

PRINCIPALES TRANSFORMACIONES DEL
DERECHO PROCESAL PENAL:
UN ANÁLISIS ESTRUCTURAL

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
Presidente

JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Vicepresidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
HERNANDO TORRES CORREDOR
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

GERARDO BARBOSA CASTILLO

PRINCIPALES TRANSFORMACIONES DEL
DERECHO PROCESAL PENAL:
UN ANÁLISIS ESTRUCTURAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL «RODRIGO LARA BONILLA»

ISBN 958-701-656-4

© GERARDO BARBOSA CASTILLO, 2006
© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2006
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7.
www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Marzo de 2006
Con un tiraje de 3.000 ejemplares
Diseño de Carátula y Libro: Stephan Acuña Aguirre
Composición: Universidad Nacional de Colombia, Convenio 090 de 2004
Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego
Diagramación electrónica: William Salgado Jaraba

Impresión: Covers Design EU
Carrera 11A No. 106-26. Tel.: 612 16 62. Bogotá, D.C.
www.coversdesign.com

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO PENAL EN COLOMBIA

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación del Sistema Acusatorio Penal en Colombia, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador a partir de casos reales de la práctica judicial y validado con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistrados, Jueces y Empleados incorporados al nuevo sistema procesal penal, la Red de Formadores Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y expertos penalistas vinculados en virtud del convenio celebrado entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Universidad Nacional de Colombia.

El plan para Magistrados y Jueces está conformado por once módulos de formación aplicada y doce especializados en el Sistema Acusatorio Penal, bajo la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez.

Los módulos de formación especializada son: Argumentación Judicial: Construcción, Reconstrucción y Evaluación de Argumentaciones Orales y Escritas; Bloque de Constitucionalidad, Estándares Internacionales de Derechos Humanos y Proceso Penal; El Régimen de la Libertad en la Nueva Estructura Procesal Penal de Colombia: Captura y Medidas de Aseguramiento; Las Principales Transformaciones del Derecho Procesal Penal: Un Análisis Estructural; La Justicia Restaurativa en el Nuevo Proceso Penal; Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales; El Control de Garantías como Función Jurisdiccional; Principio de Oportunidad, Negociaciones y Aceptación de la Responsabilidad en el Código de Procedimiento Penal; La Dirección, Supervisión y Coordinación Judicial Penal en Colombia; Los Nuevos Fundamentos Constitucionales de las Pruebas Penales, y La Prueba Técnica y Testimonial.

La construcción de cada módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Jueces y Magistrados con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del nuevo proceso penal en Colombia, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos

microcurrículos como apoyo a los funcionarios y empleados de la rama judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por los autores fue enviado para su revisión por los Magistrados y Jueces que participaron el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones los autores complementaron su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejerce la Corte Constitucional y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial tiene un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil jueces y empleados judiciales participan como formadores, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes.

Es *sistémico* porque nos invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo *se basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo se fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la rama judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica a la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador será formativo solamente en el caso de que el participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos vinculados al proyecto, expertos en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 350 magistrados y jueces quienes con profundo compromiso y motivados exclusivamente por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora le invitamos a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de Estudio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los

momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VI. *Actividades de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase VII. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año con la participación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales, de los Jueces de la República y expertos juristas quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan la temática de determinada materia, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el participante debe tener en cuenta

que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de autoformación tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Especializada en Sistema Acusatorio Penal. A través de cada contenido, el discente encontrará referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como la constitucionalización del derecho procesal, la remisión a tratados internacionales y la reivindicación del derecho penal sustancial, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al discente reflexionar sobre su cotidianeidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada modulo se complementa con una bibliografía básica adicional, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación del Sistema Acusatorio Penal en Colombia, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa. Igualmente, el Plan Integral es la oportunidad de iniciar la

transformación cultural que requiere la implementación del nuevo sistema acusatorio penal en Colombia.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 – 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del nuevo sistema procesal penal, uno de los mayores retos para el país, y que, sin duda alguna, la Rama Judicial cumplirá.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO PENAL EN COLOMBIA	9
UNIDAD 1	
PRINCIPALES TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PROCESAL PENAL: UN ANÁLISIS ESTRUCTURAL	19
Introducción	21
Estructura del Proceso Penal Colombiano (Ley 906 de 2004)	23
I. La importancia del modelo procesal	23
II. Modelo procesal predominante en la ley 906 de 2004	29
A. Algunos aspectos coincidentes con el modelo angloamericano	30
1. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal	30
2. Las estipulaciones probatorias	33
B. Algunos aspectos coincidentes con el modelo continental europeo	34
1. La división del proceso en dos etapas	34
2. Prevalencia del principio de oficiosidad sobre el principio dispositivo	40
III. Conclusiones	43
UNIDAD 2	
ESQUEMA METODOLÓGICO DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA LEY 906 DE 2004	47
I. Formación del juicio de responsabilidad. Progresividad o configuración absoluta en una etapa procesal	47
II. El objeto del proceso penal: la imputación. Características mínimas de la imputación	53
III. Congruencia entre acusación y sentencia. Momento de fijación de la calificación jurídica	62
III. Conclusiones	65
UNIDAD 3	
ETAPAS PROCESALES	67
I. La indagación	69

II. Investigación	76
III. Etapa intermedia o de preparación del juicio oral	83
IV. El juicio oral	88
UNIDAD 4	
NULIDADES	93
I. Algunos presupuestos conceptuales	95
II. Aspectos prácticos	100

PRINCIPALES TRANSFORMACIONES DEL
DERECHO PROCESAL PENAL:
UN ANÁLISIS ESTRUCTURAL

CONVENCIONES

Og

Objetivo General

Oe

Objetivos Específicos

At

Actividades de Taller

Ca

Cuestionarios de Autoevaluación

INTRODUCCIÓN

En el texto “Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal”¹, el artículo atinente a la estructura del proceso plantea elementos teóricos de necesaria referencia para la comprensión del esquema establecido por la ley 906 de 2004. Por estas razones no desarrollaremos nuevamente tales temas y nos remitiremos, cuando sea pertinente, a los planteamientos allí esbozados.

En este nuevo texto abordaremos, en su especificidad, aspectos relativos a la estructura del proceso penal, bajo el supuesto de que la comprensión general del esquema facilita su aplicación práctica, así como la interpretación de las normas ambiguas y la solución de los vacíos y contradicciones. Con todo, el texto no busca agotar la materia ni exponer criterios absolutos sobre la misma. Por el contrario, se trata de advertir sobre la complejidad que conlleva el análisis estructural del nuevo proceso penal y crear en los jueces conciencia, sobre la necesidad de dominar los elementos conceptuales que les permitan la solución de los disímiles problemas teóricos y prácticos con los cuales se enfrentarán en la aplicación de la nueva ley procesal penal.

Entendemos que el operador judicial no es un simple ejecutor de instrucciones transmitidas por el legislador, a través de los códigos de procedimiento. Como administrador de justicia y máximo garante de la legalidad, el Juez debe estar en capacidad de discernir sobre la lógica del sistema, para darle correcta aplicación a las normas procesales, concebidas como instrumentos al servicio de la eficacia del derecho sustancial. En efecto, un proceso penal no es, un rito vacío que deba surtirse como presupuesto para la toma de decisiones de fondo, sino que es, en esencia, un método legalmente estandarizado para administrar justicia. Por esta razón, a lo largo del texto se invita al lector a la reflexión, no solo sobre los aspectos teórico-conceptuales que merecen reconsideración y actualización permanente, sino especialmente, sobre el desarrollo, en los jueces, de actitudes que permitan la superación satisfactoria de las problemáticas, guardando la coherencia del sistema y respetando los valores y principios que emanan del Bloque de Constitucionalidad.

En relación con los contenidos de la ley 906 de 2004, lo que inicialmente debe ocupar la atención de los jueces, es la comprensión de la lógica de ese método. Esto significa explicitar, hacia dónde se dirige (fines), de qué manera pretende alcanzar las metas, qué vínculos existen entre las distintas etapas del proceso, qué

1 Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Juicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2004.

similitudes y, especialmente, qué diferencias pueden advertirse entre el nuevo sistema y los anteriormente vigentes en nuestro país, entre otros aspectos.

A las diferencias entre el procedimiento antiguo y el nuevo, que se ejemplifican, a lo largo del texto, el lector podrá sumar las propias de su experiencia en la administración de justicia. De esta manera, se puede cumplir el propósito de no distorsionar el sentido de la nueva normatividad e impedir que los vicios de los sistemas procesales anteriores trasciendan al nuevo, por inadecuados arraigos empíricos y conceptuales.

Pero además de lo anterior, se hace necesario tener claridad sobre las fuentes de derecho que gobiernan el sistema. Esta problemática tiene que ver con la respuesta a preguntas tales como: ¿es suficiente, para el Juez, apoyarse en el Código de Procedimiento Penal?; ¿puede cuestionar un juez, en un caso concreto, la validez de una norma procesal por ser contraria al Bloque de Constitucionalidad?; ¿el procedimiento acusatorio, contemplado en la ley 906 de 2004, debe funcionar como los sistemas angloamericanos, o como los continentales europeos?; ¿Qué papel cumplen en este sistema los principios dispositivo y de legalidad?; ¿Cuáles son los límites de la discrecionalidad de la Fiscalía General en el impulso de la acción penal?; ¿Puede el Juez desarrollar algunas actividades oficiosas en el nuevo sistema?.

La disertación no pretende dar respuestas específicas a cada uno de los interrogantes. El modelo pedagógico de la Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla, se orienta hacia el autoaprendizaje, lo cual supone aprovechar la vasta experiencia del lector—discente en el tema analizado, incentivar la construcción de conocimiento, a partir de elementos conceptuales definidos y promover la reflexión sobre cuestiones de interés en la administración de justicia, dentro del marco de respeto hacia la autonomía de los jueces.

Por lo anterior, este módulo no pretende ser un Código comentado artículo por artículo. Por el contrario, ofrece elementos teóricos útiles para la comprensión general del sistema y, además, aporta alternativas de interpretación respecto de algunos de sus aspectos centrales, haciendo claridad de que son reflexiones académicas que el lector debe analizar críticamente.

UNIDAD 1

ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO (LEY 906 DE 2004)



Crear en los discentes conciencia, sobre la importancia del conocimiento de las características estructurales del nuevo procedimiento penal, y trabajar elementos conceptuales que permitan su identificación.



- Identificar las similitudes y diferencias entre los distintos modelos procesales.
- Asimilar la lógica que inspira cada uno de los modelos procesales y las razones de tipo histórico, social, cultural y político que los explican
- Diferenciar el proceso penal colombiano de otros sistemas procesales.

I. LA IMPORTANCIA DEL MODELO PROCESAL

Ejemplos de base.

a) Pedro es investigado y juzgado por un mismo juez. Al definir su situación jurídica, el juez cree que Pedro es probablemente responsable y le impone medida de aseguramiento. Sin que la prueba cambie, el juez le formula acusación y con base en la misma prueba le dicta sentencia.

b) Pedro es investigado por un Fiscal, quien con base en mínimos elementos de convicción acude ante un juez y solicita que se le imponga medida de aseguramiento porque tiene posibilidad de distorsionar las pruebas. Al ser acusado, un juez distinto al anterior presencia la práctica de la totalidad de las pruebas y con base en ellas dicta sentencia.

Pregunta: ¿En cuál de los dos casos, tiene más garantías de objetividad e imparcialidad Pedro?

El procedimiento desarrollado en el primer ejemplo corresponde a lo que doctrinalmente se ha denominado un modelo inquisitivo. En esta clase de procesos lo característico es que el Estado, a través de un funcionario judicial, persiga al presunto delincuente, impulsando por su propia iniciativa –principio de oficiosidad- todas las labores de investigación y juzgamiento.

En la historia reciente de Colombia, el Código de Procedimiento Penal de 1971, es un buen ejemplo de legislación, que acoge un modelo de características esencialmente inquisitivas. El procedimiento ordinario previsto en dicho Código suponía que, durante la primera parte del trámite, dos jueces, uno de conocimiento y otro de instrucción, actuaban simultáneamente. El primero dirigía integralmente el proceso y tomaba las decisiones de fondo, en tanto que el segundo, practicaba las pruebas que aquél ordenaba. Cuando se consideraba que la investigación estaba perfeccionada, se cerraba, se calificaba y en caso de dictarse acusación (llamado auto de proceder o llamamiento a juicio) se pasaba a la etapa de juicio, bajo la dirección del mismo juez que había abierto la investigación y que había calificado el sumario.

En el anterior contexto, el juicio consistía en una audiencia en la que, a solicitud del procesado o su defensor, podían practicarse algunas pruebas, y se escuchaban los alegatos finales. En el caso excepcional de algunos delitos graves (homicidio, secuestro, etc.), la audiencia se realizaba con jurados de conciencia, que emitían veredictos de responsabilidad o inocencia; en los demás casos, el juez sentenciaba integralmente.

En Colombia, como en muchos de los países que acogieron estos procedimientos penales, se evidenciaron graves defectos, entre otros, el condicionamiento del juez que dictaba sentencia con las primeras impresiones que se formaba durante la investigación. En otras palabras, era normal suponer, y así se confirmaba en la práctica, que cuando un juez aseguraba a un procesado, en la mayoría de los casos también lo iba a llamar a juicio y muy probablemente terminaría condenándolo.

En términos generales, el Código de 1971 tenía otros defectos y problemas, pero indudablemente el más notorio era el de dejar en cabeza de un mismo funcionario, las funciones de investigación, acusación y juzgamiento, con lo cual, la objetividad e imparcialidad del fallador quedaban seriamente comprometidas. Desde finales de la década de los 70, se hicieron esfuerzos por reformar el Código de Procedimiento Penal, con el propósito central de acabar con los pre-juzgamientos.

Esta breve referencia histórica permite advertir que los procedimientos penales y sus reformas, responden a necesidades reales de la justicia y no a simples caprichos del legislador, ni a abstractos planteamientos teóricos.

En el contexto internacional, especialmente en el mundo jurídico occidental, desde hace mucho tiempo, se identifican dos grandes modelos procesales, a saber: el inquisitivo y el acusatorio. Ninguno de los dos puede definirse de manera categórica, pero sí existen características generales y rasgos significativos que permiten establecer diferencias entre unos y otros. El contraste más importante entre el modelo procesal y el modelo inquisitivo es la búsqueda de imparcialidad y objetividad del juez que dicta sentencia.

En este sentido, en el procedimiento desarrollado en el segundo ejemplo se intenta garantizar la objetividad e imparcialidad del juez mediante la separación de las funciones de acusación y juzgamiento. Así, el funcionario que dicta sentencia no ha comprometido, anticipadamente, su criterio. Se refuerza este mecanismo con la exigencia de que todas las pruebas se practiquen en presencia del juez, de tal manera que sea él quien perciba directamente la seguridad o la duda de los testigos, la experiencia o inexperiencia de los peritos, la contundencia o la debilidad de los rastros y huellas del delito; elementos que permiten inferir lógicamente hechos desconocidos.

La experiencia del lector le permite reconocer las ventajas y desventajas de cada uno de estos modelos teóricos. Para continuar la reflexión, ¿en cual modelo estima que se puede acceder de manera más razonable a la verdad? Entre las virtudes y defectos de cada esquema, ¿cuál prefiere?

En síntesis, la adopción de uno u otro modelo procesal responde a necesidades y propósitos concretos, que a su vez se identifican con las características de cada uno de ellos.

La caracterización de los dos grandes modelos procesales se ha realizado doctrinariamente, a través de un método de contraste, que permite identificar algunas diferencias, entre las cuales vale la pena destacar las siguientes:

Tabla No. 1. Diferencias entre el modelo inquisitivo y el acusatorio

Modelo Inquisitivo	Modelo Acusatorio
1. Esquema lineal de persecución: un mismo funcionario investiga, acusa y dicta la sentencia	1. Esquema triangular para el juzgamiento: un juez imparcial resuelve entre dos extremos en conflicto: acusador y acusado.
2. Búsqueda de verdad absoluta. El concepto de verdad que se maneja, por las influencias religiosas, es el de verdad absoluta.	2. Búsqueda de verdad relativa. El concepto de verdad que se maneja es normativo y puede ser formal o material, dependiendo de condicionamientos constitucionales
3. Clandestinidad.	3. Publicidad.
4. Ajeno al principio democrático.	4. Vinculado al principio democrático.
5. Formalidad escrita (solo para el registro histórico, no como garantía).	5. Formalidad oral.
6. Presunción de responsabilidad.	6. Presunción de inocencia

En la tabla anterior se señalan algunas de las diferencias más importantes, destacadas por la doctrina, entre los modelos inquisitivo y acusatorio. Sin embargo, esto no significa que al momento de redactar un código de procedimiento penal, el legislador necesariamente deba optar por uno u otro modelo en su totalidad. En principio, nada impide que se incline mayoritariamente por un modelo y acoja algunas características del otro, en aquello que no haya incompatibilidad con la Constitución Política.

Por ejemplo, aunque la formalidad oral es la más aconsejable para imprimirle celeridad al trámite y garantizar la inmediación probatoria, esto no limita al legislador para considerar pertinente y necesario que algunas actuaciones se plasmen por escrito, como en el caso del escrito de acusación. Por el contrario, la

presunción de responsabilidad, no podría el legislador contemplarla en el Código de Procedimiento, puesto que la norma legal reñiría con la Constitucional, y es lógico que esta última, prevalezca sobre la primera.

En un sistema jurídico, como el colombiano, el Juez Penal debe ser consciente de que, para dar impulso al trámite procesal, no solo es suficiente conocer en detalle el Código de Procedimiento Penal. Como el lector advertirá, en el ejemplo anterior, hay ocasiones en que la legislación puede estar en abierta contradicción con la normatividad superior, como la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos, aprobados por Colombia e incorporados a su derecho positivo, en virtud del Artículo 93 Constitucional. En tales casos es deber del Juez ponderar las normas en conflicto y privilegiar la efectividad de la norma de mayor entidad.

Los siguientes ejemplos sirven para ilustrar este planteamiento.

En su redacción original, el Código de Procedimiento Penal de 1991 (decreto 2700 de 1991) equiparaba el término de instrucción con el término de prescripción de la acción penal, lo cual implicaba que una vez iniciada la investigación, ésta podía proseguirse mientras no prescribiera la acción penal. Al revisar la constitucionalidad de esta norma legal, la Corte Constitucional concluyó que violaba abiertamente la Constitución Política², pues facultaba a la Fiscalía para mantener sub-iudice a una persona durante un plazo no razonable. Lo anterior significa que el Estado es titular de la facultad punitiva, pero una vez se pone en movimiento el aparato judicial, el individuo adquiere el derecho a que su situación sea resuelta en un lapso razonable. En el caso examinado, el legislador excedió los límites de su libertad de configuración y, en consecuencia, el juez constitucional privilegió la aplicación de los principios y derechos constitucionales, sobre la inválida norma legal.

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional coincidieron en advertir que, si bien es cierto, el Código de Procedimiento Penal permite la constitución de parte civil, solo a partir de la apertura formal de la instrucción, tal precepto legal es contrario a la normativa constitucional y por lo tanto, inaplicable³.

El sistema de fuentes del derecho en materia procesal penal no se agota, como se indicó anteriormente, en el articulado del Código de Procedimiento Penal, sino que se extiende al hoy denominado, Bloque de Constitucionalidad.

2 Ver sentencias C-411 y C-412 de 1993.

3 Ver sentencia C-760 de 2001 y C-228 de 2002.

Desde luego, no le corresponde al Juez Penal cuestionar, en todos los casos, la constitucionalidad de las normas procesales, por cuanto debe partirse del supuesto de adecuación. Pero, cuando resulte evidente o por lo menos sospechoso, que un precepto legal es contrario a normatividad superior, en su aplicación a un caso concreto, debe hacerse un juicio de ponderación que permita concluir si se aplica o no la norma legal. Esta no es solo una posibilidad, sino una obligación de un Juez Penal.

En efecto, al tramitar un proceso, el Juez Penal no es un simple ejecutor de las instrucciones dadas por el Código de Procedimiento; por el contrario, debe comprender el sistema que está aplicando, para administrar justicia de manera acertada. Desde este punto de vista, resolver los problemas generados por los vacíos y las inconsistencias de algunas normas legales, entre sí, o con la Constitución Política exige, además de conocer en detalle los contenidos del estatuto procesal, que el funcionario comprenda la lógica que inspira el sistema y el dominio del Bloque de Constitucionalidad. Por lo anteriormente expuesto es necesario que el discente desarrolle competencias para asumir, con suficiencia, este tipo de retos, equilibrando adecuadamente la seguridad jurídica y el imperio de los principios y valores constitucionales.

La comprensión del modelo procesal y sus características también permite que se superen los arraigos a las legislaciones precedentes. Sobre este tópico es pertinente mencionar ejemplos de nuestra práctica judicial.

Como se recordará, el Código de Procedimiento Penal de 1971, describía la forma como debía tramitarse la diligencia de indagatoria, en concordancia con el modelo inquisitivo que dicho estatuto desarrollaba. Uno de los aspectos característicos consistía en mantener ocultos los cargos al sindicado (clandestinidad de la investigación), razón por la cual la diligencia se debía iniciar con una fórmula muy peculiar: “¿Sabe Usted el motivo por el cual se encuentra rindiendo la presente indagatoria?” Si el procesado decía no saber, se le interrogaba sobre distintos aspectos, intentando sorprenderle y evitando que maquinara una coartada coherente. Si reconocía tener conocimiento, se le permitía que especulara sobre el motivo de su vinculación al proceso penal. El contenido del proceso era secreto para el procesado y su defensor, hasta que no culminaba la diligencia de indagatoria.

Esta forma de vincular a una persona al proceso penal, además de degradar la dignidad humana, dejaba serios cuestionamientos sobre la conducta del órgano judicial. Por esta razón, a partir de la legislación de 1987, se suprimió la perversa

fórmula de “Sabe usted, el motivo...” Sin embargo, a causa de los indebidos arraigos culturales y de la incomprensión de la lógica del sistema, de manera preocupante, aún en la actualidad se inician las diligencias de indagatoria —y no pocos testimonios— con este procedimiento.

A partir de 1987, la lógica del sistema procesal establece que al procesado se le hagan saber los cargos de manera clara y oportuna, sin trampas y sin ambages, para que pueda ejercitar adecuadamente su derecho a la defensa. Recientemente la Corte Constitucional dejó en claro que el inculpado tiene derecho a conocer el contenido del expediente, incluso antes de ser vinculado formalmente al proceso. Y la razón es elemental: el Estado no puede actuar de manera clandestina y, tampoco, puede presumir la mala fe. Los mecanismos para evitar que se entorpezca maliciosamente la acción de la justicia no pueden consistir en formas graves y censurables de violación a derechos constitucionalmente reconocidos. En eso radica, precisamente, una de las principales diferencias entre los modelos inquisitivos y acusatorios.

