

Axiología y deontología del proceso penal
Y
el precedente judicial

MODULO II



DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Sus derechos humanos, nuestra razón de ser.

Dirección Nacional de Defensoría Pública

Unidad de Capacitación

Financiado por:



*Programa de Fortalecimiento
y Acceso a la Justicia*

Las opiniones expuestas no reflejan necesariamente los puntos de vista de los Estados Unidos de América o la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional.

Defensoría del Pueblo

Dirección Nacional de Defensoría Pública

Vólmar Pérez, defensor del pueblo.

Julietta Margarita Franco, directora nacional de defensoría pública.

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID Colombia

Liliana Ayalde, directora de USAID /Colombia.

Tanya Urquieta, directora de la Oficina de Gobernabilidad Democrática.

Ronald Glass, oficial de la Oficina de Gobernabilidad Democrática.

Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID.

Documento elaborado por CHECCHI AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA
bajo contrato institucional con USAID. No. 514-c-00-01-00113-00

Ian Rose, director del Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID

Redacción

Juan Carlos Arias, director Oficina Piloto de Defensoría Pública.

Henry Calderón, defensor público.

Revisión

César Reyes, consultor del Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID.

Michael McCullough, subdirector del Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de USAID.

Todos los derechos reservados © USAID / Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia. Apartes de los textos pueden reproducirse citando la fuente.

Su reproducción total o parcial debe ser autorizada por USAID. Distribución gratuita.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan los puntos de vista de USAID.

www.pfyaj.com.

E-mail: info@pfyaj.com

RESUMEN EJECUTIVO

El módulo II del Plan Nacional de Capacitación para Defensores Públicos titulado "AXIOLOGÍA Y DEONTOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO PENAL. PRECEDENTE JUDICIAL", consta de dos partes: en la primera se analiza el sistema acusatorio, las características del espacio en que se abre campo en nuestro medio colombiano, su historia y principales ejemplos en el derecho comparado, sus principios y la manera como se concretan en desarrollo de los roles de las personas que intervienen; finalmente, se realiza un acercamiento al estado actual de la estructura de nuestro proyecto de sistema procesal.

La segunda parte del módulo, llamada Precedente judicial, contiene un acercamiento a las formas de interpretación jurisprudencial; se ocupa de la técnica del precedente, analizando particularmente aspectos como la ratio decidendi, obiter dicta, cosa juzgada implícita y explícita, la construcción de la línea jurisprudencial y sus técnicas de variación. Todo esto identificado como herramientas que debe tener siempre a la mano el operador judicial y particularmente el defensor en el sistema acusatorio.

PRESENTACIÓN

La Unidad de Capacitación de la Dirección Nacional de Defensoría Pública ha programado dentro de su contenido curricular un módulo que aproxime al Defensor Público a el sistema acusatorio y además, que lo impulse a utilizar correcta y técnicamente el precedente judicial como una herramienta de excepcional importancia en su cotidiano quehacer defensorial, que tiene amplio desarrollo y aplicación en el mencionado sistema.

Identificado como una necesidad en el proceso de formación por parte de los mismos Defensores Públicos se produce el módulo II llamado "AXIOLOGÍA Y DEONTOLOGIA DEL PROCEDIMIENTO PENAL. EL PRECEDENTE JUDICIAL", como un importante aporte a la ampliación del marco académico de sus destinatarios, los Defensores Públicos, que encontrarán en él una herramienta ágil y útil en su inaplazable tarea de prepararse para el cambio definitivo de nuestra justicia penal.

Se espera por tanto que al culminar el estudio de este documento que hace parte de un plan integral de formación del Defensor Público, se esté en condiciones de identificar las características y principios del sistema acusatorio, su reconocimiento como mejor sistema de juzgamiento -en términos de garantía para el procesado- a partir del bloque de constitucionalidad, la delineación de los perfiles y los roles de

los distintos participantes en el proceso penal, al igual que un primer acercamiento al contenido y estructura del proyecto de Código de Procedimiento penal que hace tránsito en el Congreso de la República. De igual manera, se confía en el fortalecimiento de la conciencia de lo que implica la importancia del precedente judicial y su aplicación en el sistema judicial que se avecina.

Queda pues a consideración de los Defensores Públicos un documento que busca llamar la atención e invitar a la reflexión de lo imperioso que resulta en los operadores judiciales y particularmente en los Defensores Públicos tener conciencia de la inusual herramienta que ha consignado el Acto Legislativo que nos matriculó en el sistema acusatorio, al advertir de nuestro juzgamiento, que como característica va a tener “todas las garantías”; lo que implica el compromiso indeclinable de todos los Defensores Públicos de agudizar nuestros criterios de interpretación en el sentido que más se favorezca al hombre y de exigir enérgicamente la vigencia y reconocimiento de *todas las garantías* .

TABLA DE CONTENIDO

PRIMERA PARTE: AXIOLOGÍA Y DEONTOLOGIA DEL PROCEDIMIENTO PENAL

1. Introducción
2. Algunas consideraciones sobre la reforma
3. Historia del derecho procesal
 - 3.1. La sanción en la familia
 - 3.2. El proceso en el cercano oriente
 - 3.3. En Roma y el Mediterráneo
 - 3.4. En la inquisición
 - 3.5. Historia relevante del derecho procesal penal colombiano
4. Principios que caracterizan el sistema acusatorio
 - 4.1. Principios directamente relacionados con el procedimiento
 - 4.1.1. Principio de publicidad
 - 4.1.2. Principio de celeridad
 - 4.1.3. Principio de obligación de presencia
 - 4.1.4. Principio de igualdad de las partes
 - 4.1.5. Principio de presunción de inocencia
 - 4.1.6. Principio de defensa obligatoria
 - 4.1.7. Principio de no auto incriminación
 - 4.1.8. Principio de prohibición de doble incriminación
 - 4.1.9. Principio de oralidad
 - 4.1.10. Principio de concentración y continuidad
 - 4.1.11. Principio de garantía de libertad del procesado

- 4.1.12. Principio de oportunidad
- 4.1.13. Principio de prevalencia del derecho sustancial
- 4.1.14. Principio de impugnación
- 4.2. Principios relacionados con los intervinientes en el proceso penal
 - 4.2.1. Principio de investigación
 - 4.2.2. Principio de división y separación de funciones
 - 4.2.3. Principio del juez natural
 - 4.2.4. Principio de identificación física del juez
 - 4.2.5. Principio de imparcialidad del juez
- 4.3. Principios relacionados con la prueba
 - 4.3.1. Principio de in dubio pro reo
 - 4.3.2. Principio de inmediación
 - 4.3.3. Principio de contradicción
 - 4.3.4. Principio de libre valoración de la prueba
- 5. Sistema acusatorio: características, principales ejemplos en Estados Unidos, Alemania e Italia.
 - 5.1. El sistema anglosajón
 - 5.1.1. En Estados Unidos
 - 5.2. El sistema continental europeo
 - 5.2.1. El sistema alemán
 - 5.2.2. El sistema italiano
 - 5.3. Experiencia latinoamericana
- 6. Sujetos procesales en el sistema acusatorio
 - 6.1. El fiscal
 - 6.1.1. Perfil
 - 6.1.2. Actividades del fiscal de acuerdo con su rol
 - 6.2. El defensor
 - 6.2.1. Perfil
 - 6.2.2. Actividades del defensor de acuerdo con su rol
 - 6.3. El acusado
 - 6.3.1. Perfil

- 6.3.2. Actividades del acusado de acuerdo con su rol
- 6.4. El juez
 - 6.4.1. Perfil
 - 6.4.2. Actividades del juez de acuerdo con su rol
- 7. Estructura del proceso penal acusatorio en Colombia
- 8. Bibliografía

SEGUNDA PARTE: EL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

- 1. Consideraciones generales
- 2. Orígenes del uso del precedente judicial en Colombia
- 3. La técnica del precedente
- 4. Elaboración de líneas jurisprudenciales
- 5. Técnicas de variación jurisprudencial, páginas 35 a 44
- 6. Conclusiones
- 8. Bibliografía y referencias bibliográficas

**Axiología y Deontología del Proceso Penal
Y
El Precedente Judicial**

PRIMERA PARTE

**Axiología y Deontología
del Proceso penal**

1.INTRODUCCIÓN

El sistema acusatorio que se impone en nuestro país a partir de la reciente reforma constitucional hace necesaria la preparación de los distintos actores dentro del proceso penal a fin de ponerse a tono con las reformas que su advenimiento implican. Conocer nuestra historia procesal, la tradición del sistema acusatorio, su comparación con nuestro sistema y deducir por ello los principales cambios que comporta su aplicación en nuestro medio; como también la vigencia en nuestro entorno jurídico de sus principios y de los derechos que incorpora, la redefinición de los roles de los participantes en el proceso penal, es una tarea que se debe abordar sin tardanza particularmente por los Defensores Públicos que debemos identificar en esta nueva forma de juzgamiento el espacio de reconocimiento de una justicia más justa que propiciará un mejor país en el que quepamos todos.

Los Defensores Públicos, tenemos un enorme reto en la reforma procesal y por eso debemos echar mano de todos los recursos que tenemos a nuestro alcance para participar activamente en la construcción de un derecho justo, siendo uno de los más importantes el uso del precedente judicial en nuestra actividad litigiosa de representar a los desposeídos del país. La seguridad jurídica se logra a partir de la exigencia y aplicación del principio de legalidad y de igualdad en el trato para todos los destinatarios de la ley penal, por lo que en estos momentos en que se esperan cambios tan definitivos en el sistema jurídico colombiano los Defensores debemos estar a la vanguardia de los operadores como inspiradores y gestores de un proceso penal más garantista y justo.

Por esto, el contenido temático del Plan Nacional de Capacitación de Defensores Públicos empieza con un módulo que nos invita a completar la caja de herramientas con la que debemos estar listos para participar activamente en la construcción de ese derecho de cuya aplicación debemos sentirnos orgullosos.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA

No cabe duda de que el sistema acusatorio es el espacio en el que con mayor facilidad se concretan los derechos y garantías procesales reconocidas internacionalmente como las prerrogativas mínimas que debe tener el procesado, y también el espacio en que con mayor justicia se privilegia la participación de la víctima y en el que el Estado puede extender con mayor eficacia y sensatez su facultad sancionadora. Convencido de esta realidad, el Congreso de Colombia ha matriculado nuestro sistema de juzgamiento en el acusatorio, seguro de obtener por esa vía un mejoramiento sustancial de nuestros lamentables y vergonzosos niveles de injusticia y de impunidad generados en buena parte por la forma en que nuestro Estado asume la función jurisdiccional de "administrar justicia".

Sin embargo, múltiples son las críticas que se producen en torno de la reforma procesal penal en que nos hemos embarcado y que comienza a concretarse con la promulgación del acto legislativo 03 de 2.002, de las cuales vamos a acercarnos a las dos más importantes:

- 1.No se tiene claro qué es lo que se busca con la reforma.

Afirman los críticos que si es la descongestión lo que se pretende reducir en primer término, no existe ni un solo estudio serio que analizando la realidad empírica oriente la identificación de los factores que la generan, y como consecuencia, que pueda indicar cuáles serían las prácticas equivocadas a corregir. Si es la eficiencia del sistema judicial lo que se busca como objetivo de la reforma, no está diagnosticada la situación que se pretende cambiar como para plantear seriamente una política que de manera coherente responda a la solución ofrecida por el diagnóstico. Que, como consecuencia de lo anterior, no estando claro porqué querer reformar, tampoco lo está qué y cuánto estamos dispuestos a sacrificar en aras de esta reforma que no se identifica como necesaria. No podemos pensar en un cambio de sistema sin tener en cuenta que eso implica una transformación en la cultura jurídica que tardaría tal vez siglos en construirse.

Pero es que la identificación de un nuevo rumbo en materia procesal penal se aprecia, no sólo a partir del Acto Legislativo 03, sino desde la adscripción de nuestro país al concepto de Estado Social de Derecho, con la expedición misma de nuestra Constitución del año 1.991. Múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional han revelado la incompatibilidad de los procedimientos que contempla en materia de derechos y garantías judiciales el ya por fortuna moribundo sistema procesal penal con la carta política.

Y es que a partir del año 1.991, la labor de la Corte Constitucional tratando de armonizar las leyes procesales penales con las garantías contenidas, no solo en la Carta, sino también con las que se incrustan en los diferentes documentos internacionales ratificados por nuestro país, ha sido titánica y de alguna manera infructuosa en materia de reconocimiento de derechos, pero escuchada y atendida en la búsqueda de un sistema que como el acusatorio reconozca de manera más efectiva las garantías procesales de los que se encuentran en una situación de especial desventaja frente a la actividad del Estado.

Esto se evidencia en pronunciamientos muy particulares en los que la Corte paulatinamente ha venido llamando la atención sobre la incoherencia de nuestro sistema procesal penal con dichas garantías:

En materia de derechos y garantías la Corte Constitucional, juzgando con criterio acusatorio, invalida normas de corte inquisitorial: a) El derecho a la asistencia de un Abogado¹ hace parte del conjunto de garantías reconocidas en la Carta; autorizándose por el Decreto 2700 de 1.991 la posibilidad de que tal actividad la desarrollara un ciudadano honorable que no tuviera la calidad de profesional del derecho, con lo que sin duda se atropellaba dicho principio y se desconocía un verdadero derecho de defensa², lo cual fue corregido por la Corte Constitucional. b) De igual manera, nuestro

¹ Por más que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la inexistencia de la defensa técnica no necesariamente debe producir el efecto de la invalidación del proceso sino que se debe probar la trascendencia de su inexistencia.

² Por medio de la sentencia C-049 de 1.996, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional declara inexequibles parcialmente los artículos 161 y 322 del Código de Procedimiento Penal.

procedimiento penal permite la condena en contumacia³, lo cual atenta también contra el derecho de defensa, no obstante la Corte haber limitado y determinado claramente los eventos en que pueda producirse como última medida la vinculación de ausentes al proceso penal⁴. c) La Corte Constitucional también reconoció como, contrarias a la Carta, había normas que permitían que la instrucción y la investigación previa se adelantara sin límite de tiempo⁵. d) Así mismo, medidas que permitían que al indagado, de quien se entiende que es libre de todo apremio, se le exhortara a decir la verdad en un limitado derecho de no auto incriminación⁶, por cuanto con tal exhortación se le sugería renunciar a él, lo cual también fue excluido de nuestro ordenamiento penal por orden de la Corte Constitucional. e) Por su parte, la obligación que se le imponía al procesado de colaborar con el esclarecimiento de la verdad, imposición que se hacía al momento de otorgarle la libertad, y que atentaba contra el principio de no auto incriminación, fue declarado inconstitucional⁷ por obra de la Corte. f) También, ha condicionado la interpretación de varias normas a que sean aplicadas en un sentido específico, como cuando, recientemente⁸ ha dispuesto que el proceso se le debe enseñar a la persona que va a rendir su primera versión en la actuación penal advirtiéndole que éste no es de ninguna manera secreto y menos para el protagonista, *“que el ejercicio legítimo de la función de investigar los delitos no comprende, entonces, el poder de adelantar la investigación a espaldas del imputado hasta acopiar las pruebas suficientes para dictar resolución de acusación, con el fin de que sólo entonces, para cumplir una formalidad, el investigado sea llamado a rendir versión preliminar o indagatoria para vincularlo al proceso cuando éste ya se ha adelantado sin que el imputado pueda ejercer oportunamente sus derechos constitucionales.”*

³ No obstante ser prohibido internacionalmente, particularmente por la regla 26 de Mallorca, pensada y diseñada para el juicio oral.

⁴ La Corte Constitucional por medio de la sentencia C-488 de 1.996 con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz consideró constitucional la vinculación de ausentes al proceso penal, pero condicionándola a la búsqueda continua y extrema del procesado durante todo el tiempo en el que se esté adelantando el proceso.

⁵ Sentencias C-412 de 1.993, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz; C-411 de 1.993, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz.

⁶ Sentencia C-621 de 1.998.

⁷ Sentencia C-776 de 2.001 con ponencia del magistrado, doctor Alfredo Beltrán Sierra, en la que la Corte declara inexecutable una expresión del numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento penal que le imponía dentro de los compromisos que suscribía el procesado que obtenía libertad provisional, la obligación de colaborar con el esclarecimiento de la verdad.

⁸ Según se observa en el contenido de la sentencia C-096 de 2.003 con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

El sistema punitivo en el que vivimos es incoherente con él mismo porque coloca al instructor en situaciones contradictorias con lo que se le exige: a) De una parte, es el director de la investigación y en ello se le pide que sea imparcial, esto es, que no manifieste preferencias ni en contra ni en favor del procesado. Pero, ese mismo fiscal va a ser parte adversaria del sindicado en el juicio, con lo que lo mejor que puede hacer es llevarse desde la instrucción el mayor arsenal probatorio posible para ser argüido en el juicio. b) Y en su afán de confirmar sus sospechas contra el procesado, lo mejor que puede hacer es practicar la prueba sin la asistencia de la otra parte, por lo que son tan comunes las citaciones a los testigos para "*favor presentarse a este despacho en día y hora hábil*", con lo que se excluye de la práctica de la prueba al incómodo antagonista que aparece para enfrentar a su contraparte en sede de contradicción de la prueba, pero no ante un rival igual, sino ante un director de la diligencia, con poderes incluso disciplinarios contra su adversario, el defensor. Y por más de que la prueba debe ser del proceso, termina siendo de una parte, ya que la prueba técnica es producida por el sujeto procesal que tiene la intención de acusar con ella, ya que los organismos encargados de su producción están bajo la dirección de la Fiscalía, encargada de ser la guardiana del orden en nuestra sociedad y llamada a ser la responsable de reducir la impunidad para construir una mejor patria; y por eso mismo la mejor labor que puede realizar es acusar, acusar y acusar. La prueba técnica ni siquiera se traslada a los sujetos procesales sin que dicha omisión represente nada dentro del sistema. Ya hemos visto a la Corte Suprema de Justicia decir que tal situación carece de trascendencia procesal. b) Y por eso mismo, un buen fiscal es aquel que se identifica por haber realizado más acusaciones en el mes; y por supuesto, por ser exitoso en su labor de artífice de condenas. Esto, en abierto desconocimiento de una resolución de las Naciones Unidas⁹ que llama la atención precisamente sobre lo contrario, esto es, que se debe procurar llevar al juicio la menor cantidad de causas posible, para reducir, la congestión judicial, el estigma de la prisión preventiva, la acusación y la condena, y para evitar los efectos adversos de la ejecución de la pena de prisión. c) Nuestro fiscal de hoy tiene varias obligaciones dentro del proceso: la de proferir medidas de aseguramiento, de acusar y además, la de investigar lo que sea

⁹ Directrices sobre la función de los fiscales; Aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana entre agosto y septiembre de 1.990.

favorable al procesado; con la advertencia de que después de que prive de la libertad, de comprobarse su ligereza, él será responsable solidario con los perjuicios en que eventualmente sea condenado el Estado por cuenta de la privación injusta de la libertad y del error judicial¹⁰. Su salario y sus bienes se verán comprometidos en resarcir los perjuicios de aquel a quien privó de la libertad de manera injusta, lo cual se comprobó luego con la misma prueba que el fiscal en su obligación de investigar también lo desfavorable, le suministró.

Pero con el juez la situación no es muy diferente: tenemos un juez de quien decimos que es imparcial pero le damos, no solo facultad sino la obligación de participar en la práctica de pruebas, colaborando también él con la búsqueda de la verdad, lo que lo parcializa hacia su propia teoría de los hechos, otorgándole facultades incluso para que modifique la acusación presentada por la fiscalía y para que decrete pruebas de oficio; con lo que termina siendo el juez otro instructor de una verdad que el mismo investiga, califica, valora y juzga, en abierta oposición al mandato internacional de la desconcentración de funciones entre quien investiga y juzga.

