

**AUSENCIA DE CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN.  
VIOLACIÓN PERMANENTE A LOS DERECHOS DE DEFENSA, AL DEBIDO  
PROCESO Y CONSTANTE DESGASTE PROCESAL**

**CRISTHIAN GIOVANNI RAMÍREZ CUERVO**

**CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE  
INSTITUTO DE POSGRADOS EN DERECHO PENAL  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
Bogotá D.C.  
2016**

**AUSENCIA DE CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN.  
VIOLACIÓN PERMANENTE A LOS DERECHOS DE DEFENSA, AL DEBIDO  
PROCESO Y CONSTANTE DESGASTE PROCESAL**

**CRISTHIAN GIOVANNI RAMÍREZ CUERVO**

**Dra. WHANDA FERNÁNDEZ LEÓN  
DIRECTORA**

**CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE  
INSTITUTO DE POSGRADOS EN DERECHO PENAL  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
Bogotá D.C.  
2016**

## **PRESENTACIÓN**

La monografía “AUSENCIA DE CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN. VIOLACIÓN PERMANENTE A LOS DERECHOS DE DEFENSA, AL DEBIDO PROCESO Y CONSTANTE DESGASTE PROCESAL”, presentada al Instituto de Posgrados de la Corporación Universidad Libre, para optar al título de Magíster en Derecho Penal por el abogado CRISTHIAN GIOVANNI RAMÍREZ CUERVO. Hoy 17 de marzo de 2016, en Bogotá D.C.

---

**CRISTHIAN GIOVANNI RAMÍREZ CUERVO**  
**crsthiang35@hotmail.com**

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

---

---

**Firma del presidente del jurado**

---

**Firma del jurado No. 1**

---

**Firma del jurado No. 2**

**Bogotá,**

El que sentencia una causa sin oír la parte opuesta, aunque sentencie lo justo es  
injusta esa sentencia"

Jorge Eliécer Gaitán.

## CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	9
2. ASPECTOS PRELIMINARES	11
2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	11
2.2 JUSTIFICACIÓN	11
2.3 OBJETIVOS	12
2.3.1 OBJETIVO GENERAL	12
2.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
2.4 PROCEDIMIENTO Y MÉTODO	13
3. PRESUPUESTOS DEL PROCESO PENAL EN LA ACTUALIDAD	15
3.1 CRITERIOS QUE ORIENTAN LA APLICACIÓN DEL PROCESO PENAL	15
3.2 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA FUNCIONALIDAD DE ALGUNOS MODELOS PROCESALES EN MATERIA PENAL	23
4. LA ACUSACIÓN COMO PRINCIPIO	37
4.1 INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO	37
4.2 INTERPRETACIÓN INTEGRAL	41
5. ACUSACIÓN: CONTROL NO SOLO DE LA INVESTIGACIÓN SINO DE LOS DERECHOS DEL PROCESADO.	50
5.1 PRESUPUESTOS HISTÓRICOS DE LA ACUSACIÓN EN LA JUSTICIA	50
5.2 CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN	54
5.3 ESCENARIO DE CONTROL	63
6. VISIÓN PRAGMÁTICA DEL CONTROL DE LA ACUSACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL	70

6.1 PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO	70
6.2 ESTADOS UNIDOS	71
6.3 ESTADO LIBRE Y ASOCIADO DE PUERTO RICO	81
6.4 PERÚ	84
6.5 NICARAGUA	86
6.6 IBEROAMÉRICA	88
7. “ACUSACIÓN” EN COLOMBIA: ¿GARANTÍA SUSTANCIAL O FICCIÓN JURÍDICA?	93
7.1 CONTEXTO DE LA REALIDAD PROCESAL PENAL EN COLOMBIA	93
7.2 ACUSACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR Y PROCESOS DE ALTOS AFORADOS	94
7.2.1 ALTOS AFORADOS	94
7.2.2 JUSTICIA PENAL MILITAR	96
7.3 ANÁLISIS DE LA ACUSACIÓN EN COLOMBIA	99
7.4 EFECTOS DE LA ESCTRUCTURA PROCESAL CONSAGRADA EN COLOMBIA	112
7.5 RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR	121
7.5.1 POSTURAS EN EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002	121
7.5.2 POSTURAS DE LOS REDACTORES DE LA LEY 906 DE 2004	124
7.6 POSIBLES SOLUCIONES	128
7.6.1 REFORMA CONSTITUCIONAL	129
7.6.2 DEMANDA DE INCOSTITUCIONALIDAD	130
7.6.3 LÍNEA JURISPRUDENCIAL	131
7.6.4 CONTROLES INTERNOS Y EXTERNOS	132
7.6.4.1 INTERNOS	132
7.6.4.2 EXTERNOS	132
7.6.5 LA SENTENCIA DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO: ¿MECANISMO EXTERNO ADICIONAL?	135

7.6.6 REFORMA LEGAL	136
8. CONCLUSIONES	139
9. BIBLIOGRAFÍA	145
9.1 PROVIDENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL	149
9.2 PROVIDENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	150
9.3 INSTRUMENTOS NACIONALES	151
9.4 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	151
10. INFOGRAFÍA	154



## 1. INTRODUCCIÓN

Los constantes cambios en el modelo de juzgamiento punitivo que afrontan países de algunas regiones como Suramérica y Centroamérica, motivados por convulsionados intereses políticos, incursión activa en dinámicas internacionales y necesidades novedosas, generan circunstancias de difícil adaptación a las nuevas formas del proceso penal. Colombia no ha sido ajena a actividades políticas volátiles que traen inmersas la implementación de nuevas normatividades con el ánimo de responder a actuales necesidades de la sociedad, camino que inició con el Acto Legislativo 03 de 2002, prosiguió con la promulgación de la Ley 906 de 2004 y, de forma constante, ha sufrido una “cascada” de reformas tangenciales o sustanciales que han llevado al procedimiento penal colombiano a perder la identidad como sistema y a desconocer la esencia de un modelo de juzgamiento adversarial.

Dentro de la diversidad de problemáticas que ha asumido el sistema penal acusatorio, se encuentra el desconocimiento de principios constitucionales de carácter universal, las enormes barreras para la defensa a la hora de realizar su investigación, las dificultades técnicas y logísticas para poder administrar justicia, el desconocimiento de la lógica y esencia propia del sistema acusatorio-adversarial, entre otros, y, el que es objeto a tratar en esta monografía: La ausencia de control material de la acusación.

Colombia estableció en la Ley 906 de 2004 una acusación que ofrece unas posibilidades limitadas a la defensa y nulas para el juez de conocimiento a la hora de controlar el acto dispositivo de acusar. A medida que avanza la aplicación del sistema acusatorio –adversarial, se encuentran posiciones críticas que referencian los graves vacíos de la estructura normativa y su desarticulación con los principios constitucionales, en especial con dicho acto procesal que tiene inmersa, en su totalidad, la expresión democrática que plantea el derecho penal como una barrera para frenar el poder desmedido por parte del Estado contra sus ciudadanos.

Así, válido es preguntarse si en Colombia la normatividad que tiene relación con la formulación de acusación, protege a cualquier persona de abusos por parte del Ministerio Fiscal, o, si por el contrario, la normativa desconoce en su integridad

principios fundamentales del ordenamiento colombiano y de reconocimiento internacional.

En la presente monografía, la respuesta a tal cuestionamiento surge de un análisis sobre la estructura de distintos modelos de juzgamiento, los fundamentos del principio acusatorio, la importancia del control de la acusación bajo una perspectiva de derecho comparado y, finalmente, el estudio de la normatividad colombiana junto con las distintas alternativas propuestas por la doctrina y la jurisprudencia.

Se analizarán cada uno de los aspectos mencionados para identificar los criterios por los cuales se debe regir el acto de acusar y su adecuación en la Ley 906 de 2004, delimitando el papel que juegan los respectivos actores del proceso penal en la búsqueda de la justicia, aquella que no debe sacrificar garantías por buscar resultados.

## 2. ASPECTOS PRELIMINARES

### 2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La Ley 906 de 2004 planteó un Sistema Penal Acusatorio dividido en dos grandes fases, la primera de ellas denominada “investigación” o fase preliminar y la segunda como “El Juicio”. En la etapa inicial la fiscalía está encargada de recolectar los elementos materiales probatorios y los medios de prueba para poder demostrar la responsabilidad penal del procesado, finalizado este escenario procesal, directamente la fiscalía presenta el escrito de acusación y materializa tal facultad procesal en la correspondiente “Audiencia de Formulación de Acusación”, ante el Juez de conocimiento. Entonces, sin mediar filtro más allá de los requisitos formales establecidos en el Artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, el ente acusador podrá persistir en la acción penal, si es su deseo, hasta la Audiencia de Juicio Oral.

De no existir mayor control a la acusación, que la verificación formal de los requisitos consagrados en el Artículo 337 y sin mediar un análisis de fondo sobre la existencia de mérito para acusar –causa probable-, precisa preguntar: ¿se vulneran permanentemente derechos fundamentales como el Debido Proceso, el Derecho de Defensa y se genera un desgaste procesal, independientemente que la decisión judicial sea la absolución o condena?

### 2.2 JUSTIFICACIÓN

La formulación de la acusación es el procedimiento mediante el cual el Ministerio Fiscal concreta la función de persecución de las conductas punibles, en ejercicio de la facultad constitucional y legalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación, convirtiendo este acto de carácter dispositivo, en la legítima materialización de una política criminal ante un Juez de conocimiento. La fiscalía debe acusar cuando la etapa investigativa ha mostrado como resultado un cúmulo de evidencias, elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida, que indique con probabilidad de verdad que la persona procesada - imputado hasta este momento-, tiene responsabilidad en la conducta típica investigada.

Dicha actuación marca la barrera sobre la cual se desenvolverá el Juicio, brindando al procesado la oportunidad de conocer los elementos que se tienen en

su contra para ejercer su defensa bajo parámetros de igualdad, legalidad y con la seguridad de que se protegerán todos sus derechos.

Al ser la acusación, en nuestro procedimiento punitivo, el escenario donde se concretará y aclarará el marco de la acción penal que persigue el representante del Estado (Fiscalía), se desprende por su naturaleza la garantía para el cabal ejercicio del Derecho de Defensa, el Debido Proceso y la reducción de cualquier desgaste procesal; entonces, es necesario evaluar el diseño estructural de tal instituto procesal bajo la directriz de la ley 906 de 2004, ello con el ánimo de observar si en realidad se permite el ejercicio del derecho de defensa, si es una efectiva barrera frente al poder del Estado, si hay una correcta intervención de la sociedad en la construcción de la verdad procesal, en pocas palabras, si cumple con su finalidad sustancial y conceptual.

Un gran sector de la comunidad académica y jurídica expresa una notoria inconformidad por el funcionamiento del Proceso Penal frente a aspectos como la falta de control de la acusación, ausencia de precisión sobre la misma, y los constantes casos en donde el ente acusador ha llegado a la Audiencia de Juicio Oral sin las herramientas necesarias para lograr la condena de una persona o sin la seguridad sobre las conductas perseguidas, siendo apremiante el análisis sobre la finalidad de tal institución procesal que se erige como el centro de equilibrio en los sistemas de juzgamiento democráticos.

Ante las abismales inconsistencias entre los principios actuales de justicia penal con nuestro modelo de enjuiciamiento, la doctrina requiere de visiones críticas que permitan la construcción de soluciones.

## 2.3 OBJETIVOS

### 2.3.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si la ausencia de control material de la acusación vulnera los derechos al Debido Proceso y Defensa, generando un desgaste injustificado a la administración de justicia, independientemente del sentido de la sentencia.

### 2.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar los principios que orientan la funcionalidad de los actuales modelos de juzgamiento penal.
2. Resaltar los elementos que conforman el instituto procesal de la acusación.
3. Determinar la importancia del control material de la acusación en los sistemas de enjuiciamiento criminal
4. Verificar la funcionalidad normativa que se le da a la acusación en los procesos penales de algunos países.
5. Mostrar las graves afectaciones a los derechos fundamentales que genera la estructura de la Ley 906 de 2004 en Colombia por no consagrar el control material de la acusación

### 2.4 PROCEDIMIENTO Y MÉTODO

Con apoyo y uso de herramientas bibliográficas, jurisprudenciales y legales, se analizará teóricamente la real aplicación del derecho de defensa y el debido proceso dentro del estadio procesal de la acusación, en el marco de la Ley 906 de 2004; para estudiar si su desarrollo genera un desgaste procesal y violaciones al debido proceso. Se mostrará si la estructura de la ley en mención tiene fallas en el control material de la acusación y las consecuencias que trae sobre los derechos fundamentales ya mencionados, siempre dentro de la óptica de un Sistema Acusatorio y un Estado Social y Democrático de Derecho.

En primer lugar, se explicarán las características de un Sistema Procesal Penal Acusatorio y el papel que juega el acto dispositivo de acusación por parte de la fiscalía, permitiendo cimentar las bases para entrar al estudio de la estructura acusatoria de la Ley 906 de 2004. Para ello se utilizarán los principios dogmáticos que rigen el proceso penal y la función conceptual del acto de acusar.

Posteriormente, se hará uso de los instrumentos internacionales dentro de una visión pragmática del derecho comparado, entendiendo la importancia sustancial

del acto de acusar en los modelos de justicia que buscan una verdad cognoscitiva.

Implementando el método deductivo, se analizará si la estructura de la ley procesal penal en Colombia presenta una ausencia de control material en la acusación y su efecto en el ejercicio del derecho fundamental de la defensa, el debido proceso y el principio de economía procesal.

### 3. PRESUPUESTOS DEL PROCESO PENAL EN LA ACTUALIDAD

El poder político que entrega el derecho penal al Estado ha sido, y en la actualidad es con mayor protagonismo, una de las herramientas más efectivas para controlar las dinámicas culturales e, incluso, marcar un derrotero de la convivencia social no muy afortunado gracias a decisiones coyunturales y al conjunto de reformas legislativas improvisadas e incentivadas por una presión propagandista, y no menos sofística, que tiene como único objetivo enviar mensajes a la sociedad, en aras de mostrarle supuestos resultados a cambio de votos y visibilidad política. Se presenta como necesario identificar los límites del proceso penal en la actualidad y su correlación con los principios que orientan la funcionalidad de algunos modelos de juzgamiento en materia punitiva, para comprender su verdadero rol frente a la sociedad.

#### 3.1 CRITERIOS QUE ORIENTAN LA APLICACIÓN DEL PROCESO PENAL

Recordar aquella máxima del derecho penal donde se establece como la última ratio por su carácter lesivo y drásticamente restrictivo de derechos fundamentales como la libertad, el debido proceso y la presunción de inocencia, entre otros, resulta no menos que irónico en la actualidad. Dicha mirada tímida y a la vez respetuosa de las leyes punitivas implica, *per se*, el respeto de los derechos del otro y de las garantías constitucionales en una sociedad donde las leyes –*en especial las penales*–, la democracia y la convergencia de la voluntad del legislador, llámese primario o derivado, es al mismo tiempo la frontera para impedir que quien ostente el poder político de administrar justicia, desvíe sus facultades y obedezca a imperativos distintos a los que guían el funcionamiento del Estado, en otras palabras, decida, motivado por sus pasiones internas, reacciones emocionales, intereses particulares o políticos que le lleven a utilizar el derecho como una herramienta de venganza o dominio que busca legitimidad en la apariencias de las normas y en la incertidumbre de la Ley.

No se pretende desconocer que la actividad jurídica, en especial la de administrar justicia, tiene como origen la disposición de políticas que buscan la integración social, el orden y el desarrollo de una comunidad que tiene el ideal de proteger los derechos de sus ciudadanos en igualdad de condiciones, según lo que se puede interpretar de la Constitución Colombiana de 1991; por el contrario, se busca rescatar la real importancia del Estado de Derecho Constitucionalista en la justicia, y con mayor rigor en la penal, pues solo cuando ésta funciona sin

intromisiones ajenas a su esencia, la sociedad puede tener la tranquilidad de acceder a decisiones denominadas como justas e imponer el derecho como límite a ese poder abrazador del Estado.

Cuando la normatividad y la Constitución dejan de ser claras y precisas, en cualquiera de sus aristas, el contorno al poder del Estado deja de existir y da paso a un conjunto de incertidumbres que, por ineludible lógica, serán resueltas a favor de quien ostenta el poder, es decir, de quien diseña la administración de justicia. Esa responsabilidad de proteger los límites que se resguardan en el conocimiento y el respeto de la ley, le es atinente a todos los ciudadanos y, en especial, a aquellos que intervienen en la gestión de justicia desempeñando cualquiera de los roles que la integran, a saber: los jueces en aquella labor que parece usurpada a los mismos Dioses, decidir; el abogado acusador, encargado de representar al Estado y velar por perseguir aquellas conductas que se consideran lesivas para la sociedad –*delitos*- y que amenazan la convivencia y el respeto a los derechos de las personas; los abogados defensores, quienes tienen el deber de velar para que en cada proceso y sus respectivas decisiones, no se pierdan de vista los derechos y las garantías constitucionales y legales, así como exigir en sus intervenciones una igualdad de condiciones con el abogado que representa al Estado; por último, cada ciudadano tiene el deber de atender a la justicia, de observarla y criticarla para mejorarla, evitando así que se convierta en algo ajeno a su vida con la que solo tenga contacto por circunstancias accidentales, las cuales, muy seguramente, no entiende por la desconexión cultural que lo lleva a calificar las decisiones como injustas cuando no obedecen a sus propios intereses, sin importar su distancia con la Ley.

Ahora, la responsabilidad del Estado se encuentra en estructurar un sistema procesal penal que facilite una adecuada interacción entre la justicia y los ciudadanos, independientemente del rol que desempeñen, es decir, un proceso que le permita a las personas materializar las garantías con plena transparencia de las normas que se van a emplear, de qué forma y cuál es su alcance, para ello la historia ha reflejado el diseño de distintos modelos de justicia punitiva fundamentados en reglas notoriamente definidas que hacen posible su funcionamiento, lo que conocemos en nuestro contexto como normas procesales unidas al amparo y la interpretación de las disposiciones que protegen los derechos humanos y constitucionales.

No se pretende con lo anterior agotar los deberes y derechos de todos los que intervienen y tienen responsabilidad en el sistema penal, bien sea como parte o



como sociedad; tan solo obedece a la vista más amplia de participación y obligación con la administración de justicia.

La importancia de emplear el derecho penal como una muralla al poder del Estado encuentra su legitimidad en el respeto de los derechos humanos y no, como se considerara en épocas antecedentes, en la invocación divina con el Estado Absolutista, o por la simple remisión legal a los planteamientos normativos, como sería el Estado de Derecho; por ello es necesario que los modelos procesales penales estén en armonía con la normatividad internacional y, más aún, con los postulados que buscan proteger los derechos de las personas con estándares mínimos pero indispensables para cualquier Estado.

Al respecto la normativa internacional ha arrojado múltiples instrumentos<sup>1</sup> que sirven de complemento, e incluso, de interpretación de algunos preceptos normativos que necesitan de un nuevo entendimiento o aplicación gracias a los constantes cambios sociales y humanos. Postura que poco a poco se ha querido implementar en el escenario Colombiano por medio del llamado “bloque de constitucionalidad”, reconociendo el alcance de tales parámetros en la justicia penal colombiana, pues dicho concepto protector de las garantías fundamentales ha pasado de ser opcional a convertirse en una obligación a la hora de interpretar las normas punitivas, dando aplicación, de paso, a las profundas ventajas democráticas que conlleva esta figura, y, a su vez, tales garantías irradian toda la magnitud del proceso penal por ser el único camino para poder materializar cada uno de los derechos que le son atribuibles a la persona acusada.

---

<sup>1</sup> Puede observarse la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derecho Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Reglas de Mallorca” - con la salvedad que no tienen valor normativo vinculante, son criterios interpretativos que ilustran el desarrollo del proceso penal-, El Estatuto de Roma, Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados, por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985), Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985), Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985), Principios de Joinet (Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final).

La explicación para ello encuentra asidero en la limitación de las normativas internas, como lo expresa UPRIMMY:

*“Esta situación normativa aparentemente paradójica se explica porque las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional”.*

(...)

*“Debido a lo anterior, el bloque de constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia”<sup>2</sup>.*

Al respecto vale la pena destacar que son de vital importancia para la visión constitucional del derecho penal, los artículos 15, 28 a 35, 250 a 253 de la Carta Política al ser el eje sobre el cual se despliegan las bases de la justicia punitiva.

Adicional a lo anterior, y con la amplitud jurídica que permite establecer los artículos 93 y 94 *Ibídem*, se aplican conjuntamente con la normatividad internacional que tiene estrecha relación con los sistemas punitivos. Entre las más representativas, no siendo exclusivas, se encuentran:

El Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se identifican los Arts.: 2, 7, 10, 11, 15, 16, mereciendo una referencia especial los Arts.: 9 al resaltar la importancia de la libertad, el Art. 14 al mencionar la igualdad de las personas ante la Ley y la claridad en los procedimientos – *debido proceso*-, el Art. 7 al prohibir las injerencias indebidas por parte del Estado o de particulares en la vida y desarrollo de las personas, a la vez que establece el derecho como la barrera para proteger a los ciudadanos de los ataques y las intromisiones indebidas del Estado contra su vida e intimidad.

---

<sup>2</sup> UPRIMMY, Rodrigo. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS Y NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL. Pág. 2 y 4.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se encuentran los Arts.: 5, 9, 10, 25, destacándose los Arts.: 7, concretamente el numeral 2 por prescribir que solamente las personas pueden ser privadas de su libertad por las causas y en las condiciones previamente establecidas en la Ley; 8 estableciendo los lineamientos de un debido proceso y la igualdad ante la Ley, y, el Art. 11, específicamente numeral 2 al rechazar las injerencias indebidas en la persona, o ataques contra su honra o reputación por parte del Estado o de un particular.

La Declaración Universal sobre los Derechos Humanos (DUDH) son relevantes los Arts.: 3, 5, 6, 8, 11, destacando los Arts.: 10 al consagrar un debido proceso rodeado por condiciones de igualdad y publicidad para la determinación de sus derechos u obligaciones, o, *“para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*; 12 protegiendo nuevamente a la persona de cualquier injerencia o ataque arbitrario contra su intimidad.

La Declaración Americana de Derechos Humanos (DADH) se encuentran los Arts.: IX, X, XXV, destacando los Arts.: I por la protección a la libertad; V protección de la ley contra atentados dirigidos a la vida privada y honra; XVIII procedimiento sencillo que ampare a la persona contra actos de la ley, y, XXVI refiriendo el Debido Proceso.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se presentan como de indiscutible importancia los siguientes Arts.: 3 por la prohibición de penas y tratos crueles, 5 protección de la libertad, 6 respeto a un proceso equitativo *“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**”* (negrillas fuera del texto original); 8 protección de la Ley contra injerencias indebidas que realice cualquiera en contra de una persona, y, por último, el Art. 13 que garantiza los recursos efectivos en contra de decisiones o actuaciones judiciales que menoscaben los derechos fundamentales de las personas.

El Estatuto de Roma se observa una estructura ampliamente compatible con el respeto al debido proceso penal desde el Art. 56 a 85, con importancia destacada del Art. 61 numeral 5, 6 y 7 obligando al fiscal a presentar frente a cada cargo pruebas suficientes de que existen motivos fundados para creer que el acusado cometió el crimen que se le imputa, por su importancia se transcribe a continuación:

*“Artículo 61:*

*5. En la audiencia, el Fiscal presentará respecto de cada cargo pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. El Fiscal podrá presentar pruebas documentales o un resumen de las pruebas y no será necesario que llame a los testigos que han de declarar en el juicio.*

*6. En la audiencia, el imputado podrá:*

*a) Impugnar los cargos;*

*b) Impugnar las pruebas presentadas por el Fiscal; y*

*c) Presentar pruebas.*

*7. La Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Según cual sea esa determinación, la Sala de Cuestiones Preliminares:*

*a) Confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes y asignará al acusado a una Sala de Primera Instancia para su enjuiciamiento por los cargos confirmados;*

*b) No confirmará los cargos respecto de los cuales haya determinado que las pruebas son insuficientes;*

*c) Levantará la audiencia y pedirá al Fiscal que considere la posibilidad de:*

*i) Presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo; o*

*ii) Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte”.*

El proyecto de Reglas Mínimas de la Administración de justicia en materia penal de las Naciones Unidas<sup>3</sup>, pese a carecer de valor normativo, pero teniendo gran importancia a la hora de fijar los estándares mínimos para administrar la justicia penal, se encuentra en la regla 4<sup>a</sup>. 3 de los principios Generales del Proceso, la

---

<sup>3</sup> Reglas de Mallorca

necesidad de que la única forma para que una persona sea juzgada, es con arreglo a los procedimientos previamente definidos.

Los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura”<sup>4</sup>, especialmente el punto 5 del Título “Independencia de la judicatura”, resaltando:

*“Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios **con arreglo a procedimientos legalmente establecidos**. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”. (Negrilla fuera del texto original)*

La “Declaración de los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso del poder”<sup>5</sup> establece claramente la protección que deben brindar los Estados a los ciudadanos para evitar situaciones indebidas con el empleo del derecho o el sometimiento de las personas a procesos que comporten violaciones a derechos fundamentales. Es preciso entonces señalar los párrafos de la sección “**B. – Víctimas de abuso del poder**”:

*“18. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.*

*19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.*

---

<sup>4</sup> Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985

<sup>5</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985

*20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.*

*21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio”.*

En especial el párrafo 21 de la declaración en comento, hace alusión a un proceso que evite convertir la actuación penal en una herramienta política, indefinida y pensada no como el límite del Estado frente a sus ciudadanos, sino por el contrario, como un poder político ilimitado e, incluso, inquisitivo y absolutista.

Los últimos instrumentos internacionales se destacan por su importancia dentro del ámbito de los derechos fundamentales, que no solo pueden servir como criterio de interpretación para el bloque de constitucionalidad, sino que incluso pueden llegar a ser considerados parte del bloque mismo. Estos son declaraciones o principios elaborados por importantes doctrinantes internacionales o cuerpos especializados, y, refuerzan su destacado valor jurídico al ser adoptados por órganos internacionales como la Asamblea General de las Naciones Unidas, o el reconocimiento que se les atribuye, en la medida que son considerados expresiones del derecho internacional consuetudinario o doctrina autorizada<sup>6</sup>.

Realizando una interpretación estricta, los últimos documentos citados no integran directamente el bloque de constitucionalidad al no ser tratados de derechos humanos ni tener fuerza vinculante, pese a su aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entonces, su aplicación en el marco de la justicia colombiana no puede darse en el mismo entendido de los tratados internacionales, pues no ostentan dicha naturaleza. No obstante, no son

---

<sup>6</sup> UPRIMMY, Rodrigo. REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL, Los grandes desafíos del juez penal colombiano. 2006. p. 51

documentos que carezcan de relevancia jurídica para el proceso penal colombiano, pues algunos de dichos documentos pueden tener valor doctrinario, ser expresiones o codificaciones del derecho consuetudinario, o, adquirir valor jurisprudencial por su empleo en los tribunales externos y nacionales. Tal como sucedió con las Reglas de Beijing<sup>7</sup> y con los principios de Joinet al ser considerados punto neurálgico en materia de interpretación de las garantías fundamentales por diversas corporaciones, entre ellas la Corte Constitucional<sup>8</sup>. Los instrumentos que brindan desarrollo internacional en materia de derechos humanos y su protección mediante el proceso penal, buscan resguardar el debido proceso y todas sus distintas manifestaciones como la presunción de inocencia y el principio de legalidad, entre otros. Corresponde a las leyes penales ser la expresión del legislador derivado que atiende a las necesidades sociales y no, como apuntan las corrientes funcionalistas y algunas victimológicas, a responder a exigencias políticas como una herramienta de represión y sumisión de las libertades y derechos democráticos.

Con ello se ve la destacada importancia que le conceden los organismos internacionales a aquel proceso que está previamente establecido y que instituya unas normas procesales claras, permitiendo al ciudadano conocer cuál y cómo se regirá el sistema por el que será juzgado. Esa es una de las obligaciones que tienen los Estados para con la sociedad y, a su vez, es uno de los principios que orientan todo sistema democrático, pues es la retribución y el reconocimiento de sus derechos en el proceso.

### 3.2 PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA FUNCIONALIDAD DE ALGUNOS MODELOS PROCESALES EN MATERIA PENAL.

Como resulta apenas evidente, cada país diseña su propia normatividad en búsqueda de la protección de sus intereses para darle una utilidad concreta al papel de derecho penal en su sociedad, dependiendo, claro está, del momento histórico y cultural por el que se atraviese. Por consiguiente, es posible identificar algunos fundamentos que permiten clarificar la estructura básica del proceso penal, sin pretender con ello desconocer la multiplicidad de alternativas que pueden surgir de estos y que, en armonía con lo ya mencionado, obedecen a su

---

<sup>7</sup> Sentencia de “Los niños de la calle” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>8</sup> UPRIMMY. Op. Cit., p. 52

aplicabilidad en determinados territorios y a la manera como histórica, cultural y políticamente han resuelto los retos que impone la justicia penal<sup>9</sup>.

Continuando con URBANO<sup>10</sup>, vale la pena destacar dentro de los más actuales, el modelo Italiano elaborado por FERRAJOLI y el alemán representado por ROXIN. Ellos identifican clases de sistematización del derecho y proponen algunas formas de interactuar entre el derecho penal y el proceso.

Para FERRAJOLI<sup>11</sup> las garantías procesales son el complemento de las garantías penales, marcadas por una correlación que expresada por principios indican «cuándo» y «cómo» juzgar, a saber: presunción de inocencia hasta ser vencido por medio de la prueba, la carga de la prueba en la acusación, imparcialidad del juzgador, el derecho de defensa, contradictorio, publicidad, oralidad y motivación de las decisiones judiciales.

Entre los dos sistemas de garantías – *penales y procesales*- se presentan nexos de carácter estructural y funcional. Las garantías penales conllevan a la subordinación de la pena conforme a los presupuestos sustanciales del delito – *lesión, acción y culpabilidad*- y solamente pueden materializarse en la medida en que el juicio por el cual se arriba a ellas se encuentre marcado por las garantías de imparcialidad, veracidad –*procesal*- y control; de allí el nombre que se le ha entregado a cada una de ellas, las que marcan la jurisdicción denominadas como instrumentales y, las de la norma penal, que ostentan la calidad de sustanciales.

La correlación funcional entre estas es biunívoca, pues las garantías penales son necesarias para que el juicio no sea arbitrario o desproporcionado, es decir, sin éstas, tanto el juicio como la pena serían antagonistas de los límites preestablecidos por la norma y, a su vez, serían el equivalente a destruir las garantías procesales. En conclusión, las garantías penales y procesales no solo ostentan un valor individual, sino que su mayor virtud se encuentra en la

---

<sup>9</sup> URBANO, José. EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN. UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS LÍMITES DEL PODER DE ACUSAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. Bogotá. Universidad Externado. 2013. p. 24.

<sup>10</sup> *Ibíd.* p. 25

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta. 1995. p. 537 y ss.



articulación con las otras, pues sin las instrumentales no es posible materializar las sustanciales.

La principal garantía procesal, y base de todas las demás, es la jurisdiccionalidad que implica la imposibilidad de llegar a una condena sin un adecuado juicio<sup>12</sup>, siendo, a su vez y de forma imprescindible, correlativa del principio de legalidad y de la separación del juicio penal de la venganza.

A su vez, tal garantía contiene un sentido lato y uno estricto; el primero de ellos hace referencia al principio múltiple que establece “*nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*”; sin embargo, dicha tesis no expresa los procedimientos y las garantías de los que depende el carácter cognoscitivo y declarativo del juicio, que, por el contrario, se identifican con el segundo de los sentidos de la jurisdiccionalidad, al estar conformado por tres tesis que confluyen indicando: “*nullum iudicium sine accusatorie, sine probatione y sine defensione*”. Mientras la exigencia del sentido lato de la jurisdicción se puede presentar en cualquier proceso, llámese acusatorio o inquisitivo, la jurisdiccionalidad en sentido estricto supone la forma acusatoria del proceso, pese a no referirse a una sola forma, modelo o significado preciso de acusación. La diferencia entre los dos sentidos del principio de jurisdiccionalidad no es equiparable en su totalidad a la que se puede presentar entre un proceso inquisitivo y uno acusatorio; por el contrario, corresponde a la dicotomía entre cognoscitividad y decisionismo, pues la denominada jurisdiccionalidad en sentido estricto posee un significado más restringido que el «proceso acusatorio», mientras que la jurisdiccionalidad en sentido lato, tiene un significado más amplio que «proceso inquisitivo».

A su vez, las anteriores garantías convierten en ineludible mencionar las denominadas por FERRAJOLI<sup>13</sup> como de “carácter orgánico”, que tienen relación con la formación del juez, su colocación institucional, separada de los demás poderes del Estado y de los valores que integran el proceso, a saber: Independencia, imparcialidad, separación entre el juez y la acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal, respeto, entre otras. Por el contrario define como “procesales” a las garantías propias para la formación del juicio, es decir, la obtención de pruebas o elementos materiales probatorios, el ejercicio pleno del derecho de defensa y “*la convicción del órgano judicial: como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el*

---

<sup>12</sup> Nulla culpa in iudicio

<sup>13</sup> Ibídem. p. 539

*principio de contradicción, las formas de los interrogatorios y demás actos de instrucción, la publicidad, la oralidad, los derechos de la defensa, la motivación de los actos procesales, etc*<sup>14</sup>.

Las garantías de carácter orgánico, salvo la separación entre juez y acusación, al definir al juzgador, son en la mayoría de los casos exigidas en todo tipo de juicio, así no sea de índole penal y hacen parte del principio de jurisdiccionalidad en sentido lato. Por su parte, el segundo tipo de garantías, al instituir concretamente el modelo cognoscitivo del juicio, integran, por el contrario, la jurisdiccionalidad en sentido estricto. Adicionalmente, garantías orgánicas como la separación entre el juez y la acusación, y, las procesales de publicidad, oralidad y contradicción en la formación de la prueba, entre otras, son propias del método acusatorio; distintas, como las de independencia, imparcialidad, necesidad de la prueba y similares, son comunes en la mayoría de los procesos, sin embargo, su aplicación resulta favorecida por el método acusatorio y obstaculizada por el inquisitivo.

Como se observa, el nexo entre los sistemas de garantías penales y los de garantías procesales, se manifiesta adicionalmente en la excelente correspondencia entre las alternativas de garantismo y sustancialismo, con la divergencia que presentan los modelos penales que se han planteado: i) el modelo procesal garantista o de estricta jurisdiccionalidad que también asume el nombre de cognoscitivo, y, ii) el de mera jurisdiccionalidad que recibe igualmente el nombre de decisionista.

El primero de ellos es un modelo que se orienta a la obtención de la verdad por medio de la investigación de forma empírica, controlable y controlada, siendo necesariamente reducida y creada en el marco de controversia del proceso penal, pues los criterios convencionalistas que surgen del principio de taxatividad exigen una formulación unívoca y rigurosa de los hechos que son calificados como delitos, es decir, es el presupuesto indispensable de un modelo cognoscitivista de proceso penal entendido como verificación o refutación empírica de las hipótesis acusatorias, que son claras y se rigen por el marco que ha definido el proceso penal. El segundo, se orienta al descubrimiento de una verdad sustancial y general que se sostiene sobre valoraciones que, por lo regular, en aras de una verdad ética o política, van más allá de la prueba; entonces, el criterio sustancialista utiliza definiciones sobre el delito, el proceso y el investigado, que solo pueden fundar modelos decisionistas.

---

<sup>14</sup> ibídem

Así, corresponden a un derecho penal mínimo – *criterio cognoscitivista*- y, el otro, a un derecho penal máximo – *criterio sustancialista*-, que a su vez aseguran dos formas de conocer la verdad. El primero, en búsqueda de una verdad procesal cognoscitivista, garantizan una verdad reducida – *mínima*- en armonía con los presupuestos de la sanción, pero a la vez resguardada debido a su carácter empírico y determinado en las hipótesis acusatorias, por los pilares de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba en cabeza del acusador, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad en el procedimiento probatorio, el principio de contradicción y la refutación de la acusación como el ejercicio más claro del derecho de defensa.