II. MODELO PROCESAL PREDOMINANTE EN LA LEY 906 DE 2004

En el texto “Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal” se afirma que el procedimiento previsto en la ley 906 de 2004, acoge mayores características de los modelos acusatorios continentales europeos que de los angloamericanos. En sustento de tal afirmación se exponen varias razones que es conveniente que el discente examine y reflexione sobre su propia postura en torno al tema.

En efecto, así como la distinción entre los esquemas de tendencia inquisitiva y acusatoria, es indispensable para que se de una adecuada interpretación y aplicación a la ley 906 de 2004, la comprensión de las diferencias entre los modelos acusatorios continentales europeos y los angloamericanos, es igualmente pertinente.

Antes de plantear algunos de los aspectos en que resulta coincidente el Código de Procedimiento Penal de 2004, con los modelos enunciados, es necesario advertir, que estos constituyen una referencia teórica y no una camisa de fuerza para el legislador. Esto quiere decir, que el legislador adopta las instituciones procesales que considera más adecuadas, para las necesidades de administración de justicia penal del país, con apego a la Constitución Política, sin que tenga el deber de ceñirse a parámetros teóricos.

Por ejemplo, si la Constitución Colombiana adscribe la Fiscalía a la Rama

Judicial del Poder Público, mal podría el legislador desconocer este hecho, para atribuir, a estos funcionarios, las características que tienen en otros países, en donde la Fiscalía hace parte de la Rama Ejecutiva.

Dado que el mundo contemporáneo tiende a la globalización, es cada vez más necesario que los distintos países materialicen esfuerzos por hacer compatibles sus instituciones jurídicas, entre las cuales no puede exceptuarse el procedimiento penal. De esta manera, se facilita la cooperación internacional en la persecución del delito sin que esto implique que todas las legislaciones deban ser idénticas, ni que deba existir un modelo “ideal” de procedimiento penal. Al legislador le corresponde interpretar la realidad nacional y, con base en ella, concebir un método procesal compatible con el Bloque de Constitucionalidad y con los principales institutos procesales internacionales.

En consecuencia, no es de extrañar que la legislación contemple instituciones de uno u otro modelo, e incluso que se desarrollen nociones autóctonas. Por esta razón, es indispensable que el Juez comprenda las diferencias de los modelos acusatorios y esté en capacidad de interpretar la legislación nacional, conforme a sus propias características.

A. ALGUNOS ASPECTOS COINCIDENTES CON EL MODELO ANGLOAMERICANO

1. LA DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Ejemplo: Pedro conforma una banda especializada en delitos contra el patrimonio económico. Con ella, Pedro ha hurtado varios bancos, ha realizado estafas masivas y ha extorsionado a importantes empresarios.

At

Preguntas:

- ¿Puede Pedro hacer menos gravosa su situación si admite su responsabilidad?
- ¿Puede la Fiscalía abstenerse de investigar alguno o algunos de los delitos cometidos por Pedro?
- ¿Puede la Fiscalía transar con Pedro su reconocimiento de responsabilidad, a cambio de limitar los cargos a uno o dos delitos?
- ¿Puede la Fiscalía abstenerse de impulsar acción penal contra Pedro, a cambio de información útil para desarticular la banda criminal a la que pertenece?

- ¿Puede la Fiscalía, por razones subjetivas, renunciar al impulso de la acción penal?

En el contexto más radical del derecho continental europeo, opciones como las planteadas en las preguntas anteriores serían, en la mayoría de los casos, no pertinentes dado que el principio de legalidad y sus derivados procesales de la oficiosidad y la necesidad de persecución penal, lo impedirían. Sin embargo, la influencia de instituciones procesales de origen angloamericano ha dado lugar a que, en la actualidad, algunas de tales alternativas se admitan, al menos de manera moderada.

Las cuatro hipótesis contenidas en las preguntas guardan un hilo conductor entre sí: la discrecionalidad que caracteriza el ejercicio de la acción penal, en el derecho angloamericano, derivada a su vez del principio “dispositivo”.

El fundamento teórico de esta discrecionalidad es elemental y tiene que ver con la asimilación que en el contexto jurídico angloamericano se hace, del proceso penal con el proceso civil.

Históricamente, el derecho inglés conservó, más pura, la tradición del derecho romano en materia de persecución penal. De esta manera, los procesos penales se asimilaron a procesos contenciosos civiles, en los cuales la víctima del delito es titular e impulsora de la acción penal y dispone de ella con la misma libertad que un demandante lo hace respecto de una acción civil. De hecho, esta misma circunstancia explica por qué, en el derecho angloamericano, el proceso penal solo se inicia propiamente con la formulación de la acusación, que equivale a la demanda de un proceso contencioso civil.

Así como el demandante puede disponer sobre su acción, valga decir, decide discrecionalmente si demanda o no, cuándo lo hace, cuál es la vía procesal adecuada, etc.; el titular de la acción penal, también puede hacerlo y, en consecuencia define, entre otros, los siguientes aspectos: si impulsa o no la acción legal, si la lleva hasta sus últimas consecuencias o la desiste a mitad de camino. Igualmente, asume las consecuencias favorables o desfavorables de su comportamiento procesal (cargas de diligencia), de manera que si no prueba el fundamento fáctico de sus imputaciones, seguramente conducirá a una decisión favorable al procesado.

Hoy en día los particulares no son directamente los titulares de la acción penal, en el derecho angloamericano, pero el principio dispositivo mantiene un fuerte arraigo en los procesos penales de esa cultura jurídica. Por esta razón, la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal sigue siendo admitida sin

cuestionamiento. A partir de la segunda posguerra mundial, algunas instituciones derivadas del derecho procesal penal norteamericano, fueron asimiladas, parcialmente, en países de cultura jurídica continental europea; entre ellas, algunas manifestaciones de la discrecionalidad, como es el caso del denominado principio de oportunidad.

Lo anterior no significa que la asimilación haya sido plena. De hecho, en los países de cultura jurídica continental europea, que han incorporado a su legislación la hipótesis de “oportunidad”, se le limita, a través de una rigurosa reglamentación legal, y, en consecuencia, se habla de “principio de oportunidad reglado”.

En el contexto del derecho angloamericano, las preguntas formuladas atrás podrían responderse afirmativamente, en la mayor parte de los casos: como quiera que la titularidad de la acción penal está en cabeza de un órgano adscrito a la rama ejecutiva del poder público, la discrecionalidad es muy amplia y la responsabilidad por su ejercicio acertado o desacertado, es de carácter político, esencialmente.

Es importante destacar lo anterior por varias razones. En primer lugar, porque si se quiere comprender la lógica de este tipo de instituciones jurídicas, necesariamente se debe acudir a la fuente, y ella es, en este caso, el derecho inglés y norteamericano. Nociones como “*plea guilty*” y “*plea bargaining*” del derecho angloamericano ilustran sobre el origen del “principio de oportunidad”; pero deben analizarse, dentro del marco de la cultura jurídica y política de los países en los cuales se aplican. En segundo lugar, el transplante de instituciones de una cultura jurídica a otra, es viable en cuanto no resulte incompatible con las normas superiores del país al cual se están transplantando. Lo anterior significa, en términos prácticos, que un fiscal colombiano podría incurrir en una grave responsabilidad penal por omisión, si se abstiene de dar impulso a la acción penal por fuera de los casos taxativos del principio de oportunidad. Y, en tercer lugar, porque las facultades del Juez también son sustancialmente diferentes dependiendo del sistema dentro del cual esté actuando.

En el derecho procesal penal colombiano, a partir de la vigencia de la ley 906 de 2004, las preguntas del ejemplo inicial solo pueden responderse afirmativamente en limitados casos. Y esto es así por razones constitucionales. El reconocimiento de responsabilidad del imputado, cuando es voluntario, espontáneo y legítimo, debe dar lugar, por expresa previsión legal, a una significativa reducción punitiva; y en este caso, hay coincidencia con el derecho norteamericano. Pero en lo que tiene que ver con las restantes hipótesis, la discrecionalidad no es tan amplia.

No es objeto de este módulo el análisis en detalle del principio de oportunidad; sin embargo, desde la perspectiva de la estructura del proceso sí es pertinente llamar la atención sobre las diferencias y, especialmente, las limitaciones, que en el derecho nacional, tiene la aplicación de las facultades discrecionales.

Mientras en el derecho norteamericano, la discrecionalidad es una consecuencia, apenas obvia, del principio dispositivo y por lo tanto constituye la regla general del sistema procesal penal; en derechos, como el colombiano, apenas constituye una excepción explícita y rigurosamente limitada por la constitución política. La regla general entre nosotros es el principio de legalidad y la excepción, cuando es del caso aplicarla, es la oportunidad.

Conforme a la estructura del proceso penal previsto en la ley 906 de 2004, si hay lugar a aplicar el principio de oportunidad, la Fiscalía se lo debe plantear al Juez de Control de Garantías (arts. 66 y 322 C. de P.P.), quien debe realizar, respecto del mismo, un control de legalidad. De aquí se derivan varias consecuencias importantes, entre las cuales, cabe destacar las siguientes:

- Las únicas hipótesis de discrecionalidad –reglada- toleradas en materia penal son las previstas para la aplicación del principio de oportunidad. En los demás casos gobierna el principio de legalidad, incluyendo los acuerdos entre Fiscalía y procesado.
- El único funcionario competente para realizar el control de legalidad, sobre estas formas de discrecionalidad reglada, es el Juez de Control de Garantías. Por expresa disposición legal, la competencia para pronunciarse, acerca de la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, corresponde exclusivamente al Juez de Control de Garantías. Esto significa que el juez de conocimiento solo debe pronunciarse en materia de legalidad.
- Cualquier otra expresión de ejercicio discrecional de la acción penal no solo sería ilegal, sino inconstitucional.

2. LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS

Otra figura de contenidos compatibles con el derecho procesal penal norteamericano, es la correspondiente a las estipulaciones probatorias. Conforme al parágrafo del artículo 356, la Fiscalía y el acusado (junto a su defensor) pueden llegar a acuerdos acerca de los temas a debatir en el juicio oral. Esto quiere decir, que si algunos hechos o circunstancias se han admitido de común acuerdo por las “partes” acusadora y acusada, se hace innecesario debatir sobre tales aspectos durante el juicio oral.

Ejemplo. Pedro es acusado de homicidio culposo, por haber dado muerte a Juan al conducir imprudentemente un vehículo automotor.

At

Pregunta:

- ¿Es necesario que se practiquen pruebas, ante el juez, encaminadas a demostrar que Pedro conducía el vehículo?

Si el acusado no admite su intervención en el hecho, es claro que uno de los aspectos que deberá ser objeto de prueba será, precisamente, qué persona conducía el vehículo que provocó la muerte de Juan. Pero si el acusado no cuestiona su intervención en el suceso; y enfoca su defensa en el sentido de demostrar que no infringió ninguna de las reglas de tráfico automotor, la estipulación probatoria sería procedente.

Sin embargo, a modo de reflexión, es importante indagar sobre las hipótesis en las que la estipulación probatoria entraña un ejercicio discrecional de la acción penal por parte de la Fiscalía, de común acuerdo con el acusado. Supóngase, por ejemplo, que de común acuerdo se dan por probados hechos que excluyen una causal de agravación punitiva que ha sido constatada por la Fiscalía, o elementos fácticos que conducen a una tipificación de menor entidad. ¿Es esto susceptible de hacerse a través de estipulaciones probatorias?

Nuevamente la respuesta tiene que ver con el modelo procesal adoptado, pero no por razones simplemente teóricas, sino por razones constitucionales: las únicas manifestaciones de discrecionalidad reglada admitidas por la Constitución Política Colombiana son las previstas como causales de aplicación del principio de oportunidad, cuya aplicación depende del control de legalidad que efectúe el Juez de Control de Garantías. Las estipulaciones ampliamente discrecionales, que pueden ser admisibles en otros países, son en principio opuestas a la normatividad superior de nuestro país.

B. ALGUNOS ASPECTOS COINCIDENTES CON EL MODELO CONTINENTAL EUROPEO

1. LA DIVISIÓN DEL PROCESO EN DOS ETAPAS

Ejemplos: La Fiscalía formula imputación contra Pedro por haber, presuntamente, causado lesiones personales a varias personas a través de la distribución de alimentos y bebidas en estado de descomposición. Transcurridos 30 días la Fiscalía

no logra reunir elementos materiales de prueba que le permitan formular acusación, razón por la cual, el Fiscal investigador es desplazado y asignado el caso a otro funcionario que, transcurridos otros 30 días no puede formular acusación y solicita al Juez de Conocimiento que se precluya la investigación.

At

Preguntas:

- ¿Por qué adquiere el procesado derecho derivado del transcurso del tiempo?
- ¿Pueden prolongarse las etapas procesales de manera indefinida?
- ¿Qué otros derechos y prerrogativas adquiere Pedro, a partir de la formulación de imputación?

Una diferencia sustancial entre el modelo acusatorio continental europeo y el angloamericano, consiste en que el primero suele dividir el proceso penal en dos grandes etapas: investigación y juicio. En el segundo, solo se entiende que existe proceso, a partir de la formulación de acusación. Esta diferencia en la manera de entender el proceso, aparentemente formal, tiene un origen histórico importante y consecuencias prácticas, aún más trascendentes.

En efecto, el proceso penal angloamericano se inspira en el proceso contencioso civil romano y sigue, de manera estricta, sus lineamientos: se inicia con la formulación de una demanda (en este caso la acusación); supone el enfrentamiento de dos partes en condiciones de igualdad (demandante y demandado en el proceso civil, acusador y acusado en el proceso pena); las partes disponen con autonomía de sus pretensiones y excepciones, respectivamente.

Desde este punto de vista, el juez cumple un papel de árbitro (umpire), que se atiene al derrotero que tracen las partes. Como puede verse, lo fundamental del llamado “principio dispositivo” radica en la asimilación radical que se hace del proceso penal con el proceso contencioso civil. En Europa continental, esta asimilación se fue rechazando, progresivamente, tal vez a causa de la influencia que ejerció el derecho bárbaro en sus instituciones jurídicas; pero más específicamente, por el impacto que causó la experiencia de la inquisición en esta cultura jurídica.

Los europeos continentales no admiten que el objeto del proceso penal sea asimilable al objeto de un proceso contencioso civil; no aceptan que como regla general el órgano acusatorio estatal pueda disponer de la acción penal, con la misma autonomía, que el titular de un derecho subjetivo puede disponer de la acción civil; tampoco entienden que los extremos enfrentados en un proceso penal -órgano acusador y particular acusado- sean iguales en esencia.

Cuando se establecen las diferencias entre las tradiciones angloamericana y continental europea, en cuanto a la forma de entender el proceso penal, se facilita la comprensión de por qué, en el ejemplo planteado, la falta de acusación en un lapso razonable, una vez formulada la imputación, puede dar lugar, en el derecho procesal penal colombiano, a que se profiera preclusión de la investigación. En efecto, como el proceso penal no se inicia con la acusación, la fase anterior a ésta tiene implicaciones muy importantes, pues las actividades de investigación se regulan y se condicionan. Obsérvese que:

- El acusador no se entiende como un particular común y corriente, sino como un órgano estatal, que tiene responsabilidades en el ejercicio diligente y eficaz de sus funciones.
- La investigación no se entiende, simplemente, como una fase previa a la acusación, sino que se considera una etapa procesal propiamente dicha, dentro de la cual existen sujetos procesales con deberes y derechos detalladamente reconocidos. Por esta razón, la formulación de imputación constituye un punto de referencia importante para efectos de la prescripción de la acción penal y también para la contabilización del término de investigación, cuyo transcurso no es indiferente.
- Sin haberse iniciado la etapa del juicio, pueden adoptarse decisiones con efectos de “cosa juzgada”.
- El objeto procesal no se delimita, exclusivamente, con la formulación de la acusación, sino que se perfila a lo largo de la investigación y viene a concretarse con la acusación. Por lo tanto, el objeto del proceso no es asimilable a una pretensión de un proceso civil, que solo surge con la demanda.

En suma, la separación de por lo menos dos etapas procesales, perfectamente definidas, es una característica del proceso penal previsto en la ley 906 de 2004, coincidente con la tradición jurídica continental europea, que no solo sirve para identificar rasgos teóricos, sino que tiene importantísimas consecuencias prácticas, entre las cuales, la más importante, consiste en la no aceptación de la asimilación entre procesos penales y procesos civiles, o, lo que es lo mismo, el rechazo del llamado principio dispositivo, como regla general, en el proceso penal.

Al seguir el Código la tradición continental europea en esta materia, se parte del supuesto de que el objeto del proceso penal reviste perfiles de orden público y, por lo tanto, la interpretación de las reglas de procedimiento debe ser acorde con esta forma de comprender el proceso.

De otra parte, desde la perspectiva de la estructura del proceso, la omisión de etapas conduce indefectiblemente a la ineficacia de la actuación subsiguiente.

Esta irregularidad, que por ser extremadamente burda no es frecuente, es del tipo que afecta la estructura lógica del proceso y consiste en la omisión (no en la tramitación defectuosa) de una etapa o acto procesal indispensable.

El legislador ha previsto eventos en los que la etapa de investigación y la de acusación pueden entenderse surtidos sin su ocurrencia real, como es el caso de la sentencia que se precipita cuando el imputado acepta los cargos (art. 293 C. de P.P.). Este, que es un buen ejemplo de un procedimiento abreviado, implica la permisón legal de omitir etapas procesales dados ciertos presupuestos. En los demás casos, que constituyen la regla general, las etapas previstas legalmente son obligatorias y deben surtirse necesariamente.

Ejemplo: Durante la etapa de indagación, la Fiscalía ha recaudado elementos materiales de cognición que le permitirían formular acusación inmediatamente.

A

Preguntas:

- ¿Puede abstenerse la Fiscalía de Formular imputación y optar directamente por formular acusación? El discente, al plantearse el interrogante, debe imaginar las consecuencias en uno u otro escenario.
- ¿El término de investigación es un término máximo o es un término que debe cumplirse necesariamente? ¿Cuáles cree el lector que serían las situaciones que podrían presentarse en uno u otro evento?

Si el legislador previó, como regla general, un trámite compuesto de dos etapas, es porque metodológicamente ha considerado que ellas son necesarias para los fines del proceso. En otras palabras, no se trata de un capricho, ni de un desliz, sino de pasos necesarios para llegar a los fines procesales. En el caso de la etapa de investigación, es claro que a través de ella se pretenden garantizar derechos del imputado, formalizando la actuación, permitiendo el ejercicio del derecho de defensa y generando consecuencias relevantes.

Las anteriores consideraciones tienen como propósito demostrar que el análisis de esta parte de la estructura procesal debe hacerse de manera sistemática, valorando, entre otras, las siguientes normas: artículos 118, 119 y 126, (relativos al imputado), artículo 175 (relativo al término con que cuenta la Fiscalía para formular acusación o solicitar preclusión de la investigación), artículo 267 y siguientes, relativos a las facultades de quien no ha adquirido la calidad de imputado, artículos 286 y 287 (relativos a la formulación de la imputación), artículo 290

(relativo al derecho a la defensa), artículo 292 (relativo a la interrupción de la prescripción de la acción penal), artículo 331 (relativo a la preclusión de la investigación), artículo 336 (relativo al escrito de acusación); artículos 338 y siguientes (relativos a la formulación de acusación) y artículos 344 y siguientes (relativos al descubrimiento de pruebas).

Los anteriores artículos ponen de manifiesto que antes de la formulación de la imputación no existe proceso penal propiamente dicho; la persona indiciada de la comisión de un delito no adquiere todavía ni el status, ni las facultades de imputado; la prescripción de la acción penal transcurre ininterrumpidamente conforme a las reglas básicas del Código Penal; no existe término distinto al de la prescripción para el adelantamiento de labores de indagación; no existe el deber de comunicar al indiciado que se adelanta una investigación⁴ (en sentido genérico) en su contra, etc. También se deduce de las normas mencionadas que la investigación (en sentido estricto) supone una actividad regulada, respecto de los intervinientes, tanto en sus deberes, como en sus derechos y facultades. Durante la investigación, la aceptación de cargos comporta una reducción punitiva superior a la que obtendría el acusado durante la etapa subsiguiente.

De otra parte, queda claro que el inicio formal del proceso se da con la formulación de la imputación, acto que sirve de referencia para: interrumpir el término de prescripción de la acción penal; iniciar la contabilización del término de investigación (en sentido estricto); permitir la toma de decisiones con efectos de cosa juzgada y para que se puedan surtir ciertas actuaciones, tales como, la imposición de medida de aseguramiento (solo aplicable al imputado al tenor del art. 308) y la práctica de pruebas anticipadas (art. 284).

Por lo tanto, es importante precisar que, conforme a la ley 906 de 2004, existe una inequívoca división del proceso penal en dos grandes etapas: investigación y juzgamiento, con una fase preprocesal, la indagación, de insuficiente y necesaria regulación; y una fase de transición o de preparación del juicio oral, comprendida entre la audiencia de formulación de imputación y la iniciación del juicio oral.

Uno de los principales cuestionamientos que surgen, como ya se mencionó,

4 La expresión “investigación”, como muchas otras, es empleada por la ley 906 de 2004 de manera equívoca, pues en algunos artículos refiere de manera genérica la actividad de la Fiscalía a la de la Policía Judicial a partir de la ocurrencia del hecho, y en otras ocasiones se refiere a la etapa comprendida entre la formulación de la imputación y el escrito de acusación. Por eso, es necesario aclarar si la expresión se está empleando en sentido genérico (acto de investigación) o estricto (etapa de investigación propiamente dicha).

es el que tiene que ver con el carácter máximo o necesario del término de 30 días previsto en el artículo 175. Para aclarar la problemática involucrada conviene plantear el siguiente ejemplo.

Durante varios años se adelantan labores de indagación respecto de Pedro, quien está indiciado de la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito. Durante ese lapso se analiza su información financiera, se hace un estricto seguimiento a su actividad económica, se efectúan complejos estudios contables, hasta que la Fiscalía estima que ha recopilado suficientes medios cognitivos y opta por formular imputación. Dos días después, formula escrito de acusación.

At

Preguntas:

- ¿Se ha garantizado a Pedro el ejercicio del derecho de defensa?
- ¿Puede entenderse que es equilibrada la oportunidad para el recaudo de elementos materiales probatorios, evidencia física e información?
- ¿Es legítimo y, acorde con el Bloque de Constitucionalidad, el desarrollo de investigaciones secretas cuando el Estado ha identificado al presunto infractor y tiene conocimiento de su localización?