Por eso no se puede decir que no conocemos la razón de la reforma, claro que sí, es enderezar nuestro sistema de juzgamiento hacia la congruencia con las directrices que el mundo ha establecido como las que generan mayores garantías, en un sistema que nos elimine las contradicciones del nuestro y construya un procedimiento en el que los roles de los participantes sean coherentes con sus expectativas.

Los compromisos internacionales asumidos por nuestro país implican la adscripción a un sistema de procesamiento de corte acusatorio como única forma de garantizar derechos de los procesados y una mejor justicia de cara al público, en el camino que emprendió la Corte Constitucional desde los inicios de su actividad y que ahora el constituyente decide seguir, en acatamiento de dichos marcos impuestos por la comunidad internacional.

Entonces, ¿Para qué el cambio hacia el sistema acusatorio? Lo justifica el reconocimiento real y efectivo de garantías y derechos procesales que no se pueden

¹⁰ Según el desarrollo que se le viene dando al artículo 90 de la Constitución, a los artículos 65 a 69 de la Ley 270 de 1.996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) y 678 de 2.001.

privilegiar en un sistema inquisitorial o mixto, porque en él sólo se puede identificar una justicia implacable que busca la verdad a toda costa.

2. Otros afirman que el sistema acusatorio es incompatible con nuestra tradición, que fiel a nuestro ancestro jurídico continental europeo construimos el derecho a partir de la identificación de la necesidad general y por vía de la ley se realiza un ejercicio deductivo. El sistema acusatorio implica la construcción del derecho en sentido contrario, esto es, desde la situación particular misma se construye el derecho que habrá de ser aplicado a situaciones análogas, vale decir, de lo particular a lo general. Los que así piensan no consideran que lo que se está cambiando es el sistema jurídico de investigación y juzgamiento, y no toda la cultura jurídica. Seguimos construyendo la ley de la misma manera como lo hemos venido haciendo, no tiene que cambiar nuestra tradición jurídica, lo que debe cambiar es la forma de investigar, de acusar, de juzgar y de concebir criterios de racionalización de la pena.

No es el sistema jurídico lo que cambia, es la forma de aplicación de la ley penal, que ahora se adelantará con todas las garantías, tal y como lo indica el Acto Legislativo 3 de 2.002, porque el constituyente cree que en un sistema acusatorio se realiza con más esplendor y de mejor manera el Estado de Derecho. Y así, transitamos de un sistema de garantías mínimas (sistema mixto), a un sistema con mayor espacio garantista, con garantías máximas.

Ya comenzamos el trasegar por los senderos del cambio, cuyo recorrido no será fácil. Sin duda, nuestra sociedad requiere de madurez y confianza en sus instituciones para afrontarlo con éxito, debemos volver a creer en la lealtad del vecino y en la honestidad del otro, en la transparente identificación del bien común en la conciencia de todos los habitantes, lo cual sólo lograremos a partir de la construcción efectiva y urgente de un fuerte tejido social que nos cohesione como nación y nos identifique a todos como hijos de una misma patria.

Será un camino colmado de dificultades, puesto que, se evidencia la escasez de recursos que posibiliten el cambio, el sistema no está diseñado para juzgar a grupos de delincuentes cuyo procesamiento es relativamente frecuente en nuestro medio que vive situaciones tan lamentables y particulares de violencia, no está delineado para

juzgar a los cabecillas de las grupos armados o a los jefes de la delincuencia organizada, el testigo será amedrentado por tener que comparecer y declarar en juicio público y frente al criminal ; son algunos de los escollos más reconocidos para dar operatividad al sistema. Sin embargo, será a base de ingenio y de creatividad como habrá que evadir los obstáculos, que no pocos, se oponen a la modernización de nuestro sistema penal, pero que justifican en su objetivo todo esfuerzo y sacrificio por lograr su efectiva implementación.

3. HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL

Desde los orígenes de la humanidad se sintió especial interés en la forma de juzgamiento dentro de procedimientos establecidos a través de las diferentes épocas. Así, desde el comienzo de las primeras formas de organización social inicia la evolución del juzgamiento penal, que revisaremos brevemente:

3.1. La sanción en la familia

Siendo la familia la primera forma de organización social y política resulta, también, ser la cuna de las más elementales formas del juicio penal, abanderadas por el "*pater familias*" quien aparece dentro de la organización como juez religioso, político y supremo juez, arrogándose el poder de sancionar al autor de faltas dentro de la comunidad parental. Teniéndose como primeras ofensas (delitos), la violación de normas jurídico-religiosas y los atentados en contra de la comunidad.

Se estructura entonces, la aparición de tres sujetos diferentes: el juzgador, en cabeza del *pater familias*, el ofensor y el ofendido, con los roles de juzgador, acusador y defensa, respectivamente; permitiendo así la aparición de la jurisdicción penal como la expresión de un poder de supremacía, conservando no obstante la venganza privada, como forma de justicia penal.

La asociación de varias familias, tuvo como consecuencia la aparición de las *patrías* (Grecia) y las *curias* (Roma), es decir, el nacimiento de la Ciudad-Estado, la cual conservó la identidad entre religión y derecho, generando un nuevo orden, que permanece hasta la caída de los grandes imperios.

3.2. El proceso en el cercano oriente

En Cercano Oriente se mantienen las mismas formas de juicio, salvo con algunas diferencias: los jueces eran los sacerdotes y el poder judicial pertenecía al detentador del poder político-religioso-militar. El derecho procesal penal inicia con la Ley del Talión o Ley del desquite equivalente, gradualmente sustituido por el pago de sumas de dinero, hasta llegar a ser la única pena. Se instauró, posteriormente, el "juicio por ordalías", conocido por la connotación divina que aparentaba, dejando al querer de los dioses la prueba de la inocencia de las personas. Ya en Judea aparecía el testimonio como medio de prueba mas frecuente y fijándose la jurisdicción penal netamente religiosa.

3.3. En Roma y el Mediterráneo

En Roma y toda la región del mediterráneo se estructura la jurisdicción penal como función exclusiva del Estado, sin la tripartición del poder público. Con la existencia de un proceso claramente contencioso (acusatorio): jurados como elementos democráticos del juzgamiento, defensores y oralidad como forma principal del proceso, desaparece la ordalía y se utiliza el testimonio con interrogatorio, la confesión y los documentos como medios de prueba, consolidándose así los primeros principios dentro del proceso penal, tales como la igualdad ante la ley y el proceso, el libre acceso a los tribunales, contradicción, inocencia, "nemo iudex sine actore", oficiosidad ("La inquisitio"), el principio de la doble instancia e impugnación y el de la veracidad de la declaración judicial.

3.4. En la inquisición

La inquisición, como forma de juzgamiento, aparece en el siglo XII como instrumento de persecución religiosa y política, fruto de los llamados "juicios por ordalías". En 1227, Gregorio IX creó un cuerpo permanente de inquisidores (*Domini Canes*), quienes de plano, podían iniciar la investigación oficiosamente y realizar interrogatorio a toda la

población. El acusado podía arrepentirse, obteniendo así una sanción benigna, un breve encarcelamiento o la orden de ejecución de una obra piadosa, o no confesar y ser descubierto (espías inquisidores), para ser llevado ante el Tribunal, donde podía confesar y hacerse acreedor a una pena mas o menos benigna según su culpabilidad o, definitivamente, no confesar y enfrentar el juicio en el que, ya es sabido, se aplicaban las más drásticas torturas y castigos a fin de obtener la confesión.

El procedimiento penal en ésta época, se caracterizó por ser secreto y escrito, además, realizar el juzgamiento a la persona viva o muerta, sin la presencia de careos, con dos testigos de cargo, siendo la prueba reina la confesión y con la máxima de buscar una condena fundada en la verdad.

Este sistema se mantuvo vigente hasta el acaecimiento de la Revolución Francesa en 1789, naciendo así, el principio acusatorio con la acción popular, el deber de probar de las partes, la oralidad, la publicidad, los Tribunales de jurados para la admisión de la acción y para dictar sentencia.

De igual forma, este sistema se extendió por toda Europa y occidente, pero con diferencias marcadas en cuanto a los procedimientos, por ejemplo, en Francia, las reglas probatorias legales fueron suprimidas por el sistema de la íntima convicción; y según las evoluciones originadas en los problemas políticos económicos y sociales de cada nación, introduciéndose a lo largo de la historia pequeñas reformas en los procesos penales, logrando cada vez más, mayor número de garantías fundamentales para el acusado y el fortalecimiento de las instituciones jurídicas de cada país.

3.5. Historia relevante del derecho procesal penal Colombiano.

El proceso sancionatorio colombiano resulta inicialmente de instituciones impuestas por los colonizadores, es decir, los españoles, quienes a su vez penetraron indirectamente las fuentes romanas, germánicas y canónicas, con las pre-existentes a la llegada de Colón.

Así, las culturas indígenas que habitaban el territorio colombiano, ya poseían sistemas de procesamiento penal, en cabeza del supremo legislador o jefe de la tribu encargado

de la expedición de leyes moralizadoras, tales como no matar, no robar, no mentir y no quitar la mujer ajena, conductas castigadas con penas como azotes y en casos de asesinato, con la pena de muerte. Estos sistemas, de acuerdo con cada una de las culturas predominantes de la época, subsistieron hasta la llegada de los españoles.

El arribo de los colonizadores marcó la lucha por el sometimiento de los aborígenes, a fin de imponer el sistema absolutista, arrasando con la cultura indígena e iniciando los períodos de esclavitud. Época marcada por el interés económico de aquellos en apoderarse de las riquezas de las regiones y reducir la población a estados de esclavitud.

Se implantaron regímenes absolutistas, en los que los aborígenes carecían de cualquier garantía, a costa de su proceso de evangelización, que después de cierto tiempo, permitiría a los indígenas conservar sus tradiciones a cambio del trabajo gratuito.

Con la caída del imperio español, se abre paso al imperio de la legislación hispana en materia penal a través de instituciones como el Fuero juzgo, el Fuero Real, Las Leyes de Estilo, los Fueros Municipales, etc, además de leyes dadas por la corona reunidas bajo la denominación de "Recopilación de los reinos de las Indias", en las que se encuentran varias disposiciones de carácter penal: casuistas, sin límite entre las competencias civiles y las eclesiásticas, la desigualdad de las partes, la dureza de las penas, la falta de proporción con la gravedad del hecho, todo esto como rezago del régimen inquisitorial impuesto por los colonizadores.

Es así, como la legislación española continúa rigiendo hasta el año 1.837 en que se expide el primer Código Penal patrio de corte liberal y de inspiración francesa, desde allí nuestras normas de procedimiento penal han fluctuado del sistema inquisitivo hasta llegar a la mixtura que caracteriza nuestro sistema procesal actual. Este proceso evolutivo fue retrasado por la necesidad, identificada por el nuestro legislador provisional, que por vía del la excepcionalidad del estado de sitio legisló caprichosa y abusivamente por espacio de cincuenta años, siendo el último código de aquella época del estado de sitio, uno de corte definitivamente inquisitivo, vale decir el contenido en el Decreto 409 de 1.971, que perduró hasta 1.987.

Con el Decreto 050 de 1.987 comienza un leve cambio del sistema inquisitivo al mixto, dado que en el Código de Procedimiento Penal de entonces comenzaba a plantearse la separación parcial de funciones entre el juez de instrucción criminal y el juez de la causa.

Ya con la expedición de la Constitución Política de 1.991, se amplía notoriamente el catálogo de derechos y se comienza a insinuar un sistema mixto más de corte acusatorio, pero mixto al fin y al cabo, que creaba una fiscalía única en el mundo, con facultades que no se repetían en ningún ministerio fiscal que se conozca.

En vigencia de este sistema se expiden dos Códigos de Procedimiento, el Decreto 2700 de 1.991 y posteriormente la Ley 600 de 2.000, estatutos que conservan una mixtura con tendencia acusatoria que presenta incoherencias en su propia estructura, que redundan en violación de los derechos del procesado, morosidad, corrupción, hacinamiento carcelario, y en general un defectuoso funcionamiento de la actividad sancionatoria del Estado.

4. PRINCIPIOS QUE CARACTERIZAN EL SISTEMA ACUSATORIO

Las sociedades van organizando, de acuerdo con sus necesidades, sus propios marcos de competencia y van asignando las funciones inherentes a los roles de acuerdo con sus necesidades. La forma de controlar la organización se encuentra en la expedición de leyes que identifican las necesidades de la misma sociedad, así, la libertad y su garantía cobra contenido en el entendido de que la organización social solamente debe limitarla en la medida de lo estrictamente necesario, de suerte que la ley sólo puede limitar las libertades en esta proporción; pero además, cumple una función pedagógica y a la vez cohesiona al grupo social que la identifica como la respuesta de la materialización de sus necesidades.

Corresponde igualmente a esa misma sociedad definir que quiere con el derecho penal, esto es, ¿por qué prohibir?, ¿por qué juzgar? y ¿por qué castigar? Teniendo claro lo que se pregunta a partir de estos tres cuestionamientos, la sociedad construye un marco de valores y derechos que se compromete a respetar de acuerdo con la identificación de esos objetivos. Eficientismo y garantismo se enfrentan en el marco generado por estos cuestionamientos: los modelos penales autoritarios, como el que se configura en el método inquisitivo, pretende legitimar el abuso del poder en la realización de una justicia penal que convenza a la sociedad; el garantismo implica, por su parte y de manera definitiva, la validez del reconocimiento del hombre como un auto-fin dentro de un sistema que da especial connotación al concepto de la equidad, tratando de proteger al procesado que se enfrenta como parte débil al poderoso Estado y por eso, lo hace titular de garantías que lo salvaguardan del abuso del poder del más fuerte, incluidas en un *plus* que denominamos *favor rei* y que desarrolla una serie de derechos que lo amparan del poder y de la arbitrariedad y el exceso en su uso.

La necesidad de la Ley y la confianza en su cumplimiento por parte de todos sus destinatarios, son la materia prima con la que se confecciona el tejido social que identifica en la convivencia pacífica su objetivo definitivo y le dan ese alcance al Derecho Penal, con lo que se le excluye como argumento para legitimar o perpetuar el poder a partir de la complacencia social con la aparente eficiencia del sistema.

El derecho penal entonces, se sirve de principios de orden procesal para extender las limitaciones de la sanción en una jurisdicción que se funda en la verdad y la libertad como valores que la soportan¹¹.

El cambio al que nos enfrentamos nos impone la modificación de varias de las perspectivas con las que nos acercamos al proceso penal: en materia de roles, de estructura mental, en la apertura del hombre hacia lo social, en asumir aquel compromiso de cumplir la ley y participar. Tenemos derechos pero también somos responsables por unos deberes respecto de los cuales evadimos responsabilidades: la participación democrática, el ejercicio de la solidaridad, el cumplimiento de la ley, el respeto por los derechos de los demás, la comparecencia a un estrado judicial como testigo; son tal vez los principales deberes de los ciudadanos, con cuya participación y conciencia de su importancia se completará la función pedagógica que la normatividad de un proceso acusatorio comunicaría.

Pero sin duda que el sistema judicial en un proceso de corte acusatorio será más transparente, lo que generará mayor confianza en él mismo y a su vez, contribuirá a la construcción de ese tejido social que se espera que exista.

Dentro de los derechos humanos que se han venido llamando de primera generación encontramos las garantías judiciales que nacen desde el mismo momento en que el mundo comienza a redefinir los derechos de que son titulares los hombres libres, precisamente como mecanismo urgente y necesario de limitar la arbitrariedad del juzgador. El crecimiento del marco de aplicación de estos derechos se observa en proporción inversa al de la arbitrariedad del monarca y del juez, porque son justamente, los derechos judiciales, los que vienen a limitar y a propiciar la desaparición de la aplicación arbitraria y caprichosa del derecho. Las garantías judiciales restringen y reducen hasta el límite de su existencia la arbitrariedad de las autoridades públicas por medio de la reglamentación clara y precisa del contenido de los derechos de unos y de las obligaciones de otros; es la vigencia del principio de legalidad. Estos derechos, llamados comúnmente: garantías judiciales, sin duda se

¹¹ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*, Editorial trota, Madrid, 1995; página 544 y siguientes.

hacen más compatibles con un sistema acusatorio que permite su desarrollo total y que asume unos condicionamientos en la búsqueda de la verdad, precisamente los límites que impone la dignidad de la persona y que el Estado está llamado a reconocer.

Estas garantías judiciales, podemos ubicarlas en varios grupos según su contenido: unas reglas referidas propiamente al procedimiento, otras relacionadas con los funcionarios que dirigen el proceso y otras tendientes a regular el tema de la prueba.

4.1. Principios relacionados directamente con el procedimiento

Como sabemos, nuestro país inició su marcha hacia un sistema acusatorio en la búsqueda de una verdadera realización del derecho y de una justicia más justa. En desarrollo de este compromiso asumido por el legislador se produjo el Acto Legislativo 03 de 19 de diciembre de 2.002 que modifica sustancialmente el sistema de justicia practicado en nuestro país, adscribiéndonos claramente a un sistema acusatorio, con algunas matizaciones y particularidades. Un proceso de partes, en el que se observarán *“todas las garantías”*, lo que se va a traducir, sin duda alguna en un proceso público más justo, que servirá para generar confianza, credibilidad, seguridad en el cumplimiento de las leyes, mayor cercanía con el Estado e identificación clara de que la función de administrar justicia nos compromete, nos envuelve, nos toca a todos.

Antes de iniciar la revisión de estos principios hay que advertir que la mayoría de ellos no son nuevos para nuestro sistema procesal que, como característica principal es mixto, con una mixtura muy a la colombiana, como han señalado algunos y, por tanto, varios de estos principios se supone que están presentes en nuestro actual sistema procesal, sin que alcancen toda su capacidad de rendimiento por carecer de compatibilidad y coherencia con la estructura en la cual se encuentran incrustados en la actualidad.

También hay que decir que todos se interrelacionan por ser pensados en un sistema propio, el acusatorio, por este motivo posiblemente se dilatará en la mención de algunos, el límite fronterizo con otros principios que les son cercanos.

4.1.1. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Cuando decimos que el proceso debe ser público¹² hacemos relación al derecho que tiene toda la sociedad de tener acceso a él, conocer sus pormenores, asistir a las diligencias como forma de garantizar la seguridad jurídica que surge de verificar que el Estado si actúa e interviene frente a los actos que atentan contra la paz y la convivencia pacífica, ayuda a la construcción de un tejido social.

La publicidad, como característica del derecho tiene reconocimiento internacional¹³ y se concreta igualmente en que el procedimiento es legal, de manera que nadie pueda cambiar las reglas del juicio que todos conocemos, concretadas en la ley. Es público, porque todos sabemos como va a ser el procedimiento y porque quien quiera, puede conocer las intimidades del proceso.

Sirve, como lo dijo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴ para generar confianza en el cumplimiento de la administración de justicia: *“La publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, a que se refiere el artículo 6.1, protege a los justiciables contra una injusticia secreta que escapase de la fiscalización del público; y constituye también uno de los medios que contribuyen a mantener la confianza en los tribunales de justicia en todas las instancias. La publicidad, por la transparencia que proporciona a la administración de la justicia, ayuda a alcanzar el objeto del artículo 6.1.: el proceso justo, cuya garantía se encuentra entre los principios de toda sociedad democrática en el sentido del Convenio”*

¹² Tal como se indica en el artículo 29 de la Constitución.

¹³ Está reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11 numeral 1o; igualmente por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 numeral 1º. Igualmente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo XXVI; también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamado “Pacto de San José” en su artículo 8º numeral 2º literal H y numeral 5º. También el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales lo consagra en su artículo 6.1.

¹⁴ Proceso SUTTER, sentencia de 22 de febrero de 1.984; publicado en el texto Derecho Penal Internacional, Tomo II, compilado por Edgar Saavedra Rojas y Carlos Gordillo Lombana, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá 1.996, página 404.

La investigación y el proceso secreto, adelantado de espaldas a la parte, como característica del sistema penal autoritario¹⁵ tiene que estar llamada a desaparecer en el mundo civilizado frente a la verificación efectiva de un sistema acusatorio que garantice realmente los valores constitucionales que se otorga a un proceso en el que el hombre es su protagonista.

