

DERECHO PENAL Y PROCESAL COLOMBIANO



APUNTES Y REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS
PARA UNA PEDAGOGÍA PROSPECTIVA DEL DERECHO



SELLO EDITORIAL
CORUNIAMERICANA

COMPILADORES

Elizabeth Roper Rosillo
Ricardo Bustamante Montero

**DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL COLOMBIANO
APUNTES Y REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS PARA UNA
PEDAGOGÍA PROSPECTIVA DEL DERECHO**

Compiladores:

Mireya Camacho Celis
Carlos Emilio Miranda Castellanos

Autores:

Miguel Mercado Baena,
Mireya Camacho Celis,
Hernán Darío Obando,
Carlos Emilio Miranda Castellanos

Libro resultado de investigación, realizado a partir del trabajo colaborativo entre grupos de investigación y el desarrollo de propuestas que contribuyen al fortalecimiento de los indicadores de generación de nuevo conocimiento en el área del Derecho.

Derecho penal y procesal penal colombiano: apuntes y reflexiones contemporáneas para una pedagogía prospectiva del derecho / Miguel Ángel Mercado Baena... [y otros tres] ; compiladores Mireya Camacho Celis, Carlos Emilio Miranda Castellanos -- Barranquilla: Corporación Universitaria Americana, 2021.

135 p. ; 17x24 cm.
ISBN: 978-958-5512-69-6

1. Derecho penal y procesal penal – Reflexiones. 2. La paz en el Acuerdo Final. 3. Derecho Penal y Política criminal – Origen y evolución. 4. Derecho penal y procedimiento penal -- Estudio. 5. Sistema penal oral – Garantías procesales. -- Corporación Universitaria Americana. I. Mercado Baena, Miguel Ángel. II. Camacho Celis, Mireya. III. Obando, Hernán Darío. IV. Miranda Castellanos, Carlos Emilio. Comp. I. Camacho Celis, Mireya. II. Miranda Castellanos, Carlos Emilio.
345.05 D431 2021 cd 21 ed.

Corporación Universitaria Americana-Sistema de Bibliotecas

Corporación Universitaria Americana©

Sello Editorial Coruniamericana©

ISBN: 978-958-5512-69-6

**DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL COLOMBIANO
APUNTES Y REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS PARA UNA PEDAGOGÍA PROSPECTIVA DEL
DERECHO**

Compiladores:

©Mireya Camacho Celis, ©Carlos Emilio Miranda Castellanos

Autores:

© Miguel Mercado Baena, ©Mireya Camacho Celis, ©Hernán Darío Obando,

© Carlos Emilio Miranda Castellanos

Presidente

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico Nacional

MARIBEL YOLANDA MOLINA CORREA

Vicerrector de Investigación Nacional

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO

Director Sello Editorial

JUAN CARLOS ROBLEDO FERNÁNDEZ

Sello Editorial Coruniamericana

selloeditorialcoruniamericana@coruniamericana.edu.co

Diagramación y portada: Kelly J. Isaacs González

1ª edición: 2019-12-12

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Coruniamericana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

5 Prólogo

8 INTRODUCCIÓN

11 LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRANSFORMACIÓN
SOCIAL COMO ESTRATEGIA EN EL AMBITO PENAL

Mireya Camacho Celis

33 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA
CRIMINAL

Hernán Darío Obando Durán

50 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA
ACTUACIÓN PROCESAL PENAL

Carlos Emilio Miranda Castellanos

90 SISTEMAS PROCESALES Y PRINCIPIOS RECTORES

Miguel Mercado Baena

La Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Corporación Universitaria Americana presenta una colección de textos pedagógicos que buscan fortalecer los procesos de formación de los estudiantes de derecho, a través de una reflexión sobre los principales temas de cada una de las áreas del derecho, con una mirada prospectiva desde lo pedagógico.

Los ejes estratégicos sobre los que descansa la acción de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, responden a una lectura integral, interdisciplinaria y actual del derecho y de sus retos y necesidades. Desde el eje estratégico de derechos humanos, se busca poner al derecho en función de un garante del reconocimiento, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos. El derecho, en su más amplia denominación, se concreta en la garantía de los derechos humanos. Esto a su vez, fortalece la democracia y consolida la acción del individuo, en el contexto de vivir en sociedad.

Este eje estratégico implica que, el proceso pedagógico del derecho se dirija a la promoción, al ejercicio y a la acción en perspectiva de derechos humanos, esto es, que la dimensión de cada derecho se concrete en acciones que superan la mirada tradicional de las áreas del derecho o de las divisiones entre derecho procesal y derecho sustantivo, o el derecho público y el derecho privado.

La forma en que se materializa este eje estratégico es la de analizar el contenido y alcance de cada derecho, para entender cómo se hará exigible desde las políticas públicas o la acción del gobierno, o en caso de que se vulneren, cómo será su respectiva judicialización. Esta lectura enriquece los derechos humanos y fortalece el rol del ciudadano, en la medida en que recupera la dimensión del ejercicio de los derechos humanos, como titular de los mismos. Un valor agregado de esta mirada es la focalización hacia las acciones afirmativas para la protección de los sujetos de especial atención constitucional, como los niños y niñas, los jóvenes, las mujeres, la comunidad LGBTI, las personas en condición de discapacidad, las comunidades étnicas, las personas mayores, entre otros.

Un segundo eje estratégico es la paz y a la convivencia ciudadana. Esta dimensión se fundamenta en la acción, en la concreción y en el sentido del derecho en la práctica. Los abogados egresados de la Corporación Universitaria Americana son agentes de paz y de convivencia ciudadana, saben resolver los conflictos y hacen uso del derecho para promover la convivencia pacífica. Un ciudadano con formación jurídica es el aliado para establecer en el entorno la dimensión ética, cívica, justa y solidaria que se requiere para que la convivencia sea pacífica. El conflicto no desaparece, precisamente porque está asociado a la condición humana

que interactúa. Pero lejos de desconocerlo, los abogados americanistas, están en capacidad de identificarlos y, de esta forma, pueden promover la alternativa más pacífica para su solución.

El derecho debe ofrecer esa dimensión de acción que se concrete en la vida cotidiana y que el medio litigioso sea una alternativa, no la única. Por eso, la necesidad de promover la competencia de identificar los problemas, los actores que entran en ese proceso de solución y, así, la mejor forma de resolverlo, entendido por mejor, la forma más pacífica que materialice la acción ciudadana de los involucrados, es decir, la ejecución de actos realizados por actores relevantes que conocen sus derechos, sus obligaciones y plantean escenarios en los que se puedan beneficiar todas las partes involucradas.

El tercer eje estratégico es la transformación social. El entorno de nuestra comunidad educativa, representada en mayor medida por sus estudiantes y luego, egresados, debe transformarse, a medida que los estudiantes avanzan en su proceso de formación y aprendizaje del derecho. El derecho, como ciencia social aplicada, debe modificar el entorno. Su transformación no es aspiracional, desde las diferentes funciones sustantivas de la educación superior, esto es, la docencia, la investigación y la proyección social, se materializan acciones transformadoras.

El ejercicio del derecho, desde su proceso pedagógico, transforma los entornos. Esa apuesta estratégica se fortalece con las discusiones que se hacen desde las aulas, los proyectos de investigación que se realizan y, sobre todo, de las acciones resultantes de la proyección social, como son, la gestión del Consultorio Jurídico y el Voluntariado Social, en el que participa la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, en conjunto con la dirección de Proyección Social.

Estas apuestas estratégicas se aterrizan en la planeación de la formación superior, en cada uno de sus funciones. Desde la docencia se actualizan de forma permanente los syllabus para incorporar nuevos debates, actualizaciones o posiciones jurídicas de los altos tribunales o del derecho internacional o comparado que lo retroalimentan. De la investigación, los grupos de investigación están dirigidos a hacer investigación aplicada que permita una lectura real de las problemáticas, de cara a resolver de forma puntual, así como generalizada, para el tipo de muestra o universo que se aborde, respectivamente. Y desde la proyección social se conocen esas nuevas problemáticas, esos nuevos roles del ciudadano y del sujeto de derechos, para ser abordado desde diferentes ópticas del derecho.

Los abogados de la segunda década del Siglo 21, son o serán diferentes a los

abogados de la tercera década del mismo siglo. El derecho evoluciona, las categorías para interpretarlo también, por lo que esta serie busca traer los debates más álgidos e importantes para fortalecer el proceso pedagógico de cada una de las asignaturas que hacen parte del plan de estudios del pregrado en Derecho, de forma prospectiva.

Esta serie busca fortalecer el contenido agrupado por debates relacionados con un área disciplinar, con una visión holística, ciudadana, pragmática y prospectiva que permitirá cualificar el proceso pedagógico de los abogados de la Corporación Universitaria Americana.

La serie estará conformada por seis textos: derecho privado, derecho penal, derecho procesal, derecho público y derecho laboral. Se complementará con algunas reflexiones sobre cada uno de los ejes estratégicos mencionados, y el enfoque desde las humanidades. Esperamos que esta colección sea útil para todos nuestros estudiantes y docentes, y en general, para toda la comunidad que busca graduarse como abogado.

Mireya Camacho Celis

Decana Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales
Corporación Universitaria Americana.

El presente texto busca abordar el derecho penal, el derecho procesal y la criminología desde dos perspectivas simultáneas. De una parte, trae debates coyunturales sobre el derecho penal y procesal penal, en relación con sus avances y sus retos y de otra, la mirada pedagógica para comprender los elementos básicos y principales de esta área del saber jurídico.

A partir de una mirada rigurosa a la norma, la jurisprudencia y la realidad actual se muestran en paralelo los desafíos y alcances que ha experimentado el derecho penal en Colombia y en el mundo, con el fin de que el lector, estudiante o profesional del derecho no solo adquiera conocimientos del saber, sino que reflexione con capacidad crítica sobre la evolución del derecho.

De esta forma, se conjuga en el presente libro la lectura desde las clases de derecho penal, procedimiento penal y criminología, con una mirada constitucional y transversal a la dinámica social, y al impacto que estas disciplinas tienen frente a cada uno de los ciudadanos.

El derecho penal y su procedimiento, si bien tiene una órbita de aplicación, principalmente privada, porque regula la corrección de un individuo frente a bienes jurídicos tutelados por el Estado, es precisamente por esto último que se ubica en el ámbito de lo público, de modo que asegure la convivencia y la paz. Sin la existencia del derecho penal y de su procedimiento, tal vez estaríamos en caos, no porque sea necesario, sino porque no tenemos como sociedad una capacidad de autogestión o de autocorrección en el evento en que se afecten derechos al otro, y solo queda la represión, la sanción y la reparación.

De allí la importancia de entender el derecho penal, tanto desde su contenido pedagógico, como desde su dimensión procedimental, como un escenario que permite constitucionalizar la paz, es decir, que otorga reglas de juego claras para la convivencia, a partir de la persuasión frente a la prevención y no comisión de conductas punibles determinadas como delitos.

De esta forma, el libro tendrá dos componentes. En el primer componente se abordarán dos capítulos con un sentido reflexivo y a veces crítico, asociados a debates actuales del derecho penal, del proceso penal y de la criminalística, y en el segundo, una remisión expresa al contenido de estas disciplinas.

En el primer capítulo La paz, los Derechos Humanos y la Transformación Social como estrategia en el ámbito penal, se abordará un debate actualizado frente a la relación del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal

internacional y el derecho interno, dentro de los diferentes campos de aplicación en que se pueden ubicar las conductas definidas como delitos, que se complementará con una lectura del concepto de paz en el Acuerdo Final de La Habana y cómo se entiende el debido proceso y la autonomía e independencia judicial en la Jurisdicción Especial para la Paz.

En el segundo capítulo, Origen y Evolución del Derecho Penal y Política Criminal el autor aborda la discusión a partir de entender una múltiple visión del derecho penal, iniciando por una lectura histórica sobre la evolución del derecho penal y la política criminal, siguiendo con el desarrollo desde la dogmática y la política criminal, entre otras. Además, haciendo un llamado a los referentes teóricos contemporáneos y algunos clásicos, desarrolla una mirada crítica del derecho penal que promueve incluso un cambio de paradigma, aunque sin dejar de lado conceptos necesarios para el aprendizaje de elementos propios de estos campos del saber jurídico.

En la segunda parte del libro, se abordan las estructuras básicas del derecho penal y del procedimiento penal, desde un contenido pedagógico y con metodologías de evaluación que permitan la comprensión de los conceptos que se desarrollan. En el capítulo 3 Fundamentos Constitucionales y Legales de la Actuación Procesal Penal, se introducen aspectos pragmáticos de las audiencias y de las garantías mínimas que dotan de seguridad jurídica a las personas que cometen delitos, a partir de la garantía del debido proceso y de los demás derechos fundamentales de los imputados o indiciados.

Y en el capítulo final, Sistemas Procesales y Principios Rectores, se hace énfasis al sistema penal oral con tendencia acusatoria implementado a través de la ley 906 de 2004, a partir del año 2005. Esta hibridación un poco compleja, se desarrolla a través de un método comparativo con el anterior sistema penal, a partir de una revisión detallada por los principios rectores en materia penal, su desarrollo evolutivo y los desafíos en la incorporación del sistema penal acusatorio en Colombia, que permita entender el cambio de sistema de procedimiento mixto anterior al actual.

Mireya Camacho Celis - Carlos Emilio Miranda Castellanos

LA PAZ, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL COMO ESTRATEGIA EN EL AMBITO PENAL

Mireya Camacho Celis**

* Capítulo de libro resultado de la colección de textos pedagógicos del Macroproyecto de Investigación para la Investigación de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Producto Colaborativo de los grupos de investigación DeJus y Law and Sciences.

** PhD en Derecho. Docente investigadora. Directora del grupo de investigación Law and Sciences. Corporación Universitaria Americana, Colombia, mcamacho@coruniamericana.edu.co mireyacamachocelis@gmail.com

RESUMEN

El derecho penal y su aplicación a través del procedimiento penal hace parte de la visión de lo público y encuentra su sustento tanto filosófico, como normativo en la Constitución. No se podría hablar de constitucionalización del derecho penal, porque el derecho penal es constitucional. Su sentido y fin es garantizar y proteger los derechos humanos, convertidos en bienes jurídicos tutelados. Su existencia obedece al cumplimiento de la obligación de los Estados de garantizar derechos humanos, a partir de la adopción de medidas legislativas y administrativas que prevengan, protejan, investiguen, juzguen, sancionen y reparen las vulneraciones de derechos humanos. El presente capítulo aborda esta dimensión, así como la incorporación de otros sistemas jurídicos cuando éste falla y, particularmente, su comportamiento en la implementación de la Jurisdicción Especial para la Paz, como instrumento propio de la justicia transicional, previsto en el Acuerdo Final de La Habana de 2016.

1. LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO PENAL

Dentro de los diferentes sistemas jurídicos que existen, esto es, nacionales, locales, federales, internacionales o universales, hay legislación que tiene que ver con el ámbito de la investigación, el juzgamiento, la sanción y la reparación; así como legislación que busca diferentes tipos de responsabilidad, esto es, frente a Estados o a particulares. También existen sistemas jurídicos que se aplican dependencia de su ubicación geográfica que define el ámbito de su competencia de su aplicación.

Sin embargo, más allá de saber a quién le es vinculante determinado sistema o no, es preciso señalar cuáles son los objetos jurídicos que tutela y a quienes se les puede atribuir el ámbito de la investigación, juzgamiento, sanción y reparación por la comisión de actos, que en definitiva llamamos delitos o conductas punibles, concepto que también puede variar, según el mismo sistema jurídico que se adopte.

En este orden de ideas, para ubicar la discusión en el marco de uno de los elementos de la constitucionalización del derecho penal, es el de la investigación juzgamiento y sanción de determinadas conductas, por diferentes sistemas jurídicos.

Esto implica que un determinado hecho, surtido en unas circunstancias de tiempo, modo, lugar, puede ser analizado y juzgado por el derecho penal interno, de uno o varios países, ejemplo la extradición; por el derecho internacional humanitario; por el derecho internacional de los derechos humanos o por el derecho penal internacional.

Si bien, una misma situación fáctica se puede ajustar a todos los sistemas jurídicos mencionados, no significa que se pueda acudir en paralelo a ellos o que el nivel de decisión que se adopte en cada uno, comprometa o responsabilice a los mismos actores.

En cuando a los sistemas internacionales, vemos que van más a declarar la responsabilidad de los Estados por omisión o por acción de sus obligaciones de respeto o garantía, como el caso de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, como el Sistema Universal de Derechos Humanos, o para el caso colombiano, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. También puede verse que se consolidan como un sistema subsidiado o complementario, como en el caso del derecho penal internacional en el que ya no hay una declaratoria de responsabilidad de los Estados, sino de particulares. En el caso de las normas del derecho internacional humanitario, se entiende su aplicación, solo en la medida que

exista un conflicto armado interno o internacional, y en ese caso, hay normas, más que sancionatorias, que buscan proteger a las víctimas y a las partes en conflicto, para garantizar su existencia, que es lo que se conoció como la humanización de la guerra. Ahora bien, internamente está el derecho penal que sanciona las conductas punibles, a través de un ejercicio de verificación si la conducta analizada, es típica, es decir, existe previamente en la legislación penal, antijurídica, esto es, que afecta uno de los bienes jurídicos tutelados por dicha legislación y si es culpable, esto es, que es cometida y atribuida a un sujeto determinado.

1.1. El derecho internacional de los derechos humanos

A partir de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Carta Internacional de Derechos Humanos que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus protocolos Facultativos, así como el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.

A este insumo inicial se han sumado un sinnúmero de tratados internacionales que hacen parte del Sistema Internacional de Derechos Humanos, que busca que todas las naciones que se han adherido a la Organización de Naciones Unidas los incorporen en su legislación interna. Este Sistema está conformado por los tratados que reconocen el derecho, los organismos cuasi jurisdiccionales que velan por que se cumplan y los procedimientos a los que acuden los ciudadanos para su denuncia.

Este sistema es subsidiario, es decir, que deben agotarse todos los mecanismos internos previamente para que se pueda acudir a este Sistema. Debe demostrarse además que el país se ha adherido al respectivo Protocolo que permita iniciar la respectiva reclamación contra el Estado por vulneración de alguno de los derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos.

El Sistema Internacional de Derechos Humanos prevé, a través de los diferentes instrumentos internacionales, las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Hay cláusulas generales como el deber de respetar y garantizar los derechos humanos contenido en el respectivo instrumento internacional. Ese deber de respeto se refiere a la abstención que deben hacer los agentes estatales de inmiscuirse en la órbita privada y de los derechos y libertades propios de esa dimensión. En relación con el deber de garantía, le impone la obligación al respectivo Estado de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, proteger, garantizar cada uno de los derechos contenidos en cada instrumento internacional. Esta dimensión se refiere al reconocimiento. Sin embargo, las dimensiones de

exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos, se consagran también en el deber de garantía, y en las acciones de investigar, juzgar y sancionar por la vulneración de derechos humanos o proceder a su reparación en el evento en que haya sido vulnerado.

El Sistema Internacional de Protección de los derechos humanos tiene dos grandes grupos, uno que es Universal y cubre a todos los países que se han adherido a la Organización de Naciones Unidas - ONU. Y otros sistemas llamados regionales, que profundizan la concreción del cumplimiento de los derechos humanos en cada continente. Así tenemos el Sistema Regional Europeo, Africano e Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En nuestro caso se aplica el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Bajo esta dimensión, cada uno de los Estados responden ante los órganos que conforman el Sistema Universal de los Derechos Humanos, por el cumplimiento del deber de respeto y garantía contenidos en cada tratado internacional o Convención. Por ejemplo, en relación con la Convención de los Derechos del Niño, establece la obligación de respeto y garantía para proteger los derechos de los niños y el órgano ante el que se debe reportar el estado de avance de cumplimiento de cada derecho, es el Comité de Derechos del Niño, ante quien también se presentan las quejas contra los Estados por violación de los derechos establecidos en la mencionada Convención.

Ahora, en el caso colombiano, además del Sistema Universal de Derechos Humanos, aplica el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conformado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados interamericanos de protección de derechos humanos, junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aplica en igual sentido que, para los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, tanto el de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Estos sistemas se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano pro cuenta de dos figuras jurídicas: i) el bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 93 de la Constitución Política y el control de convencionalidad ampliamente tratado por vía de decisiones y opiniones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que implica, en sentido estricto, que las decisiones que se tomen en relación con el respeto y garantía de los derechos humanos, debe contar con la incorporación de las normas propias de estos sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

En la práctica, tanto el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

como el Interamericano, son sistemas que, en primer lugar, son subsidiarios, solo pueden acceder a ellos, en la medida en que se demuestre que se agotaron todos los recursos internos, y salvo los mecanismos de medidas cautelares o provisionales, en el caso de amenazas inminentes de riesgos contra la vida, integridad o libertad personal de la persona que reclama contra el Estado, este tipo de actuaciones son demoradas y culminan, en el mejor de los casos, en la declaratoria de responsabilidad del respectivo Estado, aunque en ocasiones, resulta no vinculante, y en consecuencia, como se diría coloquialmente, terminan como un saludo a la bandera.