Diametralmente opuesta, se encuentra la búsqueda de la verdad en el proceso decisionista, que puede enmarcarse dentro del método inquisitivo, pues orienta la exploración de la verdad sustancial llevándola a convertirse en una verdad máxima, amplia, general, que se busca sin ningún límite normativo en los medios de adquisición de la prueba, además, es una búsqueda secreta, no vinculante y plenamente discrecional que no solo se presenta en lo señalado, sino que, de forma trascendental, implica la indeterminación y el carácter valorativo de las hipótesis acusatorias y juicios de valor que no se muestran como refutables por la defensa; es decir, es un método de búsqueda de la verdad penal que se basa en acusaciones indeterminadas e interpretadas conforme a los juicios de valor del juzgador, reduciendo el marco de interacción de la defensa e, incluso, convirtiéndola en una tarea ineficaz y sobrante, pues basta con que algún juicio de valor del juez encuentre correspondencia sobre una hipótesis acusatoria difusa para eliminar el sentido de la defensa, sin desconocer que desde un principio no le fue permitido intervenir en el método de búsqueda de la verdad y ello se debe a que le fue imposible conocer cual hipótesis acusatoria debía desvirtuar en el juicio. En el segundo modelo, la verdad se convierte en un fin que justifica los medios sin importar cuales sean, en otras palabras, el procedimiento para obtener la verdad – *sustancial*- no importa.

En contraposición, y ante la amplitud y discrecionalidad del modelo decisionista, en el proceso cognoscitivo es el fin el que se encuentra legitimado por los medios, ello lleva a entender que las garantías procesales se establezcan no solo como garantías de libertad, sino además como garantías de verdad – verdad mínima-, más controlada que aquella verdad sustancial que fuese instituida por un juez.

Lo anterior se presenta como consecuencia de que en el proceso decisionista el principio de legitimación se constituye en los juicios de valía desde un doble

aspecto, a saber: a) el sentido de valor, fiabilidad y legitimidad (política o religiosa) del órgano juzgador; b) el sentido de los valores y las valoraciones que son fundamento de sus decisiones (sabiduría, eticidad, bien común, etc.). Por ello el modelo decisionista se encuentra presente en la mayoría de procesos inquisitivos; sin embargo, no significa que esté excluido necesariamente de los sistemas acusatorios. En el esquema de verdad sustancial o máxima, el juez es el mismo acusador y tiene completa discrecionalidad a la hora de realizar los procedimientos, lo que comprende, sin lugar a dudas, la hipótesis de acusación. Por el contrario, el modelo cognoscitivo reconoce una legitimación del poder en la verdad y no, como se presenta en el modelo antes explicado, en el valor político del órgano judicial, ni en el valor intrínseco de justicia que se presume en sus decisiones.

Resulta evidente que el método acusatorio, que además se estructura sobre el contradictorio entre las pruebas<sup>15</sup> y refutaciones<sup>16</sup>, es una condición indispensable, aunque no suficiente, del modelo cognoscitivo.

Continuando con ROXIN<sup>17</sup>, en Alemania, entiende al sistema como una unidad de diversos conocimientos que se rigen bajo una misma idea, es decir, un todo del conocimiento operado según sus principios orientadores, entonces, plantea una relación sistemática entre los principios que dan origen al procedimiento<sup>18</sup>, como lo es: la investigación oficial, el principio acusatorio, principio de legalidad y juez natural; por otra parte, integra los principios que permiten el desarrollo del procedimiento, a saber: la investigación, principio de defensa –ser escuchado en armonía con la ley-, celeridad y concentración –mecanismo que garantiza una justicia pronta para resolver la situación del procesado-; habla sobre los principios probatorios: referencia igualmente el principio de investigación, la inmediación en la producción de la prueba, destaca las ventajas de los sistemas que permiten la libre valoración de la prueba, y, sin lugar a dudas, la garantía de la duda a favor del procesado; por último, hace referencia a las formas del procedimiento, destacando como los mejores mecanismos para obtener decisiones ajustadas a los conceptos de justicia y a la ley: la Oralidad y la Publicidad.

No se puede observar la interacción de los principios antes mencionados sin la visión de lo que para ROXIN se convirtió en el engranaje de la dogmática penal

---

<sup>15</sup> Per modus ponens

<sup>16</sup> Per modus tollens

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Del Puerto. 2000. p. 77 y ss.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Madrid. 1997. p.193. Nota 4.

con el funcionamiento de los métodos de búsqueda de la verdad y la penas, es decir, un conjunto de valores de política criminal que le orientaban especialmente a la dogmática penal, pero que, no pueden evitar su incidencia en todas las esferas del derecho penal, lo que implica, sin asomo de dudas, el derecho procesal penal.

Es un engranaje total que tiene incidencia y a su vez reciprocidad en las decisiones estatales que son tomadas por los poderes, incluso el constituyente, pues a través de ellos se organizan respuestas públicas con la intención de prevenir y sancionar el delito; igualmente se establecen los instrumentos procesales de persecución y juzgamiento, y, los límites dentro de los cuales las decisiones son consideradas legítimas y válidas. Ello sería el soporte para lo que WEBER denominó como “monopolio de la coerción”<sup>19</sup>. Posición que igualmente es planteada por BINDER<sup>20</sup> al expresar que el conjunto de instituciones que actualmente llamamos penales –sustanciales, procesales, penitenciarias, resocializadoras, entre otras- deben ser analizadas en conjunto, tal y como funcionan en la vida real gracias a su estrecha interrelación.

Reconoce igualmente ROXIN<sup>21</sup>, que el derecho procesal penal presenta clara dependencia respecto del derecho constitucional, pues si la verdad no se puede obtener a cualquier precio, sino protegiendo los derechos fundamentales y la dignidad humana del inculpado, es reiterada entonces, la estrecha relación entre el derecho constitucional y el derecho procesal penal. No implica lo comentado que deba tomarse la legislación procesal penal como la ley de ejecución de la Carta Política -en Colombia- o “Ley Fundamental” – en Alemania-, pues la “Ley Fundamental” presenta un carácter político que le hace atribuible otros mecanismos para su materialización, pero a la vez la hace indispensable de la procesal penal. Situación más aguda se presenta en el modelo procesal penal de los Estados Unidos, en donde las leyes procesales penales, en su mayoría, tienen inmersas las disposiciones constitucionales.

---

<sup>19</sup>ALCÓCER, Eduardo. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO ¿REALIZACIÓN DE UNA OPCIÓN POLÍTICO CRIMINAL O DE UNA CRIMINAL POLÍTICA DE ESTADO?. Instituto de Ciencia Procesal Penal. P. 2. (recuperado de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_06.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_06.pdf). El 31 de agosto de 2015)

<sup>20</sup> BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Segunda Edición. Buenos Aires. 1999. p. 27 y ss.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus.; ARZT, Gunther y TIEDEMANN, Klaus. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PEAL PROCESAL. Título original: Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht. Editorial ARIEL S.A. BARCELONA. Colección ARIEL DERECHO. España. 1989. P. 140 a 146.

Es así como el autor muestra la importancia de las formas en la vinculación del proceso penal con la aplicabilidad de la justicia, lo que él denomina “formalismo del proceso penal”, que se corresponde, en alguna medida, con el principio de legalidad. Tal como el apego al principio de legalidad frente a los tipos penales formalizan y delimitan la concepción de justicia, de la misma manera solo con un proceso penal realizado debidamente, en otras palabras, con estricto sometimiento al principio de legalidad en materia procesal penal, se puede desvirtuar la inocencia y condenar, si es el caso. Ello no es más que la garantía de todo ciudadano para evitar cualquier arbitrariedad por parte del Estado. En palabras del precitado autor:

*“Las limitaciones del poder penal estatal garantizadas por formas han de entenderse en Europa ante todo como decisión frente a la arbitrariedad del Estado policial y frente a la histórica Justicia de Gabinete del Monarca (prescindiendo de la jurisdicción ordinaria). Ciertamente, el límite entre la vinculación formal, llena de sentido en principio y un formalismo carente de sentido, es en el caso particular absolutamente flexible”<sup>22</sup>.*

Ahora bien, dentro de los contextos más recientes del derecho penal a nivel mundial se encuentran, por ejemplo, y bajo un criterio muy similar al planteado por<sup>23</sup> GUERRERO, los desarrollos de justicia sobre Derechos Humanos, llámense Tribunales o los escenarios de creación normativa orientada para estos e, incluso, la Corte Penal Internacional; se observa que todos ellos están orientados a crear normatividad facilitadora de la sustanciación de los procesos dentro de un plazo razonable, el respeto a la legalidad y seguridad jurídica, el derecho a conocer las actuaciones y poder ejercer acciones eficaces dentro de estas, procedimientos ceñidos a la igualdad de armas, derecho a la práctica de pruebas pertinentes para el proceso, derecho a acceso y entrevista con un abogado de confianza en condiciones que permitan la confidencialidad, derecho a la ejecución formal y material de las órdenes judiciales, el respeto profundo por el derecho a guardar silencio y su no entendimiento como autoincriminación, el derecho a estar presente en todas las fases del proceso y ejercer la respectiva defensa, la contradicción como principio que forma la verdad y garantiza la efectiva participación de la defensa en la práctica probatoria cuestionando cualquier irregularidad en las decisiones, el derecho a conocer las evidencias con la debida anticipación y sin ocultamiento, el derecho de tener providencias motivadas que

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> GUERRERO, Salvador. *El Principio Acusatorio*. Navarra: Aranzadi. 2005. p. 46. Citado a su vez por URBANO, José. En: “El Control de la Acusación”. UNA REFLEXION SOBRE LOS LÍMITES DEL PODER DE ACUSAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. p. 26.

deniegan la práctica de la prueba, la gratuidad de la justicia y las audiencias públicas.

En la actualidad, sin embargo, estas formas de sistematización de los principios orientadores del derecho penal han recibido fuertes críticas por corrientes que consideran al derecho penal y al proceso penal como una herramienta que debe eliminar o reducir las garantías judiciales y, por el contrario, facultar a la sociedad para encontrar la verdad procesal motivada por iniciativas que buscan la protección de la seguridad nacional, de la sociedad, e incluso, abogan por un derecho penal que sea drásticamente restrictivo y premonitorio –en la práctica- de las conductas punibles. Tal es el caso de JAKOBS, quien estructura el modelo procesal penal como un sistema cerrado en donde cada sociedad, según sus condiciones actuales, puede marcar los límites que se hagan necesarios, únicamente atendiendo a fuentes positivistas, pues para el funcionalismo, dichas fuentes solo actúan en el plano normativo y no en el empírico. Es un sistema cerrado que ubica a la sociedad en determinado escenario histórico de necesidad y convierte la modernización del proceso penal en una carga inoficiosa de la política criminal.

Para el ya nombrado autor, principal exponente de la corriente conocida como “derecho penal del enemigo”, se deben observar dos sistemas penales, lo que implica dos escenarios procesales. El primero, establece el juzgamiento de aquel que quebranta el ordenamiento jurídico de forma reiterativa y por ello merece ser tratado como enemigo; en el segundo, por el contrario, quien se corresponde con las normas de la sociedad dentro de aquel sistema cerrado, le es atribuible el denominado derecho penal del ciudadano. Bajo tal diferencia, el que es considerado enemigo no es sometido a las reglas de la sociedad, es decir, a los procedimientos propios de quien ostenta el beneficio del “derecho del ciudadano”; entonces, quien se percibe como enemigo debe ser combatido, pues se ha convertido en una amenaza para la sociedad.

Para el enemigo, los procedimientos que se utilicen van a estar legitimados por la seguridad de la sociedad, y, en sí mismo, el concepto de justicia solo sería equiparable a la protección del orden preestablecido y los intereses supremos del Estado, es allí donde el derecho penal, lo que incluye al modelo de juzgamiento, cambia sus fines para convertirse en un proceso de orden premonitorio, pues parte de una acción presente y arriba a las posibilidad de que el enemigo vuelva a atacar el orden social en el futuro. Para lograr lo comentado las garantías del

ciudadano se van a ubicar por debajo de las de Estado. En palabras de PROTILLAS<sup>24</sup> y VIRGOLINI<sup>25</sup>:

*“Además, conforme a esta concepción, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado. En buena cuenta, se trata de un Derecho penal donde los derechos de todo ser humano se ven reducidos y hasta acortados por criterios de intervención estatal de necesidad y eficacia”.*

Así, este modelo de justicia virtualiza las garantías procesales, trasladando al procesado de la parte más débil de la realidad penal, a ser el objetivo a eliminar como mejor opción, es decir, el proceso penal no se concibe como el límite para el Estado y la garantía del procesado para que no sea sometido a arbitrariedades, sino por el contrario, es la garantía del Estado quien se presenta como el más débil de la relación procesal y por ello debe acudir a toda posibilidad para eliminar al enemigo y mantenerse vigente en el tiempo, de lo contrario, en la visión de JAKOBS, se permitiría que el derecho penal se convierta en un campo de revolución y eso no garantiza la seguridad jurídica de los demás ciudadanos ni la permanencia en un orden jurídico ya establecido.

Finalmente, resulta importante observar las propuestas de sistematización de autores colombianos como URBANO<sup>26</sup>, en búsqueda de mayor fundamentación del proceso penal y así superar las dificultades que puedan surgir por la existencia de principios alternativos que lleven a una aplicación distinta de las garantías en el proceso penal; el autor presenta una interpretación de los principios, no como simples criterios doctrinarios, sino apoyándose en ALEXY<sup>27</sup>, plantea que sean considerados como normas que ordenan la realización de algo en mayor medida posible, pues entiende los principios como mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que las posibilidades de su cumplimiento incluyen el contexto real y jurídico.

---

<sup>24</sup> PORTILLA, Guillermo. “La legislación de lucha contra las no personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado del 11 de septiembre del 2001”. En: <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>.

<sup>25</sup> VIRGOLINI, Julio. Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción. Buenos Aires, 2004, p.276.

<sup>26</sup> Op. Cit. p. 26

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p 86.



Esta última visión de los principios, presenta un efecto vinculante frente a toda norma penal y constitucional, al igual que sobre las decisiones jurisdiccionales, siendo factible su sistematización en tres áreas definidas: La Acusación, la defensa y el juzgamiento. Pues, para URBANO<sup>28</sup> se puede afirmar que bajo la anterior premisa los principios de un proceso penal en un régimen democrático se encuentran determinados por el principio acusatorio, el principio de defensa en condiciones de igualdad con el abogado acusador y el principio de un juez integral, al considerar que alrededor de estos giran los contenidos sustanciales del proceso.

Para el jurista en mención, el principio acusatorio gravita en torno a la clara separación entre quien acusa y juzga, rigiéndose por el principio de congruencia personal, fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia, el órgano acusador no puede tener funciones jurisdiccionales y se debe propiciar espacios para los derechos de la víctima.

Al respecto, es importante presentar dos observaciones frente a la posición del autor: la primera, orientada a indicar que el principio acusatorio adicionalmente debe contener claridad en los procedimientos, lo que implica que este principio esté marcado por la obligación del Estado para controlarlo y definir cuáles son los límites de cada acusación en materia fáctica, personal y jurídica, es decir, sin esa claridad no es posible hablar de principio de congruencia, pues solamente cuando es absolutamente identificable –formal y materialmente-, controlada y no está sujeta a interpretaciones discrecionales, es posible hablar de congruencia en materia penal entre la acusación y la sentencia. Entonces, el principio acusatorio presenta una esencia íntegra cuando no queda reducido a un acto de parte ingobernable.

La segunda observación, atiende a considerar el proceso penal, especialmente la acusación, como un espacio para el reconocimiento de la víctima, lo que constituye una garantía adicional que puede brindarse a quien se considera presuntamente el sujeto pasivo de la conducta punible que se investiga. Sin embargo, el principio acusatorio no puede girar en torno al reconocimiento de la víctima, porque implicaría desnaturalizar el proceso penal, llevando a interpretar que la participación de éstas dentro del marco penal regula la acción sobre el cual

---

<sup>28</sup> Op. Cit. p. 27

se va a desarrollar el juicio, aspecto que no encuentra asidero en los fines del proceso ni del derecho penal. Por ello, el planteamiento del autor no se correspondería al entendimiento del proceso penal como instrumento del procesado para evitar comportamientos desbordados del Estado, y la acusación como el campo donde se concreta la acción penal en su contra, por el contrario, pasaría a ser un espacio en donde la participación de la víctima guía el actuar del proceso penal.

Sin la participación de la víctima, bien sea por que no asiste al proceso o porque entiende que sus derechos se pueden garantizar igualmente en otro tipo de jurisdicciones, el principio acusatorio sigue guardando integralidad, claridad y continúa protegiendo plenamente los derechos del ciudadano acusado. La presencia de la víctima en el debate penal no tendría incidencia en la acusación y el principio acusatorio, pues el primero se resguarda en los hechos punibles y el segundo en el modelo de juzgamiento, no en la condición del sujeto pasivo de delito.

Por otra parte, para el autor el principio de defensa está constituido por el conjunto de facultades que le son permitidas al procesado en aras de poder oponerse a las pretensiones punitivas del Estado, desplegándose en cada una de las etapas del proceso: investigación, etapa intermedia, y el juicio, con la incesante verificación de la autoridad encargada de presidir cada una de ellas. Es necesario recabar la primera observación a los planteamientos del autor, si el principio acusatorio, apelando a una claridad absoluta que busque evitar interpretaciones subjetivas, no se presenta como una característica ineludible, entonces el llamado principio de defensa materializado en la contradicción, se convertirá en una ilusión imposible de concretar por la vaguedad de la etapa trascendental del proceso penal: la Acusación.

Finalmente, establece que el principio del juez integral implica un compromiso del juez para asumir sus funciones, guiado por las premisas básicas que regulan la aplicación de los derechos de los ciudadanos, y de forma especial, la dignidad y la democracia. Este principio estaría dividido en contenidos generales y otros que serían especiales, atribuibles a todos los jueces por ser administradores de justicia, como son: legalidad, independencia, autonomía, imparcialidad, garantía de la doble instancia, motivación y responsabilidad. Valga la pena recordar que las segundas son atribuibles a los jueces penales, dependiendo de su naturaleza dentro del sistema –jueces con función de audiencias preliminares y jueces con función de conocimiento-.

En cada etapa del proceso se materializan los principios de acusación, defensa y juez integral, dependiendo de las actividades propias a desarrollar en cada estadio procesal, por ejemplo: en la investigación, los actos y labores de obtención de información y elementos que vayan a ser utilizados en el juzgamiento de la persona, deben estar sometidos a la autorización y control del juez de audiencias preliminares; la etapa intermedia, decide si existe o no mérito para continuar con la acusación sometiéndose a control del juez de audiencias preliminares; por último, ante el juez de conocimiento se presentará el debate de responsabilidad para decidir conforme a las garantías de un juicio justo. Allí se ve cómo los contenidos antes mencionados tienen aplicación y orientación diversa, según la competencia y finalidad de las audiencias.

El principio del juez integral sería la base para la estructuración de un modelo dogmático dirigido a la racionalización del proceso legislativo y del proceso judicial que permita su pronta aplicación, pues para el autor, generaría un ejercicio razonable de la discrecionalidad judicial, permitiéndole al juez una amplitud mayor para resolver los diversos problemas que se pueden presentar en la jurisdicción penal y que escapan a la redacción de algunas normas.

Resulta incuestionable la afirmación del autor en el entendido de que una mayor racionalización del derecho penal guiado por una construcción dogmática clara y precisa, facultará y facilitará a los jueces la adopción de soluciones a los casos penales; sin embargo, debe aclararse que, bajo esa directriz, la propuesta del autor debería integrar un cambio en la solución de casos penales que parta de la inmersión total del derecho penal y procesal penal en la Constitución y viceversa, pues el juez tendría amplitud y discrecionalidad, pero éstas solamente le son permitidas cuando acuda a la Carta de Derechos Fundamentales, modelo ya señalado por ROXIN<sup>29</sup> al establecer las características de un sistema como el de Estados Unidos, que es el más asimilable al planteamiento de URBANO. Por el contrario, un esquema como el alemán, implicaría la construcción de una normatividad procesal penal que brinde a los jueces herramientas que les facilite construir soluciones aunadas al acatamiento de las garantías procesales, los derechos fundamentales y el respeto por un proceso justo.

En conclusión, dicha solución dogmática que fortalece el uso de los principios y garantías procesales y penales, crea una delicada relación: por un lado, admite la potestad de acusar, en cabeza del Ministerio Fiscal, pero como facultad del poder

---

<sup>29</sup> Op. Cit. p. 140.

político de representación del Estado, con un ineludible y drástico cumplimiento del derecho de defensa –contradicción, conocimiento, publicidad, entre otras-; por otro, dicha potestad se debe dar bajo un inexcusable control judicial de las libertades y las garantías de un juicio justo.

## 4. LA ACUSACIÓN COMO PRINCIPIO

Algunas voces han identificado el acto procesal de acusar como el eje fundamental de lo que se ha denominado “sistema penal acusatorio”, estableciendo a la vez que la omisión de tal institución jurídica lleva a cualquier modelo de juzgamiento a asimilarse a uno inquisitivo, pues implica el empleo de procedimientos indeterminados, ocultos, ambiguos, para evitar que la persona conozca los cargos en su contra con claridad y reduce su capacidad de intervención mediante el ejercicio de la defensa. Esta clase de sistemas son diseñados para ser controlados en su integridad por quien dirige el proceso, postura que se asimila a lo planteado por FERRAJOLI<sup>30</sup>, al momento de referirse al modelo decisionista. No obstante, una visión objetiva de la acusación requiere de la integración de diversas posiciones doctrinarias para identificar lineamientos objetivos de su esencia como acto procesal.

### 4.1 INTERPRETACIONES DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

URBANO<sup>31</sup> recoge posturas como las de MONTERO<sup>32</sup> quien plantea la inexistencia de dos sistemas procesales que puedan configurarse como proceso, a saber, uno inquisitivo y otro acusatorio, por el contrario, manifiesta que se presentan dos sistemas de ejecución del Derecho Penal por parte de los tribunales, de los cuales se identifica uno como no procesal, el inquisitivo, y otro procesal, el acusatorio. Destaca que la diferencia entre ellos se plasma en una concepción del primero como una respuesta a un momento histórico en donde el Estado, representado por la autoridad indicada para imponer las penas, condenaba pero sin un proceso que llevara a ello.

Para otros como PETRONE<sup>33</sup>, el sistema acusatorio *“no se caracteriza tanto por la presencia de la acusación –que, en efecto está presente en el modelo inquisitorio-, sino porque la misma está confiada a un órgano ad hoc distinto al*

---

<sup>30</sup> Capitulo anterior modelo decisionista en busca de una verdad sustancial, diferencia con el modelo cognoscitivista

<sup>31</sup> Op. Cit. p. 33

<sup>32</sup> MONTERO, Juan. *“Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón”*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1997. p. 28

<sup>33</sup> PETRONE, Marino. *“El principio acusatorio”*. Traducción de VIANELLO CÓRDOVA, LORENZO <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/27.pdf>. 30 -03-2015. P. 507

*juez*”. Critica de paso la opinión de Carrara, cuando afirma que dicho sistema tiene sus cimientos en el principio de que nadie puede ser llevado a juicio sin una acusación previa, pues para el autor, el principio acusatorio no es completamente ajeno al sistema inquisitorio. Por ejemplo los denominados sistemas mixtos de juzgamiento.

Por el contrario, refleja que éste modelo debe ser el resultado de la combinación de varios principios que identifican en siete puntos, a saber:

*“El primero, como apuntamos, está representado por la proposición de la acusación por parte de un sujeto distinto a un juez. El segundo por la paridad entre acusador e inculpaado. Siguen los principios de publicidad y de oralidad de todo procedimiento, el de exclusión de la libertad del juez en la recopilación de pruebas, el de alegación de las pruebas por las partes y, por último, el de la libertad personal del inculpaado hasta la sentencia irrevocable”*

*Como puede notarse, de estos siete principios, excluidos los dos primeros referentes a la estructura de la relación procesal, los otros cinco se refieren a dos problemas fundamentales – antes mencionados- del proceso penal; es decir, el de la prueba y el de la libertad personal del inculpaado. De este modo, a pesar de que la contraposición entre los dos modelos implique múltiples temas como el derecho a la defensa, el papel de las partes del juez (SIC), los vicios procesales, la sentencia etcétera, puede reducirse a los dos aspectos ya considerados”<sup>34</sup>.*

En síntesis, para el autor, los dos primeros principios son los que caracterizan este modelo procesal y se convierten, a su vez, en la solución de los restantes problemas a nivel probatorio y de libertad.

La visión de ARMENTA<sup>35</sup> busca aclarar algunas manifestaciones frente a las diferencias entre los modelos de juzgamiento ya mencionados y, a su vez, incluye divergencias de los anteriores con el modelo adversarial. En la actualidad los sistemas que permiten el ejercicio de la justicia en las distintas sociedades, obedecen a características de múltiples modelos de juzgamiento que impiden, prácticamente en su totalidad, la implementación de sistemas “puros”, siendo una

---

<sup>34</sup> *Ibíd*em p. 508

<sup>35</sup> ARMENTA, Teresa. *“Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América. ¿un camino de ida y vuelta?”*. Madrid. MARCIL PONS. 2012. p. 35

consecuencia de las variaciones en las necesidades de las personas, en los cambios de formas de vivir y en la actualización de las distintas conductas consideradas como punibles.

Lo anterior no es óbice para desnaturalizar los conceptos que representan los modelos de juzgamiento; clasifica entonces el principio acusatorio como:

*“aquel proceso que no puede iniciarse sin el previo ejercicio de la acción por un sujeto diferente del juez (Nemo iudex sin actore, Wo kein Klager, da kein Richter), lo que acarrea de inmediato la imparcialidad de éste último y que no quepa condena por hechos distintos a los acusados ni a persona diferente que aquella que figura en la acusación.*

(...)

*En un determinado sentido bastaría afirmar que el proceso acusatorio se caracteriza por el hecho de precisar de una acusación, para deducir inmediatamente que tal acción deberá ejercitarse por un sujeto diferente de aquel que juzgará, circunstancia reforzada en nuestro sistema por el hecho de suprimir el proceso en dos fases: instructora y decisoria”.*

Lo que resulta necesario es la diferencia del principio acusatorio con el adversarial<sup>36</sup>, al entender que en el primero no necesariamente se presenta el ejercicio del derecho de contradicción, pues basta con la presentación de la acusación – así sea como un mero acto de comunicación- para encontrar su característica definitoria; por el contrario, el ejercicio del derecho de contradicción, que se presenta en el estudio y debate de la acusación en su aspecto material, se encuentra como rasgo coincidente en gran medida con el sistema adversarial. En consecuencia, es posible la vulneración de cualquiera de los dos principios sin que se afecte el otro, contexto que permite establecer la independencia de estos, no obstante, también es viable rescatar que al funcionar de manera conjunta, aun persiguiendo objetivos distintos, fortalecen una estructura procesal en aras de un

---

<sup>36</sup> ARMENTA, Teresa. “JUICIO DE ACUSACIÓN, IMPARCIALIDAD DEL ACUSADOR Y DERECHO DE DEFENSA”. REVISTA IUS ET PRAXIS – año 2013 – No 2. p.82: señala, entre otros, como autores que apoyan la comentada diferencia: ASECIO, Mellado. “Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal”, Trivium, 1ª ed, Madrid, 1991; GUERRERO, S. “El principio acusatorio”, Aranzadi, 2005, p.88 ss.; GÓMEZ, J. “La investigación criminal: problemas actuales y perspectiva de unificación internacional”, RPJud, n. 64, 4º trim 2001, p.4 ss.; MONTERO, J., “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, Revista la Ley, 1994 -1, y “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, Revista judicial, IV/1992; y VERGER Grau, “La defensa del imputado y el principio acusatorio”. Bosch. Barcelona. 1994.

adecuado ejercicio de los derechos e intervención de la persona acusada. Asevera la autora:

*“Principio acusatorio y principio de contradicción no son equiparables, aunque estén conectados entre sí. La configuración del proceso acusatorio (...) nos coloca en la perspectiva del órgano jurisdiccional frente a las partes, en tanto el de contradicción se sitúa entre ellas procurando que conozcan y pueda defenderse en condiciones de igualdad. Resulta así, que mientras lo que afecta a la acción penal (los hechos y la persona del acusado) en cuanto a su necesario ejercicio, pertenece al principio acusatorio, conocer los términos de la acusación y acceder a todos los materiales de hecho y de derecho, incide en la necesidad de audiencia y en la prohibición de indefensión<sup>37</sup>. De esta forma, el principio acusatorio y principio de audiencia o contradicción son postulados diferentes, que aunque conexos obedecen a perspectivas diversas y atienden a necesidades diferentes. Así, cabe quebrantar uno sin la vulneración simultánea del otro”<sup>38</sup>.*

Un juicio adversarial dista enormemente de la idea histórica de proceso acusatorio, siendo el primero, en cambio, un nuevo procedimiento que tiene su génesis en Inglaterra para el siglo XVIII. Esta nueva forma de juzgamiento introduce principios que se basan en un conjunto de derechos que buscan revestir de legalidad el proceso y al procesado: La presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, el derecho a examinar a los testigos, entre otros. Esta nueva concepción tuvo su inspiración en el pensamiento de la ilustración, en especial en la obra de John Locke, siendo anterior a la obra de los *philosophes* franceses y sirvió como estructura práctica sobre la que surgieron las declaraciones de derechos humanos, entre otras, la Carta de Derechos en Estados Unidos<sup>39</sup> y la Declaración de los Derechos del Hombre<sup>40</sup>. Son los primeros pasos para una forma de juicio que incluyera la esencia de los derechos y se apoyara en estos para su funcionamiento, ubicando al ciudadano, bajo

---

<sup>37</sup> “Aclaran e ilustran ampliamente esta diversidad, ASECIO MELLADO, *Principio de defensa y principio acusatorio*, Colex, 1991; VERGÉ GRAU, *la defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, 1994, y ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y Derecho penal*, Bosch, 1995”.

<sup>38</sup> Op. Cit. p. 37

<sup>39</sup> Carta de los Derechos Estadounidenses entra en vigor en 1971

<sup>40</sup> Creada en 1789



criterios de equidad, al nivel del Estado y, no como en el modelo acusatorio primigenio, a nivel de la propia víctima<sup>41</sup>.

#### 4.2 INTERPRETACIÓN INTEGRAL

Las actuales divergencias entre los distintos modelos de enjuiciamiento penal plantean discusiones de carácter ineludible en el campo dogmático, buscando que la interpretación acogida por cada Estado integre lógicamente las características que hagan de cada modelo una garantía para todo ciudadano. La hermenéutica de un sistema de justicia penal debe corresponder al orden y naturaleza del respectivo Estado. Así, en los países donde existe un régimen democrático, y durante periodos donde las exigencias, percepciones de inseguridad y alarma social son bajas, tienden a acrecentarse, respaldarse y fortalecerse las garantías de cada persona; pero, estas tienden a reducirse, e incluso a desaparecer, en los sistemas autoritarios y en especial cuando la criminalidad aumenta, se fortalece y se amplía. De allí que las soluciones a problemas judiciales implique interpretaciones ampliamente garantistas – en el primero de los modelos- y una atenuación o variación –en el segundo modelo- en especial con la recopilación de pruebas y la prisión preventiva<sup>42</sup>.

Sin embargo, la distinta aplicación de sistemas procesales penales permite rescatar cinco aspectos centrales sobre los cuales se ajusta el sistema acusatorio<sup>43</sup>, a saber:

1. Se establece un requisito estructural de procedibilidad, esto es, no puede haber sentencia –condenatoria o absolutoria- sin acusación, siendo inadmisibile desde el sometimiento, análisis y debate de un caso penal, hasta la decisión sobre la responsabilidad de una persona, sin la previa concreción personal, fáctica y jurídica de la materia de juicio<sup>44</sup>. Así, se concreta lo planteado por

---

<sup>41</sup> VOGLER, Richard. *“Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal”*. En: URBANO, José. *“EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN. UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS LÍMITES DEL PODER DE ACUSAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO”*. 2013. p. 37 ss. Bogotá. Universidad Externado; AMBOS, Kai y MONTEALEGRE, Eduardo. *“Constitución y sistema acusatorio. Un Estudio del derecho comparado”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. P. 188 y ss.

<sup>42</sup> PETRONE, Marino. Op. Cit. 504

<sup>43</sup> En el mismo sentido URBANO Op. cit.

<sup>44</sup> Lo que en jurisdicciones como en la civil, administrativa o laboral suele llamarse fijación del litigio.

FERRAJOLI<sup>45</sup> al mencionar que los procesos en donde se busca una verdad procesal mediante modelos cognoscitivos, que garantizan unos derechos sustanciales, eliminan los procedimientos ocultos en donde la responsabilidad surge de juicios valorativos.

2. Como garantía democrática debe existir un claro distanciamiento entre el acusador y el juzgador, haciendo posible el ejercicio democrático de la acción penal cuando existe un profundo respeto por la separación de los roles; de lo contrario, el poder del juzgador invadiría el campo de investigación y se combinaría con la sentencia, dejando desprovista a la ciudadanía de la independencia en las decisiones y la seguridad de acudir ante un tercero, ajeno al interés y la parcialidad de la investigación. Protección que ha sido impulsada a nivel de la justicia internacional, como en el Estatuto de Roma que dispone que se debe realizar una audiencia de confirmación de cargos antes del juicio<sup>46</sup>, solicitada por el fiscal ante la Sala de Cuestiones Preliminares, y, por otra parte, la Sala de Primera Instancia será la encargada de velar por el desarrollo de un juicio justo; El SOFT-LAW INTERNACIONAL<sup>47</sup> desprende del artículo 14 del PIDCP un documento que, si bien no es vinculante, representa las directrices de la administración de justicia identificadas como los “Principios básicos relativos a la Independencia de la judicatura” de 1985, resaltando frente al asunto en cuestión:

1. *“La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución a la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”*

2. *“Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector o por cualquier motivo”.*

---

<sup>45</sup> Op. Cit.

<sup>46</sup> Art. 61 del Estatuto de Roma

<sup>47</sup> Manual de Derechos Humanos para Fiscales. Asociación Internacional de Fiscales – IAP-. Editores: EGBERT Myjer, BARRY Hancock, NICHOLAS Cowdery. 2da Edición 2009. p. 9 ss.

6. *“El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes”.*

Las Directrices de las Naciones Unidas de 1990 sobre la Función de los Fiscales, contienen prerrogativas que diferencian la función del acusador con la de juez, al respecto:

10. *“El cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales”*

La Recomendación del Consejo de Europa del año 2000 sobre la Función del Ministerio Público en el Sistema de Justicia Penal, dentro de sus salvaguardas establece:

12. *“Los fiscales no deben interferir con la competencia de los poderes legislativo y ejecutivo”.*

14. *“En países donde el ministerio público es independiente del gobierno, el Estado debe adoptar medidas eficaces para garantizar que la naturaleza y el alcance de la independencia de la acción pública penal se ha establecido por ley”.*

17. *“Los Estados deberán tomar medidas apropiadas para asegurar que la condición jurídica, las competencias y la función procesal de los fiscales se establezcan por ley de manera que no pueda haber dudas legítimas sobre la independencia e imparcialidad de los jueces del tribunal. En particular, los Estados deben garantizar que una persona no puede al mismo tiempo desempeñar funciones como fiscal y como juez de un tribunal”.*

19. *“Los fiscales deben respetar estrictamente la independencia y la imparcialidad de los jueces; en particular no deberán cuestionar las decisiones judiciales ni obstaculizar su ejecución, salvo en el ejercicio de*

*sus derechos de apelación o invocando algún otro procedimiento declarativo”.*

Las normas IAP (*International Association of Prosecutors*) de 1999 presentan apartados que consagran la independencia y la imparcialidad del órgano acusador. En especial vale la pena señalar:

*“Los fiscales desempeñaran sus funciones sin temores, favoritismos ni perjuicios. En particular los fiscales deberán:*

a) *“Desempeñar sus funciones de manera imparcial”.*

En el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal, se dispone:

**A)** *“Principios generales del proceso*

*Segundo:*

1) *Las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora”.*

Además de lo comentado, la división de funciones entre quien acusa y juzga, implica tres aspectos sustanciales en el desarrollo del proceso: a) conlleva la necesidad de demostrar el fundamento de la acusación que debe ser de carácter sustancial; b) fortalece la presunción de inocencia; c) se presenta como garantía procesal la negativa de dar inicio al Juicio con la simple presentación de la acusación.

La potestad de acusar implica ejecutar la acción penal cuando se encuentran los elementos que permiten identificar, con lógica y probabilidad de verdad, la existencia de un delito y la presunta responsabilidad penal –dada la condición de autoría o participación- de la persona que es investigada. Aspecto que ha sido denominado como *“probable cause”* para referirse los elementos razonables y

objetivos que permiten identificar motivos sustanciales en procura de continuar con la acusación y abrir el Juicio Oral.

En otras palabras, “[e]l sistema acusatorio enfoca sustancialmente las exigencias relativas a la acusación, a la imparcialidad que garantiza y al hecho de que el acusador no puede sin más acusar, debiendo ofrecer evidencias suficientes de culpabilidad para apreciar la existencia de una <<causa probable>>”<sup>48</sup>.