4.1.2 PRINCIPIO DE CELERIDAD

El proceso debe ser rápido y sin dilaciones injustificadas¹⁶ si se considera la trascendencia de todo lo que comprometen las partes en él: la libertad, sus bienes, la expectativa de una condena, sus familias, su futuro, su vida misma. Es un principio procesal que no es extraño a nuestro entorno jurídico, por lo menos en su consagración normativa, ya que fue elevado a rango constitucional, tal y como de ello da fe el artículo 228 de nuestra Carta, siendo además incluido en el artículo 4º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como norma rectora de nuestro aparato judicial. Son las dilaciones injustificadas y el incumplimiento perentorio y estricto de los términos procesales aquello de lo que hasta ahora intenta proteger, sin éxito por cierto, esta normatividad.

El proceso debe ser rápido y oportuno para la sociedad que exige ver como se investiga y condena el hecho que la conmovió; igualmente deberá ser célere por consideración al procesado que observa como se va dilatando el tiempo sin que se resuelva su situación. Que el proceso se realice sin dilaciones injustificadas significa que debe ser adelantado con prontitud, presteza y rapidez; otorgando eso sí a las partes el tiempo necesario para preparar su defensa.

¹⁵ Como señala BRAUN STEFAN, en artículo titulado “La Investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario”, publicada en *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada España 2.000, página 10.

¹⁶ Tal y como se consagra en el artículo 29 de la Constitución Nacional. Se reconoció también en los artículos 39 y 40 de la Carta Magna; en el artículo 8º de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia; igualmente en los artículos 9.3 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; también en el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el mismo sentido en los artículos 5.2 y .3 y 6.1. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. También se reconoce en las Regla 6 de las Reglas de Mallorca y en el artículo 67 literales “a” y “c” del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El proceso penal interviene sensiblemente en el ámbito del inculpado por lo que se deben evitar las consecuencias de la dilación excesiva¹⁷: el paso del tiempo va deteriorando la calidad de la prueba, como la capacidad recordatoria de los testigos; hace que la privación de la libertad se torne injusta porque termina siendo de carga del procesado la imposibilidad del Estado de adoptar ciertas decisiones o concluir determinadas etapas. Igualmente, el fenómeno de la prescripción de la acción penal se produce como consecuencia del paso del tiempo y la negligencia o imposibilidad de los órganos de justicia por obtener decisiones definitivas. También, comporta consecuencias respecto de la víctima que observa cómo el paso del tiempo va haciendo perder interés en la solución de su conflicto. Como se ve, para todos es benéfico que el proceso se adelante con prontitud, se favorece el Estado, la sociedad, la administración de justicia, la víctima y el procesado.

Acaso, ¿será justa una pena tardíamente impuesta?, ¿Qué reeducación o reinserción social podría lograrse en estos casos? Al respecto se ha propuesto¹⁸ que la excesiva dilación del proceso, por no ser atribuible a nadie distinto que a la administración de justicia sea reconocida por medio de trato más benigno al procesado, como la reducción de su punibilidad en atención al sufrimiento y desgaste que implica de suyo un proceso en estas condiciones para la persona respecto de quien se mantiene la angustia que genera la incertidumbre por años.

En nuestro medio el concepto de plazo razonable ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional, atendido por la Corte Suprema de Justicia¹⁹ e implementado por normas con las que nuestro legislador deja ver su creencia de que a partir de la expedición de normas se corrigen situaciones originadas en causas tan disímiles y complejas como la demora en el adelantamiento de procesos; normas en las que se ofrece sancionar al servidor público que no atienda estrictamente los términos procesales, aumentando con ello en grado sumo el desaliento y como consecuencia la desconfianza general en una justicia que ni siquiera es oportuna.

¹⁷ En todo caso la Regla 20.2 de las Reglas de Mallorca advierte a los Estados que deben establecer en sus legislaciones los límites máximos de duración de la prisión preventiva.

¹⁸ RUIZ Vadillo Enrique Y MANZANARES Samaniego José Luis; El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia. Ediciones Colex, Madrid, 1.997, página 121.

¹⁹ Tal y como lo analizan CALDERON Montenegro Alberto y REYES Medina César en La Defensa, revista de la Dirección Nacional de Defensoría Pública, No 2, páginas 71 y siguientes.

La morosidad de la justicia no se soluciona simplemente con amenazar a los servidores públicos, no es tan solo un problema de ejercicio de autoridad, es una situación que involucra componentes de distinto orden. En todo caso se debe advertir que tampoco debe ser tan rápido el juicio que no se otorgue la oportunidad al procesado de preparar su defensa. También la celeridad implica un concepto de sensatez, dado que el procesado tiene derecho a tener el medio y necesita tiempo para preparar su defensa.

4.1.3 PRINCIPIO DE OBLIGACIÓN DE PRESENCIA

Existen ciertos derechos del procesado como ser oído por un tribunal imparcial dentro de un plazo razonable, ejercer su defensa en igualdad de condiciones en las que se escucha a la acusación, ofrecer sus argumentos de descargos, suministrar igualmente las pruebas que busquen fundamentar la exclusión o disminución de su responsabilidad, etcétera. Pero, todo esto, sólo puede hacerse con la presencia personal del sumariado dentro de la investigación y el juzgamiento. Aquellos procedimientos que se realizan a espaldas del individuo, con la posibilidad de vincular ausentes al proceso penal, como si este pudiera defenderse de cargos de los que muchas veces ignora su existencia, es contrario a la más elemental realización del derecho de defensa. Esta práctica repugna al sistema acusatorio, porque la presencia del investigado, protagonista del proceso y sujeto de derechos, es impostergable para el adelantamiento del juicio en su contra.

Estar presente dentro del proceso es un derecho²⁰ que está íntimamente ligado al derecho a ser oído, con el derecho a la defensa material, a ser tratado con dignidad e igualdad; porque no puede defenderse quien no está al tanto de la imputación que se le hace para saber, mejor que nadie, cómo infirmar lo que se dice de él.

²⁰ Reconocido específicamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 literal “d”; también en la Regla 26 de las Reglas Mínimas del Proceso Penal “Reglas de Mallorca”. También se incluye en el artículo 63 y en el literal “d” del numeral 1º del artículo 67 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

El derecho que tiene el procesado de ser escuchado²¹, de ser oído por ese juez o tribunal imparcial, implica que sus argumentos y los de su defensor sean contestados uno por uno y que se desechen expresiones como que “*el planteamiento de la defensa se respeta pero no se comparte*”, sin explicar las razones. Ser oído, implica también ser escuchado con respeto y dignidad.

Nuestro proceso actual, ha llegado a propiciar el absurdo de entender que en la etapa del juicio ya no se practican indagatorias ni ampliaciones ni se escucha al procesado más que cuando se le interroga en la fase de la audiencia pública, con lo que se le cierran todas las posibilidades de solicitar pruebas con fundamento en una nueva versión, o la que pudiera ser su primera versión dentro del proceso (por ejemplo de quien se entera de su vinculación como ausente a un proceso penal).

Este derecho se concreta en el sistema acusatorio en que mientras no aparezca el inculpado el proceso no podrá iniciarse, o por lo menos pasar de la acusación. Es de tal trascendencia la necesidad de la presencia del procesado, que pudiera existir la posibilidad de la imputación de conductas punibles a los funcionarios judiciales que autoricen la realización del juicio en ausencia del inculpado²² o por lo menos, que se tenga prueba de que conoce la acusación y la fecha del juicio de manera que fundadamente se pueda inferir que su inasistencia es voluntaria.

La trascendencia de la vigencia de este principio en nuestro medio se traduce en que ya no se adelantarán juicios contra personas ausentes, o por lo menos, respecto de quienes no conozcan formalmente la existencia de la acusación en su contra, lo que implica seguramente la modificación de los términos de prescripción de la acción penal en estos eventos, pero en todo caso, contribuye a la realización de una justicia material y a exigir la captura o la comparecencia del acusado como única forma de garantizar un juicio justo y de paso, reducir los focos de injusticia y de congestión de nuestra rama judicial.

²¹ La Regla 7 de las Reglas de Mallorca indica que “*Todas las decisiones que afecten derechos personales o procesales del imputado no podrán ser adoptadas sin audiencia previa de éste*”

²² BARONA Vilar, Silvia. La conformidad en el proceso penal; Monografías Tirant lo Blanch, Valencia España, 1.994; página 204 y siguientes.

4.1.4 PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES

Este principio del sistema acusatorio, parte de la base de que la estructura del proceso penal se asienta en el enfrentamiento de partes adversarias que contienden frente a un juez totalmente imparcial²³, este será en últimas el llamado a señalar cuál de las dos partes, iguales entre sí, logró probar aquello que llevó como propuesta al juicio. Acusación y defensa en igualdad de condiciones, las dos buscando la concreción del derecho a partir de sus propuestas.

La igualdad de las partes en el proceso, se concreta en que los dos extremos de la contienda, defensa y acusación, tienen iguales posibilidades de actuación: ambos pueden pedir pruebas, participar en la práctica de todo el trabajo probatorio, debatirlas, contrainterrogar a los testigos de la parte contraria, discutir la prueba técnica que aporte el otro, hacer solicitudes, objeciones, etcétera. En el juicio, que es a lo que se comprime en estricto sentido el proceso acusatorio, las partes son iguales.

Esta situación se concreta en el proceso acusatorio en igualdad de trato²⁴, igualdad de armas, en igualdad ante la ley²⁵. Este principio ha sido ampliamente desarrollado por nuestra Corte Constitucional, quien ha manifestado que "*El principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias*"²⁶. La vigencia de este principio implica que el trato habrá de ser similar tanto en la parte procesal como en la hermenéutica. Se relaciona con todos los principios del sistema acusatorio en el entendido de que será el referente para conceder a uno lo que el otro ya tiene o pide en su favor.

4.1.5 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

²³ Tal y como se consagra en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

²⁴ El tratamiento que a este principio se otorga en España por parte del Tribunal Constitucional puede consultarse en RUIZ VADILLO y otro, obra citada, páginas 123 y siguientes.

²⁵ Como se destaca en El Debate Oral número 2, publicación trimestral de la Comisión Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, página 11.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia de tutela T-342 de 1.992.

Es un derecho que, aunque se presenta en el entorno inglés de la Carta Magna de 1215²⁷, surge en el derecho continental europeo del revolucionario francés, que en la cláusula IX de la Declaración de los Derechos del Hombre lo incluye en el entendido de que estando la soberanía en el pueblo éste merecía el mayor respeto y consideración, y no se le podía otorgar tratamiento de culpable sino hasta tanto así se le declarara por un tribunal. Por eso, hoy se parte dentro del proceso penal de la presunción de que el sindicado es inocente²⁸, lo cual implica el reconocimiento de varias consecuencias: a) Que la carga probatoria de lo contrario le corresponde al Estado, lo que sugiere que el procesado pudiera quedarse inactivo esperando a que los organismos correspondientes prueben de él su responsabilidad; b) Que siendo esto así, no se puede invertir la carga de la prueba con imputaciones en contra del procesado, afirmaciones o negaciones, que hacen que se torne en cabeza suya la obligación de probar lo contrario²⁹; c) Que cualquier privación de la libertad del procesado sin ser condenado, excesiva en el tiempo, sería violatoria de este derecho; d) Que puede permanecer en silencio dentro del proceso, si es su deseo porque no tiene que defenderse si no quiere, y adoptar la actitud pasiva de esperar a que se le pruebe su responsabilidad; e) Que para condenarse debe excluirse la duda razonable y alcanzar el grado de certeza respecto de la responsabilidad del investigado, con fundamento en la prueba obtenida legalmente³⁰; f) Que no obstante ser titular de este derecho de presunción de inocencia, él acusado puede desplegar un esfuerzo dirigido a intentar probar situaciones particulares en el proceso.

Es claro entonces que toda persona se presume inocente hasta tanto se declare en sentencia en firme su responsabilidad. Pero también puede suceder que de acuerdo

²⁷ Tal y como se lee en el artículo 38

²⁸ Reconocido en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 9º; también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 11; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.2.; de igual manera en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo XXVI; también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, artículo 8.2. Igualmente se encuentra consagrado en el artículo 29 de nuestra Constitución; también se desarrolla en las Reglas 32 y 33 de las Reglas de Mallorca. Recientemente ha sido incluido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el artículo 66.

²⁹ Esta consecuencia del derecho a que se presume la inocencia del investigado se reconoce claramente en el artículo 66 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y particularmente se desarrolla en el literal “i” del artículo 67 que dentro de los derechos del acusado se encuentra: “*A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas.*”

³⁰ Para revisar un completo desarrollo de este principio, MOLINA Arrubla Carlos Mario, Fundamentos de Derecho Procesal Penal, editorial Leyer, Bogotá 2.002, páginas 455 y siguientes.

con el acontecer fáctico el acusado opte por aceptar su participación en los hechos y estructurar su defensa a partir de la aceptación, caso en el cual la presunción de inocencia se limita a la responsabilidad (puede suceder que reconozca su participación pero amparado por causal de exclusión de responsabilidad); o cuando se asume la comisión de un delito de menor gravedad o entidad punitiva del que se le imputa. Habrá que entender que siempre se presume su inocencia respecto de aquello que no habiéndose aceptado puede llegar a ser materia de prueba.

4.1.6 PRINCIPIO DE DEFENSA OBLIGATORIA

Este principio³¹, es igualmente reconocido desde tiempos inmemoriales³², y consiste en que el procesado tiene el derecho irrenunciable de estar asistido por una persona formada intelectualmente con suficiencia para auxiliar su caso, toda vez que la gravedad de la condición de acusado merece gran atención. Este derecho implica: a) Que al acusado se le permita tener un Abogado que lo represente en el proceso; b) Que de no tener los medios económicos para contratar los servicios de uno, el Estado se lo debe suministrar; c) Que se le permita ser visitado y entrevistarse con el Abogado sin restricciones de ninguna naturaleza; d) Que se respeta la confidencialidad entre su comunicación con el Abogado³³; e) Que se permita la actuación del Abogado dentro del proceso con todas las garantías que le corresponden a él mismo;

El Abogado tendrá como función principal asesorarlo en relación con la alternativa defensiva a asumir, las pruebas que se deben presentar, el orden de las mismas, el objetivo de su presentación, sobre si debe declarar o no el acusado, sobre el sentido inculpatario de su declaración, sobre su posibilidad de manifestar su conformidad con la acusación habida consideración del caudal probatorio que se tiene en su contra.

³¹ Consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 numeral 3º, literal “d”; también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, en el artículo 8º numeral 2º literal “f”; igualmente en las Reglas de Mallorca, artículos 11, 12, 13, 14 y 15; también en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 67 literal “i”

³² MOLINA Arrubla, obra citada, páginas 364 y siguientes, realiza un completo análisis de este principio y ubica su origen en el derecho romano, revisa luego su evolución y termina realizando una comparación de su vigencia en todas las constituciones del continente americano.

³³ La Regla 12 de Mallorca en su numeral 5º determina que “*Las pruebas obtenidas mediante violación del derecho a la defensa son nulas y, en consecuencia, no podrán ser utilizadas como tales en el proceso*”, en lo que se acoge lo consignado por el artículo 22 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados en el VIII Congreso de las Naciones Unidas, en La Habana, 1.990.

4.1.7 PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN <*nemo tenetur se ipsum accusare*>

Es la prerrogativa que tiene toda persona de no estar obligada a declarar contra sí misma ni contra sus parientes cercanos, a guardar silencio si es su deseo y a que él mismo no pueda ser utilizado como indicio en su contra³⁴.

Nuestro ordenamiento penal contemplaba como obligación del funcionario que recibe la indagatoria el realizar la exhortación al sindicado de decir la verdad, la cual fue declarada inconstitucional por nuestra Corte Constitucional, quien en desarrollo de este derecho manifestó³⁵: *“La exhortación se convierte en una forma, sutil pero probablemente efectiva –y por ello inconstitucional., de obtener en la diligencia de indagatoria la confesión del imputado. Más todavía, en cuanto se le advierte que debe decir únicamente la verdad, se excluye su silencio y se lo insta a expresar todo cuanto sabe o le consta, para lo cual dicho llamado, en boca de la autoridad que practica la diligencia y que está a cargo del proceso en su etapa previa, resulta ser una modalidad de incitación asimilable al juramento -que tiene el mismo propósito- y, por tanto, hace inoficiosa la exclusión del mismo, evitando toda estrategia de defensa y haciendo que los hechos relevantes, aún los que no favorecen al declarante, se lleven por éste al proceso de manera inmediata y exhaustiva, lo cual riñe abiertamente con la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución sobre derecho de defensa.”*

Es al Estado al que le corresponde la carga de la prueba sin que sea lícito esperar que sea el mismo procesado el que ofrezca los medios probatorios para fundamentar su inculpación³⁶. Implica el derecho a que se le advierta al acusado, siempre que exista la

³⁴ Fue reconocido en el artículo VIII de la Declaración de Vecindad del Buen Pueblo de Virginia de 1.776; también en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 11.1; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3 literal “g”; también en las Reglas 8.1, 9 y 10 de las Reglas de Mallorca; en el artículo 8.2 literales “c”, “d”. “e” y “f” de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José; también en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en el artículo 6º numeral 3º, literales “b” y “c”; igualmente se ha incluido en los artículos 54.1 literal “a” y 54.2 literal “a”, “c”, “d”, 67 literal “g”; del Estatuto de la Corte Penal Internacional; y se reconoce en el artículo 33 de nuestra Constitución Nacional.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-621 de 1.998, magistrado ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁶ Es lo que concluye la Corte Constitucional cuando declara inexecutable el numeral 1º del artículo 368 del Código de Procedimiento Penal que imponía al sindicado que salía en libertad provisional, la obligación de colaborar en el esclarecimiento de los hechos; tal y como inicialmente lo señalaron los Defensores Públicos Luis Fernando Aguirre Henao, Luis Álvaro Fajardo Sierra, Javier Antonio Villanueva Meza y José Abiad

posibilidad de intervenir en el proceso, que no está obligado a hacerlo y debe evitarse cualquier presión que limite su libre decisión, a tal punto que pudiera llegar a plantearse una causal de recusación por parcialidad del juez si ejerce la más mínima presión al procesado para que renuncie a su derecho; o sino, se le advierte de su derecho a no declarar, lo que diga no puede ser tenido en cuenta en el juicio oral a menos que se ratifique posteriormente³⁷.

Lo que implicaría en nuestro medio la vigencia del sistema acusatorio en relación con el principio de no auto incriminación; sería fundamentalmente que no habría indagatoria tal y como se concibe actualmente, con lo que, si el procesado decide ofrecer su declaración estaría bajo la gravedad del juramento y tendría la obligación de decir la verdad, situación en la que el consejo de su defensor sería más necesario y urgente.

4.1.8 PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DOBLE INCRIMINACION

Que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es el alcance de este principio³⁸. Y no importa que haya sido absuelto por la vía del reconocimiento de la duda, o por la plena prueba de la falta de responsabilidad penal. Tampoco importa si se investigó o juzgó el hecho bajo otra denominación jurídica.

4.1.9. PRINCIPIO DE ORALIDAD

Siendo un principio de naturaleza instrumental, su reconocimiento favorece altamente la realización de todos los otros principios en el proceso penal acusatorio en la medida en que entraña la mejor forma de comunicación y de contención, como esencia del sistema acusatorio. El que el juicio se delante de manera oral ofrece varios beneficios

Zuleta Cano en el Código de Procedimiento Penal de ediciones Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2ª Edición, Medellín 2.001, página 346, en comentario del artículo 368 del C. de P.P.

³⁷ Como lo plantea STEFAN KIRSCH en ¿Derecho a no autoinculparse?, refiriéndose a la situación alemana, en artículo incorporado en el texto ya citado de la Insostenible Situación del Derecho Penal, páginas 247 a 264.