En el caso colombiano, la figura del bloque de constitucionalidad hace que todos los tratados internacionales hagan parte integral de la Constitución Política, por remisión expresa del artículo 93, tal como lo señala la Corte Constitucional, Sentencia C- 225/95, expediente No. L.A.T.-040, en el que además se refiere al carácter vinculante de las decisiones de estos sistemas en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo señaló la Corte, así:

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu. En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Ahora bien, hay un derecho reconocido en estos instrumentos internacionales tanto en el Sistema Universal como el Sistema Interamericano que también resulta una clausula general de vulneración que casi siempre se expone en la presentación e casos individuales ante estos Sistemas, y se refiere a la obligación de disponer de un recurso efectivo. La vulneración de este derecho al acceso a un recurso efectivo, termina citándose en la mayoría de los casos, en la medida en que se recurre a estos

sistemas porque los recursos internos no fueron efectivos, o bien por dilaciones, por negligencia o por inexistencia del mecanismo.

Derivado de la afectación de este derecho al recurso efectivo, se encuentran, para el caso del derecho penal, los derechos al debido proceso y al juez natural basado en la figura de la independencia y de la autonomía judicial. Igualmente, en materia penal, el bloque de constitucionalidad reviste particular importancia, en razón a que, por vía de las garantías procesales, derivadas de la garantía del derecho al debido proceso y al recurso efectivo, se combinan derechos como la libertad individual, para el caso de las personas privadas de la libertad, o el derecho a la intimidad, los derechos políticos, el derecho a la salud, entre otros.

En un estudio del Juez de la Corte Interamericana Mac-Gregor (2014) se hace un análisis sobre los casos tramitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en desarrollo de su función contenciosa en el ámbito del derecho penal, que más se han presentado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con vigencia a 2014, destacando siete líneas jurisprudenciales, construidas a partir de los derechos que más se han vulnerado. Solo a manera de ilustración se referencias, con el fin de explicar la operatividad de estos temas dentro de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en este caso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Las siete líneas jurisprudenciales identificadas, son: i) torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (89 casos); ii) ejecuciones extrajudiciales (42 casos); iii) desaparición forzada de personas (35 casos); iv) jurisdicción militar (21 casos); v) leyes de amnistía (14 casos); vi) responsabilidades ulteriores por exceso en el ejercicio de la libertad de expresión (8 casos y; vii) pena de muerte (5 casos).

Aclara Mac-Gregor (2014) el alcance de esta función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar:

Es importante recordar que la jurisprudencia interamericana es un aporte fundamental para la labor de las autoridades nacionales en la protección de los derechos humanos de conformidad con los instrumentos internacionales, en tanto permite un estándar interpretativo que posibilita garantizar una efectividad mínima de la Convención Americana, pudiendo, en todo caso, ampliarse en el ámbito interno. En este sentido, incluso “en aquellas situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos” están obligadas por el tratado “y, según corresponda, [por] los

precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana” [220]. De ahí la importancia del estudio de la jurisprudencia interamericana y su aplicación en la actualidad, especialmente por la aparente tensión que existe entre seguridad pública, derecho penal y derechos humanos [221] Mac-Gregor (2014).

Para la garantía de cada uno de estos derechos, el juez penal, natural, independiente y autónomo debe seguir el bloque de constitucionalidad, es decir, todas las normas que hacen parte del Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos deben ser observadas al momento de tomar decisiones, tanto como juez de garantías, en las primeras audiencias, como en el desarrollo de las etapas del proceso penal.

1.2. El derecho penal internacional e interno

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, tanto el Universal como el Interamericano, aplicables al caso colombiano, no juzgan la responsabilidad del individuo sin de los Estados, lo que se sanciona y se condena es que los Estados incumplan sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos y que, por bloque de constitucionalidad, tienen en mismo rango constitucional de vinculatoriedad.

Como lo mencionaba Mac-Gregor (2014) frente a la función del sistema interamericano y su función jurisdiccional que no reemplaza la función de los tribunales penales internos, al expresar:

En todo caso, la Corte IDH no es una cuarta instancia o un tribunal penal – no lo ha sido, no lo es y seguramente nunca lo será –; se trata de un tribunal internacional regional de derechos humanos, cuya función es la interpretación y aplicación de la Convención Americana y, en general, del corpus iuris interamericano. Nunca ha pretendido sustituir a las autoridades nacionales, ni declarar culpables o inocentes. Como bien lo estableció el Tribunal Interamericano en la primera sentencia de fondo hace más de veinticinco años – y lo sigue reiterando hasta la actualidad –, “la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal”, debido a que los Estados no comparecen ante la Corte IDH como sujetos de acción penal. De esta manera, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones” [222] Mac-Gregor(2014)

En este contexto, el Estado colombiano para asegurar el cumplimiento de su deber de garantía, particularmente en la protección de los bienes jurídicos que tutela, salvo contadas excepciones, tiene obligaciones de medio y no de resultado. Esto significa, que no puede ser condenado si el hecho vulnerador se comete por parte de particulares. Responde, por vía del incumplimiento del deber de respeto, si se demuestra la acción u omisión de agentes estatales, o su aquiescencia, tolerancia o connivencia con particulares. Para el cumplimiento del deber de garantía, el estado colombiano establece una legislación penal, que busca perseguir la acción penal cuando se cometen conductas que vulneran esos bienes jurídicos tutelados. Esta legislación penal y procesal penal permite que se investigue, juzgue y sancione a particulares. La sanción es atribuida a personas naturales, ya sean indeterminados o que tengan alguna condición adicional (ingrediente subjetivo) según el respectivo tipo penal.

El Estado no responde por el resultado que se concreta. Es decir, que solo con el hecho de materializarse la vulneración del bien jurídicamente tutelado, ejemplo la vida se afecta, cuando se comete un homicidio, se puede considerar la responsabilidad del Estado por vulneración del derecho a la vida. En este caso, no responde por el resultado, sino que responde por el incumplimiento del deber de garantía que exige que se dispongan las medidas legislativas y administrativas necesarias para promover el derecho, prevenirlo, protegerlo, y, en caso de que se concrete la vulneración, que se surta el proceso de investigación, juzgamiento, sanción y reparación a las víctimas.

En este caso, se fundamenta la legislación penal y la procedimental penal. Basada en el cumplimiento del deber de garantía, de acceso a un recurso efectivo y al debido proceso y las garantías procesales y a la protección de todos los derechos humanos – bienes jurídicos tutelados – ante la sustracción o afectación por parte de particulares.

Existen unas excepciones, frente al tipo de obligación del Estado colombiano, y en el que se puede atribuir la responsabilidad del Estado, cuando el resultado se concreta, y no por el medio, como acabamos de verlo. Por ejemplo, cuando se trata de personas que están bajo la tutela del Estado colombiano, como sería el caso de las personas privadas de la libertad que se encuentra en las cárceles o personal de especial protección constitucional como los niños y niñas. En estos casos, el Estado sí responde por el hecho de concretarse el resultado, en el ejemplo planteado, la privación de la vida, así sea cometida por particulares, porque al estar bajo su tutela, las medidas adoptadas no pueden ser solo entendidas como medios, sino deben adoptarse de forma tal, que evite el resultado.

La existencia del derecho penal y del derecho procesal penal implica el cumplimiento del deber de garantizar los derechos humanos, estableciendo la legislación y el procedimiento a seguir por parte de las autoridades encargadas de su investigación, sanción, juzgamiento y reparación. De esta forma, se garantiza, además, el derecho al recuso efectivo al que se refieren los tratados internacionales, incorporados a la legislación colombiana, por vía del boque de constitucionalidad, antes mencionado.

Ahora bien, existe también una justicia residual a la interna, que evalúa la responsabilidad de los individuos y no de los Estados y se refiere al derecho penal internacional que surge en el marco de la existencia de conflictos internacionales que promovieron el genocidio, el homicidio selectivo, torturas, desapariciones, entre otros crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

Para estos propósitos, el Estatuto de Roma de 1998 crea la Corte Penal Internacional, no con el carácter atribuido a otros órganos de carácter internacional similar, como el de juzgar la responsabilidad de los estados, sino que persigue a los individuos que cometieron estos crímenes y que, a la luz de su ordenamiento penal interno, no fueron juzgados o hicieron tránsito a figuras como la caducidad de la acción o de la pena. Su carácter es complementario. En el caso colombiano se expresó inicialmente una salvedad temporal frente a su adhesión, que ya está vencido, por lo que procede que cualquier colombiano pueda ser juzgado por crímenes tales como el genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y en general los crímenes más graves contra la humanidad.

Es un tribunal de última instancia, en la medida en que los casos no queden impunes y cumplan con la etapa de investigación, juzgamiento, sanción y lo más importante la reparación a las víctimas. Se crean a partir de la experiencia de los ex tribunales de Yugoslavia y Ruanda y empezó a funcionar desde el 2003.

Sin embargo, el procedimiento resulta, tal vez, mucho más riguroso que el previsto en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Ante la Corte Penal Internacional solo pueden presentar casos los Estados, porque son los únicos titulares para perseguir la acción penal, y en esta medida, renunciar a ella, para que sea asumida por la Corte Penal Internacional. Esta situación ha sido ampliamente criticada, porque salvo casos históricamente no resueltos, no es comprensible que los mismo Estados acudan a una justicia complementaria como está.

Otras posibilidades para la presentación de casos ante esta instancia es la

remisión del caso por alguno de los miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o la presentación de los casos por el Fiscal, quien además tiene una función de verificación de las condiciones preliminares para que la Corte asuma la competencia. Los particulares, ONG u organismos internacionales solo pueden dirigirse ante el Fiscal y el determinará si ex officio inicia la actuación ante la Corte, ya que directamente no cuentan con legitimación activa para presentarlas directamente.

Al Fiscal de la Corte Penal Internacional le corresponde la decisión, previa verificación de esos requisitos preliminar de iniciar la investigación o no. Sin embargo, estos procesos se diferencian cuando se trata de la presentación del caso por los Estados o cuando el Fiscal ex officio las inicia, lo cual también ha sido objeto de críticas.

Pese a la rigurosidad y poca flexibilidad en su procedimiento, constituye un avance frente a la impunidad promovida por determinados Estados, así como el carácter persuasivo que tienen las legislaciones penales, ya sean nacionales e internacionales, para evitar tanto la comisión de estos delitos, como la impunidad frente a su investigación, juzgamiento y sanción ya que muchos de esos delitos, independiente del lugar en que se cometan afectan a toda la humanidad.

2. EL ACUERDO FINAL DE LA HABANA Y EL CONCEPTO DE PAZ

El conflicto armado interno colombiano constituye un escenario de permanente comisión de delitos que se ubican dentro de los diferentes sistemas jurídicos analizados en el punto anterior. Esto es, casos de vulneraciones de derechos humanos atribuidos al Estado colombiano, por acción u omisión de sus agentes o por incumplimiento de su deber de garantía de los derechos humanos. También se han cometido infracciones al derecho internacional humanitario y, seguramente, habrá casos que se llevarán a la Corte Penal Internacional, en un cercano futuro.

Ahora bien, parte de la apuesta política del gobierno del presidente Santos, fue dar por terminado el conflicto armado con uno de los principales actores, la extinta guerrilla, Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC que dio como resultado el Acuerdo Final de la Habana de 2016 en el que se establecieron las condiciones para ponerle fin al conflicto armado con dicho actor armado.

Este proceso se pensó con el propósito, y así está expresamente señalado, de garantizar una paz estable y duradera. Un concepto de paz que, además de incluir el cese de hostilidades, previsto en el Punto 3 del Acuerdo Final, como podría

entenderse el elemento negativo de la paz, es decir, la abstención de las hostilidades por los actores involucrados; también, incluyó conceptos de paz positiva, entendida como cambios estructurales dentro del régimen actual, dirigidos a la Reforma Rural Integral, una apuesta de una distribución y organización del régimen de tierras en Colombia, particularmente, en los territorios en los que el conflicto golpeó con mayor crudeza, contenido en el Punto 1 y; la participación política que, además, de incluir garantías para la oposición y para la promoción de participación política de diferentes sectores, históricamente olvidados, plantea un proceso explícito de participación política de los ex combatientes y de las víctimas para apostarle a escenarios de reconciliación y no repetición.

Otros dos puntos, que responden a esos cambios estructurales en los que se afianza el propósito de lograr una paz estable y duradera son: el Punto 4 que busca abordar una de las problemáticas más complejas para Colombia y que produce un sinnúmero de delitos, como es el narcotráfico y el problema de las drogas ilícitas en Colombia, con un enfoque adicional de promover acciones para sacar a las mujeres y a los niños de este flagelo. La solución al problema de las drogas plantea puntos estructurales, no solo frente a la erradicación de cultivos, sino dirigido también a la cadena de producción, comercialización y exportación que promueve una cadena criminal que se pretende desarticular, desde diferentes intervenciones. El punto 5, capítulo exclusivamente dirigido a las víctimas y a la creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición.

A través de seis puntos y unos mecanismos de seguimiento para el cumplimiento, se establecieron los parámetros para terminar el conflicto con este actor y para garantizar las bases de una paz estable y duradera. En estos puntos – como se llamaron – se establecieron obligaciones para el Estado Colombiano, para las extintas FARC, para los países acompañantes en el proceso, para la comunidad internacional y, en general, para todos los colombianos, que seríamos beneficiarios de estos acuerdos, independientes de si se contaba con la condición de víctima del conflicto o no.

La apuesta política del Acuerdo fue generar cambios en varios sectores, no sólo se circunscribió a la relación excombatientes, víctimas y Estado. Se involucra la sociedad en general y la comunidad internacional, en un doble rol, ambas, de garantes y de seguimiento al cumplimiento de los Acuerdos.

Para que este Acuerdo Final se pudiera implementar en el territorio colombiano, se sometió a diferentes controles de legalidad y de aseguramiento de su validez jurídica. El primero de ellos, fue el plebiscito, conforme lo estableció la Ley 1806 de

2016, aunque el texto que estaba dirigido a aprobar el Acuerdo, tuvo mayor votación para el No (50, 2%) que para el Sí (49,78), dio lugar a que por parte de quienes se declararon, en su momento, como abanderados del No y opositores de este proceso incorporarán ajustes que aparecen en la versión del Acuerdo Final.

Este Acuerdo ajustado, del 24 de noviembre de 2016, fue presentado ante el Congreso como una proposición. No surtió el procedimiento que inicialmente se había planteado de adoptarlo por Ley. Esa proposición se votó en el Senado, el 29 de noviembre de 2016 y en la Cámara de Representantes el 30 del mismo mes y año, aprobándose por mayoría en cada cámara.

El piso jurídico que antecedió el proceso de paz y que dio origen al proceso de negociación y a qué muchas de las cosas adoptadas en el Acuerdo Final de La Habana, se lograrán implementar, fue el Acto Legislativo para la Paz, aprobado por el Congreso en junio 2012 y la misma Ley de 1448 de 2011, conocida como Ley de Víctimas, en la medida en que introduce elementos para promover, implementar y garantizar los postulados de los procesos de justicia transicional, es decir, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Sin embargo, la debilidad en cuanto a que el Acuerdo se adoptara como Ley, requirió la adopción de dos actos legislativos. El Acto Legislativo 01 de 2016, por el cual se establecieron los instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera y el Acto Legislativo 01 de 2017 por el cual se creó un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, en especial frente al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición y la creación de las instituciones que hacen parte del Sistema, como la Jurisdicción Especial para la Paz.

Estos actos fueron revisados por la Corte Constitucional, mediante sentencias C- 699 de 2016, C- 322 de 2017, respecto a la vigencia del AL 01 de 2016. Las derogaciones a éste, introducidas en el AL 01 de 2017 y el resto de su articulado fueron revisados por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 674 de 2017, en el que además se refiere al control *automático y único de constitucionalidad en relación con los actos legislativos expedidos con base en el procedimiento en mención*. La Corte en la sentencia C – 674 de 2017, estableció

aunque [se] introdujo un cambio sustantivo en la arquitectura institucional del Estado, en el actual escenario de transición este esquema, globalmente

considerado, no anula los principios que irradian la configuración del Estado (...) la creación de tres organismos para operar los instrumentos de verdad, justicia, reparación y no repetición no solo no socava los principios que irradiaron la configuración de la organización política en la Constitución de 1991, sino que además también se explica por las particularidades del escenario transicional (...) teniendo en cuenta que la renovación institucional hace frente a la desconfianza que históricamente han manifestado los grupos armados que hacen parte del conflicto frente al Estado, así como a los señalamientos que se han formulado en contra del Estado colombiano por las limitaciones en el cierre del conflicto armado, en materias como la reparación a las víctimas o la impartición de justicia. (Corte Constitucional, Sentencia C - 674/17, expediente D- 11601).

Con este piso jurídico, se adoptaron varios decretos ley en el marco de las facultades extraordinarias al Presidente de la República, que fueron implementando cada uno de los puntos del Acuerdo Final.

En relación con el procedimiento de la Jurisdicción Especial de la Paz, Así mismo se adoptó la Ley 1922 de 2018 por la cual se adoptan las reglas de procedimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz, revisado por la Corte Constitucional mediante Sentencias C 118/19, C - 348/19, C - 538/19 y C - 590/19.

Conforme lo estableció la pedagogía del gobierno de su época el Marco Jurídico para la Paz fue la apuesta para crear el ambiente institucional necesario para la justicia transicional. Sin embargo, el proceso de paz con las FARC no fue la primera iniciativa, ya teníamos un proceso de justicia transicional anterior, con las ACU, aunque fue objeto también de muchas críticas frente al sacrificio de la justicia y de la verdad por esta vía.

El Marco Jurídico para la Paz le apostó junto con la Ley de Víctimas a promover la justicia transicional desde las víctimas y desde la garantía de sus derechos, sin que impliquen sacrificios que la hagan insostenible.

Dentro de ellos, está el esclarecimiento a la verdad, la reparación a las víctimas, juzgamiento de máximos responsables, aplicación de penas alternativas, suspensión de ejecución de penas o renuncia a la persecución penal.

La Corte Constitucional, en relación con el Marco Jurídico para la Paz, consideró que éste no sustituyó la Constitución. Sin embargo, estableció unas reglas para que el Congreso legislará. Todo esto se recogió en el desarrollo de la

Jurisdicción Especial para la Paz, producto del Acuerdo Final de La Habana. Lo que se complementó con la Punto 5 de éste, frente a las víctimas y a la articulación entre el Sistema de Atención Integral a las víctimas y al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición.

Desde el Marco Jurídico para la Paz se promovió el derecho a la verdad en su más amplia dimensión por lo que planteó la creación de la Comisión de la Verdad, recogiendo la experiencia contraria que había tenido el proceso con las AUC, en las que la verdad se vio afectada por la justicia.

En el análisis de constitucionalidad, la Corte se refirió a la necesidad de priorizar delitos relacionados con ejecuciones, torturas, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, reclutamiento de niños, violencia sexual contra las mujeres, entre otros, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad.

Después de tres años de implementación y con el cambio de gobierno, se han presentado avances y retrocesos que han sido objeto de pronunciamientos, tanto de los órganos internos de seguimiento como la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la implementación del Acuerdo de Paz – (CISIVI), como de los miembros del partido FARC y del gobierno nacional.

Los organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, las misiones diplomáticas de los países que intervinieron y algunos organismos de la sociedad civil que hacen seguimiento al cumplimiento de estos Acuerdos vienen planteando su preocupación por la lentitud de los avances en la implementación de lo acordado; sumado a la muerte de líderes y defensores de derechos humanos; la precariedad y poca presencia de los territorios establecidos como PDET, en los que se articularía la oferta territorial y se concretaba el anhelo de enfoque territorial previsto en el Acuerdo, atacan los propósitos de garantizar una paz estable y duradera, como lo estableció el Acuerdo.

3. LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ

Dentro del Acuerdo Final de La Habana se establece, en el Punto 5 referido a las víctimas, la creación del Sistema Integral para la Verdad, la Justicia, la Repetición y la No Repetición. Dentro del Sistema Integral se establecen como órganos: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado y; la Jurisdicción Especial para la Paz.

La Jurisdicción Especial para la Paz se referirá exclusivamente a analizar los casos de conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado. Al ser una jurisdicción especial, implica reglas de juego diferentes, precisamente porque se da en el marco de un proceso de justicia transicional. Sin embargo, el Acuerdo es claro al establecer que no sustituye la jurisdicción ordinaria.

El Acuerdo prevé que la estructura de la Jurisdicción Especial para la Paz cuenta con salas de justicia, una Sala de Amnistía e Indulto y un Tribunal para la Paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario que se dieron en el marco y con ocasión del conflicto armado interno.

Mediante la Ley 1922 de 2018 se establecieron las reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz, dentro de los que se destaca el procedimiento dialógico, que promueve el diálogo, la deliberación y la participación de las víctimas, propio de los mecanismos de justicia transicional que legitiman las decisiones judiciales, y los sacrificios que deben hacerse en términos de verdad, justicia y reparación para lograr la o repetición y el fin del conflicto.

La Corte Constitucional en Sentencia C 112 de 2019, al revisar la constitucionalidad de la referida norma, abordó tres problemas jurídicos: i) referido a un posible vicio de procedimiento; ii) sobre el posible desconocimiento del debido proceso y de la autonomía, competencia e independencia judicial de la JEP, en relación con lo previsto en el artículo 54 y; iii) frente a la posible inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 502 de la Ley 906 de 2004, por las modificaciones al procedimiento de extradición.

Frente a estos problemas, se resalta del abordaje del segundo problema jurídico, en particular las precisiones de la Corte Constitucional frente a la definición de justicia transicional, al debido proceso y a la autonomía judicial de la Jurisdicción Especial para la Paz. La Corte señaló:

Esta Corporación ha definido la justicia transicional [245] como una institución jurídica "...constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda [246] en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación [247]. Esos mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales, tienen distintos niveles de participación internacional

y comprenden "el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.