El ejemplo, que es extremo, destaca el desequilibrio al que puede llegarse y la situación de indefensión material, a la que puede avocarse a una persona, si se entiende que el término de investigación, es un término máximo. De acuerdo con este planteamiento, la Fiscalía podría formular escrito de acusación, inmediatamente después de culminada la audiencia de formulación de imputación. En este caso, el derecho a la defensa quedaría reducido a un reconocimiento formal, carente de eficacia, ya que Pedro y su Defensor contarían solo con unos pocos días para refutar los cargos, que durante años pudo preparar la Fiscalía.

El anterior es uno de los aspectos sobre los cuales, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, habrán de señalar derroteros. Mientras tanto, debe insistirse en que la aplicación de las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal, debe conciliarse con la normatividad superior.

Una alternativa para el anterior propósito, consiste en dar aplicación a los tratados internacionales sobre derechos humanos, que establecen el derecho de toda persona a ser enterada, sin demora, de la existencia de cualquier investiga-

ción (en sentido general) que se adelante en su contra⁵. De esta manera, se le permite la recaudación paralela de medios cognitivos, evidencia física e información y, en consecuencia, bien puede entenderse que el término previsto en el artículo 175, es un término máximo y sería admisible que se formulara escrito de imputación, inmediatamente después de culminada la audiencia de formulación de imputación.

Por el contrario, si el imputado es enterado de los cargos en su contra solo en la audiencia de formulación de imputación, el lapso de 30 días del que habla el artículo 175, apenas podría entenderse como razonable, o en los términos de los tratados internacionales, como una oportunidad adecuada para la preparación de su defensa.

2. PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD SOBRE EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Ejemplo 1:

Pedro, sicario de ocupación, lanza una granada contra Diego, Pablo y Juan, quienes gracias a una asistencia médica oportuna, logran sobrevivir a pesar de las graves heridas que sufrieron.

At

Preguntas:

- ¿Puede el Fiscal llegar a un acuerdo con Pedro para imputarle lesiones personales a título de culpa?
- ¿De llegar a hacerlo, tiene el juez la obligación de aceptar ese acuerdo?

Ejemplo 2:

Las autoridades interceptan un cargamento de varias toneladas de cocaína. Con el ánimo de encubrir a otra persona, Pedro se auto-incrimina y acepta los cargos formulados en su contra.

At

Pregunta:

- ¿Debe el Juez, en todos los casos, proceder a condenar cuan-

⁵ Así lo prevén los artículos 16-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

do la aceptación de responsabilidad ha sido voluntaria, libre y espontánea?

Ejemplo 3:

Pedro da muerte a una persona; es capturado en el lugar de los hechos pocos minutos después y acepta la imputación fáctica, sin advertir, por falta de conocimientos jurídicos, que concurre en su favor una causal de justificación.

At

Pregunta:

- ¿Si hay aceptación de cargos, está el juez en la obligación de aceptarla?
- ¿Puede el Juez indagar al imputado sobre su conocimiento acerca de las consecuencias de su aceptación de los cargos?
- ¿Está el juez en la obligación de condenar por el delito de homicidio si es evidente la causal de justificación y esta no ha sido alegada por la defensa?

Las tres hipótesis sugeridas son extremas, pero no ajenas por completo a nuestra realidad. La primera plantea la situación que se enfrentaría ante un comportamiento excepcional de error o mala fe del funcionario investigador y acusador. La segunda advierte sobre los desvíos a los que puede ser inducida la administración de justicia, por parte de organizaciones criminales. La tercera hace referencia a una aceptación desprevenida de una imputación fáctica, que no repara en supuestos jurídicos, evidentes para el juez, de no responsabilidad.

Lo primero que debe advertirse, al analizar estos supuestos, es que metodológicamente el procedimiento previsto por la ley 906 de 2004, deja la investigación y, en consecuencia, la carga de la prueba, en manos de la Fiscalía. Esto significa que en concordancia con la Constitución Política, la carga de diligencia en la persecución penal corre por cuenta de ese organismo; no en condiciones de discrecionalidad, como ya se advirtió, sino como un deber que solo admite como excepciones los limitados eventos en que procede la aplicación del principio de oportunidad. En otras palabras, constitucionalmente imperan los principios de persecución oficiosa y necesaria (art. 250 C.P.P), no la disposición discrecional de la acción penal.

En consecuencia con lo anterior, como regla general, no le corresponde al Juez corregir las eventuales deficiencias de la investigación y deberá fallar con

fundamento en los aportes probatorios de las partes. Pero tampoco cabe duda de que, constitucionalmente, el Juez es el supremo garante de la legalidad y, por lo tanto, no tiene por qué tolerar con indiferencia situaciones como las planteadas en los ejemplos. En casos extremos como los planteados, en nuestra opinión, puede excepcionalmente el Juez inaplicar el artículo 361 que prohíbe, de manera genérica, el decreto de práctica de pruebas de oficio.

Desde el punto de vista constitucional, esta interpretación se apoya en el contenido, entre otros, de los artículos 4º, 6º, 86, 89, 91, 92, 93, 228, 230 C.P., que determinan la prelación de las normas constitucionales, en el ordenamiento jurídico nacional; la justicia material como propósito de la administración de justicia, derivado de la orientación de la misma a la eficacia del derecho sustancial; la sujeción de los funcionarios judiciales, al imperio de la ley, y no a los acuerdos, de cualquier índole, entre particulares o entre éstos y los servidores públicos.

En tanto se produzca un pronunciamiento definitivo sobre la constitucionalidad del artículo 351, es importante poner de presente que, además de la prelación de los preceptos constitucionales, la sistemática misma del Código permite afirmar que el principio de persecución oficiosa y necesaria, es la regla general y que solo cabe como excepción, y de manera muy limitada, hablar de algunas manifestaciones del principio dispositivo. Esto, en nuestra opinión, es un tema de gran importancia, pues aparentemente, algunos textos legales, como el contenido en el inciso 4º del artículo 351, los acuerdos entre la Fiscalía y el acusado obligan al Juez de Conocimiento. Se plantea que solo en apariencia por cuanto de la manera no más técnica, la propia norma contempla como excepción el desconocimiento o quebranto de garantías fundamentales, entre las cuales se encuentra los derechos de toda la ciudadanía a que los fallos correspondan a la justicia material, pero especialmente los derechos del procesado y de las víctimas, que por igual deben ser garantizados, objetiva e imparcialmente, por el Juez.

De hecho, el artículo 368 prevé que cuando el acusado ha hecho manifestación de culpabilidad, no debe el juez limitarse a aceptarla, sino que debe verificar sus condiciones de validez, indagar si la persona está actuando libre y espontáneamente, con conocimiento de las consecuencias de sus actos.. Obsérvese que esta es una actividad enmarcada en el contexto general de la actividad judicial en Colombia, encaminada esencialmente a la realización de la justicia material y no a la adopción de decisiones como actos mecánicos de justicia formal.

En relación con la pregunta ¿cómo puede el juez “verificar” que el acusado actúa de manera libre?, es evidente que el Código no lo dice y no tiene por qué decirlo. Se entiende que el Juez cuenta con un amplio margen de posibilidades,

dependiendo de las circunstancias que le permitan intuir, en un determinado caso, que puede estar presentándose alguna situación anómala o irregular. Lo cierto es que el propio Código prevé, no solo la posibilidad de que el juez rechace, por violación de garantías fundamentales, los acuerdos y aceptaciones de responsabilidad, sino que además, le ordena al juez que, oficiosamente, realice actos de verificación.

Además, el art. 397 contempla expresamente la intervención del juez en la práctica de la prueba testimonial, facultándolo incluso, como es apenas obvio, para la formulación de preguntas cuando considere que no existe suficiente claridad sobre aquello que se pretende saber a través del testigo. Si en esta materia se aplicara el principio dispositivo, las deficiencias del interrogatorio de las partes, no tendrían por qué ser superadas oficiosamente por el Juez, situación que ratifica el argumento que se viene sosteniendo. Analógicamente, nada impide, que en el caso de las pruebas periciales, cuente el juez con idénticas facultades; pues en últimas, la prueba pericial se va a materializar como un testimonio técnico del perito.

Finamente, no sobra mencionar que en países que desarrollan un procedimiento acusatorio de tendencia continental europea, como España, se han producido claros pronunciamientos del Tribunal Constitucional ratificando las excepcionales facultades oficiosas del Juez, en aras del establecimiento de la verdad material y la realización de la justicia, sin que tal situación pueda cuestionar la objetividad e imparcialidad del funcionario judicial, ni la estructura del proceso⁶.

III. CONCLUSIONES

Las reflexiones anteriormente explicitadas sobre la estructura del proceso penal, contemplado por la ley 906 de 2004, permite concluir:

- 1.- La ley 906 consagra un procedimiento con dos grandes etapas, investigación y juzgamiento. Puede también diferenciarse una fase previa al proceso propiamente dicho, denominada indagación, y una fase intermedia de preparación para el juicio oral.
- 2.- El proceso penal previsto en la ley 906 de 2004, no se inicia con la acusación, como ocurre en los sistemas de tendencia angloamericana, sino con la formulación de imputación, que da inicio a la etapa de investigación.

⁶ Sobre el particular puede verse, entre otras, la sentencia STC 188/2000, de 10 de julio de 2000, Segunda Sala del Tribunal Constitucional Español.

- 3.- El Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004) acoge, con notorias limitaciones, instituciones procedentes del derecho procesal angloamericano, instituciones procedentes de la tradición continental europea (la mayor parte), y algunas de su propia iniciativa. En términos generales, no por razones teóricas sino por coherencia sistemática con el modelo jurídico acogido por la Constitución Política, puede afirmarse que la ley 906 de 2004, se inclina más hacia los modelos acusatorios de tendencia continental europea, que hacia los de origen angloamericano.
- 4.- Como regla general, los jueces deben permitir que los sujetos procesales marquen la pauta del desarrollo del proceso, en cuanto a la delimitación de su objeto, la posibilidad de concertar los hechos materia del debate, las pruebas a practicarse para la demostración de los hechos, que respalden sus intereses, entre otros aspectos. Pero los jueces penales colombianos, de control de garantías o de conocimiento, son esencialmente garantes de la legalidad y, por esta razón, solo están sometidos al imperio de la ley. Dado que el sistema jurídico, en general, se encamina hacia la determinación de la verdad material y a la eficacia del derecho sustancial, excepcionalmente puede el juez desarrollar labores oficiosas.
- 5.- El término de instrucción debe entenderse como un término máximo, es decir, no debe necesariamente agotarse en su integridad, pero solo bajo el supuesto de que se entienda, conforme al bloque de constitucionalidad, que toda persona debe ser enterada oportunamente sobre las investigaciones (en sentido general) que se adelanten en su contra. Los vacíos en la regulación de la etapa de indagación, deben ser superados con el referente del bloque de constitucionalidad.
- 6.- El principio dispositivo solo rige, de manera moderada, en el sistema procesal penal colombiano. En este sentido, las únicas actuaciones susceptibles de discrecionalidad reglada, conforme al artículo 250 Constitucional, son las previstas como hipótesis de aplicación del principio de oportunidad. Todas las demás actuaciones de la Fiscalía y de los Jueces, están gobernadas por el principio de legalidad y sus derivados procesales de la persecución oficiosa y necesaria.

Ca

- Enuncie cinco características, que en su criterio, identifiquen al proceso penal colombiano.
- Explique, brevemente, ¿cuál es la razón histórica, cultural y política, que en su criterio explica la razón de ser de esas características particulares del proceso penal colombiano?
- ¿Dentro de la estructura del proceso penal colombiano (ley 906 de 2004) identifica usted. alguna o algunas instituciones característicamente inquisitivas? ¿Por qué?

UNIDAD 2

ESQUEMA METODOLÓGICO DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN LA LEY 906 DE 2004



En esta unidad se invita al discente a comprender el proceso penal en su dinamismo, esto es como método de administrar justicia, más que como un conjunto estático de ritos. El propósito central consiste en desarrollar destrezas que permitan al discente interpretar las normas procesales conforme a sus fines y funciones.



- Contrastar los procedimientos anteriores a los contemplados en la Ley 906 de 2004, para resaltar las diferencias.
- Identificar el por qué de los cambios, para afianzar la necesidad de superar los arraigos a los modelos procesales precedentes. Para tal efecto, es importante que el discente, con base en su experiencia, reflexione sobre sus propios arraigos y la conveniencia o no de superarlos.

I. FORMACIÓN DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD. PROGRESIVIDAD O CONFIGURACIÓN ABSOLUTA EN UNA ETAPA PROCESAL

Ejemplo:

La Fiscalía formula imputación a Pedro, por la comisión de un presunto delito de homicidio, y solicita al Juez de Control de Garantías que le imponga medida de aseguramiento, por cuanto se tiene conocimiento de su intención, de fijar su residencia fuera del país, para evadir una eventual orden de privación de la libertad.

At

Preguntas:

- ¿La imposición de medida de aseguramiento supone un principio de demostración de la presunta responsabilidad penal? ¿Cree el lector que las medidas de aseguramiento pueden y deben anticipar los efectos de una declaratoria de responsabilidad penal?
- ¿Lo decidido por el Juez de Control de Garantías es vinculante para el Juez de Conocimiento?

Es conveniente que el discente se plantee los interrogantes asumiendo los distintos roles e identificando los aspectos positivos y negativos de cada hipótesis.

Uno de los aspectos más controversiales del procedimiento previsto en la ley 906 de 2004 tiene que ver con los fundamentos de la medida de aseguramiento. En las legislaciones anteriores, en el curso de la investigación el Fiscal, en ejercicio de facultades judiciales, decidía si imponía medida de aseguramiento o no, expresando así un primer juicio sobre la presunta responsabilidad del procesado. Un sector importante de la doctrina afirmó, en su momento, que la medida de aseguramiento debía entenderse como una manifestación del progresivo debilitamiento de la presunción de inocencia a lo largo del proceso, hasta culminar con la sentencia condenatoria. De esta manera se entendía que a lo largo del proceso penal se iban adoptando decisiones, cada vez más exigentes en términos probatorios, que se fundamentaban en la presunta responsabilidad penal del procesado.

La expedición de un nuevo estatuto procesal penal de características acusatorias, exigía, entre otras cosas, diseñar un modelo conceptual de Juez de Conocimiento que preservara plenamente su objetividad e imparcialidad. Esta necesidad dio lugar a que sistemáticamente se previeran diversos mecanismos que permitieran mantener al Juez de Conocimiento libre de “contaminaciones”; es decir, ajeno a cualquier forma de pre juzgamiento o de inclinaciones, a favor o en contra, de alguno de los sujetos enfrentados en el debate procesal. Entre tales mecanismos pueden mencionarse, a modo de ejemplo, los siguientes:

- Se reserva la calidad de *prueba* al medio de convicción que se presenta ante el Juez de Conocimiento, con la excepción de las pruebas anticipadas.
- Se crean los Jueces de Control de Garantías, para que ante ellos se formulen las cuestiones preliminares y accesorias.
- Se conciben causales de impedimento, para el Juez de Conocimiento, cuando quiera que deba realizar pronunciamientos anticipados que puedan generar cuestionamientos sobre la preservación de la imparcialidad y objetividad, al momento de la realización del juicio oral.

- La anulación del juicio cuando no se cumplan los principios de concentración e inmediación del juicio oral.

En resumen, la idea de Juez de Conocimiento que sistemáticamente intenta desarrollarse en la ley 906 de 2004, es la de un funcionario que no ha tenido contacto previo con nada que tenga que ver con el asunto que se somete a su decisión; que se entera del objeto del debate, de manera directa e inmediata; y que se forma un juicio, carente de contaminaciones, por su propia percepción de las pruebas, y no por la valoración que terceros hayan hecho de las mismas.

Si se contrastan los dos modelos, podrán advertirse las diferencias sin dificultad. En el modelo previo a la ley 906 de 2004, el juicio de responsabilidad se edificaba progresivamente a lo largo del proceso, razón por la cual algunas personas llegaron a sostener que, de la misma manera, la presunción de inocencia se iba debilitando progresivamente. En este sentido, cuando el proceso llegaba al juez de conocimiento, éste recibía no solo un volumen significativo de pruebas ya practicadas, sino, además, una carga importante de información correspondiente a juicios de presunta responsabilidad del procesado, elaborados por terceros.

En efecto, en el *antiguo sistema*, el Juez de Conocimiento, se enteraba del objeto del debate por la resolución de acusación, en cuyo contenido encontraba el relato de los hechos, la calificación jurídica de los mismos, la valoración de las pruebas existentes en el expediente y la argumentación, contra los planteamientos de la defensa, desde la perspectiva del acusador.

Pero en otros casos, que no eran extraños, el Juez de Conocimiento también recibía la decisión que impone medida de aseguramiento y los pronunciamientos de la segunda instancia de la Fiscalía. Si bien el Juez debía, teóricamente, acoger, con independencia, tal información, lo cierto es que se constituía en una pesada carga, especialmente cuando los distintos pronunciamientos precedentes provenían de diversas personas, porque, en tal evento, existía coincidencia de un número plural de funcionarios judiciales afirmando la presunta responsabilidad del procesado y compartiendo los juicios de valoración probatoria.

En el *nuevo sistema*, por el contrario, se intenta que el Juez de Conocimiento no reciba de ningún otro funcionario un juicio previo de presunta responsabilidad del acusado. En otras palabras, estructuralmente el proceso de la ley 906 de 2004 está concebido para que no haya una progresiva formación del juicio de responsabilidad a lo largo del trámite, ni un supuesto debilitamiento de la presunción de inocencia antes de la sentencia. Si bien en la práctica, puede parecer iluso esperar que el Juez no reciba información o preconceptos ajenos, normativamente lo que se pretende es hacer el mejor esfuerzo por evitar contaminaciones de la objetivi-

dad e imparcialidad, de quien ha de tomar la decisión, sobre la responsabilidad penal del acusado.

En la discusión sobre la forma de aplicar el *nuevo sistema* se han planteado básicamente dos tesis diferentes sobre si el Juez de Control de Garantías debe hacer o no un pronunciamiento sobre la presunta responsabilidad del imputado, cuando impone medida de aseguramiento. ¿Cuáles considera, el lector, que sean las ventajas y desventajas de cada una de estas posturas?

La primera de tales posturas sostiene que la medida de aseguramiento requiere un mínimo de demostración de la presunta responsabilidad penal lo cual implica, que el Juez de Control de Garantías estaría en el deber de valorar elementos materiales cognitivos sobre la presunta responsabilidad penal, y emitiría un juicio anticipado, pero no vinculante para el Juez de Conocimiento, sobre la presunta responsabilidad penal del imputado.

En el ejemplo propuesto, para imponer medida de aseguramiento, el Juez de Control de Garantías, debería contar con elementos de juicio que le permitan suponer razonablemente que Pedro es responsable del delito por el cual se le investiga. Además, debe contar con elementos de convicción acerca de la necesidad de la afectación de los derechos del imputado, para evitar que evada la acción de la justicia, que ponga en peligro a la sociedad o a las víctimas, o que pueda alterar los medios de prueba.

La segunda postura sostiene que el juicio que conduce a la imposición de medida de aseguramiento, es materialmente distinto a aquel que se realiza para determinar la responsabilidad penal del acusado. Esta tesis, que en lo particular acogemos, entiende que la medida de aseguramiento no es una forma anticipada de atribución de responsabilidad, ni mucho menos una expresión de debilitamiento de la presunción de inocencia, sino un mecanismo procesal con finalidades y condiciones autónomas.

Desde luego, debe existir un referente material que justifique una afectación tan grave de derechos fundamentales como la que implica la imposición de una medida de aseguramiento; pero tal referente material no es, desde esta perspectiva de análisis, un juicio anticipado de presunta responsabilidad, sino la constatación, a través de medios de cognición razonables, de dos aspectos concurrentes: de una parte, el carácter de presunto autor o partícipe del imputado en los hechos materia de investigación, y, de otra, la necesidad de la medida.

A partir de lo anterior surge la pregunta de ¿cómo pueden interpretarse las nociones de “presunto autor o partícipe”?

En lo que tiene que ver con el primer requisito (ver art. 308), esto es, que

el procesado pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, es claro que se trata de un componente del juicio de responsabilidad, pero dentro de un contexto limitado. En efecto, la redacción del artículo 308 podría interpretarse por lo menos de dos maneras: con estricto rigor dogmático, o, genéricamente, como sinónimo de interviniente material en el hecho investigado.

Si se parte del supuesto de que cuando el artículo 308 hace referencia a autores y partícipes lo hace conforme a sus connotaciones dogmáticas, se tendría que admitir, entonces, que para imponer medida de aseguramiento se debería hacer una valoración compleja que comprendería, no solo el aporte material de una persona en la ejecución de un hecho, sino, el acuerdo previo, para el caso de los coautores, la imputación subjetiva.

Por el contrario, si se entiende que el presupuesto de la medida es la existencia de información, evidencias o elementos de cognición, que permitan al Juez de Control de Garantías, inferir razonablemente la intervención material del imputado en los hechos; no solo se simplifica el objeto de valoración, sino que se robustecería la estructura metodológica del nuevo procedimiento.

De lo anteriormente expuesto se deduce, que para legitimarse la afectación de derechos fundamentales, a lo largo de un proceso, se requiere un referente material mínimo, que en este caso sería la inferencia fundada de que el imputado intervino en el suceso investigado. Pero la principal exigencia demostrativa radica en la necesidad de la medida, esto es, el Juez de Control de Garantías debe contar con un grado de convicción suficiente acerca de la probabilidad de que el imputado obstruya la acción de la justicia o ponga en peligro a las víctimas.

Queda claro que no se trata de una medida basada en requisitos meramente formales. Por el contrario, es incuestionable que una decisión de esta naturaleza, debe contar con un fundamento material, que no consiste, como en el antiguo sistema, en la presunta responsabilidad penal del procesado, sino en la necesidad, razonablemente comprobada, de afectar al imputado a lo largo del proceso, siempre y cuando se pueda inferir, de manera también razonable, que intervino materialmente en la realización del hecho que se le imputa.

Como ya se indicó, en otros módulos⁷ se profundiza sobre la temática de la captura y las medidas de aseguramiento. En lo que aquí concierne, es necesario centrar la atención sobre las diferencias metodológicas entre la ley 906 de 2004 y los procedimientos previos a ésta, en lo atinente a la formación del juicio de

7 Ver Módulo Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Op.cit.

responsabilidad y su incidencia en la estructura metodológica del *nuevo sistema*.