³⁸ Reconocido en el artículo 29 de la Constitución. También en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 numeral 7; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, en el artículo 8º numeral 4º; en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el artículo 20 numeral 1º.

para el procesado³⁹: a) Que toda la prueba debe verse y practicarse de manera oral, con lo que la asistencia de los peritos, testigos y demás intervinientes debe ser obligatoria; b) Que se permita que el juez reciba de manera directa y de viva voz la versión de los hechos que tienen los testigos, lo que a su vez permite poder determinar con más precisión la credibilidad, conocimiento, parcialidad y capacidad de recordación, entre otros, de los intervinientes en la práctica de las pruebas; c) Implica, como ya vimos la obligación de presencia, pero no sólo del procesado sino también del juez⁴⁰, quien debe estar atento a lo que suceda en la audiencia; d) Que todas las solicitudes se tramitarán previa audiencia de la otra parte⁴¹; e) Constituye una garantía frente a las partes y frente a la sociedad que puede reconocer y advertir la respuesta del Estado frente al crimen, lo que facilita el aumento de la confianza en el sistema judicial⁴².

El advenimiento de la oralidad en nuestro proceso penal implica ante todo un gran cambio de la forma como se logra el acercamiento a la verdad, al proceso, a la contención, haciendo mucho más exigente y esforzado el trabajo de los litigantes. *"El paso de la escritura a la oralidad implica y exige un cambio de metodología porque existe una diferencia inmensa entre el análisis de un texto escrito y uno oral"*⁴³.

El principio de oralidad está íntimamente ligado con la inmediación, con la contradicción, con la publicidad, con la concentración, con la igualdad, con la obligación de presencia, con el derecho a ser oído e identifica la forma instrumental del proceso acusatorio⁴⁴.

³⁹ Está reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 10; también por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo XXVI; también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José" en su artículo 8º, literal "f" y 8.5; también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el numeral 14.1; la Regla 25.1 y 2 y 29.1, 31 de las Reglas de Mallorca; igualmente en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

⁴⁰ ROXIN, obra citada, página 369, analizando la obligación de presencia del juez, señala que la ausencia del juez aunque sea por un par de minutos configura una causal de casación.

⁴¹ Tal y como se menciona en la publicación *El Debate Oral* número 2, página 10.

⁴² RUIZ Vadillo y otro, obra citada, página 105.

⁴³ Señala el periódico de edición mensual llamado ORALIDAD, número 7, correspondiente al mes de noviembre de 2.000; dirigido por el Defensor Público de Manizales Dr. Carlos Francisco Arias Duque.

⁴⁴ GALEANO Rey, Juan Pablo, y BERNATE Ochoa, Francisco; *Técnicas Penales del Juicio*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2.002, páginas 45 y siguientes, en donde se analiza el principio de oralidad desde el derecho comparado.

En vigencia de este principio, nuestro sistema exige una mayor capacidad de los litigantes, tanto del Fiscal como del Abogado, puesto que la agudeza que se requiere para poder refutar debe manifestarse en el acto, en la audiencia misma, sin tener tiempo adicional para preparar la respuesta y el contra-argumento, lo que implica mayor preparación y una abierta disposición a la dialéctica.

4.1.10 PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN Y CONTINUIDAD

Siendo el proceso oral, este principio exige que el adelantamiento de la audiencia se produzca sin que entre sus suspensiones el juez tenga contacto con otros procesos y que adelante el juzgamiento del único asunto que está conociendo hasta el final; esto, con el fin de evitar confusiones que muy posiblemente van a limitar la objetividad en el análisis de las pruebas y de los planteamientos de las partes, lo que finalmente perjudicará a alguno de los extremos de la contienda.

Implica el desarrollo de este principio, que el fallo deba pronunciarse inmediatamente concluya la presentación de las pruebas y de las alegaciones⁴⁵, por cuanto es el momento cumbre de la obtención de las conclusiones; esto es que la llamada "*máxima de concentración*" exige que el proceso se adelante sin interrupciones desde su inicio hasta la sentencia, porque una sentencia que se produce con demasiada demora estaría viciada por el olvido, ya que la idea que el juez se tomó del proceso, sus impresiones han quedado en el pasado⁴⁶ y por tanto, tiende a confundirse con otras percepciones. Existe pues la obligación de producir el juicio de responsabilidad con prontitud, pero tampoco sacrificando la objetividad, en todo caso el juez debe tardarse lo que sea razonablemente necesario.

⁴⁵ Debate Oral número 2, página 11.

⁴⁶ Según señala ROXIN, obra citada, página 361; indicando que podría ser causal de revocación de la sentencia la excesiva demora en su producción, o cuando se producen demasiadas interrupciones de la audiencia.

4.1.11 GARANTIA DE LIBERTAD DEL PROCESADO

Esta garantía implica que la libertad de la persona que está siendo investigada debe protegerse hasta la sentencia ejecutoriada⁴⁷, con el objetivo de evitar las injusticias que producen las privaciones injustas de la libertad; la detención debe ser lo excepcional y la libertad del procesado la regla general. Este principio, tiene estrecha relación con la presunción de inocencia, con el respeto a la dignidad, con el principio de celeridad, y en todo caso, implica la necesidad de asegurar la comparecencia del investigado, la protección de las pruebas y la ejecución de la sentencia; de suerte que no siendo necesaria la privación de la libertad, esta se convierte en injusta y arbitraria⁴⁸.

Su relación con el principio de celeridad implica que si en un plazo determinado no se ha juzgado se debe otorgar la libertad del detenido preventivamente⁴⁹ por tener la detención objetivos diferentes a los de la pena, máxime que la presunción de inocencia se extiende hasta que no exista fallo en firme en su contra. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció⁵⁰ reconociendo cómo se violó este principio de libertad personal, de presunción de inocencia y de celeridad de un procesado, quien tuvo que esperar cuatro años para ser condenado, después de habersele negado la libertad provisional con el argumento de la gravedad del hecho, de sus antecedentes consistente en múltiples condenas, pronunciamiento que además estima como irrazonable el plazo que se tomó el Tribunal para la condena: *"Tanto el argumento de la seriedad de la infracción como el de severidad de la pena puede, en*

⁴⁷ Viene reconocido este principio desde la Carta Magna de 1.215 en su artículo 39; también se incluyó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789 en el artículo 7º; también en la Declaración de Vecindad del Buen Pueblo de Virginia, en los artículos 1º y 8º; en el Habeas Corpus Amendment act en el artículo 4º; artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos; también en el artículo 9º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9.1; en el artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; también en los artículos 7.4, 7.5 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José; igualmente se consagra en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 5, numerales 2, 3, 4 y 5; Reglas 20 y 21 de las Reglas de Mallorca.

⁴⁸ Así se plantea en la revista La Defensa No 1, obra citada, artículo: "De la Necesidad de Medida de Aseguramiento", escrito por Juan Carlos Arias Duque, páginas 47 a 53.

⁴⁹ Así como lo ordena la Regla 20.3 de las Reglas de Mallorca, que impone determinar los límites temporales de la detención preventiva.

⁵⁰ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe 112 de 1.996, Argentina, Caso 11.245.

principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de la libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio.” Dice a continuación que la expectativa de una pena severa es insuficiente para mantener la detención, que la historia criminal es una consideración peligrosista del individuo y que por ello considera que no existía mérito para extender la privación de la libertad del acusado.

Dentro del contenido del derecho a la libertad personal se debe incluir la consideración según la cual el derecho a garantizar la libertad del detenido preventivamente debe ser materializada con fianzas razonables, habida consideración de que el exceso arbitrario en el monto de la garantía consiste en la forma de negar el derecho.

4.1.12. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Como ya ha quedado mencionado con antelación, en principio todo hecho punible genera una respuesta del Estado, réplica contenida en la obligación de investigar y sancionar por igual a todos los infractores de la ley penal.

Sin embargo, desde tiempos antiguos, se ha afirmado⁵¹ que la necesidad de pena, como elemento justificante del ejercicio del *ius puniendi*, de que es titular el Estado por delegación de los asociados, implica limitar el perjuicio que entraña una pena a su necesidad social. Si la pena no es necesaria, carece de sentido el desgaste que produce la investigación y la pena misma, y la investigación misma. Por esa razón, el

⁵¹ ARISTÓTELES, en *La Política*, ediciones Universales, Bogotá, 1.981, página 144; se lee “*Y así, en la esfera de la justicia humana, la penalidad, el justo castigo del culpable, es un acto de virtud, pero también es un acto de necesidad, es decir, que no es bueno sino cuanto es necesario; y sería ciertamente preferible que los individuos y el Estado pudiesen pasar sin la penalidad.*”

Legislador viene llamando la atención del juzgador⁵² para que se conteste y se justifique la necesidad de las penas que impone. En este orden, se ha generado una limitación, reglada en los distintos ordenamientos jurídicos, del principio de legalidad conocido a su vez como *principio de oportunidad*.

Este llamado principio de oportunidad, consiste en la facultad discrecional del funcionario que tiene la obligación de investigar, de abstenerse de hacerlo, en presencia de particulares circunstancias que identifican la ausencia de necesidad de la pena. También tiene aplicación este principio para suspender la misma acción penal o renunciar a su ejercicio. Es sin duda una excepción a la obligación de aplicar una norma que implica la obligación de investigar y juzgar, por cuanto involucra en ello todo un conflicto social, ya que esa afectación debe trascender la esfera de lo particular para colocarse como contraria a los intereses comunes de la colectividad y sólo así justifica la intervención del Estado, que sin ella, genera ahí sí un verdadero conflicto entre un Estado que quiere investigar una infracción inane al orden normativo, desplegando para ello todo su poderío que resultando innecesario se convierte en injusto y arbitrario⁵³

En relación con ello, se han ido construyendo unos parámetros a partir de los cuales se evidencia la no necesidad de pena⁵⁴ o el perjuicio excesivo originado en investigación misma, que implican que resulta más favorable no investigar dichas conductas:

1. Cuando el reproche es insignificante y no existe interés en la persecución penal: son los llamados casos de insignificancia, absoluta o relativa, en los que la administración de justicia tiene un interés mínimo de perseguir por el casi inexistente grado de afectación producido con la conducta investigada.

⁵² Tal y como se evidencia, por ejemplo en el contenido del artículo 3º de nuestro actual Código Penal que indica que entre los principios que orientan la imposición de la pena debe identificarse la necesidad de la misma.

⁵³ JAKOBS Günter; Derecho Penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1.995, páginas 8 y siguientes.

⁵⁴ Recogidos por ROXIN, Derecho procesal, obra citada, páginas 90 y siguientes.

Así, la insignificancia absoluta la representan las conductas en que la culpabilidad del autor es reducida haciendo el hecho intrascendente y respecto de los cuales se considera poco conveniente iniciar un procedimiento judicial⁵⁵. En los casos de insignificancia relativa, por su parte, se podría prescindir de la persecución penal, cuando la pena que se espera carece de importancia en comparación con una pena o medida de seguridad ya impuesta por el hecho mismo; como los eventos de pena natural⁵⁶.

2. Cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo: Esto es cuando el interés del Estado puede ser suprimido a partir de imponer al procesado condiciones e indicaciones que pueden consistir en la reparación de los daños⁵⁷ y la colaboración dineraria a alguna entidad de utilidad pública o del fisco⁵⁸. Cuando el sindicado cumpla con estas obligaciones no podría investigarse ni imponerse sanción por el delito.

3. Cuando a él le son opuestos intereses estatales prioritarios: como cuando investigando la traición, la realización del procedimiento representaría una amenaza para el Estado mayor que la del hecho mismo; también cuando se recompensa el arrepentimiento activo en determinados delitos⁵⁹; cuando se utiliza el procedimiento

⁵⁵ La antijuridicidad material es una exigencia de la conducta punible de acuerdo con lo ordenado por el artículo 11 del Código Penal, instituto que ha sido ampliamente desarrollado en nuestro medio, entre otras por la sentencia C- 079 de 1.996.

⁵⁶ Nuestro ordenamiento jurídico consagra en la actualidad dos eventos de pena natural, contenidos en el artículo 34 inciso 2º del Código Penal, relativo a la posibilidad que tiene el juez de abstenerse de imponer penas en los delitos culposos cuando las víctimas pertenecen a la esfera familiar cercana del autor; un segundo caso está contenido en el controvertido párrafo del artículo 124 según el cual el juez puede abstenerse de imponer pena a la mujer que produce el aborto fruto de acceso carnal violento o inseminación artificial no consentida, cuando el aborto se produzca en “*extraordinarias condiciones anormales de motivación.*”

⁵⁷ Nuestro sistema penal contiene la reparación integral (artículo 42 del C. de P.P.) y la conciliación (artículo 41 del C. de P.P.) como formas de extinguir la acción penal a partir de la reparación de los perjuicios. De igual manera, el artículo 248 del Código Penal autoriza la extinción de la acción por esta vía, en relación con el delito de emisión y transferencia ilegal de cheque. También la retractación en los delitos contra la integridad moral tienen similar consecuencia, de acuerdo con el artículo 225 del Código Penal.

⁵⁸ Nuestro ordenamiento penal consagra la oblación como forma de extinguir la acción penal de delitos que se sancionan exclusivamente con pena de multa, cuando esta sea pagada, de acuerdo con el artículo 87 del Código Penal.

⁵⁹ En este sentido nuestro Legislador incluyó como causal de extinción de la acción penal para el partícipe en delitos contra la administración pública, cuando se delataba al servidor público corrupto, según las voces del párrafo del artículo 24 de la Ley 190 de 1.995: “*Si la investigación se iniciare por denuncia del autor o partícipe particular, efectuada dentro de los quince días siguientes a la ocurrencia del hecho punible,*

judicial para hacer posible el reconocimiento de una expectativa de derecho en otro proceso, como por ejemplo cuando se denuncia una perturbación a la posesión con el único objetivo de probar los actos de señor y dueño necesarios para la usucapión.

4. Cuando el ofendido puede llevar a cabo por sí mismo la persecución penal: Constituye una excepción al principio de oficialidad, en el entendido de que para esos delitos debe existir previamente la manifestación del interés del perjudicado de que se investiguen dichas conductas, lo cual ha de hacerse directamente por la víctima y dentro de un plazo determinado.

5. Cuando se estimula una pronta reparación a las víctimas: Esto es en aquellos eventos que autorizados por la ley se deja sin efectos la conducta punible, por medio de reparación efectiva de los perjuicios.

6. Cuando se eviten los efectos criminógenos de penas cortas: Según este criterio el fiscal podría, aplicando el principio de oportunidad, abstenerse de investigar y acusar delitos que por la entidad de la pena se puede concluir que será más perjudicial para la sociedad la ejecución de la pena que el delito mismo, habida consideración de los efectos nocivos que para ciertas personas puede causar la internación en un centro de reclusión.

7. Cuando se trate en procesos de rehabilitación al delincuente, voluntariamente, verificables antes de que termine el proceso; en relación con delitos en los en los que se haciéndose necesaria la rehabilitación del delincuente, esta se logra por medios privados por cuenta del mismo procesado.

8. Cuando se busque la reintegración al medio social de alzados en armas, para lo cual existen además, las posibilidades de las amnistías y los indultos.

Como se observa, varios de estos criterios ya se manejan en nuestro ordenamiento jurídico y corresponderá, de acuerdo con lo mandado por el inciso primero del nuevo

acompañada de prueba que amerite la apertura de la investigación en contra del servidor que recibió o aceptó el ofrecimiento, la acción penal respecto del denunciante se extinguirá. A este beneficio se hará acreedor el servidor público si denunciare primero el delito.” Dicha norma fue declarada inconstitucional por sentencia C-709 de 1.996.

artículo 250 de la Constitución, decidir su aplicación al fiscal en decisión que será sometido a la inspección del Juez de Control de Garantías correspondiente.

4.1.13. PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL PROCESAL

Este mandato de estirpe constitucional⁶⁰, impone lo fundamental sobre la forma para evitar que so pretexto del incumplimiento de requisitos que sólo buscan cubrir de apariencia de legalidad al proceso, se niegue y desconozca lo que realmente importa: el hombre como protagonista del proceso y no la forma ni el detalle vano.

Con esto, se está llamando la atención del juez⁶¹ de que en cada caso concreto, al analizar y aplicar la ley debe excluir la negación de la justicia y del derecho por incumplimiento o exigencia extrema de las formas, esa él a quien le corresponde garantizar la vigencia del derecho por encima del procedimentalismo simple y exigente de adornos innecesarios y superficiales.

El protagonista del proceso es el hombre y no la ley ni las trampas procesales escondidas en los incisos o en los párrafos de la ley, y por tanto, siendo el protagonista titular de derechos, el juez está llamado a protegérselos y privilegiárselos aún por encima de la misma ley.

Preocupa cómo nuestro juez colombiano viene negando recursos contra sentencias con el argumento de la extemporaneidad originada en las situaciones equivocadas, creadas por el error o la negligencia de los funcionarios secretariales; y cómo al declararse desiertos se está desconociendo el principio de confianza legítima, pero sobre todo este mandato constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

El principio en comento, aunque propio del sistema acusatorio ya contaba nuestro ordenamiento con normatividad, nada menos que de rango superior, pero desconocida frente a estas situaciones creadas por los funcionarios judiciales que notificando fijan los estados o los edictos de manera extemporánea, con lo que crean con sus

⁶⁰ El artículo 228 de la Carta señala que “*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.*”

⁶¹ Como se señala en el Debate Oral, obra citada, número 2, página 8.

constancias de situaciones irregulares la convicción, tal vez errada, de la oportunidad hasta la que se tiene de manifestar la inconformidad con la providencia en cuestión o para sustentarla.

4.1.14. IMPUGNACIÓN

Es un derecho fundamental⁶², a partir del cual se permite manifestar el desacuerdo con las decisiones que le son desfavorables a la parte, con el objetivo de que sea analizada nuevamente, o bien por el mismo funcionario o por otro de superior jerarquía. Para el efecto, hay que tener claro que el mismo funcionario no podría revisar su decisión. El ejercicio de este derecho Implica, tanto la posibilidad de que se impugne la decisión, la posibilidad de que se contesten los argumentos contenidos en el escrito de apelación, la posibilidad de que no se haga más gravosa la situación de quien impugna; y en todo caso de que se le resuelvan los puntos materia de la inconformidad.

Se impugna, fundamentalmente, la decisión por medio de la cual se ordena preventivamente la privación de la libertad del procesado⁶³ impuesta en nuestro sistema, por el Juez de Control de Garantías; también sería recurrible la decisión del juez por medio de la cual niega la práctica de alguna prueba en el juicio⁶⁴, y fundamentalmente se impugna también la sentencia⁶⁵.

La posibilidad de impugnación la tiene tanto el Abogado defensor como el mismo acusado, siendo discutible la posibilidad de que la sustente el mismo procesado. En este sentido el Comité de Derechos Humanos⁶⁶ reconoció la vulneración de este derecho cuando se desestima por no haber sido presentado por Abogado: *"14.3. El Comité observa asimismo que, de conformidad con el artículo 876 de la Ley de*

⁶² Contenido en los artículos 29 y 31 de nuestra Constitución; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14 numeral 5; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José en los artículos 7 numeral 6 y 8 numeral 2, literal "h"; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 8º; igualmente las Reglas 13, 20.2, 35, 37 de las Reglas de Mallorca.

⁶³ Así como lo determinan las Reglas 13 y 37 de las Reglas de Mallorca.

⁶⁴ Tal y como lo señala la Regla 20.2 de las Reglas de Mallorca.

⁶⁵ Según lo mandado por el artículo 31 de nuestra Constitución, con la advertencia de que el superior no podrá agravar la pena cuando el condenado sea apelante único; también advertido por las Reglas 35 y 37 de las Reglas de Mallorca.

⁶⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Caso Hill y otro contra España, Comunicación No 526 de 1.993; Decisión adoptada el 2 de abril de 1.997.

enjuiciamiento criminal de España, el recurso del autor no fue visto efectivamente por el Tribunal de Apelación, porque no tenían un abogado que presentara el fundamento de la apelación. Por consiguiente, a los autores les fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatoria y de la pena en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.”

