

**ALFONSO  
DAZA GONZÁLEZ**  

---

Editor académico

# **Análisis sobre las características del sistema procesal penal colombiano**

## **AUTORES**

Alfonso Daza González  
Olga Lucía Becerra Dorado  
Ana Catherine Quintero Cuéllar  
Paula Andrea Ocampo Gómez



**UNIVERSIDAD  
LIBRE®**  
Facultad de Derecho  
Centro de Investigaciones Sociojurídicas

## **Acerca de esta publicación**

---

Publicación resultado de investigación, bajo la dirección del docente Alfonso Daza González, en la línea de investigación "Garantías procesales" del Grupo de Investigación "Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos".

**ALFONSO  
DAZA GONZÁLEZ**

Editor académico

# **Análisis sobre las características del sistema procesal penal colombiano**

## **AUTORES**

Alfonso Daza González

Olga Lucía Becerra Dorado

Ana Catherine Quintero Cuéllar

Paula Andrea Ocampo Gómez



**UNIVERSIDAD  
LIBRE®**

Facultad de Derecho  
Centro de Investigaciones Sociojurídicas

Análisis sobre las características del sistema procesal penal colombiano / Alfonso Daza González, editor académico – Bogotá : Universidad Libre, 2020.

147 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN 978-958-5578-60-9

1. Derecho procesal – Colombia 2. Derecho penal – Colombia  
I. Daza González, Alfonso, ed.

345.05

SCDD 21

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

*Comentarios y sugerencias*

Correo de los autores: [alfonso.dazag@unilibre.edu.co](mailto:alfonso.dazag@unilibre.edu.co), [adazaabogado@hotmail.com](mailto:adazaabogado@hotmail.com)

© Facultad de Derecho, 2020.

© Universidad Libre, sede principal, 2020.

ISBN DIGITAL: 978-958-5578-60-9

Queda hecho el depósito que ordena la Ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra ni su incorporación a un sistema informático ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

*Editor:* Alfonso Daza González

Correo: [alfonso.daza@unilibre.edu.co](mailto:alfonso.daza@unilibre.edu.co), [adazaabogado@hotmail.com](mailto:adazaabogado@hotmail.com)

*Coordinación de edición:* Comité Editorial Facultad de Derecho

Correo: [oscar.lopezc@unilibre.edu.co](mailto:oscar.lopezc@unilibre.edu.co) - [investigacion.der.bog@unilibre.edu.co](mailto:investigacion.der.bog@unilibre.edu.co)

*Editorial:* Universidad Libre

*Coordinación de Publicaciones y Comunicaciones:* Luz Bibiana Piragauta Correa

Correo: [comunicaciones@unilibre.edu.co](mailto:comunicaciones@unilibre.edu.co)

Calle 8 n.º 5-80, tel. 3821000, Bogotá, D. C.

*Diseño y diagramación:* AF&M Producción Gráfica S.A.S. - Diana Guayara Vallejo

Esta obra está cofinanciada por el Fondo de Publicaciones de la Universidad Libre.

Elaborado en Colombia en los talleres gráficos

de AF&M Producción Gráfica S.A.S.

Carrera 68 G n.º 64A - 31

tel. +57(1) 250 1584

[afmproducciongrafica@gmail.com](mailto:afmproducciongrafica@gmail.com)

Bogotá, D. C., Colombia, 2020

Produced in Colombia



**UNIVERSIDAD LIBRE®**  
Vigilada Mineducación

**D I R E C T I V A S**

**JORGE ALARCÓN NIÑO**  
*Presidente Nacional*

**JORGE GAVIRIA LIÉVANO**  
*Vicepresidente*

**FERNANDO ENRIQUE DEJANÓN RODRÍGUEZ**  
*Rector Nacional*

**FLORO HERMES GÓMEZ PINEDA**  
*Secretario General*

**RICARDO ZOPÓ MÉNDEZ**  
*Censor Nacional*

**ELIZABETH VILLAREAL CORRECHA**  
*Directora Nacional de Investigaciones*

**ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**  
*Presidenta Sede Principal*

**FERNANDO ARTURO SALINAS SUÁREZ**  
*Rector Sede Principal*

**LUIS FRANCISCO RAMOS ALFONSO**  
*Decano Facultad de Derecho*

**ANA ROCÍO NIÑO PÉREZ**  
*Secretaria Académica*

**ÓSCAR ANDRÉS LÓPEZ CORTÉS**  
*Director Centro de Investigaciones*



## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**Gustavo Arnulfo Quintero Navas**

*Doctor en Derecho Público por la Universidad de Nantes, Francia.  
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.*

**Antonio Alejandro Barreto Moreno**

*Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes.  
Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana.*

**Anne-Claire Duffour**

*Doctora en Derecho por la Universidad de Nantes, Francia.  
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nantes, Francia.*

## **COMITÉ EDITORIAL**

**Sergio Roberto Matías Camargo**

*Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de  
Colombia. Profesor Titular Universidad Libre Facultad de Derecho, Bogotá.*

**Pedro Nel Páez**

*Doctor en Economía de la Universidad Nacional.  
Profesor Asociado Escuela Superior de Administración Pública.*

## **PARES EVALUADORES**

**César Castillo**

**Fernando Tribin**





## Contenido

<b>Presentación</b>	13
Problema jurídico	15
Objetivo general	15
Objetivos específicos	16
Tesis	16
Método de investigación	16



### Capítulo Primero

#### *Características del actual sistema procesal penal colombiano*

ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

Introducción	17
1.1. Sobre el sistema procesal adoptado por el acto legislativo 03 de 2002	18
1.1.1 Gran jurado	22
1.1.2 Pequeño jurado	24
1.2 Sobre las salidas alternas al juicio oral y las reformas que las están limitando o prohibiendo	26
Conclusiones	29
Bibliografía	31

### Capítulo Segundo

#### *La proliferación de recursos y la impugnación de la sentencia absolutoria desde la óptica garantista del proceso penal acusatorio*

OLGA LUCÍA BECERRA DORADO

Introducción	33
--------------	----



2.1	Garantismo procesal	36
2.1.1	Entre el convencionalismo penal y la estricta legalidad	38
2.1.2	Del cognocitivismo procesal y la estricta jurisdiccionalidad	40
2.1.3	La garantía de imparcialidad e independencia del juez	41
2.1.4	El recurso como garantía procesal	44
2.2	La proliferación de recursos en el sistema de enjuiciamiento colombiano	48
2.3	La doble conforme y el <i>double jeopardy</i>	51
	Conclusiones	59
	Bibliografía	61

### **Capítulo Tercero**

#### **La posibilidad de cambio de juez en el juicio oral, como grave afrenta al principio de inmediación y al sistema penal acusatorio**

**ANA CATHERINE QUINTERO CUELLAR**

	Introducción	65
3.1	Cuestiones preliminares	68
3.2	El surgimiento del sistema penal acusatorio	69
3.2.1	Principio de publicidad	71
3.2.2	Principio de confrontación	72
3.2.3	Principios de concentración y continuidad	73
3.2.4	Principio de inmediación	74
3.3	La inmutabilidad del juzgador en la etapa del juicio oral dentro de un sistema penal acusatorio	75
3.4	De la iniquidad inquisitiva hacia el procedimiento adversarial colombiano	81
3.5	De los problemas sistémicos del procedimiento criminal colombiano	87
3.5.1	El cambio de juez como consecuencia de la crisis del sistema penal adoptado	87
3.5.2	La desnaturalización del sistema acusatorio y de la inmediación como principio, por la indebida hermeneútica de sus órganos judiciales	91
3.5.3	El desconocimiento de la sinergia necesaria y vinculante entre el sentido del fallo y la sentencia	94
	Conclusiones	96
	Bibliografía	98

**Capítulo Cuarto**  
**Acción penal: pública o privada**  
**PAULA ANDREA OCAMPO GÓMEZ**



Introducción	105
4.1 Contexto colombiano	110
4.1.1 Sistema penal acusatorio. Nociones generales	115
4.1.2 El principio de legalidad, debido proceso y conversión de la acción penal	117
4.1.3 Procedimiento penal especial abreviado y la violación a los derechos de defensa y de las víctimas	121
4.1.4 Del principio de lesividad y los delitos susceptibles de acción privada	125
4.1.5 El acusador privado. Derecho comparado	132
4.2 Costa Rica	132
4.3 Perú	134
4.4 Ecuador	137
4.5 Venezuela	138
Conclusiones	140
Bibliografía	143



## Presentación

Este documento es el resultado de la investigación, adelantada en la Universidad Libre bajo la dirección del docente Alfonso Daza González, en la línea de investigación “Garantías procesales” del grupo de investigación denominado “Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos”<sup>1</sup>.

En calidad de auxiliares de investigación, y como autores del capítulo asignado, se relacionan a continuación las siguientes estudiantes de la Maestría en Derecho Penal:

- Olga Lucía Becerra Dorado.
- Ana Catherine Quintero Cuéllar.
- Paula Andrea Ocampo Gómez.

En esta investigación abordaremos el estudio del Sistema Procesal Penal colombiano adoptado con el Acto Legislativo 03 de 2002<sup>2</sup>: acusatorio<sup>3</sup>, a fin de demostrar que el sistema reglamentado por

---

<sup>1</sup> Resultado de análisis para la medición de grupos de investigación realizada por Colciencias, según Convocatoria 781 de 2017.

<sup>2</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 03 (diciembre 19 de 2002) “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”. Diario Oficial No 45.040.

<sup>3</sup> Ibid. art 4°. Transitorio. [...]“Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado



la Ley 906 de 2004<sup>4</sup> no cumple en su integridad con las características de este modelo procesal, o dista de serlo, porque conserva instituciones propias del sistema inquisitivo<sup>5</sup>: i) proliferación de recursos tanto en las audiencias preliminares como en las del juicio oral<sup>6</sup>, ii) indicación del sentido del fallo

---

de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y los organismos que cumplen funciones de policía judicial; el Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública". (Subrayados propios).

<sup>4</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 (1 de septiembre de 2004). "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial 45658. Resultado de análisis para la medición de grupos de investigación realizado por Colciencias según Convocatoria 781 de 2017. Acto Legislativo 03, 2002. Op. Cit. artículo 4. Transitorio. [...]

<sup>5</sup> Al respecto véase a MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I –Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. 2ª ed. ISBN: 9789879120002. p. 301 y 302 "b) El Tribunal del Santo Oficio o de la Inquisición y la Santa Hermandad: El sistema inquisitivo adquirió inusitado vigor en España bajo los Reyes Católicos mediante las dos organizaciones judiciales, una religiosa y otra laica, nombrada en el título; I. El Tribunal del Santo Oficio, o de la Inquisición, de triste fama por la crueldad de sus procedimientos y de sus penas, al punto de que autores extranjeros se cuidan de destacar el yerro en confundirlo con otros tribunales de la Inquisición [Cf. Manzini, Tratado, t. I, cap. I, 6, p. 30. Sólo el Vehmgericht alemán y sus juicios de Santa Vehme han sido equiparados en rigor y crueldad a la Inquisición española (p.52)], fue creado en 1480, cuando se nombró a los cuatro clérigos que lo integraron en sus comienzos, dos dominicos y dos seculares; comenzó a funcionar a comienzos del año siguiente, se extendió a casi toda España y la América hispana, y modificó su organización, un Consejo Suprema de Apelación, presidido por el Inquisidor General e integrado por tres monjes, y tribunales inferiores [En América hispana tuvieron sede en Lima, México y Cartagena], y fue abolido definitivamente en 1820; Su competencia (material) fue siempre limitada, pues se creó para conocer en artículos de fe, en especial en las herejías y delitos conexos, pero bien pronto sirvió para asegurar el poder real y el absolutismo real, como doctrina del Estado que en él reposaba; Por fuera de las características esenciales del proceso inquisitivo, que seguía y conducía al extremo, del procedimiento antes estos tribunales merece remarcar: El secreto absoluto de las actuaciones, que comprendía, incluso, el nombre de los denunciantes y de los testigos de cargo, y hasta la misma sentencia, razón por la cual el imputado absuelto seguía preso si no pedía su libertad – y de oficio no se disponía- y acababa su vida en la prisión, porque el secreto comprendía al público que, prácticamente, sólo constataba la desaparición de un vecino [Cf. Vélez Mariconde, Derecho procesal penal, t. I, Primera parte, cap. III, 5, II, a, p. 120, notal al pie no. 78, citando a Covian y Junco (El procedimiento penal teórico y práctico, Madrid, 1886)]; La obligatoriedad de la denuncia o de la delación, aun entre parientes próximos, con el fin de adquirir información a todo trance y tornar punible hasta el silencio; El interrogatorio del imputado bajo juramento y tortura, sin que existieran privilegios personales que eximieran de la aplicación del tormento; II. Por la misma época nacieron en Castilla corporaciones dedicadas a perseguir los delitos, denominadas Hermandades, hasta que, sobre ellas, se constituyó la Santa Hermandad en 1498, competente para juzgar la mayoría de los delitos contra la propiedad y las personas que fueran cometidos con violencia o en despoblado, los llamados 'casos en Hermandad'; Como en otros lugares, la preocupación era expurgare civitatem malis hominibus, razón por la cual se autorizó una inquisición sumaria con sentencia inmediata, incluso en rebeldía del imputado"

<sup>6</sup> Ley 906, 2004. Op. Cit. art. 177. Efectos: "Modificado por el art. 13, Ley 1142 de 2007; La apelación se concederá: En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva: 1) [...]; 2) El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión; 3) El auto que decide una nulidad; 4) El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral, y

por parte del juez de conocimiento<sup>7</sup> y iii) procedencia del recurso de apelación contra las sentencias absolutorias<sup>8</sup>.

A esta situación debemos agregarle la disyuntiva que se nos presenta hoy con la existencia de la acción privada, en la Ley 1826 de 2017, "Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado"<sup>9</sup>, la cual se opone al concepto público que debe tener la acción penal.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

¿El sistema procesal penal colombiano adoptado con el Acto Legislativo 03 de 2002: acusatorio y reglamentado por la Ley 906 de 2004, cumple en su integridad con las características de ese modelo procesal?

## **OBJETIVO GENERAL**

Estudiar el sistema procesal penal colombiano adoptado con el Acto Legislativo 03 de 2002: acusatorio, a fin de demostrar que el sistema reglamentado por la Ley 906 de 2004 no cumple en su integridad con las características de este modelo procesal, o dista de serlo, bien porque conserva instituciones propias del sistema inquisitivo, o porque deja por fuera instituciones propias del sistema acusatorio.

---

5) El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral; en el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación: 1) El auto que resuelve sobre la imposición de una medida de aseguramiento; y 2) El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado".

<sup>7</sup> Ibid. Artículo 445. Clausura del debate. "Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo"

<sup>8</sup> Ibid. Artículo 177. Efectos. "Modificado por el art. 13, Ley 1142 de 2007. La apelación se concederá: En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva: 1) La sentencia condenatoria o absolutoria" [...]

<sup>9</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1826. (12, enero, 2017). "Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado" Diario Oficial No. 50.114

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Estudiar las características del actual sistema procesal penal colombiano
- Estudiar la proliferación de recursos y la impugnación de la sentencia absolutoria desde la óptica garantista del proceso penal acusatorio.
- Estudiar la posibilidad de cambio de juez en el juicio oral como grave afrenta al principio de inmediación y al sistema penal acusatorio.
- Estudiar la acción penal: pública o privada.

## **TESIS**

El Sistema Procesal Penal colombiano adoptado con el Acto Legislativo 03 de 2002: acusatorio, reglamentado por la Ley 906 de 2004, no cumple en su integridad con las características de este modelo procesal, porque conserva instituciones propias del sistema inquisitivo, como son la proliferación de recursos y la impugnación de la sentencia absolutoria desde la óptica garantista del proceso penal acusatorio, la ausencia de control a la acusación, así como la participación del pueblo en la indicación del sentido del fallo.

Adicionalmente, la Ley 1826 de 2017, "Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado", desnaturaliza el carácter público que debe tener la acción penal.

## **MÉTODO DE INVESTIGACIÓN**

Se trata de una investigación básica jurídica, porque su objeto de análisis es la norma jurídica, la jurisprudencia y la doctrina en lo relacionado con la Ley 906 de 2004, frente a las características del sistema acusatorio.



## Capítulo Primero

### *Características del actual sistema procesal penal colombiano*

ALFONSO DAZA GONZÁLEZ<sup>1</sup>

#### INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analizan las características del sistema procesal penal colombiano a partir de lo establecido en el Acto Legislativo 03 de 2002. De manera puntual, se estudia la omisión legislativa en la que incurre el legislador de la Ley 906 de 2004, al no haberse manifestado frente a la participación de los ciudadanos en las causas criminales, a la ausencia de controles al escrito de acusación y a la proliferación de recursos, especialmente en lo relacionado con la apelación contra la sentencia absolutoria.

Así mismo, se analizan las reformas dadas con la Ley 1098 de 2006:

Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, 1121 de 2006 (diciembre 29) Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones; 1453 de 2011 (Junio 24) Reglamentada por el Decreto Nacional 079 de 2012 Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Cuestiones actuales del Derecho Español e Internacional de la Universidad Alfonso X El Sabio (España), Magíster y Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre (Colombia). Abogado de la Universidad Libre (Colombia). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Este trabajo pertenece a su grupo de investigación en Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos.



en materia de seguridad; 1773 de 2016, Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004; (Natalia Ponce de León) y 1944 de 2018 Por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se crean los tipos penales de abigeato y abigeato agravado; las cuales, lejos de fortalecer las salidas alternas al juicio oral, las han afectado<sup>2</sup>.

### **1.1. SOBRE EL SISTEMA PROCESAL ADOPTADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002**

Lo primero que debemos señalar es que el Acto Legislativo No. 03 de 2002 implementa el sistema acusatorio<sup>3</sup>. La norma no dice que se trate de un sistema procesal de tendencia acusatorio o mixto acusatorio, indica que es acusatorio. Hacemos esta precisión porque se trata de hablar del sistema acusatorio, no del inquisitivo, ni del mixto o inquisitivo reformado.

El sistema acusatorio, enseña el profesor Julio Maier, dominó el mundo antiguo. Su característica fundamental residía en:

La división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir; la jurisdicción penal reside en tribunales populares, en ocasiones verdaderas asambleas del pueblo o colegios judiciales constituidos por gran número de ciudadanos (Grecia y los comicios romanos), en otras, tribunales constituidos por jurados (los iudicis iurati, avanzada la República y al comienzo del Imperio en Roma, el típico jurado anglosajón y los que emergieron en Europa continental a partir de la República Francesa). Internamente, en el procedimiento, el tribunal aparece como un árbitro entre dos partes, acusador y acusado, que se enfrentan en pos del triunfo de su interés; incluso el enjuiciamiento de la antigüedad consistía en un combate entre dos adversarios y frente a un árbitro (Derecho germano antiguo)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1098 (8 de noviembre de 2006). "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia". Diario Oficial No.46.446.

<sup>3</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit. Artículo 4°. *Transitorio*. [...]

<sup>4</sup> Véase MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. cit. p. 444.

El sistema procesal acusatorio se comenzó a gestar en Colombia en el año 1991, luego de que la Asamblea Nacional Constituyente de ese año creara la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, al otorgársele funciones jurisdiccionales a este organismo, se confundieron en él las funciones acusatoria y decisoria, con lo cual se mantuvo incólume el sistema procesal de tendencia inquisitiva que venía imperando en el país y que precisamente quería superarse. Como bien indica la doctrina, antes que impulsar una reforma en el proceso penal colombiano, esta decisión tuvo por único efecto modificar el nombre a los funcionarios que hasta el momento eran jueces de instrucción criminal, por el de fiscales delegados<sup>5</sup>.

En el año 2002, el Fiscal General de la Nación presenta a consideración del Gobierno Nacional un proyecto de acto legislativo, publicado en el Decreto 1648 de 2001<sup>6</sup>, que luego de los trámites respectivos se convierte en el Acto Legislativo 03 de 2002. Vale la pena recordar, al margen, que de los nueve artículos propuestos para ser reformados (174, 178, 182, 184, 186, 234, 235, 250 y 251), solo dos de ellos (250 y 251), lograron su cometido después de largos e intensos debates, a los cuales se suma también el artículo 116.

Con esta reforma, si bien se mantuvo a la Fiscalía General de la Nación en la Rama Judicial, se le suprimieron las facultades jurisdiccionales y se estableció que sus funciones se centraban en investigar y acusar<sup>7</sup>, con lo

---

<sup>5</sup> GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique y HARTMANN, Mildred. El Diseño del Nuevo Proceso Penal Constitucional. En: Reforma Constitucional de la Justicia Penal: Texto del Acto Legislativo 03 de 2002 y Documentos de Trámite. Bogotá, D. C., Corporación Excelencia en la Justicia, 2003. T.II. p. 69.

<sup>6</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1648. (agosto 6 de 2001). "Por el cual se ordena la publicación del Proyecto de Acto Legislativo, "por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia". Publicado en el Diario Oficial 44.516.

<sup>7</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. (julio 6 de 1991). **Artículo 250. Modificado Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, artículo 2°** "La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio; En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: [...] 4) Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías" (subrayados propios).

cual, en principio, podemos afirmar que el sistema adoptado es el acusatorio. Sin embargo, está claro que la desconcentración de funciones también las contempla el sistema mixto o inquisitivo reformado; razón por la cual debemos establecer si el Acto Legislativo 03 de 2002, efectivamente, adoptó un sistema acusatorio.

Sobre el sistema inquisitivo o mixto reformado, nos enseña el prof. Maier que la base de este modelo procesal es el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, expandido por Europa continental por imperio del triunfo de las ideas que fundaron la Revolución Francesa y de la dominación napoleónica<sup>8</sup>, el cual tenía las siguientes características:

Éste consiste en dividir el procedimiento en dos períodos principales, enlazados por uno intermedio: el primero es una investigación, a la manera inquisitiva, aunque con ciertos límites, que reconoce la necesidad del Estado, como persecutor penal, de informarse, previo a acusar penalmente a alguien ante un tribunal judicial; el segundo paso, intermedio, busca asegurar la seriedad y pulcritud del requerimiento penal del Estado, antes de convocar al juicio público, evitando de esta manera, juicios inútiles y controlar las decisiones del Estado que cierran la persecución penal anticipadamente, sin juicio; el tercero, imitación formal del juicio acusatorio, consiste principalmente, en un debate público y oral ante el tribunal de justicia, con la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado, que culminará con la absolución o la condena, fundada únicamente en los actos llevados a cabo durante ese debate<sup>9</sup>.

Luego de esta explicación podríamos señalar que este modelo procesal y el acusatorio son iguales, en la medida que los dos contemplan una desconcentración de funciones entre el acusador y el juzgador; sin embargo, al final concluiremos que lo que los distingue son las salidas alternas al juicio oral.

Vemos que el sistema inquisitivo reformado o mixto no contempla tales instituciones; en cambio, el acusatorio sí, razón por la cual en ello radica la diferencia entre uno y otro.

---

<sup>8</sup> Véase MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. cit. p. 454

<sup>9</sup> Ibid. p. 450 y 451.

En razón a que el Acto legislativo 03 de 2002 da paso al juicio oral como principal escenario del debate probatorio<sup>10</sup> en reemplazo del principio de permanencia de la prueba, e introduce el principio de oportunidad<sup>11</sup>, institución que sin duda alguna consideramos la principal salida alterna al juicio oral<sup>12</sup>, podemos afirmar que el sistema adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002, efectivamente, fue el acusatorio. Sin embargo, como lo vamos a señalar a continuación, se presentan una serie de situaciones que nos impiden señalar que el sistema desarrollado por la Ley 906 de 2004 sea el acusatorio.

El Acto Legislativo 03 de 2002<sup>13</sup> establece que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales”<sup>14</sup>.

Esta intervención de los particulares en las causas criminales, entendemos se puede hacer de dos maneras: una, como encargados de controlar la acusación –Gran Jurado–, y otra, como encargados de indicar el sentido del fallo –pequeño jurado–; sin embargo, ni la una ni la otra fueron reglamentadas por la Ley 906 de 2004, situación que nos motivó a demandar dicha ley ante la Corte Constitucional por omisión legislativa, sin que, por técnica, valga la

---

<sup>10</sup> Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. **art 2.** El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: art 250. [...] “En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 4) Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

<sup>11</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit. Artículo 2º. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías; Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”. (Subrayados propios).

<sup>12</sup> DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La Discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. Bogotá: Universidad Libre, 2011. ISBN: 9789588534640.

<sup>13</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit.

<sup>14</sup> Ibid. art 1. El artículo 116 de la Constitución Política quedará así: [...] “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (subrayados propios).

pena señalarlo, hubiésemos recibido una respuesta favorable al respecto por parte de dicha Corporación<sup>15</sup>.

Sobre el Gran Jurado y el pequeño Jurado señala el prof. Roxin que

(...) después de que Montesquieu, particularmente, había ponderado como modelo para la organización judicial y para el procedimiento penal a las instituciones jurídicas inglesas, éstas fueron adoptadas en el transcurso de la Revolución, así, en especial, el principio acusatorio con la acción popular, el deber de probar de las partes, la oralidad y la publicidad, pero, ante todo, el tribunal de jurados (el jury) con dos comisiones distintas de jurados, el gran jury de acusación, con 23 miembros, que tenía que deliberar sobre la admisión de la acción, y el pequeño jury de sentencia, con 12 miembros, que tenía que decidir, sin distinción entre cuestión de hecho y de Derecho, si el acusador había probado su acusación<sup>16</sup>.

### 1.1.1 Gran jurado

En lo referente al gran jurado, el prof. Chiesa ha señalado que “el derecho constitucional federal a acusación por gran jurado (Enmienda Quinta) no se aplica a los Estados<sup>17</sup> ni a Puerto Rico, y que ni nuestra Constitución ni las Reglas de Procedimiento vigentes exigen ni adoptan esta figura o manera de acusar (indictment of a Grand Jury)”. Indica que esta es “obligatoria para el gobierno federal, y conservada en los Estados, bien como opcional o mandatoria<sup>18</sup>,

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1154 (15 de noviembre de 2005). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]

<sup>16</sup> ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. 25ª ed. ISBN: 9789879120361. p. 564.

<sup>17</sup> Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884). En este caso la Corte Suprema resolvió que la cláusula del debido proceso de ley en la Enmienda Decimocuarta no exige acusación mediante indictment de un gran jurado, ni siquiera en caso de asesinato con pena de muerte. Se sostuvo así una sentencia de pena capital en California, cuya Constitución de 1879 permitía, pero no exigía la intervención del gran jurado para acusar: “We are unable to say that the substitution for a presentment, after examination and commitment by a magistrate, certifying to the probable guilt of the defendant, with the right in his part to the aid of counsel, and the cross examination of the witnesses produced for the prosecution, is not due process of law”. 110 U.S. 516, 538.

<sup>18</sup> Hoy día, la mayoría de los Estados no requieren la acusación por un gran jurado, ni en casos graves, pudiendo el ministerio público acusar mediante information, autorizada por magistrado tras determinación de causa probable. La utilización del gran jurado queda en esos Estados como opcional. Del resto de los Estados, unos pocos sólo exigen la acusación por gran jurado en casos de pena capital; el resto exige intervención del gran jurado en todo caso de delito grave. En los Estados donde es opcional utilizar al gran jurado, la gran mayoría de los casos se procesan mediante information, prescindiendo del gran jurado. Solo por razones de conveniencia, por los poderes de investigación inherentes al gran jurado, se recurre a éste en esos Estados. Puerto Rico sencillamente ha prescindido del gran jurado.

como instrumento para la autorización para acusar, se caracteriza por el elemento de secretividad<sup>19, 20</sup>.

En el caso colombiano, si bien los particulares fueron investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, como lo hemos indicado, no se crea el Gran Jurado, pero tampoco se crea otra institución encargada de controlar la acusación; razón por la cual el escrito de acusación pasa directamente del Fiscal al Juez de conocimiento<sup>21</sup>.

Si bien no extrañamos la Ley 600 de 2000<sup>22</sup>, pues esta es contraria al sistema procesal que tanto defendemos, sí es importante señalar que, aunque esta no contemplaba una figura como la del Gran Jurado para hacerle control al escrito de acusación, sí tenía otros mecanismos procesales a través de los cuales se podía ejercer control sobre la acusación: i) recurso de reposición contra el cierre de la instrucción, presentación de alegatos de conclusión frente a la calificación del mérito del sumario<sup>23</sup> y ii) recursos reposición y/o apelación contra la calificación del mérito del sumario<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Sobre este aspecto, véase LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold; KING, Nancy J. KERR, Orin. *Criminal Procedure*. St Paul: West Academic Publishing, 2009. ISBN: 978-0314199362. \$ 8.5, pp. 362-368 (1985). Véase, además, Regla 6 (e) (2) de las de Procedimiento Criminal Federal.

<sup>20</sup> Al respecto véase a CHIESA APONTE, Ernesto Luis. *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Bogotá: editorial FORUM, 2008. ISBN: 978-9586161817. Vol II. pp. 593 y 594.

<sup>21</sup> Ley 906, 2004. Op. cit. art 336. *Presentación de la acusación. "El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio* 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" (Subrayados propios).

<sup>22</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 600 (julio 24 de 2000). "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Diario Oficial No 44.097.

<sup>23</sup> Ibid. Artículo 393. Cierre de la Investigación. "Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528"; Cuando se haya recaudado la prueba necesaria para calificar o vencido el término de instrucción, mediante providencia de sustanciación que se notificará personalmente, la cual sólo admite el recurso de reposición, se declarará cerrada la investigación y se ordenará que el expediente pase al despacho para su calificación; Ejecutoriada la providencia de cierre de investigación, se ordenará traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales, para presentar las solicitudes que consideren necesarias en relación con las pretensiones sobre la calificación que deba adoptarse; Vencido el término anterior, la calificación se verificará en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.

<sup>24</sup> Ibid. Art 193. *Efectos de las providencias apeladas*. "Sin perjuicio de lo señalado en otras disposiciones de este código, los recursos de apelación se concederán en los siguientes efectos: a) En el suspensivo la sentencia y las siguientes providencias: 5) La que califica la investigación".

Ante la ausencia de un control frente al escrito de acusación, podemos señalar, sin lugar a dudas, que el sistema procesal adoptado no es ni mixto ni acusatorio y, salvo porque en el sistema inquisitivo no existía una acusación formal, como la conocemos en estos modelos procesales, diríamos que, frente a ese aspecto, el sistema colombiano es inquisitivo.

### 1.1.2 Pequeño jurado

En lo referente al pequeño jurado, es importante señalar que en otros países, como sucede en Estados Unidos, por ejemplo, la Enmienda Sexta a la Constitución establece que “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del estado y distrito donde se haya cometido el delito”<sup>25</sup>.

En el caso colombiano, el legislador de la Ley 906 de 2004, al igual que con la figura del Gran Jurado, omitió reglamentar dicha institución, razón por la cual el Juez de Conocimiento es el encargado de indicar el sentido del fallo<sup>26</sup>, sin que por ningún lado se haga mención a la participación de los ciudadanos en las causas criminales.

La omisión antes mencionada, consideramos que conlleva a que proceda el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria<sup>27</sup>, situación que en nuestro sentir es contraria a las características propias de un sistema acusatorio, en el que únicamente procede el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria<sup>28, 29</sup>.

---

<sup>25</sup> CHIESA APONTE, Ernesto Luis. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Op cit. p. 269. “Aclara que desde hace más de un siglo ha quedado claramente establecido que esta cláusula de juicio por jurado no se aplica a delitos menores”.

<sup>26</sup> Ley 906, 2004. Op. cit. art 445. “*Clausura del debate*. Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo” (Subrayados propios).

<sup>27</sup> Ibid. art 177. Efectos. “Modificado por el artículo 13 de la Ley 1142 de 2007; el nuevo texto es el siguiente: La apelación se concederá: En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva: 1) La sentencia condenatoria o absolutoria”

<sup>28</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. cit. “Sobre el veredicto del jurado de conciencia y la improcedencia de impugnaciones contra la decisión absolutoria en el derecho romano republicano, Inglés y Francés (1808) véase a Claus Roxin”.

<sup>29</sup> CHIESA APONTE, Ernesto Luis. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Op cit. p. 408, quien señala: “Es bien sabido que la cláusula contra doble exposición impide al gobierno apelar un fallo o veredicto absolutorio” [United States v. Ball, 163 U.S. 662 (1896), Sanabria v. United States, 437 U.S. 54 (1978)].



Esta consideración frente a la procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, y no solo en contra de la absolutoria, es la que se debe atender, pues a ella se refiere el artículo 29<sup>30</sup> de la Constitución Política de 1991 y el numeral 5<sup>o</sup> <sup>31</sup> del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, lo que más llama la atención es que en Colombia no solo procede el recurso de apelación contra las sentencias absolutorias, también proceden los recursos ordinarios contra la mayoría de decisiones que adoptan los jueces de control de garantías y de conocimiento<sup>32</sup>.

El hecho de que el pueblo no indique el sentido del fallo nos permite señalar que el sistema reglamentado en la Ley 906 de 2004 no es acusatorio, pues, tal participación, como lo hemos indicado, es de la esencia de este sistema procesal.

Ahora bien, el hecho de que tanto la sentencia absolutoria como la condenatoria fuesen apelables, nos permite señalar que estamos más cerca de un sistema inquisitivo que de uno acusatorio.

Sobre la apelación en el sistema inquisitivo, el prof. Maier, ha indicado:

VI. El fallo era, casi por definición, impugnabile; aparece la apelación y, en general, los recursos contra la sentencia, íntimamente conectados con la idea de

<sup>30</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991. Op. cit. art 29 de la Carta Política. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho" (Subrayados propios).

<sup>31</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 74 ( diciembre 16 de 1968)." Por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966". Diario Oficial No. 32.682. Artículo 14. 5) "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley." (Subrayados propios).

<sup>32</sup> Ley 906, 2004. Op. cit. art 177. Efectos. Modificado por el art. 13, Ley 1142 de 2007. "La apelación se concederá: En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva: 1) [...]; 2) El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión; 3) El auto que decide una nulidad; 4) El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; y 5) El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral; En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación: 1) El auto que resuelve sobre la imposición de una medida de aseguramiento; y 2) El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado"

delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia. En efecto, el poder, que se delegaba en funcionarios inferiores, debía devolverse en sentido inverso a aquél de quien procedía y ello permitía el control de la utilización correcta del poder delegado. Allí nace el hoy conocido efecto devolutivo de los recursos, y también la propensión a la organización jerárquica de los tribunales, propia de los procedimientos escritos, efecto que, traducido a términos actuales, individualiza a aquellos recursos cuya interposición provoca el nuevo examen y la nueva decisión por un tribunal distinto al que dictó la resolución impugnada, por regla general –aunque no necesaria–, jerárquicamente superior a éste<sup>33</sup>.

## **1.2 SOBRE LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO ORAL Y LAS REFORMAS QUE LAS ESTÁN LIMITANDO O PROHIBIENDO**

Consideramos que una de las instituciones que distingue al sistema acusatorio del sistema inquisitivo reformado o mixto es la de las salidas alternas al juicio oral, porque por esta vía se va a resolver el conflicto social que genera el delito.

En tales condiciones, señalamos que la mayor fortaleza que tiene el Acto Legislativo 03 de 2002 es el principio de oportunidad<sup>34</sup>. Por su parte, la mayor fortaleza que tiene la Ley 906 de 2004 es la de haber reglamentado la figura de los preacuerdos y negociaciones<sup>35</sup>, así como la de la rebaja de penas por aceptación de cargos<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. cit. p. 449.

<sup>34</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit. art 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: "La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo; No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías; se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio"

<sup>35</sup> Ley 906, 2004. Op. cit. art.348. *Finalidades*. "Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso; el funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento"

<sup>36</sup> Ibid. art 351. *Modalidades*. "La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito

Sin embargo, estas instituciones se han visto afectadas por las reformas procesales posteriores, pues estas han propugnado por su prohibición y limitación.

La Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"<sup>37</sup>, en su artículo 199<sup>38</sup>, simplemente las prohibió, y con ellas se acabó el fin del proceso penal de solucionar el conflicto social que genera el delito.

La Ley 1121 de 2006, "Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones"<sup>39</sup>, en su artículo 26<sup>40</sup> hizo lo mismo que la Ley 1098 de 2006.

La Ley 1453 de 2011, Reglamentada por el Decreto Nacional 079 de 2012, "Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad"<sup>41</sup>, determina que en los

---

de acusación";NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-303 de 2013. Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-516 de 2007, por los cargos analizados, en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado o acusado, para lo cual deberá ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo.

<sup>37</sup> Ley 1098, 2006. Op. cit.

<sup>38</sup> Ibid. art 199. Beneficios y mecanismos sustitutos. "Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: 3) No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios; 7) No procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004; 8) Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva" Parágrafo transitorio [...]

<sup>39</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1121 de 2006 (diciembre 29 de 2006). "Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones". Diario Oficial No. 46497.

<sup>40</sup> Ibid. Art 26. Exclusión de beneficios y subrogados. "Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional; Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar [sic]ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz"

<sup>41</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1453. (junio 24 de 2011). "por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad" Diario oficial. No. 48.110

casos de flagrancia, en los que el imputado acepte cargos en la audiencia de formulación de imputación, solo tendrá  $\frac{1}{4}$  del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004<sup>42</sup>.

La Ley 1773 de 2016, "Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000, y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004" (Natalia Ponce de León)<sup>43</sup>, al igual que las anteriores, afectó las salidas alternas al juicio oral, así como la concesión de beneficios y subrogados<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Ibid. art 57. Flagrancia. "El artículo 301 de la Ley 906 de 2004 quedará así: art 301; Flagrancia Se entiende que hay flagrancia cuando: [...]Parágrafo. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá  $\frac{1}{4}$  del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004"

<sup>43</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1773 (6 de enero, 2016). Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000, y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Diario Oficial 49747" (Natalia Ponce de León).

<sup>44</sup> Ibid. art. 4º. Modifíquese el segundo inciso del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: "art 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como substitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores"; Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004; Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código; Parágrafo 2. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena [...]"

La Ley 1944 de 2018, "Por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000, y se crean los tipos penales de abigeato y abigeato agravado"<sup>45</sup>, en lo referente a la exclusión de beneficios y subrogados penales, hizo lo propio<sup>46</sup>.

Estas reformas, lejos de contribuir al desarrollo del sistema acusatorio, en lo que tiene que ver con las salidas alternas al juicio oral, lo afectan, en razón a que lo desnaturalizan, pues fácilmente, al limitarlas o prohibirlas, las acaba; ello, lejos de acercar el sistema al modelo acusatorio, lo aleja, con lo cual lo acerca al sistema mixto, cuando no al modelo inquisitivo.

## **CONCLUSIONES**

Con base en lo expuesto, podemos señalar que el objetivo del Acto Legislativo 03 de 2002 es claro: implementar un sistema acusatorio en Colombia. Sin embargo, la Ley 906 de 2004, al reglamentarlo, se quedó corta en lo que tiene que ver con la participación de la ciudadanía en las causas criminales, en la ausencia de controles al escrito de acusación, en la proliferación de recursos, especialmente en lo relacionado con la apelación contra la sentencia absolutoria.

---

<sup>45</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1944 (diciembre 28 de 2018) "Por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000, y se crean los tipos penales de abigeato y abigeato agravado" Diario Oficial No. 50.820

<sup>46</sup> Ibid. Art. 6º. "Modifíquese el segundo inciso del artículo 68-A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

Por su parte, las reformas que le siguieron a esta Ley 906 de 2004, como han sido las Leyes 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"; 1121 de 2006, "Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones"; 1453 de 2011, Reglamentada por el Decreto Nacional 079 de 2012, "Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad"; 1773 de 2016, "Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000, y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004" (Natalia Ponce de León); y 1944 de 2018, "Por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000, y se crean los tipos penales de abigeato y abigeato agravado", lejos de fortalecer las salidas alternas al juicio oral, y con ellas el sistema acusatorio, lo han desnaturalizado. Por esta razón no podemos decir que Colombia tiene un sistema acusatorio, porque ello no es así.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- CHIESA APONTE, Ernesto Luis. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Bogotá: editorial FORUM, 2008. ISBN: 978-9586161817. Vol I-III.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 03 (diciembre 19 de 2002) "Por el cual se reforma la Constitución Nacional". Diario Oficial No 45.040
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. (julio 6 de 1991).
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1648. (agosto 6 de 2001). "Por el cual se ordena la publicación del Proyecto de Acto Legislativo, "por medio del cual se modifica el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia". Publicado en el Diario Oficial 44.516.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1098 (8 de noviembre de 2006). "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia". Diario Oficial No.46.446.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1121 de 2006 (diciembre 29 de 2006). "Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones". Diario Oficial No. 46497.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1453. (junio 24 de 2011). "Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad". Diario Oficial. No. 48.110.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1773 (6 de enero, 2016). Por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000, y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Diario Oficial 49747" (Natalia Ponce de León).
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1826. (12 de enero de 2017). "Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado" Diario Oficial No. 50.114.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1944 (diciembre 28 de 2018) "Por medio del cual se modifica la Ley 599 de 2000, y se crean los tipos penales de abigeato y abigeato agravado" Diario Oficial No. 50.820.

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 600 (julio 24 de 2000). "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Diario Oficial No 44.097
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 74 (diciembre 16 de 1968). "Por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966". Diario Oficial No. 32.682.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 (1 de septiembre de 2004). "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial 45658.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1154 (15 de noviembre de 2005). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La Discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. Bogotá: Universidad Libre, 2011. ISBN: 9789588534640.
- GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique y HARTMANN, Mildred. El Diseño del Nuevo Proceso Penal Constitucional. En: Reforma Constitucional de la Justicia Penal: Texto del Acto Legislativo 03 de 2002 y Documentos de Trámite. Bogotá, D. C., Corporación Excelencia en la Justicia, 2003. T.II.
- LAFAVE, Wayne; ISRAEL, Jerold; KING, Nancy J. KERR, Orin. Criminal Procedure. West Academic Publishing, 2009. ISBN: 978-0314199362.
- MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. 2ª ed. ISBN: 9789879120002.
- ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. 25ª ed. ISBN: 9789879120361.
- UNITED STATES SUPREME COURT. Hurtado vs. California, 110 U.S. 516, 538 (22 de enero de 1884).
- UNITED STATES SUPREME COURT. Sanabria vs. United States, 437 U.S. 54 (8 de noviembre de 1978).
- UNITED STATES SUPREME COURT. United States vs. Ball, 163 U.S. 662 (2 de marzo de 1896).



## Capítulo Segundo

### *La proliferación de recursos y la impugnación de la sentencia absolutoria desde la óptica garantista del proceso penal acusatorio*

OLGA LUCÍA BECERRA DORADO<sup>1</sup>

#### **INTRODUCCIÓN**

En este capítulo se abordará el estudio de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002<sup>2</sup>, y la regulación que realizó la Ley 906 de 2004<sup>3</sup>, a manera de implementación del sistema penal acusatorio en Colombia, con el fin de resaltar la proliferación de recursos y la indebida procedencia de la apelación contra la sentencia absolutoria, en clara contravía de elementales preceptos que orientan dicho sistema penal. En tal tarea se evidenciará que, como se ha esbozado previamente y a lo largo de esta obra, la existencia de múltiples decisiones susceptibles de apelación<sup>4</sup> y admitir el recurso contra la sentencia que absuelve aleja el proceso penal colombiano del referido modelo de enjuiciamiento y lo acerca a un proceso de garantías incompletas o que no se ajusta del todo al denominado garantismo procesal<sup>5</sup>.

Así las cosas, luego de una sucinta revisión de las muchas decisiones judiciales respecto de las cuales se permite la controversia

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Público y en Derecho Penal y Ciencias Forenses. Estudiante de Maestría en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre. Con más de 12 años de experiencia en la Rama Judicial en el área penal.

<sup>2</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit.

<sup>3</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.

<sup>4</sup> Ibid. Artículo 177

<sup>5</sup> Teoría desarrollada por Luigi Ferrajoli, cuya obra inspira algunos apartes de este capítulo.



mediante los recursos<sup>6</sup>, en este capítulo se enfatizará, por estimarse relevante y determinante, lo regulado por la propia Constitución Política, en el sentido de establecer que toda sentencia podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones legales a ello<sup>7</sup>. Una lectura crítica y sistemática del anterior precepto conlleva a interpretarlo en concordancia con los lineamientos que definen el debido proceso en materia penal, según los cuales la única decisión respecto de la que se impone la impugnación o apelación es la sentencia condenatoria<sup>8</sup>, como recurso a favor del acusado y no del acusador.

Lo anterior para anticipar como principal conclusión de este apartado que, a la luz del sistema penal acusatorio, no puede admitirse que la sentencia absolutoria sea impugnada por la Fiscalía, so pena de someter al procesado a un doble enjuiciamiento o doble exposición, como se conoce en el sistema penal de Estados Unidos<sup>9</sup>.

Por lo tanto, a manera de problema jurídico, en este capítulo se responderán los siguientes interrogantes: ¿La proliferación de recursos que establece la Ley 906 de 2004 contraviene la esencia de un sistema de enjuiciamiento oral y público? ¿Desconoce la Ley 906 de 2004 la naturaleza del sistema penal acusatorio garantista al admitir la procedencia del recurso de apelación contra la sentencia absolutoria?

Frente a las hipótesis contrapuestas que se circunscriben a contestar afirmativa o negativamente los anteriores problemas jurídicos, desde ya se anuncia que las tesis que se acogerán y se demostrarán aquí consisten, en primer lugar, en estimar que el actual código de procedimiento penal

---

<sup>6</sup> Ley 906, 2004. Op. cit., art 177. "Establece los efectos en los cuales se concede la apelación y señala las decisiones susceptibles de este recurso, en donde se destaca la procedencia de la alzada contra la sentencia, sea esta condenatoria o absolutoria".

<sup>7</sup> Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit., art 31: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley".

<sup>8</sup> Ibid. Artículo 29. Inciso 3º: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

<sup>9</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Constitución de Estados Unidos. (17 de septiembre de 1787). Enmienda V. En lo pertinente dice así: "Ni podrá persona alguna ser sometida dos veces, por el mismo delito, a un juicio que pueda ocasionar la pérdida de su vida o de su integridad corporal".

colombiano contraviene la esencia de un procedimiento penal oral y público al permitir la proliferación de recursos; y en segundo punto, en aceptar que se desconoce la naturaleza del sistema penal acusatorio al permitir el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria.

Para arribar al punto que se quiere, y por considerarse necesaria una ligera revisión conceptual y contextual, se empezará por establecer las bases contemporáneas del garantismo procesal<sup>10</sup>, acápite dentro del cual, entre otros aspectos, se desarrollará la temática de considerar al recurso una garantía para el acusado y no un medio de control funcional; se estudiará el exceso de recursos que establece la Ley 906 de 2004, acto seguido se abordará lo atinente a las figuras de *double jeopardy* y doble conformidad, para luego desembocar en las contrariedades que implica permitir la apelación de la sentencia absolutoria.

Finalmente, se sugerirán unas conclusiones que, básicamente, pretenden resaltar la proliferación de recursos que, en exceso de ritualismo y garantía, se consagran en el sistema penal colombiano y se permiten contra las distintas decisiones judiciales, específicamente contra la sentencia absolutoria; estos, salvo mejor criterio, contribuyen a dilatar la oportuna solución de los conflictos sociales que genera el delito, como fin de un estado social de derecho<sup>11</sup>.

Es importante hacer alusión a la teoría del garantismo procesal penal<sup>12</sup>, en especial a los pilares que la sustentan, para poner en evidencia que, si bien nuestro ordenamiento penal está precedido de una Constitución Política<sup>13</sup> que establece a Colombia como un estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, la implementación del sistema penal acusatorio a través del Acto Legislativo 03 de 2002, y la posterior expedición de la Ley 906 de 2004, por un lado, introdujeron instituciones que contrastan con un enjuiciamiento garantista, como la posibilidad de apelación de la sentencia absolutoria por parte de la Fiscalía<sup>14</sup>, y por otro, dejaron de lado figuras de

---

<sup>10</sup> Para esta revisión se acudirá principalmente a la obra de Luigi Ferrajoli, por estimarse que es uno de los principales expositores de la teoría del garantismo procesal.

<sup>11</sup> DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Op. Cit.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1995. ISBN: 8481644951

<sup>13</sup> Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit., art 1.

<sup>14</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.,

la esencia de un enjuiciamiento público y oral, como por ejemplo, el jurado de conciencia<sup>15</sup>. Pese a que expresamente se estableció que los particulares podían ser investidos en forma transitoria de la función de administrar justicia como jurados en causas criminales, el desarrollo normativo que puso en marcha el sistema acusatorio en Colombia no lo reglamentó<sup>16</sup>.

## **2.1 GARANTISMO PROCESAL**

Como se anticipó en la introducción de este trabajo, a fin de lograr una mejor comprensión del asunto materia de reflexión, esto es que el permitir la proliferación de recursos, en especial la apelación de la sentencia absolutoria, contraviene o desconoce los postulados de un sistema penal acusatorio, resulta necesario referir que un proceso de esta naturaleza encuentra profundos y determinantes fundamentos en la denominada teoría del garantismo procesal, pues es concebido como el modelo de enjuiciamiento criminal que mejor permite la realización de sus principios.

Para precisar algunas características relevantes de un sistema de enjuiciamiento que se define como garantista debe acudir a uno de los principales expositores del denominado garantismo jurídico, Luigi Ferrajoli<sup>17</sup>, con el fin de establecer las bases sobre las cuales se cimientan los derechos de un procesado penal, en especial la posibilidad de ejercer recursos contra las decisiones judiciales.

Según Luigi Ferrajoli<sup>18</sup> el modelo garantista de enjuiciamiento se cimienta en los principios de estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos, responsabilidad personal, juicio oral y contradictorio entre partes y presunción de inocencia, los cuales representan para el procesado la confianza de ser juzgado con respeto de sus derechos más elementales.

---

<sup>15</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit., Artículo 1º.

<sup>16</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.,

<sup>17</sup> Se hace referencia al italiano Luigi Ferrajoli (1940) quien formuló la teoría del garantismo penal a partir de su obra: Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, 1995, la cual será citada en este capítulo.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Op. cit., p. 33

No en vano el mismo Ferrajoli<sup>19</sup> define el proceso inquisitivo a partir de su etimología como un proceso antigarantista, pues encarna prejuicios éticos o morales que afectan la definición normativa de qué se considera delito y, necesariamente, su comprobación en el juicio penal.

Desde ya puede verse que el ordenamiento penal colombiano en la retórica reconoce y da prelación a postulados superiores que viabilizan la realización de un juicio con plena sujeción a garantías fundamentales, como la dignidad humana, la libertad, la prelación de tratados internacionales, la igualdad, la imparcialidad, la legalidad, la inmediación, la concentración, el juez natural y la doble instancia, entre otros<sup>20</sup>; pero que en la práctica desarrolla condicionamientos que impiden la efectiva realización de las garantías establecidas en favor del procesado, como es el caso de la permisión del artículo 177 del Código Procedimiento Penal que expresamente hace alusión a la posibilidad de impugnar la sentencia absolutoria<sup>21</sup>.

Los artículos 16 y 17 del Código de Procedimiento Penal estatuyen como principios rectores la inmediación y la concentración, que estiman como prueba únicamente la que se haya producido o incorporado en presencia del juez, en audiencia pública, con la debida confrontación y en forma concentrada<sup>22</sup>. El desarrollo jurisprudencial que sobre la materia realizó el órgano de cierre de la jurisdicción penal en el país, esto es, la Corte Suprema de Justicia, llevó a permitir que durante el juzgamiento pueda suceder un cambio de juez, sin que se afecte la estructura de la actuación, es decir, es viable que sea un funcionario quien presencie la práctica de pruebas y otro quien anuncie sentido de fallo y adopte la respectiva sentencia<sup>23</sup>.

Como se presentará a continuación, los avances que el garantismo representa para la persona sometida a un juzgamiento pasan por la preexistencia

---

<sup>19</sup> Ibid. p. 43. "Es claro que este modelo de juicio penal potestativo en vez de cognoscitivo tiene una intrínseca naturaleza autoritaria. Su fundamento es exactamente el inverso al propio del modelo garantista: sin una predeterminación normativa precisa de los hechos que se han de comprobar, el juicio se remite en realidad mucho más a la autoridad del juez que a la verificación empírica de los supuestos típicos acusatorios"

<sup>20</sup> En el primer capítulo del Código de Procedimiento Penal, denominado "principios rectores y garantías procesales", artículos 1º a 25, se establecen una serie de pautas o normas orientadoras del proceso penal.

<sup>21</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.,

<sup>22</sup> Ibid. Artículo 16 y 17.

<sup>23</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 38512 (7 de diciembre de 2001). [M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández].

de una norma que defina la conducta por la cual se le llama a juicio, así como la autoridad encargada de dirigirlo, pero se materializa o concreta con la efectiva oportunidad de controvertir la acusación al interior del proceso y respecto de las decisiones desfavorables que en su contra se adopten. Este estudio se centrará en este último aspecto, pues el propósito, se itera, no es otro más que reflexionar en torno al recurso como derecho y a su poco práctica proliferación en nuestro ordenamiento procesal penal.

### 2.1.1 Entre el convencionalismo penal y la estricta legalidad

Para mejor ilustración de lo antes declarado, esto es, los rasgos que en esencia definen un sistema penal garantista, es necesario acudir a Ferrajoli, quien establece las categorías de "*convencionalismo penal y estricta legalidad*"<sup>24</sup> con el propósito de delimitar unas mínimas y elementales condiciones de legalidad, dentro de las cuales debe fundarse un ordenamiento jurídico penal garantista.

Es así que, compartiendo lo expuesto por el autor previamente citado, la primera de las referidas categorías, esto es, el convencionalismo penal, en su carácter formal y material, implica que al juez no le es permitido definir qué es delito y qué no lo es, pues existe una reserva legal absoluta, según la cual solamente el legislador establece a qué conductas les corresponde una pena<sup>25</sup>.

Este sencillo pero trascendental punto de partida es el que se estima como pilar de un modelo de enjuiciamiento garantista, pues se traduce precisamente para el procesado en la prerrogativa de no improvisación o constitución de un juez especial en su caso<sup>26</sup>, y evita el juzgamiento por delitos que no son preexistentes al acto que se imputa o que resultan de la inventiva del fallador<sup>27</sup>. También sirve para delimitar las competencias del legislador y las del juez, pues no pueden concurrir en una misma persona ambas categorías, so pena de afectar la imparcialidad propia de este modelo de enjuiciamiento penal.

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Op. cit., p. 34 a 36

<sup>25</sup> Ibid. p. 34 y 35

<sup>26</sup> Asunto necesariamente relacionado con el concepto de juez natural que brevemente se abordará más adelante.

<sup>27</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000). Código Penal. Diario Oficial No. 44.097. art 6. "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio; La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco [...]".

En esta misma línea, desde antaño, Cesare Beccaria<sup>28</sup> se refirió a que solo el legislador puede establecer las penas de los delitos, y no le es permitido al *magistrado* apartarse de tal regulación, ni siquiera invocando el bien común, pues tratándose de responsabilidad penal, el interés del juez debe centrarse en cada caso en particular y no hacer prevalecer el interés general.

Ahora, el principio de estricta legalidad, como otro apartado de la referida categoría, según Ferrajoli<sup>29</sup> puede definirse como una técnica legislativa que busca excluir del campo de acción del derecho penal las consideraciones atinentes a las personas, ya sea por su condición social, raza, sexo, religión, etc; para en su lugar circunscribirse a regular conductas o comportamientos a través de una prohibición. Se trata de privilegiar y restringir el derecho penal de acto sobre las consideraciones personales del autor.

Otra explicación admisible sobre el anterior concepto parte de distinguir entre “normas constitutivas” y “normas regulativas”<sup>30</sup>, es decir las que sin mediación de algún comportamiento que implique su inobservancia generan efectos o consecuencias para el procesado y aquellas que solo califican o regulan deónticamente un comportamiento como prohibido, bien sea por acción u omisión, respectivamente. Es la existencia de estas últimas, las normas regulativas, la que materializa el principio de estricta legalidad dentro de un sistema penal garantista, pues evita la normativización o tipificación de aspectos distintos a los comportamientos humanos; parafraseando palabras del propio Ferrajoli, se trata de regular la desviación penal y no de constituirla<sup>31</sup>.

Cabe aquí llamar la atención en que algunas normas del actual código de procedimiento penal colombiano hacen alusión a circunstancias que escapan al acto propio que se investiga y se adentran a esferas que en principio deberían ser ajenas al proceso penal, pues las consideraciones sobre el peligro subjetivo que puede representar el autor contradicen los lineamientos formulados por la mencionada teoría del garantismo penal. A manera de ejemplo, el artículo 308 consagra textualmente como uno de los presupuestos

---

<sup>28</sup> BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y las penas. Universidad Carlos III de Madrid. 2015. p. 21. [en línea] Disponible en < <http://bit.ly/2NOarsK>>

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Op. cit., p. 35

<sup>30</sup> Ibid. p. 35

<sup>31</sup> Ibid. p. 36

para imponer una medida de aseguramiento que *"el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima"*<sup>32</sup>, y el artículo 310 regula el alcance de dicha directriz, obligando al juez de control de garantías a hacer un análisis que trasciende los aspectos propios de la imputación fáctica hacia consideraciones personales del procesado.

No cabe duda entonces de que pese a la nitidez del principio de estricta legalidad, basilar de un modelo garantista de enjuiciamiento, el sistema colombiano establecido por medio del Acto Legislativo 03 de 2002<sup>33</sup>, y desarrollado principalmente en la Ley 906 de 2004<sup>34</sup>, tiene algunas normas que podrían constituir en sí mismas una infracción o una especie de reparo penal, que si bien en ciertos casos pueden resultar justificadas y necesarias por razones de política criminal, son excepciones al referido principio rector, y deberían escapar a la circunscripción del derecho penal de acto, en especial si en el ejemplo citado la medida de aseguramiento se solicita e impone, normalmente, contra la persona que ha sido imputada de un delito, pero que mantiene incólume la presunción de inocencia a su favor, pues ni siquiera se ha formulado imputación en su adversidad, y menos se ha cumplido el juzgamiento.

### **2.1.2 Del cognocitivismo procesal y la estricta jurisdiccionalidad**

Para Ferrajoli<sup>35</sup> el cognocitivismo procesal es una categoría conceptual que se sujeta al principio de estricta jurisdiccionalidad, pues el primero implica que la demostración o comprobación de la conducta punible no obedezca a motivaciones subjetivas del fallador, sino que corresponda a la ratificación o verificación objetiva de lo sucedido.

Resulta aquí relevante citar textualmente a Beccaria<sup>36</sup>, quien acertadamente proclamó: *"Donde las leyes son claras y precisas, el oficio del juez no consiste más que en comprobar un hecho"*.

En este orden de ideas, la estricta jurisdiccionalidad que está ligada al cognocitivismo procesal, además de referirse a la comprobación de las hipótesis

---

<sup>32</sup> Ley 906, 2004. Op. cit., art 308.

<sup>33</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit.,

<sup>34</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.,

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Op. cit., p. 36

<sup>36</sup> BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 36



que constituyen la acusación por medio de las formas procesales previamente establecidas, también se extiende a la realización de un juicio “*recognoscitivo de las normas y cognoscitivo de los hechos regulados por ellas*”<sup>37</sup>.

Lo anterior significa que el juicio oral y público consiste en (i) ratificar la existencia de las normas sustantivas que regulan el asunto estudiado y (ii) demostrar la configuración concreta de la conducta descrita o prevista en la norma en el caso en particular.

Bajo esta línea, precisamente el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal colombiano prevé unos requisitos como contenido mínimo del escrito de acusación que corresponde formular a la Fiscalía, dentro de los cuales se establece, entre otros, la determinación de los hechos jurídicamente relevantes, en forma clara, sucinta y comprensible en su lenguaje<sup>38</sup>; condicionamiento este orientado a permitir la realización de un juicio orientado a constatar si los hechos imputados se ajustan o no al precepto que se invoca como transgredido, pero que en la práctica por el ejercicio irresponsable de algunos de los funcionarios representantes de la Fiscalía ha llevado a que se realicen juzgamientos sin haberse previamente formulado correctamente los hechos jurídicamente relevantes, y que ha desencadenado varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia para intentar conjurar la referida falencia<sup>39</sup>.

### **2.1.3 La garantía de imparcialidad e independencia del juez**

Debe decirse que un proceso que garantice un juicio con las anteriores características debe estar precedido de un juez imparcial. Para Maier<sup>40</sup>, desde un punto de vista etimológico la imparcialidad tiene que ver con no ser parte del asunto que está por decidirse y, desde un aspecto semántico, se refiere a la ausencia de prejuicios en relación con la persona juzgada, ya sean positivos o negativos. Esta garantía de imparcialidad se extiende también a dejar al juez desprovisto de la facultad de investigar y participar en la producción de la prueba, pues esto conlleva a que el juez pierda su posición neutral.

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Op. cit., p. 36

<sup>38</sup> Ley 906, 2004. Op. cit., art 337.

<sup>39</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 45899. (23 de noviembre de 2017). [M.P. Patricia Salazar Cuellar], entre otros pronunciamientos más recientes.

<sup>40</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. cit., p. 739.

Como se observa, la imparcialidad tiene dos aristas complementarias; por un lado, busca garantizar que el juez no se entrometerá en asuntos que vayan más allá de su competencia o los que le corresponde decidir, y por otro, implica que frente a cada caso concreto, el juez debe tener ecuanimidad y objetividad, no debe recaer sobre él ningún manto de sospecha que ponga en entredicho su sano juicio<sup>41</sup>. En palabras coloquiales, debe ser imparcial y aparentar serlo también.

En Colombia, una vez más, resulta contrario al principio de imparcialidad del juez que el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal<sup>42</sup> permita, aunque sea excepcionalmente, que este pueda interrogar complementariamente al testigo con el propósito de obtener el cabal entendimiento del caso, ya que sin duda es permitirle al juez participar activamente en la práctica o producción de las pruebas. Esto desnaturaliza la necesaria separación que debe existir en los roles que cumple cada parte en un sistema que se considera garantista y acusatorio.

Igualmente, una reciente corriente de la Corte Suprema de Justicia se orienta por sugerir que el juez de control de garantías y el juez de conocimiento deben intervenir a favor de la Fiscalía cuando la metodología prevista por el legislador, consistente en el *autocontrol* que le corresponde realizar al presentar imputación y acusación, haya fallado y existan falencias en la formulación de hechos jurídicamente relevantes<sup>43</sup>. Aunque esta posición se respeta, no puede compartirse, pues pone al juez de conocimiento del lado de la Fiscalía, a quien debe *ayudar* a enmendar la indebida formulación de los hechos relevantes del caso, pese a que la misma legislación atribuye al ente acusador la carga de tal determinación<sup>44</sup>, rompiendo así el equilibrio propio que debe gobernar este modelo de enjuiciamiento.

---

<sup>41</sup> Sobre este aspecto Maier, en su obra *Derecho Procesal Penal*, destina un subcapítulo para explicar cómo debe garantizarse la imparcialidad del juez frente al caso, así como a los mecanismos para excluir del proceso a un juez *sospechoso*. En el código de procedimiento penal colombiano, el artículo 56 establece las causales de impedimento o recusación, por medio de las cuales se puede apartar a un juez del conocimiento de determinado asunto, por encontrar comprometida su imparcialidad para resolverlo.

<sup>42</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.,

<sup>43</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 52311. (11 de diciembre de 2018). [M.P. Patricia Salazar Cuéllar]

<sup>44</sup> Ley 906, 2004. Op. cit., Artículo 336.

En contraste con lo anterior, en Inglaterra y Gales, según lo ha expuesto Teresa Armenta Deu<sup>45</sup>, los tribunales de juzgamiento están desprovistos de cualquier facultad para actuar de oficio, y en cambio en todos los casos le corresponde a alguien ajeno el rol de acusar y demostrar los hechos que endilga y la responsabilidad del acusado, en tanto que correlativamente el procesado puede aportar sus propios medios probatorios para que sean examinados en forma crítica<sup>46</sup>. Esa aportación de prueba por las dos partes en contienda implica que el proceso, más allá de la verdad objetiva, se centra en lo que cada interesado logre demostrar.

En un proceso garantista también debe considerarse la existencia de un juez independiente y autónomo que, según lo plantea Maier, además de romper ataduras con las demás ramas del poder público<sup>47</sup>, debe carecer de presiones internas dentro de la Rama Judicial<sup>48</sup>. No en vano la Carta Política colombiana, como estandarte de la independencia y autonomía judicial, establece que *"los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley"*<sup>49</sup>, y a través de la ley estatutaria de la administración de justicia se reconoce la independencia y autonomía de los funcionarios de la Rama Judicial en la función constitucional y legal de impartir justicia<sup>50</sup>.

En la práctica, lo anterior se traduce a aspectos elementales, como por ejemplo contar con un adecuado sistema de elección de los funcionarios judiciales para garantizar su independencia<sup>51</sup>, establecer remuneraciones dignas y que dependan de un presupuesto autónomo, favorecer la permanencia de los jueces en su rol, permitir que los jueces decidan en sus providencias con sujeción únicamente a la ley, entre otras situaciones más que se orientan a un

---

<sup>45</sup> ARMENTA DEU, María Teresa. La prueba ilícita: un estudio comparado. Madrid: Marcial Pons, 2011. ISBN:9788497688758

<sup>46</sup> Ibid. R. J. WALKER, The english legal system, 6a edición, London, Butterworths, 1985.

<sup>47</sup> Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit., art 113: "Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.."

<sup>48</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. cit., p. 745

<sup>49</sup> Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit., art 230.

<sup>50</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 270 (7 de marzo 1996). "Ley Estatutaria de la administración de justicia". Publicada en el diario oficial No. 42745. art 5.

<sup>51</sup> En Colombia la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, específicamente en el artículo 332, establece la provisión de cargos en propiedad de funcionarios en la Rama Judicial, incluidos lógicamente los de jueces, luego de agotar un proceso de selección, lo que garantiza estabilidad en el rol y escogencia de personal idóneo.

mismo fin: garantizar al procesado que su caso será resuelto por un juez que no depende de otro poder público y que ese juez decidirá su caso aplicando el derecho general e impersonal que rige a todos por igual.

La existencia de un juez natural es otra de las condiciones que permite la materialización de la imparcialidad, es decir, resulta contrario a este principio que se creen los denominados *tribunales ad hoc* constituidos para un hecho ya acaecido o dependiendo de la persona a juzgar<sup>52</sup>. Como ya se dijo, el Código de Procedimiento Penal Colombiano establece esta prerrogativa como desarrollo del principio de legalidad, que justamente irradia todo el ordenamiento penal<sup>53</sup>.

#### **2.1.4 El recurso como garantía procesal**

Es precisamente cuando se articulan y armonizan los postulados antes referidos, es decir, cuando únicamente el legislador regula qué comportamientos humanos son delitos, el juez no interviene en esa determinación, sino que adelanta un juicio imparcial con el propósito de comprobar los hechos de la acusación y se profiere una sentencia condenatoria fundada en la prueba debatida en el juicio oral<sup>54</sup>, cuando toma sentido hablar de recursos efectivos y la garantía que significan para el acusado su consagración y materialización en un sistema penal acusatorio de enjuiciamiento.

Para empezar este tema de estudio, resulta importante dilucidar la concepción originaria de los recursos, en especial el que procede contra la sentencia, a fin de advertir que, de antaño, e incluso actualmente, la apelación no se concibe únicamente como una garantía a favor del procesado o enjuiciado, sino principalmente como un medio de control funcional, propio de la organización jerarquizada del sistema judicial.

Siguiendo lo reseñado por Maier<sup>55</sup>, obsérvese que históricamente los recursos, como posibilidad de obtener modificación, revocatoria o eliminación de una providencia, incluida lógicamente la sentencia, fueron concebidos

---

<sup>52</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal *Penal.Op. cit.*, p. 763

<sup>53</sup> Ley 599, 2000. *Op. cit.*, art 6.

<sup>54</sup> Ley 906, 2004. *Op. cit.*, art 381: "conocimiento para condenar".

<sup>55</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. *Op. cit.*, p. 705 y 706.

como desarrollo del sistema inquisitivo, pero no como garantía de seguridad para los súbditos o administrados sometidos a una decisión de la autoridad judicial, sino mejor como instancias de control burocrático. Es decir, la existencia de un recurso vertical, esencialmente el de apelación, permitía que un superior ejerciera control sobre la sujeción del inferior a los mandatos impartidos bien fuera por el rey o la máxima autoridad eclesiástica; razón por la cual, era incluso permitido el *reexamen* de oficio del caso, con el fin de controlar la decisión del tribunal inferior.

Bajo esta línea de pensamiento, como también lo destaca Maier, dada la *jurisdicción delegada*<sup>56</sup> que caracterizaba el sistema judicial, el recurso se tornaba connatural a todas las decisiones, resultando incluso en un control obligatorio y de oficio cuando se trataba de graves infracciones. Es decir que no era necesaria la presentación de una queja para activar la revisión del superior, ni se trataba la impugnación de la sentencia, de una posibilidad reservada al acusado, sino que también podían hacer uso de ella los órganos estatales responsables de la persecución penal<sup>57</sup>.

En contraposición a los rasgos anteriores, los cuales han permeado los modelos de enjuiciamiento más modernos<sup>58</sup>, el literal h numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos humanos<sup>59</sup> consagra como una de las garantías mínimas que deben respetarse al inculpado de un delito, la de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 numeral 5º declara como un derecho que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior”<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> La autoridad, bien fuera el Papa o el monarca, delegaba la facultad de administrar justicia, por lo cual existía la necesidad de controlar la correcta aplicación de las reglas impartidas.

<sup>57</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. cit., p.707.

<sup>58</sup> Ibid. p.707

<sup>59</sup> ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. Costa Rica. (7 al 22 de noviembre de 1969). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2xmVLpu>>

<sup>60</sup> NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre de 1966). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Ltnvkz>> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), en vigencia desde 23 de marzo de 1976.

Así las cosas, fácil resulta advertir la transición que necesariamente debió presentarse en el concepto o en el entendimiento del recurso, de la cual surge igualmente una divergencia en la naturaleza de este mecanismo judicial, es decir: (i) considerar el recurso exclusivamente como un medio de control funcional, limitado a que un órgano jurisdiccional superior revise lo ajustado de la actuación del inferior que adoptó la decisión; y (ii) estimar el recurso como garantía procesal restringida al enjuiciado en caso de fallo adverso y que le permite acceder a una instancia efectiva en la cual se puedan resolver los reparos contra la providencia; práctica esta última que, contrario a un rasgo característico del sistema inquisitivo, impediría al acusador recurrir la sentencia absolutoria, obteniendo la condena *in extremis* y limitando así al procesado la controversia de tal decisión.

Es importante destacar que al resolver el caso Mohamed vs. Argentina<sup>61</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió al alcance de la anterior prerrogativa, entendida como el acceso a un recurso ordinario y eficaz, con mínimas formalidades para su admisión, para que este pueda cumplir su fin de examinar y resolver los agravios formulados por el recurrente.

En aquella oportunidad también se refirió la Corte Interamericana a que, independientemente del sistema de procesamiento penal que adopte cada Estado, el recurso contra la sentencia condenatoria debe posibilitar el análisis de cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas contenidas en la sentencia impugnada, motivo por el cual las causales de procedencia deben permitir un control amplio en relación con los aspectos de inconformidad<sup>62</sup>.

Es precisamente esa dualidad contrapuesta de finalidades del recurso de apelación, en especial contra la sentencia, la que llevó a Maier a oponerse a concebirlo como una facultad atribuible a todos los intervinientes del proceso penal, pues dado el propósito que está llamada a cumplir, el ejercicio de la alzada debe restringirse o limitarse al acusado condenado, es decir, debe ser despojada del *carácter bilateral*, para en cambio permitir que el procesado requiera la *doble conformidad* de la condena, ya que viabilizar

---

<sup>61</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Mohamed vs. Argentina. (23 de noviembre de 2012).