Causa probable que, en otros términos, ha sido descrita por FEINMAN<sup>49</sup> como:

*“Reasonable grounds (for making a search, pressing a charge, etc.): the government still has to show probable cause that the target of the surveillance is a public threat”*<sup>50</sup>

La obligación que se le impone a la fiscalía de presentar una “*probable cause*” configura de paso el principio de presunción de inocencia, pues exige al “*prosecutor*” demostrar, argumentativa y probatoriamente, la “*posible*” participación o autoría y la presunta responsabilidad del investigado -esto en la audiencia de acusación y en grado de probabilidad frente a los niveles de conocimiento-, es decir, la causa fundada para llegar a juicio. Permitir lo contrario sería establecer que, *per se*, el análisis sobre motivos fundados y elementos probatorios es preexistente a la acusación, realizado única y anticipadamente por el órgano acusador, e indicaría que la presunción de inocencia ha sufrido una mengua ostensible, pudiendo asimilarse a una “*humillación gratuita*” que arrasa con las prerrogativas propias de la dignidad de la persona, principio que a juicio de autores como BOWERS<sup>51</sup> debe incluirse a la hora de establecer los razonamientos sobre causa probable, tanto en las labores de investigación como en la acusación<sup>52</sup>. Sin desconocer con lo anterior que solamente se desvirtúa la

---

<sup>48</sup> ARMENTA. Op. Cit. p. 43

<sup>49</sup> FEINMAN, Jay. “1001 LEGAL WORDS YOU NEED TO KNOW. THE ULTIMATE GUIDE TO THE LANGUAGE OF THE LAW”. 2003. OXFORD UNIVERSITY PRESS. p. 153

<sup>50</sup> “motivos razonables (para hacer una búsqueda, impulsar la acción judicial, etc.): el gobierno tiene que demostrar causa probable de que el objetivo de la vigilancia es una amenaza pública”

<sup>51</sup> BOWERS, Josh. “ARTICLES. PROBABLE CAUSE, CONSTITUTIONAL REASONABLENESS, AND THE UNRECOGNIZED POINT OF A “POINTLESS INDIGNITY”. Art. STANFORD LAW REVIEW. Vol. 66, número 5 – 05 2014. p. 989

<sup>52</sup> El autor realiza una crítica a las decisiones tomadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos y la determinación de criterios cuantitativos de confianza en especial en las capturas o arrestos, para sustituir un análisis cualitativo de intereses a la hora de analizar la causa probable.

inocencia con la sentencia condenatoria en firme. Este es el fundamento que permite entender que la presunción de inocencia es un elemento indispensable de la estructura acusatoria, aunque, no exclusiva de esta<sup>53</sup>.

Dicha perspectiva de protección a la presunción de inocencia y el análisis de causa probable implican que el sólo hecho de acusar no lleva a un juicio, pues primero se debe superar el control judicial –en donde se analizarán los aspectos anteriores- y después, si no opera una salida alterna del proceso penal como puede ser el principio de oportunidad, admisión de responsabilidad o preacuerdos, se procede al inicio de la audiencia en donde se decidirá sobre la responsabilidad penal. Adicionalmente, la fiscalía, dependiendo del resultado del control de la acusación, puede optar por el sobreseimiento<sup>54</sup> o por el retiro de la acusación.

Los anteriores son elementos sustanciales que conforman el principio acusatorio y permiten que en una estructura procesal penal desglosada de los mismos, el acto de acusar por parte del Ministerio Fiscal no constituye una solicitud obligatoria para abrir el espacio del Juicio. Por el contrario, la acusación se presenta como un acto procesal que materializa el principio acusatorio, únicamente, claro está, cuando se presenta el equilibrio entre las partes, la independencia del juez y la presunción de inocencia en armonía con los demás principios ya comentados, dándole vida a las garantías democráticas en una sociedad.

Ahora, contrario a lo planteado por URBANO<sup>55</sup> al mencionar que el principio acusatorio *“entra en tensión con el principio de defensa y quien resuelve la forma cómo se ha de decidir esa tensión es la jurisdicción, a través de las audiencias preliminares”*; expresión en donde parece referirse al ejercicio del derecho de defensa que puede darse mediante la contradicción en una audiencia preliminar,

---

*“instead, I use the atwater decision as a starting point to examine the Court’s prevailing Fourth Amendment methodology does and does not take into account. Specifically, when it comes to arrests, the Court has relied exclusively upon probable cause - a quantitative standard of confidence - to stand in for a qualitative ... balancing of interests”*. P.989 .Op. cit.; SHERRY F. Colb, The Qualitative Dimension of Fourth Amendment “Reasonable-ness” 98 COLUM. L. REV. 1642, 1644, 1656 (1998); CRAIG M. Bradley, Two Models of the Fourth Amendment, 83 MICH. L. rev. 1468, 1471 (1985).

<sup>53</sup> A.S.GOLDSTEIN, “Reflections on two models: Inquisitorial Themes in America Criminal Procedure”. Stanford Law Review, mayo de 1974, 1009

<sup>54</sup> Preclusión en Colombia. Ley 906 de 2004 Título VI, arts, 331 ss.

<sup>55</sup> Op. Cit. p. 40

vale la pena recordar la postura de ARMENTA<sup>56</sup> al afirmar que el “[p]rincipio acusatorio y principio de contradicción no son equiparables entre sí. (...)El principio de contradicción o audiencia, que coincide en gran medida con el adversativo, abarca, por su parte, dos cuestiones frecuente y erróneamente atribuidas al principio acusatorio: El conocer de la acusación formulada y la ya citada correlación entre la acusación y sentencia”.

Por consiguiente, dentro de una interpretación ceñida a la esencia concreta del principio acusatorio, lo realmente importante es acusar ante un tercero imparcial – juez- distinto del fiscal; una acusación cuestionada y analizada únicamente por un juzgador o el jurado, sin manifestaciones de la defensa más allá de solicitud de aclaraciones, es decir, sin que sea la encargada de intervenir como parte en el análisis de la acusación para ejercer el derecho de contradicción, permitiría igualmente la materialización de cada uno de los elementos del principio acusatorio comentados hasta el momento. La realización de la acusación sin la intervención directa de la defensa en ejercicio del principio de contradicción, no implica la negación del principio acusatorio, eso sí, el derecho de refutación pese a identificarse de mejor forma con el modelo adversarial, es un complemento ideal por el que debe abogar todo Estado democrático en busca de la mejor protección de las garantías de sus asociados.

3. Sometimiento del juzgador a los límites que se señalaron en el campo fáctico y personal de la acusación. El juez no puede condenar a persona distinta de la acusada o por hechos ajenos a los estrictamente relacionados al momento de acusar -en los Estados donde se realiza control material de la acusación, que haya sido admitido por el Juez preliminar o el “*grand jury*”<sup>57-</sup>, pues en algunos procesos penales<sup>58</sup> se pueden admitir determinadas variaciones del aspecto jurídico, siempre que no concurran en desmedro de la defensa del procesado.

La acusación regula todo aquello que va a ser objeto del debate judicial y, a su vez, establece los lineamientos y premisas que se increpan en contra del procesado y sobre los cuales girará el ejercicio del derecho de defensa, delimitando el espacio que puede abarcar la decisión judicial, por algunos identificado como principio de congruencia que tiene como puntos de referencia la acusación y la sentencia. Haciendo claridad en que para algunos autores como

---

<sup>56</sup> Op. Cit. p. 37

<sup>57</sup> Gran Jurado

<sup>58</sup> Como es el caso Colombiano.

ARMENTA<sup>59</sup> la congruencia no deviene precisamente del principio acusatorio, por ser más una garantía de defensa que puede representarse de mejor forma en modelos como el adversarial, resulta innegable que la acusación termina siendo el punto de partida sobre el cual se comparará la sentencia, es decir, sobre ella se abre el campo de debate, independientemente de las posibles variantes de algunos procesos penales que han optado por permitir las modificaciones –en especiales circunstancias- del aspecto jurídico de la acusación.

4. La separación total de funciones entre el acusador y el juzgador implica de lleno que el primero no tenga ninguna facultad para afectar derechos fundamentales y tomar decisiones que hagan tránsito a cosa juzgada, pues estas son funciones que devienen de la judicatura y no de quien ostenta la potestad de increpar la acción penal. Permitir el ejercicio de funciones jurisdiccionales en cabeza de una parte, es revivir una característica propia de los modelos inquisitivos y sustancialistas.

El no acatamiento de las diferencias entre el acusador y el juzgador quebrantan el principio de igualdad de armas, es tanto como si en una jurisdicción distinta –civil, laboral o administrativa-, el accionante tuviera facultades, a *motu proprio*, para embargar o restringir derechos del accionado sin la decisión u orden del respectivo juez, situación que repugnaría con la idea de una justicia en cabeza de juez natural instituido de potestades por la Constitución y las leyes.

5. Por último, se ha presentado una frecuente y álgida discusión sobre la participación de la víctima en sistemas penales acusatorios, temática que no ha sido fácil de abordar, pues su participación en algunos modelos de justicia, tal como lo referencia URBANO<sup>60</sup>, se reduce a la simple comparecencia como testigo de cargo; otros, por el contrario, le otorgan un papel de gran protagonismo como ocurre en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tales atribuciones resultan entendibles por el escenario y el tipo de justicia que se busca –justicia en materia de violaciones a Derechos Humanos-, en donde los accionados son directamente los Estados y no personas naturales. Sin embargo,

---

<sup>59</sup> Op. Cit. p. 37

<sup>60</sup> Op. Cit. p. 41



dichas facultades no resultan compatibles con los modelos de justicia penal ordinaria, pues, en ésta, por un lado se encuentra la acción penal en cabeza del Estado para restablecer el orden social en el momento que es vulnerado por una conducta punible; por otro, se busca evitar la institucionalización de la venganza y, además, el condicionar la pretensión de la víctima –indemnización y restablecimiento de derechos- al éxito del Ministerio Fiscal en Juicio.

Esto es, un postulado que no desconoce la condición de víctima y no ignora problemáticas sociales a las que se les puede dar solución aplicando la máxima que indica que el Derecho penal es la última ratio. No obstante, la idea del autor precitado lleva a equiparar, como de hecho se ha observado en Colombia<sup>61</sup>, los derechos de la víctima con los de parte en el proceso penal –salvo la excepción de intervenir en el debate probatorio dentro de la Audiencia de Juicio Oral-, entregándole, incluso, la facultad de solicitar medidas de aseguramiento en contra de la persona investigada<sup>62</sup>.

Las facultades para iniciar la acción penal, la solicitud de afectación a derechos fundamentales, investigaciones que requieren invasión a derechos del investigado, el desprendimiento de la potestad exclusiva para accionar el aparato judicial en busca de una condena contra un ciudadano, son cambios que requieren de un estudio serio, objetivo y ponderado, no sin antes advertir que pese a que el principio acusatorio puede mantenerse si el particular y la contribución de un aparato jurisdiccional pueden garantizar que permanezcan los factores que lo componen, la acción penal en cabeza de privados puede dar al traste con los valores democráticos de una sociedad que busca la participación con garantías judiciales, la seguridad jurídica y la protección de un orden social por quien lo representa: el Estado.

---

<sup>61</sup> Sentencia C- 209 de 2007

<sup>62</sup> Artículo 306 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011

## 5. ACUSACIÓN: CONTROL NO SOLO DE LA INVESTIGACIÓN SINO DE LOS DERECHOS DEL PROCESADO.

La visión histórica de los sistemas procesales penales muestra cómo los métodos de juzgamiento de las sociedades han variado de acuerdo a sus necesidades y, desde luego, han modificado el concepto de “un proceso justo” como medio legítimo para poder administrar el poder más temido y a la vez más respetado: la justicia. La estructura que permite el funcionamiento del proceso –en especial del penal- no solo responde a condiciones de eficacia, también incluye los presupuestos mínimos para darle validez a las decisiones que resuelven los aspectos punibles de la sociedad y que por ello le son inherentes todas las facultades coercitivas, siendo entonces el vínculo aceptado por los ciudadanos para recibir y acatar aquellos pronunciamientos que buscan restablecer el orden social.

### 5.1 PRESUPUESTOS HISTÓRICOS DE LA ACUSACIÓN EN LA JUSTICIA

En una aproximación inicial se distinguen dos sistemas procesales que han entregado las directrices necesarias para fundamentar las diversas presentaciones de modelos de juzgamiento penal: el inquisitivo y el acusatorio. La concepción originaria del sistema acusatorio lo muestra como un “*simil*” entre el derecho penal y el derecho civil, en el que la denominada *compositio* se encontraba en el lugar de la pena y se entendía como un derecho subjetivo atribuido al particular; algo muy cercano a la figura actual de un sistema adversarial. Lo anterior tiene como contextos más representativos a Grecia<sup>63</sup>, en donde los ciudadanos ejercitaban la acción y tenían a su cargo la investigación en todo su ejercicio y el impulso de su petición, al igual que en Roma, especialmente en la época de la República<sup>64</sup>, dándose posteriormente el uso de

---

<sup>63</sup> En Grecia se planteaba una configuración privada que dependía del principio dispositivo en el que la acción popular era el signo característico tanto para iniciar la acción penal como impulsarla y en donde los ciudadanos podía colaborar con la acusación o la defensa. K. AMBOS, en AAVV, “*El Principio acusatorio y el proceso acusatorio: Un intento de comprender su significado actual desde una perspectiva histórica*”. En: “*Proceso penal y sistemas acusatorios*”, BACHMAIER (coord.), pp. 50 y ss. Marcial Pons. 2008

<sup>64</sup> En Roma en la época del Imperio, el proceso podía iniciarse de oficio para los delitos que eran considerados más graves. Sin embargo, para gran parte del proceso germánico y canónico, después del siglo XII, la querrela del particular ya no era necesaria, sino que era suficiente con la simple denuncia o rumor para que se abriera la *inquisitio* con el claro objetivo de encontrar una verdad material. TRUSEEN. W. “*Der Inquisitionprocezzess*”, en “*Gelehrts Recht in Mittelarter und in der frühen Neuzeit*”. 1997. pp. 81 ss. y 142.; también en ARMENTA. Op. Cit. p. 23

la multa como pena o indemnización<sup>65</sup>. Pese a que son claros antecedentes de una justicia que buscaba la separación de roles y funciones de quien acusa y juzga, igualmente resulta pertinente señalar que durante la Edad Media, posterior a la caída del imperio Romano, la tendencia de los modelos de juzgamiento se caracterizaba por la concentración de funciones en un mismo órgano, acompañado de un poder absoluto en el manejo de los procedimientos y la condición oculta de los mismos, pues el objetivo en éste caso era garantizar la persecución de los delitos, aun sacrificando la original condición de imparcialidad<sup>66</sup>.

Esa época primigenia, antes nombrada, en donde la acción penal presentaba una fuerte cercanía con la acción civil, ya se exteriorizaban las características de un juicio en donde quien decidía no podía actuar de modo oficioso, necesitando entonces de la acusación como requisito de procedibilidad; por otro lado, se encontraba un acusador que investigaba para concretar el hecho y la persona a juzgar, igualmente el proceso separa notoriamente dos partes –acusador y defensa-; la materialización de los principios de contradicción e igualdad; libre valoración probatoria con el ánimo de establecer una verdad procesal objetiva, que busca alejarse de los criterios valorativos subjetivos –propios del sistema inquisitivo- y, finalmente, la justicia era otorgada por el pueblo, razón por la cual se habla de una única instancia.

Posteriormente, se presentó una arrogación gradual del Estado frente a la acción punible dándose tránsito de la acción privada a la pública y allí la figura del juez asumió progresivamente la función acusadora, ello dio paso a una de las características que definen el sistema inquisitivo<sup>67</sup>, además, al Estado le era permitido activar la acción penal de modo oficioso, configurando en una misma persona las dos funciones – investigar y acusar-, aspecto que, a su vez, permitió relativizar los principios de congruencia y contradicción según la interpretación del juzgador. Por otra parte, la valoración de la prueba se establece en la ley para obtener una verdad material y permitir la desaparición de la justicia impartida por el pueblo y la creación de una segunda instancia.

El camino del proceso penal orienta a los sistemas de juzgamiento con destino a un modelo acusatorio a partir de la Ilustración y los fuertes idearios que

---

<sup>65</sup> AMBOS. *ibídem*.

<sup>66</sup> ARMENTA. *Op. Cit.* p. 22

<sup>67</sup> Época del Imperio Romano

contribuyeron a la formación de documentos internacionales como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. No obstante, el modelo adversarial se presenta en Inglaterra como forma de proceso a partir del siglo XVIII, estableciendo garantías procesales para los papeles activos del fiscal – como representante del Estado- y del procesado, en donde se les permitía presentar a los testigos e interrogarlos en presencia de un juez neutral, cuya función se centra en la garantía y el respeto a las técnicas y principios de la prueba, lo que fue denominado como “*rules of evidence*”<sup>68</sup> y la instrucción adecuada del jurado en su función. Nótese como este sistema retoma la gran característica que lo acerca a la justicia civil, pues deja en manos de las partes el objeto del juicio<sup>69</sup>.

La evolución en los sistemas procesales penales, que tienen como puntos de referencia los anteriores escenarios, sin pretender con ello agotar todas las variantes históricas que se han presentado en diversos países, ha señalado la legitimidad en las decisiones que permitían la afectación de derechos fundamentales de quien era investigado; al respecto, el modelo inquisitivo no ofrecía ninguna inquietud en la concentración de funciones en una misma persona al considerar que era una atribución entregada por potestad divina o tradicional<sup>70</sup>. Las decisiones en materia de investigación se tornaban incuestionables y del mismo modo incontrolables, pues la sola idea de estudiar nuevamente la forma en la que se realizó la investigación, conllevaba poner en duda la autoridad de quien representaba – Rey o Estado-.

Posteriormente, con la separación que se presentó entre las funciones de investigar y acusar se empezó a propiciar gradualmente el apartamiento del órgano acusador con las facultades que le permitían afectar derechos fundamentales en la investigación, entendiendo que conservar esas funciones en el accionante penal no era otra cosa sino, pese a no decidir sobre la responsabilidad del acusado, ostentar un poder incontrolable en la etapa de investigación incluso para someter a la defensa a los deseos del persecutor penal hasta resolver el caso en el juicio. El resultado de dicha reflexión permitió entregar al tercero imparcial la potestad de afectar derechos fundamentales y reservó a su competencia las decisiones de investigación, siendo el control que media entre la necesidad de la investigación penal, sus logros y objetivos, con la protección e invasión de derechos que podían llegar a afectarse sin necesidad;

---

<sup>68</sup> Reglas de evidencia

<sup>69</sup> VOGLER R. K. “*A World View of criminal justice, AshgateAldershot*”. 2005. p. 130 y ss.

<sup>70</sup> Recuérdese lo planteado por FERRAJOLI y comentado en el primer capítulo.

finalmente, la evolución procesal de estas funciones implicó crear controles que sometieran las actuaciones de una parte a la disposición del Estado.

De nada serviría tener un juicio que pregone todas las garantías posibles para la persona procesada, si el camino para llegar a ese punto procesal está marcado por arbitrariedades y la disposición de una parte que se convierte en ingobernable no solo para el procesado, sino también para la justicia y la sociedad. No se olvide que no solo la acusación es el ejercicio de la acción penal, pues las actividades dispositivas en la investigación ordenadas por una parte, en este caso el persecutor penal, son elementos constructivos de la mencionada acción, en otras palabras, el fundamento de la acusación es la investigación, por ello los actos que componen la teoría y el aspecto probatorio de la acción punitiva deben ser controlados, ello sería un control complejo, completo pero verdaderamente constitucional y democrático de la acusación.

El inicio de una investigación implica, *per se*, un mensaje indicando que la persona es sujeto pasivo de la actividad investigativa del Ministerio Fiscal, por ello cualquier actividad involucra su intromisión en la órbita particular e íntima del ciudadano, evento que es ampliamente protegido por los regímenes democráticos y el cual requirió la instauración de autorizaciones –controles previos- y controles posteriores. Sin embargo, en algunos países como Colombia, el análisis constitucional a tan drásticas actividades procesales se ha visto ampliamente flexibilizado en desmedro del ciudadano, al punto de permitir que la mayoría de actos se realice con la simple autorización del fiscal y, finalizada la afectación inicial a los derechos fundamentales del procesado, se realicen los controles posteriores<sup>71</sup>.

Solo a manera de ejemplo, se encuentran en Colombia criterios como la reserva legal<sup>72</sup> que se ha generado frente a la posibilidad de sustituir la detención preventiva cuando se presente un estado grave de enfermedad<sup>73</sup>, obligando a

---

<sup>71</sup> Libro II, Título I, Capítulo II de la Ley 906 de 2004 y art. 250 de la Constitución Política de Colombia, 1991.

<sup>72</sup> Sentencia C – 318 de 2008 M.P. Jaime Córdova Triviño, retomando sentencia C -774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil: “En lo concerniente al régimen de la libertad personal la Corte ha hecho énfasis en que “(...) *Tratándose de la libertad personal, la Constitución Política establece una estricta reserva de ley, siendo entonces el legislador el llamado a establecer los casos y a fijar las condiciones que tornen viable la privación de la libertad, tarea que redunde en beneficio del derecho en la medida en que los asociados cuentan con la definición de los eventos en los cuales resulta posible afectarlo (...)*”.

<sup>73</sup> Art. 314 numeral 4 de la Ley procesal penal colombiana.

que se acuda exclusivamente al concepto de un médico oficial<sup>74</sup>, lo que implica un rechazo de entrada para todo aspecto controversial que le permita a la defensa acudir a un galeno forense particular para realizar el estudio necesario que pueda ser evaluado y escuchado por el juzgador, acudiendo incluso a los mecanismos propios de un sistema adversarial – interrogatorio y contrainterrogatorio- para establecer si es creíble o no el concepto del médico. Lo anterior, no es más que presumir la mala fe de la defensa, establecer tarifa legal frente a un aspecto tan trascendental como la libertad del procesado, más aún cuando sufre de una enfermedad, negar el derecho de contradicción, de libertad probatoria y de libre valoración de la prueba, aspectos todos que pertenecen a lo que se ha descrito como sistema inquisitivo.

Aspecto similar se observa en la audiencia de formulación de imputación, que ha sido entendida como un acto de parte de mera comunicación y el cual vincula formalmente a una persona al proceso penal, interrumpe la prescripción de la acción punible, el ciudadano adquiere la condición de Imputado y sufre, a partir de allí, entre otras cosas, el señalamiento como un razonable autor o participe de la conducta investigada<sup>75</sup>; pese a que la actividad precitada ha sido entendida como “*de parte*”, la ausencia en los controles conlleva graves intromisiones y consecuencias en los derechos constitucionales de cualquier ciudadano a disposición y razón únicamente de la fiscalía. En este contexto, como lo plantea URBANO<sup>76</sup>, “*es evidente que el sistema procesal penal se distancia de lo que debería ser un riguroso acatamiento del principio acusatorio y del principio del juez integral bajo la reserva judicial de las libertades públicas*”.

## 5.2 CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN

Si bien, los actos que construyen la investigación en cada caso deben ser susceptibles de autorización previa y control posterior por un juez de control de garantías, dada la ya comentada afectación a derechos fundamentales del procesado, el acto de acusar requiere un análisis superior, completo y objetivo que permita a la justicia abrir las puertas al estadio propio donde se concentra el debate probatorio y argumentativo a favor y en contra de la posible responsabilidad del acusado. Por ello, se exige a la fiscalía poseer causa probable sobre los hechos por los cuales ha acusado a un ciudadano y solicita de

---

<sup>74</sup> Entiéndase funcionario del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forense en Colombia

<sup>75</sup> Art. 287 Ibídem

<sup>76</sup> Op. Cit. p. 47

forma pública una condena en su contra, en aras de ir preparando uno de los fines de la actuación procesal y de la condena: la eficacia en el ejercicio de la justicia<sup>77</sup> y la prevención general<sup>78</sup>, respectivamente.

La intervención directa del aparato de justicia en contra de una persona implica la activación de su defensa tanto técnica como material en el campo público, pues es allí donde se realizan las acusaciones en su contra y resulta como única alternativa para poder materializar en debida forma el principio de publicidad dentro de un sistema adversarial, es decir, la justicia del pueblo y para el pueblo; lo contrario, siendo apenas obvio, es propio de un sistema inquisitivo.

Al mismo tiempo que la publicidad resulta ser una garantía para que el juicio se lleve conforme a las leyes penales y en condiciones objetivas y lógicas, se contrapone el señalamiento del Ministerio Fiscal, por la acusación, respaldado incluso por las apreciaciones de las personas y medios de comunicación<sup>79</sup> que, ajenas al conflicto judicial y motivadas por la confianza depositada en órganos como la fiscalía, presumen el cabal cumplimiento de sus funciones y la seriedad en sus actos, al punto de cuestionar severamente la presunción de inocencia, solicitar las peores condenas y reprochar el acatamiento de las garantías procesales, esto simplemente con escuchar la sola acusación<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Art. 10 de la Ley 906 de 2004

<sup>78</sup> Art. 4 de la Ley 599 de 2000

<sup>79</sup> *“Arguments for the superiority of common law criminal trials vary along two dimensions: the particular features singled out for praise and the nature of the advantage those features are said to offer. As to the first, at various times defenders and admirers of Anglo-American criminal procedure have focused on each of the following characteristics of common law trials: (1) the use of lay jurors; (2) the public nature of the proceedings; (3) the reliance on oral testimony rather than a written dossier; (4) the detachment and institutional independence of the judge; (5) the regard for the defendant’s autonomy, both in gathering evidence and with respect to procedural choices; and (6) the vigorous, partisan advocacy provided by defense counsel”*. En: SKALNSKY. D. “ANTI-INQUISITORIALISM” P. 1686. HARVARD LAW REVIEW. V. 122: 1634. 2009.

<sup>80</sup> *“Penalistas y periodistas exhiben afinidades y convergencias: respeto irrestricto a los derechos constitucionales y compromiso de no mancillar la dignidad humana, la presunción de inocencia, la intimidad, el buen nombre, la honra y la imagen de quienes protagonizan la controversia. Jueces y periodistas deben ser ecuanímenes, desapasionados, precisos y veraces. Al motivar una providencia o al transmitir la noticia, unos y otros han de despojarse de ingredientes subjetivos, ideológicos, partidistas o religiosos y, si no existe sentencia condenatoria definitiva, abstenerse de presentar al acusado como culpable. La publicidad es garantía consustancial a la función jurisdiccional, pero no es ético tergiversarla para hacer de la justicia un ejercicio mediático”*. FERNANDÉZ, W. en: “periodismo judicial” ambitojuridico.com. 15 de enero de 2015. [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-150115-08periodismo\\_judicial/noti-150115-08periodismo\\_judicial.asp?IDObjetoSE=21534](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-150115-08periodismo_judicial/noti-150115-08periodismo_judicial.asp?IDObjetoSE=21534)

Esa dinámica que permite la aplicación del estudiado principio, dentro de una divergencia técnica y pragmática, obligaría a un Estado democrático a adoptar las medidas necesarias para resguardar de la mejor manera posible la integridad y la dignidad del acusado. Aspecto que también se ha entendido como:

*“Resguardo del honor de la persona. El estado de inocencia del individuo hace necesario que los órganos públicos no vulneren, ni favorezcan, el atropello al buen nombre y al honor que son propios de la dignidad humana. Así, será preciso que las leyes y la práctica judicial procuren restringir al mínimo la posibilidad de que la reputación del imputado se vea dañada más allá de lo inevitable a causa de los fines propios del proceso.*

*Resulta a este respecto de suma importancia que se guarde la debida reserva, sobre todo en los primeros momentos de la instrucción, de la imputación que se le hace a una persona de haber cometido tal o cual delito, en atención a que si resulta no tener responsabilidad en esos hechos, el daño ocasionado a su honor puede ser irreparable.*

*Además, la publicidad del debate oral y el libre ejercicio de la actividad periodística, someterán al imputado a la exposición pública de su condición de tal, el tribunal deberá adoptar los recaudos necesarios en resguardo de la seriedad del proceso, para evitar cualquier indicio de transformar el juicio en un espectáculo”<sup>81</sup>*

En el mismo sentido, BINDER<sup>82</sup> expresa:

*“Así como la publicidad implica una garantía en la estructuración del proceso penal, también tiene un costo: por más que la persona sea absuelta y se compruebe su absoluta inocencia, el solo sometimiento a*

---

<sup>81</sup> MULLER, Juan. “PRINCIPIO DE INOCENCIA. EL ESTADO JURIDICO DE INOCENCIA DEL IMPUTADO EN EL MODELO GARANTISTA DEL PROCESO PENAL” Revista de Derecho, N° Especial, Universidad Austral de Chile V. 24. Agosto 1999. pp. 41-58, cita No. 106: “Cfr. Cafferata. José, *Separata de Derecho Procesal Penal, Consenso y nuevas ideas*, sin pie de imprenta”.

<sup>82</sup> BINDER, Alberto. “LA FASE INTERMEDIA, CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN”. p.1. Última consulta en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/faseintermedia.pdf> el 04 de de Abril de 2015. También en URBANO. Op. cit. p. 48.



*juicio siempre habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aún descredito público. Por tal razón, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria”*

Resulta claro que el acto de acusar no es simplemente una manifestación de parte que implique el paso de una etapa a otra, por el contrario, el poder dispositivo que tiene el persecutor de la acción penal implica la consolidación de la primera etapa del proceso en donde éste ha hecho uso de un amplio margen de acción para desplegar toda una investigación que arrojará elementos materiales probatorios y demás evidencias que, según la teoría del acusador, se orientan a probar la responsabilidad penal de la persona que está siendo investigada; entonces, no resulta extraño a la lógica humana que se puedan presentar abusos en el uso de la acción penal, pues finalmente esta termina siendo una manifestación más de la estructura del Estado, de su control sobre la sociedad, y, sin lugar a dudas, la concreción de una política criminal.

La potestad que se ha entregado al órgano investigador y acusador combina las facultades de parte, integrada por abogados litigantes –como cualquier ciudadano- pero que representan a la fiscalía y, a la vez, es la fiscalía la que personifica al Estado en el monopolio de la acción penal, es decir, sus actuaciones se encuentran respaldadas por el deseo político de la conservación del orden social pero, al mismo tiempo, una delgada interpretación normativa busca convertir a ese abogado -representante del Estado- en parte dentro del proceso penal, corriendo el altísimo riesgo de romperse en el momento en que se deja a consideración de la fiscalía la valoración objetiva y razonable de la acción penal y la afectación de los derechos fundamentales mediante los actos de la investigación.

Una visión obtusa y sin rigor de las facultades que se le entregan al persecutor penal amplía el dominio que este tiene sobre el proceso y la indefensión del investigado, pues la inobservancia no se realiza exclusivamente sobre los actos del proceso, sino por el contrario, tiene efectos directos sobre los derechos de quien se defiende sin ser escuchado por un tercero respecto del actuar de su contraparte que prácticamente se convierte en incuestionable. El planteamiento que niega la necesidad de controles rigurosos a cada acto de la investigación del fiscal y, en especial, del acto de acusar, implica conceder al persecutor penal una facultad ingobernable que, pese a ser parte, le llevaría a gozar de la legitimidad implícita de convertirse en un juez.

Realmente discutir sobre la separación de las funciones entre quien acusa y juzga parece ser un punto superado por las actuales construcciones dogmáticas del procedimiento penal, sin embargo, esa discusión que ha ocupado gran parte de la historia no puede distraer la atención del peligro que en el presente enfrentan los ordenamientos penales y, con mayor rigor, la sociedad en su totalidad, es el poder de quien investiga y la oportunidad que tiene de convertir su actividad procesal en una herramienta de agresión en contra de algún ciudadano que se ve inmerso en cualquier conflicto penal. En la actualidad el cuestionamiento sobre la imparcialidad, la neutralidad y las garantías procesales que en algún momento se alegaban de quien juzgaba, por ello la separación de roles, se exige igualmente de quien tiene la facultad de investigar y acusar para poder limitar su actuar a la eficacia necesaria de los fines del proceso pero conservando su rol como parte – litigante- dentro del debate punible, de lo contrario se tendrá prácticamente a una parte con todas las facultades de juez. De acuerdo con ARMENTA<sup>83</sup>:

*“sobre la imparcialidad del acusador, cabe recordar que una de las conclusiones de la “Comisión truche” se centra paladinamente en entender que hoy en día el verdadero peligro para las garantías constitucionales del ciudadano subyace en el equilibrio entre la instrucción y la acusación, más que la separación entre acusación y juicio, así como en la protección de los derechos del acusado, de manera que el órgano acusador no pueda adoptar determinadas medidas que arrojen una carga excesiva de parcialidad, poniendo de relieve la falta de distanciamiento psicológico de quien habiendo conducido la investigación debe luego sostener la acusación. El peligro surge en tal caso porque los rasgos inquisitorios se trasladan al fiscal corriendo el riesgo de arbitrariedades en la investigación y de invasión indebida de la vida privada”*

Pese a ser un representante del Estado, las funciones del Ministerio Fiscal deben armonizar las facultades de parte guiada por una política criminal y, a la vez, las limitaciones propias de quien ejerce el oficio del litigio, siendo apenas lógico exigirle que rija su actuar con la objetividad e imparcialidad propia de quien desempeña un cargo público en beneficio de la sociedad, lo que incluye incluso al procesado.

---

<sup>83</sup> ARMENTA. Teresa. “JUICIO DE ACUSACIÓN, IMPARCIALIDAD DEL ACUSADOR Y DERECHO DE DEFENSA”. REVISTA IUS ET PRAXIS. No. 2. 2013. p. 102.; También en URBANO. 2012. Op. Cit. p. 49.

El equilibrio entre las facetas ya descritas en la órbita de fiscal debe marcarse por límites normativos y constitucionales que impidan el desbordamiento de sus funciones en la búsqueda de pretensiones, pues es apenas natural observar que siendo un abogado que persigue el éxito de su teoría, en un sistema de confrontación y que además ostenta amplias facultades y poderes, haga uso de estos en el desarrollo de su actividad y, en ocasiones sin percibirlo, fruto del apasionamiento con su labor, resquebraje los derechos de su contraparte entendiéndose a sí mismo como un superior con autoridad procesal, papel que es incompatible con un Estado democrático y constitucional de derecho por la limitación, equilibrio y control que tienen todas las funciones públicas, incluida la de persecución de la acción penal.

No solo se trata de una frontera a los poderes de la función acusadora, inevitablemente también es un parámetro de respeto que se le impone al Estado en una de sus representaciones – la justicia penal para conservar el orden social-, por ello si el Estado presume de ser garantista y demócrata, debe implementar procesos que controlen el actuar del abogado que representa los intereses de la sociedad y se guía por la política criminal, en especial, un control integral de la acusación por ser la fase estructural de aquel sistema que se denomina acusatorio y una manifestación clara del poder político.

Para URBANO<sup>84</sup> los linderos del poder de acusar dentro de un contexto democrático surgen de dos principios: el de defensa, cuando se presentan condiciones de igualdad permitiéndole al acusado participar controvertidamente en el control material de la acusación buscando un adecuado análisis sobre el fundamento razonable que sustenta la pretensión de la fiscalía; por otra parte, presenta el principio de juez integral, destacándolo como el juez que tiene las facultades para controlar la acusación y evitar que el poder del órgano persecutor penal desborde esa expresión de poder público y se traduzca en intromisiones indebidas e innecesarias en los derechos del procesado, involucrando indudablemente un control constitucional. Sin embargo, el segundo principio, pese a lo expresado por el citado autor, debiera entenderse como una garantía democrática que reside más en la estructura del procedimiento que en las facultades otorgadas al Juez, pues el sólo hecho de hablar de acusación dentro de un proceso penal implica un control de forma y de fondo, obligando al juez o al jurado –distinto al de conocimiento- a un estudio que involucre los campos indispensables de la acusación, entonces el principio de juez integral se traduciría

---

<sup>84</sup> Op. Cit. p. 50

en el principio del juez natural que es aquél que tiene la facultad para presidir la audiencia de control de la acusación.