Otra violación al principio de la impugnación, distinta de aquella que mencionábamos, es la que se origina en el momento en que se declara desierto el recurso, cuando se atienden los actos de notificación que contrariaban las ordenes legales, respecto del cual referíamos la violación también al principio de la confianza legítima; es aquella originada en la omisión a dejar a disposición del impugnante privado de la libertad el proceso, como quiera que solo se deja en la secretaría a disposición de aquellos que pueden desplazarse hasta allí, lo cual no sucede con el procesado privado de la libertad, que difícilmente puede contabilizar los términos para sustentar el recurso y no tiene ningún acceso al expediente durante este término.

4.2. Principios en relación con los sujetos intervinientes

4.2.1 PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN (de persecución penal a cargo del Estado), <*nemo iudex sine actore*>

Tal vez el principal fin del Estado sea el de garantizar la convivencia pacífica de los asociados, para lo cual debe recurrir a medios que le permitan controlar las conductas que la ponen en peligro, siendo el derecho penal uno de los medios más eficaces de control social. Por eso, debe estar en cabeza del Estado la obligación de investigación de los delitos e igualmente la sanción de los mismos en los casos que corresponda. Es por esto que la facultad de investigar debe estar exclusivamente en cabeza del Estado⁶⁷, quien por delegación es el único que tiene la titularidad para investigar y el ejercicio del *ius puniendi*. Aunque hay que destacar que no siempre fue así, pues el

⁶⁷ Tal y como significativamente lo advierte la Regla 1ª de las Reglas de Mallorca.

derecho romano desarrollaba la acción popular y el derecho germano la acción privada⁶⁸.

Cuando se presenta un conflicto entre particulares, surge un proceso de partes que se inicia con el ejercicio de la acción contra otra persona que adquiere la calidad de demandada. En la investigación penal, dentro del marco del sistema acusatorio esa facultad reside en la parte encargada de representar al Estado en el proceso penal, vale decir, que es la Fiscalía la que debe sopesar varios factores para decidir si inicia o no la acción penal; a diferencia del sistema inquisitivo en el que la persecución de todo delito se inicia oficiosamente. La decisión del ejercicio de la acción penal está en cabeza de la fiscalía dentro de un sistema acusatorio.

Con el principio de la investigación se relacionan otros dos, el de oportunidad y el de irretractabilidad. El primero, hace relación a que el mismo Estado autoriza al fiscal a no iniciar la investigación en determinados eventos y bajo específicos presupuestos; y el segundo se concreta en que, una vez presentada la acusación el Estado no puede desistir de ella, por lo que corresponde al fiscal realizar un exhaustivo análisis de la procedencia de la acusación, pero antes de presentarla, puesto que después regiría el principio de irretractabilidad⁶⁹.

4.2.2. PRINCIPIO DE DIVISIÓN Y SEPARACIÓN DE FUNCIONES, DESCONCENTRACIÓN DE FUNCIONES.

El sistema acusatorio parte de que un funcionario del Estado, llamado fiscal, investiga y luego asume la posición de parte y de encontrar mérito para ello, acusa, lo cual realiza ante otro funcionario⁷⁰, ese sí imparcial, que arbitra una diferencia entre extremos, decidiendo cuál de los dos, si la defensa que también tiene la obligación de desplegar todos sus esfuerzos encaminados a la realización del derecho o si la fiscalía. El juez decide cuál de los dos logró probar lo que se propuso, vale decir, el fundamento de hecho de la norma jurídica a aplicar.

⁶⁸ Como lo amplía ROXIN, obra citada, páginas 81 y siguientes. En el mismo sentido BARONA Vilar, obra citada, páginas 188 y siguientes.

⁶⁹ Analizado por ROXIN, Derecho Procesal Penal, obra citada, página 97.

⁷⁰ Así se indica en la Regla 2 de las Reglas de Mallorca.

Así, cada uno tiene una función particular y precisa: el fiscal que investiga y acusa, el defensor que representando los intereses del acusado dirige sus esfuerzos al mantenimiento de la presunción de inocencia o de la legalidad de la pena, según el caso, el juez que de manera imparcial debe decidir quién de los contendientes tiene la razón a partir de sus pruebas y argumentos, sin que las funciones se puedan mezclar y relacionar en manera alguna, lo cual persigue garantizar este principio.

Otra persona que interviene en el proceso con funciones totalmente definidas es el Juez de Control de Garantías con su única función de analizar la legalidad, conveniencia y necesidad de la práctica de medidas cautelares en el proceso, que implican privación de la libertad, embargo de bienes, etcétera, pero con funciones definidas, sin que pueda en ningún caso ser el mismo para el juicio. Según determinación del Acto Legislativo 03 de 2.002, el Juez de Control de Garantías no puede ser el mismo del conocimiento respecto de aquel asunto en que ya ha conocido como juez de control, lo cual encontramos sano como forma de evitar que los funcionarios que intervienen en el proceso se identifiquen desde sus inicios con la responsabilidad del encausado, y pueda el juez llegar a conocer la situación conflictual de manera desprevenida lo que le facilitará sin duda su imparcialidad.

4.2.3. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL

Manda este principio⁷¹, que a toda persona la debe juzgar un juez competente, instaurado previamente para efectos de esa función, de manera que a nadie se le puede asignar un juez o tribunal especial para que lo juzgue con posterioridad al acto que se le imputa, tal y como lo ordena el artículo 29 de la Constitución. El juez estatuido previamente, debe ser competente, de acuerdo con los factores que determinan esa competencia, objetivos -como la naturaleza del asunto, el lugar de ocurrencia de la conducta- y subjetivos, relativos a las calidades de las personas y al cargo que ostentan-.

⁷¹ Es un principio de amplia tradición jurídica, que se incrusta en la Regla 4.3 de las Reglas de Mallorca; igualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1.

En este sentido, el artículo 116 de la Constitución Nacional señala con precisión cuáles pueden ser los administradores de justicia y solo ellos están investidos de esta función. Este principio, brinda seguridad en el entendido de que previamente se conoce cuál será la autoridad encargada de conocer de los hechos que se investigan y juzgan y, constituye un dique contra la arbitrariedad y la incertidumbre⁷².

4.2.4. PRINCIPIO DE IDENTIFICACIÓN FÍSICA DEL JUEZ

Siendo el ejercicio del *ius puniendi* una manifestación de la soberanía, habrá que poderse conocer la identidad física del juez que juzga, para así comprobar que en realidad es el mismo que ha presidido la práctica de las pruebas, que ha estado durante el debate oral y que obviamente fallará el caso.

Y ese juez tiene además, la obligación indiscutible de estar presente durante toda la audiencia, y de estar atento y alerta con conocimiento pleno de todo lo que va sucediendo en desarrollo de la misma⁷³, de tal suerte que su ausencia, aún por breves espacios, sea causal de anulación del juicio⁷⁴. Esta garantía materializa los principios de inmediación, de contradicción, de imparcialidad y permite la conformación del contradictorio.

4.2.5. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Es característica de la administración de justicia⁷⁵ su imparcialidad⁷⁶, de tal suerte que las partes tienen derecho a que el fallo sea solamente consultando la ley y los criterios

⁷² Como lo señala MOLINA Arrubla, Carlos Mario, Principios Rectores de la Ley Penal Colombiana, Biblioteca Jurídica Dike, primera edición, Medellín, 1.995, página 163.

⁷³ A tal punto que se considera ausente a un juez que duerme o que se distrae por tiempo prolongado, como lo señala ROXIN, obra citada, página 369.

⁷⁴ ROXIN, Derecho procesal, obra citada, página 369. En el mismo sentido El Debate Oral, número 2, página 11.

⁷⁵ Que se reconoce en la Declaración de Vecindad del Bueno Pueblo de Virginia en el artículo VIII; Declaración Universal de Derechos del Hombre en el artículo 10; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14; también en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo XXVI; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, artículo 8.1; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 6.1; en la Regla 4.2 de las Reglas de Mallorca.

⁷⁶ Tal y como se declara en el artículo 5º de la Ley 270 de 1.996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

auxiliares, de acuerdo con lo realmente probado de manera legal dentro de la audiencia, sin que pueda el juez, faltando a la igualdad de las partes, favorecer arbitrariamente a una de ellas dentro del proceso. Para proteger a las partes de esta posibilidad, se consagran las recusaciones y los impedimentos como formas de advertir al funcionario judicial que su compromiso es exclusivamente con la justicia y con la verdad.

La imparcialidad del juez es una virtud garantizadora para bien de los ciudadanos y de la justicia que deben acompañar la figura y la función del juez natural⁷⁷. Está vinculado directamente con la independencia del juzgador, lo que significa, no que el juez pueda actuar de manera caprichosa y arbitraria, sino que debe decidir libre de consideraciones personales, económicas, partidistas, religiosas o étnicas o en general de cualquier orden. En todo caso el juez está atado al imperio de la Constitución y la ley, sin que ello quiera decir tampoco que el juez no tenga cierto margen de discrecionalidad de creación, puesto que en nuestros días, la revuelta antiformalista ha supuesto una evolución del principio de legalidad que hace que la labor del juez no sea meramente declarativa y silogística.

Este principio implica también, la protección de la judicatura respecto de incidencias o intromisiones extrañas, para lo cual se coloca en cabeza del Estado la salvaguarda de este principio, que se logra dotando a la carrera judicial de garantías, estímulos y de una política seria de promoción y evaluación desde la perspectiva de la seguridad laboral⁷⁸.

La concreción de la imparcialidad del juez en el sistema acusatorio, se ve reflejada en que en su actitud de director del debate sólo es un observador pasivo sin facultades oficiosas o discrecionales; no decreta pruebas porque debe respetar el querer de las partes, no interroga testigos ni peritos porque debe dejarlo a las partes; debe producir un fallo que consulte exclusivamente los resultados arrojados por las pruebas y no favorezca arbitraria ni caprichosamente a ninguno de los participantes en el debate.

⁷⁷ Como lo señala SAAVEDRA Rojas, Constitución, obra citada, página 122.

⁷⁸ Tal como lo indican los “Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura”, adoptados por el séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1.985, y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1.985 y 40/46 de 13 de diciembre de 1.985.

En nuestro proceso, tal y como lo plantea el Acto Legislativo 03 de 2.002 quien se haya desempeñado como Juez de Control de Garantías no podrá ser juez de la causa, precisamente porque su imparcialidad se contamina por haber conocido del proceso en etapa previa a la audiencia.

4.3. Reglas relacionadas con la prueba

4.3.1. IN DUBIO PRO REO

Indica este principio⁷⁹ que el juez para condenar debe tener plena certeza de la responsabilidad del procesado, de tal suerte que de persistir una duda razonable en relación con ella su obligación se limita a pronunciar juicio de no responsabilidad.

Hace parte de un plus de derechos conocidos como *favor rei*, dentro del cual se encuentra también el principio de favorabilidad, la prohibición de la analogía, la interpretación *pro homine* y el *in dubio pro libertatis*.

Su importancia es innegable en un sistema jurídico, puesto que a partir de su reconocimiento se está exigiendo para condenar, que exista contra el acusado, prueba que definitivamente y en grado de convicción máximo indique la responsabilidad del procesado en el hecho que se le imputa (necesidad de la pena). Incluso en el evento en que se conozca que entre los acusados uno es el responsable, pero no existiendo prueba que comprometa definitivamente alguno de ellos, todos habrían de ser absueltos por la vía de este principio⁸⁰.

De su edad histórica no existe seguridad, puesto que algunos cuestionan su vigencia en el marco del derecho romano⁸¹, pero lo que si aparece claro es que la ilustración lucha por su reconocimiento⁸² y es justamente lo que permite que el derecho

⁷⁹ Reconocido en el artículo 29 de la Constitución Nacional; por la Regla 33.1 de las Reglas de Mallorca

⁸⁰ Como lo destaca ROXIN, Derecho Procesal, obra citada, página 112.

⁸¹ Según destaca ROXIN, Derecho Procesal, obra citada, página 112.

⁸² Es mencionado por BECARIA en el Capítulo XII de los Delitos y de las Penas (página 27 de la edición 4ª de Monografías Jurídicas Editorial Temis): “¿Cuál es, pues, el derecho, si no es el de la fuerza, que de

consuetudinario afianzado sólo a partir del siglo XIX lo incluya como garantía judicial. Parece haber entrado en crisis a partir del desarrollo de la criminalidad organizada pues en algunas situaciones parece invertirse la carga de la prueba al exigirse al sospechoso la justificación de la procedencia lícita de sus bienes.

Se concreta al momento de la motivación de la sentencia porque es la oportunidad en la que el juez debe manifestar el sentido de la interpretación de las pruebas y las razones por las que reconoce o no la certeza probatoria en tal o cual sentido.

Se discute si también tiene vigencia para efectos de analizar institutos de orden procesal, como cuando se duda sobre los presupuestos de la existencia de la investigación. Igualmente, si tiene aplicación en relación con las condiciones de validez de las pruebas, como cuando se discute la no advertencia al imputado de no estar obligado a declarar, eventos en los que, de ser cierto lo que se discute, se convertiría la prueba en no-valorable.

Hay que recordar que el *in dubio pro reo* sólo tiene aplicación en tratándose de análisis del caudal probatorio, pero no en situaciones de aplicación dudosa de la ley, como que cuando el funcionario tiene duda sobre cuál es el sentido o alcance que debe darse a tal o cual término o instituto, no opera frente a ese tipo de incertidumbre o dilación este principio⁸³.

4.3.2. PRINCIPIO DE INMEDIACION

Siendo exigida la presencia personal y física del juez, del acusado y del fiscal en el juicio cobra sentido este principio de la inmediación⁸⁴, puesto que por su virtud se exige que el funcionario juzgador presencie de manera directa y personal la prueba vertida en favor y en contra del acusado y solo con fundamento en las conclusiones que le produzca dicho contacto con la realidad investigada es que puede tomar una

potestad a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda todavía si es culpable o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o es incierto: si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, ya que tal es, según las leyes, uno hombre cuyos delitos no están probados."

⁸³ Como lo señala ROXIN, Derecho Procesal, obra citada, página 114.

⁸⁴ Reconocido en las Reglas 28 y 29 de las Reglas de Mallorca.

decisión acertada; el principio de la inmediación es entonces el contacto material del juez con los elementos de convicción, su presencia constante y siempre alerta en su práctica.

Este principio data del siglo XIX⁸⁵, e integra un componente formal y uno material. El formal se concreta en la presencia ininterrumpida del juez en la audiencia a fin de practicar y seguir la prueba de manera directa, con objetivo de incluir en la sentencia solo las pruebas que hayan tenido práctica y desarrollo en la vista pública; el material hace referencia a la idea de que el órgano jurisdiccional debe procurar convencerse de los hechos reconstruidos en la vista por medio de las pruebas.

El juez está llamado a elaborar la sentencia a partir de sus impresiones personales ofrecidas por la práctica de las pruebas y por el acusado, de tal manera que la declaración de los testigos no puede ser reemplazada por la lectura de un acta sino que resulta imperiosa la presencia personal de los testigos y peritos en la audiencia pública.

4.3.3. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN <*audiatur et altera pars*>

El poder interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y presentar pruebas de descargo, el poderse carear con sus acusadores le dan contenido a este principio⁸⁶, uno de los característicos del sistema acusatorio. La vigencia de este principio da derecho a oponerse a la realización de una determinada probanza, a examinar sus testigos y contrainterrogar los que presenta la contraparte, derecho a introducir actos informativos o declarativos y a argumentar, en desarrollo de la propia teoría del caso, y también impone la obligación de introducir la acreditación de las calidades de sus respectivos expertos y la obligación de no argumentar sin haber probado⁸⁷.

⁸⁵ Como lo indica BARONA Vilar, Análisis de la conformidad, obra citada, página 197.

⁸⁶ Que es reconocido por nuestra Constitución Nacional en el artículo 29; igualmente se incluyó en la Declaración de Vecindad del Buen Pueblo de Virginia, en el artículo VIII; en el artículo 14 numeral 3º literal “e” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, en el artículo 8 numeral 2 literal “f”; igualmente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 6 numeral 3, literal “d”; también en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el artículo 67 numeral 1, literal “e”; también en la Regla 29,2 de las Reglas de Mallorca.

⁸⁷ Según se indica en El Debate Oral numero 2, página 10.

Resulta consustancial al derecho de defensa, sus orígenes históricos se remontan a la época de la ilustración⁸⁸ y tiene dos entornos: uno probatorio, que es el que se ha revisado y que se contrae tanto a la prueba como al valor cognitivo que le dispensa el funcionario a cada probanza, y desde la perspectiva sustancial comporta el derecho a controvertir argumentalmente lo planteado por la otra parte, frente a la sustancia de lo que se debate en el juicio. Hay que decir igualmente que, es un derecho de todos los intervinientes en la audiencia y no exclusivamente de propiedad del acusado y su defensor porque apunta a la protección de los intereses de todas las partes, siendo la finalidad de éste la obtención de la verdad material.

La controversia asegura la imparcialidad del juzgador ya que la discusión entre las partes opuestas en el proceso, que obran en igualdad de condiciones, enriquece el debate y da más luces y posibilidades al juez que recibe la prueba de manera directa y personal sobre hecho que se reconstruyó en la vista pública⁸⁹.

4.3.4. PRINCIPIO DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El objeto del proceso penal es tratar de investigar la verdad real, pero respetando unos límites propuestos en el entendido de que el protagonista del proceso no es nadie más que un ser humano digno, respetable y titular de derechos. Por eso, al momento de valorarse la prueba, el juez no se puede apartar de lo demostrado por ella y su convencimiento personal en nada tendrá incidencia. Esto significa, que el juzgador debe, a partir de la prueba, hacer la reconstrucción figurada pero verdadera del hecho, para lo cual necesita analizar con reflexión y conciencia todo el acervo probatorio aportado por las partes y relacionarlo como elemento fundamental de la motivación del fallo⁹⁰.

⁸⁸ Tal y como señala MOLINA Arrubla, Fundamentos de derecho procesal, obra citada, páginas 464 y siguientes.

⁸⁹ Como lo señala MORALES Marín Gustavo, Proceso y sistemas de juzgamiento penal, ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá 2.001, página 109.

⁹⁰ MORALES Marín, Gustavo, Proceso y sistemas, obra citada, página 113 y siguientes.

Enseña este principio que la valoración debe ser objetiva, puesto que de otra forma se vulnera el principio del *in dubio pro reo* de tanta importancia para este sistema de juzgamiento⁹¹.

Esta estimación es libre, porque no existe marco normativo de valoración o de tarificación de la prueba, por lo que el juez debe remitirse a las reglas que gobiernan el razonamiento humano, como son la lógica, la psicología y la experiencia común⁹² y desde ahí darle a ésta un contenido distinto de cualquier manifestación personal o sentimental del juez.

⁹¹ Como lo reseña ROXIN, Derecho Procesal, obra citada, páginas 102 y 111.

⁹² Como lo advierte FERNÁNDEZ León Whanda, Sistemas penales de juzgamiento, obra citada, página 91.

5. SISTEMA ACUSATORIO: CARACTERÍSTICAS, PRINCIPALES EJEMPLOS EN ESTADOS UNIDOS, ALEMANIA E ITALIA.

En punto de identificar las distintas tendencias del sistema acusatorio podemos señalar la existencia de dos matices distintos que son particularmente los que caracterizan el sistema anglosajón y el continental europeo.

5.1. Sistema anglosajón

Este sistema se caracteriza por la forma en que se va construyendo su saber jurídico, esto es, su método, toda vez que de una manera inductiva se van generando los reglamentos a aplicar, a partir de casos particulares se arma la solución jurídica y así se va construyendo el derecho.

Por otra parte, como característica fundamental se analiza también en él la forma como el principio de participación democrática se hace presente en la forma de la decisión judicial, ya que el pueblo está representado en las salas de audiencias por medio del jurado popular.