Si la característica del *nuevo sistema* es la implementación de la máxima objetividad e imparcialidad del Juez de Conocimiento, parece claro que lo aconsejable sería la segunda opción, es decir, aquella que entiende que no es pertinente que el Juez de Control de Garantías haga un juicio anticipado de presunta responsabilidad y, dentro de ésta, debería también descartarse una valoración compleja sobre las nociones de autoría y participación y acogerse una noción más genérica, próxima a la de *intervención material en el suceso*.

De acogerse la tesis contraria podría desnaturalizarse el sentido del nuevo sistema, pues se generarían las siguientes consecuencias indeseables:

- Se anticiparía el debate probatorio, pues sería imposible que el Juez de Control de Garantías pudiera hacer un juicio de presunta responsabilidad sin tener acceso a los correspondientes elementos de prueba.
- Se induciría al Juez de Control de Garantías a ocuparse de las cuestiones de fondo, cuando sus funciones tienen la característica general de recaer sobre aspectos preliminares y accesorios.
- Se transmitiría al Juez de Conocimiento la idea de que los acusados que llegan al juicio oral, con medida de aseguramiento, tienen mayor probabilidad de ser responsables.
- Se fraccionaría la función de formación del juicio entre distintos funcionarios.
- Se mantendría un inconveniente arraigo a la lógica de los *sistemas antiguos*, impidiendo que se avance adecuadamente en la dirección pretendida por el *nuevo sistema*.

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es incuestionable que toda medida de aseguramiento implica un menoscabo indeseable de derechos de una persona; pero un juicio de ponderación adecuado puede llevar a la conclusión de que en casos excepcionales, como lo exigen los tratados internacionales sobre derechos humanos⁸, puedan sacrificarse, de manera moderada y razonable, tales derechos cuando tal sacrificio sea indispensable para la garantía de ciertos fines procesales; en el caso colombiano, contemplados en el artículo 308 de la ley

8 A lo largo del proceso, la libertad es la regla general, pues es una consecuencia lógica de la presunción de inocencia. Como quiera que todas las medidas de aseguramiento —no solo la detención— implican afectación de la libertad, su aplicación debe ser siempre excepcional y materialmente justificada. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos: “Art. 9-3 (...) La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguran la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”

906 de 2004, en concordancia con el inciso 2° del artículo 250 de la Constitución Política.

Si se entiende que la medida de aseguramiento, no entraña un juicio anticipado sobre la presunta responsabilidad, ni constituye un mecanismo prematuro de aplicación de sanciones penales, se le da el alcance que realmente le corresponde, esto es, el de un instrumento procesal, de carácter estrictamente transitorio, encaminado a viabilizar la eficacia del trámite y a proteger a las víctimas y a la sociedad, de eventuales afectaciones a lo largo del proceso. Esto significa que las decisiones, que sobre el particular adopte el Juez de Control de Garantías, no invaden la órbita funcional del Juez de Conocimiento.

En los distintos módulos los autores ofrecen argumentaciones disímiles sobre este tema particular. Es conveniente que el discente los identifique y los contraste en el proceso de formación de una postura propia.

II. EL OBJETO DEL PROCESO PENAL: LA IMPUTACIÓN. CARACTERÍSTICAS MÍNIMAS DE LA IMPUTACIÓN

Ejemplos:

1. Pedro le es infiel a su esposa, quien al enterarse pone estos hechos en conocimiento de las autoridades.

At

Preguntas:

- ¿Se legitima la intervención de la justicia penal en cualquier caso?
- ¿Cómo se identifican los hechos que carecen de relevancia penal?

2. Pedro dispara a los pies de Juan y le ocasiona una incapacidad medico-legal de veinte días.

At

Preguntas:

- ¿Cómo se determina la competencia y el procedimiento?
- ¿Qué consecuencias puede conllevar una errónea calificación de los hechos?

Las preguntas anteriores conviene responderlas asumiendo los distintos roles procesales. Una vez hecho este ejercicio cabe que el discente evalúe si sus

respuestas han sido idénticas en todos los casos, o tienen diferencia de enfoque dependiendo del rol asumido.

Los dos ejemplos que se proponen no parecen tener puntos en común; sin embargo, en el plano procesal, si pueden tener repercusiones análogas. La cuestión de fondo consiste en determinar si la denominación jurídica de los hechos es por entero prescindible, o si, por el contrario, por razones estructurales, ella es indispensable desde el inicio mismo de la indagación.

La Constitución Política (art. 250) asigna a la Fiscalía la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y de investigar los hechos que revistan las características de un delito. Al consagrarse tal obligación, a la vez se atribuye una competencia y unas facultades derivadas de la misma. Esto significa que a la par que se establece el deber de investigar los “hechos que revistan las características de un delito”, también se determina el órgano competente y se le asignan atribuciones y facultades para que pueda cumplir con ese deber.

El primer ejemplo tiene que ver con la situación que se presenta cuando una persona acude a la Fiscalía para solicitar que se investigue un hecho que no reviste las características de un delito. ¿Qué clase de actuación debe adelantar la Fiscalía?; ¿debe adoptar una decisión formal o solicitarla a un juez?

Dos respuestas distintas podrían plantearse. La primera de ellas afirmaría que, efectivamente, todo asunto que llegue al conocimiento de la Fiscalía debe ser objeto de un trámite formal. En caso de no ser procedente la formulación de imputación, su archivo solo podría disponerse por un juez de conocimiento, dado que no es facultad de la Fiscalía dar por terminadas las investigaciones con efectos de cosa juzgada. Apoya esta tesis el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de la constitucionalidad del artículo 78 del C. de P.P. al precisar que toda decisión que ponga fin a una actuación penal debe ser proferida por un juez de conocimiento, declarando inexecutable la expresión: “...Si la causal se presentare antes de formularse la imputación, el fiscal será competente para decretarla y ordenar como consecuencia el archivo de la actuación”, así como la expresión “a partir de la formulación de la imputación” contenida tanto en el artículo 78, como en el artículo 331 de la ley 906 de 2004.

La segunda respuesta, con la cual coincidimos, distinguiría dos grupos diferentes de casos: de una parte, aquellos en los que el carácter delictivo de un hecho (al margen de sus presuntos autores o partícipes) es evidente, o por lo menos posible, y, de otra parte, aquellos eventos en los que de manera manifiesta el

9 Ver sentencia C-591/05, M.P. Dra. Clara Ines Vargas.

hecho carece de características delictivas, situación en la cual debería simplemente dejarse constancia, por parte del funcionario correspondiente, de que se abstiene o se inhibe de plano de adelantar cualquier clase de actuación.

En el primer grupo de casos, la actividad investigativa se justifica como medio de la verificación del carácter delictivo del suceso, el cual, de ser corroborado, planteará, la necesidad de determinar los autores o partícipes y proseguir el trámite correspondiente. A esta hipótesis se refiere el artículo 78 del C. de P.P.

En el segundo grupo de casos, al no revestir el hecho las características de un delito, la competencia de la Fiscalía y sus correlativas facultades para investigar, carecerían de legitimación. A esta hipótesis pareciera referirse el artículo 79 del C. de P.P.

Es importante recordar que toda investigación criminal tiene la potencialidad de menoscabar derechos fundamentales (honor, intimidad, etc.), razón por la cual el artículo 250 constitucional circunscribe acertadamente la actividad de la Fiscalía a la investigación, de aquellos hechos que revistan características de delito y enfatiza, mas adelante: "...siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo."

Conforme a esta segunda interpretación, que acogemos, si el hecho que ha sido puesto en conocimiento de la Fiscalía carece de connotación delictiva de manera evidente, no habría lugar a que se despliegue ningún tipo de actuación por parte de la Fiscalía (distinta a dejar constancia de la situación), así como tampoco se haría necesario un pronunciamiento por parte de un Juez. Además del argumento gramatical, para llegar a esta conclusión existen razones de orden lógico y sistemático.

Desde el punto de vista lógico puede sostenerse que si la actividad investigativa de la Fiscalía estuviera legitimada en cualquier hipótesis, de apariencia delictiva o no, habría sido innecesaria la precisión que de manera insistente hace el artículo 250 de la Constitución Política, en el sentido de que éste ente solo debe investigar hechos que revistan características de delito, siempre y cuando existan suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Y desde un punto de vista sistemático, se hace necesario recordar que entre las razones que motivaron la implementación de un nuevo sistema procesal penal se encuentra la necesidad de descongestionar esta área de la administración de justicia. Estructuralmente, el nuevo procedimiento está concebido en función de agilizar los trámites, prescindir de formalidades inocuas y propiciar la celeridad y eficiencia de las actuaciones de las distintas autoridades. En este sentido, la prime-

ra interpretación parece ser incoherente con el nuevo esquema procesal penal, dado que lejos de agilizar los trámites y favorecer la descongestión del sistema, propugnaría por su formalización innecesaria.

Frente a la hipótesis que se plantea en concreto, las dos interpretaciones enfrentadas tendrían las siguientes repercusiones:

- a) Si se acoge la tesis según la cual toda *noticia criminis* debe dar lugar a un mínimo de actividad investigativa, en el caso planteado debería la Fiscalía constatar si Pedro efectivamente realiza o ha realizado actos de infidelidad conyugal, las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las mismas, a fin de descartar eventuales implicaciones delictivas y poder sustentar adecuadamente una solicitud de culminación de la actuación. Al hacerlo se invadiría de manera grave e injustificada la intimidad de las personas involucradas en estos hechos -ciertos o no- y se distraería la atención de fiscales, funcionarios de policía judicial y jueces en labores ajenas a sus funciones constitucionales y legales.

No sobra advertir lo irregular que resultaría el adelantamiento de actividades de investigación (y especialmente de indagación) sobre hechos sin la más mínima connotación delictiva, so pretexto de la existencia de una *noticia criminis* que da cuenta del mismo. Por esta vía podría interferirse no solo la intimidad de las personas, sino sus actividades sociales, comerciales, bancarias, religiosas, etc.

- b) Si se acoge la tesis según la cual la Fiscalía puede abstenerse o inhibirse de actuar respecto de hechos manifiestamente carentes de connotación delictiva, ante la denuncia formulada por la cónyuge de Pedro simplemente sería necesario dejar una constancia sobre la improcedencia de la investigación solicitada, de manera que la persona interesada, o el Ministerio Público si lo estima pertinente, puedan acudir ante un juez, en caso de irregularidad, para que controle la inactividad de la Fiscalía. El control judicial sería excepcional y rogado, y no automático y oficioso.

Sin embargo -y aquí está el punto de encuentro entre los dos ejemplos propuestos en este aparte- la determinación sobre el carácter posiblemente delictivo o no de los hechos solo puede realizarse asignando o excluyendo una calificación jurídico penal a tales hechos. En efecto, para saber si, en términos del artículo 250 constitucional, un hecho reviste características de delito, es necesario realizar un análisis, así sea sucinto, de tipicidad, y solo en caso de existir alguna adecuación probable se legitimaría la competencia de la Fiscalía para investigar.

Lo anterior significa que desde la Constitución Política se impone la necesidad de realizar calificaciones jurídicas provisionales de los hechos, pues sin ellas

sería imposible, entre otras cosas, determinar la legitimidad de la actividad investigativa, la competencia, el trámite a seguir, la caducidad de la querella, la prescripción de la acción, la clase de medida de aseguramiento imponible si es del caso, entre otros aspectos.

El segundo ejemplo permite ahondar en la reflexión. Si el disparo que hace Pedro contra Juan se califica como “lesiones personales”, no podría formularse imputación sin que previamente se convoque a una audiencia de conciliación. Pero, además, en el evento de plantearse una preclusión de la investigación, sería indispensable saber cuál es el juez de conocimiento competente, esto es, un penal municipal o un penal del circuito.

Anteriormente se destacó que, por razones constitucionales, el sistema procesal penal colombiano gira en torno del principio de legalidad y sus corolarios de persecución necesaria y oficiosa y, solo de manera excepcional, opera el principio dispositivo.

En lo que a los ejemplos planteados se refiere, la denominación que se asigne a los hechos, no puede ser caprichosa o discrecional. En el primer ejemplo, mal podría forzarse la legitimación de las facultades de investigación de la Fiscalía asignándose a la presunta infidelidad conyugal una calificación jurídica insostenible. En el segundo ejemplo, el disparo no puede calificarse, caprichosamente, como lesiones personales o como tentativa de homicidio.

En ambos casos debe existir una fundamentación razonable de la calificación jurídica provisional. Lo que queda perfectamente claro es que, en el sistema procesal penal colombiano, desarrollado por la ley 906 de 2004, la calificación jurídica provisional de los hechos es indispensable a lo largo del todo el trámite: es un elemento de referencia para dar inicio a la actividad investigativa; para delimitar la competencia y las características del procedimiento a seguir.

La siguiente cuestión a absolver consiste en definir quién establece esa calificación jurídica provisional, si el Fiscal o el Juez de Control de Garantías. Este es un tema complejo, en el que conviene invitar al discente a revisar las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinarias, y a contextualizarlas con las instituciones propias del nuevo procedimiento.

Es evidente que las dos alternativas pueden proponerse, e incluso una tercera de carácter mixto.

A favor de la tesis de que es el fiscal quien, para los efectos ya mencionados, debe señalar la calificación jurídica provisional de los hechos, puede argumentarse que es él quien cuenta con las evidencias y los elementos materiales de convicción que le permiten formarse una idea del delito realmente cometido. Además, como

titular de la función de acusación, es quien, en últimas, concreta los hechos que han de ser objeto de juzgamiento.

Si, por el contrario, se parte de la idea de que el Juez de Control de Garantías es quien, a lo largo de las primeras fases del proceso, toma decisiones -como la de imponer o abstenerse de imponer medida de aseguramiento- que delimitan provisionalmente la denominación jurídica de los hechos, podría afirmarse que es éste funcionario quien en la práctica califica provisionalmente los hechos.

En realidad parece existir un vacío importante, derivado del supuesto erróneo de que la imputación y la acusación deben hacerse en términos fácticos. En nuestra opinión, las dos tesis anteriores son simultáneamente válidas. Durante las primeras fases, valga decir, durante la indagación y la investigación, sí es necesario que a los hechos se les asigne, de manera provisional, una denominación jurídica, que no puede ser caprichosa o sesgada, por su carácter provisional. En este sentido, cabe recordar el mandato del artículo 27 del C. de P.P. en cuanto impone a los funcionarios el deber de ceñirse a criterios de ponderación, necesidad y, especialmente, corrección para evitar desvíos, excesos o abusos de la función pública.

Una aproximación a la solución del problema debe partir del análisis sistemático de un complejo de normas constitucionales y legales, entre ellas las siguientes: Artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 15, 21, 28, 29, de la Constitución Política y 1º, 2º, 3º, 6º, 8º, 10, 26, 27, 32 a 37 (competencia); 51, 52, 53, 54 (unidad procesal y conexidad); 66, 67 (deber de denunciar); 70 (querrela); 100 (afectación de bienes en delitos culposos); 162-4 (providencias judiciales —requisitos comunes—), 200 (órganos competentes para realizar indagación e investigación); 219 (procedencia de registros y allanamientos), 229 (procedimiento en caso de fragancia), de la ley 906 de 2004.

En efecto, desde la Constitución Política se advierte que, Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, uno de cuyos fines es la garantía de los derechos consagrados en la propia Constitución (léase Bloque de Constitucionalidad). Entre ellos se encuentran, explícitamente reconocidos, los derechos a la intimidad, a la honra y buen nombre, a la libertad, al debido proceso y a la defensa -una de cuyas manifestaciones consiste en el derecho que tiene toda persona a conocer la existencia de investigaciones en su contra.

En otras palabras, la Constitución compromete al Estado y a sus órganos a observar una conducta leal, respetuosa de la dignidad de las personas, e inquebrantablemente en la garantía de los derechos reconocidos; no es de recibo, por lo tanto, que so pretexto de una mal entendida eficiencia de la investigación criminal, se adelanten investigaciones clandestinas, o que versen sobre hechos que no revistan el carácter de delito.

Reiteradamente hemos insistido en que existe una diferencia metodológica esencial entre las legislaciones precedentes y la ley 906 de 2004, que consiste en que la segunda, al contrario de las primeras, no desarrolla un procedimiento en el que progresivamente se avance en la determinación de la presunta responsabilidad penal.

Lo anterior supone que la etapa denominada “investigación” y la fase previa de la “indagación”, no constituyen más que estadios, en los que se regula la actividad de las autoridades, como mecanismo de garantía para los derechos de las personas. Durante estas fases del proceso penal intervienen de manera distinta tanto la Fiscalía como los Jueces de Control de Garantías, pero no de una manera lineal y excluyente, como en los últimos procedimientos previos a la ley 906/04, sino de manera simultánea y complementaria. Esto significa que en cada evento en que debe actuar una de estas autoridades, es posible que sea necesario hacer un ejercicio explícito de adecuación típica, que no es necesariamente vinculante, para eventos futuros.

Por ejemplo, el artículo 200 hace referencia a los órganos competentes para adelantar la indagación y la investigación de “hechos que revistan las características de un delito”. Es claro que para iniciar actividades de indagación o de investigación, como mínimo debe determinarse a qué presunto delito corresponden los hechos en cuestión. Lo mismo ocurre cuando se evalúa una denuncia, a efecto de definir el trámite a seguir; esto es, si se trata de un presunto delito que requiere querrela de parte (y por lo tanto exige que se cite a audiencia de conciliación antes de proseguir el trámite), o si se trata de un delito investigable de oficio.

Las eventualidades, como lo sabe el lector por su experiencia, no se reducen a las mencionadas a modo de ejemplo anteriormente. En términos generales, todo indica que tanto el Fiscal, como el Juez de Control de Garantías, frente a cada situación, habrán de acoger la adecuación típica que estimen más acertada. Pero será la naturaleza misma del caso la que determine si esa calificación, si proviene de un Juez de Control de Garantías, es o no, vinculante para el Fiscal.

Por ejemplo, si al pronunciarse sobre la procedencia o no de la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía, el Juez de Control de Garantías estima que los hechos no corresponden a la adecuación efectuada por la Fiscalía, ¿qué adecuación típica prevalece?

La cuestión no es para nada trivial. Si la Fiscalía, en el ejemplo propuesto, solicita medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio en grado de tentativa, ¿puede el Juez de Control de Garantías negarla por

entender que en realidad se configura un delito de lesiones personales? De ser así, ¿debe declarar la nulidad de lo actuado para que se proceda, conforme al trámite propio de las investigaciones de delitos querellables?

Con el objeto de lograr precisiones sobre las situaciones propuestas, es importante que el discente se represente los escenarios y determine las consecuencias que pueden derivarse de cada caso.

Quien sostenga que la calificación asignada a los hechos por la Fiscalía, es vinculante para el Juez de Control de Garantías, asumirá que el control efectuado por este funcionario es estrictamente formal y que los márgenes de discrecionalidad de la Fiscalía a lo largo de todo el trámite (indagación, investigación y juicio) son significativamente amplios. Dentro de este contexto, si el Fiscal califica los hechos como tentativa de homicidio, el Juez de Control de Garantías no entraría a determinar si esa es efectivamente la adecuación típica acertada, sino que se limitaría a la corroboración formal de los restantes requisitos, para la imposición de medida de aseguramiento.

Desde la perspectiva contraria —que acogemos—, el control realizado por el Juez de Control de Garantías es de carácter material, con fundamento normativo en el Bloque de Constitucionalidad y en el principio de imparcialidad, desarrollado en el artículo 5° de la ley 906 de 2004. En nuestro criterio, de no existir un análisis material, el “control de garantías” se desnaturalizaría, pues los derechos fundamentales de los ciudadanos cederían frente a los simples formalismos.

En términos prácticos, una persona investigada por un delito de lesiones personales tiene derecho a que no se le imponga medida de aseguramiento de detención preventiva; y la única forma de garantizar efectivamente este derecho es permitiendo al Juez de Control de Garantías que, con fundamento en el relato de los hechos y los elementos de convicción que pueda aportar la Fiscalía, efectúe su propio análisis de adecuación típica.

En el evento de advertirse, como en el ejemplo propuesto, que el trámite que se ha adelantado no es el correcto, por una inadecuada calificación provisional de los hechos, lo pertinente es que se declare la nulidad de lo actuado, a partir inclusive de la formulación de imputación. Esta solución, a pesar de ser extrema, tiene dos consecuencias favorables: permite corregir el vicio procesal y, además, impide que avance indebidamente el término de investigación.

Un interrogante que lógicamente se deriva de los planteamientos prece- dentes, tiene que ver con la posibilidad de que la Fiscalía insista, más adelante, en una calificación de los hechos, diferente a la acogida por el Juez de Control de Garantías. Desde luego, si se acoge la primera tesis, esto es, la que sostiene que la

denominación jurídica provisional de los hechos realizada por la Fiscalía es vinculante para los Jueces de Control de Garantías, el problema no existiría, dado que la postura que en tal materia se adoptara, por el Fiscal investigador, sería la que orientaría el trámite procesal. Pero si se parte de la segunda tesis, es decir, la que entiende que el Juez de Control de Garantías realiza un análisis de carácter material y vinculante sobre la denominación jurídica de los hechos, la problemática si se hace evidente.

Si se analiza la cuestión en términos estructurales, es decir, si se va más allá de algunos artículos e incisos del Código interpretados aisladamente, tendrá que concluirse que la calificación de los hechos, siempre, es provisional hasta la audiencia de juicio oral. Esto significa que, siempre y cuando los hechos se encuentren determinados con precisión, los efectos de la calificación jurídica provisional se limitan a la actuación correspondiente, salvo que la nueva calificación implique presupuestos procesales que deban surtirse (por ejemplo, la conciliación previa a la formulación de imputación en los delitos querellables), o menoscabo al derecho de defensa, aspecto que se analizará al ocuparnos de la congruencia entre acusación y sentencia.

De acuerdo con lo anterior, es de esperarse que la calificación que cada funcionario asigna a los hechos, sea la que corresponde, de buena fe, conforme a su criterio jurídico (art. 27). De esa valoración provisional deben derivarse las consecuencias que dependan directamente del funcionario correspondiente; pero, cuando se trate de actuaciones de la Fiscalía susceptibles de control por parte del Juez de Control de Garantías, la calificación vinculante será la que realice el Juez con fundamento en sus funciones de control material (art. 5°), sin que ello impida, como regla general, que más adelante la Fiscalía, para otros propósitos, insista en su propia calificación.