Los mecanismos propios de la justicia transicional entonces se diferencian normalmente de los procesos penales y sancionatorios ordinarios, y ello tiene por objeto lograr la judicialización y terminar así –ciertamente, con ciertos sacrificios– las caóticas realidades sociales de conflictos, violencia y violaciones masivas de derechos humanos. (Corte Constitucional, Sentencia C 112/19, expedientes D-12841 y 12844).

Lo dicho por la Corte reitera lo que se manifestó desde el Acuerdo Final de La Habana. La Jurisdicción Especial para la Paz es un instrumento de la justicia transicional. De allí, que no reemplace la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, tiene efectos jurisdiccionales, así sea especial, ya que las decisiones que toma deben respetar las normas propias del debido proceso y además en ejercicio de esa función jurisdiccional, sus decisiones son autónomas, porque de lo contrario, pondrían en riesgo la consecución de los objetivos planteados en la Ley 1922 y en lo establecido en el Acuerdo Final de La Habana, para garantizar los derechos de las víctimas, particularmente el de verdad y justicia.

Vale profundizar el concepto de debido proceso, tal relacionado con el derecho penal y procesal penal, en el marco de los procesos de justicia transicional adelantados por la JEP, conforme lo previó en Sentencia C 112 de 2019, que reza:

En efecto, el debido proceso es una garantía que no solo da sentido al Estado Social y Democrático de Derecho, en tiempos ordinarios, sino también en momentos de transición. El debido proceso como derecho fundamental, a su vez contiene otras garantías que le personifican y vinculan [257]. Se trata entonces de "*...una garantía de primer orden de las libertades, y una forma de contención del poder*" [258], ha enfatizado esta Corte. De allí que las reglas procesales y regulatorias de los componentes del sistema integral al que se hizo referencia antes y por tanto de la JEP, deben atarse a sus elementos.

El debido proceso es entonces, aun en la justicia transicional «piedra angular»[259] irremplazable, y si bien es cierto puede flexibilizarse en aspectos tales como los términos judiciales o la creación de órganos de judicialización entre otros, no podría anular los aspectos que conforman su núcleo esencial, en ese sentido, aun cuando se encuentre que la creación de una nueva institucionalidad no desconoce la Constitución ni el parámetro del Juez natural,

lo cierto es que, ese nuevo juez –ahora el natural de los ex combatientes- deberá respetar al interior de todas sus actuaciones, el debido proceso y la legalidad especial y transicional que regula sus actos. (Corte Constitucional, Sentencia C 112/19, expedientes D- 12841 y 12844).

Así para la Corte, los fundamentos o pilares en los que se basa la Jurisdicción Especial para la Paz, se pueden resumir en que no sustituye o reemplaza el principio y derecho constitucional a un juez natural, ni a las garantías mínimas de los procesados, como parte del sustrato del derecho al debido proceso.

El derecho al debido proceso así concebido, comprende las siguientes garantías: (i) el derecho a la jurisdicción, que incluye el derecho al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas[260], el derecho a obtener decisiones motivadas[261], el derecho a impugnar las decisiones[262], especialmente las decisiones condenatorias, y el derecho al cumplimiento de lo decidido en los fallos judiciales; (ii) la garantía del juez natural, que será desarrollado más adelante[263]; (iii) el derecho de defensa, que implica la facultad para utilizar todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable, con la asistencia de un abogado[264], y en particular, el derecho a no ser obligado a declarar y el derecho a no auto-incriminarse ni incriminar o declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil[265], el derecho a ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado, el derecho a tener comunicación privada con el defensor, el derecho a conocer los cargos que se formulen en su contra, el derecho a disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para atender la defensa, y el derecho a solicitar, conocer y controvertir las pruebas, y la presunción de inocencia en materia penal[266]; (iv) el derecho a un proceso público y sometido a plazos razonables; (v) la independencia y la autonomía judicial; (vi) el derecho a no ser juzgado sino conforme a ley pre-existente[267]; (vii) la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación[268], y la prohibición de detención, prisión o arresto por deudas, y de medidas de seguridad imprescriptibles[269]; (viii) el derecho a la apelación o consulta de las sentencias judiciales, y la prohibición de agravar la pena impuesta cuando el condenado sea el apelante único. (Corte Constitucional, Sentencia C 112/19, expedientes D- 12841 y 12844).

Ahora bien, el principio de la autonomía e independencia judicial también analizado por la Corte, refuerza el carácter transicional de la Jurisdicción Especial para la Paz, en la medida, en que define la independencia judicial como una concreción del principio de separación de poderes, que previo al principio de

legalidad, constituye la garantía de toda persona, de acceder a la justicia conformada por jueces independientes, con capacidad de aplicar la ley a la cual se someten, a casos concretos. Agrega la Corte, que en lo que se refiere a la jurisdicción especial para la paz: (...) *esa independencia constituye una garantía de que las decisiones adoptadas en desarrollo de la función jurisdiccional -la transicional lo es-, se ajustarán a la ley y, además, que estarán exentas de cualquier tipo de injerencia indebida [275]*". (Corte Constitucional, Sentencia C 112/19, expedientes D- 12841 y 12844).

El carácter especial de esta modalidad de justicia transicional, prevista en la Ley 1922, no flexibiliza la independencia, ni la autonomía de los jueces. No existen injerencias externas y su apego a la ley, no se flexibiliza en el marco del carácter transicional de esta jurisdicción. Por el contrario, tanto la jurisdicción ordinaria, como el resto de la institucionalidad debe colaborar armónicamente para lograr el objetivo de esta jurisdicción transicional.

De otra parte, para reforzar este carácter transicional, con respeto a la legalidad y a la competencia jurisdiccional, en Sentencia C – 674 de 2017, la Corte Constitucional se refirió a que la ubicación de la Jurisdicción Especial para la Paz, fuera del sistema tradicional de administración del servicio de justicia, a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, no significa que sea autorreferente, es decir, que debe preservarse el autogobierno judicial como parte de la independencia en el ejercicio de una función jurisdiccional, como la de la JEP, en el marco de la justicia transicional. Expresamente señaló:

Con respecto al esquema de gobierno y administración de la Jurisdicción Especial para la Paz, aunque el constituyente se encontraba habilitado para crear una instancia jurisdiccional separada orgánicamente de la Rama Judicial, así como para dotarla de autonomía administrativa, presupuestal y técnica, no lo está para suprimir la lógica fundamental y los principios esenciales con arreglo a los cuales se organizó el aparato jurisdiccional, y en general, la institucionalidad estatal. Por este motivo, aunque resulta constitucionalmente admisible que la Jurisdicción Especial para la Paz no se encuentre insertada dentro de la Rama Judicial, que por tanto el gobierno y administración de la misma no quede radicado en el Consejo Superior de la Judicatura sino en instancias endógenas a la propia JEP; este nuevo esquema debe preservar el autogobierno judicial como garantía de independencia en el ejercicio de la jurisdicción. (Corte Constitucional, Sentencia C – 674 de 2017, expediente RPZ-003).

Este tránsito de ubicar las discusiones jurídicas en torno a la aplicación de los principios constitucionales que se defienden del derecho al debido proceso y a la

autonomía judicial en el marco de la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz, son los retos propios que ha venido enfrentado el día a día de la JEP, que también ha sido objeto de críticas por las decisiones que han tomado o por las vinculaciones que ha hecho de personas, que para algunos sectores no hacen parte de lo incluido en el Acuerdo Final de La Habana.

CONCLUSIÓN

La preocupación latente tanto de Estados como de individuos es vivir en paz y convivencia. De modo que, cualquier injerencia o afectación de ese estado de paz, sea atendido y corregido. Este es el objetivo del sistema penal y del procesal penal, establecer la forma en que se investigan, juzgan, sancionan y reparan las acciones que vulneran los bienes jurídicos tutelados.

Sin embargo, este concepto, parece ser difícil de concretar en los ámbitos locales, desde las acciones propias de los estados, y ante la existencia de fugas, se crean sistemas internacionales para corregirse, como el caso de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, de la Corte Penal Internacional o esquemas transicionales como la jurisdicción especial para la paz, producto del proceso de negociaciones con la extinta guerrilla de las Farc.

Los problemas de la paz estable y duradera prometida en el Acuerdo Final de La Habana no es solo producto de la debilidad del sistema penal o de la Jurisdicción Especial para la Paz, sino de la lenta implementación de todo lo contenido en cada uno de los Puntos que contienen el referido Acuerdo.

El concepto de paz plasmado en el Acuerdo es integral, completo y ambicioso, por eso, hoy en día, después de las dificultades que diferentes informes plantean sobre su implementación, se vuelve más aspiracional y un anhelo que va opacándose a medida que se avanza en el tiempo, los porcentajes de avance son marginales y los presupuestos previstos se agotan.

Referencias

- Congreso de la República. (7 julio de 2017). Instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. (Acto Legislativo No. 01 de 2016). DO: 49.927.
- Congreso de la República. (4 de abril de 2017). Disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. (Acto Legislativo No. 01 de 2017). DO:50.196.
- Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004). Código de Procedimiento Penal. (Ley 906 de 2004). DO: 45.658.
- Congreso de Colombia. (10 de junio de 2011). Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. (Ley 1448 de 2011). DO: 48.096.
- Congreso de la República. (18 de julio de 2018). Reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz (Ley 1922 de 2018). DO: 50.658.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (18 mayo de 1995). Sentencia C- 225/95. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.
- Corte Constitucional. Sala Plena. (13 de diciembre de 2016). Sentencia C- 699/16. MP: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.
- Corte Constitucional. (14 de noviembre de 2017). Sala Plena Sentencia C- 674/17. MP: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.
- Corte Constitucional. (5 de diciembre de 2019). Sala Plena. Sentencia C- 590/19. MP: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.
- Corte Constitucional. (13 de marzo de 2019). Sala Plena. Sentencia C- 112/19. MP: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.
- Gobierno de Colombia. (12 de noviembre de 2016). Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. <https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11.1.2016nuevoacuerdofinal.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/UDHRIndex.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). Convención de los Derechos de los Niños. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (17 de julio de 1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Mac-Gregor, E. (2014). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la CIDH Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal.

Revista IIDH, 59, 29-118. En: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Hernán Darío Obando Durán*

* Abogado, Especialista en Estudios Pedagógicos y Magister en Educación de la Corporación Universitaria de la Costa. Doctorante en Educación de la Universidad Cuauhtémoc de Aguas Calientes (México). Docente de la Corporación Universitaria Americana. Correo: hermandarioquilla@gmail.com

RESUMEN

El derecho penal permite multiplicidad de miradas, no hay una versión única de la teoría penal, razón por la cual entrará siempre en juego para la comprensión de los fenómenos materia de estudio las subjetividades y las características propias del contexto sociopolítico y cultural. En este capítulo presentaremos como eje transversal la génesis y desarrollo del Derecho Penal y la Política Criminal, y será segmentado en cinco temas: 1. La dogmática penal, 2. la criminología, política criminal y la criminalística, 3. Derecho penal subjetivo y objetivo, 4. Derecho penal y ley penal y 5. Origen y evolución del derecho penal moderno, trabajado desde el análisis documental-bibliográfico apoyado en la hermenéutica. Nuestra propuesta investigativa se fundamenta en referentes teóricos clásicos y contemporáneos que nos darán la posibilidad de abrirnos a nuevas oportunidades de conocimiento, no hay absolutos sino más bien una invitación a repensar el derecho penal desde una aproximación crítica. De igual manera comprendemos que los paradigmas que creíamos inmutables están en todo momento puestos bajo la lupa entrando en crisis paradigmáticas que traen consigo nuevas propuestas gnoseológicas, de estas crisis hace parte también todo lo penal (Kuhn, 1971). El lenguaje empleado en este texto es sencillo, haciéndolo accesible desde lo conceptual a cualquier persona interesada en aprender nociones básicas del derecho penal general desarrolladas en este escrito. Nuestra finalidad es permitir y promover el aprendizaje autorregulado, teniendo como hoja de ruta la construcción de escenarios emancipatorios.

Palabras clave: *Criminología, política criminal, criminalística, derecho penal y ley penal.*

1. DOGMÁTICA PENAL

El derecho penal ha sido permeado a través de la historia por las visiones e imaginarios que han imperado y mutado en el tiempo a la humanidad como direccionadores normativos de la conducta humana. En razón a esto, podemos referirnos a mecanismos prehistóricos del esquema penal en donde no era necesario la existencia de un sistema penal propiamente dicho. Es así como vemos en la época primitiva, la prevalencia de lo mitológico en la comprensión del mundo castigando de manera expiatoria y religiosa, el no respetar el tabú traía consigo sanciones que no siempre eran de carácter personal, entre las cuales tenemos la venganza, donde se incluían cuestiones metafísicas relacionadas con el espíritu o el alma de la víctima; con la ley del Talión la sanción se equipará por primera vez con el agravio producido, un claro ejemplo de este sistema normativo es el Código de Hammurabi (1750 a.c.); la expulsión de paz, generó las penas de destierro, obligando a los sancionados a abandonar su sitio de residencia, y también se condenaban al aislamiento social, debiendo estar confinado de la comunidad a la cual pertenecía el infractor; otra forma empleada fue el sistema compositivo, caracterizado por ser un procedimiento público tipo asamblea, cuya finalidad era buscar mediante un pago en moneda resarcir el daño causado y restablecer la confianza en lo público (Bailone, 2003). Posterior a este periodo prehistórico de los sistemas penales, surgen el derecho penal con matices más definidos, producto de la creación de Estados inicialmente en cabeza de un soberano o monarca, y después con el surgimiento del liberalismo que dio terminación a las grandes monarquías existentes en ese momento histórico que tuvo lugar a finales del siglo XVIII con el surgimiento del contrato social rousseauiano y demás paradigmas liberales que tuvieron inicio en esa época.

Según Matías Bailone (2003) la dogmática jurídica existe desde mucho antes de la edad media, cuando se iniciaron procesos sistemáticos de estudio de textos jurídicos:

La dogmática como sistema comienza mucho antes de Rudolf Von Ihering, quien es caratulado como su iniciador dentro del derecho privado. Es incuestionable que el estudio de textos jurídicos nació mucho antes en la Edad Media con los glosadores, postglosadores y los prácticos. "Es posible que hasta Von Ihering se hiciese prosa sin saberlo, y porque no se lo sabía se lo hacía con escasa precisión, pero, de todos modos, se hacía prosa." Se la hacía sin un metalenguaje depurado

(como llegó a ser la ‘Teoría del Delito’ a comienzos del siglo XX), pero lo cierto es que siempre que hubo saber jurídico hubo dogmática (Bailone, 2003).

Un autor clásico de la literatura latinoamericana es el argentino Sebastián Soler, quien teorizó de manera profunda sobre derecho penal, y al hablar de dogmática o dogmática jurídica la mira como un método empleado para estudiar y comprender de forma sistemática y científica el derecho positivo.

La labor dogmática consiste en tomar el conjunto de preceptos vigentes y construir un sistema con ese material. Este razonamiento jurídico presupone siempre la existencia de normas de las cuales se parte, para inferir consecuencias y construir un sistema. Naturalmente, las normas están compuestas por conceptos abstractos; son en sí mismas abstracciones y como tales deben ser manejadas en la tarea sistemática. Las operaciones necesarias para alcanzar el resultado correcto son: la descripción y el aislamiento de cada figura jurídica; la comparación, jerarquizaron y agrupamiento de ellas para inducir principios generales o criterios sistemáticos y distributivos. Finalmente, la deducción verificante de la exactitud de los principios alcanzados (Soler, 1987, p.38).

Además, Sebastián Soler es bastante claro al hablar de dogmática jurídica y dogmática penal, comprendiendo en primer lugar el vocablo, dogmática jurídica como un método de estudio de un derecho positivo apoyado en aspectos científicos y la dogmática penal como aquella encargada del estudio sistemático y científico del derecho penal positivo.

Lo que caracteriza a toda dogmática jurídica, no ya solamente a la dogmática penal, consiste en el objeto estudiado por ella, que es siempre un derecho positivo dado. Su existencia no es un accidente o el fruto de una opinión personal, sino una consecuencia ineludible del solo hecho de que existan derechos positivos, vigentes, porque el solo reconocimiento de estos importa aceptar la posibilidad de la existencia de otro derecho no positivo, sea o no éste un derecho ideal. La dogmática supone la distinción entre el derecho que es (de lege lata) y el derecho posible (de lege ferenda) y se ocupa del primero (Soler, 1987, p.27).

Claus Roxin (1997) citado por Leonardo Cruz afianza lo expresado por Soler al considerar que:

La dogmática jurídico penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal (Cruz, 2011, p.197).

2. CRIMINOLOGÍA, POLÍTICA CRIMINAL Y CRIMINALÍSTICA.

Hay muchos puntos de encuentro entre la Criminología, la Política Criminal y la Criminalística, se pueden inclusive estudiar de manera holística, viendo como posible la existencia de niveles de interdependencia entre ellas. Sin embargo, para nuestra finalidad académica haremos un análisis individual de cada una de estas tres disciplinas.

2.1. Criminología

Lo único sobre lo que hay acuerdo cuando se habla de criminología es que ha mutado en el tiempo y hay concepciones de esta dependiendo de un sinnúmero de matices que han sido influenciados por lo político, social y los paradigmas filosóficos, estos últimos han sido los que han humanizado la comprensión de la criminología. En el caso colombiano la mirada teórica que se le da a la criminología se soporta en planteamientos liberales que surgieron en el escenario europeo donde se produjo el cambio de sistema feudal a capitalista.

La criminología ha sufrido desde sus inicios una serie de cambios de paradigma vinculados a la concepción dependiendo del momento histórico que atraviesa, cambios sobre la acepción del “delito” y la “conducta delincuente”, por lo que se subdividen tres etapas; la Criminología Clásica, el Revisionismo Neoclásico (que revisa algunas concepciones clásicas e incorpora otras figuras como el psiquiatra y el trabajador social) y la revolución Positivista, que en términos generales refiere a la aplicación a los fenómenos sociales, en general, y al comportamiento humano, en particular, de los instrumentos y técnicas que se estipulan como fundamentales y eficaces para el estudio del mundo físico –cuantificación del comportamiento (Burgos, 2010, p.242).

En el mundo actual usualmente nos encontramos con preguntas que cuestionan todo el engranaje del sistema penal, no comprendemos por

qué las personas que cometen delitos no son juzgados en muchos casos por sus conductas ilícitas, también nos generan dudas el hecho alarmante de la creciente ola de crimen en nuestro entorno, y llegamos a considerar en un sinnúmero de ocasiones que no hay políticas públicas que respondan a prevenir y disminuir la impunidad imperante en no solo el contexto regional, sino también nacional e internacional. Los periódicos día a día evidencian la triste realidad de un Estado que se ve desfazado por el flagelo de la criminalidad y se hace más que notoria la poca efectividad que hay para frenar ese tsunami de impunidad. El Diario El Colombiano (2015) en su edición digital expresó que Colombia se solamente sobrepasada por México y Filipinas en lo que respecta a la problemática de la impunidad.

Así lo concluye un estudio realizado por la Universidad de Las Américas de Puebla, México (Udlap), y otras organizaciones académicas que realizaron, hasta hoy, el estudio más completo en materia de seguridad, derechos humanos y justicia.

De acuerdo con el resultado que arrojo el análisis científico y estadístico del ente académico, Colombia tiene un índice de 75.6 puntos, en relación con 59 países que han reportado ante Naciones Unidas estadísticas de sus indicadores en los tres aspectos anteriores que se sugieren contribuyen a la impunidad en el mundo.

Nuestro país solo es superado en esta clasificación por México (75.7 puntos) y Filipinas (80), este último, el número uno de acuerdo a la investigación basada en datos oficiales aportados a las Naciones Unidas y recolectados en los diferentes estados miembros de la organización, y no en percepciones u opiniones como se había hecho hasta hoy (Elcolombiano.com, 2015).

Este tire y afloje de la impunidad como fenómeno que impacta en los altos índices de criminalidad en Colombia ha de ser visto y analizado por nosotros desde la academia apoyados en la Criminología que como disciplina se encarga de estudiar al delincuente o criminal, el delito o conducta ilícita, la criminalidad como fenómeno social, y las políticas públicas direccionadas hacia la profilaxis criminal. Consideramos pertinente para una mejor comprensión de la Criminología presentar algunos puntos de vista sobre lo que ella es, con la finalidad de tener referentes comparativos.

Un reconocido penalista como Wael Hikal (2013) considera que la

“Criminología es el estudio científico del individuo antisocial (criminal), de la conducta antisocial (crimen), de la antisocialidad en general (criminalidad) y de la prevención y tratamiento de estos a través de la Política Criminológica” (p.83).

Salvador Francisco Scimé (1999) por su parte le da una mirada más personalista al comprender a la Criminología como una ciencia que se fundamenta en el ser humano desde su arista socio-cultural.

Criminología es la ciencia de la realidad viviente humana, que estudia al hombre y su conducta en su faz personal y en sus relaciones y circunstancias sociales, con el fin de establecer las causas y las condiciones que lo impelen a la acción delictiva, así como los medios de prevención anteriores y posteriores al delito (Scimé, 1999, p.33).

Así mismo, Boris Zapata (2015) se acerca a la teoría del etiquetamiento al considerar el delincuente como un ser desviado que actúa contrario a la norma. Zapata igualmente comprende la Criminología como ciencia que se apoya en otras disciplinas.