Además, la motivación de las sentencias en el sistema anglosajón es innecesaria porque es la decisión del pueblo, representado en el jurado, la que se concreta en el fallo.

Debe destacarse igualmente como los fiscales en el sistema anglosajón tienen responsabilidad política porque son de elección popular o en su designación se reconoce alta incidencia la aceptación que de su labor tienen los electores.

Tal vez una de las características más notorias de este sistema jurídico es que el ministerio fiscal pertenece a la rama ejecutiva.

5.1.1. EL SISTEMA ACUSATORIO EN ESTADOS UNIDOS

El sistema acusatorio se ha desarrollado allí desde sus inicios republicanos, identificando el proceso penal en una contienda de partes situadas en el mismo plano de igualdad, conservando los principios básicos y fundamentales del sistema acusatorio, pero con un nuevo modelo de procedimiento. La iniciativa procesal y probatoria está en manos de las propias partes de tal manera que va a recaer íntegramente sobre la acusación el papel de defensa de la sociedad y como consecuencia la represión de los hechos delictivos. Las partes pueden disponer del objeto del proceso, el ministerio fiscal puede renunciar a la acción penal o revocarla, lejos del control del órgano jurisdiccional; y el imputado puede declararse culpable y exonerar con ello a la acusación de tener que probar el fundamento de la imputación⁹³.

5.2. Sistema continental europeo

La forma en que se construye el derecho es diferente al del anglosajón, ya que la deducción es el método seguido, el legislador previamente compone el derecho en abstracto y a partir de este deduce la solución.

El principio democrático en el juicio se hace por reserva, por representación, solo el congreso participa de manera indirecta con su actividad de creación de la ley.

Se hace necesaria la motivación de la sentencia por que es la concreción de la ley, con fundamentos jurídicos y probatorios lo que se incluye en ella.

Los fiscales, en el sistema continental europeo tienen responsabilidad jurídica y no política, de tal suerte que no aplicar la ley genera consecuencias de naturaleza jurídica, esto es, penal y disciplinaria.

⁹³ Como lo explican BARONA VILAR Silvia, la conformidad en el proceso penal, ediciones Tirant Monografías, Valencia, 1.994; páginas 43 y siguientes; y ARISTIZABAL Luis Ignacio, contradicción o Controversia de la prueba en materia penal; editorial Leyer, Bogotá, 2.002 página 137.

5.2.1. EL SISTEMA ACUSATORIO EN ALEMANIA

Es un proceso de "participantes" cuyos sujetos activos son el fiscal, los ayudantes, el actor privado, el actor accesorio y el actor civil; y por el lado pasivo el imputado y el defensor. Dentro del procedimiento ordinario se pueden imponer medidas coercitivas penales como las que afectan la libertad del imputado⁹⁴, la integridad personal⁹⁵, el derecho doméstico, el derecho a la propiedad, el secreto postal y de comunicaciones y el derecho de libertad profesional.

El proceso penal está dividido en dos fases, una declarativa que puede llevarse a cabo a través de las normas del proceso ordinario, y una fase de ejecución que es común y a su vez consta de tres partes, la averiguación, la fase intermedia y el procedimiento principal.

La iniciación del proceso se puede producir de tres formas: la primera, mediante descubrimiento oficial; la segunda, por denuncias penales; y la tercera, mediante la solicitud de persecución penal. En esta etapa puede archivarse la causa o de lo contrario se da inicio a la fase intermedia.

La fase intermedia tiene como característica principal que, en ella se dicta la resolución de apertura del procedimiento principal.

El procedimiento principal es la llamada vista principal, caracterizada por la oralidad y que finaliza con la sentencia. En este sistema el juez participa en la presentación de la evidencia en el juicio.

5.2.2. EL SISTEMA ACUSATORIO EN ITALIA

Es un sistema de partes con las garantías fundamentales de las otras legislaciones europeas, tales como la oralidad procedimental, la participación de la acusación y la

⁹⁴ Como la conducción coactiva, el mandato de búsqueda y captura, la detención provisional, la prisión provisional, el internamiento en hospital psiquiátrico o centro de internación; según enseña BARONA Vilar, obra citada página 156.

⁹⁵ Como extracciones de sangre, encefalogramas, según ilustra la misma BARONA Vilar, obra citada, página 156.

defensa, con el mismo parámetro paritario que de alguna manera desdibuja la igualdad de las partes porque introduce la presencia de la parte civil y de sujetos que son extraños a la pretensión punitiva del Estado.

La primera fase, llamada "*dibattimento*" es dirigida exclusivamente por el fiscal; el procedimiento se inicia con las indagaciones preliminares que llevan a cabo el ministerio fiscal y la policía judicial, no teniendo valor probatorio la evidencia recaudada hasta tanto sea sometida a contradicción, lo cual sólo se produce en la siguiente fase.

Una vez clausurada la indagación preliminar el ministerio fiscal tiene la posibilidad de ejercer dos opciones: solicitar el archivo de la causa o ejercitar la acción penal. Si el juez no acoge la solicitud de archivo dispone que el ministerio fiscal realice la imputación. La siguiente etapa intermedia es la audiencia preliminar, espacio en que el ministerio fiscal formula la imputación, esto es, fijando los hechos, las circunstancias, y aquellas que pueden suponer medidas de seguridad.

De acuerdo con lo sucedido en esta audiencia preliminar, el juez puede dictar sentencia de no dar lugar a proceder, caso en el cual se archiva la causa. De lo contrario se dispone la apertura del juicio. Finalmente se practica la audiencia pública en la cual se presenta y debate la prueba de manera oral.

5.3. Experiencia en Latinoamérica

Conscientes de la necesidad de mudar hacia el sistema acusatorio a los distintos países latinoamericanos, se han ido dirigiendo sus sistemas procesales hacia el acusatorio. Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Uruguay, Argentina, México, Chile, Venezuela, Brasil y Bolivia son algunos de los que han modificado sus sistemas penales.

Del sistema se debe resaltar como allí la acción penal es pública cuando debe ejercitarse por el ministerio fiscal, y puede ser fiscal cuando su ejercicio corresponde exclusivamente a las personas ofendidas con el delito. Los principios generales que recoge en su legislación procesal son los de juez natural, juicio previo, presunción de

inocencia, non bis in idem e in dubio pro reo. La oralidad, si bien no está consagrada como principio, si se incluye dentro del texto del procedimiento al señalarse que las intervenciones del representante del ministerio fiscal serán de forma oral, de igual forma que el trámite de las recusaciones e impedimentos. También se reconoce la publicidad del procedimiento, la intermediación, la concentración de la prueba, la celeridad y eficiencia al garantizar el desarrollo de la oralidad.

El Salvador, Brasil, Bolivia y Venezuela coinciden en adoptar un modelo acusatorio "adversativo" o "adversarial", construido sobre la prevalencia de las protecciones fundamentales y dotado de una flexibilidad que permite la toma de decisiones orales, públicas y rápidas, recurriendo a la norma del precedente, a la vez que conservando la institución de los jurados. En Bolivia, la Fiscalía y la Policía Nacional actúan siempre bajo control jurisdiccional; los jueces no pueden realizar actos de investigación ya que se considera que comprometen su imparcialidad, e igualmente la defensa es irrenunciable.

En el Perú el ministerio público es el responsable de la acción penal y el deber de la carga de la prueba, sus actos no constituyen función jurisdiccional, la acción penal es de naturaleza pública.

En Ecuador, por su parte, el ministerio público es el encargado de activar a los respectivos jueces para que inicien los procesos penales. Así mismo, los jueces deben intervenir personal y directamente en la práctica de los actos procesales de prueba y con observancia de las normas legales. La acción penal es de naturaleza pública pero puede admitirse la acusación particular.

En Nicaragua corresponde al juez local, en su respectiva jurisdicción, la averiguación y sanción de las faltas penales y delitos con penas correccionales. Se consagran los principales principios del sistema acusatorio.

En Uruguay, igualmente, el ejercicio de la acción penal es público y corresponde al ministerio público llevarla a cabo. También allí se consagran los principales principios que caracterizan el sistema acusatorio.

6. LOS SUJETOS PROCESALES EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Podría decirse que el nuevo proceso entraña una disputa permanente por la verdad que cada una de las partes intenta hacer aflorar al proceso, en presencia de un juez que observa las posiciones y las armas y decide cuál es el vencedor de acuerdo con la forma de argumentar, de atacar y de afrontar los embates del oponente. Por eso, las partes son claramente definidas, unidad de defensa con acusado y defensor, frente a la acusación, quienes se enfrentan ante el juez que en últimas es el árbitro que decide quién es el vencedor.

Y ahí, en la arena también los testigos y peritos, con una función claramente definida y con un objetivo también decidido.

Por ello fiscal, acusado, defensor, juez, peritos y testigos tienen un papel claro en el sistema acusatorio, siendo los siguientes los roles y perfiles generales de todos los tipos de sistema acusatorio, los cuales pasaremos a ver:

6.1. El fiscal

6.1.1. PERFIL

Nuestro sistema va a requerir un funcionario fiscal capaz, estudioso, seguro, analítico, crítico, con capacidad de reconocer las fortalezas de su oponente y sus propias debilidades, claramente comprometido con la defensa de los derechos humanos de los procesados y de las víctimas; objetivo, seguro, persistente.

6.1.2. ACTIVIDADES DEL FISCAL DE ACUERDO CON SU ROL

6.1.2.1. El Fiscal frente a la investigación

6.1.2.1.1. Búsqueda de la evidencia y de los elementos probatorios.

6.1.2.1.2. Conservación de la evidencia y de los elementos probatorios.

6.1.2.1.3. Presentación de la evidencia.

6.1.2.2. El fiscal frente a la víctima

6.1.2.1. Darle trámite a su denuncia o querrela.

6.1.2.2. Solicitar medidas de protección, de ser necesario.

6.1.2.3. Darle a conocer el estado de la investigación.

6.1.2.4. Informarle sobre la posibilidad de hacer uso del principio de oportunidad.

6.1.2.5. Avisarle sobre la fecha y hora del juicio.

6.1.2.6. Orientarle en relación con sus posibilidades y la necesidad de probar los perjuicios.

6.1.2.3. En relación con el juez de control de garantías

6.1.2.3.1. Requerir que se imponga medidas de aseguramiento, de acuerdo con sus necesidades reales.

6.1.2.3.2. Solicitar embargos y medidas que afecten los derechos del procesado, de acuerdo con la identificación de la necesidad de las mismas.

6.1.2.3.3. Pedir que se levanten las medidas restrictivas cautelares cuando cesen los motivos que justificaron la solicitud de su adopción.

6.1.2.3.2. Solicitar la libertad del acusado y las suspensiones y beneficios cuando fuere pertinente.

6.1.2.3.3. Invocar la revocatoria de libertades y beneficios cuando fuere pertinente.

6.1.2.3.4. Asistir a la audiencia en la que se solicita la medida de aseguramiento.

6.1.2.3.5. Presentar en la audiencia en que se analiza la procedencia de la medida de aseguramiento, pruebas que vinculen al procesado con los hechos que se investigan y con la necesidad de la medida que solicita.

6.1.2.3.6. Ver la posibilidad de impugnar la decisión de la medida de aseguramiento, o promover la audiencia de reconsideración.

6.1.2.3.7. Dar aplicación al principio de oportunidad y solicitar el control de la aplicación del principio de oportunidad.

6.1.2.3.8. Realizar la solicitud de prueba anticipada cuando fuere necesario.

6.1.2.4. En relación con el juez de la causa

6.1.2.4.1. Presentar la acusación.

6.1.2.4.2. Participar con lealtad en todas las diligencias y obedecer al juez.

6.1.2.4.3. Sostener la acusación en el juicio.

6.1.2.4.4. Ver la posibilidad de impugnar la sentencia absolutoria.

6.1.2.4.5. Estar dispuesto a modificar la acusación a favor del reo cuando así lo indique la prueba.

6.1.2.4.6. Presentar la prueba y los elementos materiales probatorios.

6.1.2.4.7. Interrogar a sus testigos respecto de su teoría del caso y contrainterrogar a los testigos de la defensas, de ser necesario.

6.1.2.4.8. Presentar los alegatos finales.

6.1.2.4.9. Estar atento a objetar las preguntas, las respuestas y las intervenciones de la contraparte si a ello hubiere lugar.

6.1.2.5. En relación con el acusado

6.1.2.5.1. Respetarle los principios y garantías. Particularmente tratarlo en sus intervenciones con respeto a su dignidad humana.

6.1.2.5.2. Solicitar su detención.

6.1.2.5.3. Pedir que se le embarguen bienes y se practiquen medidas cautelares.

6.1.2.5.4. Requerir que se levanten las medidas cuando sea procedente.

6.1.2.5.5. Ofrecer beneficios por conformidad, como la sentencia anticipada o cualquier figura que implique beneficios por aceptación de cargos.

6.1.2.5.6. Plantear al acusado el ejercicio del principio de oportunidad.

6.1.2.5.7. Solicitar la preclusión de su investigación cuando fuere pertinente.

6.1.2.5.8. Presentar las pruebas en su contra.

6.1.2.5.9. Informar a la defensa del hallazgo de pruebas en su favor.

6.1.2.5.10. Descubrir la prueba de cargo.

6.1.2.6. En relación con la prueba

6.1.2.6.1. Participar con lealtad en su práctica.

6.1.2.6.2. No otorgarle valor a la prueba ilícita.

6.1.2.6.3. Presentar la prueba de cargo.

6.1.2.6.4. Participar en la de descargo.

6.1.2.6.5. Contrainterrogar los testigos de la defensa.

6.1.2.6.6. Descubrir la prueba.

6.1.2.6.7. Velar porque su práctica sea de acuerdo con garantías procesales.

6.1.2.6.8. Practicarla con lealtad.

6.1.2.6.9. Llegar a los acuerdos o estipulaciones con la defensa, si es del caso, en relación con la prueba o con los hechos no controvertidos.

6.2. El defensor

6.2.1. PERFIL

El sistema requiere un profesional suficientemente dotado de información académica, honrado, honesto, combativo, sincero, estudioso, seguro, pendiente de reconocer las deficiencias de su caso y las fortalezas del fiscal, con capacidad para el ejercicio lógico y dialéctico, con humildad para aconsejar al acusado lo favorable de una negociación cuando las condiciones lo indiquen.

6.2.2. ACTIVIDADES QUE DE ACUERDO CON SU ROL DEBE REALIZAR

6.2.2.1. En relación con el juez de control de garantías:

6.2.2.1.1. Luchar por el reconocimiento de la libertad provisional cuando las condiciones así lo indiquen.

6.2.2.1.2.Solicitar la práctica de pruebas anticipadas cuando sea necesario.

6.2.2.1.3.Impugnar la decisión por medio de la cual se impone la restricción a los derechos del procesado.

6.2.2.1.4.Intervenir en los controles de legalidad respecto del ejercicio por parte del fiscal del principio de oportunidad.

6.2.2.1.5.Participar activamente en la práctica de la prueba con la que se busca fortalecer la solicitud de libertad.

6.2.2.1.6.Trabajar en el ejercicio de la contradicción de la prueba con la que se pretende justificar la imposición de la restricción a derechos del procesado.

6.2.2.2.En relación con el juez de la causa:

6.2.2.2.1.Solicitar ante él el respeto de los derechos del acusado.

6.2.2.2.2.Presentar una teoría del caso creíble y probable.

6.2.2.2.3.Probar con lealtad y convicción su teoría del caso.

6.2.2.2.4.Alegar exclusivamente con fundamento en lo probado.

6.2.2.2.5.Tratarlo con respeto.

6.2.2.2.6.Realizar todos los actos propios de su oficio con lealtad para con la contraparte.

6.2.2.2.7.Estar atento a impugnar u objetar las pruebas ilegales, las preguntas, respuestas y alegatos cuando hubiere lugar.

6.2.2.2.8.Solicitar la sentencia que de acuerdo con lo probado sea favorable a los intereses del procesado.

6.2.2.2.9. Apelar la sentencia que se identifique como contraria al orden jurídico o desconocedora de lo realmente probado dentro del proceso.

6.2.2.3. En relación con el acusado:

6.2.2.3.1. Asesorarlo en todo el trámite del proceso.

6.2.2.3.2. Representarlo jurídicamente.

6.2.2.3.3. Explicarle el alcance de todo lo que va sucediendo en el juicio y la conveniencia o no de una negociación con la fiscalía.

6.2.2.3.4. Garantizarle la vigencia y respeto de sus derechos.

6.2.2.4. En relación con la prueba

6.2.2.4.1. Participar con lealtad en su práctica.

6.2.2.4.2. Probar la defensa afirmativa

6.2.2.4.3. Participar en la práctica de la prueba de cargo.

6.2.2.4.4. Contrainterrogar los testigos de la acusación

6.2.2.4.5. Velar porque su práctica se realice respetando las garantías procesales

6.2.2.4.6. Ver la posibilidad de llegar a acuerdos con el fiscal, en relación con hechos o pruebas no controvertidas.

6.2.2.5. En relación con la investigación.

6.2.2.5.1. Investigar, analizar, elaborar teoría del caso y mapa de ejecución.

6.2.2.5.2. Preparar los testigos, entrevistarse con ellos.

6.2.2.5.3. Analizar de manera sensata las ofertas de negociaciones realizadas por la fiscalía.

6.2.2.5.4. Solicitar el ejercicio del principio de oportunidad.

6.2.2.5.5. Propender en todo momento por la vigencia y reconocimiento de los derechos del acusado, particularmente desde los criterios de interpretación *pro homine* y en el *favor rei*.

6.3. El acusado

6.3.1. PERFIL

Un acusado titular real y efectivo de unos derechos, consciente de la responsabilidad jurídica que le otorga su condición de procesado y por tanto con plena disposición de colaborar en su defensa.

6.3.2. ACTIVIDADES QUE DE ACUERDO CON SU ROL DEBE REALIZAR

6.3.2.1. El ejercicio del derecho a exigir previamente una entrevista en privado con un Abogado, antes de ser llevado ante el juez.

6.3.2.2. Advertirle que puede guardar silencio sin que esto sea utilizado en su contra.

6.3.2.3. Exigir que no se usen en su contra grabaciones o manifestaciones realizadas en intentos de acuerdo que no se perfeccionaron.

6.3.2.4. Instar a que no se le invierta la carga de la prueba.

6.3.2.5. Exigir que se le proporcione un plazo y condiciones razonables y adecuadas para tener un juicio justo.

6.3.2.6. Hacer valer su derecho a un juicio público, imparcial, concentrado, oral y contradictorio.

6.3.2.7. Estar presente durante todo el proceso.

6.3.2.8. Ser escuchado si así lo desea de acuerdo con el consejo de su defensor.

6.3.2.9. Guardar silencio si así se lo indica su Abogado.

6.3.2.10. Indicar y orientar el sentido de su defensa, cuando ella sea con fundamento en trabajo probatorio.

6.3.2.11. Presentar pruebas que le favorezcan, de ser necesario.

6.3.2.12. Contradecir la prueba de cargo.

6.3.2.13. Ser destinatario de todo el respeto de derechos.

6.3.2.14. Ser titular de la presunción de inocencia y el respeto que ello implica.

6.4. El juez

6.4.1. PERFIL

El nuevo sistema requiere una persona ante todo justa, que no sea obstinada ni permita ser objeto de prejuicios; imparcial, consciente de la responsabilidad que su función le impone, enérgico a la hora de hacer respetar los derechos del procesado.