Esta forma de entender la calificación o denominación jurídica provisional de los hechos conduce, de una parte, a que no exista pre-juzgamientos, porque no se fija un criterio definitivo en fases anteriores al juicio oral, y, de otra, permite que se cuente con un referente jurídico necesario para el desarrollo del trámite (debido proceso) y para el ejercicio de los derechos y garantías derivados del mismo (derecho de defensa). A su vez, excluye el carácter dispositivo de la acción penal por parte de la Fiscalía, e impide que se haga un empleo discrecional de la adecuación típica, contrariando el imperativo de la legalidad, que se deriva del bloque de constitucionalidad, y de los principios que inspiran el Código de Procedimiento Penal.

III. CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA. MOMENTO DE FIJACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

Los ejemplos mencionados en el acápite anterior sirven de referencia para el desarrollo de este tema.

La cuestión a tratar tiene que ver con la fuerza vinculante (y el momento a partir del cual se adquiere) de la acusación en relación con la sentencia. O, en otras palabras se trata de dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué límites tiene el Juez de Conocimiento al momento de emitir la sentencia? ¿Qué clase de congruencia opera en el procedimiento previsto por la ley 906 de 2004? ¿Puede el Juez de Conocimiento dictar sentencia con cualquier denominación jurídica, o está limitado en su pronunciamiento sobre responsabilidad por alguna calificación?

Una vez conocidos los primeros pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema sobre la necesidad de calificación jurídica, el lector debe contextualizarlos teóricamente con el tema propuesto, para intentar una solución a las distintas problemáticas que a continuación se proponen.

Es necesario insistir en que las respuestas a estos, como a muchos otros interrogantes, no pueden razonablemente obtenerse del análisis de un artículo aislado del Código de Procedimiento Penal y ni siquiera del estudio integral del mismo Código, sino que es necesario un estudio más amplio, que comprenda la normatividad pertinente del Bloque de Constitucionalidad. En este sentido, es claro que, en principio, la ley 906 de 2004 pareciera establecer una congruencia de carácter exclusivamente fáctico, es decir, que el único elemento de referencia que limita el contenido de la sentencia corresponde a la descripción de los hechos que se haga en la resolución de acusación, resultando en consecuencia —y en apariencia— indiferente la denominación jurídica que se le de a esos hechos.

Sin embargo, una postura tan radical solo corresponde, en apariencia, a una interpretación literal de la ley 906 de 2004; y es aparente por cuanto el propio Código, en su artículo 448, establece dos presuntos límites: no es posible dictar sentencia condenatoria respecto de hechos que no consten en la acusación (1), o respecto de delitos por los cuales no se ha solicitado condena (2).

Antes de abordar la problemática de fondo, relacionada con el tema de la congruencia, es conveniente recordar de manera breve las distintas alternativas teóricas que existen para el efecto. La doctrina ha desarrollado básicamente tres sistemas de congruencia entre la acusación y la sentencia, a saber:

- a) Congruencia fáctica, según la cual el único límite para la sentencia corresponde a los hechos descritos en la acusación.

- b) Congruencia jurídica, según la cual la sentencia, condenatoria o absolutoria, debe referirse en concreto a la adecuación típica mencionada en la acusación, cuya demostración fáctica debe hacerse en juicio.
- c) Y congruencia mixta, según la cual, tanto los hechos referidos en la acusación, como su denominación jurídica, deben ser respetados por la sentencia.

Conforme a estas alternativas teóricas, lo que establece literalmente el artículo 448 de la ley 906 de 2004 es en realidad una congruencia mixta, integrada por los hechos contenidos en el escrito de acusación y las denominaciones – delitos- por los cuales no se haya solicitado condena (debe entenderse, lógicamente, por la Fiscalía en la audiencia de juicio oral).

En principio, por lo tanto, también existe legalmente un momento para la fijación de esos límites: el límite fáctico se fijaría al momento de la formulación de la acusación, en tanto que el límite jurídico se fijaría en la intervención final de la Fiscalía durante la audiencia de juicio oral.

Lo anterior, sin embargo, permite interpretaciones alternativas, cuya definición final estará a cargo de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional¹⁰. Por el momento, basta con enunciar la problemática, que tiene que ver con el aspecto de la congruencia jurídica, dado que la congruencia fáctica, en principio, no genera mayores dificultades.

Conforme al tenor literal del artículo 448, un segundo límite para el Juez de Conocimiento, al momento de dictar sentencia, estaría constituido por aquellos delitos respecto de los cuales la Fiscalía no haya solicitado condena, lo cual se traduce en que una vez formulada la acusación, si el Fiscal no solicita condena, el Juez se vería obligado a absolver por ese delito.

La redacción de la norma no es la más afortunada, en nuestra opinión, pero parece claro que se diferencian las hipótesis de congruencia fáctica (hechos) y congruencia jurídica (delitos). Ahora bien, si se hace una interpretación literal, se llegaría es a una hipótesis de principio de oportunidad, carente de control y ajena a la lógica del mismo instituto.

En efecto, si se entiende que el Juez debe absolver cuando el Fiscal no solicite condena respecto de alguno o algunos de los delitos por los que ha formulado acusación, es tanto como aceptar que el Fiscal puede renunciar a la acusación durante el juicio, sin que tal disposición de la acción penal sea susceptible de con-

10 Sobre la legislación precedente existen importantes pronunciamientos de estas dos Altas Cortes que conviene examinar: Corte Constitucional, sentencia C-541/98, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, Corte Suprema de Justicia, sentencias de agosto 2 de 1995, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel, febrero 14 de 2002, M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda, y febrero 26 de 2002, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

trol, lo cual riñe no solo con la estructura general del procedimiento previsto en la ley 906 de 2004, sino con la propia Constitución Política (art. 250), que solo otorga limitadas facultades discrecionales a la Fiscalía, sometidas a estricto control de legalidad por parte de los Jueces. Al respecto, ¿Identifica el lector otras alternativas de interpretación? ¿Cuáles?

En nuestra opinión, del artículo 448 debe rescatarse la alusión que se hace a la congruencia jurídica, en tanto resulta indispensable en dos grandes sentidos: en primer lugar, como elemento componente de la noción de debido proceso, en tanto que a través de la concreción de la calificación jurídica se delimita el objeto de la controversia en el juicio oral¹¹, y, en segundo lugar, como componente del derecho de defensa¹², específicamente el derecho que asiste al acusado de conocer los cargos¹³.

En la doctrina internacional se ha entendido que el derecho a conocer los cargos, reconocido por los tratados internacionales sobre derechos humanos como una de las garantías inalienables de las personas sindicadas de la comisión de un delito, no se satisface con el simple conocimiento de los hechos en cuya ocurrencia se le involucra, sino en su relevancia jurídica, porque solo a través de tal conocimiento se puede ejercer una adecuada labor defensiva.

Si se aplica el planteamiento teórico al ejemplo propuesto del disparo, que puede calificarse como lesiones personales o tentativa de homicidio, se llegaría a lo siguiente:

- Primera alternativa. Si la congruencia es simplemente fáctica, la discusión durante el juicio se centraría en la verificación acerca de si el suceso ocurrió el y acusado realizó o no los comportamientos descritos en la acusación. En tal caso, si la Fiscalía formula acusación por lesiones personales y no por tentativa de homicidio, si se acoge el tenor literal del art. 448, el juez no podría condenar por tentativa de homicidio y tendría que absolver o condenar por lesiones personales.
- Segunda alternativa. Si se entiende que el control del juez, es un control material y se ha impuesto medida de aseguramiento por tentativa de homicidio, pero la Fiscalía ha formulado acusación por lesiones personales, podría

11 Sobre el particular Cfr. ARMENTA DEU, Teresa: Principio Acusatorio y Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch, Zaragoza, 1995.

12 Sobre el particular Cfr. ASENSIO MELLADO, José María: Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal, Ed. Estudios Trivium Procesal, Madrid, 1991

13 Sobre el particular Cfr. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: El Derecho Fundamental a ser informado de la acusación”, Ed. Tirant lo Blanche, Valencia, 1999.

teóricamente el juez penal municipal declararse incompetente y remitir el expediente para que, si lo tiene a bien, lo tramite el juez de circuito por tentativa de homicidio. No habría lugar a la nulidad por cuanto los cargos por tentativa de homicidio, en términos jurídicos, ya fueron conocidos. Si el juez de circuito acepta la calificación y por ende la competencia, proseguirá con el trámite.

- Tercera alternativa: Si se parte del supuesto de que la congruencia es mixta y se fija en la acusación, al advertir el error de calificación el juez de conocimiento declararía la nulidad para que la Fiscalía corrija la acusación. En tal evento, el Juez que declare la nulidad debería a su vez declarar su impedimento, para volver a conocer del caso.

Las alternativas planteadas responden a los distintos criterios planteados por la doctrina nacional acerca de la configuración de sistema procesal, desarrollado por la ley 906 de 2004. De esas tres alternativas, en nuestra opinión, resulta más aceptable la segunda, dado que respeta las funciones de cada autoridad, asume que las calificaciones previas al juicio oral son provisionales, evita la declaratoria de nulidad, en los casos en que se genera un cambio de competencia, y respeta el derecho de defensa.

No obstante, debe advertirse que la práctica judicial evidenciará múltiples dificultades de mayor complejidad a la desarrollada en este texto. Su solución, en cualquier caso, deberá ser coherente con una determinada concepción de la estructura procesal, y, no podrá ser, el producto de un análisis aislado del artículo 448 C. de P.P.

III. CONCLUSIONES

- 1.- La formación del juicio de responsabilidad no es, en la ley 906 de 2004, una tarea compartida por todos los funcionarios que intervienen en el trámite, sino que es una función exclusiva del Juez de Conocimiento, desarrollada con fundamento en los elementos de juicio, que conoce en el juicio oral.
- 2.- La denominación jurídica de los hechos, que se haga antes del juicio oral, es estrictamente provisional y no es vinculante con términos absolutos para el juez de conocimiento.
- 3.- La denominación que haga el Fiscal de los hechos no es vinculante para el Juez de Control de Garantías, quien al resolver temas en los que sea relevante dicha denominación jurídica, como en el caso de la imposición de medida de aseguramiento, debe realizar un control material, que implica la facultad de

UNIDAD 2

revisar, si es acertada o no, la denominación jurídica que la Fiscalía haga de los hechos.

- 4.- Es cuestionable que la congruencia entre acusación y sentencia, en el sistema de la ley 906 de 2004, sea exclusivamente fáctica. Se propone entender que se trata de una congruencia mixta, conforme a lo preceptuado en el artículo 448 del C. de P.P., advirtiendo que la renuncia a la acusación sugerida en la misma norma, no es estructuralmente compatible ni con el mismo Código, ni con la Constitución Política.

Ca

- En dos columnas enuncie el mayor número de diferencias que Ud. pueda identificar entre el procedimiento penal antiguo y el previsto en la ley 906 de 2004.
- Realice un breve ensayo sobre la congruencia entre acusación y sentencia en la ley 906 de 2004.

UNIDAD 3

ETAPAS PROCESALES



Una vez reconocidas las características que diferencian el proceso penal, de la ley 906 de 2004, con otros modelos en el contexto internacional y nacional, conviene detenerse en su configuración particular. El propósito general de esta unidad es familiarizar al discente, con las distintas partes que integran el nuevo esquema procesal, y su interacción, para el logro de los fines que, constitucionalmente le corresponden.



- Contextualizar las distintas etapas procesales con el Bloque de Constitucionalidad para identificar no solo el origen, sino la función que cada una de las partes del proceso está llamada a cumplir, en el sistema procesal penal.
- Destacar algunos de los problemas que tienen que ver con la conformación del proceso penal, en las etapas previstas por la ley 906 de 2004. A través de algunos ejemplos límite, se invita al discente a desarrollar destrezas para su solución, conforme a los valores y principios superiores en los que está inmerso el proceso penal.

Algunos autores sostienen que un proceso penal, de características acusatorias, solo se inicia con la formulación de la acusación. En efecto, en el capítulo primero se hizo referencia a las tendencias doctrinarias que asimilan radicalmente el proceso penal con el proceso contencioso civil y por lo tanto entienden que, la acusación es al proceso penal lo que la demanda es al proceso civil. En esta perspectiva teórica, todo lo que preceda a la formulación de la acusación será un trámite pre-procesal. Para otras tendencias, el proceso penal acusatorio puede tener etapas previas al juicio oral, sin que tal circunstancia lo desnaturalice. A partir de los anteriores planteamientos, ¿qué tendencia fue acogida al redactarse la ley 906 de 2004?

Es importante precisar que el estudio de las etapas procesales tiene conno-

taciones, que van más allá de la identificación de las fases en que se divide un proceso. Asumir el proceso judicial, como un método de administración de justicia, significa tomar conciencia de que cada una de las fases que lo integran tiene una razón de ser y, por lo tanto, un contenido metodológico. En otras palabras, la división del proceso en etapas no responde a un capricho, ni a una veleidad teórica, sino que responde a razones metodológicas, es decir, al propósito de facilitar que se llegue a donde se pretende llegar.

En este punto, es importante que el discente explice, qué dificultades encontraba en el desarrollo del procedimiento penal, previo a la Ley 906 de 2004, en el ejercicio de sus actividades judiciales y cuáles expectativas se llenaron con la nueva legislación.

En primer lugar, es necesario precisar, que la lógica con la que interactúan las distintas etapas, sus metas (fines) y su estructura, determinan la eficacia de la actuación o, en caso contrario, su ineficacia, aspecto que será desarrollado en el cuarto capítulo.

Ejemplos:

At

Preguntas:

- ¿Es aplicable la Ley 906 de 2004?
- En el evento de serlo, ¿es necesario para formular imputación la determinación final de la cuantía?
- ¿Si no se han identificado todos los presuntos autores y/o partícipes, es posible romper la unidad procesal?
- ¿Pueden decretarse, en etapa de indagación, medidas cautelares sobre las cuentas para impedir la pérdida definitiva de los recursos?

a.- Pedro es inculcado por el delito de peculado por apropiación. La información inicial se refiere a la presunta apropiación, en Bogotá, de una cifra significativa de caudales públicos, en cuantía no determinada de manera definitiva, desviados hacia cuentas personales so pretexto de la ejecución de contratos inexistentes. Una parte de los hechos ocurre en vigencia de la legislación procesal “antigua”, y otra en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004).

b.- Juan es secuestrado en Bogotá antes de entrar en vigencia la ley 906 de 2004, trasladado a un municipio cercano a la capital cuando dicha norma ya había entrado en operación y rescatado, meses después, en este último lugar, donde no rige todavía el nuevo sistema procesal. Algunos de los secuestradores son captura-

dos en Bogotá, antes del rescate de Juan, y, otros son capturados en flagrancia al momento del rescate.

At

Preguntas:

- ¿Es posible romper la unidad procesal para la investigación y juzgamiento de cada uno de los partícipes?
- ¿Qué sistema procesal es aplicable?
- Si antes de entrar en vigencia la ley 906 de 2004 se había iniciado investigación previa, ¿es posible dar aplicación a la nueva normatividad?

Los dos ejemplos anteriores sirven para destacar los problemas prácticos que requieren una solución teórica satisfactoria. En realidad se trata de casos límite, en los que se propone al discente una serie de situaciones complejas que exigen, de todas formas, una solución. Los problemas se sitúan en los siguientes ámbitos: De una parte, en la necesidad de diferenciar los propósitos de las diversas etapas procesales en el procedimiento “antiguo” y en el nuevo sistema, ya que a pesar de que la nomenclatura sea similar, debe tenerse claridad sobre las diferencias. En segundo lugar, la imposibilidad de prescindir de los contenidos dogmáticos del derecho penal sustancial, en la tramitación del proceso, porque de ellos se desprenden consecuencias evidentes. Y, en tercer lugar, la complejidad de la transición de los sistemas, que exigirá posturas firmes, pero especialmente, fundadas en criterios jurídicamente sólidos para impedir que se caiga en situaciones de ambigüedad, que favorezcan la impunidad.

I. LA INDAGACIÓN

La etapa de indagación no coincide exactamente con la investigación previa, del procedimiento “antiguo”. Aunque en uno y otro caso se trata de fases preprocesales, esa connotación, se hace mucho más evidente en la ley 906 de 2004, por el nivel de regulación que se establece.

En efecto, mientras la investigación previa se regulaba de una manera bastante explícita (fines, términos de duración, funciones de la policía judicial durante su trámite, formas de culminación, facultades de los sujetos procesales) la indagación del procedimiento nuevo se define en términos mucho más genéricos.

A partir de la ocurrencia de un hecho, con connotaciones delictivas, se legitima la puesta en funcionamiento del aparato estatal para la investigación de lo

ocurrido, el juzgamiento de los presuntos autores o partícipes y la eventual ejecución de las consecuencias de una declaratoria de responsabilidad penal.

Ahora bien, es claro, como ya se mencionó, que las funciones de indagación e investigación tienen claras manifestaciones invasivas y perturbadoras de derechos fundamentales, razón por la cual sólo se entienden legitimadas cuando el suceso a investigar tiene en principio una sustentable connotación delictiva; esto significa, que no es irregular que se adelante una indagación, o eventualmente una investigación propiamente dicha, para concluir que el presunto hecho delictivo en realidad no ocurrió, o la conducta era atípica.

Aun cuando la tendencia del sistema sea acusatoria, la finalidad de la indagación y de la investigación no es exclusivamente la formulación de una acusación, sino, esencialmente, la recopilación de evidencias y elementos materiales probatorios que permitan confirmar o descartar la ocurrencia de un delito y sus posibles responsables. En otras palabras, el sistema no les impone a los funcionarios investigadores el deber de acusar en todos los casos, porque es perfectamente posible que sobre la marcha de la indagación o de la investigación, se aclaren de manera convincente las circunstancias que en su momento legitimaron la actividad de la Fiscalía. Pero, dado que en un principio existieron razones, que permitieron suponer la ocurrencia de un hecho, con connotaciones delictivas, la decisión definitiva sobre archivo de las diligencias o preclusión de la investigación, debe estar en manos del Juez¹⁴, quien de esta manera, además, ejerce un control preventivo sobre la legitimación del ejercicio de las funciones de investigación.

Mientras la investigación previa, del antiguo procedimiento, tenía por propósito despejar las dudas sobre la materialidad y tipicidad de las presuntas conductas punibles llegadas al conocimiento de la Fiscalía, así como la individualización de los presuntos autores o partícipes; la fase de indagación del nuevo sistema, además de esa labor de verificación o descarte, cumple una finalidad sustancialmente novedosa frente al procedimiento antiguo, que consiste en permitir al Fiscal llenarse de argumentos para sustentar sus posturas a lo largo del proceso.

A diferencia del procedimiento antiguo, la indagación no se culmina, para dar paso a la investigación formal, con un mínimo de elementos de juicio que permitan suponer la ocurrencia de un hecho con connotaciones delictivas. Por esta razón se explica que la fase de indagación no se haya reducido, en la ley 906 de 2004, a un término tan limitado, sino que se haya otorgado a la Fiscalía un margen

14 Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005, M.P. Dra. Clara Inés Vargas.

amplio de discrecionalidad para determinar su duración¹⁵, dado que, solo los investigadores pueden saber cuándo estiman que cuentan con suficientes elementos de convicción para impulsar exitosamente la acción penal.

Como podrá advertir el lector, los requisitos de tránsito de la indagación a la investigación no son, en la ley 906 de 2004, exclusivamente objetivos, sino que dependen en una alta medida de consideraciones estratégicas, por parte de la Fiscalía, que el Juez no debe, en términos generales, entrar a cuestionar. En el ejemplo del peculado por apropiación -(a)-, es claro que en el procedimiento antiguo la información recaudada sería más que suficiente para hacer el tránsito a la etapa de investigación formal, pero en el procedimiento de la ley 906 de 2004, el Fiscal tiene la posibilidad de elegir, con fundamento en criterios de conveniencia estratégica, el momento de formulación de la imputación, cuidándose, desde luego, de no dilatar injustificadamente el ejercicio de la acción penal, en perjuicio de intereses públicos o de las víctimas.

No sobra destacar, además, que por la misma razón anterior el sentido de la actividad de la Fiscalía durante la etapa de indagación, también difiere en esencia respecto a la gestión adelantada por el Fiscal en la investigación previa del procedimiento antiguo.

Anteriormente, el Fiscal debía preocuparse por despejar dudas, de manera que pudiera sustentar adecuadamente la resolución que pusiera fin a dicha etapa, bien fuera inhibitoria, o de apertura de investigación formal. En el nuevo sistema, el Fiscal no es quien toma la decisión; su atención debe estar centrada en orientar adecuadamente las labores de recopilación de información útil. El juez, por su parte, salvo los casos de aplicación de principio de oportunidad, debe exigir a la Fiscalía que cumpla con su deber constitucional de investigar (art. 250 Constitución Política) y, por lo tanto, debe abstenerse de permitir el archivo o la preclusión de la investigación cuando no se cumplan las exigencias legales para el efecto.

Ahora bien, aún cuando la ley 906 de 2004 presenta algunas imprecisiones

15 Esto no significa que compartamos la inexistencia de un término razonable para el desarrollo de la indagación. Si bien la complejidad de ciertos comportamientos delictivos y la misma congestión del sistema justifican un término, mucho más amplio, que el contemplado para la investigación previa, en el sistema antiguo, en nuestra opinión resulta cuestionable la constitucionalidad de un término de indagación coincidente con el término de prescripción de la acción penal, porque esto implica el mantenimiento de las personas investigadas en una condición *sub iudice* irrazonablemente extensa, con el menoscabo de derechos fundamentales que ello supone (limitación de la intimidad, afectación del buen nombre, etc.).

terminológicas¹⁶, parece claro en principio que las funciones y facultades de la Fiscalía y Policía Judicial durante la indagación están delimitadas con alguna precisión. Al Fiscal le corresponde (art. 200) la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la Policía Judicial. Por su parte, a la Policía Judicial le corresponde específicamente la actividad de campo, valga decir, la recopilación de evidencias físicas y elementos materiales de prueba, la realización de entrevistas, el cotejo y análisis de la información progresivamente recopilada, entre otras funciones.

Nada impide, sin embargo, que el Fiscal adelante, de manera personal, algunas de las que hemos denominado “actividades de campo”, e incluso puede resultar aconsejable que excepcionalmente lo haga, cuando circunstancias especiales lo ameriten. Pero un aspecto importante en el cambio de mentalidad que debe caracterizar el nuevo procedimiento, es que cada uno de los intervinientes debe adquirir conciencia acerca del verdadero rol que le corresponde desempeñar.

En este sentido, tampoco les corresponde a los jueces suplir los eventuales vacíos investigativos de la Fiscalía. Si durante la fase de indagación se solicita el archivo de unas diligencias sin un fundamento razonable, simplemente le corresponde al juez advertir las deficiencias y la imposibilidad de acoger la solicitud de archivo con base en el principio de legalidad, sin que sea del caso insinuar o sugerir la manera de subsanarlas.