<sup>62</sup> Ibid.

la controversia de la absolución al órgano estatal encargado de formular la acusación constituye una infracción del principio de *ne bis in ídem*<sup>63</sup>.

En Colombia queda claro que tanto la Convención Americana sobre derechos humanos y el Pacto de derechos civiles y políticos<sup>64</sup> cuentan con ratificación por el ejecutivo y aprobación por el congreso de la república, es decir, resultan de obligatoria aplicación, y, por ende, una interpretación sistemática de tales preceptos implicarían la existencia del derecho a recurrir la sentencia condenatoria en cabeza exclusiva del acusado y no a favor de la Fiscalía, como órgano estatal encargado de la persecución penal. Sin embargo, desconociendo la naturaleza de garantía procesal que debe revestir al recurso en cuestión, el artículo 177 de la Ley 906 de 2004 abre la posibilidad para que se ejerza la apelación contra la sentencia absolutoria, por cualquiera de los sujetos procesales.

Se coincide con Maier<sup>65</sup> cuando discrepa de lo expuesto por Sagües<sup>66</sup> y Bidart Campos<sup>67</sup>, pues, aunque ellos reconocen el derecho al recurso, aceptan que el mismo puede corresponder no solo al procesado, sino también al órgano público encargado de la persecución penal, ya que resulta innecesario o sin fundamento, si se quiere, establecer como derecho a favor del Estado la posibilidad de recurrir, pues es precisamente la parte robustecida o en ventaja en desarrollo de un juicio oral. Por el contrario, el entendimiento natural implica que se trata es de conceder una garantía procesal efectiva al sujeto pasivo de la coacción estatal.

En este entendido, el derecho a presentar apelación contra la sentencia condenatoria, que en un escenario ideal se radica exclusivamente en cabeza del acusado, permite, por un lado, que el sujeto pasivo de la acción penal pueda obtener un nuevo juicio cuando demuestre la existencia de irregularidades en la primera actuación, es decir que se desvirtúe la creencia de haberse tratado

---

<sup>63</sup> Se explica que tanto la absolución como la sentencia condenatoria no recurrida quedan en firmes por el solo hecho de ser pronunciadas, por lo cual cualquier persecución posterior de carácter penal constituye *bis in ídem*.

<sup>64</sup> Aprobado en Colombia, mediante la Ley 74, 1968. Op. cit.

<sup>65</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. cit

<sup>66</sup> Ibid. "La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Ric. III" p.160

<sup>67</sup> Ibid. "La doble instancia en el proceso penal (la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)" p. 879

de un juicio justo; y por otro, significa que esta última y novedosa actuación judicial no podría darse por petición del órgano acusador, pues se abriría así la posibilidad de una nueva condena o persecución penal<sup>68</sup>.

El llamado entonces cuando se está de cara a un Estado Social de Derecho<sup>69</sup> cuyo juzgamiento penal se define como acusatorio<sup>70</sup>, como sucede en Colombia, no es otro más que despojarse de los condicionamientos históricos conceptuales que reconocen al recurso la característica de medio de control funcional, para en cambio aceptar que se trata de una garantía procesal que por antonomasia debe concederse al sujeto pasivo de la acción penal.

Vale la pena aquí anotar que en Colombia, aunque sigue manteniéndose la posibilidad a las partes de apelar la sentencia absolutoria, se expidió el acto legislativo 01 de 2018, por medio del cual se implementó, entre otros aspectos, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria<sup>71</sup>, regulación que constituye un avance en favor de las garantías procesales mínimas para quien resulta procesado penalmente.

## **2.2 LA PROLIFERACIÓN DE RECURSOS EN EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO COLOMBIANO**

Este apartado está estrechamente relacionado con la temática abordada en párrafos anteriores, pues la concepción del recurso como un mecanismo que permite a una autoridad superior controlar la corrección de las decisiones adoptadas por una autoridad inferior, es la que fundamenta la existencia de múltiples decisiones al interior del proceso penal que son susceptibles de examen a través de los recursos.

Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en el proceso penal acusatorio que reglamentan el Acto Legislativo 03 de 2002 y

---

<sup>68</sup> Ibid. p.716 y 717

<sup>69</sup> Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit.,

<sup>70</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit.,

<sup>71</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 01 (18 de enero de 2018). "Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la constitución política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria" Diario Oficial No. 50480.



la Ley 906 de 2004, los recursos ordinarios son la apelación y la reposición, esta última procedente contra *todas* las decisiones con excepción hecha de la sentencia<sup>72</sup>.

Como puede verse, se prevé la revisión de las decisiones adoptadas en audiencia por el mismo funcionario que las profirió, lo cual por sí solo garantiza la posibilidad de corrección de los errores que eventualmente puedan contenerse en ellas, sin que se observe que, según el propósito perseguido por el Acto Legislativo 03 de 2002, resulte estrictamente necesario permitir la apelación, esto es, la revisión por un juez de mayor jerarquía, como garantía de acierto de la determinación frente a un elevado número de decisiones, como se regula en el varias veces citado artículo 177<sup>73</sup>.

Es que según el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal Colombiano el recurso de apelación procede contra la sentencia condenatoria o absolutoria y contra otras decisiones adoptadas en la fase preliminar por quien ejerce como juez de control de garantías o en desarrollo del juicio por el juez de conocimiento. Sin embargo, llama la atención que en la exposición de motivos del proyecto de ley estatutaria No. 001 de 2003<sup>74</sup>, presentado a la Cámara de Representantes, que posteriormente se convertiría en nuestro actual Código de Procedimiento Penal, solamente se hace alusión expresa a la posibilidad de presentar apelación durante el proceso, contra la decisión que adopte el juez consistente en rechazar una prueba, y al registro de las actuaciones por medios idóneos y fidedignos para servir de prueba durante el trámite de los recursos de apelación.

La revisión documental realizada para esta investigación demostró que el ordenamiento jurídico penal colombiano es de los pocos que establece un listado de decisiones susceptibles de apelación a lo largo del proceso penal, como también ocurre en México, donde la ley define las resoluciones o decisiones del juez de control que son apelables<sup>75</sup>, así como

---

<sup>72</sup> Ley 906, 2004. Op. cit., art 176.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Ley Estatutaria No. 001 (20 de julio de 2003). "Por medio del cual se expide el código de procedimiento penal". Osorio Isaza, Luis Camilo. Exposición de motivos.

<sup>75</sup> CAMARA DE DIPUTADOS DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN DE MÉXICO. Código Nacional de Procedimientos Penales. (5 de marzo de 2014). art 467

los pronunciamientos del Tribunal de Enjuiciamiento respecto de las cuales procede dicho recurso<sup>76</sup>.

En cambio, las reglas de procedimiento criminal de Puerto Rico contienen un capítulo denominado “*apelaciones*”, en el cual se permite al acusado presentar apelación o ejercer el recurso de *certiorari*<sup>77</sup> contra la sentencia condenatoria. En España la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el título denominado “*De los recursos contra las resoluciones procesales*”, establece la posibilidad de presentar recursos de reforma, apelación y queja contra las decisiones del juez de instrucción<sup>78</sup>, sin enunciarlas taxativamente ahí, permitiendo que la apelación se ejerza cuando se haya hecho uso previamente del recurso de reforma<sup>79</sup>.

En Argentina, en el Código Procesal Penal se consagra que el recurso de apelación procede únicamente contra los autos de sobreseimiento<sup>80</sup> dictados por los jueces de instrucción<sup>81</sup>. Llama la atención que dicho país limita o restringe expresa y específicamente al actor civil la posibilidad de recurrir la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento dictados en un proceso penal<sup>82</sup>.

En Colombia se considera que permitir la existencia de múltiples y excesivos recursos, en especial de apelación, contrasta con el concepto de la teoría de garantismo procesal que concibe el recurso como una prerrogativa a favor del procesado y se acerca más a establecer al interior del proceso penal controles a la actuación de los funcionarios de menor

---

<sup>76</sup> Ibid. art 468: “Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Tribunal de enjuiciamiento: I. Las que versen sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público; II. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso”

<sup>77</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. Reglas de procedimiento criminal de 1963 (26 de junio de 1963. Regla 193. [En Línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2XW58v7>>

<sup>78</sup> MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA DE ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. (14 de septiembre de 1882) por la cual que se aprueba el enjuiciamiento criminal. art 216.

<sup>79</sup> Ibid. art 222.

<sup>80</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ley 23984. (4 de septiembre de 1991) Código Procesal Penal. art 335. “El sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta”

<sup>81</sup> Ibid. art 449.

<sup>82</sup> Ibid. art 95.

rango<sup>83</sup>, dada la estructura vertical bajo la cual está organizado nuestro sistema judicial<sup>84</sup>.

Igualmente, la referida proliferación afecta la celeridad y economía procesal que deben reinar en todo proceso de enjuiciamiento penal, y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable<sup>85</sup>, ya que la multiplicidad de recursos, varios de ellos innecesarios por la dinámica misma del proceso penal, retarda aún más la oportuna solución de los casos sometidos a la jurisdicción penal. Este aspecto es de especial importancia si se tiene en cuenta que la propia exposición de motivos del actual Código de Procedimiento Penal<sup>86</sup> concebía al juez como director supremo del proceso, con la facultad de limitar de forma proporcionada y razonable la intervención de los sujetos procesales.

También llama la atención que la mayoría de decisiones que son susceptibles de apelación ante el juez de conocimiento, como por ejemplo las providencias que deciden sobre la preclusión, una nulidad, pruebas y exclusión en el juicio oral, pueden controvertirse verticalmente, pero implican la suspensión de la actuación hasta tanto el superior se pronuncie al respecto. Esta situación acentúa la reflexión contenida en el párrafo inmediatamente anterior.

### **2.3 LA DOBLE CONFORME Y EL DOUBLE JEOPARDY**

Cuando se concibe el derecho al recurso como garantía procesal a favor del acusado, resulta necesario abordar dos postulados del derecho criminal que resultan importantes para la comprensión del punto al cual se quiere arribar; por un lado, el derecho del acusado a obtener la doble conformidad de la sentencia condenatoria, y por otro, la prohibición de *double jeopardy* o doble exposición. Por esra razón nos ocuparemos brevemente de ellas.

Para empezar, debe decirse que negar al Estado, en este caso a la Fiscalía, la posibilidad de ejercer recursos contra la sentencia absolutoria, está directamente relacionado con la realización de un juicio por jurados,

---

<sup>83</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. cit., p.707 y 708

<sup>84</sup> Ley 270, 1996. Op. cit., Título II, capítulo I.

<sup>85</sup> Ley 906, 2004. Op. cit., art 8 literal k.

<sup>86</sup> Proyecto de Ley Estatutaria No. 001, 2003. Op. cit.

quienes deciden por una única vez sobre la exposición del acusado como autor o partícipe de una conducta punible, ya que en una actuación judicial de tal naturaleza la Fiscalía cuenta con una sola oportunidad de obtener una condena penal; de lo contrario infringiría la prohibición de doble exposición o *double jeopardy*<sup>87</sup>.

El *double jeopardy* hace alusión a la prerrogativa en favor del acusado para que su juicio no se repita cuando se han garantizado cabalmente sus derechos y no se ha permeado el proceso de vicio alguno, mientras que para la sociedad o el Estado implica la repetición del juicio cuando existieron vicios en el juzgamiento que limitaron o coartaron el derecho a demostrar la responsabilidad del acusado<sup>88</sup>. Así mismo, esta garantía se consolida en la imposibilidad de juzgar dos veces a una misma persona por igual conducta o imputación, principio conocido como *ne bis in ídem* o *non bis in ídem*, esto es, que nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o diferentes funcionarios<sup>89</sup>.

Por ejemplo, en Puerto Rico las reglas de procedimiento criminal<sup>90</sup> señalan claramente la posibilidad del acusado de presentar una moción para desestimar, luego de oída la acusación<sup>91</sup>, cuando "*el acusado ha sido convicto, o ha estado expuesto a serlo, o ha sido absuelto del delito que se imputa*"<sup>92</sup>, permitiendo incluso la presentación de la moción cuando haya existido defecto alguno en la acusación o la denuncia.

Según lo explica Maier<sup>93</sup>, en el derecho penal estadounidense, el cual es punto de referencia cuando se habla de un sistema penal acusatorio, el fiscal

---

<sup>87</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op.Cit.

<sup>88</sup> BIERSCHBACH, Rick A. One bite at the apple: Reversals of convictions tainted by prosecutorial misconduct and the ban on double jeopardy. En: Michigan Law Review. (94) 1995-1996.

<sup>89</sup> En relación con las variadas hipótesis en las cuales resulta aplicable el *non bis in ídem*, la Corte Suprema de Justicia de Colombia se ha ocupado en varias decisiones de su explicación, puede consultarse la sentencia de revisión SP4235-2017 del 23 de marzo de 2017, dentro del proceso No. 45072, con ponencia de Patricia Salazar Cuéllar.

<sup>90</sup> Adoptadas por el Tribunal Supremo el 5 de febrero de 1963, entraron en vigor 60 días después de la terminación de la sesión, al no haber sido desaprobadas por la Legislatura, según el artículo V, sec. 6 de la Constitución de Puerto Rico.

<sup>91</sup> Reglas de procedimiento criminal de 1963. Op. cit., Regla 61

<sup>92</sup> Reglas de procedimiento criminal de 1963. Op. cit., Regla Regla 64 literal f.

<sup>93</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op.Cit.

como representante del estado y titular de la acción penal conoce y acepta que cuenta con una única oportunidad de obtener una sentencia penal, pues si el fallo es absolutorio, incluso cuando estime que la decisión se basó en razones injustas, no tendrá una nueva posibilidad para lograr ese cometido, toda vez que incurriría en la prohibición de doble exposición o *double jeopardy*<sup>94</sup>.

Cuando Chiesa Aponte<sup>95</sup> analiza el caso pueblo v. Sánchez Valle, refiere que la protección que contiene la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos<sup>96</sup> es de tal amplitud que permite entender a Puerto Rico y Estados Unidos como una misma soberanía, por lo cual una persona no puede ser expuesta por los mismos hechos ante tribunales de uno y otro país, pese a la autonomía que cada uno tiene para determinar qué comportamientos resultan delictuales. En esta oportunidad, para dilucidar si se trata de hechos iguales o, lo que es lo mismo, de la misma ofensa, se aplica un criterio restrictivo consistente en establecer o determinar si la prueba es la misma o guarda similitud en las dos actuaciones<sup>97</sup>.

Por su parte, el derecho a obtener la doble conformidad judicial se ha entendido como un requisito o presupuesto para la ejecución de una sentencia penal, cuando el sentenciado así lo reclama. Esto significa una evolución o transformación del concepto del derecho al recurso, pues conlleva necesariamente a que únicamente por voluntad del condenado se ponga en marcha el aparato judicial para dejar sin efectos la sentencia de condena o para obtener su confirmación<sup>98</sup>, caso este último en el cual se entendería que existe una alta probabilidad de acierto, pues al existir dos pronunciamientos judiciales en un mismo sentido, se disminuye la posibilidad de error<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> Ibid. "Green vs. U.S. 1957 U.S. vol 355, pág. 184 y ss (Es uno de los principios elementales de nuestro derecho penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aun cuando la absolución pueda aparecer como errónea)"

<sup>95</sup> CHIESA APONTE, Ernesto L. Artículo Derecho Procesal Penal. *En*: Revista Jurídica Upr. (85). Núm. 2. 2016. p. 492 a 498.

<sup>96</sup> Constitución de Estados Unidos, 1787. Op. cit., Enmienda V. En lo pertinente dice así: "Ni podrá persona alguna ser sometida dos veces, por el mismo delito, a un juicio que pueda ocasionar la pérdida de su vida o de su integridad corporal"

<sup>97</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. Caso Blockburger v. United States 204, U.S. 299 (14 de enero de 1932)

<sup>98</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op.Cit. p.715 y 716

<sup>99</sup> Ibid."quien agrega una analogía matemática para comprender el significado del derecho a obtener la doble conformidad", p. 713

En la legislación de Puerto Rico está previsto que las sentencias finales dictadas en primera instancia en casos criminales sean apeladas exclusivamente por el acusado, sin abrir esa posibilidad para el ente encargado de la persecución penal<sup>100</sup>. Sucede distinto en otras legislaciones, como por ejemplo en el derecho procesal penal español, en el cual se establece expresamente la posibilidad de que el Ministerio Fiscal o el condenado y las demás partes puedan interponer el recurso de apelación en el término de diez días siguientes a la última notificación de la sentencia<sup>101</sup>.

En Estados Unidos se permite que el acusado solicite la revisión de la sentencia cuando esta haya sido impuesta con violación de la Ley, haya sido el resultado de una aplicación incorrecta de las pautas de sentencia, se haya impuesto una pena de prisión mayor a la que procedía o libertad condicionada o libertad supervisada por lapsos mayores<sup>102</sup>.

Obsérvese que cuando Chiesa Aponte<sup>103</sup> emite su opinión en torno al caso pueblo v. Ayala García<sup>104</sup>, expresa su sorprendimiento e inconformidad porque, pese a que el Tribunal de Apelaciones, al cual lógicamente había acudido el acusado, revocó la sentencia condenatoria debido a que el delito por el cual fue sentenciado no era el mismo respecto del cual se le formuló inicialmente la acusación, ni era uno menor subsumido en el delito enrostrado, por actuación del procurador ante el Tribunal Supremo se acogió la petición de condenar por el delito primigeniamente acusado, al estimar que la absolución en primera instancia por ese punible no obedeció a falta de prueba, sino a un tecnicismo en la determinación del delito. Lo anterior, en palabras del autor citado, tiene la apariencia de una clara riña con la protección constitucional contra la doble exposición.

En este orden de ideas, vale la pena enfatizar que un sistema garantista de enjuiciamiento penal, que concibe el recurso como un derecho a favor del procesado, restringe su procedencia contra las decisiones adoptadas; en

---

<sup>100</sup> Reglas de procedimiento criminal de 1963. Op. cit., Regla 193

<sup>101</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882. Op. cit., Artículo 86 bis b)

<sup>102</sup> ESTADOS UNIDOS. Code part II: Criminal Procedure. Chapter 235 Appeal. 3742 Review of a sentence. (a) Appeal by a defendant

<sup>103</sup> CHIESA APONTE, Ernesto L. Artículo Derecho Procesal Penal. Op. cit., p. 439 a 442.

<sup>104</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. Pueblo v. Ayala García. (13 de junio de 2012) TSPR 120, 186 DPR

especial, limita la apelación a favor del condenado respecto de la sentencia que lo declara culpable y le impone una pena, pues se entiende que es en cabeza del sujeto pasivo de la acción penal sobre quien recae la facultad de obtener la doble conformidad de la sentencia como presupuesto para su ejecución, y también se aprecia con nitidez que exponer al absuelto a la revisión de su caso por otra autoridad judicial que no presencié la práctica de la prueba implica infringir la prohibición de *double jeopardy*.

En todo caso, si se cumplen los presupuestos para adelantar un nuevo juicio a través del recurso de apelación, siempre existirá la limitación o prohibición de reforma peyorativa o *no reformatio in pejus*<sup>105</sup>.

## **2.4 SOBRE LA CONTRARIEDAD DE PERMITIR LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA**

Bajo la anterior óptica, se destaca que la Constitución Política del año 1991, como previamente se refirió, en sus artículos 29 y 31 impuso como condicionamiento de procesabilidad penal permitir al procesado apelar la sentencia condenatoria que en su adversidad se profiera.

La anterior directriz ha sido en varias ocasiones reconocida por la misma Corte Constitucional Colombiana<sup>106</sup>, cuando ha considerado que el mandato constitucional solamente condiciona como obligatoria la garantía de doble instancia respecto de la sentencia de condena.

Como acertadamente lo expone Claus Roxin<sup>107</sup>, la meta o cometido principal de todo proceso penal es lograr la imposición de una pena o sanción correcta o acertada formal y materialmente a quien ha infringido la norma penal, y por ende es declarado responsable. Así entendida, la sentencia de condena y su ejecución tienen como propósito restablecer la paz jurídica.

---

<sup>105</sup> Sobre el alcance de este principio del derecho procesal penal la Corte Constitucional de Colombia se ha expresado desde sus orígenes. Puede verse la sentencia T-575 del 10 de diciembre de 1993, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, donde se explica que en segunda instancia no es posible empeorar la pena impuesta al apelante único.

<sup>106</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-880 (10 de septiembre de 2008). [M.P. Rodrigo Escobar Gil] Sentencia C-1061 (21 de mayo de 2008). [M.P. Manuel José Cépeda Espinosa]. Sentencia C-538 (6 de julio de 2011). [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

<sup>107</sup> ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Op. Cit.

Siguiendo lo expresado por el profesor Mirjan Damaska<sup>108</sup>, debe decirse que tradicionalmente se ha entendido que un sistema procesal penal de corte adversarial se caracteriza por ser una contienda o disputa entre dos rivales, con un juez "*relativamente pasivo*"; en tanto que, en un proceso no adversarial predomina la investigación oficiosa, cuyas acciones son desarrolladas por los funcionarios que "*administran*" justicia.

Lo anterior armoniza con los rasgos del procedimiento acusatorio que describe Roxin<sup>109</sup>, cuando explica que, si bien la persecución estatal está en cabeza del Estado, las funciones de acusación y juzgamiento deben recaer en dos instituciones distintas y autónomas al interior de la organización pública, pues si ambos roles confluyen en la misma persona o autoridad sería un rasgo característico del proceso inquisitivo.

El proceso penal acusatorio, entendido como adversarial, como bien lo ha referido el profesor Damaska, involucra la toma de decisiones por parte de jurados, discrecionalidad en las decisiones y apego a las pruebas orales<sup>110</sup>, características que refuerzan la autonomía de la cual está dotado el órgano decisorio.

Aquí vale la pena hacer claridad en que, si bien en Colombia el Acto Legislativo 03 de 2002 se refirió a la posibilidad de investir a los particulares con funciones de administración de justicia en el rol de jurados<sup>111</sup>, la norma encargada de la implementación efectiva del sistema penal acusatorio dejó de lado tal directriz, afectando notoriamente la afinidad de nuestro proceso penal con uno de naturaleza acusatoria.

Debe recordarse que, según lo expuesto por Maier<sup>112</sup>, nuestros sistemas procesales penales y sus instituciones cargan con un peso histórico propio de una organización judicial jerarquizada o vertical, por lo cual se le dio siempre importancia al aspecto burocrático que potenció la prevalencia de los registros de los procedimientos. Este rasgo no es otra cosa más que una

---

<sup>108</sup> DAMASKA, Mirjan R. Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 13

<sup>109</sup> ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Op. Cit.

<sup>110</sup> DAMASKA, Mirjan R. Op. cit., p. 14

<sup>111</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit., Artículo 1º, modificatorio del artículo 116 de la Constitución Política.

<sup>112</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op.Cit. p. 718



herencia del sistema inquisitivo que llegó a nuestro continente a través de la colonización española.

Uno de los aspectos cercanos a un proceso inquisitivo y a una concepción de control funcional del recurso, que se reprodujo en la codificación procesal penal colombiana que pretendió implementar el sistema penal acusatorio, fue precisamente permitir que la apelación procediera contra la sentencia absolutoria<sup>113</sup>; pues aunque algunos ordenamientos penales tienen claridad sobre este tópico, el legislador colombiano contravino la lógica de un proceso adversarial y permitió que el ente acusador pudiera obtener una sentencia condenatoria en la segunda instancia, pese al fracaso de su teoría del caso ante el juez que presidió el juicio oral y público.

A manera de ejemplo, obsérvese que la regla 193 de Procedimiento Criminal de Puerto Rico<sup>114</sup> establece claramente la procedencia de la apelación por parte del acusado respecto de las sentencias finales dictadas en asuntos penales o criminales por el Tribunal de Primera Instancia, salvo cuando se trate de casos de convicción por alegación de culpabilidad, en los cuales solo procede un recurso de *certiorari*.

Es importante destacar que en el procedimiento criminal de Puerto Rico no se prevé la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, al punto que la regla 213<sup>115</sup> establece como atribuciones del Tribunal de Circuito de Apelaciones revocar, confirmar o modificar la sentencia apelada, o reducir la pena impuesta al acusado, o absolverlo, o también ordenar la celebración de un nuevo juicio. Es decir, no resulta de la esencia del recurso en cita su procedencia en relación con la sentencia absolutoria.

Según lo explica el profesor Mirjan Damaska<sup>116</sup> en el proceso judicial, en este caso, en desarrollo del juicio oral, toma especial importancia la confianza en la calidad del testimonio dado directamente en la audiencia pública ante el jurado o el juez que preside la causa, por lo que se contrapone a la percepción personal de la prueba permitir el acceso a una instancia superior cuando la decisión

---

<sup>113</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.,

<sup>114</sup> Reglas de procedimiento criminal de 1963. Op. cit., Regla 193

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> DAMASKA, Mirjan R. Op. cit.,

que se controvierte es una sentencia absolutoria, ya que quien tuvo de primera mano el conocimiento de la prueba es quien cuenta con mayores elementos de convicción para adoptar una decisión ajustada a los intereses del procesado.

Si se tiene en cuenta que, por expresa previsión legal<sup>117</sup>, uno de los pilares del proceso penal acusatorio es la elevación a principios rectores de la inmediación y la concentración probatorias, con carácter perentorio y prevalente, es decir, a diferencia de los procesos mixtos que con anterioridad a la implementación del Acto Legislativo 03 de 2002 propugnaban por la permanencia de la prueba<sup>118</sup>, en el actual sistema de enjuiciamiento penal, como lo ha definido la doctrina<sup>119</sup>, se considera prueba únicamente la que fue producida e incorporada en el juicio público, que también es oral y concentrado, y que estuvo sujeta a la contradicción y confrontación ante el juez de conocimiento. Lo anterior significa que el juez que conoce de primera mano la prueba practicada en el juicio oral es quien, mediante el procedimiento reglado y de su fuente primaria, obtiene el conocimiento para decidir sobre la responsabilidad penal del procesado.

En este contexto toman relevancia algunas de las precisiones efectuadas anteriormente, ya que el asunto tiene implicaciones distintas cuando se trata de garantizar al procesado la doble conformidad de la sentencia que le impone una pena accediendo a un nuevo juicio, o cuando se está frente al fracaso de la Fiscalía en relación con la única posibilidad a su disposición para presentar al acusado a un juicio y obtener una sentencia condenatoria.

No cabe entonces ninguna duda de que permitirle a la fiscalía impugnar la sentencia absolutoria equivale a darle una nueva oportunidad para demostrar lo que no pudo hacer en la primera instancia ante el juez que presenció la prueba<sup>120</sup>, y significa para el procesado una doble exposición<sup>121</sup>, prohibida en ordenamientos procesales penales como Puerto Rico, Argentina o Estados Unidos<sup>122</sup>, según se ha explicado.

---

<sup>117</sup> Ley 906, 2004. Op. cit., arts 16 y 17.

<sup>118</sup> Por ejemplo, el Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), el cual aún es aplicable a asuntos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004.

<sup>119</sup> Proyecto de Ley Estatutaria No. 001, 2003. Op. cit.

<sup>120</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op.Cit.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Por ejemplo, caso Pueblo v. Ayala García. Op. cit., en CHIESA APONTE, Ernesto L. Artículo Derecho Procesal Penal. Op. cit., p. 439 a 442.

A lo anterior se suma el entendimiento que debe dársele a la segunda instancia, pues no se trata solamente de una revisión probatoria para establecer la corrección o no de una decisión, sino de una instancia efectiva que, entendida como aquella a la cual solo puede acceder el procesado, implica la posibilidad de obtener un nuevo juicio, luego de demostrar que en el primero se cometieron irregularidades que afectaron la decisión finalmente adoptada.

## **CONCLUSIONES**

En el contexto presentado a lo largo de este capítulo surge latente la necesidad del sistema procesal penal colombiano de avanzar en la noción del derecho al recurso, para dejar a un lado o superar la antigua concepción consistente en que este es un simple medio de control funcional, dada la organización vertical que suele tener el sistema judicial, y en cambio debe dotarse plena y únicamente de la categoría de garantía procesal a favor del acusado.

Si bien el procedimiento penal colombiano contiene expresiones de un proceso garantista, lo cierto es que por vía jurisprudencial se han abierto posibilidades que limitan la independencia del juez de conocimiento y se orientan a que este tome partido por la Fiscalía, parte robustecida en la actuación, como por ejemplo en lo atinente a la formulación de hechos jurídicamente relevantes y el control material que al parecer compete realizar.

Una vez se acepta y se desarrolla el derecho al recurso como prerrogativa a favor del procesado, no debe permitirse el exceso de recursos contra las distintas decisiones adoptadas por los jueces de control de garantías y de conocimiento, pues si el recurso no es un medio de control funcional, lo que debe garantizarse es que sea efectivo su acceso por parte del acusado cuando la decisión judicial le sea adversa, específicamente la sentencia; y no dilatar la actuación con controles verticales que solo buscan revisar la corrección de la decisión, pero sin consideración exclusiva de los intereses del acusado.

El artículo 177 del Código de Procedimiento Penal contiene una clara ilustración sobre la concepción de recurso que existe en nuestro medio, ya que se hace una relación de las distintas decisiones susceptibles de apelación y el efecto suspensivo o devolutivo, en el cual deben concederse. Este aspecto

deja entrever el exceso de control que se establece frente a los actos de los jueces a cargo del juzgamiento.

Así las cosas, en el marco de un sistema acusatorio garantista, el derecho a recurrir la sentencia condenatoria no puede ser bilateral, sino que corresponde exclusivamente al acusado, como expresión concreta del derecho a obtener la doble conformidad de la sentencia como presupuesto para su ejecución; aspecto este para el cual la permisión que establece el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal no contribuye, pues, como ya se dijo, viabiliza la posibilidad de impugnar la sentencia absolutoria.

Igualmente, el órgano acusador o, en nuestro caso, la Fiscalía, no debería estar habilitada para recurrir la sentencia absolutoria con el propósito de obtener una condena en segunda instancia, pues esto claramente significa infracción a la prohibición de doble exposición, propia de un sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, en el cual se acepta que la Fiscalía tiene una única oportunidad para sacar adelante su acusación. Aunque debe reconocerse que este aspecto ha sido morigerado con la reciente expedición del Acto Legislativo 01 de 2018, el cual viabiliza la posibilidad de impugnar la primera sentencia condenatoria.

En el marco de un proceso oral y público con decisiones adoptadas por un juez competente en audiencias, cuyo derrotero está determinado por unos principios orientadores básicos y supremos como la inmediación y la concentración, constituye un despropósito que contraviene tales preceptos permitir la existencia de múltiples recursos contra decisiones, en especial contra la sentencia absolutoria.

Con base en lo anterior, el sistema penal implementado en Colombia con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 desconoció un aspecto propio de un sistema garantista de enjuiciamiento y realizador del principio acusatorio, esto es, permitió la posibilidad a la Fiscalía de presentar apelación contra la sentencia absolutoria, desfigurando así la concepción de garantía del derecho al recurso y acercándolo más a un medio de control de corrección de las decisiones judiciales, dada la naturaleza jerarquizada de nuestro aparato judicial.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ARMENTA DEU, María Teresa. La prueba ilícita: un estudio comparado. Madrid: Marcial Pons, 2011. ISBN:9788497688758
- BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y las penas. Universidad Carlos III de Madrid. 2015. p. 21. [en línea] Disponible en < <http://bit.ly/2NOarsK>>
- BIERSCHBACH, Rick A. One bite at the apple: Reversals of convictions tainted by prosecutorial misconduct and the ban on double jeopardy. En: Michigan Law Review. (94) 1995-1996.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA. Ley 23984. (4 de septiembre de 1991) Código Procesal Penal.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN DE MÉXICO. Código Nacional de Procedimientos Penales. (5 de marzo de 2014).
- CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Ley Estatutaria No. 001 (20 de julio de 2003). "Por medio del cual se expide el código de procedimiento penal".
- CHIESA APONTE, Ernesto L. Artículo Derecho Procesal Penal. En: Revista Jurídica Upr. (85). Núm. 2. 2016. p. 492 a 498.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Ley 600 de 2000 (24 de julio). Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 01 (18 de enero de 2018). "Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la constitución política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria" Diario Oficial No. 50480.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 03 (diciembre 19 de 2002) "Por el cual se reforma la Constitución Nacional". Diario Oficial No 45.040
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. (julio 6 de 1991).
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 270 (7 de marzo 1996). "Ley Estatutaria de la administración de justicia". Publicada en el diario oficial No. 42745.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000). "Por la cual se expide el Código Penal". Diario Oficial No. 44.097

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 74 (diciembre 16 de 1968). "Por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966". Diario Oficial No. 32.682.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 (1 de septiembre de 2004). "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial 45658.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1061 (21 de mayo de 2008). [M.P. Manuel José Céspedes Espinosa].
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-538 (6 de julio de 2011). [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-880 (10 de septiembre de 2008). [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Mohamed vs. Argentina. (23 de noviembre de 2012).
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Constitución de Estados Unidos. (17 de septiembre de 1787).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 45899. (23 de noviembre de 2017). [M.P. Patricia Salazar Cuéllar].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 52311. (11 de diciembre de 2018). [M.P. Patricia Salazar Cuéllar].
- DAMASKA, Mirjan R. Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La Discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. Bogotá: Universidad Libre, 2011. ISBN: 9789588534640.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1995. ISBN: 8481644951.
- LEY 16 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1972, publicada en el diario oficial No. 33708 del 5 de febrero de 1973.

- MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I –Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. 2ª ed. ISBN: 9789879120002.
- MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA DE ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Criminal. (14 de septiembre de 1882) por la cual que se aprueba el enjuiciamiento criminal.
- NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre de 1966). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Ltnvkz>>
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. Costa Rica. (7 al 22 de noviembre de 1969). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2xmVLpu>>
- ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. 25ª ed. ISBN: 9789879120361.
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. Pueblo v. Ayala García. (13 de junio de 2012) TSPR 120, 186 DPR
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. Reglas de procedimiento criminal de 1963 (26 de junio de 1963. Regla 193. [En Línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2XW58v7>>
- UNITED STATES SUPREME COURT. Caso Blockburger v. United States 204, U.S. 299 (14 de enero de 1932)





## Capítulo Tercero

### *La posibilidad de cambio de juez en el juicio oral, como grave afrenta al principio de inmediación y al sistema penal acusatorio*

ANA CATHERINE  
QUINTERO CUELLAR<sup>1</sup>

#### **INTRODUCCIÓN**

Se anota como primer parámetro que la reforma constitucional<sup>2</sup> que posibilitó la asimilación de criterios acusatorios en el sistema criminal Colombiano<sup>3</sup> introdujo serias y profundas transformaciones en los métodos ortodoxos de juicio inquisitivo, con un preponderante compromiso en los roles asumidos por las partes del nuevo modelo de juicio.

A manera de ejemplo, según palabras de la Corte Constitucional<sup>4</sup>, el imputado pasa de tener un rol pasivo en la actuación, para tener una participación activa, inclusive desde la etapa de indagación, lo que significa una distribución de las cargas procesales entre Fiscalía e investigado.

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad de Caldas. Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de Maestría en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre. Con más de 12 años de experiencia en la Rama Judicial en el área penal. Con experiencia como servidora de la Rama Judicial del Poder Público en el área Penal por espacio de 6 años y con 8 años de experiencia en el litigio Penal.

<sup>2</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. cit. Por el cual se deroga el Acto Legislativo 01 de 2011 y se adiciona un párrafo al artículo 375 de la Constitución Nacional.

<sup>3</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-591 (9 de junio de 2005). [M.P. Clara Inés Vargas Méndez].