Eugenio Raúl Zaffaroni (1988) muestra una postura bastante crítica ante el papel de la criminología que actúa a favor de un poder etiquetador y psiquiatrizante del delincuente, al no tener en cuenta su historia de vida. Sin lugar a duda, Zaffaroni (1988) desvirtúa lo expresado por Zapata (2015).

Las gastadas y anticuadas discusiones de la criminología etiológica sobre culture y nature, lo “heredado” y lo “adquirido”, deberán reemplazarse por otras que pasarán a ocupar la posición central: la distinción entre procesos deteriorantes previos a la intervención del sistema penal y el análisis de los agentes que los desarrollaron (grupo de crianza, escuela, sistema sanitario, etc.), no solo por su acción sino también —y, las más de las veces, fundamentalmente— por omisión, y procesos deteriorantes a cargo del sistema penal (Zaffaroni, 1988, p.26).

2.2. Política Criminal

Los constructos teóricos en materia penal generalmente han de ser vistos teniendo como referentes el modelo o esquema social sobre el cual se está hablando. Toda teoría ha de fundamentarse en un contexto, no ha de analizarse una realidad social aislada de ese vademécum inherente

a su existencia misma. La historia está llena de ejemplos en donde las opacidades no son miradas desde la misma perspectiva, Zaffaroni habla de centro y margen, entendiéndose por centro lo que está en el poder, y por margen lo que está por fuera del poder en contraposición a este, pero reconociendo que el debate ha de ser de naturaleza dialógica y dialéctica (Zaffaroni, 1988).

Para Zaffaroni al hablar de Política Criminal no hay una construcción teórica universal que explique de manera unívoca, inequívoca e inmanente lo que es o no es Política Criminal. En ese orden de ideas, habrá tantas definiciones de política criminal como autores que se dediquen a teorizar sobre la misma (1988).

En una época cuando se analizaba el delito con base en las causas que lo originaban, la criminología era comprendida como la disciplina encargada de explicar los aspectos causales de la conducta punible; y la política criminal como la disciplina que se preocupaba por darle mecanismos adecuados al Estado para combatir las causas originarias de los ilícitos, entendiéndose la política criminal como la planificación por parte del Estado de estrategias sistemáticas para prevenir el crimen (Zaffaroni, 1988).

Por otra parte, Salvador Francisco Scimé (1999) comprende la política criminal como la obligación del Estado de propender por el bienestar de todo el conglomerado social, creando normas direccionadas hacia la prevención de la criminalidad.

La "Política Criminal" que se ocupa de orientar sistemáticamente la política destinada si no a erradicar definitivamente la "criminalidad", lo cual sería ilusorio, al menos a atenuarla de manera que permita vivir sin inminentes peligros, sobresaltos ni alteración de la paz en las relaciones sociales, respetando en especial la vida hogareña (Scimé, 1999, p.180).

De manera más que explicativa Scimé (1999) considera que la función de la política criminal "es "preventiva", ya que a través de ella se dictan las medidas oportunas destinadas a los diversos órganos que tienen a cargo la "prevención" y la "represión" de los delitos, las cuales debidamente publicitadas surten sus efectos pasivamente" (p.182).

Eugenio Raúl Zaffaroni (1998) manifiesta que en la sociedad actual se entiende política criminal desde dos puntos de vista; el primero que ve la

política criminal como ese saber basado en la “observación” que sirve para definir los propósitos de los regímenes punitivos y determinar en qué porcentaje son logrados o cumplidos estos propósitos en el contexto social. En el otro punto de vista, Zaffaroni (1998) cita a Pietro Nuvolone (1976) quien expresa que política criminal es “el arte de legislar o aplicar la ley con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito” (p. 150).

2.3.Criminalística

La criminalística como ciencia no tiene un momento exacto donde se exprese o manifieste su surgimiento en la esfera social. Algunos autores consideran que se podría entender que desde la génesis de la humanidad se presentaron situaciones conflictuales, esta hipótesis de alguna forma serviría de explicación medianamente plausible sobre la génesis de la criminalística.

El origen de la criminalística se remonta junto con el origen del hombre mismo, ya que desde su existencia, el ser humano contrajo conflictos que atraían la aparición de la comisión de faltas graves como matar a su prójimo, por tanto surge la necesidad de hacer investigación de quién, cómo, porqué, de: el hecho de encontrar a la mañana siguiente, un cadáver de una persona; así es como el nacimiento de la criminalística se da desde que el hombre realiza investigaciones empíricas recurriendo a las ciencias y disciplinas de investigación criminal, lo que vino a construir paso a paso la Criminalística general, es decir la criminalística científica; recurriendo a ciencias precursoras de la criminalística (Nava, 2016, p.20).

Lo expresado por Tania Nava (2016) sería entender que la humanidad ha tenido la necesidad de darle respuesta a los problemas que afectaban su propio contexto espacial, político y cultural. Sin embargo, en las comunidades primitivas no existía ese carácter punitivo que requiriera el indagar sobre los hechos considerados como anormales, en la época primitiva el principal interés de la especie humana era sobrevivir y defenderse de los otros depredadores, posteriormente fue iniciando el hombre un proceso de domesticación de animales, que le serviría para colocarse en posición de ventaja frente a las otras especies (Darwin, 1859).

Los autores no tienen puntos de convergencia sobre el momento histórico en que inició la criminalística, se vuelve bastante difusa la

narrativa acerca de la imperiosidad de las personas hacerse preguntas sobre la ocurrencia de hechos perturbadores del normal día a día como explicación del origen de la criminalística. Álvaro Burgos (2010) al respecto trata de explicar la génesis de la criminalística, partiendo desde el interés primario de la humanidad en cuestionarse cuando se presenta un evento perturbador dentro de una comunidad.

Desde épocas remotas se practicaban investigaciones empíricas para la averiguación de un determinado hecho. En este afán de determinar ¿Qué sucedió?, ¿Cómo sucedió?, ¿Quién fue el sujeto que lo realizó?, ¿Con qué objeto se produjo?, ¿Cuál es la evidencia que existe?, entre otras interrogantes, la persona interesada (en la actualidad investigador criminal) debía acudir a los conocimientos de otras ciencias –en sentido amplio- y disciplinas para lograr sus objetivos trazados y contestarse las citadas preguntas preliminares, consecuentemente la historia de la Criminalística innegablemente surge precedida del desarrollo de otras ciencias de las cuales se nutre su nacimiento, disciplinas todas que han venido a constituir lo que en la actualidad es la Criminalística (Burgos, 2010, p.247).

Burgos (2010), considera que para la criminalística es importante darle respuesta a siete preguntas que se generan sobre el hecho objeto de posible ilicitud. De ahí surge el clásico hepatólogo (¿qué...?, ¿cómo...?, ¿dónde...?, ¿cuándo sucedió?, ¿cómo se realizó?, ¿por qué se sucedió?, ¿quién lo realizó?) es el eje orientador para este autor en todo análisis criminalístico. Álvaro Burgos (2010) propone una definición de criminalística, según la cual esta es:

Una ciencia auxiliar al derecho, cuyo fin primordial es la averiguación de hechos presuntamente delictivos, pues será posterior a la investigación criminal cuando otros actores del mecanismo procesal penal determinen si se está ante un delito o no, para que la Criminalística logre éxito en esta averiguación se torna necesario recabar e investigar la prueba o material significativo en el sitio del suceso y en el respectivo laboratorio, para luego descifrar con base a los conocimientos técnicos-científicos de manera convincente y verificable el clásico hepatólogo, confirmando respuestas a dichas interrogantes por medio de la búsqueda de la verdad a través de la aplicación del método científico, reconocimiento, evaluación y análisis de la evidencia física (p.251).

En contraposición a lo expresado por Burgos, otros autores manifiestan que la criminalística es un saber científico con autonomía, que viene acompañada de los progresos científicos y tecnológicos, razón por la cual no se debe hablar de esta como una ciencia auxiliar (Ccsaza, 2012). Joseph Ccsaza (2012) cita a varios teóricos que conceptualizan sobre lo que es la criminalística, de los cuales mencionaremos algunos a continuación:

Guisbert Calabuig comprende la criminalística como “la ciencia que estudia los indicios dejados en el lugar del delito, gracias a los cuales se puede establecer, en los casos más favorables, la identidad del criminal y las circunstancias que concurrieron en el hecho delictivo” (Citado por Ccsaza, 2012, p.8).

Según Aguilar Ruíz la criminalística se encarga de “analizar indicios y evidencias, es decir, todos los objetos relacionados con la escena del crimen con el fin de identificar quién es la víctima y el victimario” (Citado por Ccsaza, 2012, p.8).

Por otra parte, según Rodríguez Regalado la criminalística es:

La ciencia mediante la cual se procede al examen de indicios y evidencias de diverso origen y naturaleza, por parte de expertos forenses, con el objeto de plasmar la información obtenida en un pronunciamiento pericial que sirva de ilustración para un proceso judicial, administrativo o de índole particular (Citado por Ccsaza, 2012, p.9).

Joseph Emerson Ccsaza Zapana (2012) también esboza su propia conceptualización de criminalística apartándose un poco de los autores antes mencionados. Para Ccsaza esta es más abarcativa de lo meramente penal, pues puede coadyuvar en otros campos del derecho, además de tener la posibilidad de ser utilizada no solo por los jueces u operadores de justicia sino por cualquier particular que la requiera.

La Criminalística es la ciencia de carácter empírico e interdisciplinario, que mediante la integración de diversos métodos y técnicas estudia, verifica, examina y analiza vestigios, indicios y evidencias de toda índole y origen, en y/o dejados por cualquier individuo –sea éste presunto culpable de la comisión de un delito, o un sujeto totalmente ajeno a cualquier tipo de proceso judicial–, organismo u objeto a efectos de determinar las circunstancias, medios e individuos

implicados en el hecho que dio lugar a su estudio e intervención (Ccsaza, 2012, p.9).

3. DERECHO PENAL SUBJETIVO Y OBJETIVO

El derecho Penal de manera general es visto como el derecho sancionador que se da como respuesta al incumplimiento de normas jurídicas de tipo penal. Por lo tanto, el derecho penal se manifiesta como la expresión de dos capacidades que se encuentran en cabeza del Estado, la primera el *ius puniendi* (Derecho Penal Subjetivo), y la segunda, el *ius poenale* (Derecho Penal Objetivo), las cuales serán explicadas a continuación.

3.1. Derecho Penal Subjetivo

El derecho Penal Subjetivo se fundamenta en la capacidad que tiene el Estado de expresar o exteriorizar que son conductas punibles, y como se sancionan a los que incurren en este tipo de conductas, lo que se conoce en la teoría como *ius puniendi*. La coerción Estatal debe ser previamente definida por leyes para después si poder entrar a actuar sobre los infractores de la ley penal. Carlos Fontan Balestra (1998) considera que:

El Derecho Penal subjetivo, en su sentido más amplio, es la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad: es el llamado *ius puniendi*. Es facultad, porque el Estado, y sólo él, por medio de sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar leyes penales; pero es también deber, porque es garantía indispensable en los Estados de Derecho, la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal de tipo represivo (pp.14-15).

Por otra parte, Santiago Mir Puig (2003) opina que el *ius puniendi*, es facultativo única y exclusivamente del Estado, ningún particular puede abrogar esa posibilidad. Santiago Mir considera que el Derecho Penal Subjetivo se fundamenta en dos aspectos: funcional y político. En lo referente a lo funcional Mir (2003) expresa que:

Si está justificado castigar o imponer medidas de seguridad es porque es necesario realizar los objetivos que se atribuyen a la pena o a las medidas de seguridad. Ello significa que el fundamento (funcional) del *ius puniendi* se corresponde con su función (p.98).

Al tratar del fundamento político del Derecho Penal Subjetivo, Mir lo entiende como la posibilidad de responder al por qué el Estado es el que tiene la potestad de ejercer el *ius puniendi*, teniendo como límite las garantías del individuo que en ciertos momentos como dictaduras fueron desconocidas. Lo político para Mir se vislumbra desde la obligatoriedad del Estado de cuidar y velar por sus asociados (Mir, 2003).

El derecho penal sirve a la función de protección de los bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, un derecho penal actual debería incorporar los postulados del planteamiento social, porque la justificación del derecho penal subjetivo se halla condicionada a su capacidad para satisfacer del modo más eficaz posible la necesidad de protección de la sociedad. Pero la experiencia histórica -y presente- obliga a destacar con el mismo vigor la necesidad de que el *ius puniendi* respete en el ejercicio de su función los límites que impone la garantía del individuo (Mir, 2003, p.107).

Otro concepto sobre derecho Penal Subjetivo es el aportado por José Hurtado Pozo (2000), este jurista considera que:

No se trata de un derecho subjetivo del Estado para castigar, sino más bien de un atributo de la soberanía del Estado consistente en el poder de castigar. Poder que está limitado por sus fundamentos mismos y por la Constitución, sobre todo en las disposiciones referentes a la organización del Estado y a los derechos fundamentales (p.2).

Según Esther Hava García (2015) el derecho penal subjetivo es en esencia el derecho a penar en cabeza del Estado compuesto por dos factores inherentes al ejercicio de soberanía estatal, el primero es la posibilidad de producir leyes penales a cargo del Congreso, y el segundo, hace referencia a la puesta en marcha de estas leyes en cabeza del aparato judicial.

El *ius puniendi*, esto es, la capacidad de establecer qué conductas son delitos y con qué sanciones se van a castigar, es en la actualidad monopolio exclusivo del Estado, básicamente por dos razones: 1. Si el castigo de los comportamientos delictivos se dejara en manos de la venganza privada, se flexibilizaría este mecanismo de control social hasta convertirse en uno informal y, por tanto, inseguro y arbitrario. 2. Al constituir la privación de libertad la sanción reglada más contundente y grave de la que dispone el ordenamiento jurídico,

su regulación debe ser competencia exclusiva del pueblo soberano, a través de sus legítimos representantes (Hava, 2015, p.12).

3.2.Derecho Penal Objetivo

El Derecho Penal Objetivo puede ser entendido como la articulación de las leyes sustantivas y procesales que crean un marco garantista al delimitar la facultad de penar. En consideración al Derecho Penal Objetivo Carlos Fontan Balestra (1998) considera que:

Ese conjunto de normas legales que asocian al crimen como hecho y la pena como legítima consecuencia, constituye el Derecho Penal objetivo. El Derecho Penal objetivo es el régimen jurídico mediante el cual el Estado sistematiza, limita y precisa su facultad punitiva, cumpliendo de ese modo con la función de garantía que, juntamente con la tutela de bienes jurídicos, constituyen el fin del Derecho Penal (p.15).

Fontan (1998) expresa que, al hablar de derecho penal objetivo, estamos en presencia de lo sustantivo y lo procesal. De acuerdo con Fontan (1998) el derecho penal objetivo sustantivo “define los delitos y determina la correspondiente amenaza de pena; regula principios fundamentales en los que se sustenta la teoría del delito, tales como la culpabilidad o la justificación, y da normas para resolver los problemas que tienen validez general” (p.15). Y el derecho penal objetivo procesal “determina el modo de hacer efectivas esas disposiciones, de llevar a la práctica la relación delito-pena-delincuente” (Fontan, 1998, p.15).

Por otra parte, Hurtado Pozo (2000) entiende el derecho penal objetivo como “un conjunto de normas jurídicas, estatuidas por el órgano constitucionalmente competente; en las que se prevén, de un lado, los comportamientos incriminados como delictuosos y, de otro, las sanciones en tanto consecuencias jurídicas de dichas acciones” (pp.1-2).

La española Hava García (2017) conceptualiza el derecho penal objetivo comprendiendo este como “el conjunto de normas jurídicas de carácter público que prohíben la comisión de un delito asociando a éste, como presupuesto, la pena y/o la medida de seguridad como consecuencia jurídica” (p.3).

Según Sebastián Soler (1987) el derecho penal objetivo no es más que “el conjunto de normas que integran el sistema penal de un Estado, es

decir, a la totalidad de leyes que definen delitos, formas de responsabilidad criminal y penas” (p.13).

Autoras de la corriente española como Margarita Martínez, María Martín y Margarita Valle (2012) consideran que al hablar de derecho penal objetivo se hace referencia a:

Un conjunto de normas que regulan el poder punitivo del Estado y definen delitos para los cuales se establecen penas y medidas de seguridad con el fin de proteger bienes jurídicos. A este concepto estático y formal se alude también con la expresión latina *Ius poenale* (p.39).

Un autor clásico como Luis Jiménez de Asúa (1990) de manera sucinta define el derecho penal objetivo como la “ley, regla o norma que nos manda, que nos permite o que nos prohíbe” (p.21). Jiménez de Asúa en este sentido comprende el derecho penal subjetivo como el derecho positivo de carácter permisivo o prohibitivo.

Referencias

- Bailone, M. (2003). *Apuntes de la historia de las Ciencias Penales - Monografias.com*. Recuperado de <https://www.monografias.com/trabajos14/ciencias-penales/cienciaspenales.shtml#do>.
- Burgos, A. (2010). *La Criminalística y su importancia en el campo Forense*. Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. N° 2, 2010. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RD-MCP/article/download/12576/11822/>
- Cesaza, J. (2012). *La Criminalística Hoy*. Dialnet. Universidad de la Rioja. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3974077.pdf>
- Cruz, L. (2011). *Transformación del método dogmático*. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 2da. Edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Darwin, C. (1859). *El origen de las especies*. Feedbooks. Recuperado de <https://www.rebellion.org/docs/81666.pdf>
- Elcolombiano.com. (2015). Colombia, el tercer país con mayor impunidad en el mundo. www.elcolombiano.com. Recuperado de <https://www.elcolombiano.com/colombia/colombia-el-tercer-pais-con-mayor-impunidad-en-el-mundo-MA1763493>.
- Fontan, C. (1998). *Derecho penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hava, E. (2017). *Apuntes de introducción al derecho penal. Universidad de Cádiz*. Recuperado de <https://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/20920/APUNTES%20DE%20INTRODUCCIO%CC%81N%20AL%20DERECHO%20PENAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hikal, W. (2013). *Introducción al estudio de la Criminología*. Segunda Edición. México: Editorial Porrúa.
- Hurtado, J. (2000). *Nociones Básicas de Derecho Penal de Guatemala*. Guatemala. Recuperado de: https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_05.pdf
- Jiménez de Asúa, L (1990). *Principios de Derecho Penal*. La Ley y el Delito. 3ra.

Edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Kuhn, T. (1971). *La estructura de las Revoluciones Científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.

Martínez, M., Martín, M. & Valle, M. (2012). *Derecho Penal. Introducción. Teoría Jurídica del Delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de https://eprints.ucm.es/16044/2/DERECHO_PENAL._MATERIALES_PARA_SU_DO-CENCIA_Y_APRENDIZAJE.pdf

Mir, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho Penal*. Concepto y método. 2da. Edición. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F Ltda.

Nava, T. (2016). *Análisis de la Criminalística en el Estado de México*. (Maestría). Universidad Autónoma del Estado de México. Recuperado de <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/65937/TESIS%20MAESTRIA-TANIA-NAVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Nuvolone, P. (1976). *Problemas de política criminal e reformo dos códigos*. En: "M. P.". Curitiba. Año 5, no 6, p. 17.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General*. Madrid, España: Civitas.

Scimé, S. (1999). *Criminología. Causas y cosas del delito*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas.

Soler, S. (1987). *Derecho Penal Argentino*. Parte General. Quinta Edición. Buenos Aires, Argentina: Tipografía Editora Argentina.

Zaffaroni, E. (1988). *Criminología. Aproximación desde un margen* Vol. 1. Bogotá: Editorial Temis.

Zaffaroni, E. (1998). *Tratado de Derecho. Penal general Tomo 1*. Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora.

Zapata, B. (2015). *Análisis e importancia del estudio de la Criminología en los procesos penales*. (Tesis de Grado). Universidad Nacional de Piura. Piura (Perú). Recuperado de <http://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/601/DER-CAL-ENR-15.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA ACTUACIÓN PROCESAL PENAL

Carlos Emilio Miranda Castellanos*

* Abogado, especialista en Derecho Penal y Criminalística, especialista en modelos, tipos y diseños de investigación, Magister en Derecho Penal, Docente de la Corporación Universitaria Americana. carlos-e-miranda@hotmail.com

RESUMEN

El modelo de sistema penal oral con tendencia acusatoria implementado en Colombia a partir del año 2005 a través de la ley 906 de 2004, lleva intrínseco una serie de garantías mínimas que le brindan seguridad jurídica a la persona que haya sido vinculada a un proceso penal por la ejecución de una conducta típica, antijurídica y culpable, descrita previamente en la ley penal como delito. Las formas propias del debido proceso que devienen de rango constitucional artículo 29, imponen a las autoridades judiciales comprometidas en su aplicación, materializarlas en cada uno de los actos procesales constituidos en las audiencias preliminares y en todo escenario donde se debatan las afectaciones de derechos fundamentales en cabeza del indiciado o imputado.

El sistema de enjuiciamiento criminal, trae inmersa unas formalidades para su desarrollo garantista del debido proceso; actuaciones que deben ser conocidas por el estudiante, quien podrá identificar los fundamentos legales y constitucionales durante el desarrollo de la actuación procesal penal, implicando conocer los preceptos rectores en que se funda, sus características, fundamentos y alcances de las audiencias preliminares celebradas ante los jueces de control de Garantías, que en todo caso serán jueces penales municipales o promiscuos municipales.