En cuanto a las labores de recopilación de información, la ley 906 de 2004 las clasifica en actos urgentes y, *contrario sensu*, actos no urgentes. Aquellos deben realizarse de manera inmediata, en tanto que los demás podrán practicarse de conformidad con la programación ordinaria de actividades. Lo relevante de esta clasificación tiene que ver con las expectativas de los denunciantes y de las víctimas, así como la apreciación que más adelante pueda darse a las evidencias físicas y a los elementos materiales de prueba. El problema aparente tiene que ver con qué debe entenderse por actos urgentes, dado que el C.de P.P. (art. 205) no conceptualiza la noción de urgencia, sino que se limita a hacer una enunciación ejemplificativa¹⁷.

16 La expresión investigación en algunos casos se emplea en sentido restringido y técnico como denominación de la etapa comprendida entre la formulación de imputación y la formulación de acusación; mientras en otros eventos se utiliza en sentido general, como función que se desarrolla por la Fiscalía durante la indagación y la investigación en sentido estricto.

17 Se mencionan en el artículo 205 los siguientes actos urgentes: inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios.

De los anteriores planteamientos surgen los siguientes interrogantes:

¿Qué debe entenderse, por actos urgentes? y, ¿qué consecuencias jurídicas se derivan de la inobservancia, por parte de la Fiscalía, de su práctica inmediata? ¿De acuerdo con su concepción del proceso, qué alternativas de interpretación propone el discente?

La primera pregunta, como ya se advirtió, no la responde el Código, pero si aporta algunos elementos de referencia para intentar contestarla. Acto urgente es el que exige una respuesta de gestión inmediata, esto es, aquel que por su naturaleza no admite esperas ni postergación. Esto significa que no todas las inspecciones al lugar de los hechos, ni todas las entrevistas o interrogatorios son necesariamente actos urgentes, sino solo aquellos que por su naturaleza, no admiten espera, bien porque se corre el riesgo de que desaparezcan evidencias o elementos materiales de prueba, o porque el transcurso del tiempo puede deteriorarlos o generar desconfianza sobre su contenido demostrativo. Lo mismo es predicable de cualquier otro acto de recaudación de evidencias físicas o elementos materiales de prueba.

La respuesta a la segunda pregunta parece ser más compleja. Determinar efectos generales de la inobservancia del deber de evacuar los actos urgentes de manera inmediata, es algo extremadamente discutible. Por ejemplo, en el caso de los delitos contra la integridad y libertad sexual, la práctica de ciertas verificaciones científicas con la mayor proximidad posible a la ocurrencia de los hechos es altamente aconsejable, pero no es serio afirmar que si dichas diligencias no se practican el suceso necesariamente deba quedar en la impunidad¹⁸. Otro tanto puede predicarse de las inspecciones al lugar de los hechos cuando el denunciante advierte la posibilidad de recaudar evidencias físicas o elementos materiales de prueba si se actúa con celeridad. Desde un punto de vista probatorio, por lo tanto, la omisión de ciertos actos urgentes podrá dificultar la acreditación de algunos hechos, pero no necesariamente implica, en abstracto, la imposibilidad de demostrarlos mediante elementos alternativos.

¿Por qué, entonces, la legislación hace expresa referencia a actos urgentes? Varias soluciones pueden proponerse. En primer lugar podría tratarse de un deber de conducta, exigible a los Fiscales y funcionarios de la Policía Judicial, que permite establecer responsabilidades penales o disciplinarias en el evento de su inobservancia. Una segunda alternativa podría consistir en entender que al ser exigibles de la Fiscalía y especialmente de la Policía Judicial ciertas respuestas inmediatas,

18 Cfr. Sentencia C-822 de 2005 M.P. Dr. Manuel José Cepeda.

de no obtenerse éstas sería factible acudir a un Juez de Control de Garantías para que se ordene su práctica. En lo personal esta solución no nos resulta satisfactoria, porque podría desnaturalizar la función del Juez de Control de Garantías y podría confundir sus ámbitos de responsabilidad con los del Fiscal, director de la investigación. Y en tercer lugar, podría también entenderse que la omisión en la práctica de los actos urgentes constituye un acto de denegación de justicia o de entorpecimiento al acceso de la misma, susceptible, además de la acción de tutela, de las correspondientes responsabilidades¹⁹.

Otro aspecto, entre los muchos que generan inquietud respecto de la etapa de indagación, tiene que ver con la definición del sistema aplicable. En el ejemplo del peculado por apropiación -(a)- se plantea un problema que, por el carácter progresivo de la implementación del sistema, seguramente se presentará repetidamente en la práctica. ¿Qué hacer cuando un comportamiento punible tenga ocurrencia parcial en vigencia del sistema “antiguo”, y culminación en el sistema “nuevo”?

Una lectura gramatical y aislada del artículo 533 de la ley 906 de 2004 llevaría a concluir, con aparente claridad, que el nuevo procedimiento solo es aplicable a los hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 2005 en los lugares (Bogotá y Eje Cafetero) inicialmente seleccionados para su implementación, y luego, en la forma progresiva que prevé el artículo 530 de la misma ley. Sin embargo, debe llamarse la atención sobre un aspecto fundamental en la redacción del artículo 533, y es que en el mismo no se habla propiamente de “hechos” en una connotación naturalística, sino de “delitos”, lo cual entraña un inequívoco contenido normativo.

La pregunta inicial debería ser entonces reformulada. ¿Cuándo se entiende cometido un delito? Conforme al artículo 26 del Código Penal, la “conducta punible se entiende realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida...” Ahora bien, existen hipótesis delictivas de ejecución instantánea, cuya consumación se entiende agotada en un solo momento, y también hipótesis de conductas de tracto sucesivo, cuya consumación se prolonga en el tiempo hasta el momento del último acto ejecutivo. Además del ejemplo del peculado por apropiación, piénsese en el homicidio cometido a través

19 En todo caso, preceptos como el que se analiza permiten advertir la falta de correspondencia que en la práctica puede darse entre los buenos propósitos de la legislación y la realidad operativa del sistema. Lo ideal es que en todos los casos, cuando las circunstancias así lo exijan, deba procederse de manera inmediata, pero muy seguramente la limitación de recursos logísticos y humanos exigirá una valoración realista y concreta de cada situación.

del suministro de pequeñas dosis de veneno que paulatinamente van deteriorando la salud de la víctima hasta ocasionarle la muerte; o el caso, más tristemente cercano a la realidad nacional, del secuestro (b) que supone una fase ejecutiva prolongada, susceptible de regulación por dos y hasta más leyes.

A las hipótesis mencionadas cabe sumar la de los delitos continuados y los delitos masa, previstos en el parágrafo del artículo 31 del Código Penal (concurso de hechos punibles). Conforme a la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia, si bien la norma que hace referencia a los delitos continuados se incorporó sistemáticamente a la que regula el concurso de hechos punibles, "...quizás ello obedece a una impropiedad de técnica legislativa, puesto que es claro que el delito continuado fue concebido como una figura jurídica autónoma, independiente y no forma parte del concurso de delitos"²⁰.

Lo anterior significa que cuando un hecho se ejecuta parcialmente en vigencia del sistema antiguo, y parcialmente en vigencia del nuevo, si se trata de un delito autónomo, se entiende consumado al momento de la última acción u omisión lo cual implica pertenencia al ámbito de jurisdicción del nuevo sistema.

En el ejemplo del peculado por apropiación -(a)-, si se entiende que se ha realizado una sola conducta punible y no un concurso de delitos, parecería claro que la investigación y el juzgamiento deben adelantarse conforme a la ley 906 de 2004, sin que resulte jurídicamente factible romper la unidad procesal para que la parte del suceso ocurrida en vigencia de la normatividad antigua se tramite conforme a ella, y la parte ocurrida en vigencia del nuevo sistema se adelante, conforme al procedimiento de la ley 906.

En el ejemplo del delito de secuestro -(b)- la problemática resulta más compleja, pues no involucra solamente un lapso de ejecución prolongado que se inicia en vigencia del procedimiento antiguo y culmina en la vigencia de la ley 906 de 2004, sino que además supone realización en distintos ámbitos de competencia territorial con sistemas procesales diversos. Las alternativas de solución en este caso podrían ser múltiples, pero entre ellas estimamos pertinente destacar dos:

- La noción de competencia a prevención. Para efectos territoriales, la legislación antigua prevé unas reglas elementales²¹ para definir la competencia cuando un hecho ha tenido ocurrencia parcial en distintos lugares. Lamentablemente

20 C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto de junio 25 de 2002 M.P. Dr. Edgar Lombana T.

21 Art. 83 de la ley 600 de 2000. Es competente, en el siguiente orden, el funcionario del lugar: a) donde primero se haya formulado la denuncia; b) donde primero se haya avocado la investigación; c) donde se hubiere efectuado la captura (o la primera de ellas si fueren varios los capturados).

te, la ley 906 de 2004 no reguló estas soluciones y substituyó la norma de competencia a prevención por una de carácter mucho más general (art. 43), que le otorga a la Fiscalía General la facultad, más o menos discrecional, de fijar la competencia del juzgamiento. Sin embargo, el problema planteado en el ejemplo no lo resuelve satisfactoriamente ninguna de las dos normas (la de la legislación antigua, ni la de la ley 906 de 2004, porque cada una de ellas sería simultáneamente aplicable.

- La remisión del asunto al Consejo Superior de la Judicatura, para que, con fundamento en las facultades del artículo 256 numeral 6, dirima el conflicto que eventualmente pueda presentarse. Al no existir certeza sobre cuál sistema procesal es el aplicable, el conflicto de competencia no sería de carácter territorial, funcional ni subjetiva, sino que tendría características más cercanas a un conflicto entre jurisdicciones²².

¿En qué otras situaciones advierte Usted que pueden presentarse dificultades similares?

II. INVESTIGACIÓN

La etapa denominada “investigación” en la ley 906 de 2004 está comprendida entre la audiencia de formulación de imputación y la formulación de acusación. Se previó como una etapa procesal propiamente dicha, es decir, a diferencia de la indagación, la etapa de investigación ya supone la existencia de un proceso penal.

En la ley 906 de 2004 el carácter procesal de la investigación de manifiesta, entre otros, en los siguientes aspectos:

- La formulación de imputación interrumpe el término de prescripción de la acción penal. En la legislación procesal penal colombiana, tradicionalmente, se ha establecido un punto de referencia procesal para interrumpir el transcurso del término de prescripción. En este caso, el referente no es otro que la iniciación del proceso, momento a partir del cual el término prescriptivo se empieza a contar nuevamente por un lapso inferior al original.
- La actividad de la Fiscalía y de la Policía Judicial están reglamentadas, de manera más detallada, que en la indagación.

22 En el ejemplo del secuestro, piénsese en lo que ocurriría si la Fiscalía ya ha iniciado una investigación previa a partir de la retención inicial de la persona, pero al ser capturados, en flagrancia, los secuestradores son llevados ante un juez de control de garantías, que avoca la competencia. O en las nulidades que se planteen posteriormente de conocimiento, por encontrar que no es aplicable uno u otro sistema.

- El término durante el cual puede culminarse la recopilación de información se reduce significativamente. A diferencia de la indagación, que legalmente cuenta con un término equivalente al de la prescripción de la acción penal, la investigación –en sentido estricto- no debe prolongarse más allá de 60 días, en el peor de los casos.
- El vencimiento del término máximo de investigación, sin la formulación de acusación, puede conllevar consecuencias sustanciales para el procesado. De conformidad con el artículo 294, inciso final, cuando hayan transcurrido 60 días desde la formulación de imputación y no se haya formulado acusación o solicitado la preclusión por parte del Fiscal, el imputado recuperará la libertad, inmediatamente, si se encontraba privado preventivamente de ella y se deberá solicitar, por parte de la Defensa o del Ministerio público, la preclusión de la investigación al Juez de Conocimiento. Se trata de una causal objetiva de extinción de la acción penal (art. 332-7), en la que explícitamente se prevé la generación de responsabilidades penales y disciplinarias para el funcionario que haya permitido el vencimiento de los términos.
- Las facultades del procesado –así como su propia denominación-, cambian con el tránsito de la fase de indagación a la fase de investigación propiamente dicha. El indiciado adquiere, a partir de la iniciación formal de la investigación, la calidad de *imputado* y, según lo prevén los artículos 267, 268, 271, 272, 274 y 290, las facultades del imputado, en ejercicio de su defensa, difieren significativamente de las facultades del indiciado.
- La privación de la libertad solo está prevista como una hipótesis procesal. No son factibles, conforme a la ley 906 de 2004, las medidas de aseguramiento antes de la formulación de imputación y en cuanto a la captura en presunto estado de flagrancia, si no se inicia una investigación formal la persona debe ser puesta inmediatamente en libertad. No son claras la hipótesis en que procede la captura, distinta a la flagrancia, antes de que se imponga una medida de aseguramiento o para efecto de su imposición en la audiencia de formulación de imputación.
- La práctica de pruebas anticipadas solo es posible a partir de la iniciación formal del proceso (arts. 274 y 284).
- Las nulidades solo se predicen de la actividad procesal, razón por la cual no son predicables en principio de la fase de indagación, y sí lo son respecto de las actuaciones propias de la investigación.

Como puede observarse, son múltiples los argumentos que permiten afirmar que en el procedimiento previsto por la ley 906 de 2004, la investigación no

es una etapa pre-procesal, sino parte integrante del proceso penal, circunstancia que lo diferencia sustancialmente de otros esquemas de tendencia acusatoria que entienden que el proceso se inicia con la formulación de la acusación.

Ahora bien, a pesar de su denominación, la etapa de investigación no está en estricto sentido encaminada a la recopilación de información, sino a la formalización de la imputación y de las consecuencias procesales que puedan derivarse de la misma, a saber, la adopción de medidas cautelares personales o reales, la posibilidad de aceptación por el imputado y la delimitación del objeto del proceso. Conforme a la concepción metodológica de proceso, la verdadera fase investigativa (en sentido amplio) corresponde a la indagación pues, dado el reducidísimo término con que cuenta el Fiscal para formular acusación a partir de la imputación (30 días –art. 175-) no resultaría sensato que se formulara imputación sin que la Fiscalía prácticamente haya agotado su acopio de información.

¿De ejercer el rol de Fiscal, qué postura adoptaría el lector al respecto?

En relación con el término de la investigación, como ya se indicó, es un término máximo, lo cual significa que, a partir de la realización de la audiencia de formulación de imputación la Fiscalía, en teoría, entre 1 y 30 días, puede emplear los que considere necesarios, para la formulación de acusación.

Si durante la indagación la Fiscalía cuenta con un término amplio y durante la investigación este se restringe drásticamente: ¿cuál sería la razón lógica para que la Fiscalía impulsara el tránsito a la investigación, si aún no ha culminado sus labores de pesquisa? Y si es factible formular la acusación, inmediatamente después de la audiencia de formulación de imputación, ¿cuál es la razón de ser de la existencia de esa etapa denominada investigación?

Si, como se ha insistido, todo acto o etapa procesal debe tener una explicación metodológica, es decir, debe servir para algo, es claro que la etapa de investigación, en el procedimiento previsto por la ley 906 de 2004, no tiene por qué confundirse en sus propósitos con los de la indagación. Mientras la indagación está concebida como un periodo amplio para que la Fiscalía se llene de razones para impulsar o no un proceso propiamente dicho, la etapa de investigación corresponde a una fase de formalización y de delimitación del objeto procesal.

Podría pensarse también que la finalidad de la etapa de investigación es la de permitir el ejercicio del derecho de defensa por parte del imputado, una vez conocidos los cargos. Tal interpretación se vería reforzada con el contenido del artículo 290, según el cual, “Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas...”. Pero nuevamente surge la inquietud acerca de si en

realidad el breve lapso previsto en el artículo 175, susceptible de reducirse incluso a un día por voluntad de la Fiscalía, es en verdad una oportunidad adecuada y suficiente para preparar de modo eficaz la actividad procesal de la defensa.

En este punto conviene llamar la atención sobre las sensibles incidencias que las decisiones de constitucionalidad de la ley 906 de 2004, hasta ahora conocidas, han tenido sobre la estructura lógica del nuevo procedimiento penal. Basta con destacar dos aspectos. El artículo 331 preveía la figura de la preclusión de la investigación para ser aplicada solo a partir de la formulación de imputación. Esto significa que si al transcurrir 30 días, a partir de la audiencia de formulación de imputación, el fiscal encontraba que no existía mérito para acusar, debía solicitar al juez de conocimiento la preclusión, decisión que a diferencia de la legislación antigua, ya no es simplemente un auto de terminación anticipada del proceso, sino una verdadera sentencia (art. 334) con efectos de cosa juzgada.

La Corte Constitucional, sin embargo, al estudiar la constitucionalidad de la norma en cuestión²³, estimó que al referirse a la etapa de investigación exclusivamente se permitía que las decisiones de archivo durante la etapa de indagación se pudieran adoptar directamente por la Fiscalía, con lo cual claramente estaría desempeñando funciones judiciales propiamente dichas, ajenas al espíritu de la reforma constitucional del acto legislativo 03 de 2002. Por la misma razón y en el mismo fallo se declaró la inexecutable parcial del artículo 78, en lo concerniente a la atribución de facultades a la Fiscalía para declarar la preclusión antes de formularse la imputación.

Como se recordará, en la redacción original de la ley 906 de 2004, una de las diferencias entre la etapa de indagación y la etapa de investigación propiamente dicha consistía en que antes de formularse la imputación, en todos los casos, la Fiscalía estaba facultada para disponer el archivo de las investigaciones con efectos de cosa juzgada y sin control de los jueces. A partir del fallo C-591 de 2005, tantas veces mencionado, tal diferencia no solo desaparece, sino que se rediseña la estructura del proceso, pues se entiende que una vez iniciada la indagación, existe una actividad procesal que, si bien es precaria, es susceptible de control judicial.

Un segundo aspecto que generó una trascendental modificación del sentido original de la ley 906 de 2004 tiene que ver con la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 8^o²⁴. En una comprensión gramatical, el precepto indicaría que el derecho de defensa solo se reconoce a partir de la formulación de la

23 Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005, M.P. Dra. Clara Inés Vargas.

24 Corte Constitucional, sentencia C-799 de 2005, M.P. Dr. Jaime Araujo R.

imputación; sin embargo, la Corte Constitucional precisa que el ejercicio del derecho de defensa, previsto en el artículo 8º, no riñe con su ejercicio oportuno, por parte del inculpado o indiciado, durante la fase de indagación.

Los dos aspectos resaltados conducen a entender que dos de las diferencias principales previstas por la ley 906 de 2004 entre la fase de indagación y la fase de investigación, no pueden afirmarse hoy en día en virtud de las decisiones de constitucionalidad comentadas. Esto no significa que todas las características diferenciadoras de las etapas de indagación e investigación terminen por desaparecer, pues como se señaló al comienzo de este sub-acápito, son muchas y evidentes las actuaciones que solo proceden en la etapa de investigación propiamente dicha, así como son incuestionables los efectos del tránsito de una fase a otra.

Hechas las precisiones anteriores cabe intentar dar solución a algunos de los interrogantes planteados en los ejemplos (a) y (b) para lo cual, sería conveniente que el discente con antelación, hiciera el ejercicio de proponer sus propias respuestas.

En relación con el caso del peculado por apropiación –(a)–, por tratarse de un delito único sostuvimos ya que, en nuestra opinión, sí es aplicable la ley 906 de 2004, así la conducta punible se haya iniciado antes del 1 de enero de 2005²⁵. Pero al margen de esa problemática, y aún suponiendo que la totalidad del comportamiento se desarrolla en vigencia de la ley 906 de 2004, queda por responder un segundo interrogante: ¿para formular la imputación es indispensable que la cuantía esté plenamente determinada?

La cuestión no es pacífica. Podría plantearse, como primera alternativa de solución, la tesis de que sí es indispensable, pues con base en los cargos enunciados, en la formulación de imputación, el imputado puede expresar su aceptación y dar lugar a que se profiera sentencia reconociéndole las reducciones punitivas a que haya lugar (art. 351). De conformidad con esta tesis, el Juez de Control de Garantías no podría admitir la imputación, en casos similares, si en la descripción de los hechos por parte de la Fiscalía existen aspectos insuficientemente determinados, como la cuantía de la infracción.

Esta postura tiene como ventaja la garantía, a favor del procesado, de ser informado, en detalle, acerca de los cargos que se realizan en su contra. Pero, a su vez, resulta inconsistente en términos de estructura procesal, pues exigiría de la Fiscalía el perfeccionamiento de su investigación, antes de surtirse esta etapa pro-

25 No sobra insistir en que la solución propuesta solo tiene carácter doctrinario y no es vinculante para los funcionarios judiciales.

cesal. En consecuencia, no sería coherente, en efecto, que se contemplara un término máximo de 30 días para formular la acusación, lapso durante el cual obviamente pueden adelantarse labores de recaudo de evidencias físicas y elementos materiales de prueba, si la Fiscalía tiene el deber de conocer a plenitud los hechos al momento de formular la imputación, situación que se torna más compleja cuando, por ejemplo, se realiza una captura en flagrancia²⁶ pues se carece aún de información relevante.

Desde otro punto de vista, podría sostenerse que aspectos como el destacado, esto es, la cuantía concreta de la infracción, no son indispensables en la audiencia de formulación de imputación, salvo que tengan relevancia para la tipificación o para la determinación de la competencia. En apoyo de esta tesis podrían mencionarse, entre otros los siguientes argumentos: a) el art. 175 otorga a la Fiscalía 30 días, a partir de la formulación de imputación, para concretar los cargos en la acusación; b) la cuantía exacta de la infracción, salvo en los eventos mencionados, solo es relevante para efectos de la determinación de la indemnización, tema que se concreta en el incidente posterior al fallo de responsabilidad penal; c) incluso para efecto de los preacuerdos, la Fiscalía mantiene durante la etapa de investigación, como es obvio, la facultad de acceder a nuevos elementos cognoscitivos que le permitan formular cargos distintos o más gravosos a los consignados en la formulación de imputación (art. 351, inciso 3°)

En nuestra opinión, sería demasiado estricta la exigencia de que la formulación de imputación concrete detalles que no sean indispensables para una razonable adecuación típica, con mayor razón cuando estructuralmente se ha previsto una etapa destinada a que se formalice la actuación y se concreten o se desestimen los cargos que inicialmente se han imputado a una persona. De hecho, entre los requisitos formales de la imputación, el artículo 288 hace referencia a la “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”.