Bajo esta misma línea, con fundamento en el artículo 66 de la Ley 906 de 2004<sup>5</sup>, la Fiscalía como representante del Estado está obligada a investigar y ejercer la acción penal, en relación con los hechos que tengan connotaciones penales. Por este motivo su actuación debe encaminarse a la consecución de unos fines, entre ellos buscar la verdad material y obtener justicia sin desconocimiento de los derechos fundamentales y dignidad humana del procesado, que garanticen además la protección y reparación de las víctimas, procurando la conservación de la prueba mediante la adopción de medidas, y buscando mecanismos que dinamicen la actuación procesal por vía de los preacuerdos y la aplicación del principio de oportunidad, conforme lo reseñó en la mencionada providencia C-591 de 2005<sup>6</sup>.

A su vez, según voces del artículo 5º de la Ley 906 de 2004<sup>7</sup>, los jueces tienen como imperativo el hallazgo de la verdad y la justicia, como expresión del principio de imparcialidad que rige la actuación procesal con tendencia acusatoria.

El estudio de distintos autores especializados<sup>8</sup> y la revisión de las leyes<sup>9</sup> y la jurisprudencia sobre implementación y derroteros del sistema penal acusatorio en Colombia<sup>10</sup> revelan la necesidad de ahondar críticamente en los principios que sirven de pilar al sistema procesal penal y que representaron las verdaderas innovaciones respecto del esquema procesal inquisitivo. Esto a efecto de determinar el verdadero alcance que debe otorgársele a los principios de intermediación, concentración y juez natural, para poner en evidencia que la flexibilización que han realizado los máximos organismos de cierre en materia de justicia ordinaria<sup>11</sup> sobre las circunstancias excepcionales en las cuales el cambio de juez no genera la nulidad del trámite procesal resulta en

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.

<sup>8</sup> Entre otros, CHIESA APONTE, Ernesto Luis. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Op cit. p. 187.

<sup>9</sup> Principalmente: Ley 906, 2004. Op. cit.

<sup>10</sup> Entre otras, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Expediente 26.468 (27 de julio de 2007). [M.P. Alfredo Gómez Quintero]; Sentencia C-591, 2005. Op. cit.

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Expediente 38.512. (12 de diciembre de 2012) [M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández] Sentencia Expediente 36.401 (14 de septiembre de 2014), Sentencia Expediente 32.196 (20 de enero de 2010). [M.P. Augusto J. Ibañez Guzmán].

una afrenta a los fundamentos mismos del esquema acusatorio y, en consecuencia, en violación del debido proceso como derecho fundamental<sup>12</sup>.

La Corte Suprema de Justicia<sup>13</sup> en múltiples providencias anteriores expresamente había consignado que el modelo acusatorio tiene como características la oralidad, la participación de distintos actores y la intervención judicial, solo para el control de ciertos actos, dándole protagonismo al debate que se surte en juicio, que además se erige como concentrado, público y con inmediación en el proceso de la práctica probatoria, que se realiza entre partes en confrontación, como lo son Fiscalía o Ministerio Público como acusadores y el acusado, contexto en el cual se erige el juez como un tercero imparcial y garante de los principios constitucionales de los sujetos que intervienen en el juicio<sup>14</sup>.

Se había precisado inclusive que es la etapa de juicio el eje fundamental de este esquema procesal, en el que se practican las pruebas y se da su inmediata valoración, y del proceso, en el cual participa activamente el imputado<sup>15</sup>. Consideramos estas disertaciones una acertada hermenéutica del esquema acusatorio, en donde no era heterodoxo plantear la necesidad de aplicar la sanción extrema de la nulidad, para aquellos eventos en los cuales se desatendiera la inmediación y concentración por cambio de Juez.

Así surge la tesis que se defenderá, que consiste en estimar que al flexibilizarse las circunstancias excepcionales en las cuales el cambio de juez no genera la nulidad del trámite procesal, y al permitirse que el Juez que indica el sentido de fallo sea diferente a aquel que dirigió la audiencia de juicio oral o que el que dé lectura a la sentencia sea distinto a quien anunció el sentido de fallo, se quebrantan los principios y postulados propios de todo sistema penal acusatorio, siendo indispensable para los Altos Tribunales de Justicia recoger los yerros cometidos en las desafortunadas decisiones que

---

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia Exp. D-8104 C-980 (1 de diciembre de 2010). [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

<sup>13</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto AP5775-2016 Radicación 45.608 (31 de agosto de 2016). [M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier] y Sentencia Radicación 52632 AP1868-2018 (9 de mayo de 2018) [M.P. Eugenio Fernández Carlier]

<sup>14</sup> Sentencia Expediente 26.468, 2007. Op. cit.

<sup>15</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Expediente 32.143 (26 de octubre de 2011). [M.P. José Leonidas Bustos Martínez]

han pretendido variar la interpretación normativa y preservar el ordenamiento penal en la forma que fue concebido por el legislador y bajo los principios que amparan el modelo acusatorio adoptado.

### **3.1 CUESTIONES PRELIMINARES**

Es una circunstancia asaz sabida que el Derecho Procesal Penal, como las demás hipótesis jurídico-orientadoras, son el producto de la razón humana, una invención que encontramos a partir de la asociación y cooperación. En soledad, el hombre no necesita al Derecho; él puede realizar lo que su voluntad quiera. Sin embargo, preséntese a él un miembro de su misma raza que sea más grande, más mezquino, más fuerte, más inteligente o más rápido, y su *psique* contemplará la fragilidad de su existencia<sup>16</sup>.

De las anteriores consideraciones se deduce como inevitable el afloramiento de mecanismos de control coercitivo en las sociedades civilizadas, ya mediante hipótesis jurídicas presentes en el derecho sustantivo que censuran ciertas conductas, o en los medios procesales que gobiernan la aplicación de la justicia. Naturalmente, estos mecanismos vienen fijados según las ideas sociopolíticas e intereses vigentes de la época, y, sobre todo, en consideraciones epistémicas máximas de lo que se considera *verdadero y justo*, en los métodos de enjuiciamiento y el empleo de los mismos, en fin, es una correlación de profunda trascendencia, que guarda nexos con la función del procedimiento penal en la sociedad, como lo señalará con sutileza Foucault<sup>17</sup>.

En la tradición occidental el sistema acusatorio se perfila meridianamente en la democracia ateniense, pasando a Roma, alcanzando en la República su apogeo luminoso. El Derecho anglosajón determina y muta los procedimientos germanos, y hereda dichas características al enjuiciamiento criminal norteamericano<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Véase, FREUD, Sigmund. El malestar en la cultura. Madrid: Ed, Akal, 2016. ISBN: 9788446043843. p.5. De importancia es, por ejemplo, la posición psicoanalítica de la tendencia humana a disposiciones agresivas a su igual, ya sea para satisfacer sus pasiones más denigrantes, apoderarse de sus bienes, a tenerlo como objeto para satisfacer su perversidad polimorfa, en una palabra, *Homo homini lupus*.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión. Bogotá: Siglo Veintiuno Editores, 2015. ISBN 9789876290579. 14 a ed. p. 8.

<sup>18</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008. ISBN: 9789507271533. Tomo II, p. 170

En efecto, la acusación popular griega guarda profundas similitudes con el moderno proceso acusatorio; en la "*heliea*", criminal y ofendido exponían las razones de legitimación o no del punitivo perseguido, a fin de convencer a los jurados por el pueblo decretados. Atinadamente exponen Maisch y Pohlhammer que no era el magistrado quien hallaba justicia, sino la conciencia popular quien daba alumbramiento a la justicia y al derecho<sup>19</sup>.

Ahora bien, en el presente punto, dando por adquirida una noción muy breve sobre el Sistema Procesal Acusatorio, se trata de delimitar los puntos esenciales de dicho sistema procesal y establecer con claridad sus aspectos diferenciadores, con el fin de perfilar con claridad la manera en que la flexibilización de los criterios jurisprudenciales en torno al cambio de juez, durante el juicio oral, representan una grave afrenta a la naturaleza misma del sistema y desconocen sus principios fundantes.

### **3.2 EL SURGIMIENTO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

El modelo acusatorio no debe ser visto como un solo principio o conjunto de principios aislados; es un concepto unificado que funciona mediante el uso de un número de procedimientos conectados entre sí, cada uno de ellos de importancia real para el proceso en su conjunto. El precepto central del proceso acusatorio es que a partir de un agudo choque de pruebas presentado por adversarios, en un entorno forense altamente estructurado, se debe producir un número significativo de información, a partir del cual una persona neutral y pasiva debe resolver un litigio de manera que sea aceptable tanto para las partes como para la sociedad. Como cualquier definición breve de un tema complejo, la descripción anterior del sistema acusatorio no indica algunos de los principios y prácticas más importantes inherentes a la metodología adversarial<sup>20</sup>.

De hecho, es vasto el universo de garantías *iusfundamentales*, ora sustantivas o adjetivas, con el fin de proveer reglas razonables al juicio

---

<sup>19</sup> MAISCH, Rodolfo y POHLAMMER, Fernando. Instituciones Griegas, Madrid: Editorial Labor, S. A, 1931. p.52.

<sup>20</sup> ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España: Perfiles jurisprudenciales comparativos. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Dret Privat, 2012. ISBN: 9788449032998. p.35 a 45

acusatorio; sin embargo, destacamos teleológicamente las garantías constitucionales del proceso criminal Americano de la IV, V, VI y VIII *amendments to the United States Constitution*, las cuales irradian directamente en el proceso penal<sup>21</sup>. Los principios desarrollados en estas normas jurídicas supremas fueron emitidos con el propósito de brindar un sentido muy concreto al Sistema Republicano de Juicio, en especial en lo que subyace en la concentración e intermediación del Juzgador<sup>22</sup>.

Ahora bien, para poder comprender que el sistema criminal americano es por excelencia un sistema procesal adversarial, es necesario partir de estos tres pináculos medulares:

El principio de presunción de inocencia, no reconocido en la Constitución Federal, pero desarrollado en los precedentes judiciales<sup>23</sup>, es un principio cardinal del Sistema Procesal en comento, que exige la prueba de la culpabilidad más allá de una duda razonable; siendo así la presunción una pauta obligatoria para fijar la condena o absolución del acusado, y no una simple formalidad.

Otro de los principios fundantes del citado Sistema Acusatorio subyace en la independencia o separación de la función de acusación respecto a la función de Juzgamiento. De conformidad con este principio, el operador jurídico se presenta como un mediador en el Juicio oral en procura de observar directamente las pruebas practicadas, en las que se respetarán las normas probatorias vigentes respecto de las cuales el órgano decisor –ya sea el Juez o Jurado– se muestra imparcial, ya que no despliega ninguna indagación a fin de corroborar o desestimar el delito objeto de la *litis*<sup>24</sup>. Esta fórmula fue recogida en la VI Enmienda incorporada a la Constitución federal, que garantiza el derecho del acusado a un juicio expedido, público y por un jurado imparcial<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS. Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América con Notas Explicativas Adaptadas de The World Book Encyclopedia, 2004. p. 70. [En línea] Disponible en: <[shorturl.at/awBDF](#)>

<sup>22</sup> ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. Op. cit. p. 246

<sup>23</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. Ramón Ruiz Ramos v. Alcaide Penitenciaria Estatal de Río Piedras. (30 de octubre de 2001). J.P: Gilberto Gierbolini. Opinión Disidente emitida por el Juez Asociado señor Hernández Denton. Sobre el principio de presunción de inocencia como piedra angular del sistema penal acusatorio, del cual se deriva el privilegio a la libertad del individuo sobre el poder punitivo del Estado, véase, más ampliamente.

<sup>24</sup> GARTH, Bryant G. Book Review. The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France by Henry J. Abraham, 1982. [En línea] Disponible en: <[shorturl.at/msHVZ](#)>

<sup>25</sup> Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América. Op. cit. p. 72 y 73.

De lo anterior subyace el objetivo de impedir que un Juez ignore su razón por algún compromiso con las partes o el conflicto sujeto a su decisión. En efecto práctico, esto se traduce en causales de recusación del Sistema Procesal Penal, con el fin de garantizar un juicio justo e imparcial en donde se garantice diáfananamente el debido proceso de ley<sup>26</sup>.

De otra parte, la piedra angular del Sistema Acusatorio Norteamericano descansa en la adopción del jurado como organismo principal de decisión, cuya función primordial es establecer los hechos correspondientes del caso criminal puestos a consideración en el juicio, ejercicio racional que se lleva a cabo únicamente con fundamento y consideración a la prueba presentada y practicada en el juicio oral<sup>27</sup>; por lo que una vez determinados los hechos y de conformidad con las instrucciones del juez, el jurado decide la culpabilidad o inocencia del acusado<sup>28</sup>.

A efecto de abordar la temática planteada, además de lo ya referenciado se torna indispensable aludir a los principios de publicidad, concentración e inmediación, que son el sustento de la tesis propuesta, como se pondrá en evidencia:

### **3.2.1 Principio de publicidad**

Como producto de heredado de la jurisprudencia anglosajona<sup>29</sup>, los procedimientos penales públicos se presentan como un control contra los enjuiciamientos perversos, los jueces corruptos o maleables y los testigos perniciosos. El carácter público de los procedimientos penales también ayuda a la misión de investigación del poder judicial al alentar a los ciudadanos a presentar información pertinente, ya sea inculpatoria o exculpatoria.

---

<sup>26</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. El Pueblo de Puerto Rico vs William J. Rodríguez. (19 de octubre de 2015). [J.P. Liana Fiol Matta]

<sup>27</sup> CHIESA APONTE, Ernesto Luis. Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Op cit. sec. 15.4, p. 319.

<sup>28</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. El Pueblo de Puerto Rico vs Jaime Santana Vélez. (13 de octubre de 2009). [J.P. Zaida Hernández Torres]. Al respecto la Enmienda VI de la Constitución Estadunidense resguarda el derecho a un juicio justo en donde se respeten todas las garantías de confrontación, celeridad y publicidad del acusado, véase ampliamente.

<sup>29</sup> RICHARDS, Peter. John Lilburne (1615-1657): English Libertarian. Londres: Libertarian Alliance & Peter Richards, 2008. ISBN: 9781856377485. p. 8.

Al respecto, Roxin describe que el fundamento de la publicidad es el de afianzar la confianza ciudadana en la correcta administración de justicia por parte del Estado, así como la de memorar a los órganos decisores sobre la responsabilidad social en la decisión del litigio y evitar cusas extrañas que se inmiscuyan perniciosamente en el enjuiciamiento criminal<sup>30</sup>.

Este importante principio encuentra su principal desarrollo en La VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos como un derecho de carácter personal para el acusado<sup>31</sup>, que tiene su grado de mayor intensidad para la etapa del juicio. Tal intensidad se ve reducida en etapas preliminares del procedimiento, como lo sugiere a título de ejemplo Alemania Roxin, a partir del §169 del Código de Procedimiento Penal Alemán<sup>32</sup>. En el mismo sentido se entiende en los Estados Unidos, donde las indagaciones realizadas por el *Grand jury* son íntegramente confidenciales, como lo refiere Chiesa al analizar la Carta de Derechos de Puerto Rico; no significa que todas las actuaciones se hagan a la vista pública, incluyendo las actuaciones anteriores a juicio, pues la predilección es una vista reservada de las actuaciones anteriores al juicio<sup>33</sup>.

### 3.2.2 Principio de confrontación

En concreto, la VI Enmienda garantiza a los acusados el derecho a confrontar los testimonios o pruebas en su contra, y a ello se le denomina principio de confrontación, que presenta dos vertientes: la primera, como la dualidad de posiciones que se manifiesta en las dos partes, inmutables del proceso, el acusador y acusado, en donde el ejercicio de la acción penal corresponde de manera exclusiva al Estado, través de sus Fiscales; la segunda plantea la contradicción como principio inherente al proceso, y se entiende como el poder que tienen las partes para poder alegar y demostrar todo lo que estimen pertinente para encaminar la resolución jurídica, característica fundamental

---

<sup>30</sup> ROXIN Claus. *Derecho procesal penal*. Op. cit. p.407.

<sup>31</sup> En particular, véase, TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. El Pueblo de Puerto Rico vs Rolando Eliecer Díaz. (5 de octubre de 2011). [J.P. Troadio González Vargas]. Apelación.

<sup>32</sup> ROXIN Claus. *Derecho procesal penal*. Op. cit. p. 406

<sup>33</sup> CHIESA APONTE, Ernesto Luis. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Op cit. Vol II. p. 124



del derecho de defensa, presunción de inocencia, acceso a la justicia: en una palabra, el debido proceso<sup>34</sup>.

Únicamente en circunstancias excepcionales se puede impedir que los acusados se enfrenten cara a cara con sus acusadores. Si un juez determina que un niño se traumatiza al testificar frente al acusado, la VI Enmienda autoriza al tribunal a grabar el testimonio del niño fuera de la presencia del acusado y luego reproducir la cinta durante el juicio. No obstante, el Fiscal y la defensa deben estar presentes durante el testimonio grabado en video. Si ni al acusado ni a su abogado se les permite la oportunidad de confrontar a un testigo, incluso si el testigo es un niño pequeño cuyo bienestar podría verse perjudicado por un contrainterrogatorio riguroso, es dable predicar la transgresión de la Sexta Enmienda de la Constitución Federal<sup>35</sup>.

### 3.2.3 Principios de concentración y continuidad

La concepción de concentración de juicio implica que la evidencia de la cual se desprenderá la absolución o condena del justiciable sea la práctica en audiencia por el Juzgador; el fin de la concentración es evidente, se propugna por una impresión racional, indivisible y unitaria de las pruebas del caso, a fin de confirmar o denegar las hipótesis objeto de debate<sup>36</sup>.

En consecuencia, es lícito discurrir, como lo realiza Roxin, que de la continuidad y concentración del juicio pende inexorablemente la intermediación de la prueba en el Proceso Acusatorio, pues es el juzgador, a través de los medios cognoscitivos disponibles, quien debe adquirir un discernimiento de las pruebas del proceso y del acusado, condición *Sine qua non* para un correcto modelo de juicio<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA LEIBAR, Iñaki y ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. 10ª ed. ISBN: 9788476981559, p. 27.

<sup>35</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. El Pueblo de Puerto Rico vs Ángel Santos Santos. (31 de mayo de 2012). [J.P. Anabelle Rodríguez Rodríguez].

<sup>36</sup> VÁZQUEZ ROSSI, JORGE E. Op. cit. p. 432 y 433.

<sup>37</sup> ROXIN Claus. *Derecho procesal penal*. Op. cit., p. 394

En lo que respecta a la continuidad del juicio, este alude a la exigencia del debate ininterrumpido presente en el Juicio Oral, en respuesta del derecho de todo acusado a un juicio rápido (*Speedy Trial*). El derecho a un juicio rápido responde a las exigencias de minimizar el tiempo en que la vida del acusado es interrumpida y cargada por la ansiedad y el escrutinio que acompañan los procedimientos penales, y para reducir las posibilidades de que una demora prolongada antes del juicio perjudique la capacidad del acusado para preparar una defensa. Cuanto más tiempo se posponga el inicio de un juicio, más probable será que los testigos desaparezcan, que las pruebas se pierdan o sean destruidas y que los recuerdos se desvanezcan en la memoria<sup>38</sup>.

### 3.2.4 Principio de inmediación

Como ya se anunció, la preponderancia que dentro del esquema acusatorio se otorga a la concentración y continuación de la Audiencia Pública (juicio) conduce inexorablemente a la inmediación como principio, entendida como la relación posicional que imponen al Juez, el deber inexorable de fallar acorde con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba practicados en el Juicio Oral<sup>39</sup>.

El factor primordial de la inmediación viene relacionado estrechamente al derecho del justiciable a un juicio público. En cierta medida es indiscutible que resultaría cuestionable el reconocimiento de una evidencia que no ha sido practicada con inmediación, es decir, una practicada por fuera del juicio, deshonrando la publicidad, y por tanto en evidencia en la cual no ha habido participación ni raciocinio directo por parte del decisor del litigio. El principio de inmediación abarca un sentido formal y uno material<sup>40</sup>:

*La Inmediación en el Sentido Formal*, que implica que el tribunal que profiere fallo debe ser el que haya observado directamente la práctica de las pruebas. El operador jurídico, a partir de la evidencia practicada en el Juicio

---

<sup>38</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. El Pueblo de Puerto Rico vs Efraín Rivera Santiago. (24 de agosto de 2009). [J.P. Aleida Vanora Méndez]

<sup>39</sup> ROXIN Claus. *Derecho procesal penal*. Op. cit. p. 102

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 394

Oral, fija su íntima convicción de culpabilidad o inocencia; la relación es entonces directa, sin poder delegar dicha labor a otra persona<sup>41</sup>.

*La Inmediación en el Sentido Material*, que significa la prohibición de equivalentes probatorios, a fin de acreditar lo hechos debatidos en el juicio. Para garantizar este principio, los Sistemas Procesales Acusatorios generalmente perfilan ciertas reglas de admisibilidad de evidencia, la cual únicamente puede ser valorada y ser verdadera prueba cuando se practica en el juicio oral; precisamente por ello los juicios adversariales ven con poca fiabilidad la lectura de registros en donde consten declaraciones anteriores a juicio o personas que introduzcan tales declaraciones (*Hearsay rule*), las cuales se admiten muy excepcionalmente, pero con un valor probatorio muy atenuado<sup>42</sup>.

### **3.3 LA INMUTABILIDAD DEL JUZGADOR EN LA ETAPA DEL JUICIO ORAL DENTRO DE UN SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

En el sistema acusatorio están plenamente definidos los principios que gobiernan el juicio oral; este se manifiesta mediante la triada de ser público, contradictorio (confrontación) y con inmediación de las pruebas. Solo si se respetan estos principios se considera que se satisfizo la garantía *iusfundamental* del acusado a defenderse, a emplear los medios idóneos para su defensa, a ser oído y vencido en el juicio o ser absuelto de los cargos: en una palabra, el debido proceso<sup>43</sup>.

El derecho procesal penal latinoamericano ha sufrido importantes adaptaciones con el fin de destruir los modelos inquisitivos introducidos en la conquista y colonización que llevaban a resultados indeseados, como la excesiva burocracia judicial, sin independencia del juzgador, el cual era operado cual autómatas por el poder político central, instituyéndose una justicia secreta, escrita, cuya pesquisa aparentemente objetiva le correspondía al operador judicial<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. El Pueblo de Puerto Rico vs Bernadette Virkler. ( 27 de agosto de 2007). [J.P. Ismael Colón Birriel].

<sup>43</sup> ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. Op. cit. p. 252 y 253.

<sup>44</sup> AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. Las reformas procesales penales en América Latina. En: Revista Internacional. 2005. p. 19 a 23.

Ante la inequidad que dicho modelo engendra, se optó por la estructuración de un sistema procesal acusatorio en la mayoría de estados latinoamericanos, que se adaptaría a las necesidades culturales y típicas de la sociedad a regular. Consideramos que el respeto de los principios de concentración, publicidad e intermediación resultan ineludibles para predicar siquiera el sistema procesal en comento<sup>45</sup>.

Cercenar el sistema acusatorio a la aplicación aislada de uno u otro principio equivaldría a llegar a los mismos resultados indeseados del rechazado modelo inquisitivo, consintiendo la ejecución o absolución de condenas sin fórmulas de juicio, en detrimento de los sujetos procesales, desnaturalizándose así el fin principal del proceso adversarial<sup>46</sup>.

Como colofón de lo expresado, y en desarrollo de la tesis investigativa, es menester memorar algunos criterios que han emanado de los diferentes sistemas procesales que han adoptado un modelo acusatorio, respecto al escenario del cambio del juzgador en la etapa del juicio oral, momento *"culminante y crítico del proceso penal"*<sup>47</sup>.

En el ordenamiento italiano actual, desde la entrada en vigor del Código de Procedimiento Penal de 1988, han sido diáfanas las posiciones respecto al fenómeno del cambio del juez en la etapa del juicio oral. Así, a tono con lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 525 *"Immediatezza della deliberazione"* ibidem<sup>48</sup>, en el proveimiento del fallo deben concurrir los mismos jueces que estuvieron presentes en el juicio, so pena de nulidad.

Así pues, desplegados los efectos letales de la nulidad, es infalible la necesidad de repetir el juicio oral y público, porque el artículo 525 sanciona en términos implícitos la inobservancia del principio de intermediación, según

---

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento penal acusatorio y oral: una reflexión teórica sobre la reforma constitucional de 19 de diciembre de 2002 y la Ley 906 de 2004. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA, 2005. ISBN: 9789587070958

<sup>46</sup> ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. Op. cit. p. 249

<sup>47</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. El Pueblo de Puerto Rico vs Bryan Pillot Rentas. (20 de diciembre de 2006). [J.P. José M. Aponte Jiménez].

<sup>48</sup> BRICCHETTI, Renato. Codice penale e di procedura penale e leggi complementari. Italia: Il Sole 24 Ore Pirola, 2015. ISBN: 9788832485370. p. 777

el cual el juez –persona física encargada de proferir sentencia<sup>49</sup>– debe ser la misma ante quien se llevó a cabo el juicio oral. Esta pauta impone, de hecho, un principio respecto a la inmutabilidad del juez “*principio di immutabilità del giudice*” en la fase de debate, directamente relacionada con la máxima concentración que debe darse en la citada audiencia, sancionada por el artículo 477<sup>50</sup>. A tal principio la legislación italiana ha dado tanta trascendencia que algunos autores sostienen que la regla del artículo 525 es la única nulidad “*l'unica nullità*”, expresamente definida como absoluta en el procedimiento criminal italiano<sup>51</sup>; es decir, es un vicio tan irremediable que inclusive puede ser declarado de oficio en todos los estados del proceso. El legislador italiano, sin duda alguna, quiso que el Juez tuviera una relación directa con los medios de prueba practicados en el juicio oral, asegurando así el respeto de los principios fundantes del sistema acusatorio (inmediación, publicidad y concentración).

La anterior hermenéutica es adecuada, según el apartado 2 del artículo 111 de la Constitución Italiana, la cual dispone la contradicción, igualdad e imparcialidad del juicio criminal<sup>52</sup>. He aquí la pieza fundamental del procedimiento contradictorio, entendido como la participación dialéctica de las partes en un juicio oral, público y con la intermediación del Juez.

Bien lo ha considerado la Corte Constitucional italiana en la Orden judicial N° 205:

*Ordinanza N. 205* del 10 de junio de 2010, al disponer que la repetición del juicio a raíz del cambio en el juez, obedece a la conveniente relación directa que debe establecerse entre el juez y la evidencia practicada en el debate oral, no garantizada con la escueta lectura de actas o equivalentes probatorios; así pues, el contacto directo entre el juez y la prueba se funda como pináculo de la perspectiva actual de la naturaleza procesal acusatoria, a diferencia de lo que ocurría en el modelo inquisitivo<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> BELVINI, Lorenzo. Mutamento del giudice e nuova istruttoria: note sull'involuzione interpretativa. *En*: *Processo penale e giustizia* (1) 2016. p. 169

<sup>50</sup> BRICCHETTI, Renato. *Op. cit.* p. 756.

<sup>51</sup> BELVINI, *Op. cit.* p. 169

<sup>52</sup> SENATO DELLA REPUBBLICA ITALIANA. *Costituzione italiana* edición en lengua spagnola, 2018. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2XQOgSz>> p. 50

<sup>53</sup> CORTE COSTITUZIONALE. REPUBBLICA ITALIANA. Orden Judicial No. 205 (10 de junio de 2010). [P. Francesco Amirante].

Del mismo modo, la Corte de Casación Italiana también se ha manifestado frente a la nulidad absoluta e irremediable, sancionada por el párrafo 2 del artículo 525 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, ha dispuesto ciertas precisiones sobre los efectos letales del cambio del juez en el debate acusatorio. En efecto, para la Corte de Casación Italiana, la inmutabilidad del juez, sancionada por el párrafo 2 del artículo 525 del Código de Procedimiento Penal, es la expresión de un principio general del procedimiento acusatorio, que se extiende también a las decisiones adoptadas por un órgano colegiado, por lo que en el evento de presentarse un cambio del encabezamiento del acta de audiencia presidida por un magistrado distinto del que había firmado como presidente, se produciría la nulidad absoluta de lo practicado, y por tanto sería indispensable un nuevo juicio<sup>54</sup>.

El anterior criterio ha sido reiterado pacíficamente por la jurisprudencia italiana; inclusive, para el citado órgano judicial es intrascendente que las partes no lo hayan solicitado expresamente, pues, con todo, una sentencia dictada por jueces distintos de los que intervinieron en el debate, a falta de renovación del juicio oral y de las actuaciones ya realizadas, es absolutamente nula y sin valor, por lo que puede ser declarada de oficio, por violación del principio de inmutabilidad del juez<sup>55</sup>.

Ahora bien, esta pauta o regla también ha sido acatada en los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –*Tribunal de Estrasburgo*– el cual en su jurisprudencia ha hecho especial énfasis al principio de inmediación del juicio oral de los procedimientos criminales, en pro de las garantías *iusfundamentales* al debido proceso. Inclusive, dicho Tribunal, como fiel intérprete de las garantías fundamentales, en su hermenéutica del Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el cual dispone el derecho a toda persona a que su causa se oída públicamente en condiciones de equidad, imparcialidad y en un plazo razonable<sup>56</sup>) sostuvo que el Juzgador de segundo grado, en caso de no estar conforme con la interpretación probatoria del juzgado de primera instancia, se encuentra obligado a rehacer la práctica de la prueba oral para poder

<sup>54</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I PENALE. Sentenza n.43573 (24 de octubre de 2013). [P. Giordano Umberto].

<sup>55</sup> CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II PENALE. Sentenza n.3858 (23 de diciembre de 2016). [P. Diotallevi Giovanni].

<sup>56</sup> CONSEJO DE EUROPA. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (4 de noviembre de 1950).

evaluar su fiabilidad, pues el contacto directo entre la prueba y el juez es uno de los puntos esenciales para garantizar un juicio imparcial a tono con la disposición citada. Al estar en juicio la inocencia o culpabilidad de una persona, la evaluación de los medios probatorios, en especial los testigos, es una tarea compleja para el intérprete de garantías fundamentales, ya que no se puede lograr con una simple lectura de su declaración o acudir sus registros grabados, pues es esencial que el juez evalúe directamente la prueba<sup>57</sup>.

La experiencia del homólogo español también ha sido acertada en cuanto a la interpretación de la inmediación en el proceso acusatorio. En efecto, el Tribunal Supremo ha establecido que el principio de inmediación se deriva de la “*percepción sensorial*” de forma inmediata de la prueba para la convicción valorativa, que únicamente tiene el juzgador de instancia<sup>58</sup>, y por tanto ajeno al control en vía del recurso de casación<sup>59</sup>.

Para dicho Tribunal existen dos sentidos frente a la inmediación del juicio; el primero abarca la llamada percepción sensorial por el juzgador de instancia, la cual no puede ser cuestionada por el juez superior al no contemplar la práctica de la prueba; el segundo sentido, por el contrario, no se funda directamente en la percepción sensorial, sino en una elaboración racional o argumentativa de la decisión adoptada, aplicando las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos<sup>60</sup>.

Es por ello que aún con equivalentes probatorios, como son los medios magnéticos *DVD's*, son los jueces de instancia quienes -a tono con el principio de inmediación- tienen un conocimiento cabal y completo sobre la evidencia rendida en el juicio; tal hermenéutica solamente será censurable en cuanto las valoraciones riñan con las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos. Ya desde hace mucho tiempo el Tribunal Supremo

---

<sup>57</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Case of Dan v. Moldova. (5 de Julio de 2011). [P. Josep Casadevall]. Third Section.

<sup>58</sup> TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Penal. Sentencia STS 2403/2018. (31 de abril de 2018). [M.P. Juan Ramon Berdugo Gomez De La Torre].

<sup>59</sup> TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Penal. Sentencia 4382/2017. (30 de noviembre de 2017). [M.P. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro].

<sup>60</sup> TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Penal. Sentencia 2949/2018. (19 de Julio de 2018). [M.P. Juan Ramon Berdugo Gomez De La Torre].

ha rechazado cualquier torticero por aniquilar los principios supremos que gobiernan el modelo de juicio adversarial, exponiendo que:

Tal eventualidad sólo se produce en la práctica en algún caso extraordinario cuando el Tribunal se ha equivocado de modo incuestionable en la verificación de un dato objetivo que por mera lógica afecta necesariamente al resultado probatorio; Pero no desde luego cuando una Sala de instancia ha contado con pruebas personales, cuasipersonales (pericias) y documentales; En estas situaciones se genera una especie de blindaje procesal de las sentencias que en la instancia resultan absolutorias, incluso en supuestos como éste, en que al tratarse de delitos con un componente sustancialmente económico priman las pruebas documentales y periciales; En estos casos, los principios de inmediación y de contradicción obstaculizan, a tenor de numerosa jurisprudencia -sobradamente conocida- del Tribunal Constitucional y del TEDH la posibilidad de revisar el criterio absolutorio y reconvertirlo en condenatorio, aunque las pruebas personales y los debates en que se plasmaron consten digitalmente grabados en los correspondientes DVD's<sup>61</sup>.

La legislación alemana tampoco ha ofrecido resultados desfavorables en cuanto a la inmediación del juzgador en el Juicio Oral; según Roxin, la persona encargada de emitir el fallo, ya sean jueces profesionales o legos, deben ser inmutables durante todo el juicio oral, según lo dispuesto en el §226 del Código de Procedimiento Penal Alemán "Strafprozeßordnung" (StPO)<sup>62</sup>.

En palabras de Roxin:

Cuando durante un juicio de duración prolongada un juez no puede seguir interviniendo, debido a una enfermedad o por muerte, el juicio no puede ser continuado, simplemente, tras el nombramiento de otro juez, antes bien, debe ser reiterado desde el comienzo<sup>63</sup>.

Ahora, el sistema procesal penal alemán no es ajeno a las eventualidades como la enfermedad de alguna las partes o la interrupción del Juicio Oral por motivo técnicos; para tal fin, el §226 del StPO expone los motivos por los

---

<sup>61</sup> TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Penal. Sentencia 2286/2018. (14 de Junio de 2018). [M.P. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro].

<sup>62</sup> ROXIN Claus. *Derecho procesal penal*. Op. Citp. p. 369

<sup>63</sup> Ibid.



cuales se puede interrumpir el debate, y establece el plazo máximo de tres semanas en el cual deberá ser reanudado el Juicio Oral, inclusive, como lo refiere Roxin, en juicios de larga duración:

[...] es admisible y recomendable que...el presidente del tribunal llame a uno o varios jueces adicionales (§ 192, II, GVG, ¡también a jueces legos, § 192, III, GVG!). El juez adicional asiste al juicio oral, desde un principio, con el mismo derecho a formular preguntas que los otros vocales, pero sólo puede participar en deliberaciones y votaciones cuando ha asumido en lugar de un juez llamado para la decisión, a causa de su impedimento. (arg. § 193, GVG)<sup>64</sup>

De esta manera, podemos señalar que el principio de inmutabilidad del juez no es un mero formalismo, es un acto para determinar la repetición de la fase en la que se forma la prueba para que el juez no emita proveimiento exclusivamente sobre elementos formados *aliunde*<sup>65</sup> y de los cuales no ha tenido percepción directa, aunado a la preservación de los principios de oralidad e intermediación como guías iusfundamentales para la formación de la evidencia.

### **3.4 DE LA INIQUIDAD INQUISITIVA HACIA EL PROCEDIMIENTO ADVERSARIAL COLOMBIANO**

Tradicionalmente, el Proceso Penal Colombiano emerge del amparo a la línea inquisitorial heredada de la Colonización y Conquista española, marcado con un nocivo principio de permanencia de la prueba, en donde la evidencia legal y oportunamente incorporada al proceso (es decir en cualquier etapa, incluso la preliminar) era el elemento ideal y fundante para determinar la condena o absolución del justiciable, además de confundir las funciones de juzgamiento y decisión, que llevaban a que el Fiscal fuera el inquisidor del litigio, instituyéndose como juez y parte dentro del sumario<sup>66</sup>.