Palabras clave: *Actuación procesal, audiencias concentradas, inferencia razonable, tex de ponderación, fines constitucionales.*

I. LA ACTUACIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

El Estado Colombiano ha promulgado la ley 906 de 2004 de 2005, con el propósito de implementar un sistema de enjuiciamiento con tendencia acusatoria, estableciendo unas garantías procesales que protegen los derechos fundamentales de la persona que está siendo indagada su autoría o participación en un comportamiento descrito en la ley penal como delito. Este sistema tiene como pilar estructural las garantías a la dignidad humana, libertad, presunción de inocencia, legalidad, debido proceso, entre otros derechos, los cuales serán ponderados en las audiencias preliminares, bajo una actuación pública ante un juez penal municipal o promiscuo municipal, que ejercerá funciones de control de garantías, ejerciendo el derecho de contradicción, ante la pretensión de la fiscalía de restringir estos derechos fundamentales, amenazados por la presunta autoría o participación en la ejecución de un delito.

La Oralidad como principio rector de la ley procesal, aplicado a través del sistema de audiencias, ya sea en etapa de indagación, investigación o juicio oral, serán los escenarios judiciales en donde la persona presuntamente infractora de la ley penal, junto a su defensor técnico, hará las controversias jurídicas y probatorias con miras a la no afectación de derechos fundamentales como la libertad personal en sede preliminar y su no responsabilidad penal en sede de juicio oral.

El estatuto procesal penal que edificó el sistema penal con tendencia acusatoria ha registrado como principio rector en su artículo 10:

La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial.

Para alcanzar esos efectos serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación.

El juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en este código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos.

El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales.

El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes. (Ley 906, 2004, art. 10)

Lo anterior implica el cumplimiento de las formas propias del debido proceso en materia penal, el juez está obligado a velar porque los aspectos formales se cumplan conforme a los preceptos legales. La inobservancia del debido proceso genera la invalidez del acto procesal.

1.1 Fundamentos constitucionales de la actuación penal

La constitución política de Colombia ha determinado Unas Garantías a la persona que está siendo vinculada o investigada por la Fiscalía General de la Nación en una actuación penal, determinando que bajo el respeto por los derechos fundamentales se debe dar aplicación inmediata, en aras de proteger todo acto violatorio o atentatorio de los mismos.

La constitución Nacional ha preceptuado en su título II DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES, CAPITULO I. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, unos lineamientos protectores de derechos inherentes a la persona humana. En lo referente al marco procesal penal ha determinado:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

ARTICULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez

competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

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

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Constitución Nacional, 1991, art.13, 28, 29)

El mandato constitucional en cita, determina las garantías y derechos fundamentales por las cuales se debe regir la actuación procesal en donde una persona inmersa en una conducta delictual, el Estado brinde un mínimo de garantías procesales, como el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, legalidad, y algo relevante desde el punto de vista probatorio que lo incrimine, a que todas aquellas pruebas obtenidas con violación a las garantías constitucionales sean nulas de pleno de derecho. El alcance constitucional de esta exclusión implica la nula valoración o consideración de existencia de esta prueba vulnerativa del debido proceso, que tiene su arraigo en la intromisión y vulneración a los derechos fundamentales de quien es investigado constitutivos de su Intimidad, Autonomía, libertad, entre otros.

1.2 Fundamentos legales de la actuación penal

La actuación procesal penal tiene como fundamentos legales las normas rectoras que orientan la aplicación de los fines constitucionales mediante la observancia de las garantías y protección de los derechos fundamentales de la persona inmersa en la investigación penal. El derecho a la dignidad humana tiene una connotación de carácter internacional, previéndose en el artículo 3 de la ley 906 (2004), la prelación de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de derechos humanos, estableciendo: “en la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad”.

La condición humana del procesado goza de esta protección especial normativa, debe ser respetado, tratado de manera digna, indistintamente de la conducta punible que haya ejecutado. No existe desde el punto de vista penal discriminación alguna por la persona objeto de investigación o juzgamiento, debiendo los funcionarios judiciales aplicar la ley en igual forma en todas sus actuaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 *ibidem*:

Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. (Ley 906, 2004, art. 4)

La garantía penal establecida en el ordenamiento procesal está determinada por la pre existencia de una norma que previamente describa la conducta desplegada por la persona como delito, implicando lo anterior que no puede ser investigada o juzgada por una conducta que no esté previamente tipificada en la ley penal sustancial como delito, así lo reafirma el principio rector de Legalidad preceptuado en el artículo 6 de la ley 906 (2004), quien además establece el reconocimiento de aplicación de efectos retroactivos de la penal en materia de favorabilidad: “La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Los efectos de la favorabilidad en materia penal son retroactivos y ultra - activo, beneficiándose no solo los investigados y procesados, sino que también aplica para personas condenas.

El estado debe garantizar la aplicación de la ley sustancial penal, contando como instrumento de hacer efectiva su aplicación la ley procesal penal, por ello no puede cargarle algún tipo de erogación o gasto a la persona investigada o juzgada, de allí que la actuación procesal es gratuita para quien este inmerso en un proceso penal.

La actuación procesal debe ser garantía para el procesado, por ello encontramos dentro de los principios rectores que rigen la actuación procesal penal, que se le debe garantizar una actuación procesal armónica, quiere decir haya continuidad en su desarrollo, que se cumpla dentro de los términos procesales, que le permita al juez hacer los juicios de valores que en cada etapa procesal deba realizar, por ejemplo la concentración de las audiencias preliminares de Legalización de captura, formulación de imputación y la de solicitud de imposición de medida de aseguramiento. Se desnaturalizará el principio de concentración, si estas audiencias se dieran cada 15 o 30 días entre una y otra. La norma procesal contempla este principio rector en los siguientes términos:

Concentración. Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto. (Ley 906, 2004, art. 17)

El estatuto procesal penal colombiano contempla que la actuación penal será pública, quiere decir que no habrá actuación o prueba que se realice u obtenga de manera clandestina, las partes e intervinientes con interés jurídico tiene derecho a conocer tanto de las actuaciones procesales como las pruebas que se hayan vertido al proceso. Existen algunas excepciones en materia procesal penal con respecto a este principio rector de publicidad, en aras de garantizar derechos fundamentales de menores de edad víctimas de delitos sexuales, o testigos en delitos de este mismo nivel u otros delitos, para lo cual hay establecido un procedimiento de protección cuando concurren al juicio oral, cuyas audiencias son reservadas, quiere decir que no habrá público asistente, solo las partes e intervinientes. Igual sucede cuando el juez considere que debe proteger a testigos, peritos o se afecte la seguridad nacional. El principio de publicidad esta preceptuado en la ley 906 de 2004 en los siguientes términos:

La PUBLICIDAD de la actuación penal

La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación. (Ley 906, 2004, art. 18)

Las audiencias preliminares, consideradas todas aquellas con una denominación o fin específico, como la de Legalización de captura, formulación de imputación o de solicitud de imposición de medida de aseguramiento entre otras, implican un orden procesal, en donde la fiscalía bajo el lleno de los requisitos sustanciales y procesales, presenta ante un Juez de control de garantías a una persona que ha desarrollado un comportamiento antijurídico, indistintamente que haya sido sorprendido en flagrancia o capturado mediante orden escrita de autoridad competente - Juez de Control de garantías.

La Constitución política de Colombia en su Canon 29 establece que toda persona privada de la libertad, deberá ser presentada de manera inmediata ante la autoridad judicial, para la definición más pronta de su situación jurídica, y corresponde a los jueces de control de garantías, haberla definido dentro de las 36 horas siguientes a su captura.

Implica lo anterior, la observancia de los principios rectores estatuidos en la ley procesal penal, definido en el artículo 2:

LIBERTAD. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

En todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes. (Ley 906, 2004, art. 2)

La oralidad como fundamento estructural de las actuaciones procesales, en donde bajo el sistema de Audiencias las partes e intervinientes (Fiscalía, Defensa y Ministerio público y Víctima) darán a conocer ante los estrados judiciales de manera verbal sus pretensiones, las cuales deberán ser decididas por el juez de turno (Control de Garantías o de Conocimiento) de manera verbal y en audiencia con presencia de las partes de intervinientes, cuyos recursos ordinarios (Reposición o Apelación), deben ser sustentados por quien los presente. Este principio está definido en la norma procesal penal de la siguiente manera:

Oralidad. La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación (Ley 906, 2004, art. 9).

El estudiante debe interiorizar los fundamentos constitucionales y legales de la actuación procesal penal, ya que conforman la estructura básica del debido proceso, su desconocimiento o inaplicación de las formas propias que rigen la indagación, investigación o juicio oral, constituyen una flagrante violación a las garantías y derechos que tiene una persona en calidad de indiciado, imputado o acusado. Resulta trascendental la puesta en práctica de estos conocimientos que le permitirán al futuro abogado desempeñarse de manera eficaz y eficiente ante la Administración de justicia.

2. LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

El proceso penal colombiano con tendencia acusatoria se rige por unas etapas procesales que le permiten establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que pudo haber ocurrido la conducta punible, determinar quién o quiénes son autores o partícipes de esa conducta ilícita y obtener elementos materiales probatorios, evidencia física u obtener información legalmente obtenida, que le permiten determinar la ilicitud de la conducta y poder presentar ante los estrados judiciales a estas personas ante los jueces de conocimiento para establecer su responsabilidad penal.

Las audiencias preliminares constituyen el eje fundamental del sistema de

enjuiciamiento criminal, siendo actuaciones propias de las etapas procesales de Indagación preliminar e Investigación, ya que ante los jueces de control de garantías, la fiscalía general de la nación a través de los fiscales delegados, pretenderán afectar derechos fundamentales de las personas que resulten vinculadas en la ejecución de cualquiera de las conductas tipificadas en la ley sustancial penal, tales como la libertad, la intimidad, etc.

En la primera etapa procesal denominada de Indagación, le corresponde a la fiscalía General de la Nación, adelantar la indagación con el propósito de determinar si el hecho constituye ilicitud, si la conducta se encuentra previamente descrita en la ley penal como delito, quien o quienes son autores de la conducta ilícita y recaudar elementos materiales probatorios que tengan relación directa o indirecta con los hechos, la víctima o el victimario, haciendo necesario que la fiscalía recurra a los jueces de control de garantías para la obtención de la información vinculante del indiciado, como el acceso a base de datos, tomas de muestra de corporales, entre otras que requieren orden judicial para su práctica.

Las audiencias preliminares que pueden practicarse en sede de estrados judiciales de Control de garantías, que, por disposición de la ley procesal penal, son direccionadas por los Jueces penales Municipales o jueces penales promiscuos, quienes deben legalizar el procedimiento de captura, impartir legalidad a la imputación de cargos al imputado o imponer una medida de aseguramiento que afecte o no derechos fundamentales en cabeza del imputado.

La ley procesal penal 906 de 2004, enmarca en su artículo 154 enuncia las actuaciones que deben debatirse ante el juez de control de garantías, mediante la modalidad de audiencia preliminar, entre ellas tenemos:

1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
2. La práctica de una prueba anticipada.
3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.
4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.

5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.
6. La formulación de la imputación.
7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.
8. Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo.
9. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores. (Ley 906, 2004, art. 154)

Al tenor de lo normado en el anterior articulado, resulta trascendente poner en sede de discusión la importancia de las Audiencias concentradas, como eje transversal a las garantías constitucionales en materia derechos humanos, como un acto representativo del estado social de derecho, constituyendo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, las bases iniciales del proceso penal acusatorio en aras del Estado, demostrar la mínima probabilidad de vinculación a la actividad criminal y la inferencia razonable de autoría o participación en la conducta delictiva que se va investigar, y aun con mucha más profundidad jurídica probatoria, colocar al indiciado frente a unos elementos materiales de prueba, que escenifiquen una inferencia razonable para cumplir uno de los fines Constitucionales de la medida de aseguramiento.

Las audiencias preliminares de las cuales nos ocuparemos en el presente capítulo, versara sobre las denominadas Audiencias concentradas (Legalización de captura, Formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento), las cuales tiene el carácter de público, haciendo apremiante para su validez la presencia del Fiscal, del indiciado-imputado y su defensor. La presencia del Ministerio público y del representante de víctimas como interviniente e interviniente especial, no es obligatoria. La norma procesal penal preceptuada como principio rector, determina que audiencias preliminares tiene el carácter de reservadas, dada la naturaleza de las mismas y con miras a cumplir las políticas en materia de seguridad del Estado y en ejercicio del *ius puidendis*. Así lo preceptúa el artículo 155 de la ley 906 de 2004, concordante con el principio rector consagrado en el artículo 18 *Ibidem*, los cuales cito:

Publicidad. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia

del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente, aquella en la que decrete una medida cautelar (Ley 906, 2004, art. 155).

La publicidad del proceso penal, como principio rector:

Publicidad. La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación (Ley 906, 2004, art. 18).

2.1. Audiencia de control de legalidad de la captura.

El debido proceso aplicado a la actuación penal implica la observancia a las formas propias establecidas como garantías del investigado, de allí que la primera audiencia concentrada sea la de legalización de captura del indiciado.

En esta audiencia es de vital importancia que el estudiante analice los aspectos constitucionales de su misionalidad, en esta el juez de control de garantías debe velar por la protección de los derechos fundamentales del indiciado, tanto desde el punto de vista de las garantías constitucionales a la dignidad Humana, como los términos establecidos para decidir sobre la legalidad del procedimiento y la existencia de la flagrancia en sus distintas facetas, o del cumplimiento de los requisitos formales y materiales cuando la captura se hace por orden judicial, en consonancia con los motivos fundados que dieron lugar a su expedición, además de los elementos materiales probatorios que indiquen su correlación entre los hechos delictuosos, la víctima, el victimario- capturado y los elementos materiales de prueba.

2.1.1. Requisitos para su validez.

En presencia del juez de control de garantías, se celebrara la audiencia preliminar de legalización de captura, con intervención de las partes necesarias para su validez, la fiscalía General de la Nación, representada por el fiscal del caso, el Indiciado, quien fuere privado de la libertad bajo los dos postulados establecidos en la ley penal 599 de 2000- Orden judicial de captura expedida bajo las formalidades propias del debido proceso o en situación de flagrancia y el defensor, ya sea contractual o uno asignado de la defensoría pública. De igual manera se debe haber resuelto lo concerniente a la legalización del procedimiento de captura dentro de las 36 horas, contadas a partir del momento de la aprehensión.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-042/18, expediente D-11862, con ponencia del Magistrada GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, se ha referido a esta acto procesal como una de las formas de expresión de un estado social de derecho garante de los derechos fundamentales del capturado, en especial el derecho a la libertad, puesto que uno de los estándares de revisión del juez de control de garantías, es el aspecto fáctico que motivo la privación de la libertad del presunto infractor de la ley penal. La corte Constitucional se ha referido en los siguientes términos:

La sentencia C-425 de 2008, resaltó la importancia del control judicial de la captura, pues se trata de una actuación centrada en el estudio de los aspectos fácticos que rodearon la detención del capturado y de las garantías que el Estado Social de Derecho consagra al derecho a la libertad, como son el respeto por la dignidad humana, la información sobre los motivos de la captura y la defensa de la integridad física y psicológica del aprehendido. En otras palabras, el control judicial de la captura tiene como único objetivo el de ejercer el examen de legalidad y de constitucionalidad de la privación de la libertad, no solo en atención a los fines sociales o procesales que sustentan la misma, sino también en la eficacia de los derechos fundamentales del capturado, especialmente en relación con su libertad y la dignidad humana. De igual forma, para esta Corporación la importancia de la puesta del detenido a disposición del capturado implica su presentación física, puesto que, como se advirtió previamente, el control judicial pretende la garantía de los derechos del detenido, tanto en la esfera procesal, como sería la plena identificación, a la defensa y a la contradicción, como en su esfera personal, específicamente su dignidad, su libertad y su integridad física. (Corte Constitucional, Sentencia C-042/18, expediente D-11862).

2.1.2. Aspectos objeto de revisión por el juez de control de garantías.

El juez de control de garantías revisara y ejercerá control de legalidad de manera minuciosa los aspectos fácticos, jurídicos, probatorios que conformen los relevantemente jurídicos, indicativos de la ocurrencia de un delito y la persona que lo ejecuto.

2.1.3. Lo fáctico.

Son los hechos constitutivos de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos materia de la aprehensión, sin desligar los elementos materiales probatorios que estén involucrados en el actuar criminal e indiquen su actuar criminal.

2.1.4. Lo jurídico.

Corresponde al encuadramiento de la conducta delictuosa en el ordenamiento penal sustancial, qué delito cometió la persona, si su comportamiento se haya descrito previamente en uno de los tipos penales descritos en el libro segundo- parte especial de la ley 599 de 2000, y con mayor precisión si la persona fue aprehendida en situación de flagrancia conforme a lo normado en el artículo 301 de la ley 906 de 2004.

2.1.5. Lo probatorio.

Valoración de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que indiquen la acción dirigida de manera inequívoca del aprehendido a la ejecución de la conducta criminal por la cual es privado de la libertad.

2.2. Dignidad humana

La revisión del juez constitucional de garantías se extiende a aspectos relevantes de la condición de ser humana del aprehendido, a quien la autoridad captora le debe garantizar no solo su vida, sino su integridad física y demás derechos fundamentales inherentes a la persona humana. Los aspectos de verificación no solo se limitan a la verificación de las presuntas lesiones personales que haya sufrido el capturado durante el procedimiento de captura, si bien las lesiones determinarían en determinados casos un uso desproporcional de la fuerza o bien pueden ser producto de la resistencia que

éste hubiese propuesto a los policiales captores, que, ante una vulneración de la integridad física, implicaría la declaratoria de una captura ilegal por vulneración a la dignidad humana.

La materialización de los derechos del capturado contenidos en el artículo 303 del estatuto procesal, implica una garantía procesal al derecho de defensa, puesto que materializada la aprehensión se le debe dar a conocer estos derechos contenidos en el ordenamiento procesal, ahora no solo es que se le den a conocer los derechos que tiene toda personas que ha sido privada de la libertad, sino que el policial y la fiscalía sean garantes de su materialización, conocer el motivo de la captura, entrevistarse en el menor tiempo posible con su abogado de confianza o en caso de no tener la capacidad económica de costearlo, el Estado le asignara uno de la Defensoría Pública, indicar a la persona a la cual se le deba avisar de su aprehensión, guardar silencio porque todo lo que diga puede ser utilizado en su contra, hacer una llamada telefónica a la persona que él indique, conocer ante que autoridad va ser presentado. El mal trato recibido por el aprehendido, tanto de manera física como psicológica como la inobservancia de la materialización de los derechos del capturado implicaría la declaratoria de la ilegalidad de la captura.

El principio rector número uno de la ley procesal penal 906 (2004), establece:

“Artículo 1º. Dignidad humana. Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana”. Este precepto legal no solo aplica dentro de la actuación procesal penal, sino también en los escenarios donde se materializa el procedimiento de captura, de allí la gran implicación que tiene el actuar policial o su permisiva actuación de personas que pretender hacer un injusta justicia social o la misma víctima genere lesiones gravísimas o graves o leves en la humanidad del aprehendido, o en el caso de que su integridad física se vea afectada o su vida en peligro y no se le facilite o preste la atención médica necesaria, estaríamos frente a una clara violación a la dignidad humana del privado de la libertad.

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, en sentencia proferida dentro del radicado número 36107, con ponencia del magistrado JOSE LEONIDAS BUSTOS, fechada 14 de septiembre de 2011, se ha referido a los controles que debe ejercer el juez de control de garantías ante la audiencia

de legalización de captura, bajo la observancia del procedimiento policivo de captura, en los siguientes términos:

3. DEL PROCEDIMIENTO DE LA CAPTURA. (...)

(...) El ciudadano capturado, sometido por tanto al inmenso poder de la sociedad representado en las autoridades que lo aprehenden, reducida su libertad y con ella su dimensión psicológica y física por efectos de la extrema medida que soporta, aún conserva la dignidad propia de su condición de persona y por tanto, no obstante su indefensión, tiene derecho a esperar que se le trate con la consideración propia de su naturaleza; y ese tratamiento tampoco es arbitrario sino que también está reglado, en un plexo normativo que parte por precisar los eventos de captura, y también la forma en que el aprehendido debe ser tratado, tal y como se observa en lo previsto, entre otros, por el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal; so pena de que el incumplimiento de tales reglas o el maltrato físico o psicológico del aprehendido, torne en ilegal la captura con las consecuencias liberatorias propias de tal situación (Corte Suprema de Justicia, 2011, Radicado 36107).

Dentro de los presupuestos internacionales acogidos por Colombia a través de los pactos y convenios, es meritorio resaltar el acogimiento de los postulados establecidos a través de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el pacto de San José de Costa Rica o CADH, suscrita el 22 de noviembre 1969 y entro en vigencia el julio de 1978, radicando su importancia en la protección de los derechos humanos, comprometiéndolos los Estados partes en respetar los derechos y las libertades reconocidas en cada persona. Conociendo la base esencial de este convenio, Colombia no se escapa a su cumplimiento, de allí que es pertinente citar lo relativo al trato digno que debe recibir la persona por su condición de ser humano, indistintamente del delito que haya cometido. En su artículo 5 preceptúa:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, art. 5)

3.1. Línea de Tiempo

Por mandato constitucional y con observancia de los tratados suscritos por Colombia en materia de derechos humanos, preceptuado en el artículo 32 de la constitución nacional, concordante con el artículo 302 del estatuto procesal penal contenido en la ley 906 de 2004, se estableció que una persona privada de la libertad, ya sea aprehendida en situación de flagrancia o por mandato judicial de captura, no debe permanecer en poder distinta a la autoridad judicial competente o quien haya solicitado la captura. Nuestro ordenamiento procesal penal, acorde a los lineamientos contemplados en el canon número 29 CN, determino el tiempo de presentación del aprehendido de manera inmediata o dentro del plazo razonable de las 36 horas, contadas a partir del momento de la captura ante un Juez penal municipal o promiscuo con funciones de control de garantías.