Lo importante, a nuestro entender, es que la relación de los hechos permita

26 Se ha sostenido también, que cuando la persona indiciada es capturada, no es necesaria la formulación de imputación. Tal tesis, que no compartimos, se apoya en el contenido del art. 126, según el cual, la vinculación a la actuación se puede concretar de dos maneras: a través de la formulación de imputación, o desde la captura, si esta ocurriere primero. En nuestra opinión, el propio art. 126 despeja la inquietud, pues su contenido textual, en ningún momento afirma que la formulación de imputación sea innecesaria cuando se ha capturado al indiciado; todo lo contrario, al precisar “si esta ocurriere primero”, inequívocamente está indicando que la formulación de imputación si debe darse, solo que la persona, para los efectos previstos en otras disposiciones, ya tiene el carácter de imputado y puede ejercer las facultades propias de dicha condición.

comprender sin dificultad cuáles son las conductas, jurídicamente relevantes, que se están atribuyendo al imputado, sin que tal relación sea detallada hasta el extremo. Es de entender que el nivel de concreción fáctica en los cargos es más exigente en la formulación de acusación que en la formulación de imputación, dado que se trata no solo de momentos diferentes en la evolución del trámite procesal, sino de actos de naturaleza y propósitos diferentes, si bien susceptibles en algunos casos de asimilarse²⁷.

En lo que tiene que ver con el mantenimiento o la ruptura de la unidad procesal, la regla tradicionalmente acogida por la jurisprudencia y la doctrina, es acogida por la ley 906 de 2004²⁸, en el sentido de que la unidad procesal es un ideal que, sin embargo, no vicia de nulidad el trámite cuando su inobservancia no afecta derechos fundamentales. En los ejemplos planteados, la solución es diversa para el caso (a) y para el caso (b).

En el ejemplo del peculado por apropiación, la ruptura de la unidad procesal, so pretexto de la ocurrencia de una parte de los hechos en vigencia del sistema antiguo, y otra parte en vigencia del nuevo, daría lugar a la tramitación de dos a más actuaciones respecto de un mismo hecho, con lo que, si no se trata de un verdadero concurso de hechos punibles, se vulnerarían garantías constitucionales. Lo mismo podría afirmarse respecto del ejemplo del secuestro, si a alguien se le ocurriera iniciar dos procesos diversos: uno relativo a la retención de la persona secuestrada hasta antes de entrar en vigencia la ley 906 de 2004 y otro para investigar y juzgar lo ocurrido a partir de su entrada en vigor. En ambos casos, la solución de la ruptura de la unidad procesal parece insostenible.

Ahora bien, si de lo que se trata es de adelantar trámites independientes respecto de cada uno de los presuntos autores o partícipes, como en el ejemplo del secuestro, nada impediría que esto ocurriera, siempre y cuando el trámite para todos ellos fuera el mismo. Dentro de una sana aplicación del principio de igualdad, sería impensable que a unas personas se les investigara y juzgara conforme a la normatividad antigua, y a otros con fundamento en la ley 906 de 2004, tratándose de los mismos hechos.

En cuanto a la posibilidad de que un proceso iniciado bajo la normatividad antigua, se convierta en un trámite conforme a la ley 906 de 2004, el ejemplo del secuestro -(b)- permite identificar tal eventualidad. Una vez se adquiriera certeza

27 El art. 293 preceptúa que cuando el imputado admite los cargos de manera libre, voluntaria y espontánea, lo actuado es suficiente, como acusación.

28 Art. 50, inciso 2°.

sobre la normatividad aplicable, debe suspenderse la tramitación inicialmente impulsada, para que entre en operación el procedimiento de la ley 906 de 2004.

La situación es exótica en el ámbito teórico, pero no será para nada extraña en el plano práctico, si se parte del supuesto de que en la transición de sistemas, es muy probable que muchas conductas punibles de ejecución prolongada, tengan una parcial realización en uno y otro. Al entenderse que el delito se consuma al momento de la última acción u omisión, el régimen aplicable será el vigente en ese instante y no el del momento del inicio de los actos ejecutivos.

III. ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

Ejemplo:

a.- Pedro es imputado por un delito de uso indebido de información privilegiada. Antes de vencerse los 30 días previstos por el art. 175, el Fiscal a cargo de la investigación entrega al juez de conocimiento el escrito de acusación, en el que relata unos hechos que resultan incomprensibles para el juez y los restantes sujetos intervinientes.

At

Preguntas:

- ¿ Pueden durante la investigación solicitar la preclusión de la investigación la defensa o el Ministerio Público? En tal caso, ¿se suspenden los términos para formular la acusación?
- ¿Si el defecto formal del escrito de acusación no se corrige, que soluciones podrían darse?

Con el escrito de acusación culmina la etapa de investigación. Este punto de referencia está claramente delimitado en los artículos 175 y 294. Sin embargo, no se da inicio de inmediato al juicio oral, pues una vez conocida la acusación, es necesario que se surtan algunos trámites previos, tales como la verificación del cumplimiento de los requisitos formales de la acusación, el descubrimiento de prueba, la oportunidad para acuerdos entre Fiscalía y acusado, entre otros.

La fase intermedia está integrada básicamente por dos audiencias, la de formulación de la acusación y la audiencia preparatoria; sin embargo, existen actividades susceptibles de realizarse a lo largo de toda esta etapa y por fuera de las audiencias.

Un primer punto formal que conviene abordar es el relativo a la oportunidad para la realización de la audiencia de formulación de acusación. Al respecto se han presentado dos inquietudes principalmente: a) ¿debe realizarse dentro de los

tres días siguientes a la presentación del escrito de acusación, o este término es del que dispone el Juez de Conocimiento para señalar la fecha de realización de la audiencia?; y b) ¿es factible proseguir la actuación cuando existen recursos de apelación pendientes de decisión?

El primer tema corresponde a una formalidad vacía, que, en principio, no debería generar consecuencias sustanciales, cualquiera que sea la alternativa interpretativa por la que se opte. La discusión se genera por la ambigua redacción del art. 338. Una primera tesis sostiene que, a partir del recibo del escrito de acusación por parte del Juez de Conocimiento, la audiencia de formulación de acusación debería surtirse dentro de los tres días siguientes. Quienes sostienen esta interpretación afirman que rompería con la lógica de la ley 906 de 2004 entender que el término de tres días es para el cumplimiento de una elemental labor de agenda que no demanda, en el peor de los casos, más que unos pocos minutos y que, por el contrario, permitiría que el señalamiento de la fecha para la realización de la audiencia de formulación de acusación se difiriera discrecionalmente en varios días, semanas o meses, pues no existiría término específico.

La segunda tesis entiende que los tres días contemplados en el artículo 338 son un lapso razonable para que el juez fije la fecha de la audiencia, pero no para que esta se lleve a cabo. Si bien es cierto que éste pareciera ser un lapso muy amplio, para una labor tan elemental, lo cierto es que no puede desconocerse que el Juez es un funcionario con muchas labores que cumplir y que, por lo tanto, es muy probable que no siempre pueda evacuar gestiones como el señalamiento de la fecha para una audiencia de formulación de acusación, de manera inmediata. Por lo demás, resultaría iluso pretender que la audiencia se realice en un lapso tan reducido, sin considerar ni el tiempo que demanda la citación a los intervinientes, ni la programación que previamente haya realizado el Juez correspondiente para su Despacho. ¿Cuál considera Usted que sea una solución satisfactoria para esta problemática? y, especialmente, ¿qué desventajas puede encontrarle a su propia solución?

En nuestra opinión, la tesis de recibo es la segunda, así existan opciones gramaticales de interpretación²⁹. Una de las características del procedimiento previsto en la ley 906 de 2004 es la celeridad, pero el propósito de imprimir

29 Adicionalmente, nótese que la redacción del art. 338 es diferente, por ejemplo, al art. 178, que, al hacer referencia al trámite del recurso de apelación, expresamente dispone: “audiencia de argumentación oral que se celebrará dentro de los cinco (5) días siguientes.” Esta fórmula gramatical inequívocamente alude a la realización de la audiencia en el término mencionado en la norma.

mayor agilidad a las actuaciones procesales no puede dar lugar a la precipitud y a la improvisación. Es cierto que se incurrió en una omisión, por parte del legislador, al no prever un lapso máximo dentro del cual debería realizarse la audiencia de formulación de acusación, pues dicho término no aparece contemplado ni en el art. 175, ni en el 338. En todo caso debe entenderse que opera el principio de celeridad, desarrollado en los artículos 9 y 10, con fundamento en el cual la audiencia debe llevarse a cabo dentro de términos razonables y coherentes con el resto de la actuación. En este sentido, no debe perderse de vista que el lapso máximo previsto para la interrupción del trámite es de treinta días (p.e. arts. 17, 106, 175, 194, 224, 365, etc.), motivo por el cual no sería comprensible que se excediera este límite.

En cuanto a la posibilidad de que se haga el tránsito a la fase intermedia, cuando están pendientes de decisión recursos de apelación durante la etapa de investigación, la respuesta la ofrece en principio el artículo 457. Sin embargo, tampoco pueden excluirse de manera genérica, alternativas de interpretación en sentido contrario ante la posibilidad de un recurso de apelación con efectos suspensivos (art. 177, num. 2, 3)³⁰.

Un primer tema que debe abordarse en relación con este punto tiene que ver con la legitimación para solicitar la preclusión. Aún cuando la Corte Constitucional restringió la posibilidad de que el Fiscal, en la etapa de indagación, profiera por sí mismo la decisión de preclusión, parece claro que antes de formularse la acusación el único legitimado para solicitar la preclusión es el Fiscal, salvo en la hipótesis expresamente prevista en el art. 294, en el que se otorga dicha facultad al agente del Ministerio Público y a la Defensa. También es claro que a partir de la formulación de la acusación, tanto la Defensa, como el Ministerio Público podrán solicitar, al juez de conocimiento, la preclusión cuando sobrevengan las causales 1 y 3.

Queda, por lo tanto, pendiente la posibilidad de que la petición de preclusión la formulen, conforme al art. 294, la Defensa o el Ministerio Público y que la misma, al ser admitida o denegada, dé lugar al trámite de un recurso de apelación.

30 En este punto es necesario destacar otra imprecisión terminológica: mientras el art. 334 habla de sentencia de preclusión, el art. 177 habla de auto que decreta la preclusión. La naturaleza *sui generis* de esta decisión hace necesario puntualizar, que cuando se decreta la preclusión, la providencia tiene las características de una sentencia, pues resuelve el fondo del asunto y hace tránsito a cosa juzgada, en tanto que cuando la niega, se trata de un auto interlocutorio. El tema es relevante para efecto de los recursos que proceden en cada caso.

En tal caso, ¿podría el Fiscal formular acusación, o debería esperar a la decisión del recurso de apelación?

La situación no es realidad compleja, salvo que se entienda que mientras que transcurre el trámite de la apelación se sobrepasen los 60 días máximos contemplados por la causal 7 del art. 332.

En nuestra opinión, el recurso de apelación solo suspendería la competencia del juez de primera instancia, razón por la cual nada impide que la Fiscalía, si estima que no se han cumplido los 60 días, formule la acusación. En el evento de declararse la preclusión en segunda instancia, sencillamente la actuación terminaría; en caso contrario, proseguiría el trámite del juicio, sin que se genere declaratoria de nulidad.

Con todo, si la solicitud de preclusión con base en el numeral 7 del art. 332, se formula precipitadamente por la Defensa o por el Ministerio Público, el lapso transcurrido a partir de entonces no debería contabilizarse para efecto del transcurso del término de investigación, pues de lo contrario, se fomentarían prácticas indebidas encaminadas a generar equívocos.

El segundo interrogante, planteado en el ejemplo, tiene mayores márgenes de debate. En principio se sabe que la audiencia de formulación de acusación no tiene el propósito de ejercer un control material sobre la procedencia de la acusación. El control es de carácter formal, de manera que las deficiencias se subsanen en el curso de la misma audiencia y se prosiga con el trámite (art. 339)

El interrogante que se plantea en el ejemplo propuesto es: ¿qué ocurre si no se corrigen los defectos formales del escrito de acusación, especialmente, entre ellos, el relato claro y sucinto de los hechos jurídicamente relevantes?

Se trata, en efecto, de una situación límite, en la que un requisito formal tiene claras repercusiones sustanciales y podría entenderse como una forma de control material a la resolución de acusación.

Un sector de la doctrina manifiesta que la falta de claridad en el relato de los hechos es un defecto que, de ser cierto, tendrá que manifestar sus consecuencias al momento del fallo, que muy probablemente sería absolutorio. Para quienes sostienen esta tesis, el Juez no debe rechazar la acusación en ningún caso y simplemente la Fiscalía deberá asumir las consecuencias de no haber cumplido con la carga de claridad.

Otro sector, al que adherimos, entiende que cuando la relación exigida por el numeral 2 del art. 337 es tan carente de claridad que impide tanto al juez como a los restantes intervinientes su comprensión, se imposibilitaría lógicamente la prosecución del trámite y el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Al no ser posible la corrección inmediata del escrito de acusación, podría pensarse en la posibilidad de que, a solicitud de la Fiscalía, se otorgue por parte del juez un plazo mínimo³¹, para que se subsanen los defectos. De subsistir el problema, entendemos que se debería rechazar la acusación. En este caso, si resta por cumplirse una parte del término de investigación, podría dentro del mismo insistirse por parte del Fiscal en la formulación del escrito de acusación. En caso contrario se generarían las consecuencias previstas en el art. 294.

No haremos referencia en este texto a las problemáticas relacionadas con el descubrimiento de prueba y los acuerdos entre Fiscalía y acusado, por cuanto dichos aspectos serán abordados en otros módulos.

Para finalizar este sub-acápite, simplemente haremos alusión al debate que se ha suscitado en torno a las denominadas estipulaciones probatorias (art. 356, num. 4 y parágrafo). La lógica de las estipulaciones probatorias parece ser elemental y conveniente. En relación con aquellos aspectos, en que existe acuerdo entre Fiscal y Defensa, no tendría sentido, en principio practicar pruebas durante el juicio oral. En el ejemplo propuesto, si Pedro accedió a cierta información privilegiada en razón de su cargo, puede ser algo tan evidente que no tenga sentido perder tiempo en la demostración de tal supuesto y, simplemente, Fiscalía y Defensa expresarían al Juez su acuerdo, en el sentido de dar por demostrada tal situación.

Las inquietudes tienen que ver con los límites de las estipulaciones. En otras palabras, ¿puede estipularse probatoriamente sobre cualquier cosa? ¿cuál sería, entonces, la diferencia entre una estipulación probatoria y un acuerdo entre Fiscal y defensa?

Si, como se acotó en los dos primeros capítulos, la regla general del sistema procesal penal colombiano es la prevalencia del principio de legalidad y no el dispositivo. En consecuencia, las facultades discrecionales de la Fiscalía se reducen a aquellas autorizadas constitucionalmente, que no son otras que las relativas a la aplicación del principio de oportunidad. Esto significa que, así la intención de quienes redactaron el texto básico del nuevo Código de Procedimiento Penal hubiese sido la de otorgar al Ente Acusador, amplias facultades discrecionales -conforme ocurre en países con sistemas de tradición angloamericana-, lo cierto es que finalmente la Ley 906 de 2004 y en especial la Constitución Política no prevén, a nuestro entender, tales márgenes de discrecionalidad.

¿Cree el discente que los acuerdos entre Fiscalía y Defensa son vinculantes

31 Como quiera que este término no está previsto legalmente, sería necesario acudir al art. 159.

en todos los casos y obligan necesariamente al Juez?, ¿Qué argumentos considera que le permiten rechazarlos si advierte que se oponen a la legalidad?³².

Lo curioso de la regulación de las estipulaciones es que no prevén control judicial, lo cual podría llevar a concluir de manera equivocada, que el Juez en todos los casos debe admitirlas.

En nuestra opinión, las instituciones no deben forzarse más allá de aquello para lo que están previstas, lo cual significa que si de lo que se trata es de dar aplicación al principio de oportunidad, a él debe acudir, pero en ningún caso deben emplearse otras figuras, como el de los acuerdos o las estipulaciones probatorias, para burlar la prevalencia del principio de legalidad. El Juez, como supremo garante de la legalidad, en todo caso podrá oponerse a acuerdos entre intervinientes procesales que no estén respaldados constitucional y legalmente.

IV. EL JUICIO ORAL

El proceso penal culmina con la audiencia de juicio oral, público y concentrado, sin lugar a dudas, uno de los avances más destacables de la ley 906 de 2004.

A lo largo de este texto se ha venido insistiendo en que la labor de juzgamiento en la nueva legislación —y a diferencia de las anteriores— ya no se construye a lo largo de todo el proceso y con la participación de distintos funcionarios, sino que es una labor privativa del juez de conocimiento y se realiza exclusivamente durante la etapa del juicio oral. Por esta razón las pruebas sólo se practican en esta etapa —con la eventualidad excepcional de las pruebas anticipadas— y el fallo debe ser el producto de la idea que, de manera personal, se forma el juez con base en las pruebas practicadas en su presencia.

Una vez superados todos los aspectos previos, la audiencia de juicio oral es la oportunidad para que, en una condición de relativo equilibrio, se enfrenten las tesis de acusador y acusado ante un tercero objetivo e imparcial (el Juez). El equilibrio es relativo en el procedimiento de la ley 906 de 2004, no solo por la diferencia sustancial que existe entre el organismo acusador y el procesado, sino porque además se prevé la posibilidad de intervención de otras personas, como el representante de las víctimas y el Ministerio Público, lo cual necesariamente rompe el equilibrio que idealmente se propone para el juicio oral, en otros sistemas judiciales.

32 Sobre el particular cfr. BARBOSA CASTILLO, Gerardo: “Principio de Legalidad y proceso penal”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, vol. XXVI, No. 78, agosto de 2005.

El esquema básico de la audiencia de juicio oral es bastante sencillo. La audiencia se instala por el Juez de conocimiento, quien verifica la presencia de los intervinientes indispensables e inmediatamente procede a otorgar el uso de la palabra al acusado, si se encuentra presente, para que, sin el apremio del juramento, se manifieste inocente o culpable de los cargos que se le han formulado. Si la manifestación es de culpabilidad y reúne condiciones de validez, se procederá a la enunciación del fallo, reconociendo la rebaja de pena respectiva³³; si la manifestación es mixta, esto es, de inocencia para algunos cargos y de culpabilidad para otros, se proseguirá con la audiencia en lo que sea pertinente.

Este también es el momento para que se sometan a consideración del juez los preacuerdos realizados con la Fiscalía, quien en uso de la palabra expondrá las características del acuerdo y las pretensiones punitivas. Lo admitido por el juez se incorporará a la sentencia. En caso contrario, se proseguirá el trámite de la audiencia sin prestar atención a las manifestaciones preacordadas, es decir, como si la manifestación del procesado fuera de inocencia³⁴.

Una vez superado lo relativo a la alegación inicial del procesado y las eventuales manifestaciones preacordadas, se procede, si es oportuno, a la presentación del caso, que consiste en una exposición resumida de la teoría del caso. Es obligatorio únicamente por parte del Fiscal, pero puede hacerlo también la defensa. En relación con la presentación del caso debe llamarse la atención que no se trata de un alegato anticipado, sino simplemente la indicación de qué es lo que pretende demostrarse a través de las pruebas que se practicarán a continuación, para que el juez pueda formarse una idea ordenada de lo que va a presenciar y pueda dirigir adecuadamente el debate.

El orden para la práctica de pruebas ha de haberse señalado previamente (art. 362); a diferencia de otros ordenamientos, el colombiano no prevé la posibilidad de que los sujetos intervinientes determinen durante la audiencia, conforme a su estrategia, el orden para la práctica de pruebas, razón por la cual lo resuelto durante la audiencia preparatoria será lo que se mantenga a lo largo del juicio oral.

La práctica de ciertas pruebas puede dar lugar a que la inocencia del proce-

33 Ver art. 367.

34 El manejo de las manifestaciones preacordadas fallidas es uno de los aspectos a los que mayor atención debe prestar el Juez, pues se trata de una hipótesis de difícil pero necesaria asimilación. Aun cuando el preacuerdo puede suponer una admisión de todos o algunos de los cargos, al inadmitirse el mismo queda integralmente sin efectos lo manifestado por el procesado.

sado resulte tan evidente, que se haga innecesario proseguir con el trámite. En principio, tal situación, denominada “petición de absolución perentoria” está reservada para el momento de agotamiento de la práctica de pruebas, pero desde un punto de vista lógico nada impide que proceda a solicitud de la Fiscalía, incluso antes de culminarse con la práctica de pruebas.

Sobre el particular solo cabe insistir en que tampoco se trata de una alternativa disimulada de aplicación del principio de legalidad, sino que su uso debe responder a los principios de lealtad y buena fe. Dentro de las facultades de dirección que posee el Juez podrá determinar si es procedente o no acceder a una solicitud de absolución perentoria, en forma anterior a la culminación de la práctica de pruebas.

Lo que resta de la audiencia son los alegatos finales y la decisión. En cuanto a los alegatos, la legislación, con buen criterio, no señala términos concretos de duración, por cuanto dicho lapso debe determinarlo en concreto el Juez, en atención a la complejidad del tema debatido, el número de pruebas practicadas, entre otros aspectos.

Es importante destacar que en esencia el debate no difiere significativamente del que debía haberse surtido conforme a las legislaciones anteriores, pero un desafortunado arraigo cultural llevó a que las audiencias públicas se convirtieran en una desordenada formalidad, en la que predomina la ritualidad escrita y en la que, en definitiva, no existe debate alguno.

La lógica de la audiencia de juicio oral supone una controversia ordenada y estrictamente dirigida por el Juez, de quien depende su dinámica. Los alegatos del Fiscal y el Defensor son susceptibles de réplicas, que en todo caso deben ser pertinentes y expresadas en términos respetuosos. Esto significa que el alegato final no corresponde a una pieza retórica, sino a un ejercicio argumentativo en el que resulta factible la refutación puntual, que permite al Juez formarse una idea clara de la decisión que va a tomar. En todo caso, en los alegatos del juicio oral se materializa una de las principales garantías del derecho de defensa, conocida en el doctrina internacional como el derecho a la última palabra: siempre debe ser la defensa quien cuente con la última oportunidad de expresar sus argumentos ante el Juez.

Por último, es importante hacer algunos breves comentarios sobre la decisión. Todo el esquema metodológico de la ley 906 de 2004 está encaminado a que sea el Juez de conocimiento quien se forme una idea sobre la responsabilidad o no del procesado, con base en las pruebas presenciadas de manera directa en el juicio oral. No son sus colaboradores y asistentes, quienes conceptúan sino directamen-

te el Juez, razón por la cual lo ideal es que una vez culminados los alegatos de los intervinientes, de manera inmediata se anuncie el sentido del fallo. Y si es necesario, puede decretarse un receso por un lapso moderado, que en ningún caso (y bajo ningún pretexto) debe exceder de dos horas.