Las barreras que se establecen para controlar el acto de acusar no solo devienen de un sistema procesal penal que preserve los postulados propios de un Estado democrático, también se desprenden de los principios generales e internacionales de distintos modelos de justicia, de los cuales se tiene un debido proceso, el respeto a la legalidad, el principio pro homine y la protección a las garantías de quien se ve en la obligación de acudir a la justicia para solucionar un conflicto jurídico, entre otros. Las garantías señaladas tienen aplicación en todas las ramas del derecho, pero en especial su concentración en la órbita penal implica la negación de procesos sin controles que permitan el ejercicio indiscriminado de la acción penal, pues lo contrario obedece a regímenes autoritarios en donde la expresión política de acusar no tiene barreras, ello con el fin de poder manejar el proceso según la conveniencia del acusador y extinguir los derechos de quien es llamado a juicio, asegurando desde el principio del proceso la condena. En criterio de PRINCIPE<sup>85</sup>:

*“Al respecto, Rodríguez Hurtado ha señalado que la finalidad de la etapa intermedia en el NCPP es controlar el requerimiento fiscal de sobreseimiento, en su caso, la acusación, atendiendo o rechazando las observaciones que hagan contra ella los otros sujetos procesales, los medios de defensa técnica que planteen, la aplicación de algún criterio de oportunidad que soliciten, el pedido de sobreseimiento que introduzcan, la imposición de revocatoria de medidas de coerción que propongan, la actuación de prueba anticipada que requieran y la admisión de medios de prueba ofrecidos, incluidas las convenciones probatorias<sup>86</sup>.*

*En resumen, la etapa intermedia es una fase de «apreciación y análisis»<sup>87</sup> para decidir cuál será el devenir de la causa en juzgamiento, sometiéndose toda actividad que haya sido realizada durante la investigación preparatoria*

---

<sup>85</sup> PRINCIPE, Hugo. “La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (C de PP)”, EN: “La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009”. Consultado en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2009\\_12.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_12.pdf) el 22 de Abril de 2015. p. 238

<sup>86</sup> Cita del Autor: “Rodríguez Hurtado. 2007:05”

<sup>87</sup> Cita del Autor: “Sánchez Velarde 2009: 111”.

*a «controles necesarios de legalidad y pertinencia»<sup>88</sup>. Sin dicha función de control, o la violación de esta por diversos motivos, desaparecerían los estándares garantistas de un modelo procesal ajustado a la Constitución, teniendo como consecuencia que los demás procesos de trabajo se relajen y la reforma procesal sencillamente colapse”.*

Por ello, la controversia que se genera al momento de controlar la acusación como parte de las garantías del ciudadano es el punto de equilibrio entre la potestad del Estado –representado por la fiscalía- para llamar a una persona a juicio y el derecho a un debido proceso acusatorio adversarial, que solo tiene lugar a presentarse cuando existe fundamento para llegar a juicio. Únicamente con el control y análisis del acto de acusar se puede activar la jurisdicción penal otorgándole legitimidad a la investigación forense que busca consolidar todos sus resultados en la audiencia de Juicio Oral, y, de paso, también a la función del juez o del jurado al momento de decidir materias pertinentes con la responsabilidad penal de una persona, es decir, solo es la causa probable y una teoría del caso lógica la que permite acceder a las audiencias de juicio y a una decisión de fondo frente al procesado, sin ésta, la legitimidad del juzgador o juicio no tienen sustento legal pues no son permanentes sino ocasionales<sup>89</sup>.

La condición de legitimidad en el juez y en la decisión no se encuentra presente en todo proceso penal, por ejemplo: si en determinado caso a un fiscal le fuese permitido llegar a la audiencia de juicio oral sin superar el análisis de causa probable, su actuar y el del juzgador no tendrían respaldo legal al no haber sido convocados en debida forma y de acuerdo a la Constitución y la ley, no sería más que una pretensión de parte, eminentemente subjetiva y que no resalta los intereses de la sociedad porque para ello debía haber superado el análisis frente al fundamento de su pretensión y, en realidad, lo único que se presentaría es un respaldo generado únicamente por la denominación de la parte: “Fiscalía”. Aquel sofisma de ninguna manera puede llegar a entenderse como legitimidad para actuar en el proceso penal, tan solo es la realización de actos procesales que no responden a los postulados de una sociedad democrática en donde se exigen las garantías procesales bajo el predominio de la igualdad que entiende al ciudadano como una persona investida de todos los derechos fundamentales y no como un instrumento del proceso que se acomoda o se somete a los deseos del ministerio fiscal, para este caso el de acudir a juicio. No es democrática tal facultad porque el fiscal no representaría una figura social que actúa con límites -de la sociedad y

---

<sup>88</sup> Cita del Autor: “Sánchez Velarde 2009: 111”.

<sup>89</sup> Ello por depender del éxito y fortaleza de la acusación

para la sociedad-, sino una política del Estado que busca disponer sin controles del proceso penal, propio de regímenes autoritaristas.

La creación legislativa de una estructura procesal penal que contempla nominalmente un juez y el derecho a un juicio una vez se supere el control de la acusación, no significa que la existencia de éstos en una abstracción hermenéutica, *per se*, legitimen cualquier actuación del acusador, pues tanto el juzgador como el juicio sólo tienen lugar y son convocados al mundo jurídico cuando se ha superado el reiterado control; si no ocurre esto, no pueden hacerse presentes en el debate procesal ni tomar decisiones. Por ello se debe entender como una legitimidad eventual, que encuentra ciertos presupuestos en la norma como lo es el juzgador natural, la audiencia a desarrollar, la forma y la técnica que se deben utilizar para probar y controvertir las pretensiones entre las partes, pero que solo tiene cabida cuando el llamado al juicio lo hace el pueblo, y ello solo ocurre una vez el fiscal ha demostrado tener causa probable.

Con lo expresado no se quiere decir que el juzgador encargado de controlar la acusación no tenga legitimidad, por el contrario, este adquiere legitimidad a partir del momento en que la fiscalía decide acusar, pero la legitimidad de quien decide frente a la responsabilidad del procesado y la audiencia de juicio, solo la da una decisión que encuentre fundamentada la pretensión del acusador. *“En consecuencia el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en droits: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen”*<sup>90</sup>.

Resulta pertinente concluir que la acción penal debe estar controlada por la misma estructura del proceso penal para garantizar que los frutos de la investigación –independiente de cada autorización previa y control posterior– guarden una proporcionalidad y legalidad en el ejercicio de la acción penal y, a su vez, que ese análisis permita establecer la existencia de méritos suficientes para abrir las puertas a un juicio oral sin que ello se convierta en una conducta temeraria del acusador que genere intromisiones injustificadas en la esfera íntima

---

<sup>90</sup> FERRAJOLI, LUIGI. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta: Madrid. 2004. p. 27.

y pública de un ciudadano afectando ostensiblemente sus derechos fundamentales.

### 5.3 ESCENARIO DE CONTROL

Ya ha sido destacada la importancia de controlar la acusación, dadas sus incuestionables injerencias en la esfera íntima de la persona y las palmarias afectaciones a derechos fundamentales de los ciudadanos. Entonces, se presenta necesario identificar un estadio procesal que permita separar la etapa de investigación -darle un fin- y marcar el inicio de la etapa de juzgamiento, con el objetivo de establecer una estructura procesal lógica que además de respetar el derecho a ser acusado únicamente cuando medie causa probable, también identifique el momento dentro de la estructura procesal que tiene todo ciudadano para poder controvertir la acusación, evitando que la acusación quede indeterminada y se convierta en una incertidumbre jurídica que, pese a ser controlada, seguiría siendo una amenaza en contra del defendido al dejar al arbitrio del acusador decidir en qué instante termina con la investigación y permite que la defensa ejerza una de sus primeras actuaciones de controversia.

Con todo lo expresado hasta el momento, resultaría no menos que desafortunado sostener que el control de la acción penal fuera ejercido por el mismo acusador, pues pese a simular un examen, aquel análisis procesal recaería en cabeza de quien ha dirigido toda la investigación y tiene en su mente marcada una pretensión en contra del procesado, no siendo otra razón por la que se atreve a acusar. El control de la acusación debe residir en los jueces por ser la representación del Estado que vigila y administra justicia, y, además, la decisión de si una persona debe o no ir a juicio se encuentra en la órbita de las decisiones judiciales y no dentro de las facultades de parte, pues también es un control político y democrático a favor de la sociedad en general.

Ahora, el control no puede atribuirse al juzgador que decidirá sobre la responsabilidad penal del acusado porque el análisis de la acusación formal y material lo contamina sobre el debate que se realizará en la audiencia de juicio oral y, como consecuencia inevitable, lo parcializa al punto de manifestar un convencimiento sobre los elementos probatorios necesarios que llevan a hablar de causa probable y los motivos fundados que indiquen en contra del acusado una alta probabilidad de condena.

Resulta elemental concluir que dicho examen debe realizarlo un juzgador independiente de aquél que debe estudiar la responsabilidad de la persona procesada en un ámbito exclusivo para tal fin, siendo un escalón necesario en el desarrollo del proceso penal para, como ya se comentó, clausurar la etapa de investigación por parte de la fiscalía, permitir un estudio de la fortaleza probatoria y legal de la investigación que incluya el examen de causa probable para llegar a juicio con un debate delimitado y, finalmente, dar paso al campo donde se resolverá de fondo sobre la acusación. CASTILLEJO<sup>91</sup> retomando a DÍAZ<sup>92</sup>, aclara:

*“Es por ello que el órgano jurisdiccional que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de acusación, pues ello comportaría su conversión en acusador. Esto es, el principio acusatorio exige que todos los hechos que sirvan para la identificación del objeto del proceso sean introducidos y mantenidos, hasta el trámite de las calificaciones definitivas, por una persona distinta al órgano jurisdiccional, de manera que no pueda decirse que éste ha tomado parte activa en la construcción o sostenimiento de la tesis acusadora a lo largo del proceso, salvando así la imparcialidad en su aspecto más externo”*

Sin una etapa dedicada únicamente al estudio de la acusación -incluyendo los factores ya señalados- no es posible hablar de un sistema acusatorio, pues no se tendría acusación y ello porque si no se identifica plenamente el acto de acusar y sus efectos, los elementos que se deben controlar y las puertas procesales que abre para la justicia y el acusado, sencillamente se confundirían sus características con actuaciones propias de la investigación, impidiendo que esta tenga fin y facilitando su entremezcla con la etapa de juicio, siendo infructuosos los juicios orales en donde no se conoce cuál es el objeto del debate con sus respectivos límites, cuándo y con qué elementos se finalizó la investigación forense.

El juicio de acusación no presenta unas características exclusivas en los diferentes modelos de enjuiciamiento criminal; según ARMENTA<sup>93</sup> podría

---

<sup>91</sup> CASTILLEJO, Raquel. “HACIA UN NUEVO PROCESO PENAL (INVESTIGACIÓN Y JUICIO DE ACUSACIÓN) en: “ESTUDIOS PENALES Y CRIOMINOLÓGICOS, VOL. XXIX. 2009. p. 214.

<sup>92</sup> DÍAZ, Cabiale. “Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez”. Granada. 1996. P. 362

<sup>93</sup> ARMENTA. 2013. Op. Cit. p. 101



afirmarse que desde diferentes puntos de partida, como los países del “*common law*”, aquéllos que presentan una mayor cercanía con el sistema acusatorio puro y los continentales, en donde el acusatorio se presenta con múltiples variables, estructuran un cierre de la investigación – independientemente de ser o no una fase diferenciada del proceso- y una apertura del juicio, estableciendo una acusación que busca salvaguardar garantías como la imparcialidad y el derecho de defensa. Sin embargo, el objetivo se distancia parcialmente, cuando se diseña una fase que concluye con el ejercicio de la acción, las partes, las facultades judiciales de control y su objeto. En tanto la actividad para examinar la acusación en países como Inglaterra y Estados Unidos no solo se direcciona a establecer que el fundamento y los elementos materiales probatorios que la soportan se hayan obtenido legalmente, sino también, hacia un estudio que permita establecer las futuras posibilidades de éxito en el juicio. Por el contrario, en los países continentales el último aspecto mencionado no comporta un interés sustancial, centrando su atención en la garantía de imparcialidad de quienes administran el proceso penal y en que el interés de la sociedad en la acción penal garantice una real materialización del derecho penal. Frente al control de la legalidad de la actuación policial menciona que deberá ser más intenso entre más alejada haya estado la investigación del control jurisdiccional.

La precitada autora resalta que el derecho de defensa no aparece en los primeros modelos hasta tanto no se presente la primera comparecencia judicial, por el contrario en el “*civil law*” la jurisdiccionalización de la investigación y el progresivo traslado de las garantías del juicio a la investigación conllevan a anticipar la intervención del procesado en el sistema penal.

Siendo la acusación la acción más importante de impulso procesal<sup>94</sup> requiere de un exhaustivo control evitando un desgaste adicional en la administración de justicia y una demora injustificada para excluir la persecución penal de aquella persona que no es responsable de los hechos que se le atribuyen<sup>95</sup>. El control judicial tiene lugar en el denominado juicio de acusación, sin embargo, el que se hable de juicio de fondo o control material de la acusación no implica un estudio de la responsabilidad de la persona, en otras palabras, del derecho de penar, tan solo se enmarca como un juicio a la acción penal<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Como uno de sus efectos

<sup>95</sup> ORTEGO, Francisco. “El juicio de acusación”. Barcelona. Atelier. 2007. p. 39.

<sup>96</sup> *Ibíd.* p. 51. También es retomado el autor por CASTILLEJO. *Op. Cit.* p. 215.

Es permitido concluir que la facultad de acusar comporta características políticas y judiciales en contra del ciudadano que está siendo investigado, exigiendo la implementación de controles que faculten al juez para estudiar el aspecto formal y material de la acusación, por cuanto esta garantía judicial es un presupuesto democrático de respeto a los derechos de los connacionales y a la seguridad jurídica que implica un Estado constitucional y de derecho, es decir, del respeto a un debido proceso. El análisis comentado corresponde a un juez preliminar y distinto al de juzgamiento en la etapa que ha sido denominada por los precitados autores, entre otros, como juicio de acusación.

Un adecuado control dentro de un sistema acusatorio adversarial implica establecer si existe una causa probable acompañada de elementos materiales probatorios que se ciñan a la legalidad y la Constitución, un cierre de la etapa de investigación, un estudio de las probabilidades de éxito en la acción de la fiscalía y, adicionalmente, un respeto profundo al debido proceso, al derecho de defensa, al principio de contradicción y a la dignidad humana, de lo contrario, la omisión a tal exigencia de carácter sustancial y la promoción del juicio implican una pena anticipada, una pena del señalamiento.

La necesidad del control a la acusación se ha convertido en un parámetro internacional propio de los procesos penales actuales que se encuentren en consonancia con el respeto a las garantías de los derechos fundamentales de las personas, independientemente de que se sean una expresión de las múltiples facetas de los procesos continentales o acusatorios. La estructura de un proceso penal sin el escenario para acusar -incluyendo su respectivo control-, no se compadece con las garantías propias otorgadas a los ciudadanos en virtud de un pacto democrático de participación en la sociedad y protección de los derechos mediante las garantías judiciales.

Pareciera concentrarse en el solo acto de acusar las mayores garantías democráticas de un Estado, reuniendo así los tres aspectos fundamentales a los que se refiere el tratadista ORLANDO GÓMEZ:

*“Existen tres aspectos fundamentales para sustentar un derecho penal acorde con un Estado democrático y de derecho: la relación del derecho penal con los principios constitucionales, el papel de la dogmática y la política criminal, y los principios y límites del derecho penal. (...) Una de las principales diferencias que tiene el derecho penal con un sistema*

*autoritario, en un Estado democrático y de derecho, es que se debe respetar una serie de límites que son los que garantizan que la punición como función del derecho penal se ejercerá en beneficio y con el control de todos los ciudadanos*<sup>97</sup>.

El control de la acusación se comporta como un límite al Estado y, a su vez, como garantía del ciudadano para evitar el abuso por parte de las autoridades que lo representan, quienes deben actuar guiados por las normas constitucionales para evitar atropellos en el cumplimiento de su actividad. Por su parte, la dogmática y la política criminal enfocadas al funcionamiento del proceso forense, lo orientan por principios que resguardan una adecuada intervención en la esfera íntima de la persona y, al mismo tiempo, buscan evitar desgastes en la administración de justicia, activando esta última sólo cuando sea necesario para los intereses del Estado en fidelidad con la política criminal diseñada. Restando señalar dentro de las características descritas por el autor, que los límites del derecho penal incluyen la posibilidad de ingerir en la intimidad de una persona, llevarla al ámbito procesal únicamente cuando los controles establecidos para ello se han superado con el lleno de requisitos que la sociedad y las actuales tendencias internacionales han planteado como indispensables en el desarrollo de los principios del debido proceso, derecho de defensa y dignidad humana, es decir, la acusación debe someterse a los controles del Estado que solo permitirán que continúe un juicio en el evento de ser necesario, respetar los estándares constitucionales, armonizarse con la política criminal y tener la fortaleza probatoria suficiente para justificar la realización de una audiencia de juicio Oral.

El modelo democrático de proceso penal no implica otra cosa sino dejar de concebirlo como un simple instrumento para la aplicación del derecho penal y entenderlo como una garantía, como medio para proteger el derecho a la libertad y al debido proceso, *“[e]s así como la necesidad de configurar un Estado Democrático en el que se garantice la vigencia, respeto y protección de los derechos fundamentales, conlleva a establecer estos mismos derechos como límites del ejercicio del poder estatal. Generando a su vez, la tendencia a fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, o como señala*

---

<sup>97</sup> GÓMEZ, Orlando. “El derecho penal en un Estado democrático de derecho”. Dossier Perspectiva. Edición 24 de 2010. Cuba. P. 80.

*Alberto Binder, un diseño constitucional del proceso penal*<sup>98</sup>, que sirva como marco fundamental para la garantía de estos derechos”<sup>99</sup>

Ahora bien, la protección que emana de un control material y no sólo formal de la acusación comprende la acepción de FERRAJOLI<sup>100</sup>, quien plantea que en un Estado democrático de derecho las normas formales sobre la vigencia se corresponden con las reglas de la democracia formal o política; las normas sustanciales sobre validez, vinculan el respeto por los derechos fundamentales y demás principios axiológicos que en ellas se establecen, bajo pena de invalidez en caso de ignorarse. La sustancia o el trasfondo de las decisiones mismas, corresponde a las reglas con las que adecuadamente se puede representar una democracia sustancial.

Bajo tales presupuestos un acto como el control de la acusación, considerado una expresión política, necesita de un análisis de fondo sobre la pretensión fiscal, de lo contrario, si este examen es ausente en la estructura del proceso penal, se adolecería de la denominada democracia sustancial traduciéndose en la ausencia de protección de los derechos fundamentales. Entonces, un acto procesal bajo el nombre de acusación –carácter formal- pero que no representa la esencia sustancial –control de fondo-, desde la visión democrática del proceso penal, es un acto que amerita la invalidez por despreciar las garantías fundamentales de todo ciudadano, en el entendido de que su concepción no se corresponde con la parte sustancial de la democracia<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> Cita de autor: BURGOS, Víctor. Principios rectores del nuevo código proceso penal, pp.48. En Víctor Cubas Villanueva, Yolanda Doig Días y Fany Soledad Quispe Farfán (Coordinadores). El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Editorial Palestra. Lima-Perú, 2005.

<sup>99</sup> LLACSAHUANGA, RICHARD. “CONSTITUCIÓN Y PROCESO PENAL”. p. 2. Consultado el 27 de Abril de 2015 en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20110107\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110107_02.pdf)

<sup>100</sup> FERRAJOLI. Op. Cit. p. 52

<sup>101</sup> *“Ubicado claramente en la tradición analítica, Ferrajoli propone una nueva concepción de democracia constitucional, partiendo de dos divisiones: democracia formal y democracia sustancial. La primera está relacionada con la manera en que se toman las decisiones políticas y la segunda está ligada al respeto y protección de los derechos fundamentales. El propósito principal del sistema garantista es dotar de eficacia y pleno cumplimiento a los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos se configuran como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política”*. En: AGUILERA, Rafael y LÓPEZ, Rogelio en: “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. Biblioteca Jurídica de la UNAM, consultado el 27 de Abril de 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2977/4.pdf>. p. 55

Por último, valga la pena rescatar que el control de la acusación hace referencia a una institución que está intrínsecamente relacionada con criterios de racionalidad<sup>102</sup> y ponderación de un Estado moderno que controla el poder político de la acusación y reivindica los derechos fundamentales que son inescindibles en el proceso penal, con relación a la persona acusada.

---

<sup>102</sup> URBANO. Op. Cit. p. 74.

## 6. VISIÓN PRAGMÁTICA DEL CONTROL DE LA ACUSACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

La historia ha marcado un largo trasegar para la evolución de los modelos de justicia penal, requiriendo de múltiples luchas sociales que simultáneamente desembocaron en la construcción de instituciones y principios con la finalidad de acercar la justicia a la sociedad y evitar su dependencia exclusiva de los deseos políticos y gobiernos de turno. Resulta indispensable reconocer que la activación de la justicia penal obedece a la implementación de una política criminal guiada por los límites que imponen las garantías fundamentales. Así, como ya se ha mencionado, una visión histórica de los diversos modelos procesales penales permite identificar sistemas de justicia adversarial que consentían la confrontación entre las partes directamente involucradas en el conflicto penal, pasando por sistemas inquisitivos en donde el Estado se apodera del problema de las partes, diseñando procedimientos ocultos y arbitrarios que convierten la justicia criminal en una herramienta política para mantener un orden que en la mayoría de ocasiones no obedecía a un interés social, por no respetar las garantías fundamentales de los ciudadanos; posteriormente se encuentran los modelos que incluyen la acusación como eje central de su sistema de enjuiciamiento penal y las distintas variantes para administrar justicia. Es necesario ahora, entender el funcionamiento concreto de la acusación y sus controles desde la percepción del derecho comparado como presupuesto de un estudio objetivo.

### 6.1 PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

A su vez, dichos modelos históricos analizados requieren de distintas distribuciones en las funciones propias de cada rol, por ejemplo: en los modelos con características inquisitivas suele recaer en un mismo funcionario las disposiciones de investigar y juzgar, así como la posibilidad de afectar derechos fundamentales de quien está siendo investigado; por el contrario, en modelos que materializan características adversariales se presenta una separación entre quien acusa y juzga para blindar el proceso de garantías y, de paso, evitar acusaciones que no se soporten en un fundamento probatorio razonable. Dicha situación ubica los antecedentes del control de la acusación en el sistema anglosajón, *“antes que al modelo continental europeo: como lo recuerda AMBOS, una de las características centrales del modelo acusatorio puro que rigió en Grecia y en el que existía una verdadera acusación popular radicaba en que “[e]l arconte*

*competente controlaba si concurrían los presupuestos de admisibilidad de la acusación”<sup>103</sup>*

Sobre la importancia de la acusación MUÑOZ<sup>104</sup> ha expresado la necesidad histórica que ha tenido la humanidad para diseñar procesos controlados por límites que le garanticen juicios justos:

*“Desde la Carta Magna, la idea de que los hombres no pueden ser juzgados sino por sus pares, se ha constituido en el principio distintivo del common law, y de otros países, la justicia “de los pares” no es solo para el juicio propiamente dicho, sino también, para la acusación y se entendería como la salvaguarda que tiene el sindicato, para que quienes van a determinar si es acusado o no, sean personas semejantes a él”.*

Aquél logro de la civilización que se concreta en el diseño de procesos estructurados a partir de una acusación inmersa dentro de los aspectos de legalidad y sustancialidad, se ha representado de distintas formas la voluntad de cada Estado.

## 6.2 ESTADOS UNIDOS

El precitado autor destaca en el sistema procesal acusatorio de los Estados Unidos las posibilidades de acusar ante el jurado - *indictment*- y, por otro lado, la acusación por la propia boca del fiscal -*information*-; en ambos casos siendo un mecanismo de control inevitable para poder llegar hasta la audiencia de Juicio Oral con las suficientes evidencias y medios de prueba que le permitan al fiscal obtener una probable condena del procesado, de allí uno de los nombres que le ha sido asignado a este tipo de control: “causa probable”, asimilable a una expectativa probatoria que posee alta probabilidad razonable de cumplirse.

Sin embargo, el criterio de causa probable también tiene aplicabilidad a la hora del arresto o audiencias preliminares en donde el Magistrado tiene la obligación de verificar el material evidenciario y establecer un análisis que permita concluir

---

<sup>103</sup> Cita del autor: AMBOS. Op. Cit. En: BACHMAIER, Lorena. Proceso Penal y sistemas acusatorios. Cit., p. 50.; también en: URBANO. Op. Cit. p. 55

<sup>104</sup> MUÑOZ, ORLANDO. “Sistema Penal Acusatorio de los Estados Unidos”. 1ª edición. 2006. p. 152

razonablemente la existencia de la comisión de un delito y la participación del procesado en éste. Al momento de acusar se utiliza igualmente dicha expresión para identificar el tipo de examen que hará el gran jurado o en su defecto el mismo juez, exigiendo además para el fiscal, que al instante de acusar a una persona el resultado de la investigación tenga la fortaleza suficiente como para probar los cargos, los hechos en una audiencia de juicio oral y que la persona investigada tiene participación en la conducta siendo posible realizarle un juicio de reproche; lo anterior no es otra cosa sino la ponderación de lo realmente importante para la justicia criminal, y así, poder convocarla a observar el debate probatorio en el caso bajo análisis. Si ya existe una acusación en contra de una persona que posteriormente es capturada, no resulta necesario establecer la denominada causa probable.

Como se muestra evidente en la temática tratada hasta el momento, la institución encargada de tomar la decisión de procesar un caso de orden criminal es el gran jurado, compuesto a nivel federal por veintitrés ciudadanos seleccionados al azar, siendo requisito la presencia de mínimo dieciséis de ellos para poder realizar las actividades propias de su función; le asiste entonces el deber a los escogidos, durante un tiempo predeterminado, de contribuir a la justicia realizando el análisis de las causas criminales que son puestas a su consideración. No obstante, el fiscal dentro de su rol de parte y cumpliendo con todos los requerimientos objetivos que su cargo le exige, previamente, debe realizar un estudio de la causa criminal para decidir si debe o no inclinarse por la acusación. Para ello, autores como JACOBS (P.6)<sup>105</sup> sistematizan una serie de criterios que tiene el deber de analizar el persecutor penal antes de enfrentar el tema de la acusación ante el jurado:

- 1) Verificar si la conducta del acusado constituyó delito.
- 2) Pese a la existencia del delito, debe estudiar si se muestra como insignificante para someterlo a juicio.
- 3) Si existió delito, acreditar si es posible probarlo en ese momento y con respecto a ese acusado.

---

<sup>105</sup> JACOBS, James. "Evolución del derecho penal de Estados Unidos". En: PERIÓDICO ELECTRÓNICO DEL DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS; temas de la democracia. LA JUSTICIA PENAL EN ESTADOS UNIDOS". Julio de 2001. V. 6. No. 1. P. 11. Consultado en: <http://photos.state.gov/libraries/argentina/8513/electronicjournals/ijds0701.pdf> el 07 de mayo de 2015.



4) Aunque existió el delito, el fiscal considera que, antes de acudir a un juicio, la remisión del procesado a un programa de tratamiento u otro tipo de alternativa, es la solución más adecuada.

Los criterios mencionados obligan al acusador a efectuar un riguroso examen de conciencia frente a la acción penal que despliega y, pese a ser una evaluación que recae en la misma persona, se impone como barrera para evitar el apasionamiento indebido con las causas públicas que privan a la justicia de toda objetividad y ocasionan un desgaste que, por mínimo que fuere – hasta la audiencia de acusación-, no tiene por qué soportar la justicia, el investigado y la sociedad.

Posteriormente, los Fiscales Federales Auxiliares se hacen presentes ante el gran jurado para mostrarle el conjunto de evidencias y medios de prueba que han conseguido, con el ánimo de solicitar la autorización del jurado para convocar a la justicia y al pueblo de los Estados Unidos a un juicio en contra del ciudadano investigado. Lograr convencer al jurado sobre la necesidad y el mérito de un juicio penal depende de:

- 1) La presentación de los testigos –*acuden a la justicia por citaciones del gran jurado*-
- 2) La evidencia obtenida hasta el momento de acusar –*por ser el momento procesal que marca el fin para la investigación del Ministerio Público*- garantizando que su existencia dentro del proceso se correspondió con los mandatos constitucionales.
- 3) La argumentación propia para convencer al pueblo de los Estados Unidos de la causa probable.
- 4) La necesidad para la justicia de llevar a juicio este tipo de ofensas penales y su reproche no se encuentra en una esfera secundaria de la política criminal.

Una característica particular de este control, es la actividad en secreto del gran jurado que se desprende de la ausencia del defensor en esta audiencia y la protección al derecho del acusado de guardar silencio, lo que implica que no es necesario que aquél acuda ante esta magna institución como testigo.

Una vez el gran jurado – por lo menos doce miembros del jurado deben votar para acusar-decide que la evidencia presentada por la fiscalía justifica una causa probable en contra del imputado, emite una acusación formal que se denomina “*indictment*” o “*information*”; la primera de estas formas de acusar se utiliza para los delitos más graves y la segunda para los delitos de menor reproche social<sup>106</sup> o, en los casos en los cuales el procesado renuncia al derecho de tener una acusación y decide acudir a una salida negociada. En palabras de MUÑOZ<sup>107</sup>:

*“El otro tipo de acusación que se encuentra en los sistemas acusatorios es la de boca del fiscal, donde no se posee la figura del jurado, se hace la acusación a través de la llamada información, siendo una de las formas de llamar al procesado a juicio por la acusación que se le hace, el término de información no tendría aquí el tradicional significado de “enterar o dar noticia de algo”, sino de acusar”.*

Esta forma de acusar ha permitido interpretaciones que habilitan modificaciones a los cargos elevados acogiendo la postura que la entiende como un llamado a un juicio penal pero por ofensas penales menores, a la vez que se admite retirar la acusación –*indictment*- para ser remplazada por una “*information*”, siempre y cuando el procesado lo admita y sea favorable para su defensa.

Si, por el contrario, el jurado decide que no existe suficiente causa probable entonces determina que no hay procesamiento.

Dentro de los siguientes diez días desde el momento en el que es presentada la acusación o información y, de existir lugar a ello, si se ha realizado el arresto, se debe realizar una audiencia denominada “de presentación” ante un Juez Magistrado. En la comentada vista pública se leen al acusado –*desde ese momento*- los cargos que se han elevado en su contra, a la vez que se le informan sus derechos. Una vez superados los pasos anteriores, al procesado se le da la posibilidad de expresarle a la justicia cómo se declara: inocente o culpable.

---

<sup>106</sup> *Duke v Estados Unidos*, 301 US 492.

<sup>107</sup> MUÑOZ. Op. Cit. p. 152.

Lo comentado no significa que esa oportunidad de manifestar una declaración de responsabilidad sea la posibilidad para el investigado de ofrecer unos descargos, simplemente atañe a la respuesta concreta de admisión o no de responsabilidad, sin obviar, claro está, la posibilidad de aceptar su responsabilidad bajo la figura de “*nolo contendere*”, que concierne a la manifestación del acusado en donde no acepta ni niega los cargos que se le han increpado, simplemente se acoge al castigo y dicha manifestación no puede ser tomada en cuenta para efectos de acciones distintas al proceso en el cual se le acusa, es decir, no puede ser acogida en otras causas penales en donde dogmáticamente sea necesaria la comisión de la conducta punible que fue acogida mediante el “*nolo contendere*” para poder realizar una conducta secundaria<sup>108</sup>.

En el nivel Federal, toda persona acusada de ser responsable de la comisión de un delito, goza de la garantía que le otorga la Quinta Enmienda para que su caso sea estudiado por un gran jurado o jurado de acusación. No obstante, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha negado a que este derecho sea de carácter obligatorio en todos los Estados; en la actualidad solo cerca de la mitad de estos Estados recurre al gran jurado, y en algunos de ellos únicamente se utiliza para tipos especiales de casos. Los Estados que no hacen uso del gran jurado recurren a una vista preliminar o juicio de examen, o la combinación de ambos procedimientos. Cualquiera que sea el método empleado, el propósito fundamental de esta etapa del proceso de la justicia penal, es determinar si existe una causa probable para que el acusado sea sometido a un juicio formal<sup>109</sup>.

Finalizada la acusación, se debe fijar fecha para juicio y el correspondiente cronograma para el desarrollo de las audiencias petitorias de existir algunas

---

<sup>108</sup> Por ejemplo: piénsese en una persona (A) que es acusada del delito de extorsión a (B) y, en la audiencia de acusación, manifiesta que se acoge al “*nolo contendere*”; posteriormente la fiscalía decide iniciar otra causa penal en contra de (A) consistente en un homicidio y, dentro de su teoría del caso, se encuentra que el homicidio se cometió porque (B) no accedió a la extorsión realizada por (A). En el caso planteado no es posible utilizar la manifestación de “*nolo contendere*” como una admisión de responsabilidad en el delito de extorsión, el cual sería un presupuesto dogmático indispensable para soportar los cargos de homicidio, es decir, la fiscalía se vería en la obligación de probar la responsabilidad del procesado en ambos delitos. Caso distinto si (A) se hubiese declarado responsable del delito de extorsión, entonces, dicha condena allanaría bastamente el camino al acusador quien sólo se vería avocado a probar el homicidio como consecuencia de una extorsión ya aceptada. De igual manera se presenta en las acciones civiles, no puede utilizarse el “*nolo contendere*” como presupuesto para la condena en la mencionada jurisdicción. Véase al respecto *Keeney v. Tamayo-Reyes*, 504 U.S. 1 (1992). Frente a este tipo de decisiones es necesario pedir permiso para apelar, no como en las otras formas de condena, al respecto puede consultarse: *Halbert v. Michigan*, 545 U.S. 605 (2005)

<sup>109</sup> 18 SEMBLANZA DEL SISTEMA JURIDICO DE EE.UU., Oficina de Programas de Información Internacional Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004

solicitudes ante el Tribunal o supresión de evidencias, entre otras. Valga la pena resaltar, según la Federal Speedy Trial Act (Ley Federal de Juicios Rápidos), el acusado tiene derecho a un juicio dentro de los setenta días siguientes a la acusación<sup>110</sup>.

El referente normativo ubica en la Regla Federal de Procesamiento Criminal No. 7<sup>111</sup> que prescribe sobre “the indictment and the information”, refiere la siguiente estructura:

---

<sup>110</sup> Traducción de: “*The defendant also enters a plea of guilty or not guilty. If necessary, a trial date is selected and a schedule set for motion hearings, which may include in-court arguments as to suppression of evidence, etc. Note, the Federal Speedy Trial Act dictates that the defendant has the right to trial within 70 days from his or her initial appearance in Federal District Court*”. Consultado en: <http://www.justice.gov/usao/mn/downloads/federal%20criminal%20brochure.2009.final.pdf> el 07 de mayo de 2015. p. 2.

<sup>111</sup> “Rule 7. The Indictment and the Information

(a) *When Used.*

(1) *Felony. An offense (other than criminal contempt) must be prosecuted by an indictment if it is punishable:*

(A) *by death; or*

(B) *by imprisonment for more than one year.*

(2) *Misdemeanor. An offense punishable by imprisonment for one year or less may be prosecuted in accordance with [Rule 58\(b\)\(1\)](#).*

(b) *Waiving Indictment. An offense punishable by imprisonment for more than one year may be prosecuted by information if the defendant—in open court and after being advised of the nature of the charge and of the defendant's rights—waives prosecution by indictment.*

(c) *Nature and Contents.*

(1) *In General. The indictment or information must be a plain, concise, and definite written statement of the essential facts constituting the offense charged and must be signed by an attorney for the government. It need not contain a formal introduction or conclusion. A count may incorporate by reference an allegation made in another count. A count may allege that the means by which the defendant committed the offense are unknown or that the defendant committed it by one or more specified means. For each count, the indictment or information must give the official or customary citation of the statute, rule, regulation, or other provision of law that the defendant is alleged to have violated. For purposes of an indictment referred to in section 3282 of title 18, United States Code, for which the identity of the defendant is unknown, it shall be sufficient for the indictment to describe the defendant as an individual whose name is unknown, but who has a particular DNA profile, as that term is defined in section 3282.*

(2) *Citation Error. Unless the defendant was misled and thereby prejudiced, neither an error in a citation nor a citation's omission is a ground to dismiss the indictment or information or to reverse a conviction.*

(d) *Surplusage. Upon the defendant's motion, the court may strike surplusage from the indictment or information.*

(e) *Amending an Information. Unless an additional or different offense is charged or a substantial right of the defendant is prejudiced, the court may permit an information to be amended at any time before the verdict or finding.*

(f) *Bill of Particulars. The court may direct the government to file a bill of particulars. The defendant may move for a bill of particulars before or within 14 days after arraignment or at a later*

- a. Se acusa cuando se procesa un delito que consiste en la muerte de otra persona, o son ofensas que contemplan más de un año de prisión.
- b. Frente a los delitos menores, cuando son castigados con pena de prisión de un año o menos se procesan de conformidad con la regla 58 (b) (1)<sup>112</sup>, es decir, que en estos delitos se puede proceder de una acusación, información o queja; adicionalmente, el juicio en este tipo de delitos también procede de un aviso de citación o violación.
- c. Naturaleza y contenido:
1. La acusación o información debe ser una afirmación clara, concisa y constar por escrito de los hechos que constituyen el delito imputado. Manifestación que debe ser hecha por un abogado del Estado. Para cada cargo la acusación debe incorporar la norma, reglamento o disposición de la respectiva ley que se alega violada por el acusado. Cuando se desconozca la identificación del acusado es necesario tener el perfil de ADN del mismo.
  2. Los errores de notificación no son causal para revertir una condena, salvo que hayan hecho incurrir en engaño al acusado.
- d. Son perfectamente admisibles las solicitudes o mociones del acusado contra la acusación, garantizando una arista del derecho de contradicción. Por lo general, estas mociones pretenden identificar aspectos que exceden el marco de la acusación del Estado.
- e. Las modificaciones que se realizan no pueden obedecer a delitos diferentes a los iniciales o cambios que generen graves perjuicios para el procesado y debe ser admitida por el respectivo Tribunal.
- f. Se pueden ordenar las modificaciones de aspectos relacionados con la acusación antes de la lectura de cargos; igualmente el procesado mediante una moción podrá solicitarlo. De ser posterior debe contar con la autorización judicial.