Bajo estos presupuestos temporales de presentación inmediata y tiempo razonable, es válido hacer claridad sobre estos términos procesales que implican garantías al indiciado, como la dignidad humana, debido proceso, libertad, entre otros, que edifican el estado social de derecho respetuoso y garante de los derechos fundamentales del indiciado.

El termino de colocar o dejar a disposición de autoridad competente de manera inmediata, debe entenderse como la aprehensión que hace la autoridad policiva ante el fiscal que se encuentre en turno en la Unidad de Reacción Inmediata (URI) del lugar o la que se encuentre más cercana al lugar de la captura, acto de presentación que debe darse en los dos eventos privativos de la libertad (Flagrancia – orden judicial de captura) de manera inmediata o en el término de la distancia, lo cual comprende, el lugar de la captura y el tiempo de traslado a las instalaciones de la URI. De igual manera se debe comprender este término razonable, constitutivos de demora en la presentación inmediata, quiere decir, que dentro de las eventualidades que puedan presentarse no solo durante el desplazamiento para presentarlo ante la autoridad judicial (fiscalía), sino situaciones de estado de salud o lesiones graves que presente el capturado y sea necesaria su atención o internación en un centro hospitalario público o privado; en el informe de captura la unidad policial hará una relación detallada de estas circunstancias que impidieron presentarlo de manera inmediata.

La Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación penal, se ha referido al control de la legalidad de la captura tanto por la Fiscalía General de la Nación

como el Juez de control de garantías, sosteniendo en Sentencia de Segunda Instancia número 36107, de fecha 14/09/2011, al analizar los fundamentos legales preceptuados en la ley 906 de 2004, artículos 175, 295 y 302 inciso 4, lo siguiente:

La drástica afectación de uno de los derechos más importantes operada con la captura, impone la necesidad de que las razones, la forma y el tiempo de tal intervención sea revisado por una autoridad judicial, de manera pronta, como ha quedado claro de los compromisos internacionales referidos en precedencia. En desarrollo de tales presupuestos el Legislador colombiano se ha cuidado de introducir los controles correspondientes. De una parte, en lo relacionado con la captura por orden escrita de autoridad judicial competente, el inciso segundo del artículo 297 previó la obligación de poner al aprehendido a órdenes del juez de control de garantías en un plazo máximo de 36 horas, a efectos de que se analice la legalidad de la forma en que se produjo la privación de su libertad, dado que ya existía una orden judicial para cuya expedición fue necesario analizar la inferencia de autoría o participación del ciudadano en relación con un delito grave. Frente al capturado en flagrancia resulta más exigente el control de legalidad en comparación con el capturado por orden de autoridad judicial, en lo que hace relación a la amplitud de su contenido y al tiempo en el que debe realizarse, como al número de observadores llamados a hacer la evaluación.

3.2. Pregunta tipo Saber Pro

Teniendo en cuenta el discernimiento anterior, sobre las garantías constitucionales y legales que deben ser aplicadas por el Juez Constitucional de Garantías, el estudiante estará en capacidad de resolver situaciones de tipo jurídico o preguntas problemas donde haya afectación a derechos fundamentales del indiciado.

La estructuración de la siguiente pregunta tipo Saber Pro, le permitirá al estudiante determinar el grado de comprensión de la temática desde una visión jurídica probatoria abordada en este primer Ítem.

- Matías es capturado por orden judicial emanada del juez quinto penal del circuito por el punible de Homicidio Agravado, en concurso heterogéneo con acceso carnal violento en menor de 14 años, en la menor de 4 años de nombre María, en la audiencia reservada de solicitud de expedición de orden de captura, se fundamentó jurídicamente por el fiscal los aspectos facticos y jurídicos,

siendo procedente la expedición de la orden de privación de la libertad por los delitos en mención, la cual se ejecuta por la policía judicial bajo los parámetros legales y bajo el respeto de los derechos humanos que le asisten a Matías, siendo presentado ante el juez de control de Garantías dentro del término de las 36 horas. De acuerdo con esto, la decisión judicial del Juez de control de garantías está determinada a:

A.- Declarar legal la captura por cumplimiento de los parámetros constitucionales y legales.

B.- Declarar ilegal la captura por falta de EMP Y EF al no ser descubiertos por la fiscalía.

C.- Declarar ilegal la captura por vulneración del debido proceso – formas propias – juez natural - derecho a la defensa del indiciado.

D.- Declarar legal la captura del indiciado, dado que al materializar la captura no se le vulnero ningún derecho fundamental, se cumplió la línea de tiempo razonable.

Las garantías establecidas en la Constitución Nacional y la ley, apuntan a la protección de los derechos fundamentales de la persona inmersa en una investigación penal, de allí que se señale cuáles son los funcionarios que están embestidos de competencia para ordenar la privación de la libertad de una persona. La respuesta correcta es la C., el funcionario competente para expedir una orden judicial de privación de la libertad, previa solicitud de la Fiscalía, bajo los fundamentos de existencia de unos motivos fundados y expedida bajo las formalidades propias al debido proceso, es el Juez Penal Municipal o su equivalente Juez Promiscuo municipal.

4. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

La audiencia de formulación de imputación es el acto mediante el cual la Fiscalía General de la Nación le comunica o da a conocer a la persona, cuáles son los cargos o delitos por los cuales lo va a investigar. En esta audiencia la persona deja de ser indiciada y toma la calidad de Imputado, activándose desde este momento procesal el derecho de defensa contemplado en el artículo 8 de la ley 906 de 2004.

Para la validez de esta audiencia preliminar, la ley determina como partes

esenciales para en este acto procesal, el fiscal, al defensor y al imputado privado de la libertad, salvo en declaraciones de la figura de la contumacia decretada por un juez de control de garantías, ante aquella persona que se rehusó a comparecer al estrado judicial con fines de imputación de cargos.

Las formalidades de esta audiencia están contempladas en el Título III, artículos 286 a 294 del estatuto procesal penal – Ley 906 de 2004, imponiendo al fiscal la obligación legal de presentar de manera estructurada y metodológicamente una imputación bajo un lenguaje sencillo, comprensible para que la persona a la cual se está dando a conocer por que delitos se va investigar, de igual manera cuales son los hechos relevantemente jurídicos constitutivos de su actuar delictuoso y cuáles son los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, para que éste pueda ejercer con plenitud su derecho a la defensa.

La norma procesal penal preceptúa en su artículo 287:

SITUACIONES QUE DETERMINAN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN.

El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda (Ley 906, 2004, art. 287).

La fiscalía como ente acusador representativo del Estado, al momento de hacer la imputación de cargos, debe contar con un mínimo de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que le permita inferir que la persona que está siendo imputada le asista un mínimo de probabilidad de autoría o participación en la ejecución de la conducta criminal. No se debate en esta audiencia la responsabilidad penal del imputado, sólo que, de esta situación fáctica constitutiva de los hechos, y basado en los elementos materiales probatorios, se infiera razonablemente que él sea autor o participe de la conducta que se va a investigar.

La normatividad procesal penal, le ha dado a la fiscalía general de la nación unos derroteros formales que debe cumplir a cabalidad, en aras de cumplir con el principio de Objetividad, el cual le impone a la fiscalía mirar desde un

punto de vista objetivo y probatorio la conducta realizada por el imputado. En esta etapa la procesal la Fiscalía está en la obligación de enunciar cuales son los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que le sirve de soporte para hacer la imputación, sin que esto implique de deba descubrirlos a la defensa del imputado.

Las garantías procesales en esta Audiencia preliminar de formulación de imputación se materializan conforme a las normas procesales que dan los lineamientos al Fiscal y que son objeto de revisión por parte del Juez de Control de Garantías que, al no cumplirse, declara la ilegalidad de la imputación.

Por ello es importante conocer los parámetros legales que rigen esta audiencia preliminar, contemplado en el artículo 287 de la ley 906 de 2004, que ilustra:

Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351 (Ley 906, 2004, art. 287).

Es importante establecer el derrotero legal de esta audiencia, dada su trascendencia jurídica, recordemos que forma parte de las Audiencias concentradas, bajo cuyo principio de concentración, le da al juez de garantías una cercana visión de los lineamientos tanto facticos, juicios como probatorios descubiertos por la fiscalía que imputa.

En primer término, y siendo consecuente con la primera audiencia de legalización de captura, la persona debe estar plenamente identificada e individualizada, lo cual implica que se deben conocer sus características morfológicas faciales, físicas y vestimenta, al igual que sus nombres, apellidos y

numero del documento de identidad, información que es obtenida de manera directa al momento de la aprehensión, pero debe ser sometida a verificación para obtener la plena identidad, la cual se obtiene, realizando la reseña decadactilar, de la cual se toma la huella del dedo índice derecho, se introduce en el sistema de la Policía Nacional AFIS, (Base de datos delincuencia), la cual esta red con el sistema Prometeo de la Registraduría Nacional del Estado civil, la cual arroja los datos almacenados y que deben corresponder al imputado. Para mayor certeza de su identidad, se debe realizar cotejo dactiloscópico entre la huella del índice derecho tomada en la reseña decadactilar y la huella registrada en la cedula de ciudadanía, dictamen pericial a cargo de un dactiloscopista, que determinaría la plena identidad.

En segundo término, la fiscalía debe dar a conocer durante la formulación de imputación, los elementos materiales probatorios que determinan la inferencia razonable de mínima autoría o participación en la ejecución de la conducta ilícita, sin que estas bases probatorias deban ser descubiertas o trasladadas al defensor. Estos elementos probatorios pueden estar constituidos de denuncia penal, entrevistas, dictámenes periciales, objetos, documentos, etc., que tengan una relación directa entre el hecho relevantemente jurídico y el imputado.

En tercer término, el fiscal debe dar a conocer el delito o delitos por los cuales inicia la investigación penal, bajo una mínima inferencia razonable de autoría o participación, explicándole en que consistió la ilicitud de la conducta, en que tipo penal normativo se enmarca, cual es la sanción impuesta por la ley penal, cual es el mínimo y máximo de la pena a imponer, de tal forma sea comprensible para el imputado, quien tendrá la oportunidad de aceptar o no los cargos formulados por la fiscalía, debiéndolo interrogar si comprendió o no los cargos por los cuales la fiscalía lo va a investigar, quien en caso de allanarse tendrá un beneficio de una cuarta parte de la pena.

El imputado asesorado por su defensor, dará a conocer si se allana o no a los cargos que la fiscalía le ha formulado. De aceptar los cargos el Juez de control de garantías hará las verificaciones de rigor, preguntándole sobre la libertad y conciencia de la aceptación, que esta decisión debe ser libre, voluntaria, sin ninguna presión, que no admite retractación una vez sea aceptada por el juez, que está renunciando a un juicio público, concentrado, renunciando a ejercer el aporte y la controversia de las pruebas que obran en su contra, renuncia a la presunción de inocencia, en este evento la aceptación daría lugar al escrito de aceptación de la responsabilidad penal y

por ende constituiría el escrito de acusación. En caso de no aceptar, esto no constituirá ningún indicio en su contra y se seguirá con la actuación penal.

En esta audiencia el juez de control de garantías impartirá la legalidad de la imputación de cargos que le hace la fiscalía, pasando de indiciado a Imputado. El juez ejercerá el control material de la imputación, esto implica que deben existir los fundamentos facticos y probatorios que le permitan inferir de manera razonable la mínima probabilidad que el imputado es autor o participe de la conducta investigada.

Tiene como característica especial este acto procesal, la mera comunicación de los cargos que le hace la fiscalía al imputado, decidiendo el juez constitucional impartir legalidad, advirtiéndole que, por ministerio de la ley, le está prohibido enajenar a cualquier título los bienes inmuebles de su propiedad sujetos a registro, notificando en estrado a las partes e intervinientes, que contra la decisión no procede recurso alguno. La inobservancia del control material constitucional implica vulneración de derechos fundamentales del imputado. Así lo ha sostenido la honorable corte suprema de justicia, al hacer el estudio en sede de casación penal dentro del radicado 48200, que dio lugar a la sentencia SP. 16913-2016, en la cual se determinó:

III. De la lesión de los derechos fundamentales del procesado (...)

La necesaria reproducción de lo acaecido desde la audiencia de formulación de imputación, permite advertir que el punto de partida y sustento del ente investigador para precisar los sucesos constitutivos del actuar delictivo del indiciado, fue lo expuesto por la víctima N., en desarrollo de la valoración psicológica que le fuera practicada, para enseñar cómo ella y otras dos menores, sin precisar quiénes -toda vez que tan solo atinó a enunciar que eran mayores de 14 y menores de 18 años e hijas del indiciado- estaban siendo objeto de maniobras constitutivas de abuso sexual -tocamientos indebidos en sus partes genitales- y de maltratos físicos constantes acaecidos desde tiempo atrás.

Empero, a partir de esa inusual forma de construir los hechos jurídicamente relevantes -enunciando lo que literalmente expresan los elementos materiales probatorios- la Fiscal se alejó de la carga de enseñarle a CARDONA PALMA las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habrían perpetrado los sucesos constitutivos del actuar delictivo concursal que

pretendía imputarle, máxime cuando, como lo señaló el ente acusador, se trataba de múltiples víctimas, lo que a la postre le generaba el deber de individualizar, frente a cada una de ellas, las conductas de las que fueron destinatarias y que estructuraban los delitos por los cuales encaminó la investigación.

A tono con lo enunciado, ha de destacarse que bajo la genérica exposición de la Fiscalía, se desconoce en qué momento CARDONA PALMA habría emprendido su actuar delincencial frente a cada una de las tres menores, toda vez que la única fecha de referencia la constituye aquella en que la Defensora de Familia del I.C.B.F. interpuso la denuncia, esto es, 4 de septiembre de 2009, de conformidad con lo argumentado por la Fiscal Delegada en la audiencia preliminar en la que previamente se legalizó la captura al indiciado, decayendo su exposición fáctica en un relato indeterminado y confuso.

Y ni siquiera ello –si no se violase flagrantemente con la omisión el debido proceso y derecho de defensa-, puede ser suplido con la narración que de lo sucedido hizo el fiscal, al momento de solicitar la legalización de la aprehensión, dado que, como pasa a ilustrarse, la situación fáctica expuesta en ese escenario no solo es diversa a la que soportó la formulación de imputación, sino que también adolece de falta de claridad y precisión. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 16913-2016, Radicado 48200)

La trascendencia jurídica de este acto procesal lo constituye en el eje estructural básico del proceso penal, que, ante una falta de control material por el juez constitucional, implicaría en nulidades futuras por afectación al debido proceso – derecho de defensa, dadas las ambivalencias y ambigüedades que puedan darse en los aspectos facticos y probatorios que no dan lugar a inferir razonablemente su autoría o participación en el delito investigado.

Los problemas jurídicos que pueden derivarse ante una falta de control material por parte del Juez de Control de Garantías, implicarían una veneración a los derechos fundamentales del investigado. El estudiante está en la capacidad de hacer razonamientos lógicos y jurídicos frente a situaciones problemas en este acto procesal de imputación de cargos.

4.1. Pregunta tipo saber Pro

La siguiente pregunta tipo saber pro, le permita al estudiante conocer el grado de conocimiento adquirido en el bloque temático.

-La normatividad procesal penal estatuida en la ley 906 de 2004, se describen las formas propias del debido proceso durante el desarrollo de las audiencias preliminares de formulación de imputación, constitutiva de un acto procesal en la que el juez Constitucional que la preside, debe inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito por el cual se inicia la investigación penal, declarando su legalidad dada la congruencia fáctica, jurídica y probatoria. En la audiencia de formulación de imputación, se deben garantizar al imputado sus derechos fundamentales, en especial al debido proceso, presunción de inocencia y libertad.

Ante una imputación fáctica defectuosa, acéfala de elementos probatorios que indiquen que el imputado es autor o participe de la conducta investigada, el Juez Constitucional de Garantías que la preside, resolverá:

- A.- Decreta la nulidad de la imputación.
- B.- Decreta la vulneración al debido proceso.
- C.- Decreta la ilegalidad de la formulación de la imputación.
- D.- Decreta la legalidad, así sea defectuosa.

El juez de control de Garantías le está prohibido corregir los yerros jurídicos y probatorios que se presenten durante las audiencias concentradas. Si la fiscalía presenta una imputación defectuosa, sin un fundamento factico y probatorio, solo le queda un camino a la decisión del despacho, decretar la ilegalidad de la imputación, al no cumplirse los requisitos legales establecidos en la norma procesal penal. La respuesta correcta es la C.-, dada la finalidad del acto procesal, recordemos que es un acto de mera comunicación de unos cargos por los cuales la fiscalía General de la Nación inicia una investigación en contra del imputado, pero ante el no lleno de los requisitos establecidos en los artículos 286 y subsiguientes de la ley 906 de 2004, el juez de control de Gratinas no debe impartir legalidad al acto procesal.

4.2. Audiencia de imposición de medida de aseguramiento

El tercer acto procesal concentrado es la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, escenario en donde la fiscalía pretenderá con base en los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida, obtener una medida de aseguramiento, ya

sea privativa de la libertad o no privativa basado en el artículo 307 literal A o B, teniendo en cuenta el cumplimiento de uno de los fines constitucionales que la hagan procedente conforme al artículo 308 de la ley 906 de 2004, debiendo el Juez constitucional inferir razonablemente el cumplimiento de estos fines constitucionales de no obstrucción a la justicia o destrucción de la prueba, la peligrosidad para la sociedad o para la víctima o la probabilidad de no comparecencia del imputado al proceso, además de valorar su necesidad, urgencia, razonabilidad, proporcionalidad y utilidad de la medida de aseguramiento. El lineamiento de valoración de imposición de la medida de aseguramiento, debe estar orientado por el principio “pro homine et libertatis”, definido por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional:

El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona”. (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-438,13)

Ante las imposiciones de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, la Corte Constitucional se ha pronunciado en lo referente a libertad personal como derecho fundamental, sin que esta afectación temporal de la libertad del imputado constituya su vulneración de este preciado derecho, dado los fines que persigue dicha medida, ante lo cual estableció:

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto, sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos (Corte Constitucional, sentencia C-469, 16).

La normatividad procesal penal nos ilustra sobre las facultades de la Fiscalía General de la Nación para solicitar una medida de aseguramiento del imputado, así:

(...) El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente (Ley 906 de 2004, art. 306).

La fiscalía General de la Nación tiene la obligación legal de dar cumplimiento al artículo 308 de la norma en cita, en este articulado se dan unos parámetros de tipo subjetivo, en donde debe justificar la necesidad, la urgencia, la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida, teniendo como base el cumplimiento de uno de los fines constitucionales que motivarían al juez de garantías imponer una de las medidas de aseguramiento, así lo preceptúa el artículo 308 *ibídem*:

Art. 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (Ley 906, 2004, art. 308).

De igual manera fueron determinados por el legislador unos aspectos de tipo objetivo, lo cual implica valoración del juez de Garantías, al hacer el análisis sistemático de las normas que dan lugar a una medida de aseguramiento, así:

PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. (...) Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

- En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
- En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
- En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente. En el supuesto contemplado por el inciso anterior, se entenderá que la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad en los términos de los artículos 308 y 310 de este código (Ley 906, 2004, art. 313).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de aclarar los alcances interpretativos del juez constitucional al valorar estos aspectos de tipo objetivo, descartando de plano un derecho penal de peligro, los paradigmas con respecto a la gravedad de la conducta, al cuánto punitivo igual a superior al mínimo de 4 años, al número de delitos; factores que implicarían en todo caso de concurrencia de alguno de ellos, imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario. Al respecto ha sostenido:

Esta afirmación supone que la detención preventiva, en tratándose de delitos cuya pena mínima es igual o superior a 4 años, tiene lugar con la sola existencia de elementos de convicción que permiten inferir que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Sin embargo, como viene de verse, ello no es suficiente, pues también se requiere fundamentación probatoria que permita demostrar la necesidad de la medida de aseguramiento para la satisfacción de alguno de sus fines constitucionales; cuestión esta última en la que se cimentó la decisión del a quo y lo propuesto por la apoderada en este punto en nada la confronta. (Corte Suprema Justicia, Sentencia AP7109-2016, Radicado 46148 del 12/10/2016)

La Fiscalía General de la Nación no se aparta de los anteriores precedentes jurisprudenciales ante la solicitud de imposición de medida

de aseguramiento privativa de la libertad, expidiendo la Directiva 13 (2016), “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales sobre la proporcionalidad de la detención preventiva”, en la cual se desarrollan los requisitos exigidos en la Constitución Nacional y las leyes que dan lugar a la privación de la libertad de una persona que le ha sido imputada una conducta criminal, exigiéndosele no solo un fundamento probatorio, sino hacer otras valoraciones que permitan estructurar la necesidad, proporcionalidad y su adecuada procedencia en estricto sentido, que la imposición de la medida de aseguramiento sea producto de un test de ponderación de aspectos facticos, jurídicos, probatorios y de orden personal del imputado.