La exposición del sentido del fallo no es el fallo en si mismo. Consiste en una enunciación breve, pero suficiente, acerca de cada uno de los cargos, con indicación de por qué se acogen o se rechazan los argumentos de los intervinientes, y especialmente, deberá dar respuesta a sus solicitudes. La argumentación plena de la sentencia se dará a conocer en un término no superior a los quince (15) días hábiles, y será ella el fundamento de los recursos. Esta sentencia debe ser posterior al incidente de reparación (en el evento de ser procedente), porque a ella se deben incorporar las determinaciones tomadas en dicha audiencia.

El principio de concentración de la audiencia pública entra a corregir otro grave defecto de las legislaciones precedentes, que permitían que el juicio fuera presidido por dos o más funcionarios judiciales, que no podían, por razones obvias, presenciar de manera inmediata la totalidad de la actuación. El principio de concentración postula que la audiencia debe surtir integralmente ante un solo Juez, y en el menor término posible, sin llegar a la precipitud.

En otras palabras, es razonable que tratándose de un asunto complejo, sea necesario llevar a cabo varias sesiones de audiencia de juicio oral; también, es razonable que ante dificultades de los testigos, del Juez o de los sujetos intervinientes, las sesiones no puedan desarrollarse de manera ininterrumpida. Pero lo que se pretende es que el paso del tiempo no termine por borrar la memoria de aquello que se va realizando. Por esta razón, los operadores judiciales deben ser especialmente cuidadosos en el sentido de no permitir que el trámite de la audiencia de juicio oral termine dilatándose a extremos que den lugar a su declaratoria de nulidad.

Ca

- Resuma, en un párrafo, las características fundamentales de cada etapa procesal.
- Formule, conforme a su experiencia, algún caso de especial complejidad. Explique por qué la nueva legislación favorece o no la solución del problema propuesto.

UNIDAD 4

NULIDADES



Para finalizar el módulo, el autor considera necesario invitar a los discentes a reflexionar sobre algunos aspectos teóricos del tema de nulidades. El objetivo de esta unidad final es destacar cómo, si no se tiene un dominio integral de los temas desarrollados en las tres unidades anteriores, se podrían generar, en la práctica, múltiples vicios procesales que entorpecerían los trámites e impedirían su culminación, conforme a los fines constitucionalmente previstos.



- Reconocer los principios superiores que inspiran la declaratoria de nulidades a pesar de su exclusión de la normatividad.
- Aplicar las nociones desarrolladas a lo largo del módulo.
- Aportar al lector herramientas para la solución de problemas concretos.
- Advertir sobre la inconveniencia de no contar con alternativas razonables al decreto de nulidades.

La ley 906 de 2004 no es propiamente explícita en materia de ineficacia de los actos procesales; es más, en nuestra opinión, este es uno de los aspectos en los que puede advertirse un marcado retroceso en relación con las legislaciones anteriores.

Desde finales de la década de los 80, la legislación procesal penal Colombiana entró en un proceso de reconceptualización de sus instituciones, que bien podría decirse que fue el inicio del recorrido hacia la implementación de un procedimiento de tendencia acusatoria; y uno de los aspectos más trascendentes en esa evolución fue la regulación de la temática de las nulidades desde una perspectiva de vanguardia, que incluyó la incorporación a la legislación de varios criterios normativos -mal llamados “principios”- orientadores de la declaratoria de nulidades.

La idea central es muy sencilla. La nulidad es un mecanismo extremo, residual, que solo debe emplearse cuando no sea posible corregir los errores o vicios de procedimiento de manera alternativa. En otras palabras, a diferencia de lo que venía ocurriendo (y que aún es frecuente en muchos países), la nulidad no debía entenderse como una respuesta necesaria ante cualquier irritualidad, y mucho menos como un instrumento de estrategia procesal, sino como la consecuencia jurídica de errores o vicios de procedimiento que no son susceptibles de rectificación de una manera distinta.

Con el propósito de darle alcance a esta forma “minimalista” de entender las nulidades, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado diversos criterios normativos, a través de los cuales se puede descartar, en la mayor parte de los casos, la pertinencia de una declaratoria de nulidad. Entre tales criterios normativos se encuentran los de taxatividad, protección, instrumentalidad de las formas, convalidación, carácter residual y trascendencia. La ley 906 de 2004 sólo menciona el de taxatividad, con lo cual, como se verá, pareciera darse un retroceso de casi un siglo en la evolución de la temática de las nulidades.

En el corto espacio que resta de este módulo sería imposible hacer una presentación integral de este complejo aspecto. Pero con base en la solución de algunos ejemplos es posible poner de presente, de una parte, que la lógica que gobierna la declaratoria de nulidades tiene, como el resto del procedimiento, un fundamento normativo más constitucional que legal, y de otra parte, que precisamente a consecuencia de esta primera razón, a pesar de la reforma, los avances jurisprudenciales y doctrinarios pueden seguir aplicándose.

Ejemplos.

a.- En el proceso que se adelanta contra Pedro se le formula imputación por el delito de hurto agravado por la confianza, acusación por el delito de estafa, y se le condena por el delito de abuso de confianza. Los hechos constitutivos de la infracción en los tres casos son los mismos.

At

Preguntas:

- Dado que en la legislación se habla de imputación fáctica, ¿podría en algún evento configurarse una nulidad? En caso afirmativo, ¿en cuáles?
- Si el delito por el que se condenó requería, como requisito de procesabilidad, de una convocatoria para conciliación, ¿tiene alguna trascendencia el no haberla llevado a cabo?

b.- Pedro es integrante de una banda que hurta vehículos. Ante la imposi-

bilidad de demostrarlo de otra manera, un funcionario de la Policía Judicial decide capturarlo ilegalmente, someterlo a suplicios, y con base en la información recibida de él, a través de torturas, se le formula acusación.

At

Preguntas:

- ¿Se afecta el procedimiento si algunas de las pruebas practicadas en el juicio oral, que no guardan relación con la tortura, permiten la condena?
- ¿Cambia en algo la situación si el acusado convalida la actuación?

I. ALGUNOS PRESUPUESTOS CONCEPTUALES

Se ha insistido a lo largo de este módulo en que el proceso penal no es un conjunto de ritos caprichosamente dispuestos por el legislador, sino que, desde una perspectiva material, un proceso judicial (penal, civil, laboral) es básicamente un método, legalmente determinado, para administrar justicia. Si por método se entiende “camino”, conforme a su etimología, puede decirse entonces que un proceso es el recorrido, o mejor, la secuencia lógica y ordenada de pasos que permite llegar a ciertos fines. En el caso del proceso penal tales fines pueden resumirse en dos propósitos: aproximar al funcionario, que ha de tomar una decisión de fondo, al conocimiento de la verdad de lo ocurrido y garantizar los derechos fundamentales de todos los intervinientes e interesados en la actuación. Al respecto, es importante que el discente reflexiones sobre si algunos fines tienen mayor relevancia constitucional que otros y por qué.

Como toda actividad humana, la administración de justicia requiere de un método. A los fines del proceso podría llegarse, eventualmente, por diversos “caminos”; pero por razones de seguridad jurídica e igualdad, no podría pensarse en que cada administrador de justicia creara su propio procedimiento. Por esta razón se dice que el proceso, es el método estandarizado por el legislador, para la administración de justicia³⁵.

Desde la perspectiva de la noción formal de proceso, varias veces mencionada a lo largo de este módulo, la nulidad es una sanción a la inobservancia de las normas procesales, lo cual significa que la norma procesal se entiende como un

35 Esta noción puede encontrarse un poco más en extenso en el texto de “Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal”. Op.cit.

imperativo cuya infracción, en todo caso, exige un correctivo que reafirme la vigencia del sistema jurídico. En términos prácticos esto significaría que, siempre que se incurra en una irregularidad, al margen de su trascendencia, debería declararse una nulidad, porque toda actuación que no se apegue rígidamente al rito legal, supondría infracción a un precepto de carácter imperativo.

Las tesis formales se apoyan en criterios de índole monista³⁶—en cuanto a la teoría de las normas- y de marcado positivista, en cuanto asumen que la ley puede idear cualquier clase de ritos como presupuesto de las decisiones que resuelven un conflicto. En este sentido, conforme a la lógica del positivismo más radical, no les corresponde a los jueces, ni a los intérpretes de la ley procesal en general, cuestionar las razones que hayan motivado al legislador para establecer un determinado trámite ritual, pues una vez plasmado en la ley, debe acogerse y respetarse sin objeción alguna. Las fórmulas sacramentales, dentro de esta concepción, por absurdas e inconsistentes que parezcan, deben observarse estrictamente. En este sentido, no basta con tener el derecho, hay que saberlo ejercer y reclamarlo conforme fórmulas estrictas.

Dentro de la lógica del concepto formal de proceso, toda inobservancia a lo preceptuado por las normas que lo regulan constituye una irregularidad o vicio procesal que, en principio, solo puede corregirse a través de la declaratoria de nulidad.

Desde luego que la doctrina hizo esfuerzos por impedir que este criterio tan radical terminara por entorpecer los trámites procesales. Sin embargo desde el punto de vista, estrictamente teórico, resulta coherente que toda irregularidad, en un esquema formal, demande una declaratoria de nulidad. En efecto, la noción formal de proceso, que construyó la doctrina a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se apoyó, mayoritariamente, en tesis monistas sobre la teoría de las normas, de manera que, como regla general, se partió de la com-

36 Cabe recordar, a propósito, que entre las distintas clasificaciones de normas jurídicas, el denominado “monismo” normativo solo le otorgó relevancia a aquellas reglas susceptibles de ser aplicadas coactivamente, bien porque siguen el modelo de un mandato o una prohibición (Kelsen), ya porque constituyan un imperativo o tengan aplicación junto a un imperativo (Thon).

Dentro de la concepción Kelseniana de norma jurídica, al entenderse los mandatos y prohibiciones como expresiones de voluntad del Estado dirigidas a sí mismo, en últimas la norma nunca sería incumplida, pues lo importante es que exista posibilidad de aplicación coactiva. Así como la norma de homicidio no se infringe porque una persona mate a otra, sino porque el funcionario que debe imponer la pena correspondiente no lo haga, en el caso de la inobservancia a las normas procesales la nulidad cumple el efecto sancionatorio, requerido para mantener la vigencia del sistema. Sobre el particular Cfr. MAIER, Julio B.J.: “La Función Normativa de la Nulidad”.

prensión de la norma procesal como mandato o prohibición y de la nulidad como sanción.

Las tesis formales de proceso, es decir, aquellas que reconocen al legislador un margen absoluto de discrecionalidad en la determinación del ritualismo y su orden sin referente material, presentan múltiples dificultades entre otras:

- Exponen una noción tautológica de proceso. En efecto, si proceso es un conjunto de actos procesales y acto procesal es cada uno de los elementos que integran el proceso, se cae en un círculo descriptivo que no permite conceptualizar ninguno de los dos extremos. Con esta observación no se descalifica la verdad implícita del más tradicional intento de definición de proceso y acto procesal; de hecho, las tautologías constituyen proposiciones lingüísticas ordinariamente ciertas y susceptibles de verificación en su validez. Pero desde un punto de vista conceptual nada aporta a la comprensión y desarrollo teórico de una institución jurídica un concepto circular como éste.
- Generan una explosión de declaraciones de nulidad. En la práctica lo rutinario es que en todo proceso judicial se incurra en alguna irregularidad formal, por mínima que sea. Si a toda irregularidad se le da un tratamiento estricto, acorde con las tesis monistas sobre la teoría de las normas, la administración de justicia se vería sumida en un sinnúmero de declaratorias de nulidad que la harían altamente inoperante. Para evitar esta consecuencia nociva se han planteado criterios objetivos, subjetivos y mixtos tendientes a delimitar las irregularidades que pueden acarrear la declaratoria de nulidad, que se desarrollaran más adelante. Por el momento es pertinente destacar que a través del denominado “principio” de la taxatividad (*pas de nulite sans text*) se impuso un tope arbitrario pero efectivo, a esta explosión nociva de declaratorias de nulidad. Al retornar, como pareciere sugerirlo la ley 906 de 2004, al criterio de taxatividad, como único referente en materia de nulidades, se regresaría a estado de la doctrina procesal de comienzos del siglo XX.
- Desestima los derechos sustanciales y los subordina a formalidades carentes, en muchas ocasiones, de contenido material. En efecto, el concepto formal de proceso sobredimensiona la función de los ritos en la administración de justicia. Si bien, además de los contenidos garantistas y metodológicos las formas procesales, tienen contenidos simbólicos que no pueden menospreciarse³⁷, no se puede perder de vista que el procedimiento es un instrumento para hacer

37 Es el caso, por ejemplo, de la disposición que impone a los Jueces la obligación del uso de la toga, en la válida pretensión de dotar a la administración de justicia de majestad y respetabilidad ritual.

efectivas las normas procesales, y no un sistema axiológico autónomo y prioritario. La distorsión en la discusión (en cuanto no advierte que se trata de esquemas jurídicos situados en planos diferentes y que por tanto, no pueden excluirse) acerca de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, o de lo formal sobre lo sustancial, ha generado graves consecuencias en el derecho contemporáneo.

- Sobreestima la discrecionalidad legislativa en la concepción de los procedimientos judiciales. La noción formal de proceso otorga al legislador facultades que pueden ir en contravía de preceptos superiores, como los principios de orden constitucional que regulan la administración de justicia. Esta crítica adquiere particular relevancia en materia de procesos penales, pues la búsqueda de la verdad material, como fundamento de cualquier decisión sancionatoria, no debe verse entorpecida por formalidades caprichosas de la ley. Otro tanto es predicable de las garantías reconocidas constitucionalmente, en favor de los sujetos procesales, que no solo se desconocen en el trámite de procesos en concreto, sino que pueden menoscabarse en abstracto, por normas adjetivas arbitrarias.

En el extremo opuesto, la noción material de proceso entiende que todo rito debe tener un fundamento sustancial (principio de instrumentalidad de las formas), es decir, toda norma procesal debe estar encaminada a dar eficacia a derechos sustanciales. En este sentido, las formas procesales deben acatarse, no por un vacío culto a las formas, sino para poder llegar a los fines del proceso.

En esta perspectiva, la nulidad no es una sanción que obligatoriamente se impone cada vez que se presenta una irregularidad; la nulidad, desde la óptica de la noción material de proceso, es un mecanismo correctivo (el menos deseable por sus efectos contaminantes) de las desviaciones que impiden llegar a alguno de los fines procesales. Gráficamente puede plantearse la idea de un recorrido con una meta preestablecida (punto de llegada —o fin en la terminología que estamos empleando—), a la que no se arriba por que se ha tomado una ruta equivocada. El correctivo no puede ser otro que regresar al punto de la desviación para tomar el camino adecuado.

Haciendo el paralelo con el proceso penal, el vicio o defecto de trámite es la desviación que impide llegar a alguno de los fines propuestos constitucionalmente, y la nulidad consiste en regresar a ese punto para rehacer las cosas conforme es debido. Esta forma de entender el proceso — y las nulidades— tiene las siguientes consecuencias:

- No propicia la declaratoria de nulidades, pues exige que en cada caso, como

regla general³⁸, se valore la trascendencia de la irregularidad. Tal valoración de trascendencia consiste en analizar si la irregularidad imposibilita o impide llegar a alguno de los fines del proceso; si ello no es así, es porque metodológicamente el vicio no es trascendente. El ejemplo clásico es el de las notificaciones por conducta concluyente, caso en el cual, el rito no se surte como debería hacerse. Sin embargo, si lo que se pretende no es otra cosa que enterar oportunamente a los interesados, para que ejerciten sus derechos como lo estimen conveniente, y si esto se cumple a cabalidad, resultaría insensato declarar una nulidad. Las nulidades, desde esta perspectiva, sólo se decretan cuando son estrictamente necesarias, o cuando están, en casos muy reducidos, ordenadas legalmente.

- Favorece la corrección de irregularidades mediante mecanismos alternativos. Como quiera que las nulidades tienen un efecto contaminante, en el sentido de afectar no solo la actuación irregular sino todo lo que dependa de ella, la previsión de mecanismos alternativos impide que los procesos se conviertan en una tortuosa formalidad de difícil culminación. Los jueces cuentan, desde esta perspectiva, con una amplia gama de alternativas para corregir, si es necesario, alguna irregularidad susceptible de enmendarse.
- Exige la lealtad de los sujetos intervinientes. Al no permitirse que la nulidad se convierta en un instrumento más de la estrategia procesal, se exige un máximo de lealtad de los sujetos intervinientes hacia la actuación procesal. Una de las manifestaciones de esta característica es el criterio de “protección”, conforme al cual, el sujeto procesal que con su actuación da lugar a un vicio procesal, no puede invocar en su favor la declaratoria de nulidad. Otra derivación de esta misma idea se plasma en el criterio de “convalidación”, conforme al cual, si el sujeto afectado con un vicio de trámite lo convalida, no se hace necesaria la declaratoria de nulidad³⁹.

Como puede apreciarse, existe una diferencia radical entre la forma como se maneja la temática de las nulidades en las perspectivas planteadas.

38 Como toda regla general admite contadas excepciones. Por esta razón existen algunas irregularidades cuya trascendencia ha sido normativamente preestablecida, como en la hipótesis prevista en el art. 457, conforme a la interpretación planteada por la Corte Constitucional, esto es, cuando la prueba se ha obtenido a través de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. Ver sentencia C-591/05.

39 Debe aclararse que no todas las irregularidades son susceptibles de convalidación. En el ejemplo propuesto en la nota inmediatamente anterior se expone un caso de irregularidad inconvalidable.

II. ASPECTOS PRÁCTICOS

Tanto en el texto “Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal”, como al comienzo de este módulo, se hacen explícitas referencias a los fundamentos constitucionales del proceso penal. Con base en ellas puede afirmarse que la noción de proceso penal, compatible con el Bloque de Constitucionalidad, es la que privilegia la eficacia de los derechos fundamentales sobre consideraciones de carácter formal. En este sentido, bien puede afirmarse que los avances logrados por la jurisprudencia y la doctrina en materia de ineficacia de los actos procesales, no se ha perdido por el silencio que guarda la ley 906 de 2004 sobre algunos aspectos de la declaratoria de nulidad.

Se puede plantear que, normativamente, el fundamento legal de esta afirmación radica en los arts. 26 y 27 del nuevo código de procedimiento penal. En efecto, el artículo 27, en especial, constituye la carta de navegación del funcionario judicial, en materia de actuación procesal y con base en ella los criterios de trascendencia, convalidación, protección, instrumentalidad de las formas, se advierten como características esenciales del procedimiento penal colombiano en materia de nulidades.

Si se aplican estas nociones teóricas al plano práctico podrá advertirse que se trata de criterios elementales, que simplifican la comprensión de la problemática de la eficacia de la actuación procesal.

En relación con el ejemplo de las variaciones de denominación jurídica, varios de estos criterios son aplicables. La regla general es que la denominación jurídica, que se da a los hechos, no tiene porqué afectar la eficacia de la actuación procesal, salvo que se de lugar a una de estas dos situaciones: que se impida el ejercicio del derecho de defensa, o que se afecte la estructura lógica del procedimiento.

En el primer caso entra en juego el criterio de trascendencia, pues el funcionario judicial debe hacer una ponderación sobre la eventual afectación de los derechos fundamentales del procesado (derecho de defensa, derecho al conocimiento de los cargos, prohibición de indefensión, entre otros). Si el procesado ha tenido oportunidad de conocer las distintas denominaciones de los hechos y defenderse adecuadamente, la nulidad resultará innecesaria. Pero, si por el contrario, el análisis concreto evidencia que, por atender una determinada imputación, el acusado no pudo ejercer el contradictorio, de manera adecuada, sobre los cargos que finalmente se le enrostran, allí habría trascendencia y necesidad de declarar la nulidad.

En lo que atañe a la estructura lógica del proceso, tal, como se mencionó anteriormente, esta se integra por los actos que constituyen presupuesto necesario de la actuación subsiguiente. Metodológicamente el operador jurídico no puede disponer discrecionalmente de esta estructura, porque usurparía funciones legislativas. Desde esta perspectiva, en el caso de los delitos querellables, la convocatoria a conciliación constituye un presupuesto indispensable de la formulación de imputación, razón por la cual, el criterio de instrumentalidad de las formas indicaría que la omisión de este trámite desarticularía la estructura procesal diseñada por el legislador, en el evento de no acatarse en un caso concreto.

En el ejemplo de la tortura -(b)-, puede apreciarse la imposibilidad de aplicación del criterio de convalidación, pues como se anotó en la correspondiente nota al pie de página, en eventos como éste el derecho fundamental afectado, por ser intangible, no es de libre disposición ni siquiera por su propio titular. Acertadamente la Corte Constitucional ha sentado la doctrina de la inadmisión absoluta de actuaciones tan graves como la obtención de pruebas a través de torturas, desapariciones forzadas. En tales casos, no solo se afecta la prueba, sino la totalidad del trámite, con lo cual se exige a los órganos estatales un comportamiento no solo legal, sino éticamente intachable, que no puede tener excepciones so pretexto de obtener resultados, mal entendidos como “eficientes”, en la lucha contra la criminalidad.

En resumen, la nulidad es un mecanismo, el más extremo, para corregir los vicios del procedimiento. Cuando es jurídica y lógicamente posible, debe optarse por mecanismos alternativos para corregir los defectos de trámite, lo cual implica que no toda irregularidad debe acarrear una declaratoria de nulidad. Por el contrario, en la mayor parte de los casos, conforme al mandato del artículo 27, debe modularse la aplicación de este mecanismo extremo, a fin de no incurrir en excesos de ritualidad indeseables.

Es importante recalcar que cuando el vicio procesal afecta derechos fundamentales de los intervinientes o interesados en el trámite (procesado, víctimas) el defecto debe corregirse a través de la nulidad, lo mismo que cuando se ha incurrido en un error que desarticula la estructura lógica del proceso.

Ca

- ¿Cuáles criterios normativos sobre la declaratoria de nulidades conoce?
- De esos criterios, ¿cuáles no están explícitos en la ley 906 de 2004?
- ¿Qué fundamento constitucional identifica en la aplicación de todos o algunos de esos criterios normativos?

UNIDAD 4

- Enuncie cinco aspectos, que en su opinión, estén mejor desarrollados en materia de nulidades, en la nueva legislación.

Este libro se terminó de imprimir
en abril de 2006
Bogotá, D.C.