---

*time if the court permits. The government may amend a bill of particulars subject to such conditions as justice requires”.*

<sup>112</sup> “Rule 58 (b) Pretrial Procedure:

*(1) Charging Document. The trial of a misdemeanor may proceed on an indictment, information, or complaint. The trial of a petty offense may also proceed on a citation or violation notice”.*

Pese a la existencia de normas que indican la forma y esencia de la acusación, ello no es suficiente para poder hablar de un control de la acusación total, pues, como ya se expuso, para que una persona sea llamada a la audiencia de comunicación de la acusación, la acción penal debe ser autorizada por el gran jurado; hasta allí, el pueblo de los Estados Unidos ha realizado un estudio de fondo frente a la acusación pero el procesado no ha podido ejercer el derecho de confrontación en el proceso penal, cuestionamiento que obliga a acudir al estudio de la Regla Federal de Procedimiento Criminal No. 12<sup>113</sup>, que al respecto establece:

Alegatos y Mociones con antelación al Juicio:

1. Se clasifican como alegatos dentro del proceso penal:
  - a. El acta de acusación.

---

<sup>113</sup> "Rule 12. Pleadings and Pretrial Motions

(a) *Pleadings.* The pleadings in a criminal proceeding are the indictment, the information, and the pleas of not guilty, guilty, and nolo contendere.

(b) *Pretrial Motions.*

(1) *In General.* A party may raise by pretrial motion any defense, objection, or request that the court can determine without a trial on the merits. Rule 47 applies to a pretrial motion.

(2) *Motions That May Be Made at Any Time.* A motion that the court lacks jurisdiction may be made at any time while the case is pending.

(3) *Motions That Must Be Made Before Trial.* The following defenses, objections, and requests must be raised by pretrial motion if the basis for the motion is then reasonably available and the motion can be determined without a trial on the merits:

(A) a motion alleging a defect in instituting the prosecution, including:

- (i) improper venue;
- (ii) preindictment delay;
- (iii) a violation of the constitutional right to a speedy trial;
- (iv) selective or vindictive prosecution; and
- (v) an error in the grand-jury proceeding or preliminary hearing;

(B) A defect in the indictment or information, including:

- (i) joining two or more offenses in the same count (duplication);
- (ii) charging the same offense in more than one count (multiplicity);
- (iii) lack of specificity;
- (iv) improper joinder; and
- (v) failure to state an offense;

(C) Suppression of evidence;

(D) Severance of charges or defendants under Rule 14; and

(E) Discovery under Rule 16".

(...)

- b. La información.
  - c. Las suplicas de no culpable
  
  - d. La manifestación de “*nolo contendere*”
2. Las mociones:
- a. Son las solicitudes que se realizan al tribunal sin el ánimo de que el juez decida de fondo sobre la causa criminal. Deben presentarse por escrito y con sujeción a lo establecido en la regla 47 *ibídem*.
  
  - b. Son válidas las mociones que se realizan ante tribunales que carecen de jurisdicción, mientras el caso esté pendiente.
  
  - c. Las mociones, objeciones y solicitudes se presentan antes del juicio; si la base para la solicitud es razonable, entonces se decide sobre los fundamentos.
- i. Se clasifican como mociones que alegan defectos en la causa criminal que persigue la fiscalía:
- 1. Que el lugar sea inadecuado.
  - 2. Demora en el procedimiento.
  - 3. Violación al derecho constitucional a un juicio rápido.
  - 4. Que el proceso haga parte de una actividad selectiva y/o vengativa.
  - 5. Errores de procedimiento en el gran jurado o en las audiencias preliminares.
- ii. Los defectos en la acusación o información, incluyen:
- 1. La unión de dos o más delitos en un mismo número. Entendido como duplicidad de delitos.

2. La carga de la misma infracción en más de un cargo. Entendido como la multiplicidad de cargos.
  3. La falta de especificidad en la acusación.
  4. La acumulación indebida de cargos o causas.
  5. La falta o ausencia de delito.
- iii. Moción de supresión de pruebas.
- iv. Moción de rupturas procesales cuando la acumulación de causas o cargos resulte perjudicial para el procesado, indicándole a la fiscalía que en juicios con múltiples acusados, antes de la ruptura, debe entregar todas las declaraciones del acusado que pretenda utilizar como prueba, con sujeción a la regla número 14 *ibídem*.
- v. Moción de descubrimientos, guiados por la regla 16 *ibídem*.

Como se observa en las reglas analizadas, el control que se ejerce a la acusación puede calificarse como doble: por un lado, el control que ejercita el gran jurado analizando los factores ya expuestos, en la audiencia en donde solo acude el fiscal para mostrar las evidencias, medios de prueba y exponer sus argumentos en punto a lograr una autorización para continuar con el proceso hacia el juicio; pero, por el otro, son las mociones las que le permiten al investigado ejercer el derecho de contradicción al punto de otorgarle la facultad de hacer observaciones sobre el “indictmen” o “information”, alegar principios como *non bis in idem* representado bien sea en la duplicidad de cargos sobre un mismo hecho o, también, iguales hechos que se plantean en más de una acusación o cargo. La posibilidad que se le entrega a la defensa le permite aclarar los vacíos y solicitar la solución a situaciones que afecten sus derechos fundamentales antes de llegar al juicio. Se realiza entonces un control integral que acoge desde el interés del Estado para procesar determinada causa criminal, pasando por el análisis de las evidencias, hasta llegar a la activación de la defensa con las mociones y solicitudes que la facultan para depurar el juicio y ejercer un rol activo dentro del proceso que no lo limita a la actividad del “*prosecutor*” ni a las decisiones del jurado, sin querer con ello cuestionar la legitimidad de tan preciada institución procesal.



En síntesis, bajo esta estructura procesal el defendido tiene la garantía de que su dignidad y su inocencia se van a proteger con mayor cuidado, pues su primer garante deberá ser el gran jurado, a quien no le es permitido tolerar acusaciones infundadas ya sea por los cargos o por las evidencias, o, cuando se trata de causas que no son del interés de la justicia. Consecuentemente, su segunda barrera de contención se encuentra en la defensa técnica y material que empieza a ejercer la actividad propia de su rol, pero que no se entiende como un obstáculo a la justicia, sino por el contrario como una contribución que permite depurar el proceso penal desde la construcción cognoscitiva de la verdad y dentro del terreno de un sistema adversarial.

### 6.3 ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO

Como es sabido, el lineamiento normativo que emplea este país se desliga del ordenamiento de los Estados Unidos, por ello el desarrollo del proceso criminal presenta iguales estadios procesales, no obstante, algunas disposiciones normativas sirven de apoyo para destacar la importancia de un control material de la acusación.

La causa probable marca el parámetro que le permitirá al Ministerio Público acceder al juicio, previa orden de un Juez o jurado – tercero imparcial-; a su vez, el examen de causa probable convertirá el juicio de acusación, tal como se presenta en el país antecesor, en una garantía que le permite a la persona procesada contar con herramientas procesales que faculten el ejercicio de la contradicción y – *en aras de un sistema adversarial-* permitan procesos cognoscitivos de la justicia que, como se la ha mencionado, es una característica antagonista del modelo inquisitivo.

Una primera visión – frente a la acusación- de la rigurosidad a la hora de enfrentar la barrera del jurado de acusación, se encuentra en la regla 24 (c) Para “Procedimientos posteriores”, en donde se muestra el claro resultado en el evento de contar con precario material evidenciario y justificante para el Pueblo de Puerto Rico. Al respecto se advierte:

*“(c) Efectos de la determinación de no haber causa probable. Si luego de la vista preliminar, en los casos en que corresponda celebrar la misma, el*

*magistrado hiciere una determinación de que no existe causa probable, el fiscal no podrá presentar acusación alguna. En tal caso o cuando la determinación fuere la de que existe causa por un delito inferior al imputado, el fiscal podrá someter el asunto de nuevo con la misma o con otra prueba a un magistrado de categoría superior del Tribunal de Primera Instancia”*

Sin embargo, no es el único estadio procesal para poder ejercer las facultades de contradicción frente a los cargos increpados, pues reglas posteriores entregan a la defensa la posibilidad de presentar mociones que ataquen la acusación, ello como razón de la ausencia de la defensa a la hora de controlar la acción de persecución penal ante el jurado o juez. Siendo particularmente interesante para el tema tratado destacar los siguientes numerales de la regla 64<sup>114</sup> por reflejar criterios centrales del análisis sobre el aspecto material de la acusación. Al respecto se tiene “FUNDAMENTOS DE LA MOCIÓN PARA DESESTIMAR”:

*“La moción para desestimar la acusación o la denuncia, o cualquier cargo de las mismas sólo podrá basarse en uno o más de los siguientes fundamentos:*

*(a) Que la acusación o denuncia no imputa un delito.*

*(d) Que el tribunal ha ordenado la presentación de un pliego de especificaciones y no se han suplido las especificaciones ordenadas.*

*(j) Que uno o más de los cargos de la acusación o la denuncia imputan más de un delito.*

*(k) Que existe una indebida acumulación de delitos.*

*(l) Que existe una indebida acumulación de acusados.*

*(o) Que de los hechos expresados en el pliego de especificaciones consta que el delito imputado en la acusación o denuncia no fue cometido, o que el acusado no lo cometió. Se desestimaré la moción si el fiscal supliere otro pliego de especificaciones que obviare dichas objeciones.*

*(p) Que se ha presentado contra el acusado una acusación o denuncia, o algún cargo de las mismas, sin que se hubiere determinado causa*

---

<sup>114</sup> Se realiza la transcripción de los literales relacionados con la temática tratada sin que ello implique la totalidad de la norma.

*probable por un magistrado u ordenado su detención para responder del delito, con arreglo a la ley y a derecho”.*

Como se aprecia, los literales (a) y (d) apuntan a los exámenes sobre los hechos específicamente y su relación con los principios de legalidad y tipicidad para que actúen como garantías procesales que legitimen el desarrollo de un proceso penal.

Por su parte los literales (j), (k) y (l) presentan una similar estructura a lo analizado frente al proceso criminal en los Estados Unidos como garantía de non bis in ídem, que solo es posible depurar al momento de estudiar los cargos elevados y su asimetría con los hechos, pero con la particularidad de que frente a tales literales activan garantías que pueden predicarse no solo de la parte sustancial del derecho penal, sino por el contrario de innegable talante procesal. Tales literales permiten identificar, sin mayor asomo de confusión, la forma más específica de las garantías biunívocas señaladas por FERRAJOLI<sup>115</sup>.

El literal (o) atiende a las posibilidades para derrotar la acción penal en contra de una persona con argumentos que arriben obligatoriamente a la cesación de la causa penal, lo que en países como Colombia hace parte de las posibilidades de la defensa para solicitar la preclusión<sup>116</sup>.

Finalmente, el literal (p) se convierte en una sanción procesal que atañe al debido proceso cuando eventualmente se generen, por ejemplo, acusaciones con multiplicidad de cargos en donde el análisis se realiza frente a alguno(s) pero se deja por fuera uno o varios que igualmente son acusados.

Entonces, las posibilidades para la defensa a la hora de ejercer sus facultades frente a la acusación no solamente se amparan en las garantías constitucionales que le permiten al pueblo y a los jueces –dependiendo el delito- realizar el análisis de causa probable, también se amplían a intervenciones directas que le permitan limitar el actuar del Estado cuando se presenten disonancias entre la acusación,

---

<sup>115</sup> Véase capítulo primero.

<sup>116</sup> Artículo 332 de la Ley 906 de 2004, numeral 3: *“Inexistencia del hecho investigado”*; Párrafo: *“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”*. (Subrayado fuera del texto original)

los derechos fundamentales y las garantías procesales, en este caso, específicamente, por defectos de fondo en la pretensión que eleva la fiscalía. Sin embargo, ello no significa que frente a la procedencia de todo este tipo de mociones el resultado sea la finalización de la acción penal, pues conforme a la regla 66<sup>117</sup>, si los defectos alegados son susceptibles de ser subsanados mediante enmiendas que no afecten derechos fundamentales, se podrá resolver la controversia denegando la moción y realizando la correspondiente enmienda a la acusación.

## 6.4 PERÚ

Su sistema de enjuiciamiento muestra una confluencia de características que permiten identificarlo con los modelos de corte adversarial-acusatorio al igual que con los de corte inquisitivo<sup>118</sup>; no obstante, el procedimiento está diseñado para conservar el principio acusatorio, lo que implica la consolidación de una etapa intermedia para poder evaluar el desarrollo de la investigación en cabeza del

---

<sup>117</sup> “Regla 66. MOCIONES ANTES DEL JUICIO; PROCEDIMIENTO SI EL DEFECTO ALEGADO NO IMPIDIERE TRAMITES ULTERIORES. (34 L.P.R.A. Ap. II R 66): Si la moción se basare en defectos de la acusación, denuncia o pliego de especificaciones que pudieren subsanarse mediante enmienda, el tribunal ordenará se haga la enmienda, y denegará la moción. Si el tribunal declarare con lugar una moción basada en defectos en la presentación o tramitación del proceso, o en la acusación o denuncia, podrá también ordenar que se mantenga al acusado bajo custodia, o que continúe bajo fianza por un término específico, sujeto a la presentación de una nueva acusación o denuncia. Nada de lo aquí expresado afectará las disposiciones sobre los términos de prescripción”.

<sup>118</sup> Tan sólo a manera de ilustración se pueden observar normas del Código Procesal Penal del Perú, entre ellas, los Artículos 376, Numeral 3: “*El Juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisibles las preguntas prohibidas*”; 377, Numeral 2: “*En este caso el examen se realizará individualmente. El Juez, de oficio o a solicitud de las partes, podrá disponer que se examine separadamente a los acusados, a cuyo efecto los acusados restantes serán desalojados de la Sala de Audiencias. Culinado el interrogatorio del último acusado y encontrándose todos en la Sala de Audiencias, el Juez les hará conocer oralmente los puntos más importantes de la declaración de cada uno de ellos. Si alguno de los acusados hiciese una aclaración o rectificación se hará constar en acta siempre que fuere pertinente y conducente*”; 380, numeral 1: “*El juez, de oficio o a solicitud de parte, puede ordenar que el acusado no esté presente en la audiencia durante un interrogatorio, si es de temer que otro procesado, un testigo o un perito no dirá la verdad en su presencia*” (Todas las negrillas están fuera del texto original). Las normas precitadas permiten identificar la incidencia y actividad probatoria del Juez de conocimiento en el Juzgamiento del acusado, llegando incluso a afectar derechos como a la defensa material y contradictorio en las eventualidades reseñadas por los artículos, ello corresponde con rezagos de sistemas inquisitivos en donde existen procedimientos que se realizan de forma oculta al procesado, pese a estar presente su defensa técnica, y, adicional a lo anterior, la posibilidad de actuar de oficio por parte del juzgador, facultad pone en grave riesgo la imparcialidad y la justicia adversarial.

Ministerio Público y controlar que el acceso a la etapa de juzgamiento no se convierta en un ejercicio arbitrario del poder punitivo.

El control de la investigación –concluida en la acusación- parte del estudio de los requisitos de forma, solicitándose su corrección por parte del acusado, siendo también posible realizarse por motivación oficiosa del juez, conforme al artículo 352 del Código Procesal Penal Peruano, eventos en los cuales se puede corregir de forma inmediata por el fiscal, salvo que requiera un nuevo análisis por las partes; en caso contrario, se procede a la suspensión de la audiencia por cinco días para que se realicen las respectivas correcciones.

Sin embargo una mirada desprevenida del procedimiento penal peruano puede llevar a interpretaciones apartadas de la funcionalidad sistemática de las normas, por ejemplo el artículo 350 ibídem, preceptúa:

*“1. La acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días éstas podrán:*

*a) Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección”*

El literal transcrito hace una referencia clara a las observaciones del aspecto formal de la acusación y, al igual que los restantes literales, no trata los aspectos materiales de la misma; sin embargo, el literal (d) del mismo artículo establece la posibilidad a los “*sujetos procesales*” –*respetando la terminología de la ley*- de presentar la solicitud de sobreseimiento, lo que implica que en armonía con el artículo 344 y siguientes, se realizará un análisis de causa probable frente a la acción penal, cobrando especial importancia el literal (d) de este último artículo al preceptuar:

*“d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado”*

La integración de las normas en comento permite concluir que sí es posible realizar un análisis de causa probable, ineludiblemente dependiente del aspecto

material de la acusación, pues deja abierta a la defensa la posibilidad de preclusión cuando se estime que el material evidenciario no es suficiente para soportar la acción penal.

Como se ha venido precisando en los sistemas de enjuiciamiento anteriores, éste también permite atacar la acusación por incompatibilidades entre el aspecto fáctico y el jurídico. Posición en la que también concuerda HURTADO<sup>119</sup> al entender que esta es una facultad que goza de gran amplitud al momento de analizar cada una de las causales de sobreseimiento en donde se ubica todo el aspecto fáctico de los cargos elevados. Circunstancias que conllevan al estudio del material probatorio que sustentan los cargos, *“en este caso es el Juez quien debe hacer una evaluación y prognosis de juzgamiento con las pruebas que se han ofrecido, si éstas no son evidentes, ni suficientes el juicio oral no tendrá éxito alguno, de igual manera si aprecia que ya a esas alturas es imposible incorporar nuevos datos no a la investigación, sino al propio juicio oral”*<sup>120</sup>

En la misma línea del autor precitado, en Perú se presenta la posibilidad de controlar la acusación, aspecto que materializa la esencia del principio acusatorio, no obstante, la posibilidad de participación de múltiples actores ajenos al sistema (la presunta víctima, el tercero civil, entre otros) desnaturaliza la condición adversarial de dicho procedimiento; claro resulta, que el abogado defensor tiene un papel central, siendo el protagonista del control adecuado y el interesado – a la par de la justicia- que causas inútiles no lleguen al juzgamiento, sin embargo, dicho debate debe estar rodeado del ofrecimiento de evidencias y su solicitudes no deben extenderse más allá de lo que realmente busca un control formal y sustancial de la acción penal, es decir, no es la oportunidad para adelantar el juzgamiento con planteamientos subjetivos que impliquen la vulneración, en los términos del autor, del *“DEBIDO PROCESO DEL CONTROL DE LA ACUSACIÓN”*<sup>121</sup>.

## 6.5 NICARAGUA

La estructura procesal penal nicaragüense resulta más explícita dentro de las finalidades que se persiguen con los controles de la acusación, destacando en su

---

<sup>119</sup> HURTADO. Juan. “QUÉ SE DISCUTE EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN”. Instituto de Ciencia procesal Penal. p. 17 y ss.

<sup>120</sup> *Ibidem*. P. 18.

<sup>121</sup> *Ibidem*. P. 31.

artículo 265 del Código Procesal Penal el objetivo de esta institución procesal dentro la audiencia denominada “Preliminar”, punto en donde se pondrá en conocimiento del procesado los cargos que pretende elevar el acusador, siendo controlada por un Juez, según lo regulado en el artículo 257 (ibídem); además, se analizará si se cumplen con los lineamientos de la acción penal<sup>122</sup> y se brindará la posibilidad de corrección de los errores de forma<sup>123</sup> y de fondo<sup>124</sup>. Siempre y cuando no se afecten derechos fundamentales, no se transforme esencialmente la acusación y no se provoque indefensión del acusado, se pueden realizar en la misma audiencia sin que ello se considere como una ampliación de la acusación<sup>125</sup>.

Posteriormente, se encuentra la “Audiencia Inicial”<sup>126</sup> que tiene como finalidad determinar la existencia de la denominada causa probable a Juicio, siendo el soporte de lo anterior el intercambio e información sobre las evidencias y, en la eventualidad de no existir la Audiencia Preliminar, se tendrán como objetivos adicionales la revisión de la acusación y el examen de las garantías de defensa. Aunado a lo anterior, se encuentra el artículo 268 de la misma ley, que se transcribe en su parte pertinente por su claridad e importancia:

*“Arto. 268 Sustento de la acusación: El Ministerio Público y el acusador particular, si lo hay, deberán presentar ante el juez elementos de pruebas que establezcan indicios racionales suficientes para llevar a Juicio al acusado.*

*Si en criterio del juez, los elementos de prueba aportados por la parte acusadora son insuficientes para llevar a Juicio al acusado, así lo declarará y suspenderá la audiencia por un plazo máximo de cinco días para que sean aportados nuevos elementos materiales probatorios. Si en esta nueva vista, los elementos de prueba aportados continúan siendo insuficientes, el juez archivará la causa por falta de mérito y ordenará la libertad. (...)*”

Como se puede apreciar, la estructura normativa del procedimiento penal analizado ofrece una claridad interesante a la hora de examinar la acusación,

---

<sup>122</sup> Art. 77 Ibídem “Requisitos de la acusación”

<sup>123</sup> Art. 120 Ibídem “Saneamiento de los defectos formales”

<sup>124</sup> Art. 165 Ibídem “Subsanación”

<sup>125</sup> Art. 259 Ibídem

<sup>126</sup> Art. 265 Ibídem

pues divide en dos partes el estudio de la misma; primero, establece la posibilidad de cuestionar aspectos de forma o de fondo en la denominada “Audiencia Preliminar”; segundo, el estudio de causa probable se realiza en la “Audiencia Inicial” porque es allí donde se trata la temática evidenciaria. Entendido así, el control de la acusación ofrece dos momentos con finalidades específicas aparentemente distintas, pero que son dogmáticamente convergentes frente al principio acusatorio<sup>127</sup>.

## 6.6 IBEROAMÉRICA

Latinoamérica ha sufrido profundos procesos de reestructuración política y adaptación a las nuevas tendencias mundiales, aspectos que la han llevado a cuestionar los efectos de regímenes autoritarios, la involución política y las diversas causas de agrupación social y entendimiento de los derechos y garantías fundamentales. No es posible desconocer que la afectación más grande de los regímenes políticos se encuentra en el poder judicial, cuyas consecuencias se aprecian desde la inoperancia de las leyes y los sistemas de justicia, hasta el incumplimiento flagrante de las normas.

La convulsión política que ha enfrentado la mayoría de países americanos muestran una inclinación por separar los poderes del Estado en la búsqueda de un equilibrio en los mismos, ello, sumado a la carencia en la protección de bienes jurídicos tutelados penalmente, el aumento de la delincuencia, crecientes sistemas de corrupción y los efectos demoledores de la impunidad, denominadas por BINDER<sup>128</sup> como las tres demandas básicas ligadas a la democracia – de protección, certeza y protagonismo-, han hecho creer que al nacimiento de

---

<sup>127</sup> JIMÉNEZ, Carlos. “LA FORMULACIÓN Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN”. Artículo. Acusados Revista de Derecho. p. 10. En los siguientes términos: “*Versa sobre el cumplimiento de los requisitos formales de ley de la acusación, sobre la existencia o no de causa para proceder a juicio sobre la base de que los elementos de prueba aducidos por el acusador son o no, suficientes y admisibles. Lo anterior no impide que la defensa pretenda impedir la remisión a juicio por la vía de las excepciones.*

*Según lo expuesto, en este momento procesal el juez no valora prueba. Lo que el juez valora son los elementos de prueba en cuanto a su legalidad en la obtención y suficiencia. Ello por cuanto la acusación no se funda en hechos probados, sino en hechos probables”.*

<sup>128</sup> BINDER, Alberto. “La justicia penal en la transición en la democracia de América Latina”. Recuperado de internet [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1994\\_04.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1994_04.pdf) el 26-07-2015. P. 1 a 5



Constituciones de avanzada precede la transformación de los sistemas penales<sup>129</sup>.

Entonces, como lo señala VARGAS<sup>130</sup>, los países de América latina se han sumado a este proceso de transformación que se presenta con mayor rigor en las últimas décadas: a la tenue reforma que se concretó para el sistema federal argentino para 1991, le siguieron amplios cambios en Guatemala para el año 1994; posteriormente, Costa Rica y el Salvador en 1998; Venezuela en 1999; Chile y Paraguay en el 2000; Bolivia, Ecuador y Nicaragua en el 2001; Honduras en el 2002; República Dominicana y Colombia<sup>131</sup> en el 2004. Lo anterior sin entrar a estudiar las reformas que sobre los sistemas procesales ya adoptados se han venido implementado, como en el caso de los Estados o Provincias al interior de países como Argentina – 1998 en Buenos Aires-, la de Nuevo León en México en el 2004, y, las constantes manipulaciones de sistemas como el colombiano que afronta toda una tormenta de iniciativas que son impulsadas por el denominado “Populismo Punitivo”<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> BARRIENTOS. Cesar. “LA REFORMA PROCESAL PENAL DE NICARAGUA: ACOPIO DE EXPERIENCIA CENTROAMERICANA”. REVISTA DE DERECHO. Recuperado de internet <http://165.98.12.83/1024/1/1-24.pdf> 25-07-2015. p. 1

<sup>130</sup> VARGAS. JUAN. “LA NUEVA GENERACIÓN DE REFORMAS PROCESALES PENALES EN LATINOAMERICA”. Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 2

<sup>131</sup> Su Implementación inicia gradualmente dado lo consagrado en el Artículo 528 y ss. De la Ley 906 de 2004.

<sup>132</sup> Para mayor claridad frente al concepto de Populismo Punitivos en: DE LA TORRE, Veronica y ALVÁREZ, Alberto. “Violencia, estado de derecho y políticas punitivas en América Central”. Artículo en Revista: Perfiles Latinoamericanos 37, enero-junio 2011. P. 42 – 43. *“El concepto de populismo punitivo fue elaborado por el criminólogo Anthony Bottoms (1995: 39-41) para referirse a la adopción de políticas punitivas por parte de los responsables políticos con la convicción de que éstas reducen la criminalidad, refuerzan el consenso moral de la ciudadanía contra las actividades delictivas y, sobre todo, resultan atractivas para determinados sectores del electorado. De acuerdo con Bottoms, es oportuno calificar estas políticas de populistas porque se sustentan en la creencia de que serán populares. En palabras del propio autor (Bottoms, 1995: 40), el concepto “populismo punitivo” expresa la noción de los responsables políticos, quienes aprovechan para sus propios propósitos lo que perciben como una postura punitiva del público. Para Bottoms, determinados líderes políticos responden a la ansiedad de la ciudadanía con medidas de tolerancia cero contra el crimen, incremento de las penas y, en general, un enfoque punitivo, buscando réditos electorales. Arteaga (2004: 205) va más allá, al afirmar que el populismo punitivo incluye la noción de acercar los mecanismos de control social a la ciudadanía, haciéndola corresponsable de las tareas de vigilancia. El planteamiento que subyace en ello, según este autor, es el de acercar el poder al pueblo. Los discursos del populismo punitivo enfatizan la idea de que la sociedad y el Estado comparten los mismos objetivos, medios y estrategias, así como la responsabilidad por los resultados obtenidos en la lucha contra el crimen.*

*El concepto de populismo punitivo remite, en Centroamérica, tanto a un estilo retórico como a políticas que destacan el papel del ciudadano en la lucha contra la criminalidad y en la*

El panorama de transformaciones políticas y cambios sociales impulsó el diseño de un código modelo para Iberoamérica como guía y respuesta a las necesidades de múltiples países que, dados los procesos sociales ya enunciados, tenían enormes similitudes. Así, se redactaron normas específicas para controlar la acción del órgano persecutor, más exactamente los artículos 267 y 268 que establecen:

*“267. Comunicación. El tribunal ordenará la notificación del requerimiento del ministerio público al imputado y a las demás personas que hayan pretendido, con éxito o sin él, intervención en el procedimiento, con copia del escrito, colocando las actuaciones y los medios de prueba a su disposición en el tribunal, para su consulta, por el plazo de seis días, comunes para todos los intervinientes.*

*268. Imputado. Dentro del plazo previsto, el imputado y su defensor podrán:*

- 1) Señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección;*
- 2) Decidir las excepciones y oposiciones previstas en los arts. 236, 85 y 98;*
- 3) Formular objeciones contra el requerimiento del ministerio público, instando incluso el sobreseimiento (absolución anticipada) o la clausura;*
- 4) Señalar los medios de prueba que estime omitidos, requiriendo que los practique el tribunal”.*

Llama la atención su coincidencia con estructuras procesales como la peruana, en aspectos relacionados con la posibilidad específica de realizar observaciones atinentes a aspectos formales de la acusación (Numeral 1); sin embargo, el numeral 3 abre las posibilidades para cuestionamientos de fondo al permitir incluso increpar el sobreseimiento por cualquier causal, siendo necesario para

---

*corresponsabilidad Estado y la ciudadanía en dicho combate. Como estilo retórico, el populismo punitivo no está asociado a opciones políticas concretas, si bien en la región del Triángulo del Norte dicho populismo ha sido utilizado por formaciones políticas conservadoras”.*

ello –dependiendo la causal- realizar un análisis sustancial de la fortaleza probatoria y jurídica que impregna la acción penal.

A pesar de que este modelo de código pretendía acoplarse a la mayoría de países que sufrían dicha transición política y social, guarda algunos arraigos inquisitivos, por ejemplo, la presencia del juez de instrucción y de múltiples actores que bajo la visión dogmática de un derecho penal democrático, desdibujan la naturaleza de un proceso adversarial que utiliza el derecho penal como última ratio.

Finalmente, vale rescatar la importancia de la acusación como eje que estructura un proceso penal en un Estado democrático, pues no son únicamente principios como la oralidad y la publicidad los pilares de una justicia que se corresponda con la participación de las personas en la resolución de los conflictos penales donde el juicio sea el centro del proceso. Entonces, encuentra plena reafirmación la postura de BINDER<sup>133</sup> al momento de resumir las exigencias de un sistema democrático en América Latina, correspondiente con lo estudiado frente al control de la acusación, la que es del siguiente tenor:

*“Se debe asegurar una etapa preparatoria del juicio que no “contamine al juez” y que acabe con la tradicional fuerza del “sumario”. Se debe tener en cuenta que la etapa de instrucción es la principal fuente de la cultura inquisitiva”*

*“Se debe asegurar un verdadero sistema contradictorio (alguien que sostenga la acusación y alguien que defienda al imputado); si el juez reemplaza a cualquiera de estos dos sujetos esenciales se distorsiona la idea de imparcialidad que es connatural a la idea misma del juicio. Es decir se debe establecer un sistema con litigio verdadero”*

*“Se debe establecer un verdadero sistema de investigación para garantizar que el juicio esté suficiente provisto de prueba y los jueces no deban recurrir a todo tipo de ficciones y presunciones para reemplazar la actividad probatoria”.*

---

<sup>133</sup> BINDER. 2015. Op. Cit. p. 12

*“Se debe garantizar un adecuado sistema de control de la sobrecarga de trabajo, para evitar que el juicio sea utilizado en aquellos casos en los que se puede evitar. El juicio es una "estructura institucional" valiosa, que no debe ser malgastada”.*

*“Se debe garantizar un adecuado control del tiempo, ya que así como un juicio demasiado cercano al hecho produce alarma social, uno demasiado alejado del hecho produce un efecto de "doble violencia", ya que se deja de percibir el vínculo que existe entre el hecho delictuoso y la respuesta estatal”.*

Con las anteriores exigencias no se quiere indicar que el proceso penal se reduzca al juzgamiento, sin embargo, políticamente resulta apremiante rescatar el valor del juicio como centro del proceso penal, que parte de una investigación, pasa por un debido proceso penal que justifica y legitima la convocatoria de la justicia, de la sociedad y de una persona acusada para, finalmente, arribar al juicio, no sin antes mediar el control de la persecución penal del Estado.

## 7. “ACUSACIÓN” EN COLOMBIA: ¿GARANTÍA SUSTANCIAL O FICCIÓN JURÍDICA?

Una visión estructural y dogmática del sistema acusatorio – adversarial-, destacando los principios sobre los que se cimienta, ha permitido resaltar la importancia y relación entre los derechos fundamentales y las etapas de investigación y juzgamiento, reguladas por un control intermedio que se materializa a la hora de acusar. El precitado acto procesal surge de la innegable necesidad de examinar la actividad con el objetivo de verificar la fortaleza probatoria del órgano acusador frente a la acción penal, estudiar la necesidad de llevar un caso a juicio, y, dentro de las funciones del poder judicial en una sociedad, permitir que el proceso penal actúe como límite para evitar abusos de la fuerza política e institucional del Estado, en aras de mantener los postulados de la democracia y los derechos fundamentales. Con lo anterior se presenta apremiante un examen crítico de la acusación en Colombia, para confrontar la praxis jurídica con la verdadera aplicación de los principios constitucionales y fundamentales que rigen el proceso criminal.

Se ha observado cómo los principios de la justicia penal han guiado los actuales modelos de juzgamiento punitivo al punto de que, pese a sus variaciones normativas dependiendo el país que haya implementado un sistema acusatorio adversarial, e incluso modelos que no se identifican plenamente con sus características, presentan una etapa “intermedia” para controlar el poder del Ministerio Fiscal con el ánimo de depurar el conflicto penal, permitir el ejercicio de los derechos de defensa, contradicción, debido proceso y dignidad humana, entre otros.

### 7.1 CONTEXTO DE LA REALIDAD PROCESAL PENAL EN COLOMBIA

Nuestra Constitución trae inmersa la naturaleza propia de un sistema acusatorio adversarial, empero, y pese a que su concepción dogmática de protección y resguardo de los derechos fundamentales exige la implementación de un control al poder del Estado frente a la persecución de la acción penal, su desarrollo en la normativa constitucional y legal ha orientado a la justicia colombiana a una inexplicable omisión en el ámbito jurídico.

Adicionalmente, el país aún conserva modelos procesales anteriores como la ley 600 del 2000 y, a su vez, la justicia penal ha dividido su jurisdicción en la penal militar, la especial indígena y la de algunos aforados del Estado.

## 7.2 ACUSACIÓN EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR Y PROCESOS DE ALTOS AFORADOS

Antes de abordar el tema de las jurisdicciones enunciadas, es decir, la jurisdicción especial indígena, la penal militar y la de Ley 600 del 2000, se debe recordar que mediante sistemas de juzgamiento distintos a la Ley 906 de 2004 que funcionan simultáneamente, Colombia ha buscado fomentar la integración de todos sus ciudadanos a la Constitución y el acatamiento de los derechos fundamentales. Se tiene entonces que, con el ánimo descrito, el ordenamiento jurídico ha respetado el sistema de juzgamiento de las comunidades indígenas protegiendo su cosmovisión y cultura para que las personas que se rigen por sus tradiciones y dentro de sus territorios, sean juzgadas por ellos mismos bajo condiciones y razones que obedecen plenamente a criterios internos, pero que no se ajustan a los modelos históricos que han sido objeto de comparación hasta el momento, razón por la cual no se ahondará en su estudio.

Resta en esta aclaración inicial advertir que en la Ley 600 del 2000 los sujetos procesales<sup>134</sup> tienen la posibilidad de presentar observaciones o solicitudes frente a la calificación de la investigación que deberá adoptarse, no obstante, es una posibilidad ineficiente, pues el fiscal conserva las funciones de juez y parte. Si bien se muestra como una herramienta que permite ejercer el derecho de contradicción sobre aspectos de fondo, ello no implica que se aborden todos los elementos necesarios para considerar dicha posibilidad como un control material y efectivo de la acusación.

