de lado la búsqueda de las razones que mantienen esa presunción.

Con la implementación del principio de investigación integral como obligación, se ahorraría el aparato judicial, tiempo, recursos y esfuerzo, porque puede generar un archivo, preclusión y no necesariamente llegar a un juicio.

La obligación contenida en el principio de objetividad para la Fiscalía, presupone que esta debe actuar imparcialmente en la búsqueda de la verdad y para ello es necesario que se investigue integralmente los hechos y la responsabilidad de los involucrados, tanto en lo favorable como desfavorable a su presunción de inocencia.

Se ha reconocido que el proceso penal es una disputa completamente desigual, la ventaja estatal en cuanto a recursos e incluso términos, sólo se equilibraría si se tiene como

BIBLIOGRAFIA

ALEMANIA. CÓDIGO PENAL STGB Y CÓDIGO PROCESAL PENAL STPO, Emilio Eiranova Encinas (Coord.), Madrid, Ed. Marcial Pons, 2000, p. 186.

ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

ARMENTA DEU, TERESA, La Reforma del Proceso Penal: Principios irrenunciables y opciones de política criminal en Revista Poder Judicial, No. 58, 1999 Madrid

ATIENZA, Manuel / RUIZ MANERO, Juan. "Las Piezas del Derecho" - Teoría de los Enunciados Jurídicos, Barcelona: Ariel Derecho, 1996

AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. Estructura del Proceso Penal Acusatorio. Fiscalía General de la Nación, 2007.

BARRIOS DE ANGELIS, Dante, Teoría del proceso, ed. De Palma, Buenos Aires, 1979

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. 2004.

BRENNAN, William J. "The Criminal prosecution: sporting evento r quest for truth?" Washington University Law Quarterly No. 3. 1963

CARP, Robert. Judicial Process in América, Universidad de Houston, 1990.

CHIESA APONTE. Ernesto L. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edit. Forum, 1995,

Constitución Política de Colombia, 1991. Editorial Legis, 2004

CORDÓN MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal, Navarra, 2002,

ESTADOS UNIDOS

Corte Suprema, asunto Nardone vs. United States, 308, U.S. 388 (1939).

----- Asunto Nix vs. Williams, 467 U.S. 431 (1984).

----- Asunto Silverthorne, 251 U.S. 385 (1920).

----- Código de Procedimiento Penal. Reglas 29, 30.

----- Código de Procedimiento Penal. Regla 5.1(c).

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental, Tomo II, Edit. Temis, 1989,

----- Los Derechos humanos como barrera de contención y criterio auto-regulador del poder punitivo, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez num. 26/27, 1986/87, U. de Granada, y NFP, No. 39, Medellín, 1988, y A. BARATTA, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en NFP, núm. 34.

----- Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal-Introducción a la Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bogotá: Leyer, 2a. edición, 1999

FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento penal constitucional. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1999.

FLETCHER, Robert. Pretrial discovery in State Criminal Cases. Stanford Law Review. Vol 12 No.1959, p. 294., citado por Oscar Julián Guerrero en su texto "Instituciones Probatorias del Nuevo Proceso Penal",

GOSSEL, Karl Heinz, la petición de prueba en el proceso penal alemán. Cuadernos

de política criminal No. 70 Madrid Edersa 2000

-----Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un Estado de Derecho. En doctrina penal, No 13, Ed. De Palma Buenos Aires, 1981

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005.

HASTIE, Reid. La institución del jurado en los Estados Unidos, Madrid, Civitas, 1983.

HENDLER, E. Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos, Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 1996.

MACEDO AGUILAR, Carlos, Derecho Procesal Penal, Flores editor y distribuidor, México, 2005

MORENO CATENA, Víctor, Competencia y partes en el proceso penal español, en ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coordinador), El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos, 2ª edic., ed. Porrúa, México, 2000.

O'DONELL, Daniel, Derecho Internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para Derechos Humanos. Bogotá, 2004.

PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 2ª edic., ed. Porrúa, México, 1956.

PASTOR, Daniel R. El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

PÉREZ PINZÓN Álvaro Orlando. Principio Generales del Proceso Penal. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2004

PIZZI, William. Trialswithout Truth. Why our system of criminal trials has become

anex pensive failure and what weneedto do tore buildit, Tecnos, 1999

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Edit. Del Puerto, 2000, p. 53.

----- . Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal, Buenos Aires; Editorial: Rubinzal - Culzoni Editores, 2004.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, 2ª edic., ed. Oxford, México, 2000

SOLÓRZANO, Carlos Roberto. Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral. IV edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010

TAPPAN, Paul W., Criminal Procedure, Boston, 1990

VITALONE, Claudio. La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad, Nápoles, 1991, citado por O.J. Guerrero, Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, 2005

JURISPRUDENCIA

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ley 1142 (junio 28) de 2007. Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Diario Oficial No. 46.673 de 28 de julio de 2007

Ley 906 (Agosto 31) de 2004. Rama Legislativa - Poder Público. Consultar versión corregida de la ley 906 publicada en el diario oficial no. 45.658. por la cual se expide el código de procedimiento penal. Diario oficial No. 45.657, de 31 de agosto de 2004

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-228 de 2002. MM.PP. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-814 de 2009. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Sentencia C-979 de 2005. MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-543 de 1992.M.P.José Gregorio Hernández Galindo;

Sentencia C-558 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C- 475 de 1997. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-1270 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-648 de 2001. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencias C- 830 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentarúa

Sentencia C-1092 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis

Sentencia C-1200 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa,

Sentencia C- 798 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Treviño

Sentencias C-996 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra,

Sentencia C-013 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-1154 de 2005. M.-P. Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia C-592/05 del 9 de junio de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-1194 del 22 de Noviembre de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia C-454/06 del 7 de junio de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Sentencia C-396 de 2007.M.P. Marco Gerardo Monroy

Sentencia C-209 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia C-118 del 13 de Febrero de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia C-260/11 del 6 de Abril de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-371/11 del 11 de mayo de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Sentencia C-881-2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva,

Sentencias C-783-03 M.P. Jaime Araújo Rentería,

Sentencia C-536-08 M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería:

Sentencia C-186/08. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-336 de 2007 (mayo 9), M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-591 de 2005 (junio 9), M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-592 de 2005 (junio 9), M. P. Álvaro Tafur Gálvis;

Sentencia; C-591 de 2005 (junio 9), M. P. Clara Inés Vargas Hernández;

Sentencia C-873 de 2003 (septiembre 30), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

Sentencia C-1194 de 2005 (noviembre 22), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia SU-062 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett

Sentencia SU-225 DE 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia.SU-159 de 2002, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia T-001 DE 1992, MP. José Gregorio Hernández Galindo,

Sentencia T-091 de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño

Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón

Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón

Sentencia T-055 del 14 de febrero de 1994 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Casación No. 17157 del 18/02/04 M.P. Yesid Ramírez Bastidas

Casación Penal Sentencia del 20 de enero 2010 Radicado (radicado 32.556). M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

Casación 39948, auto del 21 de noviembre de 2012, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero

Casación Penal Sentencia del 9 de diciembre 2010 Radicado (radicado 33.989). M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Casación de Julio 27 de 2007, Proceso 26468 M.P. Alfredo Gómez Quintero.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS Y PUBLICACIONES:

<http://www.ramajudicial.gov.co>