En procura de erradicar dicha injusticia, los Estados de América Latina, en la década de los 80's, comenzaron a reedificar las estructuras del procedimiento

---

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Strickland, Superintendent, Florida State Prison, v. Washington. (14 mayo de 1984). [C.J. Warren E. Burger].

<sup>66</sup> AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. Op. cit. p. 19 a 23.

criminal en la inspiración de los modelos adversariales, en pro de lograr la preciada justicia plena y objetiva, erigida en los principios de presunción de inocencia, confrontación por parte del justiciable, descentralización de las funciones de investigación y decisión, reafirmación de la libertad, la oralidad, la publicidad, la inmediación y la participación democrática; es decir, un verdadero debido proceso criminal<sup>67</sup>.

Bien lo ha censurado Eugenio Florian al describir los ficticios esfuerzos por introducir una justicia plena y objetiva en la que se reivindicuen las garantías de los ciudadanos libres de una verdadera democracia, mientras se respalden o consientan los modelos oscuros de enjuiciamiento inquisitivo<sup>68</sup>.

Pues bien, a estos paradigmas responde el Legislador Colombiano con la expedición del Acto Legislativo 03 de 19 de diciembre de 2002, reforma que dejó en claro los resultados indeseados de las tendencias inquisitivas, al practicar en la fase de investigación evidencia con vocación de verdaderas pruebas para determinar la inocencia o culpabilidad del acusado, lo que conllevaba indiscutiblemente a que se afectaran garantías fundamentales del justiciable, ergo el modelo estaba bastante distante de ser un verdadero juicio justo y objetivo<sup>69</sup>.

En este sentido, el constituyente, reconociendo que el único modelo que brinda garantías al justiciable es el procedimiento con un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, con la susodicha reforma constitucional "borró las ataduras normativas que impedían el diseño, construcción e implementación del sistema acusatorio en materia criminal"<sup>70</sup>.

Así, la ponencia legislativa respecto al proyecto de Ley número 01 de 2003 -relativo al Código de Procedimiento Penal resulta meridianamente diáfana y diciente. De ahí que, con motivo del examen de la etapa del juicio oral, se destacara su innovación e importancia, pues en dicha fase es en donde se solicitan, practican y controvierten las evidencias a la luz de los principios

---

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> FLORIAN, Eugenio. De las Pruebas Penales. Bogotá: Temis, Bogotá, 2002. ISBN: 9583503843. p. 5.

<sup>69</sup> Proyecto de Ley Estatutaria No. 001, 2003. Op. cit. Gaceta Constitucional. No. 339. Año XII. p. 58.

<sup>70</sup> Ibid.

rectores de oralidad, publicidad, intermediación, contradicción y confrontación, propios del modelo republicano de juicio<sup>71</sup>.

Tales razones son de incuestionable equidad, pues tienen cuna en la protección iusfundamental del justiciable en los procesos criminales, que fueron las que inspiraron entonces la reforma de 2002 en pos de dotar al proceso penal colombiano de un verdadero juicio republicano; en este confluyen materialmente las argumentaciones orales por parte del acusado y frente a su juez natural, cuya providencia irrumpe como destino en aquel a quien juzga. El encuentro entre juzgador y justiciable es entonces ineludible, a fin de no llegar a resultados inquisitivos<sup>72</sup>.

Bajo esta línea hermenéutica, resulta claro que el legislador colombiano del año 2003, siguiendo un criterio ciertamente adversarial, prohió para la etapa de Juicio Oral unas características que disciplinan esta triada en la prenotada codificación penal. Ello ofrece además un gran contenido de legitimidad al sistema: se unen publicidad, oralidad e intermediación.

Así pareció entenderlo la Corte Constitucional<sup>73</sup> en sus primeros pronunciamientos sobre los pilares del esquema adoptado, pues parte de admitir que el mismo surge como necesidad frente a las deficiencias del sistema mixto imperante<sup>74</sup>, y reconoce que de las principales modificaciones introducidas al sistema procesal penal se tienen las que versan sobre las fuentes de derecho, a los compromisos del Estado como ejecutor de la acción penal, los actores que participan en la relación jurídica y los poderes atribuidos, las singularidades del nuevo juicio criminal y, desde luego, los principios fundamentales que lo rigen<sup>75</sup>.

Al desarrollar las temáticas postuladas, reconoce reiterativamente el Alto Tribunal que en la nueva normativa procedimental se otorgó una clara

---

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> CORTE CONSTITUCIONAL de colombia. Sentencia Expediente D-1169 (12 de septiembre de 1996). [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz], C-427 (12 de septiembre de 1996). [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

<sup>73</sup> Sentencia C-591, 2005. Op. cit.

<sup>74</sup> Exposición de Motivo del Proyecto de Acto Legislativo 231 de 2002 – Cámara, publicado en la Gaceta 134 de 2002.

<sup>75</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-873 (30 de septiembre de 2003). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

preponderancia a la fase del juzgamiento, tal como lo señaló el Legislador, al referir que [...] “mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado”<sup>76</sup>. En desarrollo de dicho postulado indica categóricamente que principios como los atrás referenciados de oralidad, publicidad, contradicción, concentración y, por supuesto, la intermediación de las pruebas, rige la mencionada fase de juicio.

Para este punto del criterio jurisprudencial se muestra acertado el protagonismo otorgado al juicio oral que, en términos de Bernd Schünemann, es la etapa procesal propia del sistema acusatorio que “corporiza, por su estructura contradictoria, recursos para hallar la verdad”<sup>77</sup>, pues, por esencia, es precisamente el juicio oral<sup>78</sup> el contexto donde el ciudadano y su acusador se exhiben en equivalencia de condiciones, a fin de que el ecuaníme juzgador determine la destrucción o la egida de la presunción de inocencia, acorde a un ejercicio racional probatorio percibido directamente en las etapas del juicio criminal.

Así lo entendió el Alto Tribunal sin dificultad, pues, al analizar las innovaciones del sistema adoptado, postuló como rasgo estructural del procedimiento penal que a la Fiscalía se le arrebatara la posibilidad de practicar y valorar pruebas, dándole a su trabajo investigativo únicamente el alcance de preparación de lo que sería el juicio, que además de público y oral debe desarrollarse con la irrestricta sumisión de las nociones principalistas de concentración, contradicción e intermediación judicial de la prueba. Inclusive se adujo en la mencionada decisión de constitucionalidad que presuponen modificaciones, no solamente en cuanto alude a la estructura del proceso, sino además al *poder de prueba*, pues se les entrega un alcance diferente, “ya que las pruebas se han de practicar dentro de la etapa de juzgamiento ante el Juez y los jurados y, además, ofreciendo tanto a la Fiscalía como a la defensa el derecho de contradicción”<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Exposición de Motivo del Proyecto de Acto Legislativo 231 de 2002 – Cámara, publicado en la Gaceta 134 de 2002.

<sup>77</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1991. p. 299.

<sup>78</sup> CASTAÑO VALLEJO, Raúl. El sistema Penal Acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional. En: Revista Nuevo Foro Penal. (9) No. 80, 2013. p 162.

<sup>79</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-536 (28 de mayo de 2008) [M.P. Jaime Araujo Rentería].

Al adentrarse concretamente el Tribunal Constitucional en el estudio del cargo propuesto y una de las normas demandadas –en lo que alude a la posibilidad de práctica de pruebas anticipadas<sup>80</sup>–, parte de ratificar la disímil deconstrucción de la prueba en los sistemas inquisitivos y acusatorios, calificando al principio de permanencia –propio de los ordenamientos inquisitivos– como una prueba escrita, secreta y con una valoración dispersa, poco confiable, razonada por un funcionario que no ha tenido incidencia en la causa. Tal perversidad es abandonada abiertamente en los sistemas acusatorios, para ser efectuada en forma pública, oral y con concentración de las pruebas<sup>81</sup>.

En consonancia con la doctrina especializada<sup>82</sup>, para ese momento el planteamiento del Alto Tribunal parecía otorgarle a la inmediación de la prueba el alcance e importancia que en un sistema penal acusatorio merece, entendiéndolo como principio y como la posibilidad “que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal”<sup>83</sup>; inclusive, a voces de Claus Roxin<sup>84</sup>, señalando que el operador jurídico tiene el deber de proveer sentencia acorde a sus propias percepciones personales, obtenidas del acusado y de la evidencia rendida en la causa criminal.

Bajo ese entendido el planteamiento no se mostraba lejano al entendimiento que sobre el principio de inmediación realiza Julio B. J. Maier, quien lo catapulta como principio base del juicio público y oral, y precisa que:

[...] es en sí un método o, si se quiere, un modo de o para conseguir un enfrentamiento transparente, propio de las sociedades en principio democráticas –los rivales se ven la cara y quienes deciden el litigio dan la cara–, y, meridianamente, de lograr posibilidades parejas para quienes contienden o compiten<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Ley 906, 2004. Op. cit. Artículos demandados 16 y 154 parciales y 284.

<sup>81</sup> Sentencia C-536, 2008. Op. cit.

<sup>82</sup> PFEIFFER, Gerd. Libro homenaje a Bemann, Munich, 1997, citado por GUERRERO, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá: Nueva jurídica, 2015. ISBN: 9589805206.

<sup>83</sup> Sentencia C-873, 2003). Op. cit.

<sup>84</sup> ROXIN Claus. *Derecho procesal penal*. Op. cit. p. 395.

<sup>85</sup> MAIER, Julio B.J. ¿Es la “inmediación” una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición. En: *Jueces para la democracia*, (49), 2004. p. 13-20.

Como puede advertirse, se entendió la intermediación como pilar fundamental del escenario de contienda principal del sistema penal acusatorio, y se le justifica en el principio de igualdad de armas propio del sistema adversarial adoptado mediante la Ley 906 de 2004 y el Acto Legislativo 003 de 2002, y del sistema penal acusatorio norteamericano<sup>86</sup> o *adversarial system*, que presenta a los dos sujetos procesales, el *prosecutor* y el imputado por medio de su defensa, en igualdad de condiciones, con la lógica consecuencia de que la iniciativa probatoria queda en manos de estas partes, estructura que, lejos de resultar caprichosa, emana de claros mandatos consagrados en mecanismos internacionales.

Esa estructura adversarial parte del presupuesto de la igualdad de la contienda, que no es más que un desarrollo de la igualdad, entendida a voces de Hernando Valencia Villa<sup>87</sup>, como piedra angular que inspira la institucionalidad del derecho penal que presupone que todos los individuos tienen los mismos derechos y merecen el mismo nivel de respeto por parte de las autoridades públicas. A su vez, dicho principio se erige como reafirmación de la presunción de inocencia como garantía fundamental reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14° numeral 1°<sup>88</sup> cuando consagra que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”; y numeral 3° del aludido mecanismo consagra que en las causas criminales el ciudadano tendrá derecho a su igualdad plena, erigiendo sendas garantías de ineludible acatamiento<sup>89</sup>.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>90</sup> revalida la presunción de inocencia como garantía judicial y consagra una serie de derechos mínimos con designio a resguardar que la contienda se surta en el plano de la igualdad de armas, que van desde la consagración del derecho de defensa hasta la consagración de principios como la contradicción, la publicidad, la intermediación y la doble instancia<sup>91</sup>. Resulta fundamental dejar sentado que el señalado principio, característico y medular en sistemas adversariales acusatorios, conforme lo aduce Alfonso Daza González:

---

<sup>86</sup> PIZZI, William, *Trials without Truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, Madrid: Tecnos, 1999. ISBN: 9788430940875 p. 60.

<sup>87</sup> VALENCIA VILLA, Hernando. *Diccionario Espasa Derechos Humanos*. Madrid: Ed. Espasa Calpe, 2003. p. 219.

<sup>88</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. Op. cit.

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José. Costa Rica, 1969. Op. cit.

<sup>91</sup> Ibid. Artículo 8° numeral 2°

[...] tiende a la protección de los intereses del imputado y el fortalecimiento de su defensa, dada la histórica e implícita desigualdad entre el Estado acusador y el individuo acusado<sup>92</sup>, que conforme criterio de la Corte Constitucional, constituye núcleo esencial de los derechos al debido proceso “[como] uno de los principios fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial<sup>93</sup>.

Conforme lo expuesto, el inicial entendimiento que del sistema adoptado realizaron los órganos judiciales Colombianos no pareciera desconocer su estructura y pilares fundantes, sino fuera porque se planteó que el modelo procesal adoptado por Colombia no corresponde a un sistema acusatorio puro, sino a un *sistema con tendencia acusatoria*<sup>94</sup>, postulado al amparo del cual se han viabilizado los posteriores pronunciamientos de flexibilización de los principios fundantes del esquema adoptado, que lo desnaturalizan, como pasará a verse.

### **3.5 DE LOS PROBLEMAS SISTÉMICOS DEL PROCEDIMIENTO CRIMINAL COLOMBIANO**

#### **3.5.1 El cambio de juez como consecuencia de la crisis del sistema penal adoptado**

No obstante, el incremento de la eficacia y eficiencia del sistema penal fue quizás el primer y más importante objetivo perseguido con la adopción del Sistema Penal Acusatorio, conforme se extrae de las Actas de la Comisión Redactora y lo concluye la Corporación Excelencia en la Justicia<sup>95</sup>; lo cierto es que una vez puesto en marcha se empezaron a hacer evidentes las dificultades a las que el mismo se enfrentaba, que van desde las reformas legislativas

<sup>92</sup> DAZA, Alfonso. El principio de igualdad de Armas en el Sistema Procesal Penal Colombiano a partir del Acto Legislativo 03 de 2002. En: Revista de Derecho Principia Juris (12). 2009. p. 126.

<sup>93</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-396 (23 de mayo de 2007). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

<sup>94</sup> Sentencia C-591, 2005. Op. cit.

<sup>95</sup> CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, Balance del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio. Boletín de Actualización 2012-2014. USAID. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2XWsFIs>>

que tipificaron nuevos delitos y restringieron la aplicación de las formas de terminación anticipada del proceso, desnaturalizando la justicia premial que se quiso implementar, hasta la inoperancia de mecanismos como el principio de oportunidad y las barreras de formación de los sujetos procesales intervinientes para tener un adecuado manejo de la oralidad.

En ese contexto se empezaron a hacer evidentes tanto el incremento del número de absoluciones<sup>96</sup> como el decrecimiento de porcentajes de personas que aceptaron cargos<sup>97</sup> y, en suma, la congestión tanto a nivel del ente investigador como en el ámbito judicial. Esto redundó en la práctica, en que uno de los principios fundantes del sistema oral, como lo fuera la concentración<sup>98</sup>, fuera perdiendo efectividad y aplicación y se presentaran cada vez más frecuentes los eventos en que el juicio oral no se desarrollaba como una audiencia concentrada, en una sola sesión o en sesiones consecutivas, sino que se convertían en largas y tediosas jornadas, con suspensiones recurrentes y fechas lejanas para continuación.

Con motivo de lo reseñado, es decir las prolongaciones del juicio oral, empezaron a surgir situaciones en las cuales el Juez que presidió el juicio (por demás oral y público) y que tuvo la inmediación con la prueba a este llevado por las partes, no fuera el mismo que emitiera decisión en el asunto<sup>99</sup>; e inclusive eventos en los cuales el funcionario que emitió sentido de fallo no fuera el mismo que profiriera la sentencia, eventualidades para las que una interpretación coherente de lo hasta aquí expuesto sobre el entendimiento de los sistemas acusatorios, y por ende de corte adversarial, en confrontación con lo previsto en la Ley 906 de 2004, obligarían a rehacer el debate.

Lo señalado por cuanto conforme las previsiones del sistema procedimental vigente en su art. 16, en relación a la inmediación del juicio, en el debate se tiene como prueba únicamente a la evidencia producida e incorporada pública

---

<sup>96</sup> Ibid. p 62. "En contraste con el aumento del archivo como forma de salida, la participación de las sentencias se redujo, pasando de un 6% de los egresos en 2010, a un 4,2% en 2012. Así mismo, el número de fallos se redujo en este periodo en un 24%, pasando de 57.712 a 39.984 sentencias, De éstas, el 89,8% fue condenatorias, cifra que está por debajo del año 2010, en el que las condenas representaron el 93,7%, y del 2011 en el que pesaron el 91,2%".

<sup>97</sup> Ibid. p. 12. "Que respecto del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes pasó del 71,4% en 2008 al 23,8% en el 2013, es similar al decrecimiento evidenciado respecto de los demás delitos"

<sup>98</sup> GUERRERO, Oscar Julián. Op. cit. p. 93.

<sup>99</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Proceso 27192 (30 de enero de 2008). [M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán].



y oralmente, en forma concentrada y previa confrontación, ante el juez de conocimiento<sup>100</sup>. Ahora bien, en consonancia con dicha previsión legal, el art. 379 prevé que el juzgador debe valorar como pruebas exclusivamente las practicadas y controvertidas ante él<sup>101</sup>.

Diáfana se presenta la voluntad del legislador Colombiano de dar al principio de inmediación de la prueba alcance estructural del procedimiento acusatorio y, por intermedio de este, materializar la igualdad de armas a la que se hizo alusión en apartes precedentes; *máxime cuando dispone su estrecha relación con el principio de concentración*<sup>102</sup> de no menor entidad y trascendencia dentro del esquema adversarial adoptado en los términos del artículo 454 como un imperativo para que el juicio oral sea desarrollado de manera continua, con suspensiones sobrevinientes y de manifiesta gravedad<sup>103</sup>, pero en todo caso ordenando su repetición –en lo que tiene que ver con la práctica de la prueba- en aquellos eventos en que las suspensiones incidan en la memoria o el recuerdo de lo surtido en la audiencia y ante el cambio de Juez.

Los pronunciamientos del máximo Tribunal de Justicia ordinaria no se hicieron esperar, pues para enero de 2008 en sede de casación se ocupó del tema referido y, nuevamente, tras realizar un recuento de los principios fundamentales del sistema acusatorio y de las principales modificaciones introducidas mediante la normativa procedimental penal vigente, afirma que es en virtud de la concentración e inmediación que surge en cabeza del Juez de conocimiento el deber de tener contacto –directo– con la evidencia y con los participantes del debate contradictorio, como lo enunció la Corte Suprema de Justicia, sin deformación, sin distorsión y desde su propia fuente<sup>104</sup>.

Siendo conteste con esas primeras interpretaciones ya esbozadas, sostiene el Alto Tribunal de Justicia ordinaria que un debate prolongado en el tiempo por largos periodos implica el desconocimiento de lo normado en los artículos

---

<sup>100</sup> Ley 906, 2004. Op. cit.

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> El Pueblo de Puerto Rico vs Efraín Rivera Santiago, 2009. Op. cit.

<sup>103</sup> Ley 906, 2004. Op. cit. art 454

<sup>104</sup> Sentencia Proceso 27192, 2008. Op. cit.

404 y 420 de la Ley 906 de 2004, en lo que tiene que ver con la apreciación del testimonio y de la prueba pericial, encontrando por demás lógico que el reemplazo de un juez por otro luego del desarrollo de todo o parte del debate perturba los principios de concentración e inmediación, en tanto que el primero guía la valoración de las pruebas en un lapso que no puede ser prolongado y el segundo, la percepción contigua del operador jurídico en relación con las mismas<sup>105</sup>.

Luego de tan contundente aserto, la Corte Suprema de Justicia<sup>106</sup> llega a la misma hipótesis defendida en el presente trabajo, esto es que viabilizar la reanudación de un juicio por juzgador distinto al que edificó la vista pública e intervino en la práctica de la prueba desconoce los principios procesales hasta aquí estudiados, en últimas a referir como criterio imperativo la permanencia del Juez en el juicio oral como etapa medular del procedimiento.

Posteriormente aduce, al resolver el caso concreto, que los mencionados principios de inmediación, concentración y publicidad no se vulneran, habida cuenta que la prueba fundamento del fallo fue practicada en presencia del Juez que emitió decisión de fondo en el asunto, mientras que la practicada por el Juez saliente no tuvo injerencia alguna; y precisa así mismo que, aun cuando en desarrollo de un proceso pueden surgir las que la Corte Suprema de Justicia llamó "excepcionales circunstancias, vicisitudes, bien sea de orden personal, laboral, etc."<sup>107</sup> que pueden motivar el cambio de juez, deberá verificarse en cada uno de los casos si esas situaciones excepcionales tienen el alcance de trastocar los principios propios del juicio, así como las garantías fundamentales de quienes intervienen en el proceso judicial<sup>108</sup>.

Similares postulados fueron el fundamento de posteriores declaratorias de nulidad<sup>109</sup>, en los que se llama la atención acerca de la relevancia que para la estructura del sistema tienen los principios de inmediación y concentración; se alude al juez natural como elemento sustancial al debido proceso contenido en

---

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Sentencia Proceso 27192, 2008. Op. cit. Aprobado por Acta No. 013

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado 33989 (9 de diciembre de 2010). [M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán] Aprobado por Acta No. 411 y Sentencia Radicado 35192 (7 de septiembre de 2011). [M.P. José Luis Barceló Camacho].

el art. 29 del texto supremo, precisando que el término “juez” a que alude dicho postulado no refiere al cargo, sino a la persona, y, en todo caso, disponiendo que ante la trascendencia y grave afrenta a garantías fundamentales del enjuiciado debe acudir al remedio extremo de la nulidad, como sanción procesal que viabilice que la etapa del juicio sea desarrollada con absoluto respeto a las premisas que caracterizan el sistema acusatorio oral<sup>110</sup>.

Aplica en ese momento el Alto Tribunal de Justicia ordinaria, en la mencionada determinación<sup>111</sup>, la sanción procesal de la nulidad como el mecanismo para dar cumplimiento al mandato legal de repetir el juicio oral, pues se pudo verificar que en ese evento, como en tantos otros de los que adelantamos bajo el esquema penal acusatorio actual, que el juicio oral no se extinguió en una única deliberación, tampoco fue continuo, mucho menos las sesiones fueron consecutivas, su extensión fue innecesaria e irracional. Adicionalmente se constató que fueron tres los jueces que intervinieron en la práctica probatoria, y que en últimas el operador jurídico que participó en el sentido del fallo y que proveyó no fue el mismo que presenció la integridad del Juicio.

### **3.5.2 La desnaturalización del sistema acusatorio y de la inmediación como principio, por la indebida hermeneútica de sus órganos judiciales**

No obstante la contundencia de lo hasta aquí sostenido como criterio sentado, la Justicia Colombiana, para diciembre del año 2012, ya estaba recogiendo su postura y en discurso contradictorio al que hasta ahora se ha hecho referencia hizo lo que denominó “reexaminar” las decisiones proferidas y flexibilizó el análisis de la problemática planteada, para indicar que ante el cambio de Juez *no siempre* debe acudir a la repetición del juicio, sino que:

[...] en todos los eventos será necesario ponderar los efectos del ámbito de protección de los principios procesales, en orden a precaver la afectación de principios de mayor alcance tuitivo o decisiones infortunadas, arbitrarias e injustas frente a los derechos de las víctimas o terceros involucrados en la actuación<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Sentencia Radicado 35192, 2011. Op. cit. Aprobado por Acta No. 318

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> Sentencia Radicado 38.512, 2012. Op. cit. Aprobado Acta No. 458.

A lo largo del tiempo, esto es a partir del año 2012 y hasta el año 2018, se torna evidente esa flexibilización de criterio que empezó por entender como necesario el remedio extremo de la nulidad para dar cumplimiento al mandato legal de rehacer el juicio cuando, ante el cambio de Juez, la intermediación con la prueba se perdiera, para pasar a sostener categóricamente, por ejemplo en decisión del año 2017, que la nulidad solo operaría de manera “excepcionalísima” y ante la fehaciente demostración de afectación a derechos o principios superiores, pasando a otorgar protagonismo al análisis de los motivos que provocaron el cambio de Juez y al uso de los mecanismos de registro de uso propio de un sistema oral, que consideró tienen la capacidad de reflejar de manera fidedigna lo sucedido<sup>113</sup>.

Recientemente se convalidó el desafortunado criterio a que se ha hecho mención dentro de proceso en el cual los Magistrados llamados a decidir de fondo el asunto no participaron en absoluto del adelantamiento del juicio oral y respecto de quienes da por sentado el Alto Tribunal de la Justicia Ordinaria que “no percibieron de manera directa y con intermediación la prueba practicada”<sup>114</sup>, e incluso tampoco fueron quienes anunciaron el sentido de fallo; en esta oportunidad, valiéndose de una contradictoria motivación que refiere a la contradicción, concentración e intermediación del juicio, inexplicablemente considera que los mecanismos de registro de audio y video permiten tener un reflejo fidedigno de lo sucedido en la vista pública de práctica de pruebas y le permite al juzgador vislumbrar la importancia que las pruebas por él no apreciadas tienen para la decisión del caso.

Sostener que los sistemas de registro de audio y video permiten al Juez tener una percepción “fidedigna” del desarrollo probatorio, desconoce por esencia los fines perseguidos con la implementación de la oralidad y la aspiración que se tuvo por suprimir la permanencia de la prueba, propio de los sistemas inquisitivos; abandona el planteamiento de que no hay percepción del Juez cuando este no participa en la producción de la prueba, un análisis que no puede ser entendido como un simple registro y mucho menos reemplazada por meros patrones de video. En términos de José Darío

---

<sup>113</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia . Radicado 47608 (8 de noviembre de 2017). [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero]. SP18449-2017.

<sup>114</sup> Sentencia Radicado 52632 AP1868-2018, 2018. Op cit. Acta No. 145.

González Orjuela, quien distingue la percepción como acto, relievra que el mismo envuelve una actitud dinámica en el proceso de trabajar y captar lo que los medios de discernimiento aportan y concluye finalmente que es la reminiscencia la que bajo la guía de la imaginación, y con los límites de la razón, permite a un juzgador llegar al proceso de valoración como acción madurada, sopesada y jamás repentina<sup>115</sup>.

Y es que precisamente las dificultades advertidas respecto a la permanencia de la prueba se fincaban en centrar la valoración de la prueba por parte del Juez que no estuvo presente a través de actas o grabaciones, eliminando el contacto directo entre el juzgador con la prueba y la fuente del conocimiento sobre el cual se ha de sostener la decisión; desconociendo que el Juez, mediante la relación directa con el testigo, cuando lo ve, cuando lo oye, cuando lo percibe, no solamente va realizando "anticipaciones de valoración que retiene en su memoria con cada medio de prueba, y los va relacionando con los que se vayan practicando"<sup>116</sup> hasta lograr estructurar una postura sobre el caso, sino que adicionalmente participa por ejemplo mediante la realización de preguntas en los casos en que ellas son admisibles, lo que necesariamente tendrá un impacto en las posibilidades de acierto.

Sin embargo de lo anterior, las posturas que en este escrito han sido cuestionadas parten de considerar que el remedio extremo de la nulidad está regido por una serie de principios<sup>117</sup> dentro de los cuales se encuentra la trascendencia<sup>118</sup>, que es precisamente lo que inexplicablemente le han restado al cambio de Juez dentro del juicio oral, en un evidente afán de la justicia por salvaguardar los procesos adelantados, por preservar los derechos de las víctimas y, en todo caso, por desconocer la evidente crisis del sistema adoptado, no por su naturaleza misma (la cual, como se dejó sentado en

---

<sup>115</sup> GONZALEZ ORJUELA, José Darío. Los principios de inmediatez y concentración. ¿Garantías en decadencia?. En: Reflexiones de derecho penal y procesal penal. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2013. p. 418.

<sup>116</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, Décima Quinta Edición. Librería Profesional. Citado en UNIVERSIDAD LIBRE. Memorias del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá : Universidad Libre, 2006. ISBN: 9589791654

<sup>117</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto Radicado AP2399-2017 (18 de abril de 2017) [M.P. José Francisco Acuña Vizcaya]

<sup>118</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 12781 (25 de mayo de 2000). [M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar]; Auto Radicado 29092 (9 de junio de 2008). [M.P. José Leonidas Bustos Martínez] y Sentencia Radicado 43356 (3 de febrero de 2016). [M.P. José Leonidas Bustos Martínez]; entre otras.

acápites anteriores, tiene sustento en garantías fundamentales, en el esquema democrático del estado y en mecanismos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad<sup>119</sup>), sino por la insuficiencia del recurso humano (jueces, fiscales, policía judicial) con que se contó para su implementación, la falta de comprensión y formación que sobre el sistema se entregó a los operadores judiciales y adicionalmente la carencia de recursos técnicos, logísticos, investigativos.

### **3.5.3 El desconocimiento de la sinergia necesaria y vinculante entre el sentido del fallo y la sentencia**

Bajo la estructura del sistema de enjuiciamiento colombiano a que refiere la Ley 906 de 2004<sup>120</sup>, inmediatamente después de agotado el debate probatorio y presentados los alegatos, corresponde al juzgador dar a conocer el sentido de fallo, ese mismo que en el sistema penal norteamericano le corresponde referir al jurado<sup>121</sup> y que, en todo caso, es la resulta obligada del proceso de práctica, percepción y valoración de la prueba que en su presencia, esto es con intermediación y en forma concentrada, pública y oral, se desarrolló como parte de la dialéctica acusatoria adversarial.

Pacífica ha sido la postura de conformidad con la cual se reconoció la consonancia y congruencia que debe existir entre el sentido de fallo y la sentencia<sup>122</sup>, esto es la necesidad que existe de que el Juez respete en su sentencia lo que anunció públicamente como sentido sobre esta, en virtud a que ambas conforman una unidad temática inescindible<sup>123</sup>. Si bien es cierto que en algún evento se viabilizó “eventual y excepcionalmente”<sup>124</sup> la anulación del sentido del fallo por parte del mismo Juez que lo emitió, en la medida en que al momento de construir la sentencia se advierta que el sometimiento al sentido anunciado implicaría una injusticia material, rápidamente se clarificó que:

---

<sup>119</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. Op. cit., Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José. Costa Rica, 1969. Op. cit.

<sup>120</sup> Ley 906, 2004. Op. cit. art. 446.

<sup>121</sup> Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América. Op. cit. p. 72 y 73.

<sup>122</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 45654. (26 de octubre de 2016). [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero] y Sentencia Radicado 40694 (23 de septiembre de 2015). [M.P. Patricia Salazar Cuellar].

<sup>123</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 27336. (17 de septiembre de 2007). [M.P. Augusto J. Ibañez Guzmán]

La anulación del sentido del fallo cuando se ha observado el debido proceso acusatorio, es una medida extrema contraria a la seguridad jurídica, no solo porque las partes no sabrían a qué procedimiento atenerse, sino que quedarían sometidas al arbitrio de la facultad discrecional del juez, a quien solo le bastaría con invocar la justicia material para modificar su decisión inicial<sup>125</sup>.

No obstante, por la estructura y naturaleza del procedimiento criminal acusatorio, por esencia oral, público y concentrado, resulta inadmisibile la hipótesis de conformidad con la cual el Juez de la sentencia fuera distinto a aquel que estuvo presente en el desarrollo del juicio<sup>126</sup> y que en consecuencia emitió el sentido de fallo. Las serias dificultades del sistema procesal penal Colombiano a que se hicieron mención en acápite anterior convirtieron en realidad, y cada día más frecuente, tal despropósito para el cual, al tenor de lo reglado en el Artículo 454 del Código Adjetivo Penal<sup>127</sup> en la concentración del juicio, solo tendría una solución posible: la repetición del Juicio.

Sin embargo, la flexibilización de criterios de las Altas Corporaciones de Justicia en torno al cambio de Juez, que como se ha dejado sentado implican la desnaturalización del sistema acusatorio, ha tenido impacto en la forma de resolver la puntual situación anunciada, pues, ante la conformidad del nuevo juez, con el sentido emitido considera posible, aún sin intermediación, que se proceda a emitir sentencia; y ante la discrepancia ha viabilizado la declaratoria de nulidad del sentido de fallo emitido y el anuncio de uno nuevo, que en acopio con la sentencia resuelvan de fondo el asunto, aun cuando dicho funcionario no haya tenido ninguna clase de injerencia en el desarrollo de la etapa probatoria<sup>128</sup>.

Como fácilmente puede colegirse de lo hasta aquí expuesto, ninguna de las eventualidades se compadece con los principios y finalidades del proceso adversarial, pues en últimas ambas redundan en la flagrante trasgresión de la intermediación como principio y como la única vía mediante la cual el

---

<sup>124</sup> Ibid.

<sup>125</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 36333. (14 de noviembre de 2012). [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero]; reiterado en Sentencia Radicado 41429 (27 de julio de 2016). [M.P. José Luis Barceló Camacho]; Sentencia Radicado 44819 (25 de octubre de 2017). [M.P. Patricia Salazar Cuellar], entre otras.

<sup>126</sup> MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón. Madrid. Tirant lo Blanch, 1997. ISBN: 9788480025560. p.183.

<sup>127</sup> Ley 906, 2004. Op. cit. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

<sup>128</sup> Sentencia Radicado 36333, 2012. Op. cit.

Juez pudo estar en contacto directo con la evidencia, que será el insumo de la decisión de fondo; y cuando se resuelven los casos concretos de cambio de Juez, nuevamente se alude a los registros de audio y video como fuente fidedigna de conocimiento para el Juez respecto de la prueba recaudada.

## **CONCLUSIONES**

Sea lo primero colegir de lo aquí referido que el Sistema de Enjuiciamiento Criminal Colombiano, aunque se sirve de elementos propios de un modelo adversarial, desdeña sin mayor discusión los principios basilares de un verdadero juicio Republicano. El aparente imperativismo tecnológico, que asume irrestrictamente la opinión mayoritaria del máximo órgano de la justicia penal Colombiana, da preeminencia a los sistemas de registro de audio y video sobre el verdadero juicio oral, público y con intermediación de las pruebas; se engendró así la inaceptable idea de que la compleja actividad de determinar la inocencia o absolución del justiciable pende inexorablemente no de las impresiones razonadas del Juzgador, sino de lo que se establezca “fidedignamente” en los fríos instrumentos de la justicia.

Ahora, si en su término más simple todo el juicio oral pende inexorablemente de los registros “fidedignos” en los diferentes instrumentos tecnológicos, ¿cómo entender esa categoría en un juicio cuya génesis está encaminada a ser público, contradictorio y con una intermediación indivisible de su juzgador? En las diferentes experiencias del Juicio Republicano, ni la Española, ni la Italiana, ni la Alemana tienden a menospreciar el papel fundamental que juega el razonar óptico del Juez en el juicio oral, todo tiende a un sistema de legitimidad y respeto de las garantías fundamentales del justiciable. Este nuevo paradigma, que en ninguna parte pareciera definir la jurisprudencia patria, tiene como efecto directo cercenar o trasgredir la posibilidad de todo acusado a ser juzgado y vencido en juicio con concentración e intermediación de las pruebas, en una palabra su debido proceso; los inconfesados problemas sistémicos del enjuiciamiento colombiano que pretenden prohijarle al Juicio Republicano desfigurándolo y a fortiori, ante la carencia y ausencia total de exposición de los fundamentos por los cuales no se perturban los derechos de defensa del Justiciable.

Vale la pena memorar la tesis –ahora mutilada– expuesta por la Corte Constitucional sobre los elementos de video y audio en el Juicio Oral; en



aquella se recalca diáfamanamente la importancia de un juzgador que tenga percepción directa de la prueba, no con las herramientas que han permitido la implementación del sistema oral, sino con una valoración directa y humanizadora de la justicia criminal<sup>129</sup>, pues, con todo, quien decide la causa es por excelencia el juez de la audiencia, y no el profesional del derecho que está observando unos pixeles que le son enteramente ajenos a su vivencia personal.

Luego, aunque los medios tecnológicos constituyen un medio sin duda valioso para la apreciación del Juez, no pueden sustituirlo a él, no se desconoce que un juicio sin dilaciones representa uno de los bastiones estructurales de la justicia, pero cabe cuestionarse ¿debe el justiciable cargar, cual esclavo abyecto, con los agravios de las insistentes interrupciones del juicio oral, que en esencia son totalmente previsibles? la respuesta, bajo la égida de un verdadero Juicio Republicano, sin duda debe ser negativa, aunque se acuda a los eufemismos para justificar tal torticero.