6.4.2. ACTIVIDADES QUE DE ACUERDO CON SU ROL DEBE REALIZAR

6.4.2.1. En relación con el acusado:

6.4.2.1.1. Orientarlo e informarle sobre sus derechos.

6.4.2.1.2. Escucharlo con respeto y atención, si es su deseo renunciar al derecho de guardar silencio.

6.4.2.1.3. Permitir el ejercicio pleno de todos los derechos del procesado.

6.4.2.1.4. Propiciar un juicio serio, imparcial, ordenado, concentrado y oral.

6.4.2.2. En relación con el defensor:

6.4.2.2.1. Permitirle su actividad con pleno uso de todos los derechos del procesado.

6.4.2.2.2. Escucharlo con respeto y atención.

6.4.2.2.3. Dar respuesta motivada a los argumentos de la defensa.

6.4.2.2.4. Garantizar la igualdad de su actividad con la de la acusación.

6.4.2.3. En relación con la prueba:

6.4.2.3.1. Dirigir y presidir la práctica de las pruebas.

6.4.2.3.2. Fijar las reglas del juicio y el orden en que desfilarán las pruebas según la iniciativa de las partes.

6.4.2.3.3. Abstenerse de intervenir en su práctica más que como director del desarrollo de la audiencia, en todo caso no tomando partido en algún sentido.

- 6.4.2.3.4 No ejercer facultades oficiosas, como decreto de pruebas no solicitadas por las partes.
- 6.4.2.3.5 Garantizar la práctica de las mismas con legalidad.
- 6.4.2.3.6 Abstenerse de considerar las pruebas que resulten por cualquier causa contaminadas o ilícitas.
- 6.4.2.3.7 Tener siempre presente que debe existir en relación con la condena el grado de convicción de certeza de la responsabilidad del acusado, y que la duda razonable debe ser resuelta en su favor.
- 6.4.2.3.8 Analizarla y sopesarla con justicia, imparcialidad y equidad.
- 6.4.2.3.9 Motivar la sentencia con fundamento en la prueba exclusivamente practicada en la vista pública.
- 6.4.2.3.10 Responder a las objeciones que en relación con la práctica de las pruebas formulen los sujetos enfrentados.

7. ESTRUCTURA DEL PROCESO ACUSATORIO EN COLOMBIA

El pasado 20 de julio de 2.003 el Fiscal General de la Nación sometió a consideración del Congreso un proyecto de Código de Procedimiento Penal que contiene las características generales de los sistemas acusatorios: consagra los principios de publicidad, celeridad, igualdad de las partes, presunción de inocencia, defensa obligatoria, no autoincriminación, prohibición de doble incriminación, oralidad, concentración y continuidad, de garantía de la libertad del procesado, prevalencia del derecho sustancial e impugnación. Igualmente incorpora el principio de investigación, el del juez natural, y el de imparcialidad del juez. Se hace también reconocimiento expreso a los principios probatorios de in dubio pro reo, intermediación, contradicción.

Contiene el proyecto también el reconocimiento del principio de oportunidad, con una amplia y, en algunos apartes, confusa reglamentación, que se ajusta a los parámetros del principio de oportunidad manejado en los sistemas acusatorios. Cuenta también con un vasto marco de vías de terminación anticipada del proceso y cuenta con la posibilidad de la suspensión condicional del proceso, figura traída del sistema chileno, mecanismos estos con los que sin duda se busca descongestionar el sistema judicial colombiano.

Llamamos la atención sobre la posibilidad de seguir acusando y juzgando ausentes en nuestro proceso penal, tal y como se consagra en el proyecto sin mayores exigencias, lo cual sería desastroso para la implementación del sistema y contrario a los postulados del mismo.

También manifestamos nuestra inquietud sobre la posibilidad, aunque excepcional, que se le otorga al juez de participar en la práctica de pruebas, interrogando testigos y peritos, lo cual también repugna y choca con el enfrentamiento de adversarios, postulado básico del sistema acusatorio.

De acuerdo con los postulados del sistema acusatorio, en los términos que hemos observado y de acuerdo con el contenido del Acto Legislativo 02 de 2.003 que modifica el artículo 250 de la Constitución, nuestro proceso quedaría de la siguiente manera, tal y como se consigna en el proyecto mencionado:

Fase preliminar: Inicialmente una fase de investigación en la que el fiscal adelanta las pesquisas preliminares, con la continua vigilancia del agente del Ministerio Público. Sus objetivos son la búsqueda de elementos de prueba; la obtención, aseguramiento y preservación de la evidencia física; la identificación de posibles sospechosos y la realización de entrevistas con potenciales testigos.

En la audiencia preliminar se realiza la formulación de la imputación, en la que el imputado tiene la posibilidad de allanarse y obtener a cambio importante reducción de pena. También allí puede realizar sentencia anticipada o la preclusión de la investigación. A su vez se configura la posibilidad de realizarse en contumacia. En todo caso el fiscal tiene treinta días para formular la imputación, contados desde la ocurrencia del hecho.

La audiencia de formulación de acusación: se realiza ante el juez dentro de los tres días después de haberse recibido el formato de acusación. En esta audiencia se resuelven recusaciones, impugnaciones y nulidades.

Con posterioridad a ello, en un término que no será inferior a los quince días ni superior a treinta se llevará a cabo ante el juez del conocimiento la audiencia preparatoria, en la que se realiza la solicitud de pruebas y el descubrimiento. También en esa oportunidad se puede realizar aceptación de cargos, con una menor reducción de pena. En esta diligencia corresponde al juez ordenar e inadmitir las pruebas y convocar para un término que no será superior a quince días a la audiencia de juicio oral.

La audiencia de juicio oral es la oportunidad de la práctica de pruebas. Si de su realización se infiere que la conducta no ha existido, que el acusado no es el responsable, el juez, inmediatamente después de la práctica de las pruebas produce decisión de absolución perentoria, en caso contrario continúa la audiencia con la

presentación de los alegatos y concluidos estos, el juez podría tomar un receso de hasta una hora para emitir su fallo, el cual será oral y motivado.

Posteriormente se realiza la audiencia de individualización de pena y luego viene otra de fijación de perjuicios.

Como se observa, el cambio que se avecina es definitivo y exige una nueva actitud, un mayor compromiso, gran capacidad de estudio y habilidades oratorias; aptitud para la síntesis, el análisis y la dialéctica, por lo que el reto no será superior a nuestras capacidades.

8. BIBLIOGRAFÍA DE APOYO

ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS, Volumen 1º, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, gráficas Juma, Madrid, 2.000.

ARISTIZABAL Botero Luis Ignacio; Contradicción o controversia de la prueba en materia penal; ediciones Leyer, Bogotá, 2.002.

ARISTÓTELES, La Política, ediciones Universales Bogotá

ARMENTA Deu Teresa, principio acusatorio y derecho penal; editorial BOSCH, Barcelona 2.003.

CHIESA Aponte Ernesto L, Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos, volumen 1, 2 y 3, Editorial Forum, Colombia 1.995.

ATENEA, Análisis de la jurisprudencia penal, año 1º No 3, octubre a diciembre de 2.002, Librería Jurídica Sánchez.

BARONA Vilar Silvia; la conformidad en el proceso penal, editorial Tirant Monografías, Valencia, 1.994.

BECCARIA Cesar, De los delitos y de las penas, monografías jurídicas No 97, cuarta edición, 1.998.

CONSTITUCIÓN POLITICA

DEFENSORIA DEL PUEBLO, compilaciones instrumentos internacionales y jurisprudencia internacional, cuatro tomos, Bogotá 2.001.

ESTATUTO CORTE PENAL INTERNACIONAL

ESTATUTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, Ley 270 de 1.996.

ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN, Ley 190 de 1.995.

FERNÁNDEZ León Whanda, Sistemas penales de juzgamiento, ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2.001.

FERRAJOLI Luigi; Derecho y razón, Editorial Trotta, Madrid, 1.995.

JAKOBS Günther; Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación, editorial Marcial Pons, Madrid, 1.995.

GALEANO Rey Juan Pablo y otro. Técnicas penales del juicio, Editorial Rosarista, Bogotá 2.002.

LA DEFENSA, No 1, y No 2; Defensoría del Pueblo.

LA INSOSTENIBLE SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL, Ediciones Comares, Granada España, 2.000.

MOLINA Arrubla Carlos Mario, Principios rectores de la ley penal colombiana, Editorial Diké, Medellín 1.995.

Fundamentos de derecho procesal penal, Editorial Leyer, Bogotá, 2.002.

MORALES Marín Gustavo; Proceso y sistemas de juzgamiento penal, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 2.001.

ROXIN Claus, Derecho procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina, 2.000.

RUIZ BADILLO Enrique y otro; El derecho penal sustantivo y el proceso penal, garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia; editorial Colex, Madrid, 1.997.

SAAVEDRA Rojas Edgar, Constitución, derechos humanos y proceso penal, las normas rectoras del proceso penal Tomo I, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1.995.

Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, jurisprudencia, tomos I y II, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1.995 y 1.996.

VELÁSQUEZ Velásquez Fernando, Derecho Penal parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1.994.

El Precedente Judicial en Colombia

SEGUNDA PARTE

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El precedente judicial resulta ser una herramienta de inigualable valor en cualquier sistema jurídico. Pero su importancia y el sentido de su aplicabilidad cobra mayor fuerza en nuestra realidad política y jurídica que se apresta a enfrentar un cambio de excepcional importancia en materia de aplicación de la ley penal. Por esta razón es que presentamos este capítulo de precedente judicial, para invitar a los Defensores Públicos a iniciar su marcha a la par con el sistema jurídico en el fortalecimiento de derechos y garantías, a partir de su reconocimiento en el precedente judicial, y buscar la generalización y extensión de dicha protección por vía del principio de igualdad; o en su defecto, a forzar con nuestras intervenciones, pronunciamientos en los que se concrete el reconocimiento de "*todas las garantías*" de que será titular el procesado en el nuevo sistema penal patrio.

Objetivos generales.

- Poner a tono la teoría y la práctica del Defensor Público con los nuevos conceptos jurisprudenciales y su aplicación en la definición positiva de los casos asumidos.
- Desarrollar el derecho constitucional, penal y procesal penal a través de una correcta recepción de la jurisprudencia comparada.
- Lograr el manejo solvente de la jurisprudencia de las altas cortes y tribunales desde la perspectiva del principio constitucional de Igualdad.

Objetivos específicos

- Dar a conocer conceptos, métodos, técnicas y estrategias, para descubrir líneas jurisprudenciales y localizar las sub-reglas que las estructuran.

- Dominar la teoría del precedente, al lograr ubicar una decisión judicial dentro de la pertinencia de una línea jurisprudencial.
- Manejar la teoría del precedente, y saber cuando se está frente a una ratio decidendi, obiter dicta, o decusum.
- Analizar estrategias argumentativas usadas en jurisprudencias, como following, distinguishing, broadening, narrowing, a fin de ejercer una crítica efectiva.
- Adquirir la cultura del control, más eficaz, de las decisiones judiciales a través de la crítica argumentativa y su publicidad.
- Desarrollar habilidades, destrezas, conocimientos y valores necesarios para interpretar y aplicar directamente la Constitución Política, y para obtener un desempeño profesional eficaz en el juicio oral-adversarial.

Logros

El Defensor Público deberá, al finalizar el curso, estar en condiciones de:

- Valorar el respeto a los principios, reglas, valores y normas constitucionales en relación con su aplicación en la labor que se desempeña.
- Descubrir líneas jurisprudenciales, y encontrar sub-reglas en las decisiones judiciales de las altas Cortes y Tribunales que sirvan para realizar mejor su labor.
- Sostener un criterio suficientemente fundado en relación al valor y la importancia de la aplicación de la teoría del precedente, con miras a protagonizar las transformaciones culturales necesarias para promover un mayor respeto por el debido proceso y la justa aplicación de la ley en los procesos penales a su cargo.

- Desarrollar elementos hermenéuticos y argumentativos que valgan para la crítica jurisprudencial a fin de defender el precedente, si este respeta garantías fundamentales, o proponer giros conceptuales cuando a ello hubiere lugar.
- Deconstruir las argumentaciones que hicieron posible la decisión judicial en cuestión, a partir del análisis de los hechos, la demanda, el problema jurídico planteado y la legislación abordada. a fin de elaborar una crítica eficaz.

Estrategias pedagógicas

El módulo pretende promover el aprendizaje activo del defensor público, quien deberá cuestionarse, escribir, discutir y aplicar lo aprendido en función de la solución de problemas concretos.

Se harán talleres con base en textos jurisprudenciales, para identificar conceptos como ratio decidendi, obiter dicta, decisum, cosa juzgada constitucional (absoluta, relativa, explícita, implícita, aparente, material), doctrina constitucional, doctrina probable, reglas, sub-reglas, principios constitucionales, principios generales del derecho, modulación de sentencias, legislador negativo, sentencias hito, sentencias fundadoras, etc.

2. ORIGEN DEL USO DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN COLOMBIA

El inicio de la evolución de la hermenéutica jurídica moderna se puede ubicar en los siglos XVIII y XIX, época en que comienza a plantearse la hermenéutica crítica por contraste a la simple exégesis o comentarios de los textos, siendo Carlos Federico de Savigny el primero que se acerca a la sistematización, señalando que la interpretación de la ley se descomponía en cuatro elementos constitutivos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

Posteriormente aparece Rudolf Von Ihering, quien señala cómo Saviny se concentra demasiado en el texto escrito de la ley y propone los elementos finalista y consecuencialista como dignos de ser tenidos en cuenta al momento de realizar la labor hermenéutica; esto, porque era consciente de que la aplicación de la norma se traduce en las consecuencias que se desprenden de su propósito. Desde esta perspectiva el intérprete está en la obligación de entender la política pública, social o económica que la ley encarna, e Interpretar la norma para buscar de manera primaria la efectiva realización de dicha política.

En Colombia la idea de control de constitucionalidad fue adoptada en 1.910 pero sin lugar a dudas podemos decir que es con el advenimiento de la Constitución de 1.991 que se dota al intérprete de mecanismos suficientes para realizar su actividad, dentro de un contexto de Estado social y democrático de derecho que compromete la garantía real de los derechos como uno de los objetivos del Estado.

Inmerso en esas nuevas realidades, el constituyente compuso las normas referidas a los derechos fundamentales y eligió a la Corte Constitucional para que fuese su guardiana y defensora frente a la actividad de los organismos del Estado y de los particulares. Para esa labor la dotó de herramientas jurídicas, por lo cual consagró, básicamente, los artículos 241, 243 y 230 de la Carta. La intención es que la actividad del juez se torne más responsable y exigente, no solo frente a los propios usuarios, sino frente a la comunidad jurídica y la sociedad toda, pues

la decisión judicial debe garantizar la justicia material (al ceñirse a los hechos del caso), y debe asegurar la consistencia de lo resuelto con la evolución del ordenamiento (respeto a la seguridad jurídica y al principio de igualdad). La decisión judicial debe mostrar que su fundamentación admite el control racional público, por medio de la crítica académica, y sobre todo, debe permitir mostrar la forma como se construyen las teorías y las sub-reglas de las propias líneas jurisprudenciales, a fin de lograr una judicatura democráticamente responsable.

Emergió entonces, a partir del año 1.995, una corriente reformadora que vio en la jurisprudencia una fuente principal del derecho. Fue así cómo la sentencia C-083 del 1º de marzo de 1.995 , con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, aunque continúa afirmando el valor auxiliar de la jurisprudencia, hace una precisión respecto del término "doctrina constitucional" contenido en el artículo 8º de la ley 153 de 1.887.

Se dijo entonces, que las normas constitucionales, en la medida en que tienen una "vocación irrevocable hacia la individualización", pueden ser aplicadas a situaciones específicas, pero que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia se fija, doctrinariamente, por quien hace las veces de intérprete autorizado por la Constitución. Pero sobretodo se afirmó que salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, las interpretaciones de la Corte constituyen pauta auxiliar para el fallador, haciendo referencia al artículo 4º y 5º de la misma ley 153 de 1.887. (Será la sentencia C-836 de 2.001 la que mencionará la actividad compositora del juez como asignador de criterios de igualdad, en razón a que la ley es impersonal y abstracta y no puede abarcar la complejidad y singularidad de la realidad social).

Vino luego la sentencia T-123 de 1.995, de marzo 21, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde se expresa la necesidad de que casos iguales recibieran un tratamiento igual por parte de los jueces, asegurando, a la vez, la unidad argumentativa y doctrinal. En este fallo se alude expresamente al término "precedente", como a aquellas decisiones judiciales de las altas cortes que si han sido tomadas en un determinado sentido deben seguir aplicándose en ese mismo sentido, pues se ha ido formando una línea jurisprudencial de la cual

sólo es aceptable la decisión de apartarse si se la justifica de manera suficiente y adecuada.

Será en la sentencia SU-047 de 1.999, donde se caracterizará propiamente la figura del precedente judicial. Se dijo, entonces, que el juez constitucional debe ser consistente con sus decisiones previas en razón a i) consideraciones de seguridad jurídica, ii) la protección de la libertad ciudadana y el desarrollo económico, iii) el principio de igualdad, iv) un mecanismo de control de la propia actividad judicial.

La necesidad de respetar los precedentes le permite al ordenamiento jurídico crear derroteros democráticos de acción judicial, a saber, adecuada motivación de las sentencias, unificación de jurisprudencias, desarrollo del derecho, acercamiento de las teorías a la resolución concreta de los casos, conocimiento de lo que hacen los jueces para saber sus alcances y prever las conductas sociales.

En síntesis, la importancia de la teoría del precedente judicial en Colombia está determinada por y en razón a que permite:

- 1.- Una motivación razonada de las providencias judiciales.
- 2.- Una aplicación al caso concreto de la jurisprudencia unificada.
- 3.- El desarrollo del derecho a través de los cambios jurisprudenciales.
- 4.- El conocimiento por parte de la sociedad de las decisiones judiciales.
- 5.- El respeto a los principios de seguridad e igualdad jurídicas.

PRÁCTICA PEDAGÓGICA.

Debate. Qué opinión tiene acerca de la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. ¿Puede la Corte Constitucional revisar las decisiones de las otras cortes? Sustente con fundamento en el artículo 230 y 243 de la Carta. Puede consultar la sentencia C-836/01, SU-047/99 y SU-120 /03.

Taller. Explique y sustente el concepto de obligatoriedad vertical y horizontal en el precedente judicial.

¿Qué significado y qué implicaciones judiciales tiene el concepto de doctrina probable, en relación con el valor jurídico de las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia?

3. LA TÉCNICA DEL PRECEDENTE

Es precisamente la alusión a la jurisprudencia la que nos hace pensar que el momento actual es el más propicio para lograr una crítica más dinámica del Precedente Judicial y su papel en la aplicación del derecho constitucional y penal en sentido amplio.

No se trataría de sustituir el derecho legislado, como sucede en gran medida en el derecho anglosajón (case law) en donde el principio stare decisis (la fuerza obligatoria de la jurisprudencia) confiere al precedente un valor definitorio acerca de la solución de los casos ulteriores.

Se trataría más bien, como lo ha dicho la Corte Constitucional en múltiples sentencias, de lograr la eficacia en la aplicación de los principios de igualdad y seguridad jurídicas (dado que la administración de justicia se decide en la tensión entre estos principios), entendidos en el marco de una ética cuyo imperativo categórico consistiría en dictar una decisión judicial que estaría dispuesta a suscribirse en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos y que efectivamente lo hace.

Un fallo del que se predica cosa juzgada constitucional, conforme al artículo 243 de la Carta, implica que en su parte motiva contiene unas sub-reglas y una doctrina que constituyen la materia del precedente judicial. Estas reglas segundas conforman la "ratio decidendi" de la sentencia, en virtud de fungir como la razón necesaria para decidir el asunto. Se opone a los "obiter dicta" (dichos de paso), que tienen meramente una fuerza persuasiva, por lo cual no son vinculantes como precedente.

Quien atribuye el papel de ratio decidendi no lo hace de manera arbitraria, pues invocar como ratio decidendi cualquier principio o razón atenta contra lo que se ha denominado "virtud pasiva", para hacer referencia a que la producción de derecho por parte del juez es intersticial e incidental ya que ello ocurre sólo en el ámbito de la resolución de casos. Aquí es pertinente la definición de la Corte de la cosa juzgada relativa implícita y explícita (C-774 de 2.001 y C-036 de 2.003).

Por ello, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quien precisa el alcance de las sub-reglas; lo hace aplicando distintas técnicas, (que no por ser propias del derecho anglosajón no pueden recepcionarse críticamente con el fin de alimentar una cultura propia del precedente), a saber, distinguishing, narrowing, broadening. (SU-047 de 1.999).