### 7.2.1 ALTOS AFORADOS

Ahora bien, de los sistemas que tienen una vigencia simultánea en Colombia, el que juzga a los altos funcionarios ante el Congreso de la República se guía por

---

<sup>134</sup> El término “sujetos procesales” ha sido considerado como una calificación que tiende a instrumentalizar a quienes intervienen dentro del proceso penal, por ello su acopio se realiza dentro de sistemas con fuerte esencia inquisitiva.

artículos como el 178, numeral 3 (modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015), 174, 175 y 199 de la Constitución Política, entre otros; sin embargo, resulta vital destacar la redacción de algunos de ellos para dar cuenta del control que se presenta en las instancias mencionadas:

*“ARTÍCULO 175. En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:*

*(...)*

*3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, **el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa** y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema”.*

*“ARTÍCULO 178. La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales:*

*(...)*

*3. Acusar ante el Senado, previa solicitud de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, **cuando hubiere causas constitucionales**, al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los Miembros de la Comisión de Aforados”.*

*“ARTÍCULO 199. El Presidente de la República, durante el período para el que sea elegido, o quien se halle encargado de la Presidencia, no podrá ser perseguido ni juzgado por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y **cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa**”.* (Negritas fuera del texto original)

En consecuencia, el modelo de juzgamiento de quienes son considerados como “altos funcionarios” introduce en su estructura normativa la obligación de acusar y el control de dicha causa, incluso aclarando, como sucede en el caso del

Presidente de la República, que su proceder obedece a “*causas constitucionales*”, expresión que también hace referencia al respeto que merece todo ciudadano colombiano para ser juzgado conforme a reglas establecidas, claras y que se correspondan con la preservación y protección de derechos fundamentales como el de defensa, contradicción, debido proceso y dignidad humana.

## 7.2.2 JUSTICIA PENAL MILITAR

Colombia también ha diseñado un modelo de justicia castrense en el entendido de que dicha disciplina, al momento de ser juzgada, necesita de una comprensión y reglas que obedezcan a los postulados de su formación y labor. Sería desproporcional que un ciudadano del común pudiese juzgar a un miembro de las fuerzas armadas por actos cometidos en ejercicio de sus funciones, pues solo aquellos que han sido formados en las disciplinas militares pueden entender en qué momento y bajo qué circunstancias presuntamente se ha cometido una conducta punible que atente contra la esencia de su profesión.

Al igual que la justicia ordinaria, la justicia penal militar ha buscado establecer un procedimiento que se ajuste a la normativa constitucional para poder juzgar a sus miembros, siendo sometida a múltiples modificaciones con el ánimo de adaptarse a las necesidades y condiciones de los postulados progresistas de la sociedad colombiana, máxime cuando a nivel internacional se enfrentan procesos reflexivos sobre el valor de la guerra y las circunstancias que la regulan. Colombia no ha sido ajena a los comentados planteamientos, menos cuando su historia ha estado marcada por contextos de profundos conflictos sociales y armados.

No obstante, los cambios recientes permiten señalar notables esfuerzos para adaptar sus modelos de justicia a criterios democráticos. Entre los últimos intentos legislativos en pro de la intención destacada, se encuentra el acto legislativo 02 de 2012 que intentó ampliar el fuero penal militar y adicionalmente, crear un Tribunal de Garantías Penales, atribuyéndole como función primordial la del control de la acusación formulada contra miembros de la fuerza pública, con el fin de garantizar los presupuestos de carácter formal y material indispensables a la hora de iniciar el juzgamiento. Tal iniciativa sufrió profundos cuestionamientos



por ir de la mano con la normativa que ampliaba el fuero penal militar<sup>135</sup>, siendo declarada inexecutable por la Corte Constitucional<sup>136</sup> con sustento en los vicios de procedimiento que se presentaron en los debates propios del trámite legislativo.

Pero allí no acabaron los esfuerzos. Gracias a la expedición de la Ley 1765 del 23 de julio de 2015 se introdujeron cambios en la estructura del proceso penal militar, modificando la Ley 1407 del 2010 y llevándolo a convertirse en un proceso con notables características de un modelo acusatorio-adversarial. Dentro de las normas relacionadas con el análisis de la acusación se encuentran las siguientes:

**"Artículo 479.** *Presentación de la acusación. El Fiscal Penal Militar y Policial Delegado **presentará el escrito de acusación** ante el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, **cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.**"*

**"Artículo 481.** *Citación para Audiencia de Acusación. Presentado por el Fiscal Penal Militar y Policial Delegado el escrito de acusación, el Juez Penal Militar y Policial de Garantías dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del mismo, señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación. La Fiscalía Penal Militar y Policial entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al defensor, al Ministerio Público y a las víctimas."*

**"Artículo 482.** *Trámite. Abierta por el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías la audiencia de acusación, ordenará el traslado del escrito de acusación a las partes y concederá la palabra en su orden a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la Defensa, para que expresen oralmente las causales de nulidad si las hubiere y **efectúen las observaciones sobre el escrito de acusación, tanto de orden formal como material.***

*Finalizada la audiencia de formulación de acusación, el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías resolverá todas las cuestiones planteadas*

---

<sup>135</sup> Se excluirán de la competencia de esta jurisdicción los crímenes de lesa humanidad, los delitos de genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado, violencia sexual, tortura y ejecución extrajudicial.

<sup>136</sup> Sentencia C-740 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

***y admitirá la acusación si considera que se cumplen las exigencias probatorias a que alude el artículo 479 de esta ley, decisión contra la cual procede el recurso de apelación.***

*Agotado lo anterior, el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías dispondrá la remisión de todo lo actuado al Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento o de Conocimiento Especializado." (Negritas fuera del texto original)*

Las normas transcritas dan cuenta de una estructura procedimental muy concreta que busca relacionar la causa probable – *“probabilidad de verdad” en la redacción legislativa*- con el análisis directo frente a los elementos materiales probatorios, cumpliéndose así con el primer objetivo de este control procesal.

La normativa plasmó la posibilidad de hacer observaciones de forma y de fondo, funcionando como filtro para permitir aclaraciones al procesado y a la sociedad respecto de los hechos por los cuales va a ser llamado a juicio y, como se ha destacado anteriormente, controla el poder del Estado evitando que la persecución penal en cabeza del fiscal se convierta en un ejercicio del poder desmedido y arbitrario, que destruye la legitimidad de la justicia en una país democrático.

Importa destacar que la redacción preceptos en comento es muy sintética, pero a la vez incluye los elementos básicos para entender dicho sistema procesal como acusatorio, pues conserva las siguientes exigencias:

- a) El análisis probatorio de la investigación
- b) La fortaleza para probar la acusación
- c) Posibilidad de hacer observaciones formales y materiales
- d) Decisión en cabeza de un tercero – en este caso el Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías- que es quien llama a juicio a la persona
- e) Posibilidad de recurrir las decisiones
- f) El juzgador es diferente a quien presidió la acusación

Sin duda alguna, la inclusión del control sustancial y formal de la acusación representa un avance democrático en la justicia castrense que facilitará la protección de los derechos fundamentales de los miembros de las fuerzas militares o de policía.

### 7.3 ANÁLISIS DE LA ACUSACIÓN EN COLOMBIA

Pese a que funcionan simultáneamente diversos modelos de juzgamiento, el estudio se centrará en la estructura procesal de la ley 906 de 2004 por ser el modelo que rige la justicia ordinaria hacia el futuro.

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 modificatorio del artículo 250 de la Carta Política, se dio paso a la Ley 906 de 2004, que implementó un modelo de juzgamiento penal diferente al que consagra la Ley 600 del 2000, con la intención de acoger un sistema de juzgamiento más garantista y de mejor acople frente a modelos políticos democráticos, tratando de superar esa tradición inquisitiva tan ligada a nuestra historia.

Dicho Acto legislativo buscó separar las funciones de juez y parte que ostentaba en la Fiscalía General de la Nación, reservando para el Juez de Control de Garantías la protección de los derechos fundamentales<sup>137</sup> en la etapa de investigación, entregándole al acusador las facultades precisas para convertirse en persecutor de la acción penal, director de la investigación y quien solicitaba que una persona fuera llamada a juicio por medio del acto de acusar. Entendiendo el juicio como el objetivo del proceso penal, se construyó toda una estructura procesal que requiere de cada una de las partes – fiscalía y defensa- el sometimiento a deberes probatorios orientados por principios que buscan una justicia como resultado de una verdad cognoscitiva dentro del debate forense.

Frente a la competencia de los jueces, el legislador dividió sus funciones en aquél que vigila y protege los derechos fundamentales de la persona en la etapa de investigación – *Juez de Control de Garantías*-, y, quien preside toda la etapa de

---

<sup>137</sup> Aspecto que presenta gran controversia en la praxis jurídica, pues la fiscalía aún conserva la facultad de ordenar capturas de manera excepcional (Parágrafo del Artículos 297, numeral 7 del Artículo 114), impartir órdenes de allanamiento, interceptaciones, entre otras, sin la orden previa de un Juez de Control de Garantías

juicio, es decir, un mismo juzgador para las audiencias de Formulación de Acusación, Preparatoria y de Juicio Oral.

Se diseñó un sistema procesal penal con la aparente asignación de roles y funciones específicas para denominar a un escenario procesal como “Acusación”, de paso, para que se justificara el nombre de “sistema penal acusatorio”.

Ahora bien, el cambio constitucional requirió de un desarrollo normativo para dar aplicación al modelo de juzgamiento que fue voluntad – por lo menos inicial- del constituyente, para lo cual se creó una estructura procesal básica integrada por cuatro etapas, a saber:

- a) De la Indagación hasta la formulación de imputación.
- b) La Investigación “formal” que parte de la Audiencia de Formulación de Imputación hasta la Audiencia de Formulación de Acusación.
- c) Audiencia de Formulación de Acusación y Audiencia Preparatoria
- d) Audiencia de Juicio Oral

Para autores como URBANO<sup>138</sup>, si se hace alguna comparación entre la estructura consagrada en la Ley 906 de 2004 y aquélla que se desprende de los fundamentos dogmáticos del “proceso penal de hoy”, determinados por los postulados del derecho internacional, entiéndase instrumentos internacionales, derecho penal internacional y derecho internacional de los derechos humanos orientados al entendimiento de los derechos fundamentales que tocan con el proceso penal, que plantean una fase de investigación, una etapa intermedia y otra de juzgamiento, se llega a la conclusión que se adecúa a ésta, destacando además que cada etapa en Colombia tiene propios contenidos, así: *“la fase de investigación comprende la indagación, la investigación propiamente dicha y la formulación de imputación; la fase intermedia incluye el escrito de acusación, la audiencia de acusación y la audiencia preparatoria, y, por último, hay identidad en la tercera fase, alusiva al juicio oral”*.

---

<sup>138</sup> Op. Cit. p. 81

Dicha postura ofrece un campo de debate en el entendimiento de la estructura procesal penal en Colombia. Contrario a lo planteado por el autor precitado, el ordenamiento jurídico penal no permite una correspondencia, ni siquiera estructural, con los parámetros de la justicia internacional y un proceso penal de avanzada. El procedimiento penal del país conlleva una serie de actos procesales con lógica secuencial, pero sin la existencia de una etapa intermedia. Si bien la etapa de investigación finaliza con la Audiencia de Formulación de Acusación, inmediatamente se abre la etapa denominada en la legislación penal como “Juicio”<sup>139</sup> y se presentan dos factores opuestos al modelo acusatorio, uno es el personal y otro el sustancial.

El personal muestra que es el mismo juzgador el que escuchará la acusación y proferirá la sentencia frente a la responsabilidad de la persona, y, el sustancial refleja el fin de la etapa de investigación y la preparación para acudir a la audiencia de juicio oral, lo que comportaría la audiencia de lectura de la acusación y la audiencia preparatoria, pero sin avizorarse la consumación material de la etapa intermedia, conllevando a que los mencionados actos pierdan su objetivo procesal y se conviertan en oportunidades de escaso impulso judicial, sin ninguna incidencia más allá de culminar con la investigación y ubicar a las personas en el juicio. Sin un verdadero objetivo procesal en la audiencia de acusación, pues no porque se denomine acusación se corresponde con tan valioso acto, tal audiencia sin un control de fondo, y siendo un acto de parte ingobernable, no convierte al proceso penal colombiano en uno de naturaleza acusatoria. Por el contrario, la eficacia de tal audiencia parece no corresponder con ninguno de los esquemas modernos de juzgamiento y pierde total importancia frente a la protección de los derechos fundamentales de la persona.

No implica lo anterior que lo consagrado por el legislador en los artículos 336 y siguientes, en donde abre la posibilidad a las partes para que manifiesten nulidades, incompetencias y recusaciones, sean aspectos procesales que no traen inmerso un valor sustancial, por el contrario, su esencia atañe indiscutiblemente con derechos fundamentales, aunque son aspectos que pueden tocarse en otros estadios procesales y para nada evalúan la acción penal.

La competencia del juez, de ser independiente y diferente al de juzgamiento, convertiría el acto procesal de acusar en una actuación de control real, de lo

---

<sup>139</sup> LIBRO III, EL JUICIO, TITULO I, DE LA ACUSACIÓN, CAPITULO I, Requisitos Formales, Artículo 336 de la ley 906 de 2004

contrario, si es el mismo juzgador, y, además, se tiene una audiencia de mera connotación nominal, entonces se refiere a un acto procesal de impulso que lo único que tiene como finalidad es convocar al juez de conocimiento, pero no cumplir con el propósito de la acusación. Así es que si se considera que un proceso penal posee una organización y, a la vez, que los actos procesales guiados bajo una secuencia lógica, son denominados como estructura procesal por tener una finalidad, siendo el único fundamento que puede entregarles un orden dentro del iter procesal, entonces, la estructura de la ley 906 de 2004, solamente presenta dos finalidades dentro de su esencia: una para investigar y otra para juzgar, pero no se observa una fase intermedia que permita un control a la acción penal en cabeza del Estado evitando el desbordamiento del poder.

Si bien dentro del camino procesal que diseña la ley 906 de 2004, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de actuar conforme al deber de objetividad para analizar si la fortaleza probatoria de la investigación cumple con los requisitos exigidos para llamar a una persona a la jurisdicción penal y juzgarla, ello no implica que esa construcción del camino litigioso se convierta en un estudio riguroso sobre la causa probable y la consonancia jurídica de la acción penal increpada por la fiscalía con la ley y la Constitución, mucho menos cuando ese análisis está a cargo del mismo funcionario.

Por ejemplo, se tiene que la acción penal puede convocar a una persona al plano procesal mediante la solicitud de una orden de captura o la formulación de imputación. Para la primera de ellas, el Juez de Control de Garantías tendrá el deber de verificar los elementos materiales probatorios y los medios de prueba en los que se fundamenta la solicitud, permitiendo inferir razonablemente que la persona es autor o partícipe de la conducta investigada<sup>140</sup>; para la segunda forma, el abogado del Estado debe arribar con elementos y evidencias que le permitan acreditar el mismo nivel de conocimiento frente a la conducta punible y su relación con la persona, es decir, una mera inferencia razonable de autoría y participación<sup>141</sup>.

Se entiende que son etapas iniciales del proceso penal y que por esta razón no se obliga a la fiscalía a arribar el conocimiento del juez más allá de toda duda razonable, pues ello es propio de la audiencia de Juicio Oral. Sin embargo, tal presupuesto que atinente a la lógica jurídica ha dejado actos procesales como la

---

<sup>140</sup> Artículo 297 de la ley 906 de 2004

<sup>141</sup> Art. 287 Ibídem

imputación al deseo propio e incontrolable del acusador, no permitiendo a la defensa realizar observaciones de fondo por considerarse un acto de parte, entonces, la actividad de la fiscalía desde las etapas más incipientes del proceso punitivo se muestra como ingobernable. Por otro lado, pensar en la posibilidad de que los Jueces de Garantías realicen observaciones a la imputación en aras de no afectar derechos fundamentales del procesado, resulta problemático, pues esta actividad no le corresponde al juez dentro del modelo de justicia adversarial, afectando las estrategias de defensa del imputado y corrigiendo el actuar de la acción penal del acusador, al punto de abandonar su lugar de árbitro imparcial para pasar a pensar como acusador y hacer variaciones a la teoría del acusador. Lo anterior, lejos de garantizar los derechos del procesado, los lesiona, pues si en virtud del artículo 250 de la Carta Política la acción penal recae exclusivamente en la Fiscalía General de la Nación, sus modificaciones o cambios solamente le competen a ésta (si no existen facultades de contradicción para la defensa), y, si increpa acciones penales incorrectas, gaseosas, abstractas, incomprensibles, erróneas, su único destino debe ser el fracaso de la acción penal o su limitación mediante el filtro de la etapa intermedia.

Situación bien particular se presenta al momento de la admisión de responsabilidad por parte del imputado, evento en el cual el papel del Juez de Garantías va a adquirir mayor protagonismo por no presentarse debate probatorio y limitarse – por voluntad del procesado- principios como el de contradicción. Sin embargo, a la luz de artículos como el 293<sup>142</sup> de la ley procesal en mención, se entenderá que lo imputado es suficiente como acusación, reduciéndose aún más los derechos de quien acepta en etapas iniciales el proceso penal y es llamado ante la justicia sin un cúmulo de elementos materiales probatorios que la respalden al punto de hablarse de causa probable.

Existe la posibilidad, que debe ser eminentemente excepcional, de solicitar la imposición de medida de aseguramiento únicamente cuando se establezcan - mediante evidencias- los requisitos subjetivos y su relación con los objetivos, coincidiendo en el reducido estándar que establece el Estado para acreditar la inferencia razonable de autoría o participación. En virtud del Art. 308 de la legislación estudiada, el Juez está en la obligación de sustentar su decisión con base en los elementos materiales probatorios aportados por el acusador para respaldar tal solicitud, aspecto que no interfiere en absoluto con el nivel de conocimiento probatorio que se obliga para el Ministerio Fiscal a la hora de acusar.

---

<sup>142</sup> Modificado por el Art. 69 de la Ley 1453 del 2011

Posteriormente, los artículos relacionados con la acusación<sup>143</sup> atribuyen la obligación al abogado del Estado de acusar cuando del estudio de los elementos que arrojó la investigación, se desprenda, con probabilidad de verdad, que la conducta existió y que el acusado es el autor o participe de la misma.

La redacción de las normas que regulan la acusación, pareciera indicar un estudio riguroso del nivel probatorio y estructural-dogmático de la acción penal en las audiencias posteriores del proceso, más aún cuando el desarrollo de la acusación en Colombia comprende un acto complejo<sup>144</sup> integrado por dos etapas irremplazables para poder dar paso a las siguientes audiencias, pero, que a la vez, convierten el acto de acusar en parte integral de la segunda etapa del proceso penal.

Como primera fase del acto de acusar se encuentra la presentación del escrito de acusación regulado por los artículos 336 y 337 de la normativa ya expuesta, allí la fiscalía tiene la obligación de continuar con la acción penal cuando los elementos que haya recogido durante la investigación le permitan arribar a una probabilidad de verdad frente a la existencia de la conducta punible y su relación con la persona procesada.

Lo anterior debe entenderse integralmente con una serie de requisitos formales<sup>145</sup> para la presentación del escrito en mención, como son: Individualización e identificación del acusado junto con su domicilio, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, identificación y domicilio del abogado, relación de bienes y recursos con fines de comiso y, por último, el inicio del descubrimiento evidenciario que atiende a la relación de todos los elementos materiales probatorios que haya encontrado la fiscalía dentro de la investigación, en cumplimiento del artículo 250 de la Constitución Nacional. La parte siguiente del descubrimiento se identifica con la puesta a disposición o entrega de las evidencias en físico y originales de los elementos relacionados en el escrito a la defensa, dentro de los tres días siguientes a la Audiencia de Formulación de Acusación<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> Arts. 336 y ss. *Ibidem*

<sup>144</sup> Sentencia No. 32685 del 16 de marzo del 2011. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

<sup>145</sup> Art. 337 *Ibidem*.

<sup>146</sup> Art. 344 *Ibidem*.



Como segundo acto acusatorio se encuentra la realización de la Audiencia de Formulación de Acusación, regulado por el artículo 339 ibídem, que a la letra preceptúa:

*“Artículo 339. Trámite. Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato”.*

El desarrollo de la audiencia inicia, como efecto de la presentación del escrito de acusación, por cuestionar las causales que atañen al fuero jurisdiccional y personal del juzgador, pues desde allí se convoca directamente al Juez de Conocimiento y no al Juez Preliminar, permitiendo que el Juzgador de fondo se permee de la acción penal desde el comienzo de la segunda etapa del proceso penal: la del Juicio Oral.

Lo restante de la audiencia se relaciona con aspectos procesales que puedan afectar derechos fundamentales de la persona procesada y que tienen como único remedio sanciones como la nulidad, y, finalmente, observaciones frente a los requisitos que el artículo 337 le impone al escrito de acusación, en otras palabras, apreciaciones eminentemente formales.

La estructura normativa del proceso penal en Colombia contempla dos fases opuestas marcadas por su finalidad: de un lado, la investigación que termina al momento de realizarse la Audiencia de Formulación de Acusación; de otro, la parte del proceso penal que inicia con la Audiencia de formulación de Acusación en cabeza del Juez de Conocimiento y finaliza con la Audiencia de Juicio Oral, presididas –Acusación, Preparatoria y Juicio- por el mismo Juzgador. El hecho de contener el proceso penal audiencias anteriores a la del Juicio Oral, que nominalmente pueden coincidir con la etapa intermedia del proceso, no implica que realmente exista dicha fase, pues sus fines desaparecen y ello implica que su función no se materializa.

Como ya se anunció, si existe identidad física del juzgador ante quien se realiza la formulación de acusación y quien decide de fondo sobre la responsabilidad penal de una persona, en realidad no hay una etapa intermedia, pues el juzgador asumirá estos escenarios como una sola fase –etapa de juicio-, pero compuesta por audiencias de impulso y preparación al debate en Juicio Oral. En otras palabras, para el presidente del debate oral el juicio empezó desde el momento en el que escuchó la acusación, que es donde empieza a regir su competencia y avoca conocimiento del caso, por ello las causales que atienden al fuero personal y jurisdiccional del juzgador también se tratan desde la Audiencia de Formulación de Acusación.

Como una irremediable y lógica consecuencia de la aparición del Juez de conocimiento desde la Audiencia de formulación de Acusación, se tiene que a éste no le está permitido realizar ningún tipo de observación ni modificación a la pretensión acusadora del Estado, pues entraría a tomar parte, se sesgaría y estaría preparando la causa penal que a aquél le parece se acomoda para el debate probatorio que va a decir y, adicionalmente, ajustaría la responsabilidad penal que el Estado desea atribuirle al procesado como resultado de una investigación; el Juzgador tendría un doble rol: juez y parte.

La justicia ha puesto en cabeza de los Jueces en sede de Conocimiento la idealista tarea de escuchar la acusación sin contaminarse con ella, es decir, le ha pedido a la magistratura que vele por los derechos fundamentales del procesado – aspectos sustanciales del proceso-, pero que cierre sus oídos frente al aspecto de fondo en la acción penal que llama a juicio a una persona, pues de intervenir en ésta, entraría a formar parte del tan anhelado control a la acción penal, pero desnaturalizando sus funciones. Imposible resulta para cualquier juzgador desempeñar su misión y velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona, si no le es permitido atender al aspecto sustancial de los actos procesales; claro está, resultaría profundamente más lesivo que el mismo juzgador que emitirá decisión de fondo sobre la responsabilidad penal de una persona, expresara conceptos, opiniones u órdenes que condujeran a modificar la acción penal.

El juzgador está imposibilitado igualmente para el análisis de las evidencias y su contacto con las mismas, ya que este solo lo puede realizar al momento de ser admitidas como prueba dentro de la audiencia de juicio oral, resultándole imposible establecer criterios hermenéuticos de causa probable y justificación de la acción penal.

El juez también debe pronunciarse sobre causales de incompetencia atinentes, en muchos casos, a la naturaleza de los delitos, entonces, si no le es permitido realizar un control de fondo sobre la acción penal, por los motivos ya expuestos, queda sometido a la irrefragable voluntad del acusador, pues, como ya se ha comentado, luego de tipificar los hechos según la voluntad del abogado del Estado y presentado el escrito de acusación, se llama al juez que conoce de fondo, sin que éste pueda pronunciarse sobre aspectos que no se desprenden únicamente de análisis objetivos de los elementos constitucionales en la administración de justicia y que tocan incluso con la competencia.

En términos más concretos, la Fiscalía General de la Nación sin el control de la acción penal puede igualmente, escoger su juez. Piénsese por ejemplo en el juzgador que escucha la acusación y, en su criterio, la naturaleza de los hechos comportan una tipificación que atribuyen competencia a otro juez, pero no puede sugerirle ni hacer comentarios, ni mucho menos opinar sobre la acción del fiscal, entonces, como no le es posible hacer ese tipo de observaciones, simplemente se somete a la voluntad del fiscal y da paso al debate en juicio. Lo anterior no implica que el juzgador no pueda pronunciarse sobre aspectos de incompetencia que se desprendan de las conductas punibles acusadas y su calificación jurídica, ello está perfectamente previsto dentro de sus facultades, pero lo podrá hacer únicamente sobre los delitos que relaciona la fiscalía, cuando por su simple tipificación correspondan a otro juez, pero sin entrar a hacer comentarios o sugerencias sobre tal aspecto, lo que limita su facultad a señalar un simple error en la asignación del caso o en la solicitud del fiscal<sup>147</sup>.

Al respecto la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse destacando en el Auto 31.538 del 6 de mayo de 2009<sup>148</sup> la dificultad para resolver una situación como la planteada, pero reconociendo que es una facultad de dirección del fiscal. Dice la Corte en el aludido proveído:

---

<sup>147</sup> Auto 34773 del 20 de Agosto de 2010 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca: *“No obstante lo anterior, el juez de conocimiento, así como se desprende del citado artículo 54 ídem, se encuentra en posibilidad de revelar tal incompetencia desde el mismo instante en que se le ha presentado el escrito de acusación o solicitud de preclusión, la cual se considera como definida y definitiva si: a) el juez así no lo declara o b) no se alega incompetencia por las partes en la audiencia de formulación de acusación, que es el instante procesal oportuno, excepto cuando se trate de la competencia derivada del “...factor subjetivo o esté radicada en funcionario de mayor jerarquía ...”, tal como lo señala la prórroga de competencia a que hace referencia el artículo 55 del citado estatuto procesal, entendiéndose que el juez penal del circuito especializado siempre es de mayor jerarquía que el penal del circuito ordinario”*

<sup>148</sup> M.P. José Leonidas Bustos Martínez

*“Se ve pues que el ejercicio de la acción penal es propio de la Fiscalía General de la Nación, y la acusación como acto de parte ni tiene control judicial, ni en su confección participa el juez sugiriendo ni señalando los delitos por los que procede, en tanto que depende exclusivamente de la investigación, la cual es controlada y dirigida por el fiscal.*

*Y no podría ser de otra manera por cuanto siendo el fiscal el único conocedor del rumbo de la investigación, es a él y solo a él a quien corresponde predecir la vocación de éxito de la acusación y prever cuáles elementos de prueba anunciará, descubrirá, presentará, incorporará y debatirá en el juicio, en orden a buscar el éxito de su acusación”<sup>149</sup>.*

Si bien corresponde al acusador definir la acción penal que desea increpar, no es menos cierto que tal actividad al someterse al control de la acusación busca regular, entre otras cosas, facultades desmedidas que permitan incluso la escogencia del juez, evitando que la jurisdicción actúe sin control a beneplácito del acusador.

Este problema empieza con la presidencia del juzgador para toda la etapa de juicio, característica asimétrica de nuestra estructura procesal en el contexto de un adecuado sistema acusatorio – adversarial. También es necesario estudiar las facultades de la defensa frente a la acción penal. Según nuestra legislación a la parte defensiva le está permitido en la audiencia de acusación, independientemente de la nulidad y demás aspectos que la regulan, realizar observaciones sobre el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 337 de la Ley procesal penal, facultándola exclusivamente para atacar aspectos formales, e imposibilitando el análisis de los requisitos de fondo, el examen de causa probable, la justificación de la acción penal, ajustes al objeto de debate, concreción de tipos penales y demás estudios que solo pueden tocar con la órbita de la acusación.

No puede darse de otra manera la intervención de la defensa en el marco de la acusación en Colombia, pues realizar otro tipo de análisis requeriría de un juez independiente e imparcial, exclusivamente dedicado a la observación de la acción penal, de lo contrario se produciría el sesgo en su intelecto y se vulnerarían los principios de imparcialidad y debido proceso. Entonces, a la defensa se le

---

<sup>149</sup> Aspectos también referidos por Urbano Op. Cit. p. 105.

imposibilita realizar todo tipo de observaciones para que sean estudiadas por un tercero y no queden a disposición y voluntad del fiscal. En determinado caso, lo máximo que puede lograr un defensor es que la fiscalía atienda a sus observaciones para aclarar algún aspecto de lo acusado, pero no implica que sea deber del Ministerio Fiscal acoger lo peticionado por la parte opuesta.

En esos términos, recae en el acusador la posibilidad de decidir frente a las observaciones de su contraparte y, además, el juez queda vedado para realizar algún tipo de requerimiento, so pena de convertirse en litigante. El fiscal en Colombia tiene en su cabeza las facultades de juez y de parte, por un lado es quien investiga y desarrolla la acción penal, acusa a la persona, y, por el otro, tiene facultades de juzgador al decidir sobre los requerimientos de la defensa. Pese a que su decisión simplemente se registra en los audios de la Audiencia de Formulación de Acusación y no tiene la categoría de auto, su trasfondo permite entregarle la decisión de modificar o no la acusación, la fortaleza y el respaldo que solamente pueden residir en cabeza de un juzgador, pues será quien decida cómo y de qué forma continúa la acción persecutora, convocando a juicio según su criterio.

Ese respaldo que se ha marcado como única salida para permitir la continuidad de un sistema que adolece de dicha estructura central, ha sido expuesto por la Corte Suprema de Justicia en una línea jurisprudencial<sup>150</sup> reiterada y uniforme<sup>151</sup>:

*“En la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más. Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994).*

---

<sup>150</sup> Sentencia 26087 del 28 de Febrero de 2007 M.P. María pulido de Barón; Auto 29994 del 15 de Julio de 2008 y Auto 31538 del 6 de mayo de 2009 M.P. José Leonidas Bustos Martínez; Sentencia 34370 del 13 de Diciembre de 2010 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero; Sentencia 34022 del 08 de Junio de 2011 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; sentencias 38020 de 2 de mayo de 2012, 38256 del 18 de abril de 2012 y 39892 del 06 de Febrero de 2013 M.P. José Luis Barceló Camacho; entre otras.

<sup>151</sup> Sentencia 42.184 del 15 de Octubre de 2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández, retomando la sentencia No. 40871 del 16 de julio de 2014 M.P. José Leonidas Bustos Martínez

(...)

*La Fiscalía, entonces, cumple como titular de la acción penal y dueña de la acusación, parámetros a partir de los cuales ni el juez ni las partes pueden imponérsela total o parcialmente, desde donde se infiere que las observaciones realizadas por las partes pueden y deben ser incorporadas para que conformen un todo con la acusación, única y exclusivamente cuando el fiscal las acoge.*

(...)

*Así, no cabe duda de que el control material de la acusación realizado por los juzgadores, se convirtió en una irregularidad sustancial que afectó gravemente el debido proceso, por cuanto impidió la terminación anticipada del proceso, presupuesto operativo del sistema adversarial, de imprescindible acatamiento para el éxito del ejercicio del ius puniendi en dicho modelo procesal”.*

Si bien la Corte Suprema en algunas de las decisiones que han conformado su línea de jurisprudencia ha permitido ciertos matices frente al tratamiento de la acusación, al punto de tolerar que el Juez de conocimiento requiera<sup>152</sup> a la fiscalía cuando se aprecien vicios estructurales que afecten el proceso<sup>153</sup> o carencia en aspectos formales de la acusación que se omitan por parte del acusador, dichas observaciones no comportan un análisis de fondo sobre la acción penal y tan solo atienden a la verificación de los requisitos del escrito de acusación.

Por otra parte, si se compara la ley procesal penal analizada con las estructuras legislativas internacionales ya expuestas, se encuentra que en Colombia ni siquiera le es permitido a la defensa realizar mociones frente a la acusación, ni mucho menos acudir a figuras como la preclusión, para tratar de remediar las acciones penales que se fundamentan no en evidencias, sino en abuso de las funciones del acusador. Basta con apreciar el contenido de las normas que regulan la preclusión:

---

<sup>152</sup> Sentencia 34022 del 08 de Junio de 2011 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

<sup>153</sup> Entiéndase por ejemplo: Falta de la Audiencia de Formulación de Imputación

*“Artículo 332. Causales. El fiscal solicitará la preclusión 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. Numeral declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-806 de 2008.*

*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”.*

Se restringe la posibilidad a la defensa para elevar solicitudes de preclusión, exclusivamente a las causales 1 y 3 del artículo, resaltando que la primera atiende a factores objetivos de la acción penal como su extinción<sup>154</sup>, la prescripción<sup>155</sup>, principio de oportunidad<sup>156</sup> o a algunos preacuerdos que eliminan la acción penal sobre determinadas conductas producto de la negociación con la fiscalía. La tercera tiene relación únicamente con la no materialización de una conducta que ha sido catalogada como delito, aspecto que relacionado con evidencias y elementos que objetivamente muestren que el hecho nunca existió.

Obsérvese cómo se limitan nuevamente las posibilidades para que la defensa intervenga con el ánimo de evitar desbordamientos en la acción penal, dejando por fuera causales que servirían al procesado para cuestionar en su fondo la fortaleza de la acusación, no solo desde el campo fáctico, sino también jurídico e incluso probatorio, pues sería otra la suerte de la defensa en el ámbito procesal penal si se le permitiese, por ejemplo, hacer uso de la causal sexta que alude a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia para realizar un análisis de

---

<sup>154</sup> Art. 82 de la Ley 599 de 2000

<sup>155</sup> Art. 83 Ibídem

<sup>156</sup> Art. 66 de la Ley 906 de 2004

la causa probable de la acción penal, allí se podría ubicar dicho estudio, ausente en lo expuesto. Ello podría hacerse mediante mociones o solicitudes, pese a que el proceso enfrentaría nuevamente fallas sistémicas, pues implica que la acción penal, en caso de no permitirse su continuación íntegra, se modifica pero permanece vigente, legitimando el proceso penal y, el juzgador, que en este caso sería el de conocimiento, se vería abocado a abandonar la presidencia de todas las acciones que conoció en la acusación y siguieron este camino, pues conocería de elementos materiales probatorios y ello implicaría que debe declararse impedido para seguir presidiendo el caso, tal como lo establece el artículo 335 ídem en su último inciso.

Sea por el lado del juzgador o por el lado de la defensa, la fiscalía tiene un blindaje en su acción penal que la convierte en un abogado litigante ingobernable y su acusación resulta como un acto de parte que presenta todo tipo de afectación contra los derechos fundamentales de la persona, obligando a la administración de justicia, al juzgador, al procesado y a la sociedad –quien es finalmente a quien representa el fiscal- a atender todas las disposiciones del acusador sin poder siquiera cuestionar o examinar su fortaleza probatoria.

Cuando el acto de parte –acusar- se examina desde la perspectiva del juzgador, se entiende como una actuación intocable que recae exclusivamente en la órbita y facultades del fiscal; cuando se analiza desde la perspectiva de la defensa para ejercer y materializar los principios de contradicción, defensa, debido proceso, dignidad humana, entre otros, se comprende como un acto incierto de impulso o trámite pero que para la defensa no comporta mayor garantía que el agotamiento de una etapa procesal y el inicio de otra en la búsqueda del juicio oral, pues su intervención podrá ser exclusivamente para señalar el cumplimiento de un catálogo de formalidades que convierten en insustancial el acto procesal.

#### 7.4 EFECTOS DE LA ESTRUCTURA PROCESAL CONSAGRADA EN COLOMBIA

Tal como se anunció al momento de analizar los componentes de la acusación y su finalidad en la justicia, cuando el valor conceptual de los actos procesales que articulan todo el sistema penal carece de funcionalidad y por consiguiente se convierte en simple requisito de impulso procesal, la jurisdicción punitiva se desprende de las garantías democráticas para tener como único objetivo la condena, razón por la cual los estadios procesales pierden su real importancia y



se ejecutan como aparentes esquemas que facilitan la participación de la persona procesada en la búsqueda de la verdad.

La fiscalía ostenta el monopolio de la acción penal<sup>157</sup> y cuenta con la facultad de acusar o solicitar la preclusión, cuando los elementos materiales probatorios le permitan concluir por alguna de las posibilidades enunciadas, sin embargo, si en realidad se implementara un sistema acusatorio- adversarial, éste demandaría que sus etapas neurálgicas se desarrollaran mediante el ejercicio de las facultades de contradicción, en especial de la acusación por ser la piedra angular del sistema, ello no significa adelantar debates probatorios que son propios del Juicio Oral, por el contrario, encarna la depuración del proceso penal al punto de que el objeto del debate sería sustancial y no formal, conocido por las partes y sometido a los rigurosos análisis que, una vez superados, ameritan convocar a la justicia para el juzgamiento.