La explicación dada hasta ahora por la jurisprudencia patria, consistente en que el cambio de juez no produce la nulidad del juicio porque no se ven afectados los derechos fundamentales del justiciable, no es más que un argumento sofisticado y falaz por petición de principio que no zanja el problema, pues cae en la escueta sencillez de aseverar que no se ven trasgredidos derechos fundamentales porque no se ven trasgredidos derechos fundamentales.

El alcance del tema y los efectos de los precedentes que ha instituido la Honorable Corte Suprema de Justicia concitan la necesidad censurar el rigor del Enjuiciamiento Criminal Colombiano, los problemas contemporáneos más importantes que tocan a la justicia penal colombiana y el enorme compromiso del Estado cuando por medio de sus jueces establece el designo de sus ciudadanos. La labor del juez no puede reducirse a la de un simple autómatas ojeando un video o escuchando un CD, representaciones que constituyen un abismo entre el juicio oral, público y con inmediación, para adquirir el convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

---

<sup>129</sup> CORTE CONSTITUCIONAL de Colombia. Sentencia C-059 Expediente D-7844 (3 de febrero de 2010) [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]

## **BIBLIOGRAFIA**

- ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. La exclusionary rule de EE.UU. y la prueba ilícita penal de España: Perfiles jurisprudenciales comparativos. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, Departament de Dret Privat, 2012. ISBN: 9788449032998.
- AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. Las reformas procesales penales en América Latina. En: Revista Internacional. 2005.
- BELVINI, Lorenzo. Mutamento del giudice e nuova istruttoria: note sull'involuzione interpretativa. En: Processo penale e giustizia (1) 2016.
- BRICCHETTI, Renato. Codice penale e di procedura penale e leggi complementari. Italia: Il Sole 24 Ore Pirola, 2015. ISBN: 9788832485370.
- CÁMARA DE REPRESENTANTES. Proyecto de Ley Estatutaria No. 001 (20 de julio de 2003). "Por medio del cual se expide el código de procedimiento penal".
- CASTAÑO VALLEJO, Raúl. El sistema Penal Acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional. En: Revista Nuevo Foro Penal. (9) No. 80, 2013.
- CHIESA APONTE, Ernesto Luis. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Bogotá: editorial FORUM, 2008. ISBN: 978-9586161817. Vol I-III.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 (31 de agosto, 2004). "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Diario oficial No. 45.658.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 03 (diciembre 19 de 2002) "Por el cual se reforma la Constitución Nacional". Diario Oficial No 45.040
- CONSEJO DE EUROPA. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (4 de noviembre de 1950).
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, Balance del funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio. Boletín de Actualización 2012-2014. USAID. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2XWsFIs>>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia C-427 (12 de septiembre de 1996). [M.P. Carlos Gaviria Díaz]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-059 Expediente D-7844 (3 de febrero de 2010) [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-396 (23 de mayo de 2007). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-536 (28 de mayo de 2008) [M.P. Jaime Araújo Rentería].
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-873 (30 de septiembre de 2003). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia Exp. D-8104 C-980 (1 de diciembre de 2010). [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia Expediente D-1169 (12 de septiembre de 1996). [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-591. (9 de junio de 2005). [M.P. Clara Inés Vargas Méndez].
- CORTE COSTITUZIONALE. REPUBBLICA ITALIANA. Orden Judicial No. 205 (10 de junio de 2010). [P. Francesco Amirante].
- CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I PENALE. Sentenza n.43573 (24 de octubre de 2013). [P. Giordano Umberto].
- CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. II PENALE. Sentenza n.3858 (23 de diciembre de 2016). [P. Diotallevi Giovanni].
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Case of Dan v. Moldova. (5 de julio de 2011). [P. Josep Casadevall].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Expediente 26.468 (27 de julio de 2007). [M.P. Alfredo Gómez Quintero].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Expediente 32.143 (26 de octubre de 2011). [M.P. José Leonidas Bustos Martínez].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Expediente 32.196 (20 de enero de 2010). [M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Expediente 38.512. (12 de diciembre de 2012) [M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Radicado 47608 (8 de noviembre de 2017). [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto AP5775-2016 Radicación 45.608 (31 de agosto de 2016). [M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier].

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto Radicado AP2399-2017 (18 de abril de 2017) [M.P. José Francisco Acuña Vizcaya]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado 33989 (9 de diciembre de 2010). [M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Auto Radicado 29092 (9 de junio de 2008). [M.P. José Leonidas Bustos Martínez]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Proceso 27192 (30 de enero de 2008). [M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicación 52632 AP1868-2018 (9 de mayo de 2018) [M.P. Eugenio Fernández Carlier]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 12781 (25 de mayo de 2000). [M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar];
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 27336. (17 de septiembre de 2007). [M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 36333. (14 de noviembre de 2012). [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 40694 (23 de septiembre de 2015). [M.P. Patricia Salazar Cuellar].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 41429 (27 de julio de 2016). [M.P. José Luis Barceló Camacho]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 43356 (3 de febrero de 2016). [M.P. José Leonidas Bustos Martínez]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 44819 (25 de octubre de 2017). [M.P. Patricia Salazar Cuellar]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 45654. (26 de octubre de 2016). [M.P. Fernando Alberto Castro Caballero]
- DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. El principio de igualdad de Armas en el Sistema Procesal Penal Colombiano a partir del Acto Legislativo 03 de 2002. En: Revista de Derecho Principia Iuris (12). 2009.
- DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS. Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América con Notas Explicativas Adaptadas de The World Book Encyclopedia, 2004. p. 70. [En línea] Disponible en: <[shorturl.at/awBDF](http://shorturl.at/awBDF)>

- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento penal acusatorio y oral: una reflexión teórica sobre la reforma constitucional de 19 de diciembre de 2002 y la Ley 906 de 2004. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA, 2005. ISBN: 9789587070958
- FLORIAN, Eugenio. De las Pruebas Penales. Bogotá: Temis, Bogotá, 2002. ISBN: 9583503843.
- FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión. Bogotá: Siglo Veintiuno Editores, 2015. ISBN 9789876290579. 14 a ed.
- FREUD, Sigmund. El malestar en la cultura. Madrid: Ed, Akal, 2016. ISBN: 9788446043843.
- GARTH, Bryant G. Book Review. The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France by Henry J. Abraham, 1982. [En línea] Disponible en: <[shorturl.at/msHVZ](http://shorturl.at/msHVZ)>
- GONZALEZ ORJUELA, José Darío. Los principios de intermediación y concentración. ¿Garantías en decadencia? En: Reflexiones de derecho penal y procesal penal. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2013
- GUERRERO, Oscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá: Nueva jurídica, 2015. ISBN: 9589805206.
- LONDOÑO, Mabel. La congestión y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable? En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (38). No. 109, 2008. p. 385-419.
- MAIER, Julio B.J. ¿Es la "intermediación" una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición. En: Jueces para la democracia, (49), 2004.
- MAISCH, Rodolfo y POHLAMMER, Fernando. Instituciones Griegas. Madrid: Editorial Labor, S. A, 1931.
- MONTERO AROCA, Juan. Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón. Madrid. Tirant lo Blanch, 1997. ISBN: 9788480025560.
- MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA LEIBAR, Iñaki y ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. 10ª ed. ISBN: 9788476981559
- NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre de 1966). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Ltnvkz>>

- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. Costa Rica. (7 al 22 de noviembre de 1969). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2xmVLpu>>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado 35192 (7 de septiembre de 2011). [M.P. José Luis Barceló Camacho].
- PIZZI, William, *Trials without Truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, Madrid: Tecnos, 1999. ISBN: 9788430940875
- RICHARDS, Peter. *John Lilburne (1615-1657): English Libertarian*. Londres: Libertarian Alliance & Peter Richards, 2008. ISBN: 9781856377485.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. 25ª ed. ISBN: 9789879120361.
- SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1991.
- SENATO DELLA REPUBBLICA ITALIANA. *Costituzione italiana edizione in lingua spagnola*, 2018. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2XQOgSz>>
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Strickland, Superintendent, Florida State Prison, v. Washington*. (14 mayo de 1984). [C.J. Warren E. Burger].
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. *El Pueblo de Puerto Rico vs Ángel Santos Santos*. (31 de mayo de 2012). [J.P. Anabelle Rodríguez Rodríguez].
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. *El Pueblo de Puerto Rico vs Bernadette Virkler*. (27 de agosto de 2007). [J.P. Ismael Colón Birriel].
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. *El Pueblo de Puerto Rico vs Bryan Pillot Rentas*. (20 de diciembre de 2006). [J.P. José M. Aponte Jiménez].
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. *El Pueblo de Puerto Rico vs Efraín Rivera Santiago*. (24 de agosto de 2009). [J.P. Aleida Vanora Méndez]
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. *El Pueblo de Puerto Rico vs Jaime Santana Vélez*. (13 de octubre de 2009). [J.P. Zaida Hernández Torres].
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. *El Pueblo de Puerto Rico vs Rolando Eliecer Díaz*. (5 de octubre de 2011). [J.P. Troadio González Vargas]. Apelación.

- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. El Pueblo de Puerto Rico vs William J. Rodríguez. (19 de octubre de 2015). [J.P. Liana Fiol Matta]
- TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO. Ramón Ruiz Ramos vs. Alcaide Penitenciaria Estatal de Río Piedras. (30 de octubre de 2001).
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Penal. Sentencia 2286/2018. (14 de junio de 2018). [M.P. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro].
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Penal. Sentencia 2949/2018. (19 de julio de 2018). [M.P. Juan Ramon Berdugo Gomez De La Torre].
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Penal. Sentencia 4382/2017. (30 de noviembre de 2017). [M.P. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro].
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala de lo Penal. Sentencia STS 2403/2018. (31 de abril de 2018). [M.P. Juan Ramon Berdugo Gomez De La Torre].
- UNIVERSIDAD LIBRE. Memorias del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre, 2006. ISBN: 9589791654
- VALENCIA VILLA, Hernando. Diccionario Espasa Derechos Humanos. Madrid: Ed. Espasa Calpe, 2003.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008. ISBN: 9789507271533. Tomo II.





## Capítulo Cuarto

### *Acción penal: pública o privada*

PAULA ANDREA OCAMPO GÓMEZ<sup>1</sup>

#### INTRODUCCIÓN

El derecho penal<sup>2</sup>, universalmente, se ha concebido como la *última ratio*<sup>3</sup> del Estado, en la medida en que su aplicación, indiscutiblemente, compromete derechos fundamentales de los individuos<sup>4</sup>; por lo tanto, debe ser el último instrumento de coerción que se utilice para la protección de ciertos bienes jurídicos, que por su contenido especial e impacto social deben ser protegidos por el Estado.

<sup>1</sup> Abogada especialista en derecho administrativo, constitucional y penal de la Universidad Católica y estudiante de cuarto semestre en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia, sede Bogotá.

<sup>2</sup> ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Manual de derecho penal. Partes general y especial. Bogotá: Leyer, 2008. ISBN: 9789587112979. 10ª ed. 44 p. "Es un conjunto de normas y principios jurídicos que sustancialmente se refieren a la conducta punible y la pena"

<sup>3</sup> CARNEVALI, Raúl. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. En: Revista *Ius Et Praxis*. (1). 2008. p. 13-48: "entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal. Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas formales e informales"

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 205 (11 de marzo de 2003). [M.P. Clara Inés Vargas Hernández] Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 1º, de la Ley 738 de 2002, "Por la cual se adiciona un artículo al Código Penal". Expediente D-4229. Bogotá D.C Relatoría de la Corte Constitucional, 2008. p.2 "La tipificación penal de una conducta y la fijación de la pena correspondiente implican siempre una severa intervención del Estado en el ejercicio de los derechos fundamentales, en especial de la libertad individual"



En Colombia la tradición legal ha establecido que la acción penal es de naturaleza pública y su titularidad la ostenta de forma exclusiva el Estado a través de la Fiscalía General de la Nación, a la cual, por disposición constitucional<sup>5</sup>, le fue asignada la función de la persecución de los hechos que revistan características de un delito. Por lo anterior, y debido a las diferentes posturas en la política criminal del Estado, se considera de vital importancia realizar un estudio analítico sobre el ejercicio de la acción penal, el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos y las garantías constitucionales, para determinar si la acción penal debería estar en cabeza de la Fiscalía General de la Nación de manera exclusiva, en el marco de entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017<sup>6</sup>, en la cual se introduce la figura de acusador privado y se amplía la titularidad de la acción penal, de cara a la estructura del sistema penal acusatorio<sup>7</sup>.

En Colombia, la justicia ha sido afectada desde diferentes ámbitos –políticos, económicos, sociales, etc.–, encontrando sus escollos más significativos en la corrupción y la congestión<sup>8</sup>; por lo tanto, el Estado se ha visto obligado a implementar políticas criminales que racionalicen el problema y permitan su control y descongestión.

En aras de atacar la congestión, el Congreso de la República modifica la Constitución Política a través del acto legislativo No. 06 de 2011<sup>9</sup>, en donde

---

<sup>5</sup> Acto Legislativo 03, 2002. Op. Cit. "por el cual se reforma la constitución".

<sup>6</sup> Ley 1826, 2017. Op. Cit.

<sup>7</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op. Cit. "Entre las siete características comunes a los sistemas acusatorios de enjuiciamiento penal, el doctrinante Julio B. Maier, resalta la persecución penal: se coloca en manos de una persona de existencia visible (no de un órgano del Estado), el acusador; sin él y la imputación que dirige a otra persona no existe el proceso; el tribunal tendrá como límites de su decisión el caso y las circunstancias por él planteadas (nemo iudex sine actore - ne procedat iudex ex officio); En ocasiones, este sistema ha sido caracterizado como privado, porque era el ofendido quien estaba autorizado a perseguir penalmente (regla general del Derecho germano antiguo); en otras, como popular, porque se concedía el derecho de perseguir penalmente a cualquier ciudadano o a cualquier persona del pueblo (los sistemas acusatorios de Grecia y Roma, para los delitos públicos, cuya característica pervivió en el Derecho anglo-sajón y, parcialmente, en la Ley de enjuiciamiento criminal española)" 918 p.

<sup>8</sup> LONDOÑO, Mabel. La congestión y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable? En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (38). No. 109, 2008. p. 385-419.

<sup>9</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo No 06 (24 de noviembre de 2011), "Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política" **"parágrafo segundo** Atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente"

se amplía la titularidad de la acción penal no solo en la Fiscalía General de la Nación, sino también le asigna su ejercicio a la víctima o autoridades distintas a la fiscalía, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible. Posteriormente tiene su desarrollo legal en la Ley 1826 de 2017, en donde se regula la figura “del acusador privado”<sup>10</sup>, y por lo tanto se privatiza la acción penal para los delitos querellables –estos son los contemplados en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal<sup>11</sup>–,

<sup>10</sup> Ley 1826, 2017. Op.Cit. art 27: “El acusador privado es aquella persona que al ser víctima de la conducta punible está facultada legalmente para ejercer la acción penal representada por su abogado; El acusador privado deberá reunir las mismas calidades que el querellante legítimo para ejercer la acción penal; En ningún caso se podrá ejercer la acción penal privada sin la representación de un abogado de confianza; Los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades debidamente acreditadas podrán fungir como abogados de confianza del acusador privado en los términos de ley; También podrán ejercer la acusación las autoridades que la ley expresamente faculte para ello y solo con respecto a las conductas específicamente habilitadas”

<sup>11</sup> Ley 906, 2004. Op. Cit. art 74. Conductas punibles que requieren querrela. “Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1826 de 2017; Rige a partir del 12 de julio de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha; El nuevo texto es el siguiente:> Para iniciar la acción penal será necesario querrela en las siguientes conductas punibles; 1) Aquellas que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad, con excepción de: Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (C.P artículo 193); Divulgación y empleo de documentos reservados (C.P artículo 194); Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (C.P artículo 416); Revelación de secreto (C.P artículo 418); Utilización secreto o reserva (C.P artículo 419); Utilización indebida de información oficial privilegiada (C.P artículo 420); Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C.P artículo 421); Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (C.P artículo 431); Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (C.P artículo 432); 2) Inducción o ayuda al suicidio (C.P artículo 107); lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C.P artículo 112 incisos 1o y 2o); lesiones personales con deformidad física transitoria (C.P artículo 113 inciso 1o); lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C.P artículo 114 inciso 1o); parto o aborto preterintencional (C.P artículo 118); lesiones personales culposas (C.P artículo 120); omisión de socorro (C.P artículo 131); violación a la libertad religiosa (C.P artículo 201); injuria (C.P artículo 220); calumnia (C.P artículo 221); injuria y calumnia indirecta (C.P artículo 222); injuria por vías de hecho (C.P artículo 226); injurias recíprocas (C.P artículo 227); maltrato mediante restricción a la libertad física (C.P artículo 230); malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C.P artículo 236); hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P artículo 239 inciso 2o); alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C.P artículo 243); estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P artículo 246 inciso 3o); emisión y transferencia ilegal de cheques (C.P artículo 248); abuso de confianza (C.P artículo 249); aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C.P artículo 252); alzamiento de bienes (C.P artículo 253); disposición de bien propio gravado con prenda\* (C.P artículo 255); defraudación de fluidos (C.P artículo 256); acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C.P artículo 257); malversación y dilapidación de bienes (C.P artículo 259); usurpación de tierras (C.P artículo 261); usurpación de aguas (C.P artículo 262); invasión de tierras o edificios (C.P artículo 263); perturbación de la posesión sobre inmuebles (C.P artículo 264); daño en bien ajeno (C.P artículo 265); usura y recargo de ventas a plazo (C. P artículo 305); falsa autoacusación (C.P artículo 437); infidelidad a los deberes profesionales (C. P artículo 445); Violación de los derechos de reunión y asociación (C.P artículo 200)”

cambiando parcialmente la naturaleza de la acción penal de pública a privada con posibilidad de reversión de la misma.

Así las cosas, la introducción en el ordenamiento jurídico penal de esta novedosa figura jurídica nos obliga a realizar un análisis más profundo de la sustitución de la acción penal dentro del sistema penal acusatorio colombiano, los fines esenciales del proceso penal y las garantías de los ciudadanos para acceder al sistema judicial.

Por lo tanto, el presente capítulo gravitará sobre el interrogante: ¿el otorgar la acción penal a la figura del acusador privado afecta la estructura del sistema penal acusatorio?<sup>12</sup> y para ello es necesario resolver dos interrogantes ¿al otorgar la acción penal en cabeza del acusador privado se garantiza el acceso a la justicia real y material tanto de la víctima como de su victimario? Y con ello ¿se ven vulnerados o amenazadas las garantías constitucionalmente establecidas para el proceso en el marco del sistema penal acusatorio?

Para resolver estas preguntas se parte de la hipótesis en la que el otorgamiento de la acción penal a la figura del acusador privado NO garantiza el acceso a la justicia, porque no proporciona la igualdad material y por ello no coadyuva con la descongestión del sistema penal colombiano, además de vulnerar las garantías tanto constitucionales como legales establecidas para el proceso penal; por lo tanto, afecta de manera significativa la estructura del sistema penal acusatorio, ya que lo flexibiliza y lo simplifica, reduciendo considerablemente los principios del mismo.

Con este escenario se abordan dos aspectos fundamentales; de una parte, el estudio del principio de legalidad como fuente principal de garantías en el marco de la figura del acusador en la persecución de las conductas criminales y en cumplimiento de los fines del proceso penal; y de otro lado, si al delegarla en particulares cumple con los fines del proceso penal, igualdad material y eficiencia.

---

<sup>12</sup> Con todas las garantías que este abarca.

De acuerdo con lo anterior, el objetivo general es determinar si la sustitución de la acción penal en cabeza de particulares garantiza el acceso a la justicia –junto con sus prerrogativas–, los fines del proceso penal y la finalidad de la pena en el marco de un Estado Social de Derecho y del modelo penal acusatorio vigente.

Para el cabal desarrollo del objetivo general, es necesario plantear los objetivos específicos encaminados a la determinación de la contextualización, conceptualización y corroboración del problema. Así las cosas, los objetivos específicos son:

- 1) Establecer si delegar la acción penal garantiza la descongestión de los despachos judiciales.
- 2) Al delegar la acción penal se garantiza la igualdad material de los ciudadanos y cumple con los fines del proceso penal.
- 3) Determinar cuáles han sido los lineamientos mediante los cuales se ha implementado la figura del acusador privado.

La presente investigación es de corte jurídico; en ella se pretende estudiar la figura del acusador privado en el marco de privatización parcial de acción penal y su impacto en el sistema judicial. Así mismo se manejarán dos enfoques: *ius* filosófico, con el cual se busca evaluar la norma –Ley 1826 de 2017– desde una perspectiva axiológica y su concordancia o su discrepancia con los fines del proceso penal, las garantías constitucionales y la finalidad de la pena; y jurídico, toda vez que el objeto investigado radica en instituciones creadas por normas jurídicas en su aplicación, es decir, desde una óptica real-material.

Por lo tanto, es una investigación de tipo correlacional, ya que pretenderá establecer la relación existente entre la figura del acusador privado y la acción penal, los fines del proceso penal y sus las garantías constitucionales.

Adicionalmente, se aplicará el método teórico de inducción y deducción, con el cual se pretende partir de la figura del acusador privado y cómo este pasa a ser titular parcial de acción penal, para poder determinar la incidencia de dicha figura en el ordenamiento jurídico penal colombiano. Para esto se utilizarán como instrumentos de recolección de información fuentes primarias y terciarias.

## 4.1 CONTEXTO COLOMBIANO

El *ius puniendi* es una derivación inmediata de la soberanía del Estado<sup>13</sup>, manifestada en su facultad exclusiva a establecer penas –por medio de su rama legislativa–, de acuerdo con lo demarcado por el derecho penal frente a la protección subsidiaria de bienes jurídicos<sup>14</sup>. Por lo tanto, es el propio Estado quien se otorga la facultad de la persecución de las conductas punibles que proscribe, para darle concordancia y desarrollo a los postulados del derecho penal; a esta atribución se le conoce en el ordenamiento jurídico como acción penal, la cual es la facultad del Estado para perseguir a los responsables de un hecho delictivo y sancionarlos de acuerdo con las normas preexistentes<sup>15</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Estado está llamado a darle cumplimiento a la finalidad del proceso penal, que es la materialización del derecho penal en la realidad, es decir la aplicación de la ley penal a su posible infractor<sup>16</sup> (pero su concreción tiene aspectos más allá de simples retributivos o de venganza<sup>17</sup>), en el marco de un Estado Social de Derecho, el eje axial de aplicación estará marcado por la dignidad humana<sup>18</sup>. Así las cosas, es

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ, Juan. Concepto y límites del derecho penal: introducción al derecho penal actual y nociones sobre justicia transicional. Perdón y reconciliación. Bogotá: Temis, 2014. ISBN: 9789583509872. p. 215.

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. En: Tomo I La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 52.

<sup>15</sup> Ley 906, 2004. Op. Cit. art 66. Titularidad y obligatoriedad. Modificado por el art. 1, Ley 1826 de 2017. "El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código"

<sup>16</sup> DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Op. Cit. p. 87 [...] "a la comisión de una conducta considerada punible por la ley vigente se sigue en todo caso una consecuencia jurídica traducida en un procedimiento reglado que arriba finalmente al castigo del trasgresor"

<sup>17</sup> En donde el Estado ve violada su soberanía punitiva y está obligado a imponer un castigo al agresor, demarcando su soberanía.

<sup>18</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-147 (8 de marzo de 2017). [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado] Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) de la Ley 1145 de 2007. Expediente D-11569, 1992. p. 10. art 1º "De la Carta, consagra que la dignidad humana justifica la existencia del Estado y en razón a su naturaleza de valor Superior y principio fundante, exige el reconocimiento a todas las personas del derecho a recibir un trato acorde a su naturaleza humana; En ese sentido, constituye uno de los fundamentos del ordenamiento jurídico, pues es un pilar determinante para el Estado Social de Derecho, la democracia constitucional y los derechos humanos y fundamentales en términos generales; En resumen, el derecho a la dignidad humana implica garantizar las condiciones necesarias para una existencia materialmente apropiada y acorde con el

necesario crear mecanismo para que la sociedad en general respete y proteja dicho postulado, el cual tuvo materialización dotando a la pena más allá de la retribución, y también siendo un foco para la prevención general, prevención especial, reinserción social y protección al condenado<sup>19</sup>.

De lo anterior se evidencia que la política criminal no responde a intereses caprichosos y desprovistos de cualquier tipo de legalidad por parte del legislador, sino que se están encaminando a satisfacer y prevenir circunstancias que por su impacto social ameritan la mayor intervención estatal para la retribución de la ofensa, reivindicación de los derechos del afectado en concreto y la prevención general.

En el marco de un proceso penal no solo se está determinado la punibilidad de un indiciado, también se está estableciendo un precedente para la sociedad, toda vez que la especialidad del ente acusador le permite al juez llegar a un convencimiento, más allá de toda duda razonable, de que de quien se está indilgando la responsabilidad es el infractor real de ley penal; por consiguiente, permite lograr el respectivo castigo del mismo, la restitución de la justicia social y los derechos del afecto. Lo anterior en el marco de un proceso reglado y fuertemente custodiado tanto por autoridades de control<sup>20</sup> como por el mismo ente jurisdiccional.

---

proyecto de vida que cada ciudadano le imprime a su devenir, por lo que existe un mandato imperativo de las autoridades públicas y de los particulares, para que adopten las medidas necesarias de protección indispensables para salvaguardar los bienes jurídicos más preciados para el Estado[15], especialmente, para otorgar a la persona un trato acorde a su condición deontológica"

<sup>19</sup> Ley 599, 2000. Op. cit. art 4. Funciones de la pena. "La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado; La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión"

<sup>20</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuradurías judiciales. [En Línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2xOpmIm>> art 37. Funciones. "Los procuradores judiciales ejercerán funciones preventivas y de control de gestión, disciplinarias, de protección y defensa de los derechos humanos y de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, las leyes y en este capítulo cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto" [...] art 42. Procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos penales. "Los procuradores judiciales con funciones de intervención en los procesos penales actuarán ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los juzgados especializados, penales y promiscuos del circuito, de ejecución de penas y medidas de seguridad, las salas jurisdiccionales disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, las unidades de fiscalía y de policía judicial y demás autoridades judiciales que señale la ley; Igualmente, interpondrán acciones de extinción del dominio, ante las autoridades judiciales competentes, cuando lo consideren procedente"

Ahora bien, observamos que tiempo atrás también la preocupación fue la congestión en los despachos judiciales, lo que llevó a la implementación de la Ley 1153 de 2007<sup>21</sup>, con la cual se intentó que en los delitos querellables y las contravenciones se diera aplicación del acusador privado.

El particular tuvo grandes falencias a la hora de realizar la labor investigativa, ya que no contaba con los recursos necesarios y la experiencia y no conocía el desarrollo de dicha labor, la cual debía ser desarrollada con solemne rigurosidad; la configuración de la conducta punible e individualización e identificación del presunto agresor debía desprenderse de los elementos materia de prueba y la evidencia física, además de la información legalmente obtenida, actividad que venía realizando únicamente la Fiscalía.

En su estudio de constitucionalidad<sup>22</sup>, la Corte Constitucional, en sentencia C-879 de septiembre 10 de 2008<sup>23</sup>, estableció que la implementación de Ley contrariaba el artículo 250 de la Carta Política, toda vez que la única institución investida con la titularidad para el ejercer la acción penal era la Fiscalía General del Nación, y no el particular, como se pretendía; adicionalmente, la Fiscalía ejercería todas las acciones tendientes a velar por el bienestar de la víctima en el marco del proceso penal<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1153 (31, julio, 2007). "Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal". Diario oficial No. 46.706.

<sup>22</sup> Promovido por la acción pública de inconstitucionalidad promovida por los ciudadanos Jairo Antonio Ardila Espinosa, Carlos Felipe Sánchez Lugo y Mercedes Olaya Vargas.

<sup>23</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-879 (10 de septiembre de 2008). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4 (parcial), 12 (parcial), 18 (parcial), 19 (parcial), 34 (parcial), 36 (parcial), 37 (parcial), 39 (parcial), 42 (parcial), 44, 45 (parcial), 50, 52, 53 (parcial), 54 (parcial) y 55 (parcial) de la Ley 1153 de 2007, "por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal". Expedientes: D-7208 y D-7211. Bogotá D.C Relatoría de la Corte Constitucional, 2008. 2 p.: "A pesar de que las conductas definidas como pequeñas causas continúan siendo materia penal y tratadas como delitos, y que su sanción puede dar lugar a la privación de la libertad, la Ley 1153 de 2007 excluyó a la Fiscalía General de la Nación de la competencia para la investigación de los hechos, que conforme lo establece de manera clara, expresa e inequívoca el inciso primero del artículo 250 de la Constitución Política, la Fiscalía General no puede renunciar a ejercer la acción penal ni dejar de realizar la investigación penal frente a aquellos hechos que revistan las características de un delito, sin perjuicio de la institución de la querrela, asignándole las funciones de investigación e indagación a la Policía Nacional frente a las contravenciones penales, que siguen revistiendo las características de un delito, lo que contraría el artículo 250 Superior"

<sup>24</sup> Ibid. "De conformidad con las anteriores disposiciones cuando se trata de la investigación e indagación de las "pequeñas causas en materia penal, esto es, de hechos punibles que continúan revistiendo las características de delitos: (i) el órgano competente para esa indagación e investigación es la Policía Nacional. (ii) Una de las principales actividades de indagación e investigación de la Policía Nacional será la individualización del querrelado, pero ello no excluye que la actividad investigativa esté también dirigida al esclarecimiento de los



En la actualidad, parte del argumento base para la aplicación del acusador privado es la congestión judicial, la cual ha sido un problema latente y constante para la justicia colombiana, según la Contraloría:

[...] al final de 2016 se encontraban 1.708.083 procesos pendientes de resolver al interior de los juzgados y tribunales (5% menos que el año anterior); Sin embargo, el índice de congestión registró 51%, ello significa que del total de procesos que se tramitaron durante ese año, cerca de la mitad quedaron pendientes para el siguiente; un porcentaje que continúa siendo bastante alto para el país<sup>25</sup>. Lo cual traduce en una justicia al 50% de su capacidad, fiscalías saturadas y falencias significativas en la implementación de la oralidad<sup>26</sup>.

Teniendo en cuenta las directrices del proceso penal, su deficiente aplicación y la congestión judicial, se puede colegir que la figura del acusador y su adopción de un peligroso mecanismo de "conversión-reversión de la acción" no solo modificó la esencia del actual modelo de juzgamiento, amparado en la lucha contra la "pequeña criminalidad", sino que también instituyó una justicia oscilante, tardía, más congestionada, sin jueces, insegura, sin asomo de rigor ni credibilidad y, además, que no garantiza el acceso a la justicia<sup>27</sup>. Además,

---

hechos, al descubrimiento de materiales probatorios o la asistencia y protección de las víctimas. (iii) Los medios técnicos que puede emplear la Policía Nacional para esa indagación e investigación son los que provean sus propios laboratorios y expertos y (iv) cuando se trate de la determinación de la incapacidad médico-legal en las contravenciones de lesiones personales, la Policía Nacional recibirá el apoyo técnico-científico del Instituto Nacional de Medicina Legal. (v) La cadena de custodia de cada elemento probatorio recabado en el proceso de pequeñas causas penales estará a cargo de la Policía Nacional. (vi) El programa metodológico de esa indagación e investigación estaría a cargo de la Policía Nacional; y (vii) en desarrollo de tal programa metodológico, dicha entidad podría ordenar la práctica de allanamientos y registros, o la interceptación de comunicaciones, entre otras actividades restrictivas de los derechos fundamentales, previa autorización judicial, del juez de pequeñas causas"

<sup>25</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Comunicado No. 075. Revela estudio de la Contraloría sobre el período 2013-2016: Persiste deficiente gestión presupuestal de la Rama Judicial. [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2M4jYtl>>

<sup>26</sup> Ibid. "Por otra parte, el estudio confirmó las deficiencias en la planeación y ejecución presupuestal de los proyectos de inversión que fueron señaladas previamente en las Auditorías realizadas a las vigencias 2014 y 2015, evidenciando que el Consejo Superior de la Judicatura no ha efectuado los correctivos suficientes para resolver estas problemáticas; Este panorama finalmente se refleja en la situación de los despachos judiciales, cuyos retrasos significativos en la aplicación de la oralidad, no han permitido alcanzar los objetivos trazados desde la formulación de esta política en la década pasada, especialmente, en generar mayor celeridad en las decisiones judiciales y por consiguiente, disminuir los niveles de congestión y tiempos procesales"

<sup>27</sup> ÁMBITO JURÍDICO. ¿Acción penal privada?. Columna de Whanda Fernández. (12/05/2017) [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2JAGjNd>>

el artículo 27 de la Ley 1826 de 2017<sup>28</sup> obliga a la víctima a ser representada por un abogado –de confianza– o un estudiante de consultorio jurídico. Este nuevo elemento jurídico abre el debate en términos de equidad ¿qué tan equitativo resulta este modelo jurídico para el total de la población?

Por un lado, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)<sup>29</sup>, en el informe de Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia<sup>30</sup>, establece que el 17.8% de la población colombiana –alrededor de unos 8.586.000 colombianos– carece de gran parte de los elementos básicos de subsistencia, y el 28.0% están en la llamada “pobreza monetaria”; de otra parte, nuestro máximo órgano constitucional<sup>31</sup> señala que el principio de igualdad es objetivo y no

<sup>28</sup> Ley 1826 de 2017. Op.Cit. art 27: “En ningún caso se podrá ejercer la acción penal privada sin la representación de un abogado de confianza. Los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades debidamente acreditadas podrán fungir como abogados de confianza del acusador privado en los términos de ley”.

<sup>29</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia 2016. (22/03/2017) [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2xRSRJM>> “En 2016 el porcentaje de personas en situación de pobreza multidimensional fue de 17,8% para el total nacional y se redujo 2,4 puntos porcentuales con respecto a 2015 cuando fue 20,2%. En las cabeceras municipales el porcentaje de personas en situación de pobreza multidimensional fue de 12,1% en 2016, 2,3 puntos porcentuales menos que en 2015. En los centros poblados y zonas rurales dispersas el porcentaje de personas en situación de pobreza multidimensional fue 37,6% con una reducción de 2,4 puntos porcentuales. La pobreza multidimensional en las zonas rurales del país ha registrado la misma tendencia decreciente del promedio nacional desde 2010: pasó de 53,1% a 37,6% en 2016. Esto quiere decir que el número de personas en condición de pobreza multidimensional pasó de 5'609.000 en 2010 a 4'068.000 en 2016. Este comportamiento se explica por las reducciones en las barreras de acceso a servicios de salud y las mejoras en el aseguramiento en salud” **Pobreza monetaria 2016**. “En 2016 el 28,0% de los colombianos estaba en condición de pobreza monetaria, lo cual representa una variación de 0,2 puntos porcentuales, frente a 2015 cuando fue 27,8%. La pobreza en las cabeceras municipales pasó de 24,1% en 2015 a 24,9% en 2016, cambio equivalente a 0,8 puntos porcentuales. La pobreza en los centros poblados y zonas rurales dispersas fue 38,6%, lo cual representa una disminución de 1,7 puntos porcentuales, frente a 2015 cuando fue 40,3%; En 2016 el 8,5% del total de la población estaba en condición de pobreza extrema. En las cabeceras municipales pasó de 7,9% en 2015 a 8,6% en 2016 y en los centros poblados pasó de 18,0% en 2015 a 18,1% en 2016. Los resultados de la pobreza monetaria y la pobreza monetaria extrema se explican en gran parte por el comportamiento de la inflación en el año 2016”

<sup>30</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia 2015. (02/03/2016) [En línea]. Disponible en: < <http://bit.ly/2Jzz8F2>> “La medición de la pobreza se hace tradicionalmente de forma directa e indirecta, siguiendo la clasificación de Amartya Sen (1981). El método directo evalúa los resultados de satisfacción (o no privación) que tiene un individuo respecto a ciertas características que se consideran vitales como salud, educación, empleo, entre otras. En Colombia se realiza la medición directa por medio del Índice de Pobreza Multidimensional (IPM). Por otra parte, el método indirecto busca evaluar la capacidad adquisitiva de los hogares respecto a una canasta, para esto observa su ingreso, el cual es un medio y no un fin para lograr la satisfacción; cuando esta canasta incluye todos los bienes y servicios considerados mínimos vitales se habla de la pobreza monetaria general, mientras que cuando solo se consideran los bienes alimenticios se habla de la pobreza monetaria extrema”

<sup>31</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-432 (12 de febrero de 1992) [M.P. Simon Rodríguez Rodríguez] “Acción de tutela contra actuación del Gerente General de la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Ocaña.

formal, y describe además la prohibición de regulación diferente de supuestos iguales. De cara al artículo 27, frente a la realidad social, los apoderados de confianza requieren un esfuerzo económico difícil de soportar para un grupo determinado de ciudadanos; de lo contrario, estaríamos frente al mismo sistema paquidérmico que se enquistaba en sí mismo y no garantiza un pronto e igualitario acceso a la justicia, en donde se eliminan las finalidades de la pena y abre la brecha de la economía penal.