Las medidas de aseguramiento que la fiscalía General de la Nación puede solicitar ante el Juez de control de garantías, están preceptuadas en el estatuto procesal penal, bajo los siguientes parámetros:

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;

B. No privativas de la libertad

0. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
1. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
2. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
3. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
4. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.

5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
6. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
7. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
8. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria. (Ley 906, 2004, art. 307)

4.3. Aspectos formales de la solicitud de imposición de medida de Aseguramiento

1.- Fundamentos legales de la solicitud.

Ley 906 de 2004, artículos 306, 307, 308, 313.

2.- Individualización e Identificación plena del imputado.

Nombres y apellidos completos.

Numero cedula de ciudadanía.

Reseña decadactilar.

Dictamen técnico pericial dactiloscopista.

Fotocopia cedula de ciudadanía.

3.- Fundamento Factivo.

Lo constituyen los hechos relevantemente jurídicos.

4.- Fundamento jurídico.

Lo constituye el encuadramiento de la conducta realizada por el imputado en el tipo o tipos penales por los cuales se inicia la investigación penal.

5.- Fundamento Probatorio.

Lo constituyen los elementos materiales de prueba, evidencia física y la información legalmente obtenida, representada en: la denuncia penal, entrevistas, dictámenes periciales, objetos, documentos, etc., que tengan relación directa con lo factico, lo jurídico y el imputado.

6.- La inferencia razonable.

Es la operación mental que hace el funcionario judicial, para deducir que existen fundamentos lógicos y razonables dentro de las circunstancias fácticas, que el imputado haya actuado con conciencia y determinación, mediante actos idóneos e inequívocos a título de autor o participe en la ejecución del delito investigado, lo cual se da como consecuencia de la valoración de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenido y aportada por la Fiscalía, sin que este análisis deductivo primario implique un juicio de responsabilidad penal, solo se estima un mínimo de probabilidad de autoría o participación basada en los medios de conocimiento descubiertos por la fiscalía, es autor o participe de la conducta investigada.

7.- Los fines Constitucionales de la Medida de aseguramiento.

Son elementos propios del razonamiento que exige la norma procesal penal al juez constitucional de Garantías para la determinar la procedencia de imponer una medida de aseguramiento, por ello debe establecer la existencia por lo menos de uno de los estándares que den lugar a esta medida, bajo los siguientes postulados:

A.- Evitar que el imputado obstruya el ejercicio de la justicia o destruya las pruebas.

B.- Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

C.- Que exista la probabilidad de no competencia del imputado al proceso o que no cumpliría la sentencia.

8.- Argumentación jurídica de los aspectos subjetivos de:

Necesidad, urgencia, utilidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida de aseguramiento.

Es importante traer a la colación lo temporal de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, la cual es de un año prorrogable a petición de la Fiscalía o de la Víctima. Se considera una medida provisional, ya que vencido el termino establecido, el imputado recobraría su libertad y el proceso continuaría en libertad.

Es pertinente citar en este contexto, los planteamientos hechos por los doctores Kenny Dave Sanguino Cuellar y Yefri Yoel Torrado Verjel, docentes investigadores de la Universidad Libre de Cúcuta, en su texto “Guía Jurisprudencial Estándares para la imposición de medida de aseguramiento”, editorial Legis, 2018, quienes en coautoría del texto en cita de José María Peláez Mejía, Harry Fernando Mora Mayorga, Angélica Quintero Jaimes, Ronald de Jesús Sanabria Villamizar y Juan Camilo Páez Jaimes, han diseñado graficas

que estandarizan los criterios que debe aplicar el juez de control de garantías para la imposición de una medida de aseguramiento, conceptos que son de validos dentro de la temática objeto de estudio.

5. GRAFICACIÓN* Y SISTEMATIZACIÓN DEL ESTÁNDAR JURISPRUDENCIAL SOBRE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

REQUISITOS GENERALES PARA LA IMPOSICION DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

1. EXIGENCIAS: para que resulte legal y constitucionalmente admisible la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad – detención preventiva en establecimiento carcelario o detención preventiva en la residencia del imputado-, se hace necesario que se cumplan de manera irrestricta, con tres exigencias, a saber:

(i) que la evidencia (término que aquí se usa en su sentido amplio) permita inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga,

(ii) que, con la imposición de la medida de aseguramiento, se evite la obstrucción a la justicia, o se proteja a la comunidad, o a la víctima o se evite el riesgo de fuga,

(iii) que resulte procedente la detención preventiva, de conformidad con el artículo 313 del C.P.P.

5.1. Consecuencias de su verificación positiva o negativa:

(i) Lo anterior significa que, frente al incumplimiento de una cualquiera de tales exigencias, el Juez con Funciones de Control de Garantías, no podrá imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad. Pero, encontrándose satisfechos, resulta procedente la imposición de una medida restrictiva de esa garantía del imputado.

(ii) Verificado lo anterior, deberá el Juez con Funciones de Control de Garantías, establecer cuál de aquellas privativas de la libertad, se itera, detención en establecimiento de reclusión o en la residencia del imputado, resulta ser la medida de aseguramiento adecuada, necesaria

y proporcional en su sentido estricto, test de proporcionalidad, que le permitirá imponer la que resulte razonable, de acuerdo a los contenidos constitucionales.”

5.2. Rol del juez de control de garantías: a la luz del artículo 250 de la Constitución Política el juez:

(i) Tiene como principales objetivos propiciar la justicia material, garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes y examinar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales.

(ii) Respecto a la proporcionalidad tendrá que verificar: 1. Si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; 2. Si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y 3. Si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

(iii) Debe igualmente verificar el aspecto objetivo sobre la procedencia de la medida de aseguramiento

(iv) Tiene la obligación de plasmar en la decisión respectiva las fases de raciocinio que habrá de efectuar. (v) Tendrá que emitir una decisión soportada en una valoración probatoria ajustada a las reglas de la sana crítica y en una adecuada motivación.

(vi) Lo anterior, no sólo se traduce en velar porque la restricción obedezca a un preciso motivo señalado por la ley, sino también verificar las circunstancias en que la privación se efectúa y, llegado el caso, si la misma debe mantenerse.

* Graficación realizada por José María Peláez Mejía

Fuente: Embajada de los estados unidos en Colombia, universidad libre de Colombia - seccional Cúcuta, guía jurisprudencial sobre conceptos acusatorios, Capitulo VIII (Pag.128).

Es importante conocer los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, en cuanto los requisitos legales para que sea procedente una medida de aseguramiento.

GRAFICACIÓN.

Reglas jurisprudenciales generales para el estándar "REQUISITOS GENERALES PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO":

CRITERIO AUXILIAR

CSJ STP 17679-2015, rad. 83287, de 16 de dic. 20115.

Reglas jurisprudenciales particulares para el estándar "REQUISITOS GENERALES PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO":

Requisito 2: CRITERIO AUXILIAR

CSJ STP 5300-2016, rad. 85247, de 26 abr. 2016

Requisito 3: CRITERIO AUXILIAR

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia no. C-591 de 2014, 20 de agosto de 2014. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

* Graficación realizada por José María Peláez Mejía

Fuente: Embajada de los estados unidos en Colombia, universidad libre de Colombia - seccional Cúcuta, guía jurisprudencial sobre conceptos acusatorios, Capítulo VIII (Pag.128).

La inferencia razonable es planteada dentro de una gráfica por el doctor Kenny Dave Sanguino Cuellar y otros, bajo los siguientes términos:

GRAFICACIÓN.

REGLAS PARA CONSIDERAR SATISFECHO EL ESTÁNDAR DE INFERENCIA RAZONABLE REQUERIDO PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

1.- CONCEPTO DE INFERENCIA RAZONABLE: Es la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.

2. ELEMENTOS DEL RAZONAMIENTO EXIGIDO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INFERENCIA RAZONABLE:

- a) Debe estar soportada en los elementos materiales probatorios, evidencia física o medios de información legalmente obtenidos presentados en audiencia
- b) Debe realizarse una ponderación lógica sobre la seriedad y jerarquía de las diferentes hipótesis
- c) Debe verificarse si, de lo anterior, se alcanza a deducir con grado de probabilidad que el imputado

(i) es autor o partícipe del delito y

(ii) que no comparecerá al proceso o constituye un peligro para la comunidad o puede obstruir el ejercicio de la justicia. d) Mediante el razonamiento atinente a la inferencia razonable de si el imputado es autor o partícipe de la conducta punible que se investiga no se deberá afectar la presunción de inocencia. Por lo tanto, la presentación, contradicción y evaluación de los elementos de conocimiento que prevé el artículo 306 no buscan establecer la responsabilidad del imputado, como sí lo hacen las pruebas, sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado. La presentación de los elementos de conocimiento que fundamentan la medida de aseguramiento y la oportunidad de contradicción de éstos, constituyen una garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho de defensa, el cual como ya lo ha dicho la Corte, se puede ejercer desde el inicio mismo del proceso y a lo largo de cada una de sus etapas, por los cauces señalados en la ley.

* Graficación realizada por José María Peláez Mejía

Fuente: Embajada de los estados unidos en Colombia, universidad libre de Colombia - seccional Cúcuta, guía jurisprudencial sobre conceptos acusatorios, Capítulo VIII. (Pag.130).

El análisis sistemático normativo procedente para imponer una medida de aseguramiento, en especial si es privativa de la libertad, le proporciona al imputado garantías de orden constitucional y legal, y le determina una excepción a la privación de la libertad temporal, bajo el requerimiento necesario y por cumplimiento de uno de los fines constitucionales de la medida de aseguramiento.

El estudiante estará en la capacidad de resolver preguntas problemas que apuntan a las garantías constitucionales y legales en este acto procesal de Solicitud de imposición de medida de aseguramiento.

5.3. Pregunta tipo saber Pro

- La ley 906 de 2004 establece la competencia en los jueces penales municipales o promiscuos municipales para la realización de las audiencias preliminares, entre ellas la de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, estando sometidos al imperio de la ley, sus decisiones deben ajustarse a los parámetros constitucionales y legales, bajo observancia de los artículos 7 C.P.P. Legalidad, 28 Constitución Nacional- presunción de inocencia y 29 ibídem – Debido proceso.

El Juez de control de Garantías determinará imponerle medida de aseguramiento al imputado, cuando de conformidad con el artículo 308 de la ley

906 de 2004, éste considere su procedencia ante los fundamentos expresados oralmente por la fiscalía.

A.- Se infiera razonablemente de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida la necesidad y urgencia de la medida.

B.- Se infiera razonablemente de los elementos materiales probatorios el cumplimiento de uno de los fines constitucionales.

C.- Se infiera razonablemente de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, la necesidad, proporcionalidad y urgencia de la medida de aseguramiento.

D.- Se infiera razonablemente que el imputado es autor o participe de la conducta por la cual se le investiga.

En cuanto a la decisión de imposición de medida de aseguramiento, el legislador ha previsto a través de las normas 1760 del 6 de julio de 2015 y 1786 de 2016 que modifico la ley 1760 de 2015, regular la procedencia de la medida privativa de la libertad, no solo en los aspectos Objetivos, sino subjetivos, obligando al juez constitucional de garantías, a realizar un test de ponderación basado en la Necesidad, Urgencia, proporcionalidad y razonabilidad de la medida privativa de la libertad.

La norma expedida con miras a llenar unos vacíos procesales en cuanto los criterios que debía tener el juez de Garantías al momento de imponer la medida privativa de la libertad, se configuro en esta norma del 2015:

Parágrafo 2°. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento (Ley 1760 de 2015, art. 1, parágrafo Segundo).

El artículo segundo de la norma en cita, adiciono un parágrafo al artículo 308 de la ley 906 de 2004, en el siguiente tenor:

Parágrafo. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de

la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga (Ley 1760 de 2015, art. 2, parágrafo).

En cuanto a los aspectos facticos y subjetivos de valoración tendiente a determinar si el imputado constituye un peligro para la comunidad, se estipuló de manera expresa las circunstancias que debía valorar el juez de Garantías para imponer la medida privativa de la libertad, bajo los siguientes términos:

Artículo 310. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada. (Ley 1760, 2015, art. 2, parágrafo).

Ante la indeterminación del tiempo de duración de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, y afianzar aún más los criterios

para su aplicación, el legislador modificó la ley 1760 de 2015, bajo los siguientes criterios en la ley 1786 de 2015:

Salvo lo previsto en los párrafos 2º y 3º del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo (Ley 1786, 2016, art. 1, parágrafo1).

La prórroga del término máximo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad a la que hace referencia el artículo 10 de la Ley 1760 de 2015 podrá solicitarse ante el Juez de Control de Garantías dentro de los dos (2) meses anteriores a su vencimiento, incluso desde antes de que dicho artículo entre en vigencia (Ley 1786, 2015, art. 1, parágrafo 1).

Dentro del contexto de las normas en cita anteriormente, se encuentran los lineamientos legales para que un juez de control de garantías aplique los criterios legales y jurisprudenciales de las altas Cortes, para la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, bajo los criterios de ponderación de necesidad, razonabilidad y procedencia de esta.

Referencias

- Constitución Nacional de Colombia. (1991). 2 Ed. Legis.
- Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Código de Procedimiento Penal. (Ley 906 de 2004). DO: 45.658
- Congreso de Colombia. (6 de Julio de 2015). Medidas de Aseguramiento Privativas de la Libertad. (Ley 1760 de 2015). DO: 49.565
- Congreso de Colombia. (1 de Julio de 2016). Modificación de algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015. (Ley 1786 de 2016). DO: 49.921
- Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de Julio de 2013). Sentencia C-438 de 2013. MP: ALBERTO ROJAS RIOS.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de Agosto de 2016). Sentencia C-469 de 2016. MP: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (16 de Mayo de 2018). Sentencia C-042 de 2018. MP: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (14 de Septiembre de 2011). Sentencia 36107 de 2011. MP: JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de Noviembre de 2016). SPI6913 de 2016, Radicado 48200. MP: GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.
- Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Penal. (12 de Octubre de 2016). Sentencia AP7109 de 2016, Radicado 46148. MP: PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.
- Fiscalía general de la nación, Directiva 13 de 2016.
- Pacto de San José de Costa Rica o CADH (22 de noviembre 1969) art. 5.
- Sanguino, K. D., Torrado, Y. Y., Peláez, J. M., Mora, H. F., Quintero, A., Sanabria, R. & Páez, J. C. (2018). Guía Jurisprudencial Estándares para la imposición de medida de aseguramiento. Cúcuta, Colombia: Legis

Embajada de los Estados Unidos en Colombia, Universidad Libre de Colombia,
Seccional Cúcuta, guía jurisprudencial sobre conceptos acusatorios, Capítulo
VIII (Pag.128)

SISTEMAS PROCESALES Y PRINCIPIOS RECTORES*

Miguel Mercado Baena**

* Capítulo de libro resultado de la colección de textos pedagógicos del Macroproyecto de Investigación para la Investigación de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Producto Colaborativo de los grupos de investigación DeJhus y Law and Sciences.

** Miguel Ángel Mercado Baena. Abogado penalista Magister en derecho Penal y Criminología, investigador Criminal, Docente Universitario CUA. Doctorando en Derecho Universidad Nacional Mar de Plata (Arg). Mmercado@coruniamericana.edu.co

RESUMEN

En el presente capítulo se aborda el estudio de los sistemas procesales y los principios rectores en materia penal con el fin de desarrollar en el estudiante el aprendizaje de este sensible tema de derecho penal, para lo cual se hace un marco histórico de la incorporación del sistema penal acusatorio en Colombia, un análisis comparativo con el sistema procesal mixto elaborado por la ley 600 de 2000 y el aprendizaje y desarrollo en si del tema de los principios rectores y de los sistemas procesales, con el fin de que el estudiante sea capaz de entender cómo se produce el cambio de legislación, como se transforma de procedimiento mixto a sistema penal acusatorio y cuáles son los diferentes sistemas procesales y los principios rectores que rigen a cada uno de ellos.

Palabras clave: Sistema penal Oral, principios rectores, Garantías procesales, debido proceso, legalidad.

Como prólogo para este tema, Posada (2008) alcanza a reseñar en un artículo la abundante historia de los sistemas penales colombianos, partiendo desde la misma época de independencia, es decir, en 1810 al relatar:

La historia procesal penal colombiana es prolija. No en vano, luego de la independencia de la República (1810-1817) han regido muy diversos ordenamientos procesales: desde legislaciones españolas pasando por las normas de los Gobiernos de transición, las recopilaciones granadinas, y la vigencia del Código Judicial Nacional del siete de junio de 1872; hasta legislaciones permanentes y especializadas como los Códigos de procedimiento penal de 1938, 1971, 1987, 1991, 2000 y 2004, cuyas vigencias efectivas fueron exceptuadas -de forma reiterada- por normas transitorias y excepcionales que, en la mayoría de los casos, difícilmente respetaron los principios y garantías materiales reconocidos (o al menos no descartados) por las Constituciones Políticas de Colombia (Posada, 2008, p. 21).

De acuerdo con lo anterior, el historial procesal punitivo colombiano es rico. Se parte incluso desde la misma etapa pre republicana, en tiempos de la independencia, y se han ido estructurando diferentes sistemas procesales en el país, tomando como referencia gobiernos de transición, la etapa granadina, el código judicial de 1872, los códigos penales de 1938, 1971, 1987, 2000 y 2004, sobre los cuales se hace una crítica acerca que entraron a regir pero el común denominador de ellas fue que normas de tipo transitorio y excepcional condicionaron su entrada en vigencia por un lado, y por el otro no se tuvo en cuenta el respeto a principios y garantías materiales a los sujetos procesales, que venían siendo reconocidos desde la óptica de la constitución vigente en su etapa o momento histórico correspondiente.

Es claro la existencia de básicamente dos grandes sistemas procesales, como son el acusatorio y el inquisitivo. Armenta señala que: se admite la existencia de dos grandes sistemas a la hora de «diseñar» o «construir» el proceso penal: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, cuyas notas más significativas pueden resumirse como sigue. El sistema acusatorio se caracteriza por exigir una configuración tripartita del proceso, con un acusador, un acusado y un tribunal imparcial que juzga y cuyo objetivo es garantizar la imparcialidad, aunque pueda peligrar la persecución o al menos quedar sometida a variaciones por efecto del ejercicio de la discrecionalidad. El sistema inquisitivo, por su parte, permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, eliminando la

necesidad de que exista un acusador para poder juzgar, quedando tal función asumida por el órgano enjuiciador (Armenta, 2012. p. 21).

De acuerdo con lo comentado por este autor, básicamente se han estructurado el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo como marcos de construcción del proceso penal, los cuales se identifican porque el sistema acusatorio tiene una estructura tripartita del proceso, en la medida que hay una parte acusadora, para el caso la fiscalía, un acusado, para el caso un indiciado, imputado o procesado, y un tribunal imparcial que se encarga de permitir haya un juicio imparcial sin importar poner en riesgo la persecución penal o que ella pueda incluso quedar expuesta a cambios o mutaciones por el ejercicio discrecional de la acción penal. En el sistema colombiano el rol de tribunal imparcial lo ejercerían el juez con funciones de control de garantías en las audiencias donde le corresponde actuar, esto es en las concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medidas de aseguramiento, y otras donde debe actuar como la aplicación del principio de oportunidad; las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones; las medidas cautelares sobre bienes; y cualquier otra medida donde se puedan afectar derechos fundamentales y que no esté autorizada expresamente en la Constitución. Estas funciones están descritas en el artículo 3 de la ley 1142 de 2007. Ahora, a partir de la audiencia de formulación de acusación, es el juez del conocimiento el que asume el rol del juez de control de garantías, pues su obligación es corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes, de conformidad con lo señalado en el artículo 10 de la ley 906 de 2004 y es ante este funcionario donde se surtirá toda la fase de juicio hasta llevarla a la sentencia, o si se termina anormalmente por alguna causa, sea por preacuerdo o por preclusión de la acción penal.

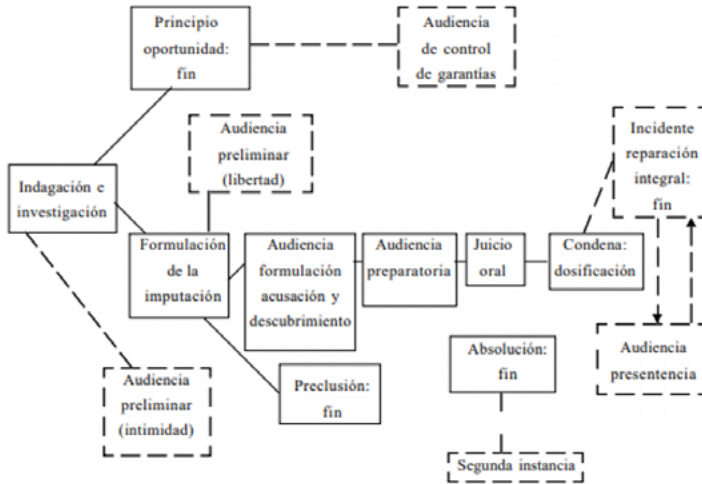
1. SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Resulta conveniente clarificar el concepto de sistema acusatorio:

Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción (Granados, 2004, p.23).