La participación del procesado en aspectos de carácter conceptual dentro del proceso penal, no es otra cosa sino la posibilidad que se le da a cualquier ciudadano de intervenir en la construcción de justicia y entender los procesos que se utilizarán para llegar a una respuesta en el debate oral del Juicio, para ello la justicia –el tercero imparcial- debe servir como un real garante de los derechos del ciudadano, lo que obliga a que su investidura cuente con todas las facultades para que el poder del Estado, representado en la acción penal, no desborde sus límites y funcione armónicamente con los principios constitucionales promulgados por el constituyente derivado.

Pese a lo anterior, la participación activa de ese árbitro imparcial que puede decidir sobre los límites del conflicto que será debatido en juicio, únicamente puede presentarse cuando no existe mismidad entre quien regula el debate y quien lo preside, pues de lo contrario estaría acomodando el Juicio a su propia teoría del caso y quebrantaría principios como la intermediación e imparcialidad. Nuestra legislación, partiendo del artículo 250 Constitucional y su desarrollo legal<sup>158</sup>, indican que el acto procesal denominado acusación debe realizarse ante el Juez de Conocimiento, entonces, la consecuencia de ese esquema le impide al juez ahondar en el marco conceptual de la acusación, en la parte sustancial de la acción penal, en la regulación del debate, so pena de incurrir en conductas como el prevaricato por acción y tener que retirarse del conocimiento de la causa.

---

<sup>157</sup> Art. 250 Constitución Política

<sup>158</sup> Arts. 336 y ss.

Las respuestas de la jurisprudencia han pretendido mediar entre el antagonismo del juez en dicho acto procesal y un acercamiento a un modelo de justicia que respete los mínimos dogmáticos para considerar que su diseño lleve impregnada la consagración del debido proceso, por ello, como se anticipó, han permitido las observaciones del juzgador pero únicamente enfocadas a verificar los aspectos formales que consagra el artículo 337 ibídem para la presentación del escrito de acusación, sin poder realizar ninguna otra clase de observación por ser quien decidirá sobre la responsabilidad penal de la persona procesada.

Resulta cuando menos “curioso” que el legislador haya pedido a un Juez de la República velar por derechos fundamentales y evitar abusos en la acción penal, solamente permitiéndole que verifique el cumplimiento de un escrito con el lleno de unos requisitos que, en su conjunto, deben integrar el aspecto sustancial, pero una vez se percata de la existencia de cada uno de esos “ítems”, entonces no puede entrar a comentarlos. La única explicación para un desapego tan manifiesto de la lógica acusatoria, es el error de haber consagrado la identidad jurídica entre el juez de acusación y el de Juicio.

Por su parte, el defensor por más de que desee cuestionar aspectos de fondo frente a la acción penal, sus solicitudes no son de obligatorio acogimiento por parte del acusador, y, como no se cuenta con un juzgador que pueda intervenir en aspectos materiales de la acusación, entonces sus peticiones no serán susceptibles de recursos y una vez más las garantías de contradicción, doble instancia y debido proceso, se ven soslayadas para el acusado.

Adicionalmente, el desarrollo de nuestra legislación amputó a la defensa la posibilidad de presentar mociones para controlar los desmanes del acusador; pues le negó la posibilidad de intervenir efectivamente en la audiencia de formulación de la acusación y le cerró las puertas para acudir a mecanismos abiertos como la preclusión, alternativa clara para analizar aspectos como la causa probable<sup>159</sup>.

Las formas de afectar los derechos fundamentales como el debido proceso de una persona con un sistema penal sin control de la acusación, son tan variadas

---

<sup>159</sup> Atendiendo a la amplitud del debate que puede brindar la interpretación hermenéutica de la causal sexta del artículo 332 de la Ley 906 de 2004

como casos puestos a disposición de la justicia; los siguientes son algunos ejemplos:

- 1) Permite Acusaciones sin fundamento probatorio.
  - a. Elimina el estudio de la causa probable
  - b. Permite maniobras ocultas y ajenas a la ley para beneficiar a coacusados, por ejemplo: ocultar versiones contradictorias, pues su versión –incluso en las entrevistas o diversas declaraciones- no serán analizadas por un juez de acusación para decidir si realmente es un medio de prueba que contribuye al análisis de causa probable y que amerita ser valorado en la audiencia de Juicio Oral.
- 2) Faculta la inflación de los tipos penales intimidando al procesado para que acceda a preacuerdos o aceptación de responsabilidad de forma anticipada en el proceso penal.
- 3) Fomenta acuerdos ficticios dentro de los modelos de justicia penal negociada que engañan al procesado sobre la real fortaleza probatoria y jurídica de la acción penal.
- 4) Limita posibilidades de salidas alternas como el principio de oportunidad.
- 5) Facilita que la discrecionalidad propia de la excepción al principio de legalidad pueda ser utilizada para beneficiar a algunas personas ligadas con los intereses de la acusación.
- 6) Facilita conexidades entre casos que aparentemente cumplen con los requisitos de Ley
- 7) Niega la posibilidad a la defensa de intervenir de manera efectiva frente a la vulneración de derechos fundamentales cuando se presentan conexidades que se desprenden de la similitud de los hechos y la carga probatoria.

- 8) Patrocina la intervención de personas que puedan llegar a considerarse como víctima fruto de la ambigüedad de la acción penal.
- 9) Permite el ocultamiento de elementos materiales probatorios y medios de prueba, pues el examen no se hace ante un tercero que pueda tener contacto con dichos elementos.
- 10) Provoca la permanencia de medidas cautelares sobre bienes del procesado con el ánimo de proteger posibles intereses de las presuntas víctimas.
- 11) Impide el acceso a posibilidades de obtener la libertad por medio de la revocatoria de la medida de aseguramiento, pues la acción penal mantendrá incólume los hechos imputados sin que puedan eliminarse alguno(s) de ellos por ausencia de causa probable.
- 12) Genera que la interpretación de los hechos en los que se sustenta la acción penal, gire al acomodo o beneficio del acusador, presupuesto para condenas que se ajusta más a modelos de responsabilidad objetiva, contrariando el artículo 12 de la ley 599 del 2000.
- 13) Estimula la escogencia del juzgador, pues la facultad de competencia se deriva de los tipos penales que se han acusado, impidiendo que el juez entre a analizar de fondo si realmente le corresponde conocer del asunto.
- 14) Puede llegar a propiciar acusaciones que contengan concursos aparentes en las conductas punibles.
- 15) Puede llegar a presentar una “acumulación” indebida de hechos.
- 16) Facilita el cambio de hechos que aparentemente no tocan aspectos esenciales o no afectan la interpretación lógica de los mismos.
- 17) Obliga a la persona a resistir todo el proceso penal hasta la audiencia de Juicio Oral.

- 18) Se convierte en un señalamiento anticipado.
- 19) Elimina la contradicción pues la intervención de la defensa no tiene un efecto vinculante para el acusador.
- 20) Elimina la doble instancia porque la acusación se convierte en un acto de parte.
- 21) Se presenta un desequilibrio procesal porque la parte que investigó, acusa y convoca a la justicia para un juzgamiento, ostenta facultades de juez y parte.
- 22) Existe publicidad aparente, pues la interpretación de la acusación se encuentra en el campo subjetivo del fiscal y no hay claridad objetiva.

En pocas palabras, la defensa técnica y la material queda imposibilitada para participar en un proceso que, irónicamente, busca la verdad cognoscitiva, en donde es indispensable el ejercicio de contradicción en todas sus etapas, pasando sin mediar argumento, a un proceso en el que el único que sabe, entiende, interpreta y condiciona la acción penal, es el acusador.

Situación similar vive la sociedad a la que también le importan los fines generales del derecho penal, pues ésta, al igual que el defendido, no sabe ni comprende palmariamente qué implica la acción penal que va a ser debatida en el Juicio Oral, desligándose completamente de esa búsqueda de la justicia. El devastador perjuicio que afronta la sociedad en general es la incertidumbre de no conocer los procesos que la rigen, pues la acusación se convierte en un campo oscuro que solo conoce el fiscal, en donde quien interviene e interpreta es el acusador, siendo el único que atraviesa ese campo procesal de manera funcional. Entonces, a la sociedad también se le impide tener acceso al proceso penal, violando principios como la publicidad, pues cada acusación se va llevar no según los parámetros de la ley, sino según la interpretación subjetiva de quien se supone representa a los mismos ciudadanos.

Ahora, una posición honesta con la víctima llevaría a consagrar una vía de reparación civil mucho más expedita para ésta, en donde se permita su participación directa, evitando someterla a la incertidumbre de la acción penal, pues, contrario a garantizar sus derechos poniendo fin a las garantías

fundamentales del procesado con una acción penal sin control, aquella se ve afectada porque en el eventual incidente de reparación integral, que depende de la existencia de una condena, debe someterse a los hechos específicos por los cuales fue condenada una persona y allí pueden generarse nuevamente campos abstractos que no fueron concebidos al momento de acusar, justamente por falta de control de la acusación.

Si el proceso penal en un Estado democrático tiene como fin y objetivo el juicio, buscando garantizar que la construcción de la verdad, abarcando todas las etapas del proceso, tenga una participación efectiva de la defensa y de la sociedad para mostrar como esa libertad cedida al Estado por medio de un contrato social se respeta, legitimando sus decisiones por acogerse a los procedimientos previamente establecidos, conocidos y de accesibilidad para cualquier ciudadano, entonces, cuando la estructura del proceso penal niega la participación funcional – no necesariamente nominal- del Juez, de la defensa, la sociedad y de la víctima, se está frente a un proceso que entiende el juicio oral como un simple presupuesto de la condena, por ello, en este último sistema procesal no importan las garantías, ni la participación sustancial de la defensa o el control garantista de un juez, tan solo basta agotar las etapas – impulsarlas- para llegar a la pena.

Dos referencias adicionales, tan claras como irónicas, que sustentan la afirmación de que el modelo de juzgamiento penal en Colombia vulnera el debido proceso al omitir el control de la acusación y está diseñado para condenar se encuentran, en el artículo 333 de nuestra ley procesal penal y en materia del vencimiento de términos procesales para la libertad relacionados con la acusación.

A) El texto del artículo 333 de la Ley 906 de 2004 es el siguiente:

*“Artículo 333. Trámite. Previa solicitud del fiscal el juez citará a audiencia, dentro de los cinco (5) días siguientes, en la que se estudiará la petición de preclusión.*

*Instalada la audiencia, se concederá el uso de la palabra al fiscal para que exponga su solicitud con indicación de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sustentaron la imputación, y fundamentación de la causal incoada.*

*Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal.*

*En ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas.*

*Agotado el debate el juez podrá decretar un receso hasta por una (1) hora para preparar la decisión que motivará oralmente”.*

Fácilmente puede observarse que para acusar no se hace estudio de dicha petición en cabeza del fiscal, sin embargo, al momento de solicitar la preclusión de la investigación penal a favor de una persona, se exige fundamentación de la causal invocada y el Juez está en la obligación de motivar su decisión, es decir, existe un análisis de fondo sobre terminación de la acción penal que, en el caso de negarse, obliga al cambio del juez<sup>160</sup>.

B) Vencimiento de términos procesales para la libertad, relacionados con la acusación.

La evolución legislativa de las normas pertinentes con la libertad por vencimiento de términos<sup>161</sup>, es una muestra de la inobservancia que ha tenido el constituyente derivado frente a la acusación; así ha marcado sus variaciones:

a) Con la Ley 906 de 2004 original, se establecía que el término para iniciar la Audiencia de Juicio Oral era de 60 días después de la Audiencia de Formulación de Acusación. Es decir, desde allí se empezaba a contar el término en materia de libertad.

b) Con la Ley 1142 de 2007 en su artículo 30, iniciaba el término de conteo desde la radicación del escrito de acusación y, a su vez, se ampliaba el término de 60 a 90 días.

c) Con la Ley 1453 de 2011 en su artículo 61, se modificó nuevamente la expresión “formulación de acusación” como punto de inicio en el cómputo de los términos para obtener la libertad, y, además, se amplió a 120 días el término.

---

<sup>160</sup> Art. 335 ibídem en armonía con la Sentencia C-881 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>161</sup> Art. 317 de la Ley 906 de 2004

Como se aprecia en lo expuesto, el legislador parecía hablar indistintamente de radicación del escrito de acusación y audiencia de formulación de acusación como momento para empezar a contar los términos procesales en torno a la libertad, al punto de que en la sentencia C -390 del 2014<sup>162</sup> se le llamó la atención para que remediara ese vacío procesal que se convertía en una severa vulneración de los derechos fundamentales del defendido, quien tenía como indefinido el término para recobrar su libertad si la duración de la actuación procesal excedía de los límites de ley, ello por cuanto en la redacción de la norma no se precisó qué tiempo debería transcurrir entre la radicación del escrito de acusación y la audiencia de formulación de acusación, o, en su defecto, al comprender la acusación como un acto complejo, entonces debía entenderse que los términos procesales comenzaban a correr desde la radicación del escrito de acusación. La Corte actuó en dicha decisión con la clara intención de zanjar un vacío interpretativo de la norma que vulneraba derechos fundamentales, y en consecuencia, expresó en lo pertinente:

*“Considera la Corte que la decisión más acorde con la situación descrita es la declaración de la exequibilidad condicionada de la norma demandada, buscando con ella corregir la ausencia de un límite expreso a la privación provisional de derechos en general, y de la libertad en particular, para evitar que por dilaciones injustificadas éstos se vean afectados”.*

Pese a que la Corte advirtió la burda vulneración de derechos fundamentales del procesado con el vacío legislativo existente y, en aras de solucionar esa deuda procesal, decidió darle una interpretación constitucional a la norma en el entendido de que los términos empezarían a contarse desde la radicación del escrito de acusación, pero, sorprendentemente difirió la aplicación de su pronunciamiento hasta el 20 de Julio de 2015. Así, se prolongó la afectación y desprotección de los derechos fundamentales no solo de las personas procesadas, sino el respeto al debido proceso de toda la sociedad porque se enfrenta a un sistema que no tiene control de la acusación y, al despreciarse la importancia trascendental de la etapa intermedia, los términos procesales tampoco significaron un aspecto relevante para el legislador.

d) Por último, la decisión precitada llevó a la promulgación de la ley 1760 de 2015, que en su artículo 4 modificó el numeral 5 del artículo 317 de la ley 906 de

---

<sup>162</sup> Con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ricos



2004 para disponer que opera la libertad por vencimiento de términos cuando hayan transcurrido 120 días<sup>163</sup> desde la radicación del escrito de acusación.

Las referencias presentadas, que abordan aspectos derivados de la acción penal, como la posibilidad de precluir en el primer caso, y, la contabilización de los términos para la libertad en el segundo, son una muestra del mal manejo y desentendimiento del constituyente derivado con el sistema penal acusatorio-adversarial, llevando a una vulneración del debido proceso para toda la sociedad porque la estructura procesal que se diseñó no ofrece posibilidades reales de articulación con los presupuestos de justicia internacional y los derechos fundamentales del ciudadano.

## 7.5 RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

### 7.5.1 POSTURAS EN EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002

El proyecto 237 de Acto Legislativo, presentado el 26 de abril del 2002 ante la Cámara por quien fungía como Fiscal General de la Nación<sup>164</sup>, fue el inicio de la normatividad que culminaría con el Acto Legislativo 03 de 2002.

Su primera presentación consagraba en el artículo 3, que modificaría el artículo 250 Constitucional, la presentación de la acusación de la siguiente manera:

*“5. Solicitar al juez de control de garantías la autorización para acusar”*

*“6. Presentar el escrito de acusación ante el juez competente, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, contradictorio y concentrado”.*

En la presentación del proyecto se expresa la intención tímida de adoptar un sistema de “tendencia acusatoria, en donde el eje del proceso sea el juicio oral”<sup>165</sup>, con el ánimo de respetar de una manera más efectiva los derechos de los ciudadanos en las etapas de investigación y juzgamiento.

---

<sup>163</sup> Con las respectivas ampliaciones que contempla su parágrafo

<sup>164</sup> Dr. Luis camilo Osorio

<sup>165</sup> Gaceta 134 del viernes 26 de Abril del 2002, página 3; postura que igualmente se presenta en las gacetas 148, 156, 157, 174, 210, 232 y 269 de 2002

Concretamente en la Gaceta 210 del año 2002 se expresó en el debate<sup>166</sup>:

*“Hay una función de la Fiscalía que debe ser objeto de algunas líneas para ser explicada. El numeral 5 dice que el Fiscal le debe solicitar al Juez del Control de Garantía la autorización para acusar. Quien lea esta función puede llegar a la conclusión que quien va a decidir si acusa o no es el Juez de Control y entonces de qué cambiaría con el nuevo sistema.*

*La lectura real que hay que hacerle a ese numeral es la siguiente: El Fiscal tiene una competencia omnímoda y soberana para investigar y para decidir, en principio, qué tiempo dedica en investigar, es decir que en principio nadie puede limitar al Fiscal hasta cuándo debe investigar, pero, lo que sí debe tener un control es que cuando el Fiscal decide acusar, esa decisión sea controlada, para que el Juez, que sirve de filtro determine si tiene o no fundamento probatorio esa decisión, principalmente por las consecuencias que les sobrevienen a los particulares ser sometidos a un juicio, así el mismo termine con sentencia absolutoria. Además no hay legislación hoy vigente en el mundo que faculte al Fiscal para hacer efectivas investigaciones, y evitar someter al ciudadano a un proceso sin pruebas que lo respalden.*

*Es necesario aclarar, así sea muy sucintamente que el Control que debe hacer el Juez de la actuación del Fiscal, es no solamente formal sino también sustancial, porque las garantías son sustanciales, es decir de la esencia de la persona”.*

Es viable destacar un pensamiento acorde con un modelo acusatorio-adversarial, en donde la función del acusador está determinada, separando efectivamente las funciones de quien investiga y juzga, pues le corresponde a un juez de la República decidir sobre lo que se ha denominado como “causa probable”, evitando excesos por parte del Estado con acciones penales que obliguen al ciudadano a afrontar acusaciones que no cumplen con los mandatos de la Constitución de 1991.

---

<sup>166</sup> Informe de Ponencia Primer Debate Proyecto Acto Legislativo 12 de 2002 Senado, 237 de 2002 Cámara

Sin embargo, esta visión centrada en el respeto de las garantías constitucionales de todo ciudadano y propia de una República que pregona la democracia como lenguaje entre las personas y las estructuras Estatales, duró poco, pues al presentarse la segunda vuelta de debates que correspondía al Congreso de la República, se eliminó la institución procesal analizada, como consta en la Gaceta 531 del 21 de noviembre de 2002 de la siguiente manera:

*“En el proyecto que aprobó en el Senado se establecía en el numeral 5 del artículo 250, modificado por el artículo 9° del proyecto, que la Fiscalía debía solicitar al juez de control de garantías la autorización para acusar. Esta facultad recibió serias críticas por parte de la academia, concretamente del Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca, y del mismo Gobierno del Presidente Uribe Vélez, quienes consideraron que era inconveniente, por ser una indebida intromisión de las autoridades judiciales en las labores de investigación de la Fiscalía, y no es conveniente que la justicia de instrucciones o direcciones a la entidad investigadora. Por lo mismo, esta función fue eliminada en el nuevo texto, y consideramos que es procedente su eliminación. De tal forma que lo que debe hacer el Fiscal es presentar un escrito de acusación, con el fin de dar inicio al juicio público, oral, contradictorio y concentrado, pero además, se le agregó en su paso por la Cámara de Representantes, ¿y con todas las garantías?, dentro de las que se deben establecer un tiempo suficiente para preparar la defensa, la de contar con un intérprete en el caso en que el sindicado no se pueda dar a entender en el idioma castellano.*

*En el informe de ponencia para primer debate, en la primera vuelta, dijeron los Ponentes que esa facultad de solicitar al juez autorización para acusar, debería ser entendida como una forma de control al poder omnímodo del Fiscal, con la finalidad de servir de filtro para determinar si tenía o no fundamento para acusar. Esa argumentación, hoy sigue teniendo vigencia, no obstante que ya no existe esa facultad de la Fiscalía. Sencillamente ese control o filtro se irá a realizar en una diligencia posterior a cuando se trabe la litis, en una audiencia similar a la que existe en el C. de P.P. en el artículo 401, denominada Audiencia Preparatoria.*

*De todas maneras hay que dejar en claro que la responsabilidad política de acusar, con fundamento o sin él, es exclusiva del ente acusador”.*

Sin mediar una explicación teórica o dogmática de las consecuencias de suprimir el control de la acusación, el legislador simplemente optó por suprimir esa garantía fundamental apoyándose en supuestos que preveían un trabamamiento de la Litis en etapas posteriores del proceso penal, pero sin indicar cuáles o de qué forma sería remplazado el estadio procesal y estructural de la acusación.

Por otra parte, se entendió el control como una intromisión indebida de los jueces en la investigación de la fiscalía, aplicando un criterio totalmente desacertado, pues la investigación del Estado finaliza cuando se realiza la formulación de la acusación, es decir, en este momento ya han precluido las facultades del acusador que le permitían continuar con actividades de investigación y lo que se busca es examinar si cuenta o no con el mérito probatorio suficiente para convocar a una persona al Juicio, definiendo los límites formales y materiales del debate penal. Entonces, como se anticipó, no podía recaer en el investigador el análisis de la causa penal que aquél ha guiado porque eso equivale a otorgarle funciones de juez y parte.

No tiene sentido remediar la actuación de un funcionario como el fiscal, de carrera, con responsabilidades políticas, pues son dos ámbitos totalmente opuestos y que contradicen la distribución de funciones de las ramas del poder público.

#### 7.5.2 POSTURAS DE LOS REDACTORES DE LA LEY 906 DE 2004

Del Acto Legislativo que buscó cambiar el modelo de justicia penal que se administraba en Colombia, se desprendió el desarrollo normativo que diseñó toda una estructura procesal penal. Para ello se conformó una Comisión Redactora, quien no fue ajena a la presentación de la problemática del control material de la acusación.

Se manifestaron dos posturas diametralmente opuestas, una, exigiendo un debate serio frente al control de la acusación y las posibles vulneraciones al debido proceso que generaría su omisión en la Ley y, otra, rotundamente opuesta de los controles de la acusación, las que se pueden resumir así:

1) Una postura inquieta y requirente de un debate a fondo sobre el tema, fue la expresada por el destacado y desaparecido jurista Dr. Adolfo Salamanca Correa<sup>167</sup>, quien dentro de sus argumentos más agudos expuso como consta en el Acta No. 023<sup>168</sup>:

*“El doctor Salamanca recalcó algunos temas que tienen que ver con la estructura misma del proceso como quiera que son esenciales para poder entrar en el debate. Indicó que desde siempre y hasta hoy, en la comisión se ha partido del supuesto que el esquema del proceso que se trae aquí está aprobado, cuando la estructura del proceso nunca se discutió, pues solo hubo una presentación del doctor Julio Andrés Sampedro sobre lo que la Corporación concebía que debía ser el esquema; sin embargo (sic) en algún documento que se entregó muy al comienzo de las sesiones se dijo literalmente: “Después de un amplio análisis se optó por recoger una buena parte del trabajo de la Corporación Excelencia en la Justicia haciendo salvedades específicas siendo la más destacada suprimir la fase intermedia””*

(...)

*“Señaló que justamente la existencia de esa fase intermedia es un filtro importante y trascendente, constituye un control elemental y normal que cualquier sistema judicial y de procesamiento adopta para evitar justamente que ocurran irregularidades y que una persona que debe presumirse inocente, cuando de antemano se conoce que no hay elementos de juicio serios, sea acusada con toda la trascendencia y el efecto negativo que ella tiene. Agregó que el Estado tiene un arma demasiado poderosa cuando no hay posibilidad de control y gobierno de la acusación, generándose violaciones al debido proceso y al ejercicio de la defensa en términos equilibrados. Precisó que es necesario que la comisión revise la posibilidad de que no solamente exista esa etapa de indagación secreta para que el Estado no este maniatado frente a la delincuencia, sino además la etapa que da la posibilidad de que la acusación tenga control para evitar los efectos negativos que pueda tener la ausencia de control”.*

---

<sup>167</sup> Planteamientos que en múltiples ocasiones coincidieron con los expresados por el Dr. Carlos Eduardo Mejía.

<sup>168</sup> Acta no. 23 de 27 de junio de 2003. Osorio Isaza, Luis camilo & Morales Marín, Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y actas. Bogotá. Gustavo Ibáñez. 2005. P. 565

2) La postura defendida por el jurista Jaime Enrique Granados, quien en más de seis intervenciones defendió una idea férrea e inamovible evitando que se diseñaran mecanismo de control material de la acusación, se resume en una frase que aún hoy retumba en la praxis del sistema penal:

*“Concluyó que la propuesta de un control formal de la acusación es equilibrada y le da fortaleza a la fiscalía **para que no tenga a nadie que interfiera en su tarea**”<sup>169</sup> (negrilla adicionada al texto original)*

La franqueza del jurista permite concluir que al momento de construir el diseño de nuestro sistema penal se dejó de ver la Audiencia de Juicio Oral como el objetivo del proceso, pasando a contemplar ese supuesto sistema acusatorio-adversarial como el camino más fácil para lograr condenas, para lo cual la fiscalía obtuvo un poder desbordado e incontrolable.

Para apoyar su tesis, el integrante de la Comisión presentó los siguientes argumentos:

*“Respecto de la consideración hecha por el doctor Salamanca, señaló que el mismo Constituyente decidió, en el numeral 4 del artículo 250 de la Carta, que una vez se presente la acusación se entra al juicio oral, sin etapa intermedia y esa es una interpretación que se deriva de los antecedentes. Indicó que la propuesta de la Corporación en los artículos 272 y siguientes, se incluía un control de la acusación a través de un acto formal, no material por cuanto en el sistema acusatorio la prueba únicamente se descubre a partir de la acusación, entonces sería problemático estructurar una fase intermedia cuando la prueba solo arranca en ese momento”<sup>170</sup>*

La dialéctica del jurista exhibe un conjunto de falacias abismales que rompen la lógica de un sistema acusatorio- adversarial, las que se pueden esquematizar de la siguiente manera:

---

<sup>169</sup> *Ibidem*

<sup>170</sup> Acta No. 19 del 30 de mayo de 2003. OSORIO y MORALES, Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y actas. Bogotá. Gustavo Ibáñez. 2005. p. 445

- a) En la acusación se descubren los elementos materiales probatorios y evidencias que surgieron del resultado de la investigación del acusador, ello como garantía de defensa e inicio del derecho de contradicción.
  
- b) Se considera prueba dentro del sistema mencionado, aquel elemento o medio de prueba que ha sido sometido a la contradicción y ha sido admitido por el Juez de conocimiento en la Audiencia de Juicio Oral, por ello aquí no arranca una fase probatoria frente a la responsabilidad penal del procesado.
  
- c) Justamente realizar un análisis de evidencias en esta etapa del proceso se muestra como indispensable para estudiar la causa probable de la acción penal.
  
- d) El control de la acusación no es una institución de que se haya planteado exclusivamente por interés de los legisladores colombianos; por el contrario, en los modelos de justicia como el de Estados Unidos y Puerto Rico, la acusación parte de un control ante el *gran jury* y no ofrece ningún problema estructural.
  
- e) Aquí no se realiza debate probatorio, justamente porque se analizan solo las evidencias de la fiscalía como resultado de la investigación, por ello no es necesario el uso de evidencias de confrontación intrínseca o extrínseca por parte de la defensa.

La construcción de la ley 906 de 2004 corrió con el infortunio de no haber generado verdaderos debates sobre el control material de la acusación, desatendiendo la importancia de esa institución para la protección de derechos fundamentales y orientándose por una postura que facilitara el proceder de la fiscalía, simplemente respaldándose en presunciones de buena fe frente a los funcionarios y atribuciones de responsabilidad política que resultan imposibles de aplicar en la realidad de la justicia penal.

Se advierte una cadena de omisiones legislativas deliberadas, que empiezan por acoger la propuesta cohonestada entre la Corporación Excelencia en la Justicia y la Fiscalía General de la Nación, dejando el proyecto huérfano de controles en la acción penal, allí se inclinó el constituyente, de forma severamente cuestionable,

por evitar la intromisión de los jueces en el proceder del Ministerio Fiscal, para terminar abriendo la posibilidad de evadir el tema en el Congreso a la hora de redactar la Ley 906 de 2004. La construcción de un proceso sin controles no devino de inadvertencias en el tema, sino de la notoria intención de construir una ley que permitiera condenas sin obstáculos, es decir, un marcado eficientísimo procesal que silenció los derechos del acusado y prácticamente convirtió el sistema de enjuiciamiento en una herramienta de dominio irregular en las esferas políticas y sociales.

Una omisión de tal magnitud llevó a entender la ley procesal como una normativa que no guarda fidelidad a la Carta Política sino con las conveniencias de algunos sectores ampliamente influyentes en el gobierno de turno, facilitando que la justicia penal se acomode a diversos intereses políticos y no a las necesidades de la sociedad.

El fatal destino que marcó para la justicia penal la omisión del constituyente derivado con el Acto Legislativo 03 de 2002, se concretó al cerrar el camino para tratar de incluir los principios democráticos y derechos fundamentales en la administración de justicia penal, pues si bien no llegaron al punto de prohibir de forma expresa el control material de la acusación, el desarrollo sistémico del proceso obliga a acusar directamente al Juez de conocimiento, es decir, que una normatividad diferente hubiese implicado desconocer el diseño de justicia que se instituyó por el constituyente, aspecto que no es posible hacer con una Ley Estatutaria.

## 7.6 POSIBLES SOLUCIONES

Dentro de la praxis penal han surgido distintas opciones con la pretensión de generar una salida a la grave vulneración de derechos fundamentales que se aprecia en el proceso penal, independientemente de que se absuelva o se condene, al no tener una etapa intermedia que controle el poder de acusar; entre ellas, autores destacados como URBANO<sup>171</sup> han identificado las siguientes:

---

<sup>171</sup> Op. Cit. p. 55 y ss.



## 7.6.1 REFORMA CONSTITUCIONAL

Los presupuestos iniciales para debatir el Acto Legislativo 03 de 2002 indican la conciencia que se tuvo frente a la importancia de evitar desmanes en la acción penal, se indicó el valor de la acusación, sin embargo, más adelante los cuestionamientos y el deseo por un camino eficientista para la Fiscalía, llevaron a su inesperada eliminación.

El autor precitado indica que el artículo 250.4 superior admite una segunda interpretación, contraria a los intereses de los redactores de la normativa penal: *“el escrito de acusación se promueve “con el fin de dar inicio al juicio”, sin que se dé a entender que, tras la presentación del escrito, el inicio del juicio se ha de dar de manera inexorable, pues ese propósito puede verse frustrado si la acusación no supera el control judicial. (...) Ahora, si bien en esa norma se dice que el escrito de acusación debe presentarse ante “el juez de conocimiento”, nada se opone a interpretar esa expresión de manera compatible con el sistema de garantías inherentes al proceso penal, de tal forma que se entienda que allí se alude al juez competente para conocer el juicio de acusación, el que puede ser el juez de las audiencias preliminares u otro juez distinto al de juzgamiento”*

La visión del autor indica que no es necesaria la reforma al artículo 250.4 Constitucional porque una interpretación sistemática y afianzada en la protección de los derechos fundamentales, permite realizar el control de la acusación por un juez distinto al que resolverá de fondo; sin embargo, la postura del jurista implica no solo variar la interpretación de una norma fundamental, sino la disposición de un alto Tribunal como la Corte Constitucional o la Corte Suprema para legislar, pues abarcaría la Ley Estatutaria que regula el procedimiento para administrar la justicia penal, obligando, mediante sentencia, a disponer de un nuevo funcionamiento para la justicia.

Incluso avanzando un poco más allá de la postura planteada, el artículo 252 supremo, que no fue objeto de reforma, establece que ni siquiera en los Estados de Excepción que consagra la Constitución le será permitido al gobierno, suprimir, modificar los organismos, las funciones básicas de acusación y juzgamiento, lo que permite dos interpretaciones frente al tema planteado:

a) Como se ha visto, para considerar que un sistema de enjuiciamiento cimienta su estructura sobre el control a la acción penal mediante un juicio de acusación, esa etapa de examen tiene que tener una real funcionalidad, de lo contrario es un simple acto de impulso procesal; entonces, si el artículo 252 Constitucional ya preveía que el sistema procesal penal debía respetar las funciones básicas de la acusación y juzgamiento, una interpretación en conjunto con el reiterado artículo 250.4 implicaría que la Ley 906 de 2004 es contradictoria a su querer y por ello nació siendo inconstitucional, porque se requería de una Ley que separara las funciones judiciales de control a la acción y juzgamiento, para establecer una etapa intermedia que permitiera un real límite al poder político de la acusación penal.

b) Una simple interpretación armónica de las normas expuestas, presenta la posibilidad de afianzar la postura del autor citado, imprimiéndole un significado proteccionista de las garantías supremas del procesado y, de paso, permitiendo que se articule adecuadamente la distribución de funciones entre aquellos jueces que deciden de la acusación y quienes lo hacen de fondo.

En conclusión, si bien en lo analizado en precedencia se encuentra la ventaja de no requerir inexorablemente una reforma Constitucional, sí amerita una reforma legal, de lo contrario, la única salida sería la Interpretación de un alto Tribunal y ello desbordaría sus funciones.

## 7.6.2 DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Se fundamentaría, como lo resalta el autor, en las siguientes premisas:

a) La interpretación del derecho comparado ha llevado a encontrar en el control de la acusación una garantía máxima del debido proceso.

b) En Colombia ya existen procesos como los de los altos aforados y la reciente reforma a la justicia penal militar (Ley 1765 de 2015) que contempla el juicio de acusación.

- c) Colombia pretendió consagrar una etapa de acusación en su normativa procesal penal.
- d) Resulta ser una omisión legislativa relevante por desconocer derechos fundamentales.

La Corte pretendiendo respaldar la intención del legislador que se decidió por un control débil de la acción penal, se vería impedida para regular dicha materia, pero más allá de la postura del jurista citado, se encuentra el ya señalado inconveniente de entregarle a la Corte la función legislativa, pues no solo tendría que indicar la interpretación de una norma, sino reorganizar la administración de justicia, que por más de que se haga mediante sentencia integrativa, implica la modificación severa de la Ley Estatutaria, afectando el rol de cada parte dentro del proceso penal.

Claro está que la omisión legislativa deliberada, generada por los redactores del código, da pie a un estudio de la presentación del proyecto legislativo y sus correspondientes debates, con el ánimo de exhortar al Congreso a la presentación de un nuevo Acto Legislativo que analice e integre a fondo las finalidades del acto de acusar y, como exigencia ineludible, restrinja las facultades ingobernables de la Fiscalía General de la Nación. Tal reivindicación no solo opera a favor de la ciudadanía y de las personas que son procesadas, sino también, de las personas que integran la Fiscalía, pues sobre ellas recae una responsabilidad política que si bien resulta inoperante a la luz de la praxis judicial, sí cuestiona profundamente la legitimidad de su actuar en la litis penal.

### 7.6.3 LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Esta alternativa presenta un cuestionamiento aún mayor, pues dejaría a la interpretación de los Magistrados la definición de los derechos fundamentales del procesado y de la sociedad, atribuyéndoles la responsabilidad de legislar, reacomodar roles y por medio de sentencias indicar el procedimiento a seguir en la audiencia de acusación. En pocas palabras, implica nuevamente buscar en las sentencias reformas estatutarias para administrar justicia.

## 7.6.4 CONTROLES INTERNOS Y EXTERNOS

### 7.6.4.1 INTERNOS

La ética y el respeto por la Justicia han llevado a sistemas procesales como el de Estados Unidos y Puerto Rico a establecer controles dentro de la misma fiscalía – *internos*- para evaluar la necesidad y la fortaleza de la acusación, como un mecanismo adicional y anticipado de transparencia que busca evitar desgastes innecesarios en la administración de justicia. Pretender ingenuamente como lo hizo el legislador colombiano, atribuir a la discrecionalidad y voluntad interna de la fiscalía como órgano de acusación, elevar un propio examen de la acción penal, no fue sino atribuirle funciones de juez y parte, con la gravedad de combinar la responsabilidad política y judicial en un funcionario que responde a las directrices de quien coordina dicho órgano.