De lo anterior se puede concluir que el acceso a la justicia, las garantías procesales constitucionales –de ambas partes del proceso- y la estabilidad del proceso penal desde su concreción en la pena se verían fuertemente agredidos con la privatización, así sea parcial, de la acción penal, la cual debe ser, en todos los casos, una facultad exclusiva del Estado y en especial en el marco de un Estado Social de Derecho.

#### **4.1.1 Sistema penal acusatorio. Nociones generales**

Según la doctrina y la jurisprudencia<sup>32</sup>, el sistema penal colombiano es:

---

Proceso de tutela No. 860". p.1: "El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales; Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos; Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado; Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad"

<sup>32</sup> Sentencia C-591, 2005. Op. cit. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16, 20, 30, 39, 58, 78, 80, 154, 242, 291, 302, 522 (parciales) y 127, 232, 267, 284, 455 y 470 de la Ley 906, 2004. Op. Cit. "Las menciones generales sobre el nuevo sistema procesal penal, citadas anteriormente, permiten advertir que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, prima facie, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo. Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien

[...] un sistema que presenta características fundamentales, especiales y propias diseñado para la garantía de los derechos esenciales del inculpado, la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas, mestizaje que no es tampoco exótico en la dogmática penal, perfiles que le dan autenticidad y alejan la posibilidad de realizar transposiciones mecánicas para su hermenéutica<sup>33</sup>.

Es decir, el sistema penal colombiano no solo se soporta en el Acto Legislativo 03 de 2002, también en la identidad y tradición jurídico-cultural propia del país, que en sí mismas desarrollan un principio de identidad.

En términos generales, su base gira en torno a la separación de funciones en el marco del proceso, en donde la acusación y juzgamiento se desprenden del poder omnisciente del ente acusador estatal para ser ejercido individualmente; en términos del doctrinante Julio B. Maier:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir; Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que, la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye<sup>34</sup>.

---

sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> RAMÍREZ, Yesid. Sistema Acusatorio Colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010. ISBN: 9789586765053. p.493

<sup>34</sup> MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Op.Cit. 918 p.

Este sistema apunta a la verificación de la verdad, para que, con base en esta, se pueda impartir justicia, observando la legalidad y la formalidad en un contexto garantista, tanto sustancial como procedimental, centrado en el principio acusatorio<sup>35</sup> manifestado en audiencia pública y oral<sup>36</sup>.

Por lo tanto, sus características estarían revestidas en acatamiento de principios, tal como lo señala el docente Julio B. Maier, entre ellos:

De tal manera, por sistema acusatorio sólo se concibe hoy en día la observancia de principios formales básicos de esa forma de proceder; Sintéticamente expresados: separación de funciones entre quien persigue penalmente y quien decide, aun cuando el persecutor sea, según la ley penal, el mismo Estado por intermedio de un órgano diferente al tribunal; derecho de respuesta a la imputación que corresponde al acusado; la inmediación y la publicidad del procedimiento, y sus modos accesorios de lograr la observancia de esos principios formales, la oralidad y la concentración del procedimiento en audiencias sucesivas o, si se quiere, más sintéticamente aún, el procedimiento por audiencias<sup>37</sup>.

#### **4.1.2 El principio de legalidad, debido proceso y conversión de la acción penal**

El derecho penal es un mecanismo de control social encargado de la investigación y sanción de hechos, que reviste de características de tipos penales, el cual está dotado de multiplicidad de herramientas que le permiten a dicho control ser efectivo y válido. Es así que se plantean unos postulados en aras de brindar garantías al proceso que se adelante, salvaguardando los principios constitucionales que guían al derecho penal: la administración de justicia y el debido proceso. Por ellos, resulta trascendental analizar cómo

---

<sup>35</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El Proceso Penal Español. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997. ISBN 8480025514. "el nombre principio acusatorio podría expresar certeramente, el criterio configurador del proceso penal según el cual se necesita la acusación –la imputación a una o varias personas concretas de unos determinados hechos – para el inicio de la fase de plenario o juicio oral y para una sentencia de condena [...] no puede existir juicio sin acusación"

<sup>36</sup> RAMÍREZ, Raquel. Elementos del Sistema Penal Acusatorio. Bogotá: Leyer, 2010.

<sup>37</sup> FISCALÍA DE CHILE. 2da jornada de derecho penal. Julio Maier. (01/09/2018). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2XLISEN>>

la figura del acusador privado amparará el principio de legalidad como mecanismo de garantías en el proceso penal<sup>38, 39</sup>.

En el marco jurisprudencial, la Corte Constitucional reconoce la importancia de dicho principio desde tres aristas: *i) la conquista de constitucionalismo democrático*, propio de los Estados Sociales de Derecho; *ii) la protección del individuo contra la arbitrariedad judicial*, fungiendo como límite al poder sancionatorio, estableciendo la reserva en la regulación de las conductas sancionadas por el ordenamiento jurídico penal y que dichas conductas estén claramente descritas en el mismo; y *iii) asegura la igualdad de todos los ciudadanos ante el poder punitivo estatal*<sup>40</sup>. De lo anterior se colige que la esencia del principio de legalidad está concebida en el principio de reserva legal y el principio de tipicidad; el primero conforme a nuestra carta política, que expresamente le otorga la facultad al legislador de manera restrictiva; y el segundo, la delimitación expresa, clara y completa de la conducta y su consecuencia<sup>41</sup>. Ahora bien, lo anterior se ve reforzado con un procedimiento claro, seguro y cerrado a diversas interpretaciones y posturas jurídicas, que le permitan tener certeza, tanto al indiciado como a la víctima, de que no será objeto de variaciones a lo largo del mismo; es en este punto donde el acusador privado presenta su primera coyuntura.

Recordemos que la figura del acusador privado se establece como una facultad de la víctima de solicitar al fiscal designado “la conversión de la acción penal”; es decir que la víctima<sup>42</sup>, a través de apoderado judicial o

<sup>38</sup> Como la mayor limitante al ejercicio arbitrario del ius puniendi.

<sup>39</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Estructura y Garantías Procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587108903. Tomo II. “Como parámetro constitucional superior que limita el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado “diseñado para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y el juzgamiento de los hechos punibles con miras a la protección de la libertad de las personas o de otros derechos que puedan verse afectados”

<sup>40</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-406 (4 de mayo de 2004). [M.P. Clara Inés Vargas Hernández] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, numeral 3, literal b) de la Ley 32 de 1979 “Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones”; 8°, numeral 4 del Decreto Ley 1172 de 1980 “Por el cual se regula la actividad de los Comisionistas de Bolsa” y 6°, literal b) de la Ley 27 de 1990 “por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto”.

<sup>41</sup> “Indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición”.

<sup>42</sup> Acreditando su condición de tal sumariamente.

estudiante de consultorio jurídico debidamente facultado, asuma la carga acusatoria dentro del proceso y, por lo tanto, impute a su agresor la conducta típica y que sustente tal acusación ateniendo a los correspondientes a las evidencias recaudadas e información legalmente obtenida, observando las reglas propias de los mismos.

Esta conversión se otorga bajo presupuestos<sup>43</sup>, en esencia, simples: acreditar sumariamente la calidad de víctima, que sea por las conductas contempladas para el procedimiento especial abreviado<sup>44</sup> y que dicha solicitud se tramite antes del traslado del escrito de acusación. El fiscal gozará de un mes para decidir sobre la misma, obedeciendo a causales taxativas –legales y reglamentarios– para resolver la no autorización de la conversión<sup>45</sup>, y estas

<sup>43</sup> Ley 1826 de 2017.Op.Cit. art 28 al 31.

<sup>44</sup> Ibid. Artículo 10. "La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534, así: Artículo 534. Ámbito de aplicación; El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles: 1) Las que requieren querrela para el inicio de la acción penal. 2) Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C. P. Artículo 134A), Hostigamiento (C. P. Artículo 134B), Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C. P. Artículo 134C), inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233) hurto (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10; estafa (C. P. artículo 246); abuso de confianza (C. P. artículo 249); corrupción privada (C. P. artículo 250A); administración desleal (C. P. artículo 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C. P. artículo 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C. P. artículo 258); los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C. P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C. P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C. P. artículo 272); falsedad en documento privado (C. P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C. P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C. P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312)"

<sup>45</sup> Ibid. art. 554. Decisión sobre la conversión. [...] "a) Cuando no se acredite sumariamente la condición de víctima de la conducta punible; b) Cuando no esté plenamente identificado o individualizado el sujeto investigado; c) Cuando el indiciado pertenezca a una organización criminal y el hecho esté directamente relacionado con su pertenencia a esta; d) Cuando el indiciado sea inimputable; e) Cuando los hechos guarden conexidad o estén en concurso con delitos frente a los que no procede la conversión de la acción penal pública a acción privada; f) Cuando la conversión de la acción penal implique riesgo para la seguridad de la víctima; g) Cuando no haya acuerdo entre todas las víctimas de la conducta punible; h) Cuando existan razones de política criminal, investigaciones en contexto o interés del Estado que indiquen la existencia de un interés colectivo sobre la investigación; i) Cuando se trate de procesos adelantados por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes; j) Cuando la conducta sea objetivamente atípica, caso en el cual el Fiscal procederá al archivo de la investigación"

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución No. 02417 (11 de julio de 2017). "Por medio de la cual se establece el procedimiento interno para garantizar un control de la conversión y reversión de la acción penal". Diario oficial No. 50.293. art 8. "Causales de negación de la conversión; La solicitud de conversión será negada cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias" "a) Cuando se trate de un delito que no sea susceptible de ser

mismas causales le servirán de sustento para retomar la titularidad de la acción penal en los casos en los que proceda su autorización, en cualquier momento, toda vez que la fiscalía ostenta de forma preferente la acción penal.

Teniendo en cuenta que esta facultad preferente de la Fiscalía puede variar las condiciones propias adoptadas para adelantar el proceso, se le ordena al Fiscal General de la Nación que adopte el reglamento de procedimiento interno para garantizar el control efectivo de la conversión y reversión, de cara con el derecho al debido proceso; dicho reglamento se adopta por medio de la Resolución No. 02417 de 2017<sup>46</sup>, allí se enmarcan varios aspectos procesales del acusador privado, deja en claro que la conversión de la acción penal no es un derecho, es una facultad a la que eventualmente puede acceder o no la víctima.

Teniendo en cuenta que todas las manifestaciones que se hagan por parte del poder público, comprendido por sus tres ramas, deben observar de forma prevalente el debido proceso constitucional<sup>47</sup>, en el ámbito que nos ocupa, el debido proceso es la fuente de protección de los derechos fundamentales en el marco de un proceso penal y brinda de garantías a los intervinientes del mismo.

---

tramitado mediante el procedimiento penal abreviado, al tenor de la Ley 1826 de 2017; b) Cuando no se cumplan los requisitos descritos en el artículo anterior y el escrito no se subsane dentro del término previsto; c) Cuando no se conozca al indiciado; d) Cuando el indiciado pertenezca a una organización criminal y el hecho esté directamente relacionado con su pertenencia a esta; e) Cuando el indiciado sea inimputable; f) Cuando los hechos guarden conexidad o estén en concurso con delitos frente a los que no procede la conversión de la acción penal pública a privada; h) Cuando la conversión de la acción penal implique riesgo para la seguridad de la víctima; i) Cuando se trate de procesos adelantados por el sistema de responsabilidad penal para adolescentes; j) Cuando la conducta sea objetivamente atípica; k) Cuando se trate de indiciados aforados legales o constitucionales; l) Cuando existan razones de política criminal, investigaciones en contexto o interés del Estado que indiquen la existencia de un interés colectivo sobre la investigación, en concordancia con el artículo 15 de esta resolución”.

<sup>46</sup> Resolución No. 02417, 2017. Op. cit.

<sup>47</sup> BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Op. cit. “Es un conjunto de garantías de las partes en el proceso: (1) la observancia de las formas propias de cada juicio, (2) derecho de presentar y controvertir pruebas, (3) la defensa material y técnica y la posibilidad de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, (4) el derecho de ser escuchado dentro del proceso en forma oportuna dentro de un plazo razonable, (5) el derecho a que el trámite se surta por la autoridad competente o predeterminado, (6) el derecho de la presunción de inocencia y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, (7) la posibilidad de recurrir las decisiones que considere adversas, (8) el no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, (9) el derecho de la aplicación de la ley penal más favorable, (10) la adecuada motivación de las providencias y (11) la prohibición de reformatio in pejus”.



Ahora bien, de cara a los parámetros tanto legales como reglamentarios que gravitan sobre la figura de la conversión como reversión de la acción penal de pública a privada, deja en vilo las facultades<sup>48</sup> que se trasladan o se quitan con estas; es decir que no se tendrá certeza sobre las formas propias que se adoptarán a lo largo del proceso, toda vez que estas pueden variar en cualquier momento y que la legalidad o la validez de lo actuado hasta ese momento no se precisa, abriendo la posibilidad a la extensión de la duración del proceso más allá del “plazo razonable”, la impunidad o la violación de las garantías procesales, deviniendo en un posterior detrimento en la justicia.

Como lo señala el profesor universitario Alberto Binder:

[...] la simplificación del proceso penal puede conllevar a aumentar sus componentes autoritarios, por tanto, el cambio de procedimientos para materializar el ejercicio de la acción penal debe ser sopesada y necesaria decisión de política criminal del esto siempre apegada a los principios constitucionales orientadores del proceso penal en general<sup>49</sup>.

#### **4.1.3 Procedimiento penal especial abreviado y la violación a los derechos de defensa y de las víctimas**

El ejercicio de la acción privada está reglada procedimentalmente de forma especial; dicho procedimiento está diseñado para dotar al proceso de celeridad y eficacia, sacrificando derechos inherentes a la defensa del indiciado.

En primer lugar, concentra dos audiencias en una, eliminando la formulación de acusación y, con ella, toda intervención del Juez de Control de Garantías, extinguiendo consigo las prerrogativas propias de la defensa que posee el indiciado, ratificadas tanto por la ley<sup>50</sup> como por la jurisprudencia<sup>51</sup>. Sobre el particular establece la Corte Constitucional:

---

<sup>48</sup> Investigativas: apoyo investigativo en los actos complejos, ejecución de actos de investigación complejos, elementos materiales, evidencia física e información legalmente obtenida y policía judicial.

<sup>49</sup> BINDER, Alberto. Límites y posibilidad de la simplificación del proceso, en Justicia Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. ISBN: 9789508943149. p.59-80.

<sup>50</sup> Ley 906, 2004. Op. Cit. art 119. Oportunidad. “La designación del defensor del imputado deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con este desde la primera audiencia a la que fuere citado; El presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de esa situación le haga la Fiscalía” art 267. Facultades de quien no es

La posición de la Corte ha sido unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos

imputado. "Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales; Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales" art 274. "Solicitud de prueba anticipada. El imputado o su defensor, podrán solicitar al juez de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; Se efectuará una audiencia, previa citación al fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio; Se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia" art 282. Interrogatorio a indiciado. "El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o participe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado" art 284. Prueba anticipada. "Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías, 2) Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112. Numeral declarado EXEQUIBLE de manera condicionada, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209 de 2007, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías; 3) Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; 4) Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio; Parágrafo 1° Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al juez de conocimiento; Parágrafo 2° Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que este en el acto reconsidere la medida; Su decisión no será objeto de recurso; Parágrafo 3°. En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral; Parágrafo 4° En las investigaciones que versen sobre delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, será posible practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas contra su vida o la de su familia por razón de los hechos que conoce; así mismo, procederá la práctica de dicha prueba anticipada cuando contra el testigo curse un trámite de extradición en el cual se hubiere rendido concepto favorable por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; La prueba deberá practicarse antes de que quede en firme la decisión del Presidente de la República de conceder la extradición".

<sup>51</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-920 (18 de septiembre de 2008) [M.P. Clara Inés Vargas Hernández] Acción de tutela instaurada por Jesús María Gutiérrez Andrade contra Fiscalía Quinta Especializada de Popayán (Cauca). Expediente T-1919557. Bogotá D.C. Relatoria de la Corte Constitucional, 2008. p.2.: "La Corte, ha afirmado reiteradamente que el derecho de defensa no se empieza a ejercer solamente desde el momento en que se profiere la imputación sino que, desde el momento mismo en que se inicia la investigación con un indiciado

humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación; Esta posición de la Corte ha sido reiterada en sus pronunciamientos que abarcan tanto el modelo mixto de tendencia inquisitiva inicialmente adoptado por la Constitución del 91 y desarrollado básicamente por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, como el sistema procesal penal de tendencia acusatoria incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por el Legislador a través de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007<sup>52</sup>.

Por lo tanto, la eliminación de las indagaciones preliminares prescindidas por el Juez de Control de Garantías es una clara vulneración del derecho de defensa del indiciado impidiendo:

[...] la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado<sup>53</sup>.

Por lo tanto, la actuación en sede especial iniciará con el traslado del escrito de acusación (el cual carece de recurso alguno) que hace el fiscal del caso al posible infractor, con todos los efectos de la formulación de imputación, pero sin sus derechos<sup>54</sup>.

---

conocido, éste puede adoptar las estrategias que considere convenientes para preparar su defensa, eso si, teniendo en cuenta los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la estructura del nuevo sistema de Procedimiento Penal con tendencia acusatoria no implica: (i) anticipar la etapa del descubrimiento de las pruebas ni (ii) efectuar solicitudes que puedan entorpecer las labores de la Fiscalía de adelantar y continuar la investigación".

<sup>52</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-025 (27 de enero de 2009) [M.P. Rodrigo Escobar Gil] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 237 (parcial), 242 (parcial), 243, 244 (parcial) y 245 de la Ley 906 de 2004. Expediente D- 7226. Bogotá D.C Relatoría de la Corte Constitucional, 2009. P 2.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> La realización de acuerdos o preacuerdos: "teniendo en cuenta las finalidades de la figura (Artículo 348 finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso.) la eliminación de esta posibilidad atenta contra la figura misma y los derechos del indiciado".

Una vez se cumpla el término de traslado del escrito de acusación y el descubrimiento probatorio, se programará la audiencia concentrada<sup>55</sup> dentro de un plazo razonable que le permita al imputado preparar su defensa y los elementos materiales probatorios que requiera para tal fin; dicha audiencia será presidida por el Juez de Conocimiento.

Culminada la audiencia concentrada, se programará la Audiencia de Juicio Oral, la cual subsume la audiencia de lectura de fallo, y cuya sentencia se producirá por escrito y notificada a las partes<sup>56</sup>, para que estas puedan interponer los recursos que requieran.

Ahora bien ¿Qué pasa con el incidente de reparación integral? Con el proceso abreviado se elimina, y su pretensión de reparación de daños ocasionados con el delito tendrá que incluirse dentro del escrito de acusación, exponerse en la audiencia concentrada, probarse en la audiencia de juicio oral y resolverse en la sentencia.

Para la Corte Constitucional los derechos de las víctimas *resultan constitucionalmente relevantes*, por lo tanto ha establecido como inaceptable que una víctima sea reparada con simple indemnización de perjuicios, cuando la reparación se circunscribe desde las garantías propias del proceso: verdad y justicia; sobre el particular:

Existe una tendencia mundial, que también ha sido recogida en el ámbito nacional por la Constitución, según la cual la víctima o perjudicado por un delito no sólo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios que se le hayan causado, trátase de delitos consumados o tentados, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia. Esa tendencia se evidencia tanto en el texto constitucional como en el derecho internacional y el derecho comparado; [...] En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos

---

<sup>55</sup> Fusionan las audiencias de acusación y preparatoria en una sola.

<sup>56</sup> Ya sea personal o por edicto.

y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables [...] La víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso: 1) El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real; Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. 2) El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. 3) El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito<sup>57</sup>.

De lo anterior se evidencia la protección especial que poseen las víctimas en el marco de un proceso penal, cuyos estandartes están dictados por la verdad y la justicia; así mismo, ligados con la reparación y garantía de no repetición, surge el interrogante ¿Cómo se asegura la justicia para las víctimas cuando son obligadas a probar los vejámenes de sus delitos?<sup>58</sup>.

#### **4.1.4 Del principio de lesividad y los delitos susceptibles de acción privada**

En virtud del Acto Legislativo 06 de 2011, se estableció que los delitos susceptibles de “acusador privado” serían aquellos de “menor lesividad de la conducta punible”, lo cual acarrea un análisis sobre la dicha menor lesividad.

---

<sup>57</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-228 (3 de abril de 2002). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 137 de la Ley 600 de 2000, “(p)or la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Expediente D-3672. Bogotá D.C.: La Relatoría de la Corte, 2002. 55 p.

<sup>58</sup> ÁMBITO JURÍDICO. El incidente de reparación integral. Columna de Omar Eduardo Gil Ordóñez. (19/06/13). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2xRa4Tq>>. “En punto de la reparación de perjuicios, el numeral 6° del canon en comento señala que en ejercicio de sus funciones, la Fiscalía deberá disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito; resarcimiento que por lo general se circunscribe al desarrollo del incidente de reparación integral previsto en el artículo 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal; Tramite este, que teniendo por fin la reparación integral de los daños causados con la conducta criminal”.

El principio de lesividad hace parte de los 10 principios axiológicos fundamentales del sistema penal:

Estos diez principios<sup>59</sup>, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal; Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales y naturales de limitación del poder penal «absoluto»; Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos integra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho<sup>60</sup>.

Propiamente sobre el principio de lesividad, manifiesta la Corte Constitucional:

Advierte que lo realmente afectado con la inclusión de la conducta en mención en el Código Penal es el principio de lesividad, de dañosidad social del bien jurídico, de la objetividad jurídica del delito, de la ofensividad o de la exclusiva protección de bienes jurídicos. Al respecto, recuerda que *no hay delito sin daño* y que la finalidad del derecho penal no es defender ideas morales, estéticas o políticas, ni promover actividades sociales concretas; Igualmente, que la intervención punitiva solamente es procedente frente a conductas de trascendencia social y que afecten las esferas de libertad ajenas, pues al derecho penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho le está vedado interferir en la vida privada de las personas<sup>61</sup>.

De lo anterior se infiere que la lesividad está ligada al impacto que el delito produce en su entorno social. Frente al acusador privado, el legislador

---

<sup>59</sup> "1) Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) Principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) Principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) Principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) Principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) Principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación".

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Op. cit.

<sup>61</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-635 (3 de septiembre de 2014). [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo] Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 223 (parcial) y 225 (parcial) de la Ley 599 de 2000 "Por la cual se expide el Código Penal". expediente D-10105. Bogotá D.C. Relatoría de la Corte Constitucional, 2014. 21 p.

estableció que las conductas susceptibles de conversión serán las que se tramiten por el procedimiento especial abreviado<sup>62</sup>; igualmente, el ámbito de aplicación de este procedimiento se limita en las conductas punibles<sup>63</sup>:

- 1) Ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas (C.P. artículo 193)<sup>64</sup>;
- 2) Divulgación y empleo de documentos reservados (C.P. artículo 194)<sup>65</sup>;
- 3) Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (C.P. artículo 416)<sup>66</sup>;
- 4) Revelación de secreto (C.P. artículo 418)<sup>67</sup>;
- 5) Utilización de asunto sometido a secreto o reserva (C.P. artículo 419)<sup>68</sup>;
- 6) Utilización indebida de información oficial privilegiada (C.P. artículo 420)<sup>69</sup>;
- 7) Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (C.P. artículo 421)<sup>70</sup>;

<sup>62</sup> Ley 1826, 2017. Op. cit. art. 28 "La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 550", así: "Conductas punibles susceptibles de conversión de la acción penal. La conversión de la acción penal de pública a privada podrá autorizarse para las conductas que se tramiten por el procedimiento especial abreviado, a excepción de aquellas que atenten contra bienes del Estado".

<sup>63</sup> Ibid. art. 10. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 534, así: Artículo 534. Ámbito de aplicación. "El procedimiento especial abreviado de que trata el presente título se aplicará a las siguientes conductas punibles: 1) Las que requieren querrela para el inicio de la acción penal; 2) Lesiones personales a las que hacen referencia los artículos 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118 y 120 del Código Penal; Actos de Discriminación (C. P. Artículo 134A), Hostigamiento (C. P. Artículo 134B), Actos de Discriminación u Hostigamiento Agravados (C. P. Artículo 134C), inasistencia alimentaria (C. P. artículo 233) hurto (C. P. artículo 239); hurto calificado (C. P. artículo 240); hurto agravado (C. P. artículo 241), numerales del 1 al 10; estafa (C. P. artículo 246); abuso de confianza (C. P. artículo 249); corrupción privada (C. P. artículo 250A); administración desleal (C. P. artículo 250B); abuso de condiciones de inferioridad (C. P. artículo 251); utilización indebida de información privilegiada en particulares (C. P. artículo 258); los delitos contenidos en el Título VII Bis, para la protección de la información y los datos, excepto los casos en los que la conducta recaiga sobre bienes o entidades del Estado; violación de derechos morales de autor (C. P. artículo 270); violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C. P. artículo 271); violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C. P. artículo 272); falsedad en documento privado (C. P. artículos 289 y 290); usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C. P. artículo 306); uso ilegítimo de patentes (C. P. artículo 307); violación de reserva industrial y comercial (C. P. artículo 308); ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C. P. artículo 312)".

<sup>64</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Estadística de delitos. (10/06/2018) [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2M25sls>>. Se registró una denuncia en la ciudad de Cali en el año 2017.

<sup>65</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 23 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>66</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 9.271 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>67</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 22 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>68</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 4 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>69</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 33 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>70</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 18 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

- 8) Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública (C.P. artículo 431)<sup>71</sup>;
- 9) Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública (C.P. artículo 432)<sup>72</sup>.
- 10) Inducción o ayuda al suicidio (C.P. artículo 107)<sup>73</sup>;
- 11) Lesiones personales sin secuelas que produjeren incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta (60) días (C.P. artículo 112 incisos 1° y 2°)<sup>74</sup>;
- 12) Lesiones personales con deformidad física transitoria (C.P. artículo 113 inciso 1°)<sup>75</sup>;
- 13) Lesiones personales con perturbación funcional transitoria (C.P. artículo 114 inciso 1°)<sup>76</sup>;
- 14) Parto o aborto preterintencional (C.P. artículo 118)<sup>77</sup>;
- 15) Lesiones personales culposas (C.P. artículo 120)<sup>78</sup>;
- 16) Omisión de socorro (C.P. artículo 131)<sup>79</sup>;
- 17) Violación a la libertad religiosa (C.P. artículo 201)<sup>80</sup>;
- 18) Injuria (C.P. artículo 220)<sup>81</sup>;
- 19) Calumnia (C.P. artículo 221)<sup>82</sup>;
- 20) Injuria y calumnia indirecta (C.P. artículo 222)<sup>83</sup>;
- 21) Injuria por vías de hecho (C.P. artículo 226)<sup>84</sup>;
- 22) Injurias recíprocas (C.P. artículo 227)<sup>85</sup>;
- 23) Maltrato mediante restricción a la libertad física (C.P. artículo 230)<sup>86</sup>;

<sup>71</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 3 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>72</sup> Ibid. Para el año 2017 no se registraron denuncias a nivel nacional.

<sup>73</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 36 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>74</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 2.622 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>75</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 1.283 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>76</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 310 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>77</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 23 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>78</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 54.894 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>79</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 84 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>80</sup> Ibid. Para el año 2017 no se registraron denuncias a nivel nacional.

<sup>81</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 31.931 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>82</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 16.942 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>83</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 510 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>84</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 6.131 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>85</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 9 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>86</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 80 denuncias a nivel nacional aproximadamente.



- 24) Malversación y dilapidación de los bienes de familiares (C.P. artículo 236)<sup>87</sup>;
- 25) Hurto simple cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P. artículo 239 inciso 2º)<sup>88</sup>;
- 26) Alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado (C.P. artículo 243)<sup>89</sup>;
- 27) Estafa cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes (C.P. artículo 246 inciso 3º)<sup>90</sup>;
- 28) Emisión y transferencia ilegal de cheques (C.P. artículo 248)<sup>91</sup>;
- 29) Abuso de confianza (C.P. artículo 249)<sup>92</sup>;
- 30) Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito (C.P. artículo 252)<sup>93</sup>;
- 31) Alzamiento de bienes (C.P. artículo 253)<sup>94</sup>;
- 32) Disposición de bien propio gravado con prenda (C.P. artículo 255)<sup>95</sup>;
- 33) Defraudación de fluidos (C.P. artículo 256)<sup>96</sup>;
- 34) Acceso ilegal de los servicios de telecomunicaciones (C.P. artículo 257)<sup>97</sup>;
- 35) Malversación y dilapidación de bienes (C.P. artículo 259)<sup>98</sup>;
- 36) Usurpación de tierras (C.P. artículo 261)<sup>99</sup>;
- 37) Usurpación de aguas (C.P. artículo 262)<sup>100</sup>;
- 38) Invasión de tierras o edificios (C.P. artículo 263)<sup>101</sup>;
- 39) Perturbación de la posesión sobre inmuebles (C.P. artículo 264)<sup>102</sup>;
- 40) Daño en bien ajeno (C.P. artículo 265)<sup>103</sup>;

---

<sup>87</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 23 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>88</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 257.628 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>89</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 8 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>90</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 37.332 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>91</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 614 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>92</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 17.732 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>93</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 703 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>94</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 416 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>95</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 35 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>96</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 2.142 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>97</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 79 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>98</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 13 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>99</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 308 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>100</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 23 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>101</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 1.526 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>102</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 1.717 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>103</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 29.845 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

- 41) Usura y recargo de ventas a plazo (C.P. artículo 305)<sup>104</sup>;
- 42) Falsa autoacusación (C.P. artículo 437)<sup>105</sup>;
- 43) Infidelidad a los deberes profesionales (C.P. artículo 445)<sup>106</sup>;
- 44) Violación de los derechos de reunión y asociación (C.P. artículo 200)<sup>107</sup>;
- 45) Lesiones personales (a las que hacen referencia los artículos 111<sup>108</sup>, 112, 113, 114, 115<sup>109</sup>, 116<sup>110</sup>, 118 y 120 del Código Penal);
- 46) Actos de discriminación (C.P. artículo 134A)<sup>111</sup>;
- 47) Hostigamiento (C.P. artículo 134B)<sup>112</sup>;
- 48) Actos de discriminación u hostigamiento agravados (C.P. artículo 134C)<sup>113</sup>;
- 49) Inasistencia alimentaria (C.P. artículo 233)<sup>114</sup>;
- 50) Hurto (C.P. artículo 239);
- 51) Hurto calificado (C.P. artículo 240);
- 52) Hurto agravado (C.P. artículo 241 numerales del 1 al 10);
- 53) Corrupción privada (C.P. artículo 250A)<sup>115</sup>;
- 54) Administración desleal (C.P. artículo 250B)<sup>116</sup>;
- 55) Abuso de condiciones de inferioridad (C.P. artículo 251)<sup>117</sup>;
- 56) Utilización indebida de información privilegiada en particulares (C.P. artículo 258)<sup>118</sup>;
- 57) Acceso abusivo a un sistema informático (C.P. artículo 269A)<sup>119</sup>;
- 58) Obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación (C.P. artículo 269B)<sup>120</sup>;

<sup>104</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 550 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>105</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 6 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>106</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 279 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>107</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 322 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>108</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 172.026 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>109</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 123 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>110</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 176 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>111</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 196 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>112</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 124 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>113</sup> Ibid. Para el año 2017 no se registraron denuncias a nivel nacional.

<sup>114</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 1.161.613 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>115</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 119 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>116</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 358 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>117</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 894 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>118</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 50 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>119</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 2.231 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>120</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 33 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

- 59) Interceptación de datos informáticos (C.P. artículo 269C)<sup>121</sup>;
- 60) Daño Informático (C.P. artículo 269D)<sup>122</sup>;
- 61) Uso de software malicioso (C.P. artículo 269E)<sup>123</sup>;
- 62) Violación de datos personales (C.P. artículo 269F)<sup>124</sup>;
- 63) Suplantación de sitios web para capturar datos personales (C.P. artículo 269G)<sup>125</sup>;
- 64) Hurto por medios informáticos y semejantes (C.P. artículo 269I)<sup>126</sup>;
- 65) Transferencia no consentida de activos (C.P. artículo 269J)<sup>127</sup>;
- 66) Violación de derechos morales de autor (C.P. artículo 270)<sup>128</sup>;
- 67) Violación de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (C.P. artículo 271)<sup>129</sup>;
- 68) Violación a los mecanismos de protección de derechos de autor (C.P. artículo 272)<sup>130</sup>;
- 69) Falsedad en documento privado (C.P. artículos 289<sup>131</sup> y 290<sup>132</sup>);
- 70) Usurpación de derechos de propiedad industrial y de derechos de obtentores de variedades vegetales (C.P. artículo 306)<sup>133</sup>;
- 71) Uso ilegítimo de patentes (C.P. artículo 307)<sup>134</sup>;
- 72) Violación de reserva industrial y comercial (C.P. artículo 308)<sup>135</sup>;
- 73) Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (C.P. artículo 312)<sup>136</sup>.

Conductas punibles que, a pesar de tener una alta incidencia a consideración del legislador, su impacto es de “menor punibilidad”.

<sup>121</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 68 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>122</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 143 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>123</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 83 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>124</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 2.093 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>125</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 252 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>126</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 171 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>127</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 629 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>128</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 132 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>129</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 297 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>130</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 12 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>131</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 9.720 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>132</sup> Ibid. Para el año 2017 no se registraron denuncias a nivel nacional.

<sup>133</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 483 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>134</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 29 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>135</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 22 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

<sup>136</sup> Ibid. Para el año 2017 se registraron 1.606 denuncias a nivel nacional aproximadamente.

### 4.1.5 El acusador privado. Derecho comparado

Evidenciando cómo se está desarrollando esta novedosa figura en el contexto colombiano, se hace necesario analizar la funcionalidad de la figura en otras latitudes.

## 4.2 COSTA RICA

La República de Costa Rica es un Estado unitario presidencialista<sup>137</sup>, con una de las democracias más sólidas de la región, reflejada en la abolición de su ejército en 1948<sup>138</sup>. Adicionalmente, el índice de desarrollo humano de 2017 se considera alto, ya que a nivel mundial ocupa el puesto 66º y en Latinoamérica ocupa el puesto 9º<sup>139</sup>.

El sistema de justicia está liderado por la Corte Suprema de Justicia<sup>140</sup> y el sistema penal está orientado hacia la tendencia acusatoria<sup>141</sup>, cuya acción penal es dual: pública y privada<sup>142</sup>; igualmente establece los delitos que serán perseguibles solo por la acción privada, a saber:

- Los delitos contra el honor<sup>143</sup>.

<sup>137</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE COSTA RICA. Constitución Política de la República de Costa Rica (7 de noviembre de 1949). art.1. "Costa Rica es una república democrática, libre e independiente". art 2. "La soberanía reside exclusivamente en la Nación".