En frente de una sentencia judicial de la cual se predica cosa juzgada constitucional se puede proceder así : i) acogiendo la ratio decidendi, ii) si el nuevo caso tiene hechos(en tutelas) o asuntos constitucionales (en control de constitucionalidad) diferentes, para los cuales la sub-regla anterior no es aplicable, el precedente no la vincula, iii) si el nuevo caso cae bajo la sub-regla, pero la Corte considera que fue mal planteada, hay que demostrar que el caso anterior podía ser decidido de la misma forma con una su-regla distinta, pero más ajustada a los principio y derechos constitucionales, iv) un cambio jurisprudencial.

Este abanico de actitudes también es aplicable a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, conforme lo estableció la sentencia C-846 de 2.001. Esto significa que los principios, conceptos y técnicas que rigen el precedente judicial operan completamente con las sentencias de esta Corporación.

PRÁCTICA PEDAGÓGICA.

Establezca una distinción entre cosa juzgada constitucional y precedente judicial.

¿ Qué diferencias hay entre los conceptos jurídicos de cosa juzgada constitucional y cosa juzgada procesal?. Cuál de estas nociones considera más garantista de derechos?. Sustente su respuesta. Puede consultar la aclaración de voto a la sentencia C-1216/01 y el salvamento de voto a la sentencia C-1046/01. Investigue las citas señaladas en estas providencias. ?

4. ELABORACIÓN DE LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

Al farragoso cúmulo de jurisprudencias que hacen difícil encontrar las sentencias esenciales para dibujar una línea jurisprudencial, se suma la sistematización que de ella hacen los que las agrupan en torno a derechos y conceptos, en el sentido de que se preocupan más con los temas abstractos como "debido proceso" ó "libertad de conciencia", y menos con los problemas concretos como, en este evento, "representación técnica en la investigación preliminar" u "objeción de conciencia al porte de armas de destrucción masiva.

La metodología de la línea de jurisprudencia, por el contrario, debe tratar de identificar las "sentencias-hitos",¹ agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos. Esto implica que las líneas no pueden construirse por mera afinidad conceptual, sino que es imprescindible, al mismo tiempo, cercanía y relevancia en relación a los patrones fácticos bajo estudio. Esta metodología comprende tres pasos:

1.- La ubicación e identificación de la sentencia-hito de la línea, esto es, hallar una primera sentencia que sea lo más reciente posible y que, en sus hechos relevantes, tenga un patrón fáctico semejante al caso que se está investigando. Así, por ejemplo, una sentencia reciente en la que se trate la cuestión de las condiciones necesarias para que una persona sometida a investigación penal cuente con "derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él"; en la etapa de investigación preliminar será mucho más pertinente una en la que se examine el principio de reserva penal, así ambos temas estén genéricamente contenidos en el concepto constitucional de "debido proceso".

2.- Estudiar la estructura de citas jurisprudenciales de esa sentencia - hito. Inicialmente la Corte Constitucional tendió a hacer, en sus providencias referencias a sentencias anteriores donde se formulaba de manera genérica algún principio. Esas alusiones tenían un propósito meramente conceptual y los patrones fácticos de las sentencias con frecuencia no tenían nada que ver con el

caso nuevo. A partir de la acogida a la teoría del precedente, las citas que hace la Corte se restringen a fallos anteriores que son semejantes por hechos o circunstancias al caso sub- judice. Este cambio permite utilizar con éxito las sentencias más recientes a fin de estructurar la línea jurisprudencial. Así las cosas, y antes de empezar a leer la sentencia a profundidad, se debe hacer una lista de citas jurisprudenciales que la sentencia contenga, hasta formar un grupo referencial amplio.

3.- Establecido ese grupo referencial, se observará la persistencia de algunas sentencias que terminan subrayando la existencia de unos puntos recurrentes dentro del grupo de ese grupo. De esta manera se facilita la definición de las sub-reglas contenidas en ellas.

Resumiendo, hacer una línea jurisprudencial consiste en tratar de darle sentido a varios pronunciamientos judiciales recogidos, con el propósito de responder de una manera técnica y correcta al problema jurídico planteado.

PRÁCTICA PEDAGÓGICA.

Elabore las líneas jurisprudenciales que dieron lugar a la Sentencia C-228/02 y C-033/03. El proyecto de código de procedimiento penal en curso contempla la posibilidad de permitir el ejercicio del derecho de defensa sólo a partir de la formalización de la investigación. Si el Congreso aprueba esta iniciativa, ¿qué sucederá con las sentencias en donde la Corte Constitucional ha fijado su posición acerca de los derechos del imputado conocido durante la investigación preliminar?

5. TÉCNICAS DE VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL

Una vez aceptada la doctrina del precedente es válido preguntarse por el valor de la jurisprudencia. Si el precedente, como se ha dicho, enseña que para apartarse de la motivación de un fallo el juez debe justificar de manera suficiente y adecuada las razones que lo llevan a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad, habría que establecer cuales serían los criterios que justificarían dicha separación. Pues, en principio, la tarea del juez no consiste tanto en aplicar una regla general a un caso específico, sino en decidir si el caso difiere del precedente al punto que haya argumentos para arribar a una decisión distinta.

En efecto, la Corte Constitucional en diversas sentencias (C-228/02; C-1195/01, etc.), ha precisado esos criterios o argumentos de la siguiente manera:

1.- El argumento de la falta de similitud fáctica: Los precedentes deben ser aplicados, de manera general, a aquellos casos futuros, semejantes por sus hechos a los que el juez debe resolver.

2.- El argumento de la distinción entre ratio decidendi y obiter dicta.

3.- El argumento de la indeterminación del precedente. Aquí se trata de la existencia de un exceso de jurisprudencia. En tal caso el Juez estaría autorizado a escoger entre las múltiples sub-reglas vigentes pero opuestas eventualmente. Con frecuencia los jueces parecen encontrar contradicción entre dos sentencias, cuando lo cierto es que con una adecuada reconstrucción de la línea jurisprudencial es posible disipar la supuesta contradicción.

4.- El argumento del cambio jurisprudencial. "Para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el Tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es

necesario que el Tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho" (C-400 de 1.998).

La sentencia C-836 de 2.001, que se refiere a la aplicación de la teoría y la práctica del precedente en la Corte Suprema de Justicia, hace mención a unos criterios relacionados con el concepto de "cambio jurisprudencial". Operaría el cambio jurisprudencial cuando la jurisprudencia no se adecua a las nuevas realidades, o por tratarse de un precedente oscuro o de una decisión contradictoria o que la ratio decidendi no pueda extraerse con precisión.

También en la sentencia C-228 de 2.002 se contempla la teoría del cambio jurisprudencial. Los criterios son: i) cambio en el referente normativo, ii) cambio en la concepción de ese referente normativo, iii) para unificar precedentes, por la existencia de dos o más líneas jurisprudenciales encontradas, iv) por fundarse el precedente en doctrina muy controvertida.

PRÁCTICA PEDAGÓGICA.

1.- En grupo de trabajo, trate de elaborar una línea jurisprudencial en torno a la concepción jurídica que la Corte Constitucional tiene acerca de los conceptos de ratio decidendi y de obiter dicta. Puede consultar las siguientes sentencias: SU-168/99, SU-047/99, SU-640/98, T-961/00, T-937/99, T-022/01, T-1003/00. Consulte otras sentencias que complementen y precisen la línea.

2.- Justifique la variación de la jurisprudencia en torno al papel de la parte civil en el proceso penal (C-228/02). Igualmente en relación con la variación de la jurisprudencia en los derechos del imputado en la investigación preliminar (C.033/03).

3.- Con base en el artículo siguiente, trate de sustentar la posibilidad de un cambio jurisprudencial en torno al planteamiento allí contenido. Explique las

razones que permitan el cambio jurisprudencial, o las que no lo permitan. Con fundamento en qué sentencias da usted la respuesta. Puede consultar las siguientes sentencias: C-096 de 2.003, SU-120 de 2.003, C-266 de 2.002, C-1195 de 2.001 (aclaración de voto), C-836 de 2.001, SU-047 de 1.999.

Principio de inocencia y de libertad: un cambio jurisprudencial necesario

Tomaremos como referente dos recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia, relacionadas con el derecho a la libertad que le asiste al imputado durante el proceso, y el principio de inocencia.

El problema es: ¿Deben prevalecer decisiones jurisprudenciales que desconocen garantías avaladas por el derecho internacional de los derechos humanos y por la doctrina más garantista, por el hecho de ser decisiones que tienen la mayoría de votos en una sala? ¿Es posible cambiar esa jurisprudencia? ¿Cómo? ¿Con qué criterios?

Principio de Inocencia.

Desde los orígenes del proceso penal moderno la presunción de inocencia se entendió como un límite al derecho de castigar consistente en la necesidad de celebrar un juicio público, con plenas garantías, antes de imponerse una pena.

También se entiende este principio, por supuesto, como la obligación por la Fiscalía de presentar la prueba del delito, pues no se puede establecer una indeterminación mediante la refutación por parte del reo. Kafka lo advierte, es imposible establecer su inocencia en sí.

La presunción de inocencia implica, también, la atribución al imputado de un estado jurídico que exige el trato de no culpable; por tanto, el reconocimiento al derecho a la libertad durante el tiempo que dure el proceso.

Pero lo que nos interesa resaltar es que ese juicio previo, durante el cual el imputado permanece en libertad, es una derivación del principio de inocencia y no

una garantía independiente a tal principio. Así lo trata la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando en su artículo 11-1 dispone: " Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y **en juicio público** en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

Fines de la detención preventiva y de la pena.

El vínculo entre el procesamiento penal y el principio de inocencia, significa que la detención del imputado durante el juicio tiene unas finalidades propias, estrictamente procesales, que se diferencian de las finalidades, materiales, de la pena impuesta, eventualmente, al final de ese juicio.

En otras palabras, que la presencia del principio de inocencia en un proceso penal democrático no es vana, tiene unos efectos jurídicos, a saber, el trato al imputado de inocente, en todo momento y para todos los casos. No se admiten excepciones, toda vez que el principio forma parte del Bloque de Constitucionalidad. Contrario sensu, otorgarle fines materiales al encarcelamiento preventivo sería desconocer completamente el principio de inocencia, y hacer funcionar ese encarcelamiento como pena anticipada; es colocar al sindicado en la misma situación del condenado, solo que sin acusación, sin prueba, sin defensa y sin juicio.

Así lo disponen los artículos 7-5, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y 9-3, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, al decir este que: "...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 **aseguren 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".

Los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen la "cláusula de favorabilidad", según la cual la interpretación de tales tratados no autoriza al Estado para restringir o desconocer derechos reconocidos en ese tratado; ni se

admite su menoscabo so pretexto de que el tratado no reconoce algunos derechos o los reconoce en menor grado.

Creemos que las normas de la CADH y el PIDCP, citadas, han sido bien interpretadas por la Constitución Política de 1.991, artículo 250 -1, y por el artículo 11 de la ley 65 de 1.993.

Por ello no es legítimo, no corresponde al respeto debido al derecho internacional de los derechos humanos, pretender ignorar estos mandatos. Estos se desconocen cuando se encarcela a una persona argumentando fines propios de la pena; nos referimos a los fines de retribución y de prevención especial o general. Más concretamente, nos referimos a los fines no-procesales, "apócrifos", dice Roxin, que se han venido denominando "peligrosidad del imputado", "repercusión social del hecho", "necesidad de impedir que el sindicado cometa nuevos delitos", "protección de la comunidad".

Principios de libertad y de inocencia en las cortes

En el ensayo siguiente se plantean algunos elementos (científicos, de derecho comparado, de derecho internacional, de los derechos humanos, etc.) para un cambio jurisprudencia en torno de unos temas y problemas específicos. Explique las razones por las cuales usted comparte o no estos planteamientos. ¿Son correctos, persuasivos, a la luz de las sentencias mencionadas? ¿Deben complementarse con otros criterios? ¿Cuáles?, ¿Cómo?:

Es precisamente lo que ocurre en la sentencia C-774 de 2001. Allí se dijo, que la finalidad de la detención no es reemplazar el término de la pena, pues se violarían los principios de presunción de inocencia y debido proceso. Que la detención tiene carácter preventivo, no sancionatorio, pues no define responsabilidad penal, y que por ello debe primar el criterio de "necesidad" al momento de detener preventivamente a una persona. Empero, también se dijo que la medida cautelar procede conforme a unos determinados criterios, a saber, la verificación de la comparecencia a la investigación y al juzgamiento del sindicado, la no

obstaculización de la actividad probatoria y la ausencia de peligro para la comunidad.

Siguiendo al profesor Alberto Bovino, el entorpecimiento de la investigación no es un fin procesal a tener en cuenta, en razón a que el Estado cuenta con distintos medios para evitar la eventual acción obstaculizadora del imputado, entre ellos la práctica de la prueba anticipada, la protección de testigos, la vigilancia, la incautación de documentos, etc. Es difícil creer que el imputado pueda producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación. La ineficacia del Estado a este respecto no debe ser cargada al imputado ni mucho menos a su libertad. Además, no vale esgrimir la protección de la investigación cuando los actos que se sospecha pudiera desarrollar el imputado quedan abarcados en su derecho de defensa, pues el sindicado no debe seguir siendo un objeto del proceso.

Por su cuenta, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado con relación al criterio imposibilitante de libertad conocido como "peligro para la comunidad". En radicaciones 19.659 de julio 16 y 16.319 de octubre 10, de 2.002, se afirmó que: i) la detención procede en virtud de la protección a la comunidad, atendiendo los ámbitos de la prevención especial y general de la pena, ii) se presume que si no se respetó la ley antes no se hará después de obtener la libertad dentro del proceso, Las providencias cuentan con dos salvamentos de voto.

Roxin enseña que la teoría de la prevención general fue desarrollada por Feuerbach (1.775 - 1.833), la cual derivó de la teoría de la coacción psicológica, una concepción determinista que se puede resumir así: "Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión".

Esta doctrina es, básicamente, una teoría de la amenaza penal, cuya eficacia exige la ejecución de la pena. Por ello es que alguna de esas providencias

enfatan que “la sociedad queda notificada...”, y el cumplimiento de la pena se torna fatal y ejemplarizante.

Se olvida que esta teoría no ha sido eficaz entre nosotros, no solo por atentar contra la dignidad humana, al castigar no con base en el agente sino por motivo de otro, de la comunidad. También porque se olvida que no se intimida por la magnitud de las penas sino por la seguridad que tenga el agente de ser atrapado.

Aún más, es una teoría que debe abandonarse por estar inmersa en un paradigma superado: el determinismo científico. El premio nóbel de química Ilya Prigogine, sostiene, junto con Karl Popper, que “el determinismo laplaciano es el obstáculo más sólido y más serio en el camino de una explicación y una apología de la libertad, creatividad y responsabilidad humanas”. Lo cual significa que es el obstáculo más serio para el logro del respeto a un principio fundamental, el principio de dignidad.

La prevención especial hace relación a la resocialización, por lo que no es comprensible cómo pretender resocializar al imputado, a quien está cobijado por el principio de inocencia. Como dice Foucault, si después de 200 años de fracaso de la prisión aún se la invoca, será porque su disfuncionalidad sirve a unos determinados intereses, no a los de los pobres, por supuesto.

En fin, las providencias criticadas van en contravía de un proceso acusatorio moderno, pues no mira las tendencias a “acordar” con la víctima, ni a las audiencias de tasación de pena, ni a la aplicación de medidas cautelares menos graves (reglas de Tokio).

¿Qué hacer?

En realidad, parece que los criterios a tener en cuenta al momento de hacer un cambio en la jurisprudencia nacional se aplican perfectamente a la providencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional que hemos criticado. En otros términos, que si aplicamos las sentencias referidas al cambio de jurisprudencias es posible volver por los caminos de la sentencia de la Corte

Suprema de Justicia número 17.392 del 17 de enero de 2002 y afirmar, entonces, que los fines de la detención son diferentes a los de la pena y que el respeto por la libertad personal, el principio de inocencia y el debido proceso aún imperan en relación con el término de restricción a la libertad personal en el proceso penal.

6. CONCLUSIONES

Hemos llegado al final del viaje que emprendimos en busca del significado, del desarrollo histórico y de la importancia para el defensor público del concepto de precedente judicial. Creemos haber aportado algunas luces acerca de la necesidad de una transformación cultural en torno a esta figura jurídico-política.

No es solo que la Constitución en su artículo 1º contemple la participación como principio abstracto fundamental. Se trata más bien de su desarrollo, mediante el concepto "derecho político" que lentamente ha venido introduciendo la Corte en algunas sentencias de exequibilidad (C-087 de 2.002, C-228 de 2.002, entre otras). Entendemos el término en el sentido de permitir a los ciudadanos participar de manera concreta en la conformación, ejercicio y control en el diseño de políticas públicas. Lo que significa "empoderar" a cada ciudadano para que pueda intervenir en los procesos políticos, económicos, sociales, culturales, judiciales, etc, a fin de lograr, a la vez, la defensa e integridad de la Constitución y la posibilidad de participar en el gobierno de su propio destino vital, en el marco de las nociones de igualdad, justicia y verdad.

En este contexto, el papel del defensor público es fundamental en la medida en que ha desarrollado técnicas y conocimientos que permiten impulsar y acompañar a los ciudadanos que asiste en la defensa de sus derechos y garantías constitucionales.

Esto lo hace el defensor público con la ayuda de la técnica del precedente judicial, no solo configurando líneas jurisprudenciales sino posibilitando el desarrollo y la actualización del derecho penal y procesal penal a través de la variación jurisprudencial.

Es un derecho poder participar efectivamente, reflexionar y actuar en el orden de las políticas públicas en general y las referidas a la administración de justicia penal, en particular. Una manera de hacerlo es, precisamente, mediante el uso permanente del precedente judicial. A su producción y utilización nos convocan - a

nosotros, los defensores públicos- las necesidades del país y sus novedades en materia de legislación procesal penal.

BIBLIOGRAFÍA

Hermenéutica de la Facticidad. M. Heidegger., Alianza Editorial.

Práctica sin Teoría: Retórica y Cambio en la Vida Institucional, Stanley Fish, Edic. Destino. 1.992.

Fragmentos Póstumos. F. Nietzsche. Edit. Norma.

El derecho de los jueces, Diego López Medina, ed Uniandes, 2001.

Interpreting Precedents A Comparative Study, edited by Neil MacCormick and Robert Summers, 1.997.

Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Ignacio de Otto, ed Ariel, 1.987.

Teoría de los Derechos Fundamentales. Robert Alexy, Centro de Estudios Constitucionales.

Fuerza de Ley. El Fundamento Místico de la Autoridad. Jacques Derrida, Tecnos ,1.994.

La Decisión Judicial. El Debate Hart – Dworkin. César Rodríguez, Uniandes, 2.000.

Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Duncan Kennedy, Uniandes, 1.999.

Los Tribunales en las Sociedades Contemporáneas. Boaventura de Sousa Santos.

Filosofía de las Ciencias Humanas y Sociales. J. M. Mardones, Edit. Anthropos, 1.991.

Casos de la Jurisprudencia Penal. Jesús María Silva Sánchez., Bosh, 1.997.

Microfísica del Poder. M. Foucault. Edit. La Piqueta.

Estado Social de Derecho y Respuesta Judicial Correcta. VV. AA.,

Hermenéutica Jurídica. 1.997. Univ. Del Rosario.

Historia de la Sexualidad. Voluntad de Saber. M. Foucault. Edit. Siglo XXI.

Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Alberto Bovino, Editores del Puerto, 1998.

Lo que queda de Auschwitz. Giorgio Agamben, ed. Pretextos 2000.

El fin de las Certidumbres. Ilya Prigogine, Ed. Taurus, 1997.

El Proceso Penal. Jaime Bernal C. y Eduardo Montealegre L. Universidad Externado de Colombia, 4ª Edición.