Ese autocontrol que resulta limitado no puede remplazar la función de la justicia para regular de forma externa la persecución de la acción que eleva el Estado, lo contrario es la fórmula más específica de un sistema inquisitivo que permite a quien investigó y está convencido de acusar, revisar su propio actuar.

### 7.6.4.2 EXTERNOS

Dentro de los controles externos se pueden encontrar acciones como la nulidad y la tutela, ambas orientadas a proteger los derechos fundamentales de la persona cuando se presentan vías de hecho y desarrollos incongruentes con lógica procesal penal garantista.

La nulidad se presenta como una opción frente a acusaciones abiertamente infundadas, vagas, gaseosas, que no responden a los mínimos exigibles para poder considerar que una conducta es posiblemente un delito y que, además, la persona acusada es probablemente autor o partícipe; sin embargo, esta alternativa enfrenta grandes cuestionamientos:

a) La acusación, al quedar sin controles y a discrecionalidad de la Fiscalía General de la Nación, es decir, sin participación efectiva de la sociedad –

*mediante el jurado-* o la judicatura, es un acto de parte que no tiene mayor funcionalidad sino la de dar impulso procesal y convocar al juzgador. Además, permitir la anulación de un acto de parte conlleva a facilitarle al acusador su corrección y, en desmedro de la parte que no generó la afectación, volver a presentar la acción penal con adiciones o correcciones que no deben ser susceptibles de aplicación por esta vía procesal, pues resulta ser una violación al debido proceso generada por el acusador, pero a la vez el único beneficiado sería este último<sup>172</sup>.

b) No resulta ser un control efectivo, porque si bien podría llegar a implicar la reformulación de la acusación por su grave afectación a derechos fundamentales, no significa que su nueva presentación esté acorde con los criterios orientadores del derecho comparado para presentar una correcta acción penal, entonces, se cae en un círculo que termina por afectar al procesado quien es el que tiene que soportar la incertidumbre judicial.

c) Se agrava aún más la situación para el procesado cuando se busca la nulidad desde la Formulación de Imputación, pues implica la posibilidad para la fiscalía, causante de la nulidad, de corregir no solo aspectos jurídicos o de presentación de la acusación, sino la de modificar hechos y agravar la condición del procesado.

d) La nulidad obligaría al funcionario judicial a realizar un análisis de fondo, que puede terminar siendo solo de carácter superficial, sin embargo implica un análisis sustancial de la acción penal, función que no le está atribuida el juez de conocimiento.

e) Puede llegar a entenderse que la nulidad no va direccionada al acto de parte de la fiscalía, sino a un acto procesal, porque si bien reside exclusivamente en cabeza del acusador, integra una etapa procesal, aspecto que debería permitir alegar la trasgresión de los derechos fundamentales porque ningún estadio judicial puede estar desprovisto de ellos, ni mucho menos desconocer el debido proceso.

---

<sup>172</sup> Se hace la salvedad en materia de Libertad por vencimiento de términos, pues la nulidad de la acusación puede generar dicha causal de libertad.

Al respecto, la contra argumentación llevaría a estudiar la funcionalidad del acto procesal de “acusar” en Colombia, y, como se mencionó, su diseño bajo el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, indican que su objetivo no es el de acusar –dentro de una interpretación de derecho comparado-, sino el de abrir una etapa procesal distinta, convocar a un juez de conocimiento y permitir el conteo de unos términos procesales, entre otros objetivos como estudiar la competencia y demás aspectos no necesariamente ligados a la acusación. Entonces, si la funcionalidad de ese acto procesal se limita a los puntos señalados y, además, no puede abordar más campos por la mismidad del Juez en la audiencia de acusación y juzgamiento, su objetivo se cumple dentro de un camino procesal que está destinado a buscar prontas condenas y un actuar sin obstáculos para la fiscalía.

Si el objetivo del acto procesal denominado “acusación” es tan reducido frente a los derechos del procesado y amplio de cara a las facultades de la fiscalía, entonces no basta con la nulidad del acto procesal, es necesaria una reforma al sistema, porque lo contrario sería un mero control excepcional que deja por fuera múltiples aspectos de indispensable estudio en la acción penal, como lo es, entre otros, la causa probable.

Suerte similar correría la acción de tutela que estaría supeditada a la vulneración de derechos fundamentales cuando se presenten acusaciones por hechos que a simple vista no comportan la condición de delitos, sin embargo, pese a que puede tener una gran aplicación cuando, por maniobras del acusador, los derechos del procesado se vean ultrajados, no es un límite efectivo a la acción penal, pues sería una solución excepcional, amparando eventualmente el derecho del procesado, pero sin analizar la fortaleza de la acusación.

Como se ha indicado, al ser soluciones eventuales y de carácter extremo, no se presentan en todos los procesos y dependen de criterios subjetivos del juez sobre la acción penal en donde tampoco podría abordar aspectos como la causa probable y la justificación del juicio, por la imposibilidad que brinda la funcionalidad del acto procesal, dejando el proceso y la situación del acusado abierto a interminable incertidumbre judicial.

Con todo, al ser esas posibilidades de controles externos a la acción penal de carácter excepcional y eventual, de tal manera que no corresponden a la

estructura íntegra del sistema, pues presentan una intermitencia que no las convierte en un camino riguroso y necesario para todo proceso punitivo, y, por otro lado, su aplicación queda sujeta a criterios de interpretación que no permitirían su adaptación a todas las causas penales, se vulnera el principio de igualdad.

Finalmente, la naturaleza de la nulidad y de la tutela no tiene como fin delimitar a la acción penal, por ello, pese a existir la posibilidad de acudir a éstas en casos extremos, sigue sin resolver el problema de fondo para todo proceso penal. La acción penal continúa ingobernable y ningún mecanismo permite su evaluación de fondo, pues éstas a lo sumo obligarían a retrotraer la actuación, pero no a ajustarla a límites que impidan un abuso con causas penales, bien sean evidentes o aparentes. Piénsese por ejemplo en una acusación que de forma notoria desborde todo parámetro de la lógica penal, y, mediante una acción de tutela o nulidad<sup>173</sup> se retrotrae la actuación y es corregida, siendo presentada nuevamente por el acusador con un orden y claridad que aparentemente tenga asidero en la justicia penal, pero en donde no existe en realidad una causa probable; entonces, otra vez el juez quedaría impedido para controlar de fondo la acusación sin alternativa distinta que permitir la continuación del proceso, por ello, aunque pueden remediar algunos casos, no son efectivas porque no se le ha atribuido a ningún juez de la República el estudio de la causa probable y la tutela o nulidad, no lo pueden provocar.

#### 7.6.5 LA SENTENCIA DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO: ¿MECANISMO EXTERNO ADICIONAL?

Ante la imposibilidad para la justicia de solucionar la falla sistémica de ausencia del control material de la acusación, se ha llegado al punto de expresar el resignado argumento de encontrar en la sentencia un límite al poder de acusar. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

*“Lo anterior, porque la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar”<sup>174</sup>.*

---

<sup>173</sup> Si se acoge la postura de ser susceptible de nulidad por considerarse, además de un acto de parte, un acto procesal.

<sup>174</sup> Sentencia 39892 del 06 de Febrero de 2013 M.P. José Luis Barceló Camacho

Ésta postura coincide con los postulados de la justicia adversarial, en donde el éxito de las pretensiones se marca por su fortaleza probatoria y argumentativa en la Audiencia de Juicio Oral; sin embargo, resulta no menos que indigno para cualquier persona tener que someterse a todo un proceso penal cuando se presentan acusaciones sin mérito para ello, sin analizar la causa probable y sin controles. Obligar a una persona a resistir los embates de un proceso penal sin poder ejercer el derecho de contradicción, sino hasta llegar a la audiencia de Juicio Oral, reporta una violación directa del debido proceso y un desgaste injustificado para la administración de justicia.

Si se le suma a lo anterior que la justicia colombiana ha permitido la variación del aspecto jurídico de la acusación, siempre y cuando sea más favorable para el procesado, se arriba a la conclusión de que la sentencia será el peor de los controles para la acción penal, pues la persona puede resultar condenada atendiendo a calificaciones jurídicas distintas – así sean más favorables- que surgen del criterio del juzgador pero que nunca fueron contempladas en el juicio de acusación, lo que abre la puerta a una infinidad de criterios interpretativos sobre la acción penal, primero en el fiscal y luego en el juzgador. Lo anterior resulta ser otra arista de la vulneración al debido proceso, a la contradicción, al derecho de defensa, a la economía procesal, contrario a ser un control por lo menos confiable de la acción penal.

#### 7.6.6 REFORMA LEGAL

Si ninguna de las otras alternativas permite una solución sistemática de los elementos existentes – *normas supremas y ordinarias*- para evitar la notoria vulneración al debido proceso, dignidad humana y desgaste procesal, resulta apremiante una reforma que modifique el funcionamiento del proceso y que construya una etapa intermedia en cabeza de un juez distinto al de conocimiento. Como se anticipó, no resulta necesaria una reforma constitucional para poder adelantar esa modificación Estatutaria, sería suficiente con una interpretación sistemática de los artículos 250.4, 252 de la Carta y las exigencias del derecho internacional en materia de juicios penales para la protección de las garantías sustanciales de toda persona.

Sin embargo, para evitar confusiones a la hora de interpretar el artículo 250.4 dejando abierta la posibilidad de que, más adelante, se presenten nuevas reformas a las leyes, eliminando las garantías procesales, fruto de intereses



particulares que busquen utilizar el proceso penal como una herramienta política, se muestra como necesaria una reforma constitucional que clarifique los presupuestos indispensables para implementar de manera efectiva un sistema penal democrático.

La misma Constitución exige una reforma al sistema de enjuiciamiento criminal colombiano para adaptarlo a sus principios y permitir una efectiva protección de los derechos fundamentales de las personas, limitando el poder indiscriminado de acusar. Dicha modificación recae exclusivamente en el poder legislativo en deuda con la sociedad colombiana, el que encuentra en mora de incluir los postulados democráticos en el diseño de enjuiciamiento criminal.

Un argumento adicional que incrementa la urgencia para modificar la ley, se encuentra en la vulneración al principio de igualdad que se presenta en la actualidad con los procesos de los aforados y la justicia penal militar, pues, como se destacó en párrafos precedentes, las dos legislaciones consagran la institución del control material de la acusación en su estructura procedimental, tanto nominal como funcionalmente. Cambios e inclusiones que se originaron por la conciencia de ajustar sus procedimientos a modelos democráticos, permitiendo el resguardo de las garantías sustanciales y el progreso de una justicia que entendió la importancia de controles políticos y jurídicos a la persecución penal<sup>175</sup>, al igual que los altos aforados. En la búsqueda de soluciones, cualquier ciudadano podría sentirse legitimado para acudir a este tipo de controles y resguardar sus derechos fundamentales, sin embargo, la competencia asignada a estos modelos de justicia impide que puedan llegar a tomar una decisión de carácter vinculante y arrogarse funciones que no les han sido asignadas por el legislador, por lo que resultaría infructuoso el estudio de la acción penal por un juez que, en el caso de la justicia penal militar, tiene su especialidad justamente en la disciplina castrense, y, en el caso de los altos aforados, su funcionalidad está dirigida al resguardo de un cuerpo colegiado que activa su competencia en razón del fuero.

Por supuesto la reforma no solo debe estar orientada a diferenciar entre el juez de acusación y el juez de conocimiento, debe establecerse la obligación de

---

<sup>175</sup>Labio Araque Vargas: “La Justicia Penal Militar de hoy ofrece más garantías”. *Ámbito Jurídico*. 23 de julio de 2010: “[L]a inclusión de un capítulo que reforma institutos de ese sistema penal oral acusatorio previsto en el Código Penal Militar (CPM, L. 1407/10), que establece la figura del control material de la acusación. El penal ordinario no cuenta con esta última figura; allí una persona puede ser llevada a juicio con un escrito de acusación, que no tiene control material, ni es susceptible de recurso alguno. Aquí, el fiscal tiene que ir ante un juez de garantías”.

acreditar una causa probable, permitir los mecanismos de contradicción, generar la posibilidad de interponer mociones para regular aspectos de la audiencia y los efectos de las decisiones del respectivo juez. Como se ve no es una tarea fácil, requiere de un cambio profundo que repare el abismo que se encuentra entre la investigación y el juzgamiento, reorientando el sentido del proceso penal para tener como norte el Juicio Oral y como límite al poder del Estado los controles a la acusación, así, se facilita de paso una interacción de la sociedad con la justicia, entregándole al juez el papel de defender unos derechos que han sido el resultado de profundas luchas democráticas, defensa que le sería imposible en un sistema de enjuiciamiento inquisitivo en donde el acusador decide cuáles son sus límites y obliga al procesado, como si se tratase de un instrumento, a someterse al proceso hasta que finalice con la sentencia sobre responsabilidad penal.

## 8. CONCLUSIONES

\* El principio acusatorio se encuentra compuesto por los siguientes factores: 1) una solicitud de juicio denominada acusación; 2) Independencia entre el juzgador y acusador, quien realiza la acusación no puede ser la misma persona que juzga; 3) Se materializa el principio de congruencia, pues es precisamente la acusación el acto procesal que sirve como punto de referencia y comparación para equiparar la sentencia a los límites del desarrollo del proceso y del debate probatorio; 4) En la fiscalía no pueden recaer facultades que le permitan la afectación de derechos fundamentales y emitir decisiones que hagan tránsito a cosa juzgada, como sería resolver sobre la procedencia de su propia acción penal, esto en aras de la protección de un modelo de justicia dentro de un sistema democrático. Lo contrario resulta ser una facultad propia de regímenes autoritarios en los que el acusador tiene el poder suficiente para silenciar al juez y a la contraparte.

\* De otra parte, “acomodar” forzosamente la intervención de la víctima a actuar de la fiscalía y, de paso, condicionarla a su éxito, es negar de entrada la legitimidad de quien se considera lesionado y utilizarlo para impulsar una acción penal, pero, sorteando su reparación e indemnización al destino del juicio. Situación muy distinta afrontaría el sujeto pasivo de la conducta punible si se le permitiese ejecutar acciones prontas y dinámicas en jurisdicciones como la civil, en donde pueda reclamar verdad, justicia y reparación. Su intervención en modelos de justicia como el de la CIDH obedece a un contexto donde el accionado es directamente el Estado y la búsqueda de la verdad está relacionada con la violación de Derechos Humanos por parte del demandado, procesos donde se justifica plenamente su intervención.

\* La investigación y el acto de acusar conllevan drásticas intromisiones en la esfera íntima de las personas generando afectaciones a derechos fundamentales, motivo que justifica y exige controles judiciales. Dicho control es una garantía reguladora del poder político que implica la persecución de la acción penal y depura el proceso al punto de analizar si existe mérito suficiente – entiéndase elementos materiales probatorios y motivos fundados- para poder arribar a la audiencia de juicio oral, en otras palabras, es el análisis del aspecto de fondo de la acusación.

\* El hecho de realizar un examen de fondo sobre la acusación no implica decidir sobre la responsabilidad de la persona procesada, por el contrario, atañe

al control sustancial sobre la acción penal, pues la investigación comporta igualmente una injerencia sobre los derechos fundamentales de la persona que merece ser evaluada al momento de estudiar la acusación, desprendiendo de allí el soporte evidenciario de la misma.

\* Resulta apenas lógico que el estudio sobre la acusación no pueda ser realizado por el mismo Ministerio Fiscal, y, tampoco, deba ser sometido al estudio del juez de conocimiento. Un planteamiento antípoda implica destruir la garantía de imparcialidad propia de un sistema adversarial y, contrario a fortalecer las garantías procesales, reduce el derecho de defensa, siendo una consecuencia natural por el solo hecho de ser tocado por la acusación, independientemente de que no decida de fondo sobre la responsabilidad penal, si se verá contaminado por el material probatorio y la exposición a argumentos que lo llevan a concluir una causa probable y fundamento en la acusación.

\* La investigación forense reporta para toda persona una drástica intromisión en sus derechos fundamentales, actuación que se regula a nivel internacional de distintas maneras. Sin embargo, la diversidad regulatoria del asunto – a nivel de derecho comparado- no desconoce la trascendencia del control de la acusación como tamiz para adecuar las actuaciones del abogado representante del Estado a las exigencias de la justicia y al respeto por los derechos de la defensa técnica y material, requisitos que son ineludibles tanto en el aspecto formal como en el sustancial, sin desconocer que, aunado a lo anterior, es imprescindible el análisis sobre las evidencias que soportan la pretensión del fiscal.

\* Los controles de la acción penal -posteriores a la intervención del juez o jurado de acusación- en el estadio de la comunicación de la misma, se puntualizan en tres escenarios de carácter procesal y sustancial, de la siguiente manera:

1) Se presenta un análisis de forma en la acusación que en la mayoría de ocasiones amerita simples correcciones que, salvo afectación a derechos fundamentales y trasgresión a la defensa, son susceptibles de ser corregidos en la(s) audiencia(s) diseñadas para la comunicación de la misma.

2) Los cuestionamientos de fondo sobre la acusación pueden incluso llevar a postular la cesación del procedimiento y presentan diversos campos a abordar, entre ellos: que la acusación en realidad no imputa un delito, la vulneración del

principio de non bis in ídem al estructurar concursos aparentes de tipos penales, una acumulación errónea en los hechos y solicitudes para que se aclaren aspectos facticos de la acusación, entre otras, que surgen de la praxis independiente de cada Estado.

3) Adicional a los cuestionamientos u observaciones del aspecto fáctico, se encuentra la posibilidad de analizar la fortaleza probatoria del Ministerio Fiscal frente a la “causa probable”, atendiendo específicamente al cúmulo de evidencias con las que cuenta el acusador para probar los cargos en contra del procesado.

\* El control de la acusación está lejos de ser un mecanismo accesorio o accidental que se aplica según la necesidad de una sociedad o que hace parte de un modelo específico de juzgamiento adoptado o creado por un Estado. Por el contrario, es la institución procesal que soporta las bases políticas y democráticas para que una persona sea llamada y juzgada por la sociedad. Sin el control de la acusación no solo la persona procesada se va a ver asaltada por un mecanismo de juzgamiento que oculta y deja a la interpretación exclusiva del acusador los cargos por los cuales se realiza el juicio oral, sino, por extensiva pero ineludible relación, la sociedad en su entera amplitud se verá sometida a un proceso penal en el cual nunca tendrá la certeza de conocer claramente las acusaciones penales, sin entender el verdadero significado de dicha etapa procesal, negando la participación y el acceso de las personas a la justicia y a un proceso debido, es decir, quebrantando la función democrática de la justicia.

\* Con todo, se han tratado de esbozar algunas alternativas para la solución de la señalada omisión legislativa deliberada, entre ellas la de acudir a una reforma constitucional, a demanda de inconstitucionalidad, una línea jurisprudencial, controles internos y externos, la sentencia de juicio como control de la acusación y una reforma legal. Cada una ofrece las siguientes problemáticas:

1. Las que proponen acudir a decisiones de las Cortes se muestran bastante complejas por cuanto ello implicaría un cambio en la administración de justicia y la facultad de legislar que no les ha sido atribuida.

2. Los controles internos se muestran como ineficaces, además de ser rezagos del sistema inquisitivo que atribuía a un mismo funcionario las facultades de juez y parte. Con la consagración de la ley procesal penal vigente, recae en el

acusador la potestad de decidir la magnitud de su acusación y el soporte probatorio.

3. Los controles externos como la nulidad y la tutela, enfrentan grandes problemas para su operatividad:

a. La primera operaría frente a un acto de parte y no a uno procesal.

b. El generador y el beneficiario de la nulidad sería la fiscalía.

c. No se puede buscar la nulidad del acto procesal porque su finalidad se ha reducido a un simple impulso judicial, entonces, teóricamente cumple con su objetivo dentro del proceso penal.

d. La tutela se presentaría sobre vías de hecho, dándole un carácter eventual y extraordinario.

e. Tanto la tutela como la nulidad carecen de la finalidad de controlar la acusación.

f. No solucionan el problema de fondo pues su operatividad es ocasional y están supeditadas a interpretaciones del juzgador.

g. Al ser mecanismos excepcionales y eventuales, vulneran el derecho a la igualdad frente a los demás ciudadanos.

h. Aumentan la incertidumbre judicial, pues si bien eventualmente podrían retrotraer la actuación, siguen sin poder acceder al fondo de la acción penal.

4. La sentencia como remedio a la acusación, implica obligar al ciudadano a soportar la carga de un proceso penal sin que exista realmente justificación para ello, y, dada la posibilidad de variar la calificación jurídica, se muestra como el más débil e incierto de los límites que se pueden imponer a la acusación.

5. No es posible acudir por principio de igualdad y favorabilidad a la justicia penal militar y a la de altos aforados para tratar de controlar las acusaciones, pues su competencia no se lo permite e implicaría reestructurar la administración de justicia penal ordinaria.

6. Por último, si bien no es estrictamente necesaria una reforma constitucional por la interpretación humanista y progresista que se le puede dar a los artículos 250.4 y 252 de la Carta Política, si es necesario acudir a una reforma legal que permita variar la administración de justicia.

\* Como la Ley 906 de 2004 cercenó las garantías democráticas frente al procesado y respecto de toda la sociedad, convirtió la acusación en un campo oscuro del que solo sabe los límites y la interpretación el acusador, pero que nadie más puede tocar, entregándole la naturaleza de acto de parte ingobernable y excesivamente lesivo de derechos fundamentales. Si la garantía del juicio como centro del proceso penal no existe en Colombia, obligando sin justificación alguna al defendido a resistir toda la presión del proceso sin poder intervenir efectivamente, sin cumplirse ninguno de los fines de la etapa intermedia, entonces, el acto de parte no tiene funcionalidad real como acusación, sino como simple acto de impulso procesal, pasando directamente de la investigación al juzgamiento.

\* Al ser un proceso con etapas que aparentemente son claras, pero que quedan a la interpretación y criterio de la parte acusadora, no solo se le vulnera al acusado el derecho al debido proceso, sino a la sociedad en general que no sabe qué proceso se implementa para cumplir con los fines del derecho penal. Se crea incertidumbre jurídica que nadie puede solucionar porque siempre se reducirá el juicio de causación, con todo lo que abarca como la causa probable, al criterio particular del abogado del Estado, y, si dicha incertidumbre se presenta en todos los procesos que se adelantan, obvio es concluir que la vulneración al debido proceso se identifica en toda causa penal, independientemente de que la decisión en la sentencia sea absolver o condenar, pues el resultado del juicio no elimina la trasgresión del debido proceso de aquel ciudadano que tuvo que afrontar todo un juicio penal sin saber concretamente el norte del proceso y la justificación del mismo.

\* Si bien en Colombia se contempla un control formal de la acusación, éste no es suficiente para materializar las garantías fundamentales y el respeto al debido proceso, es indispensable verificar la causa probable para acreditar la necesidad del juicio oral y la permanencia de una persona sometida a los efectos del juzgamiento penal, pues quírase o no, la acusación se convierte en un señalamiento anticipado que atenta contra la dignidad de cualquier persona,

efecto que solo puede ser menguado cuando se realiza un análisis de fondo frente a la causa penal.

\* Para la justicia implica un enorme desgaste procesal permitir debates orales que no tengan justificación por la causa probable, acciones que nacieron siendo ajenas al mundo penal, pero que, por voluntad o terquedad del acusador, tiene que cubrir los enormes costos y congestiones que genera desarrollar todo un proceso para encontrar como resultado el fracaso de la acción penal, vulnerando derechos y generando situaciones que pudieron remediarse si se hubiese controlado el resultado de la investigación, su adecuación en la normativa penal y la justificación para convocar al pueblo para un juicio. Un desarrollo y estudio de la responsabilidad del abogado fiscal frente acusaciones temerarias o abiertamente insostenibles, puede abrir campo a un régimen sancionatorio concreto por posibles abusos en el ejercicio de sus funciones.

\* La sociedad colombiana se enfrenta al más duro y abrumador de los procesos inquisitivos, en el que virtualmente, se ofrecen garantías pero, en la praxis penal, simplemente se concibió un modelo de juzgamiento con todas las gabelas para el acusador y amputación de derechos para la defensa, permitiendo la pronta entrega de condenas como resultado, en donde se olvidó que es justamente la justicia quien hace posible la existencia del proceso penal. Resulta apremiante un cambio en la concepción dogmática y estructural de las finalidades del proceso penal en Colombia, para buscar su armonía con las garantías constitucionales.

\* Es inminente una reforma constitucional o cuando menos, una legal que permita reivindicar las garantías democráticas consagradas en la Carta Política.



## 9. BIBLIOGRAFÍA

A.S.GOLDSTEIN, "Reflections on two models: Inquisitorial Themes in America Criminal Procedure". Stanford Law Review, mayo de 1974, 1009

ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

AMBOS, Kai y MONTEALEGRE, Eduardo. "*Constitución y sistema acusatorio. Un Estudio del derecho comparado*". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005.

ARMENTA, Teresa. "*Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y vuelta?*". Madrid. MARCIAL PONS. 2012.

\_\_\_\_\_ "JUICIO DE ACUSACIÓN, IMPARCIALIDAD DEL ACUSADOR Y DERECHO DE DEFENSA". REVISTA IUS ET PRAXIS – año 2013 – No 2.

ARZT, Gunther y TIEDEMANN, Klaus. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL Y AL DERECHO PENAL PROCESAL. Titulo original: Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht. Editorial ARIEL S.A. BARCELONA. Colección ARIEL DERECHO. España. 1989.

ASENCIO, Mellado. "Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal", Trivium, 1ª Ed. Madrid, 1991

BACHMAIER, Lorena. "Proceso Penal y sistemas acusatorios". Marcial Pons. 2008

BINDER, Alberto. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Segunda Edición. Buenos Aires. 1999.

BOWERS, Josh. "ARTICLES. PROBABLE CAUSE, CONSTITUTIONAL REASONABLENESS, AND THE UNRECOGNIZED POINT OF A "POINTLESS INDIGNITY". Art. STANFORD LAW REVIEW. Vol. 66, número 5 – 05 2014.

BURGOS, Víctor. "Principios rectores del nuevo código procesal penal", pp.48. En Víctor Cubas Villanueva, Yolanda Doig Días y Fany Soledad Quispe Farfán (Coordinadores). El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales. Editorial Palestra. Lima-Perú, 2005

CAFFERATA, José. "*Separata de Derecho Procesal Penal, Consenso y nuevas ideas*". Congreso de la Nación Argentina. Sin pie de imprenta. 1998.

CASTILLEJO, Raquel. "HACIA UN NUEVO PROCESO PENAL (INVESTIGACIÓN Y JUICIO DE ACUSACIÓN) en: "ESTUDIOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS, VOL. XXIX. 2009.

DÍAZ, Cabiale. "Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez". Granada. 1996.

DE LA TORRE, Veronica y ALVÁREZ, Alberto. "Violencia, estado de derecho y políticas punitivas en América Central". Artículo en Revista: Perfiles Latinoamericanos 37, enero-junio 2011.

FEINMAN, Jay. "1001 LEGAL WORDS YOU NEED TO KNOW. THE ULTIMATE GUIDE TO THE LANGUAGE OF THE LAW". 2003. OXFORD UNIVERSITY PRESS.

FERRAJOLI, Luigi. "DERECHO Y RAZÓN. Teoría del garantismo penal". Madrid: Trotta. 1995.

\_\_\_\_\_ "Derechos y garantías. La ley del más débil". Editorial Trotta: Madrid. 2004.

GÓMEZ, J. “La investigación criminal: problemas actuales y perspectiva de unificación internacional”, RPJud, n. 64, 4º trim 2001

GÓMEZ, Orlando. “El derecho penal en un Estado democrático de derecho”. Dossier Perspectiva. Edición 24 de 2010. Cuba.

CRAIG M. Bradley. “Two Models of the Fourth Amendment”, 83 MICH. L. rev. 1468, 1471 (1985)

GUERRERO, Salvador. “El Principio Acusatorio”. Navarra: Aranzadi. 2005.

HURTADO. Juan. “QUÉ SE DISCUTE EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN”. Instituto de Ciencia procesal Penal. Lima. Alerta Informativa.2011.

JIMÉNEZ, CARLOS. “LA FORMULACIÓN Y EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACUSACIÓN”. Artículo. Acusados Revista de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Centroamericana. 2001.

“Manual de Derechos Humanos para Fiscales”. Asociación Internacional de Fiscales – IAP-. Editores: EGBERT Myjer, BARRY Hancock, NICHOLAS Cowdery. 2da Edición 2009.

MONTERO, Juan. “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, Revista la Ley, 1994 -1.

\_\_\_\_\_ “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, Revista judicial, IV/1992.

\_\_\_\_\_ “*Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*”. Valencia. Tirant lo Blanch. 1997.

MULLER, Juan. “PRINCIPIO DE INOCENCIA. EL ESTADO JURIDICO DE INOCENCIA DEL IMPUTADO EN EL MODELO GARANTISTA DEL PROCESO

PENAL” Revista de Derecho, N° Especial, Universidad Austral de Chile V. 24. Agosto 1999.

MUÑOZ, Orlando. “Sistema Penal Acusatorio de los Estados Unidos”. 1ª edición. 2006. p. 152

ORTEGO, Francisco. “El juicio de acusación”. Barcelona. Atelier. 2007.

OSORIO y MORALES, Gustavo. “Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y actas”. Bogotá. Gustavo Ibáñez. 2005. p. 445

RAMÍREZ, Crithian. “Visión de un estudiante sobre la Ausencia de Control de la Acusación en el Proceso Penal Colombiano”. En: “Revista de la Defensoría Pública de Colombia. Garantías Procesales”, No. 14. Bogotá. 2012

ROXIN, Claus. “Derecho procesal penal”. Buenos Aires: Del Puerto Editores. 2000.

\_\_\_\_\_ “Derecho penal. Parte general”. Tomo I. Madrid. 1997.

“SEMBLANZA DEL SISTEMA JURIDICO DE EE.UU”, Oficina de Programas de Información Internacional Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004.

SHERRY F., Colb. “The Qualitative Dimension of Fourth Amendment “Reasonable-ness” 98 COLUM. L. REV. 1642, 1644, 1656 (1998).

SKALNSKY. D. “ANTI-INQUISITORIALISM” P. 1686. HARVARD LAW REVIEW. V. 122: 1634. 2009.

TRUSEEN. W. “Der Inquisitionprocezzess”, en “Gelehrts Recht in Mittelarter und in der frühen Neuzeit”. 1997.

UPRIMMY, Rodrigo. “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS Y NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL”.

\_\_\_\_\_ “REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL, Los grandes desafíos del juez penal colombiano”. 2006.

URBANO, José. “EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN. UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS LÍMITES DEL PODER DE ACUSAR EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO”. Bogotá. Universidad Externado. 2013.

VARGAS. JUAN. “LA NUEVA GENERACIÓN DE REFORMAS PROCESALES PENALES EN LATINOAMERICA”. Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Congreso Internacional de Derecho Penal – VII Jornadas sobre Justicia Penal, Organizado por la Universidad Autónoma de México. Junio. 2006.

VERGER Grau, “La defensa del imputado y el principio acusatorio”. Bosch. Barcelona. 1994.

VIRGOLINI, Julio. “Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción”. Buenos Aires, 2004, p.276.

VOGLER, Richard. “*Adversarialidad y el dominio angloamericano del proceso penal*”. *School of Law, Politics and Sociology > Law*. 25 de octubre de 2012.

VOGLER R. K. “*A World View of criminal justice, AshgateAldershot*”. 2005.

## 9.1 PROVIDENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C -774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

Sentencia C – 318 de 2008 M.P. Jaime Córdova Triviño

Sentencia C-740 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Sentencia C -390 del 2014 M.P. Magistrado Alberto Rojas Ricos

## 9.2 PROVIDENCIAS CORTES SUPREMA DE JUSTICIA

Auto Rad. No. 29994, 15 de julio de 2008 M.P. José Leonidas Bustos Martínez

Auto Rad. No. 31.538, 6 de mayo de 2009 M.P. José Leonidas Bustos Martínez

Auto Rad. No. 34773, 20 de agosto de 2010 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

Sentencia Rad. No. 26087, 28 de febrero de 2007 M.P. María pulido de Barón

Sentencia Rad. No. 34370, 13 de Diciembre de 2010 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero

Sentencia Rad. No. 32685, 16 de marzo del 2011. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero

Sentencia Rad. No. 34022, 08 de junio de 2011 M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

Sentencias Rad. No. 38020, 2 de mayo de 2012 M.P. José Luis Barceló Camacho

Sentencia Rad. No. 38256, 18 de abril de 2012 M.P. José Luis Barceló Camacho

Sentencia Rad. No. 39892, 06 de febrero de 2013 M.P. José Luis Barceló Camacho

Sentencia Rad. No.40871, 16 de julio de 2014 M.P. José Leonidas Bustos

Sentencia Rad. No. 42.184, 15 de octubre de 2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

### 9.3 INSTRUMENTOS NACIONALES

Constitución Política de 1991

Ley 906 del 2004

Ley 599 del 2000

Acto Legislativo 03 de 2002

Gaceta Judiciales No. 34 viernes 26 de Abril del 2002, 148, 156, 157, 174, 210, 232 y 269 de 2002

Informe de Ponencia Primer Debate Proyecto Acto Legislativo 12 de 2002 Senado, 237 de 2002 Cámara

Acto Legislativo 02 de 2015

### 9.4 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

“Declaración Universal de Derechos Humanos”

“Declaración Americana de Derecho Humanos”

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”

“Convención Americana sobre Derechos Humanos”

“Reglas de Mallorca”

“Estatuto de Roma”

“Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura” (Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados, por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985)

“Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” (Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985)

“Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores” (Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985)

“Principios de Joinet” (Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final).

“Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico”

“Carta de los derechos de los Estados Unidos: Quinta Enmienda”.

“Federal Speedy Trial Act”



“Regla Federal de Procesamiento Criminal”

“Código del Proceso Penal de Perú”

“Código de Procedimiento Penal de Nicaragua”

“*Duke v Estados Unidos* , 301 US 492”

“Código modelo para Iberoamérica”

## 10. INFOGRAFÍA

AGUILERA, Rafael y LÓPEZ, Rogelio en: “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA JURÍDICA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI. Biblioteca Jurídica de la UNAM, consultado el 27 de abril de 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2977/4.pdf>. p. 55

ALCÓCER, Eduardo. “EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO ¿REALIZACIÓN DE UNA OPCIÓN POLÍTICO CRIMINAL O DE UNA CRIMINAL POLÍTICA DE ESTADO?”. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Consultado el 18 de febrero de 2015 en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_06.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_06.pdf).

BARRIENTOS. Cesar. “LA REFORMA PROCESAL PENAL DE NICARAGUA: ACOPIO DE EXPERIENCIA CENTROAMERICANA”. REVISTA DE DERECHO. Consultado el 25 de julio de 2015 en: <http://165.98.12.83/1024/1/1-24.pdf> 25-07-2015

BINDER, Alberto. “*LA FASE INTERMEDIA, CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN*”. Consultado el 04 de abril de 2015 en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/faseintermedia.pdf>

BINDER, Alberto. “La justicia penal en la transición en la democracia de América Latina”. Consultado el 19 de Junio de 2015 en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1994\\_04.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1994_04.pdf)

FERNANDÉZ, W. en: “Periodismo Judicial” ambitojurídico.com. 15 de enero de 2015. Consultado el 14 de mayo de 2015 en: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-150115-08periodismo\\_judicial/noti-150115-08periodismo\\_judicial.asp?IDObjetoSE=21534](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-150115-08periodismo_judicial/noti-150115-08periodismo_judicial.asp?IDObjetoSE=21534)

JACOBS, James. "Evolución del derecho penal de Estados Unidos". En: PERIÓDICO ELECTRÓNICO DEL DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS; temas de la democracia. LA JUSTICIA PENAL EN ESTADOS UNIDOS". Julio de 2001. V. 6. No. 1. P. 11. Consultado el 07 de mayo de 2015 en: <http://photos.state.gov/libraries/argentina/8513/electronicjournals/ijds0701.pdf>

LLACSAHUANGA, RICHARD. "CONSTITUCIÓN Y PROCESO PENAL". p. 2. Consultado el 27 de Abril de 2015 en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20110107\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110107_02.pdf)

PETRONE, Marino. "*El principio acusatorio*". Traducción de VIANELLO CÓRDOVA, LORENZO. Consultado el 04 de junio de 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/27.pdf>. 30 -03-2015.

PORTILLA, Guillermo. "La legislación de lucha contra las no personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado del 11 de septiembre del 2001". Consultado el 13 de abril de 2015 en: <http://www.iujaen.org/jornadas/documentos/no-personas.rtf>.

PRINCIPE, Hugo. "La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (C de PP)", EN: "La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009". Consultado el 22 de abril de 2015 en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2009\\_12.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_12.pdf)