<sup>138</sup> ARCHIVO NACIONAL DE COSTA RICA. Abolición del ejército. [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2JBSDgo>>. Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949. Op. cit. art 12. "Se proscribe el ejército como institución permanente".

<sup>139</sup> PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Informes de Desarrollo Humano. Actualizado 2017. [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2LoqJ9v>>. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Costa Rica ocupa puesto 9 en desarrollo humano en América Latina y el Caribe. (21/03/2017) [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2Gs3kjJ>>

<sup>140</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949. Op. cit. art 152. "El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley"[...]

<sup>141</sup> Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996.

<sup>142</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Ley 7594 (4 de junio de 1996). "Código Procesal Penal". Publicada en el Alcance 31 a La Gaceta 106. art 16. Acción penal. "La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos"

<sup>143</sup> Tales como: Injuria, difamación, calumnia, ofensa a la memoria de un difunto, publicación de ofensas, difamación de persona jurídica.

- La propaganda desleal.
- Cualquier otro delito que la ley califique como tal<sup>144</sup>.

Adicionalmente, la ley prevé la conversión de la acción pública a privada, principalmente cuando no exista un interés público gravemente comprometido<sup>145</sup>.

A pesar de no ser específicamente “acción privada”, para el juzgamiento de contravenciones se establece la intervención única y exclusiva de la víctima y el victimario<sup>146</sup>, los cuales serán partes procesales con igualdad de armas y enfrentadas en un juicio oral y público con los recursos a su alcance<sup>147</sup>. Frente a la práctica de medidas cautelares privativas de la libertad, solo procederán para la seguridad de la justicia y la víctima y para asegurar la comparecencia del indiciado<sup>148</sup>.

<sup>144</sup> Ibid. art 19. “Delitos de acción privada”.

<sup>145</sup> Ibid. art 20. Conversión de la acción pública en privada “La acción pública podrá convertirse en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas; Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos”.

<sup>146</sup> Ibid. Título VI Procedimiento Para Juzgar Las Contravenciones. art 402. Audiencia de conciliación. “Para juzgar las contravenciones, una vez recibida la denuncia o el informe policial y cuando sea posible por la existencia de personas ofendidas, la autoridad judicial competente convocará a las partes a una audiencia de conciliación en la que se realizarán las gestiones pertinentes para que lleguen a un acuerdo. Esta audiencia puede ser convocada nuevamente para continuar el proceso conciliatorio”.

<sup>147</sup> Ibid. art 405. Audiencia oral. “La audiencia oral y pública comenzará con la lectura de los cargos. De inmediato se oír al imputado, luego a la persona ofendida, si existe y, seguidamente, se recibirán las pruebas admitidas; Finalizada la audiencia, la autoridad judicial dictará inmediatamente el fallo;

Quando el imputado reconozca el cargo, sin más trámite se finalizará la audiencia y se dictará el fallo; Se podrá prorrogar la audiencia por un término no mayor de tres días, de oficio o a pedido del imputado, para preparar la prueba; Cuando el imputado no se presente voluntariamente a la audiencia, podrá hacerse comparecer por medio de la fuerza pública, y si fuera necesario se ordenará la prisión preventiva hasta que se realice la audiencia, la cual se celebrará inmediatamente”

Art 407. Apelación. “La sentencia dictada en los juicios contravencionales será apelable, por el imputado y la víctima, ante el tribunal del procedimiento intermedio”.

<sup>148</sup> Ibid. art 406. Medidas cautelares. “En materia contravencional, excepcionalmente, podrán aplicarse las medidas cautelares, cuando resulte indispensable para la protección de los intereses de las partes o de la justicia; Sin embargo, la prisión preventiva sólo procederá para garantizar la presencia del imputado en el juicio oral”.

### 4.3 PERÚ

La nueva legislación procesal penal peruana<sup>149</sup> renovó sustancialmente el sistema de justicia. Tiene una fuerte tendencia acusatoria<sup>150</sup>, garantista y adversarial<sup>151</sup>, lo que traduce en la humanización del proceso, ampliando las garantías del sujeto objeto de la acción penal.

En el sistema procesal penal se establece que la acción penal es de naturaleza pública<sup>152</sup>, pero diferencia los delitos de persecución pública, en cabeza del Ministerio Público, y los delitos de persecución privada<sup>153</sup>, en cabeza del "querellante particular<sup>154</sup>" en *ejercicio privado de la acción penal*<sup>155</sup>; depende principalmente del tipo de falta, en donde se hace referencia a los delitos querellables<sup>156</sup>, estos son:

---

<sup>149</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ. Decreto Legislativo No. 957 (22 de julio de 2004). "Decreto Legislativo Que Promulga Código Procesal Penal".

<sup>150</sup> ALARCÓN MENÉNDEZ, Jorge Miguel. La investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal penal: análisis dogmático y jurisprudencial. *En*: El Nuevo Sistema Procesal Penal. 9 ed. Lima: Jurídica Grijley, 2010. 425 p. "Parte de la división de funciones: acusación y decisión. El juez está sometido a las pruebas que presentan las partes y no puede investigar; El proceso se desarrollaba según los principios del contradictorio, de la oralidad y de la publicidad".

<sup>151</sup> PEÑA, Alonso. Exégesis Nuevo Código Procesal Penal. Tomo I. Lima: Rodhas, 2007. ISBN: 9789972274589. 1448 p. "las partes se someten a un proceso en igualdad de condiciones, es decir con las mismas armas. Opera la relación adversarial donde los contrincantes poseen los mismos medios de ataque y defensa. Pueden contradecir respecto de la imputación y los medios de prueba de cargo o descargo".

<sup>152</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO DE PERÚ. Constitución Política de Perú (29, diciembre, 1993). art 159. "Corresponde al Ministerio Público: [...] 5) Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte".

<sup>153</sup> Decreto Legislativo No. 957, 2004. Op. cit. art 1 Acción penal. "La acción penal es pública; 1) Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular; 2) En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querrela".

<sup>154</sup> *Ibid.* "Capítulo III El querellante particular": artículos del 107 al 110.

<sup>155</sup> *Ibid.* "Sección IV Proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal": artículos del 459 al 467.

<sup>156</sup> *Ibid.* art 459. Querrela. "1) En los delitos sujetos a ejercicio privado de la acción penal, el directamente ofendido por el delito formulará querrela, por sí o por su representante legal, nombrado con las facultades especiales establecidas por el Código Procesal Civil, ante el Juzgado Penal Unipersonal; 2) El directamente ofendido por el delito se constituirá en querellante particular; La querrela que formule cumplirá con los requisitos establecidos en el artículo 109, con precisión de los datos identificatorios y del domicilio del querrelado; 3) Al escrito de querrela se acompañará copias del mismo para cada querrelado y, en su caso, del poder correspondiente".

<sup>157</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ. Decreto Legislativo No. 636 (03 de abril de 1991). "Decreto Legislativo Que Promulga Código Penal". art 124. Lesiones culposas.

- Lesiones personales culposas y dolosas con incapacidad hasta de quince días<sup>157</sup>.
- Maltrato sin lesión<sup>158</sup>.
- Hurto simple sin daño<sup>159</sup> (de un bien cuyo valor no sobrepase cuatro remuneraciones mínimas vitales).
- Hurto famélico<sup>160</sup> (apoderación de comestibles de poco valor o en pequeña cantidad para su consumo inmediato).
- Usurpación breve<sup>161</sup> (penetrar por breve término en terreno cercado, sin permiso del dueño).
- Ingreso de animales en inmueble ajeno<sup>162</sup>.
- Organización o participación en juegos prohibidos<sup>163</sup>.
- Perturbación de tranquilidad<sup>164</sup>.
- Hacer proposiciones inmorales o deshonestas en lugar público<sup>165</sup>.
- Suministrar bebidas alcohólicas o tabaco a menores de edad en establecimiento público<sup>166</sup>.
- Obsequiar, vender o consumir bebidas alcohólicas en establecimientos en días o en horas prohibidas<sup>167</sup>.
- Destruir plantas que adornan jardines, alamedas, parques y avenidas<sup>168</sup>.
- Maltrato animal<sup>169</sup>.
- Arrojar basura a la calle o a un predio de propiedad ajena o la quema de manera que el humo ocasione molestias a las personas<sup>170</sup>.
- Conducir vehículo o animal a excesiva velocidad, de modo que importe peligro para la seguridad pública, o confiar su conducción a un menor de edad o persona inexperta<sup>171</sup>.

---

<sup>158</sup> Ibid. art 442. Maltrato.

<sup>159</sup> Ibid. art 185. Hurto Simple.

<sup>160</sup> Ibid. art 445. Hurto famélico.

<sup>161</sup> Ibid. art 446. Usurpación breve.

<sup>162</sup> Ibid. art 447. Ingreso de animales en inmueble ajeno.

<sup>163</sup> Ibid. art 448. Organización o participación en juegos prohibidos.

<sup>164</sup> Ibid. art 449. Perturbación de la tranquilidad.

<sup>165</sup> Ibid. art 450. Otras faltas. Numeral 1.

<sup>166</sup> Ibid. art 450. Otras faltas. Numeral 2.

<sup>167</sup> Ibid. art 450. Otras faltas. Numeral 3.

<sup>168</sup> Ibid. art 450. Otras faltas. Numeral 5.

<sup>169</sup> Ibid. art 450. Otras faltas. Numeral 4.

<sup>170</sup> Ibid. art 451. Faltas contra la seguridad pública. Numeral 6.

<sup>171</sup> Ibid. art 451. Faltas contra la seguridad pública. Numeral 5.

El procedimiento con el que se adelanta la acción privada es sumamente sencillo: el querellante particular presenta la querella ante el Juez Penal Unipersonal<sup>172</sup>, el cual evaluará los requisitos de la misma y admitirá la querella<sup>173</sup>, dando un término de traslado para su contestación de 5 días por parte del querrellado; vencido el plazo, dentro de los 10 a 30 días siguientes, el juez cita a audiencia donde se insta a la conciliación y, en caso de no producirse, se practicarán todas las pruebas solicitadas por las partes y emitirá sentencia<sup>174</sup>.

De lo anterior se concluye: (i) que a pesar de que la acción penal es pública en Perú, la persecución de todos los delitos no es obligación del Estado y (ii) los delitos de persecución privada son aquellos de menor impacto en la sociedad.

---

<sup>172</sup> Decreto Legislativo No. 957, 2004. Op. cit. art 459 Querella. "1) En los delitos sujetos a ejercicio privado de la acción penal, el directamente ofendido por el delito formulará querella, por sí o por su representante legal, nombrado con las facultades especiales establecidas por el Código Procesal Civil, ante el Juzgado Penal Unipersonal; 2) El directamente ofendido por el delito se constituirá en querellante particular. La querella que formule cumplirá con los requisitos establecidos en el artículo 109, con precisión de los datos identificatorios y del domicilio del querellado; 3) Al escrito de querella se acompañará copias del mismo para cada querellado y, en su caso, del poder correspondiente".

<sup>173</sup> Ibid. art 460 Control de Admisibilidad. "1) Si el Juez considera que la querella no es clara o está incompleta, dispondrá que el querellante particular, dentro de tercer día, aclare o subsane la omisión respecto a los puntos que señale. Si el querellante no lo hiciere, se expedirá resolución dando por no presentada la querella y ordenando su archivo definitivo; 2) Consentida o ejecutoriada esta resolución, se prohíbe renovar querella sobre el mismo hecho punible; 3) El Juez, por auto especialmente motivado, podrá rechazar de plano la querella cuando sea manifiesto que el hecho no constituye delito".

<sup>174</sup> Ibid. art 462 Auto de citación a juicio y audiencia. "1) Si la querella reúne los requisitos de Ley, el Juez Penal expedirá auto admisorio de la instancia y correrá traslado al querellado por el plazo de cinco días hábiles, para que conteste y ofrezca la prueba que corresponda; Se acompañará a la indicada resolución, copia de la querella y de sus recaudos; 2) Vencido el plazo de contestación, producida o no la contestación, se dictará el auto de citación a juicio. La audiencia deberá celebrarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de treinta; 3) Instalada la audiencia se instará a las partes, en sesión privada, a que concilien y logren un acuerdo; Si no es posible la conciliación, sin perjuicio de dejar constancia en el acta de las razones de su no aceptación, continuará la audiencia en acto público, siguiendo en lo pertinente las reglas del juicio oral. El querellante particular tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público, sin perjuicio de poder ser interrogado; 4) Los medios de defensa que se aleguen en el escrito de contestación o en el curso del juicio oral se resolverán conjuntamente en la sentencia; 5) Si el querellante, injustificadamente, no asiste a la audiencia o se ausente durante su desarrollo, se sobreseerá la causa".



## 4.4 ECUADOR

Ecuador es un república democrática y social<sup>175</sup>, cuyo sistema de justicia está en cabeza de la Corte Nacional de Justicia<sup>176</sup>, cuyo modelo de enjuiciamiento criminal es de tendencia acusatoria gracias a su nueva legislación, la cual muta del sistema inquisitivo al sistema acusatorio<sup>177</sup>.

La acción penal ecuatoriana es de carácter público<sup>178</sup>, pero su ejercicio es público (en cabeza de la Fiscalía) y privado<sup>179</sup> (por acción de la víctima).

El ejercicio privado de la acción penal está previsto para cuatro delitos<sup>180</sup>:

- Calumnia.
- Usurpación.
- Estupro.
- Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito.

Igualmente, para esta figura se establecieron dos términos de prescripción: (i) cuando no se ha dado apertura al proceso penal, este prescribirá a los 6 meses contados a partir de la comisión del delito y (ii) cuando ya se ha iniciado el proceso, prescribe a los 2 años de contados a partir de la fecha de citación de la querrela<sup>181</sup>.

---

<sup>175</sup> ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE ECUADOR. Constitución Política de la República de Ecuador (20 de octubre de 2008). Ciudad de Alfaro, 2008. Art 1 "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada".

<sup>176</sup> Ibid. art 178. "Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1) La Corte Nacional de Justicia; 2) Las cortes provinciales de justicia; 3) Los tribunales y juzgados que establezca la ley; 4) Los juzgados de paz".

<sup>177</sup> CADENA, Daniel. Sistema Penal Acusatorio en el Ecuador. Quito: Editorial Dreams Magnet, 2015. 246 p.

<sup>178</sup> ASAMBLEA NACIONAL DE ECUADOR. Oficio No. SAN-2014-0138 (03 de febrero de 2014). "Código Orgánico Integral Penal". art 409. Acción penal. "La acción penal es de carácter público"

<sup>179</sup> Ibid. art 410. Ejercicio de la acción. "El ejercicio de la acción penal es público y privado; El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa; El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela".

<sup>180</sup> Ibid. art 415. Ejercicio privado de la acción penal.

<sup>181</sup> Ibid. art. 417. Prescripción del ejercicio de la acción. "La prescripción podrá declararse por la o el juzgador, de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las siguientes reglas: 1) Por el transcurso del tiempo y en las condiciones

Para esta figura no se admiten medidas cautelares de prisión preventiva<sup>182</sup> y posee un procedimiento especial<sup>183</sup> para su trámite, el cual inicia con la presentación de la querrela por parte del afectado<sup>184</sup>; una vez admitida, se dará traslado de 10 días al querrellado para que la responda; vencido el término, se abrirá por espacio de 6 días la posibilidad de que las partes presenten y soliciten pruebas<sup>185</sup>; posteriormente se citará a audiencia de conciliación de juzgamiento, en donde se tratará de conciliar, se practicarán pruebas, se darán alegaciones finales y se dictará sentencia<sup>186</sup>.

#### **4.5 VENEZUELA**

En Venezuela el sistema penal tiene una fuerte tendencia acusatoria<sup>187</sup>, en donde, por regla general, se establece la persecución de los delitos en cabeza de su ente acusador, representado por el Ministerio Público, y como excepción "la instancia de parte"<sup>188</sup>.

---

que se establecen en este Código; 2) Tanto en los delitos de ejercicio público o privado de la acción se distingue si, cometido el delito, se ha iniciado o no el proceso; 3) Respecto de los delitos en los que no se ha iniciado el proceso penal: [...] b) El ejercicio privado de la acción, prescribirá en el plazo de seis meses, contados desde que el delito es cometido; [...] 5) En el ejercicio privado de la acción la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela".

<sup>182</sup> Ibid. art. 539. Improcedencia. "No se podrá ordenar la prisión preventiva, cuando: 1) Se trate de delitos de ejercicio privado de la acción".

<sup>183</sup> Ibid. "Título VIII Procedimientos especiales capítulo único clases de procedimientos sección cuarta Procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal" Artículos del 647 al 651.

<sup>184</sup> Ibid. art. 647. Reglas. "El procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal deberá sustanciarse de conformidad con las siguientes reglas: 1) Quien acuse por un delito de ejercicio privado de la acción penal, deberá proponer la querrela por sí o mediante apoderada o apoderado especial ante la o el juez garantías penales".

<sup>185</sup> Ibid. art. 648. Citación y contestación. "[...] Citado la o el querrellado la contestará en un plazo de diez días. Una vez contestada, la o el juzgador concederá un plazo de seis días para que las partes presenten y soliciten prueba documental, soliciten peritajes y anuncien los testigos que deberán comparecer en la audiencia".

<sup>186</sup> Ibid. art. 649. Audiencia de conciliación y juzgamiento.

<sup>187</sup> Como es el establecimiento de principios propios del sistema acusatorio, en el Código Orgánico Procesal Penal, como: la oralidad (artículo 14 del COPP), la publicidad (artículo 15 del COPP), la inmediatez (artículo 16 del COPP), la concentración (artículo 17 del COPP) y la contradicción (artículo 18 del COPP).

<sup>188</sup> ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (20 de diciembre de 1999). art. 285. "Son atribuciones del Ministerio Público: 4) Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley".

Esta figura se encuentra reglada en el Código Orgánico Procesal Penal<sup>189</sup>, en el Título VII “–Del Procedimiento en los Delitos de Acción Dependiente de Instancia de parte–”, en donde establece la titularidad de la acción a la víctima<sup>190</sup> y la proceden para la protección de tres bienes jurídicos:

- De la prohibición de hacerse justicia por sí mismo<sup>191</sup>.
- De las lesiones personales<sup>192</sup>.
- De los daños<sup>193</sup>.

El trámite inicia con la solicitud de admisibilidad ante el Juez de Control<sup>194</sup>; una vez corrobore los presupuestos del tipo penal, emitirá Resolución, la cual se acompañará con el escrito de acusación presentado ante el Tribunal de Juicio<sup>195</sup>; admitida la acusación privada, se citará al querellado para que:

---

<sup>189</sup> ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta No. 5558 (14 de noviembre de 2001). “Código Orgánico Procesal Penal”. Del artículo 400 al 418.

<sup>190</sup> Ibid. art 400. Procedencia. “No podrá procederse al juicio respecto de delitos de acción dependiente de acusación o instancia de parte agraviada, sino mediante acusación privada de la víctima ante el tribunal competente conforme a lo dispuesto en este título”.

<sup>191</sup> COMISIÓN LEGISLATIVA NACIONAL DE VENEZUELA. Gaceta No 5.494 (20 de octubre de 2000). “Código Penal. Caracas”. “De la prohibición de hacerse justicia por si mismo Artículo 271 El que, con el objeto solo de ejercer un pretendido derecho, se haga justicia por si mismo, haciendo uso de la violencia sobre las cosas, cuando podía haber ocurrido a la autoridad, será castigado con multa de doscientos cincuenta a dos mil bolívares; [...] Si el hecho no fuere acompañado de otro delito enjuiciable de oficio, no se procederá sino a instancia de parte”.

<sup>192</sup> Ibid. art 422. “El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, ordenes o disciplinas, ocasione a otro algún daño en el cuerpo o en la salud, o alguna perturbación en las facultades intelectuales será castigado: 1) Con arresto de cinco a cuarenta y cinco días o multa de cincuenta a quinientos bolívares, en los casos especificados en los artículos 415 y 418, no pudiendo procederse sino a instancia de parte; 2) Con prisión de uno a doce meses o multa de ciento cincuenta a mil quinientos bolívares, en los casos de los artículos 416 y 417; 3) Con arresto de uno a cinco días o con multa de veinticinco bolívares, en los casos del artículo 401, no debiendo procederse entonces sino a instancia de parte”.

<sup>193</sup> Ibid. art 475. “El que de cualquiera manera haya destruido, aniquilado, dañado o deteriorado las cosas, muebles o inmuebles, que pertenezcan a otro, será castigado, a instancia de parte agraviada, con prisión de uno a tres meses”; art 477. “El que haya ocasionado estragos en fundo ajeno, por introducir en él sin derecho o por dejar allí animales, será castigado según las disposiciones del artículo 475”; art 480. “El que sin necesidad haya matado un animal ajeno o le haya causado algún mal que lo inutilice, ser penado por acusación de la parte agraviada, con arresto de ocho a cuarenta y cinco días”.

<sup>194</sup> Ibid. art 403. Resolución del Juez de Control. “Si el Juez de control considera que se trata efectivamente de un delito de acción privada, y luego de verificada la procedencia de la solicitud, ordenará al Ministerio Público, la práctica de las diligencias expresamente solicitadas por quien pretenda constituirse en acusador privado; Una vez concluida la investigación preliminar, sus resultados serán entregados en original a la víctima, dejando copia certificada de la misma en el archivo”.

<sup>195</sup> Ibid. art 401. “Formalidades. La acusación privada deberá formularse por escrito directamente ante el tribunal de juicio y deberá contener”.

Se notifique del mismo y dentro de los 10 días siguientes se fijará audiencia de conciliación<sup>196</sup>, tres días antes de la audiencia, las partes pueden oponer excepciones, pedir la imposición o revocación de una medida de coerción personal, proponer acuerdos reparatorios o solicitar aplicar el procedimiento por admisión de los hechos y promover las pruebas que se practicarán en el juicio<sup>197</sup>. Una vez celebrada la conciliación, se dará trámite a la audiencia de juicio<sup>198</sup> donde se practicarán pruebas y se emitirá fallo.

De los análisis efectuados a los diversos sistemas de justicia penal, se denota una característica fundamental: son de tendencia acusatoria, lo cual asegura sendas garantías procesales tanto al indiciado como a la víctima para la obtención de la justicia material. Adicionalmente, las conductas que son susceptibles de "acción privada" son conductas de un menor impacto punitivo, las cuales responden más a necesidades sociales cotidianas tendientes a una convivencia pacífica, lo cual reduce la rigurosidad de la carga penal y hace accesible la justicia.

## **CONCLUSIONES**

El cambio en el sistema de justicia frente a la persecución del delito que trajo el Acto Legislativo 03 de 2002 al ordenamiento fue completamente orientado a la búsqueda constante de la justicia, ajustado a estándares y corrientes internacionales de tendencia acusatoria, observando siempre la tradición jurídica propia en su deber de preservación histórica profundamente arraigada en el ciudadano, la cual genera la confianza en el mismo y sirve de soporte a la regulación legal.

---

<sup>196</sup> Ibid. art 409. Audiencia de conciliación. "Admitida la acusación privada, con la cual el acusador será tenido como parte querellante para todos los efectos legales, el tribunal de juicio ordenará la citación personal del acusado mediante boleta de citación, para que designe defensor y, una vez juramentado éste, deberá convocar a las partes por auto expreso, sin necesidad de notificación, a una audiencia de conciliación, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte, contados a partir de la fecha de aceptación y juramentación del cargo por parte del defensor del acusado; Transcurridos cinco días desde la comparecencia del acusado al tribunal para imponerse de la admisión de la acusación, y cuando el acusado requiera un defensor de oficio, el tribunal le asignará uno".

<sup>197</sup> Ibid. art 411. Facultades y cargas de las partes.

<sup>198</sup> Ibid. art 413. Celebración del juicio oral y público. "Caso de no haber prosperado las excepciones, o cuando éstas no hubieren sido interpuestas, el Juez convocará a las partes a la celebración del juicio oral y público, que deberá celebrarse en un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la celebración de la audiencia de conciliación".

En las legislaciones analizadas, las cuales son de tendencia acusatoria, se observa una flexibilización en las cargas de investigación y acusación frente a cierto tipo de conductas, que, a pesar de revestir con características de delito, su lesividad social está orientada a temas de convivencia; es decir que su impacto es notoriamente menor (con respecto a otros delitos). Por lo tanto, se establece la posibilidad de que la persecución de estos tipos penales estén en cabeza de sus víctimas y no del ente acusador original, para asegurar el acceso a la justicia de forma eficaz y efectiva.

Lamentablemente, este mismo presupuesto no se desarrolla en el contexto colombiano, toda vez que el sistema penal acusatorio está dado para la materialización de la justicia real y efectiva, la cual bajo ninguna premisa puede asimilarse con producción de fallos en masa, diezmando la teleología del mismo sistema bajo argumentos de eficacia, celeridad y descongestión judicial, frente a conductas que bajo ningún espectro pueden considerarse “domésticas” o de “menor punibilidad”.

El Estado no puede apartarse de sus funciones esenciales, entre ellas la justicia, debido a que no tiene la capacidad para hacerle frente a las diversas dinámicas sociales que se suscitan día a día. El sistema penal acusatorio es una herramienta loable en el aseguramiento de la justicia, y por lo tanto el Estado no puede corromper su finalidad so pretexto de su incompetencia, abriendo la puerta a la impunidad, eliminando los derechos procesales del sistema, desconociendo la finalidad de la pena y avalando la incidencia de delitos de “menor lesividad”.

En el mismo sentido, el Estado no puede delegar su responsabilidad al particular, debido a que las víctimas no se encuentran en igualdad de armas a la hora de estructurar una investigación, debido a los dos grandes conflictos que enfrentarían: (i) por su falta de conocimiento en el tema, y por ende las medidas mínimas de preservación y presentación de la prueba; (ii) el sobrecosto que esta actividad demandaría a su peculio. Aunado a lo anterior, las víctimas promedio de los delitos relacionados para la aplicación de acusador privado carecen de ingresos suficientes, según estadísticas presentadas por el DANE, en donde se ve el alto índice de pobreza; esto dificultaría llevar a cabo una investigación adecuada en aras de la justicia real y efectiva profesada por nuestro sistema penal.

El derecho penal fue creado desde la antigüedad para encontrar la verdad, además de obtener un control dentro su comunidad; sería incomprensible que

el particular trate de subsanar una falla que tiene el Estado, eliminando la esencia misma del sistema acusatorio, tal como lo contempla la doctrinaria Teresa Armenta Deu<sup>199</sup>, quien resalta la importancia de la acusación e investigación del indiciado con elementos concretos que comprometan su culpabilidad y la legalidad del proceso, elementos gravemente mancillados por la aplicación del Acusador Privado.

Así las cosas, la solución para la gran problemática es robustecer nuestra Judicatura y la Fiscalía con más personal calificado, el cual en un tiempo mucho más corto podrá impartir una justicia transparente y real, en donde la víctima no sea revictimizada por los tiempos abrumadores de la investigación y su juzgamiento.

---

<sup>199</sup> ARMENTA DEU, María Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. En: Revista Brasileira de Direito Processual Penal. (1) No.1, 2015. p. 121-139. "El sistema acusatorio enfoca sustancialmente las exigencias relativas a la acusación, a la imparcialidad que garantiza y al hecho de que el acusador no puede acusar, sin más, debiendo ofrecer evidencias suficientes de culpabilidad como para apreciar la existencia de una "causa probable". De ahí que la presunción de inocencia constituya un elemento esencial de la configuración acusatoria. Y paralelamente, que toda investigación previa al juicio se limite a fundamentar la acusación, como justificación para iniciar un proceso, siempre y cuando nada de lo recabado constituya en teoría prueba de cargo. Exigencias que desde el punto de vista -esta vez del adversativo- acarrearían que una vez encomendada en exclusiva la acusación al fiscal o a la policía, siempre entendidas como partes, se reclame de nuevo la igualdad de armas y la necesidad del disclosure, exigencias cuya dificultad ponen en evidencia reformas como la italiana, ya que o bien no se quieren adoptar o hacerlo comporta un coste cuando mínimo cuestionable".

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALARCÓN MENÉNDEZ, Jorge Miguel. La investigación preparatoria en el nuevo sistema procesal penal: análisis dogmático y jurisprudencial. En: El Nuevo Sistema Procesal Penal. 9 ed. Lima: Jurídica Grijley, 2010.
- AMBITO JURÍDICO. ¿Acción penal privada?. Columna de Whanda Fernández. (12/05/2017) [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2JAGjNd>>
- AMBITO JURÍDICO. El incidente de reparación integral. Columna de Omar Eduardo Gil Ordóñez. (19/06/13). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2xRa4Tq>>
- ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Manual de derecho penal. Partes general y especial. Bogotá: Leyer, 2008. ISBN: 9789587112979.
- ARMENTA DEU, María Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. En: Revista Brasileira de Direito Processual Penal. (1) No.1, 2015. p. 121-139.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (20 de diciembre de 1999).
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Ley 7594 (4 de junio de 1996). "Código Procesal Penal". Publicada en el Alcance 31 a La Gaceta 106
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE COSTA RICA. Constitución Política de la República de Costa Rica (7 de noviembre de 1949).
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE ECUADOR. Constitución Política de la República de Ecuador (20 de octubre de 2008).
- ASAMBLEA NACIONAL DE ECUADOR. Oficio No. SAN-2014-0138 (03 de febrero de 2014). "Código Orgánico Integral Penal".
- ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Gaceta No. 5558 (14 de noviembre de 2001). "Código Orgánico Procesal Penal".
- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Estructura y Garantías Procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. ISBN: 9789587108903. Tomo II
- BINDER, Alberto. Límites y posibilidad de la simplificación del proceso, en Justicia Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004. ISBN: 9789508943149.
- CADENA, Daniel. Sistema Penal Acusatorio en el Ecuador. Quito: Editorial Dreams Magnet, 2015.

- CARNEVALI, Raúl. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. En: Revista Ius Et Praxis. (1). 2008.
- COMISIÓN LEGISLATIVA NACIONAL DE VENEZUELA. Gaceta No 5.494 (20 de octubre de 2000). "Código Penal. Caracas".
- CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO DE PERÚ. Constitución Política de Perú (29, diciembre, 1993).
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto legislativo No 06 (24 de noviembre de 2011), "Por el cual se reforma el numeral 4 del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política"
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. (julio 6 de 1991).
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1153 (31 de julio, 2007). "Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal". Diario oficial No. 46.706.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1826. (12 de enero de 2017). "Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado" Diario Oficial No. 50.114
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio de 2000). "Por la cual se expide el Código Penal". Diario Oficial No. 44.097
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 (1 de septiembre de 2004). "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004). Diario Oficial 45658.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Comunicado No. 075. Revela estudio de la Contraloría, sobre el período 2013-2016: Persiste deficiente gestión presupuestal de la Rama Judicial. [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2M4jYtl>>
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-025 (27 de enero de 2009) [M.P. Rodrigo Escobar Gil]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-147 (8 de marzo de 2017). [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-205 (11 de marzo de 2003). [M.P. Clara Inés Vargas Hernández] Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 1º, de la Ley 738 de 2002, "Por la cual se adiciona un artículo al Código



- Penal". Expediente D-4229. Bogotá D.C Relatoría de la Corte Constitucional, 2008. p.2 "La tipificación penal de una conducta y la fijación de la pena correspondiente implican siempre una severa intervención del Estado en el ejercicio de los derechos fundamentales, en especial de la libertad individual"
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-228 (3 de abril de 2002). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-406 (4 de mayo de 2004). [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-591 (9 de junio de 2005). [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-879 (10 de septiembre de 2008). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4 (parcial), 12 (parcial), 18 (parcial), 19 (parcial), 34 (parcial), 36 (parcial), 37 (parcial), 39 (parcial), 42 (parcial), 44, 45 (parcial), 50, 52, 53 (parcial), 54 (parcial) y 55 (parcial) de la Ley 1153 de 2007, "por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal".
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-432 (12 de febrero de 1992). [M.P. Simón Rodríguez Rodríguez] "Acción de tutela contra actuación del Gerente General de la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Ocaña. Proceso de tutela No. 860".
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-920 (18 de septiembre de 2008) [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-635 (3 de septiembre de 2014). [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La Discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. Bogotá: Universidad Libre, 2011. ISBN: 9789588534640.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia 2015. (02/03/2016) [En línea]. Disponible en:<<http://bit.ly/2Jzz8F2>>
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia 2016. (22/03/2017) [En línea]. Disponible en:<<http://bit.ly/2xRSRjM>>

- FERNÁNDEZ, Juan. Concepto y límites del derecho penal: introducción al derecho penal actual y nociones sobre justicia transicional. Perdón y reconciliación. Bogotá: Temis, 2014. ISBN: 9789583509872.
- FISCALÍA DE CHILE. 2da jornada de derecho penal. Julio Maier. (01/09/2018). [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2XLISEN>>
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Estadística de delitos. (10/06/2018) [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2M25sls>>.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución No. 02417 (11 de julio de 2017). "Por medio de la cual se establece el procedimiento interno para garantizar un control de la conversión y reversión de la acción penal". Diario oficial No. 50.293.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El Proceso Penal Español. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1997. ISBN 8480025514.
- LONDOÑO, Mabel. La congestión y la mora judicial: el juez, ¿su único responsable? En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (38). No. 109, 2008. p. 385-419.
- MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I –Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. 2ª ed. ISBN: 9789879120002.
- PEÑA, Alonso. Exégesis Nuevo Código Procesal Penal. Tomo I. Lima: Rodhas, 2007. ISBN: 9789972274589. 1448 p.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ. Decreto Legislativo No. 636 (03 de abril de 1991). "Decreto Legislativo Que Promulga Código Penal".
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE PERÚ. Decreto Legislativo No. 957 (22 de julio de 2004). "Decreto Legislativo Que Promulga Código Procesal Penal"
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Procuradurías judiciales. [En Línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2xOpmIm>>
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Costa Rica ocupa puesto 9 en desarrollo humano en América Latina y el Caribe. (21/03/2017) [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2Gs3kjJ>>
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. Informes de Desarrollo Humano. Actualizado 2017. [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2LoqJ9v>> ARCHIVO NACIONAL DE COSTA RICA. Abolición del ejército. [En línea]. Disponible en: <<http://bit.ly/2JBSDgo>>.

RAMÍREZ, Raquel. Elementos del Sistema Penal Acusatorio. Bogotá: Leyer, 2010.

RAMÍREZ, Yesid. Sistema Acusatorio Colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010. ISBN: 9789586765053.

ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general, En: Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. 25ª ed. ISBN: 9789879120361.

Análisis sobre las características del sistema procesal penal colombiano

Se terminó de producir en diciembre de 2020.

Las fuentes tipográficas empleadas son Roboto Slab Light en 11,75 puntos en texto corrido y Roboto Slab Black en 16 puntos y Roboto Slab Bold en 11,75 puntos en títulos.

### **Comité Científico**

Gustavo Arnulfo  
Quintero Navas

Antonio Alejandro  
Barreto Moreno

Anne-Claire Duffour

### **Comité Editorial**

Sergio Roberto  
Matías Camargo

Pedro Nel Páez

### **Comité Editorial**

César Castillo

Fernando Tribin



En esta investigación abordamos el estudio del Sistema Procesal Penal colombiano, adoptado con el Acto Legislativo 03 de 2002: acusatorio, a fin de demostrar que el sistema reglamentado por la Ley 906 de 2004 no cumple en su integridad con las características de este modelo procesal, o dista de serlo, porque conserva instituciones propias del sistema inquisitivo: i) proliferación de recursos tanto en las audiencias preliminares como en las del juicio oral, ii) indicación del sentido del fallo por parte del juez de conocimiento y iii) procedencia del recurso de apelación contra las sentencias absolutorias.

A esta situación debemos agregarle la disyuntiva que se nos presenta hoy con la existencia de la acción privada, en la Ley 1826 de 2017, "por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado", la cual se opone al concepto público que debe tener la acción penal.

**EL EDITOR**



**UNIVERSIDAD  
LIBRE®**  
Facultad de Derecho  
Centro de Investigaciones Sociojurídicas