La anterior conceptualización puede resultar parca o muy poco extensa, pero esencialmente define el sistema procesal penal donde el juez

es totalmente independiente de las demás partes, en donde el juicio debe ser un litigio entre partes iguales, una de ellas la acusadora, para el caso la fiscalía que tiene como obligación la cara de la prueba, y para ello contiene con la defensa a quien corresponde tratar de derruir los argumentos acusatorios, dentro de un escenario de juicio que debe ser lleno del principio de contradicción, de oralidad, de publicidad y ha de ser decidida por el juez, basado en su propio criterio y convicción. Granados facilita la comprensión de esta figura con la siguiente esquematización:



Grafica 1: El proceso penal.
 Fuente: (Granados Peña, 2004, p.24).

Como se puede explicar del anterior gráfico, el proceso inicia en la etapa de indagación o de investigación, según sea el caso, puede existir una audiencia preliminar privada, para casos donde se pone el juego el derecho a la intimidad. Por otra parte, es viable también en esa fase la aplicación del principio de oportunidad, para dar fin al proceso, siendo competente para su trámite el juez con funciones de control de garantías.

Si aquello no llegara a suceder, iniciada la investigación, formulada la imputación, que se puede realizar en audiencia concentrada donde medie legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento, el juez de garantías debe enviar la actuación al juez de conocimiento para que se surta el juicio, con la primera audiencia que es la de formulación de acusación. Surtida esta se convoca a la audiencia preparatoria y de allí a la audiencia de juicio oral, la cual es escenario propicio para practica de pruebas y verdadero debate probatorio, la cual concluida se llega a la audiencia de lectura de fallo,

sea condenatorio o absolutorio, siendo viable la interposición de recurso de apelación en segunda instancia ante el superior. Concluida esta audiencia, es permisible iniciar la audiencia de incidente de reparación integral, una vez establecido el incidente de reparación integral, cuando se encuentre en firme la sentencia condenatoria y dentro de los 30 días siguientes en que quedo en firme el fallo.

3.3. Génesis del Sistema Penal Acusatorio

La génesis del sistema penal acusatorio en Colombia data de hace 19 años, cuando en Colombia se introduce el sistema penal mixto, producto del cambio de paradigma en materia penal, en la medida que se provocó un cambio profundo en la parte sustantiva del derecho penal, porque se implementaron las teorías en boga del derecho penal alemán, superando el positivismo naturalista. A este tema Bayona Aristizabal explica:

Una de las premisas principales de la reforma era la superación del derecho penal de autor, sustituyéndolo por un derecho penal de acto, tal y como se puede desprender del término conducta punible expresado en el artículo 9 del código penal colombiano actual y no hecho punible (Código penal de 1980) como corresponde con una visión causalista del delito, según la cual, se le equipara con un fenómeno natural, definido así desde la noción mecanicista de causa y efecto. El peligrosismo que se desprende de esta visión ha sido detectado desde entonces como uno de los factores que más inciden en la exacerbación de la privación de la libertad en tanto sistema penal cautelar de contención de la peligrosidad (Bayona, 2017, p.72).

De acuerdo con lo anterior, la esencia del cambio del procedimiento para el año 2000 era básicamente la transformación del derecho penal de autor por el derecho punitivo de acto, tanto que desde el punto de vista de enunciación del delito se cambia el vocablo hecho punible por conducta punible, de modo que se cambia o muta a una interpretación eminentemente causalista delictual, en la medida que se analiza partiendo de la base de un fenómeno natural, en el que entran en juego algo tan simple como la causa y el efecto tan notorios en las clases de física en los salones de secundaria del país. Pero desafortunadamente, la consecuencia de la implementación de este sistema lo fue el peligrosismo que acompaña esta visión del derecho punitivo, porque se trata de un factor de alta incidencia en la carcelarización y aumento de la superpoblación y hacinamiento carcelario, tanto que mientras la teoría

peligrosista este en boga, las cárceles y lugares de reclusión permanecerán con su espacio de encierro totalmente saturado.

Esta misma publicación explica cómo se llega a la reforma de 2002, al actual sistema penal acusatorio al señalar:

El Congreso de la República, en el año 2002, expide el Acto Legislativo 03, modificatorio de la Constitución Política, dando así la bienvenida a una nueva concepción del proceso en materia penal; una vez abierta la puerta a través de la Carta Magna, fue expedida la Ley 906 de 2004, actual código de procedimiento penal colombiano, con el propósito de superar el antiguo modelo procesal con tendencia inquisitorial. El argumento fue siempre el de la ineficacia de este viejo y escriturario sistema de procedimientos, además de la fusión de funciones investigativas y judiciales en el ente acusador colombiano (Fiscalía General de la Nación), tal como se concibió a raíz de la gran reforma constitucional de 1991. Claramente la eficiencia es un criterio de análisis que proviene de la cultura anglosajona, según la cual, el mundo político y jurídico se debe construir bajo la premisa del mayor beneficio para la mayor cantidad de ciudadanos (Bayona, 2016, p.73).

Luego entonces, mediante la expedición del acto legislativo no 3 de 2002, se da vía libre a la consolidación del nuevo código de procedimiento penal con tendencia acusatoria en Colombia. Para tal fin, basados en la reforma constitucional, se sanciona la ley 906 de 2004, con la finalidad de evolucionar del sistema mixto inquisitorio al sistema penal oral acusatorio. Se tomaron como argumentos principales la falta de eficacia del antiguo sistema que de hecho era escrito, y que el ente acusador, Fiscalía General de la Nación tenía las funciones de investigar y acusar ante los jueces de conocimiento. Se parte del argumento eficiencia tomado como referencias las bases del sistema anglosajón, que se identifica claramente que desde el punto de vista de política criminal y para efectos del marco jurídico necesario, se requiere eficiencia y el máximo beneficio de la función judicial en pro del bienestar de toda la comunidad.

Sin embargo, de acuerdo con Moreno Duran, la implementación del sistema penal inquisitivo previo al sistema acusatorio, tuvo como origen o móviles una serie de principios que fueron objeto de discusión en las mesas donde se construyó el código, que relata así:

Desde la Asamblea Nacional Constituyente (Carrillo, 1991), se estableció la idea de cambiar el sistema procesal penal con carácter inquisitivo a uno acusatorio, cuyos móviles a la transformación se argumentaban por la ineficiencia, impunidad y falta de garantías en materia de derechos fundamentales. De acuerdo con las discusiones de entonces los siguientes principios se pusieron en la mesa de discusión (Londoño, 1991): 1. Independencia de la Fiscalía General de la Nación respecto del ejecutivo. 2. Monopolio de las funciones de investigación y acusación en cabeza del Fiscal General de la Nación y sus agentes. 3. Establecimiento de un procedimiento único para la investigación y el juzgamiento de delitos. 4. Igualdad de condiciones entre el ente acusador y la defensa durante todas las etapas del proceso (Moreno, 2013, p.326).

Es claro entonces que, a partir de la Asamblea Nacional Constituyente que aprobó la constitución política, es cuando nace la idea de la modificación al sistema procesal penal vigente, esto es bajo el modelo inquisitivo hacia el sistema penal acusatorio, tomando como supuestos de la reforma la ineficiencia, la impunidad y la ausencia de garantías de los derechos fundamentales de las personas, y que los presupuestos objeto de debate fueron precisamente la falta de independencia de la Fiscalía General de la Nación respecto del ejecutivo, la cual monopolizaba las funciones de investigación y juzgamiento, incluso a través de sus fiscales delegados, la fijación de un procedimiento único para investigar y acusar y la igualdad de condiciones en materia procesal para todas las partes, en especial fiscalía y defensa, y en todos los estadios procesales.

Granados Peña, rememorando a Hugo Escobar Sierra, explica en pocas palabras cómo se estructura el actual sistema penal oral acusatorio en Colombia, partiendo de estos postulados, así:

Este nuevo sistema plantea una investigación donde se delimitan estrictamente las funciones de la fiscalía y se reservan para ella un papel de parte acusadora, encargada de dirigir la actuación de los organismos de investigación encargados a su vez de la recolección del material probatorio fundamental en este nuevo sistema; se instituye la figura de los preacuerdos así como del principio de oportunidad, tendientes a descongestionar los tribunales y brindar celeridad a los términos; nace también la figura del juez de control de garantías, que actúa en procura de las garantías constitucionales y legales del investigado, supervisando y dando vía libre para algunas actividades realizadas por la fiscalía, todo

ello unido a los parámetros internacionales que marcan la naturaleza del nuevo sistema, todo esto atendiendo a la protección constitucional de la presunción de inocencia, aspecto fundamental del desarrollo del juicio oral, así como primando el principio de igualdad entre defensa y acusación (Granados, 2004, pp.11 - 12).

Para Granados se logra un buen avance con la implementación del sistema penal acusatorio, porque las funciones de la fiscalía se fijan rigurosamente, se le asigna la función acusatoria, en donde dirige la actividad de los organismos investigativos que se ocupan de recolectar los elementos probatorios y evidencia física necesaria y pertinente para aportarlas al decurso procesal, también contiene la figura de preacuerdos como medida de terminación anticipada y el principio de oportunidad como otra forma de suspender el trámite de la acción penal, pero en ambos casos estos institutos además de servir de medios alternativos de solución de conflictos, tienen su gran valor como mecanismos de descongestión judicial y hacer más celerar la actuación penal, recrea igualmente la figura del juez constitucional con funciones de garantías, quien actúa como vigilante de los derechos y garantías superiores de los sujetos procesales, autorizando determinadas actuaciones de la fiscalía de acuerdo con los parámetros de investigación y juzgamiento contenidos en instrumentos de derecho internacional, porque mediante tal protección constitucional se busca el respeto y cumplimiento de la presunción de inocencia, aspecto esencial del juicio oral, así como el ejercicio del principio de igualdad entre defensa y acusación.

Sin ánimos de ser detractor del sistema penal acusatorio, Calle Calderón resume su punto de vista de las ventajas ofrecidas por este sistema penal, que finalmente fue un modo de aplicar justicia punitiva traída del sistema anglosajón, pero que aplica o hereda sus fallas y que reseña así:

al entender que un sistema de persecución penal acusatorio implica que sus paradigmas y categorías responden a la exigencia de que las garantías individuales son límite infranqueable a la política criminal del Estado, y al analizar las figuras del nuevo Código de Procedimiento Penal, se observa que evidentemente se ha celebrado la adscripción a una estructura conocida como acusatoria, pero a la manera norteamericana (selectiva, racista, desigual) y de Puerto Rico, que en cuanto a compromiso democrático y garantías no alcanza a responder a los estándares que se estiman como condiciones para llamar acusatorio a ese sistema, en los términos políticos en que se cree debe ser entendido.

En esa medida, no parecería que el nuevo sistema procesal penal pueda contribuir al mejoramiento democrático del sistema de justicia penal, ya que estas reformas se encuentran al servicio del programa político criminal autoritario y antidemocrático del actual gobierno, y pretenden, principalmente, lograr que las persecuciones penales terminen pronto, con sentencias anticipadas y negociadas, sentencias condenatorias en todo caso (Calle, 2004, pp. 145 -146).

Luego entonces, para este autor el sistema acusatorio requiere de prototipos y condiciones, donde se exija al Estado brinde las suficientes y completas garantías que no hagan inflexible y blindada la política criminal, pero en el caso del modelo colombiano se ha adoptado un sistema acusatorio copiado del modelo anglosajón norteamericano, el cual tiene como característica principal que es selectivo, racista, desigual y no respeta las garantías de los ciudadanos, carente de responsabilidad de tipo democrática y que no responde a los cánones y preceptos que conciben el verdadero sistema acusatorio, porque tiene características de un sistema que demuestra el avasallamiento del Estado sobre el individuo penalmente inculcado y que riñe con una real política criminal donde se respeten los derechos del ciudadano involucrado en un proceso penal. Según el autor, el sistema acusatorio no responde ni contribuye a mejorar los fines democráticos del sistema penal, más bien es el resultado del ejercicio arbitrario del poder punitivo del estado, fruto de las respuestas en materia de política criminal de tipo autoritario, que se enfocan básicamente en buscar la terminación rápida y pronta de los procesos penales con sentencias condenatorias negociadas, en especial por la figura de los preacuerdos y allanamientos, lo cual responde a la razón beneficio costo del sistema así diseñado, en detrimento de las garantías y derechos fundamentales del individuo.

3.4. Principios rectores

Para entender la figura de los principios o normas rectoras de la ley 906 de 2004, es preciso considerar inicialmente una conceptualización aproximada de los mismos. Para Garcés son:

Los principios o normas rectoras del Nuevo Código, constituyen normas de obligatoriedad y prevalencia sobre cualquier otra disposición; la característica esencial de una norma rectora, es que es una norma de carácter obligatorio y de prevalencia sobre cualquiera de las otras normas que reglan el sistema jurídico procesal. De ahí, entonces, que además del carácter

obligatorio y del carácter de prevalencia, se tenga otra característica más, que es la que sirve como fundamento de interpretación. La hermenéutica procesal debe girar en torno a las normas o a los principios rectores; una interpretación adecuada, lógica, sistemática de cualquier instituto procesal, debe hacerse siempre de la mano de una norma rectora. Si se abandona el contenido filosófico-ontológico y estructural de una norma rectora, se corre el riesgo de una interpretación equivocada, quizás injusta y falta de fundamento en el tema de la hermenéutica e interpretación procesales (Garcés, 2017, p.11).

De la anterior cita es posible llegar a las siguientes conclusiones. Los principios o normas rectoras son preceptos de cumplimiento obligatorio y que tienen un lugar superlativo o superior sobre el resto de normas del código, como una especie de normas de comportamiento procesal para las partes. Su principal característica radica en que obliga a los sujetos procesales, rige por encima de las restantes normas es decir tiene un valor superior a las demás del sistema jurídico procesal que se trate, de donde se deduce su obligatoriedad de cumplimiento y su preeminencia, siendo otra característica fundamental su carácter orientador porque es fundamento interpretativo. La interpretación de textos jurídicos procesales se hace frente a este tipo de normas, de modo que la interpretación ideal debe ser adecuada, lógica y sistemática pero siempre consultando este tipo de principios. Ahora la norma rectora como tal tiene un contenido filosófico adscrito al ser y sus relaciones con el entorno, no puede dejarse esta finalidad porque se caería en una interpretación errada de este tipo de preceptos guía en la actuación procesal, que puede rayar en la injusticia por carencia de sostén interpretativo en este tipo de ejercicio procesal.

En este orden de ideas, es viable exponer acerca de los atributos de la norma jurídica para el funcionamiento estatal. Vázquez sobre el particular, señala:

En este sentido, sea lo primero indicar que, sobre la naturaleza de la norma jurídica como uno de los factores determinantes dentro de la estructura y funcionamiento del Estado y la vida social de toda sociedad organizada, se han suscitado muchas discusiones de orden filosófico y teórico jurídico. De ahí que no pueda sorprender que aún se mantenga la discusión acerca del concepto y epistemología de este elemento estructural del sistema normativo dentro de las diversas corrientes jurídicas. Así, por ejemplo, mientras que para algunos la norma es simplemente un mandato objetivo que puede ordenar, prohibir o

permitir una determinada conducta, para otros es un precepto de orden imperativo, una expresión de una determinada forma o una regla social (Vásquez, 2007, p.71).

De este modo, la norma jurídica tiene una naturaleza especial, porque de su concepción o concepto y contenido, depende en gran parte el funcionamiento tanto del Estado como de la adecuada convivencia en comunidad, desde las épocas en que el hombre se organizó mediante el sedentarismo, pero ello ha concitado abundantes choques de pensamiento filosófico y dogmático jurídico. Aún persiste el conflicto mental respecto del concepto, los principios, fundamentos, extensión y métodos del conocimiento humano frente a la elaboración de este tipo de preceptos, tanto que para algunos solamente es un mandato donde se ordena, prohíbe o permite determinado acto o conducta, para otros representa una orden de tipo imperativo que regula una forma o conducta social determinado. Del encuentro y acuerdo intelectual de estas dos corrientes de pensamiento depende en gran parte el futuro interpretativo de las normas rectoras.

Entrando ya en materia con los principios rectores del sistema penal acusatorio diseñado por la ley 906 de 2004, es preciso recordar que en el título preliminar de la ley 906 de 2004, denominado principios rectores y garantías procesales, se enlistan 27 artículos que los constituyen y que en su orden comprenden en el artículo 1º la dignidad humana, en el artículo 2º la libertad, en el artículo 3º la prelación de los tratados internacionales, en el artículo 4º la Igualdad, en el artículo 5º la Imparcialidad, en el artículo 6º la Legalidad, en el artículo 7º la presunción de inocencia e in dubio pro reo, en el artículo 8º el derecho de Defensa, en el artículo 9º la Oralidad, en el artículo 10 la actuación procesal, en el artículo 11 los Derechos de las víctimas, en el artículo 12 la Lealtad, en el artículo 13 la Gratuidad, en el artículo 14 la Intimidación, en el artículo 15 la Contradicción, en el artículo 16 la Inmediación, en el artículo 17 la Concentración, en el artículo 18 la Publicidad, en el artículo 19 el Juez natural, en el artículo 21 la Cosa juzgada, en el artículo 22 el Restablecimiento del derecho, en el artículo 23 la Cláusula de exclusión, en el artículo 24 el Ámbito de la jurisdicción penal, en el artículo 25 la Integración, en el artículo 26 la Prevalencia, en el artículo 27 los Moduladores de la actividad procesal.

Seguidamente se hará un comentario de cada uno de ellos.

El principio de la dignidad humana prohíbe emplear al ser humano

para fines jurídico penales, proscribire las sanciones que vulneren tal principio, y se extiende a los legisladores y a los jueces, incidiendo este en todos los ámbitos del derecho punitivo sustancial, en el procesal y el de ejecución penal, es un derecho penal mínimo y garantista, cuidadoso de la dignidad personal, dentro del Estado Social de Derecho, principio y fin de la organización política (Velázquez, 2018, p 43)

Para Casal el derecho a la libertad personal significa:

El derecho a la libertad personal ampara el estado de libertad física o corporal de la persona, entendido como una situación en la cual ella se encuentra libre de medidas como la detención, el arresto o el internamiento. Se protege la facultad de la persona de auto determinar su situación en el espacio o, más precisamente, el derecho a no ser obligada a permanecer en un lugar determinado. Dicho más simplemente, se tutela el derecho a abandonar el lugar donde uno se encuentre; el derecho a marcharse (Casal, 1999, p.167).

Dicho de otro modo, el derecho a la libertad personal protege la libertad de movilización tanto física como corporal del individuo, que se trata de una situación donde este no está soportando medidas restrictivas como la detención, el arresto el internamiento. Se salvaguarda el derecho de la persona de auto determinarse en el espacio, o que el derecho no la compele a estar en un determinado sitio, es decir ampara el derecho a moverse libremente del lugar donde se encuentra la persona.

Encuanto al artículo 3º señala la prelación de los tratados internacionales, indicando que:

En la actuación debe prevalecer lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre Derechos Humanos y que prohíben su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad (Villarreal, 2015, p.12).

En otras palabras, en la actuación procesal debe ser prevalente todo lo que regulen los tratados y convenios internacionales ratificados por el gobierno colombiano en materia de derechos humanos y en especial aquellos que impiden se limiten estos derechos, incluso en estados de excepción porque hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En el artículo 4º se refiere así la doctrina al derecho a la Igualdad:

En términos de derecho cuando se habla de igualdad, lo que se quiere decir es que la ley no establece distinciones individuales respecto de aquellas personas de similares características, ya que a todas ellas se le reconocen los mismos derechos y las mismas posibilidades, todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción de credos, razas, ideologías políticas, posición económica (Acuña, 2009, p. 20).

Cabe considerar entonces que el derecho de igualdad se entiende como aquel donde no se permiten discriminaciones entre personas de idénticas características, porque a todas ellas se la han reconocido similares derechos y semejantes oportunidades, solo por el hecho de que todas las personas son iguales ante la ley.

En el artículo 5º el derecho a la Imparcialidad: Salazar (2015) citando a Maier (1999, p. 739) expresa que:

observa que el origen etimológico del término “imparcialidad” se refiere a quien no es parte de un asunto que debe resolver y, semánticamente, como la ausencia de prejuicios en contra de una persona o materia que se decide, adicionalmente ve un verdadero problema cuando es la ley la que obliga al juez a adoptar una posición de parte en el procedimiento, a abandonar su neutralidad frente a alguno de los extremos, como en el caso que éste debe conocer la verdad de lo acontecido por su propios medios. Porque aun ausente de un interés particular en los resultados de la contienda, su actuar siempre favorecerá la causa de alguna de las partes en el procedimiento (Salazar, 2015, p.10) (Maier, 1999, citado por Salazar, 2015).

Como resultado de lo anterior se tiene que etimológicamente imparcialidad implica que quien no es parte de un asunto que tiene para resolver, y desde el punto de vista semántico la carencia de prejuicios en detrimento de una persona o asunto sobre el cual se decide, y que se erige como un problema trascendental cuando la ley obliga al juez tomar parte en el asunto, renunciando a su neutralidad e imparcialidad respecto de las partes en litigio, dado que es el llamado a desentrañar la verdad de los hechos y por tanto debe carecer de un interés especial en los resultados procesales, porque su comportamiento siempre será a favor de una de las partes en la contienda procesal.

Respecto del artículo 6º que contiene el principio de Legalidad, Suarez ha dicho:

El principio de legalidad en derecho penal es producto de la ilustración y uno de los pilares más importantes del estado de derecho. Se consolida con la ideología liberal de la revolución francesa, constituyéndose en un instrumento que impediría los abusos de poder por parte del Estado a través de la racionalidad en la imposición de las sanciones, y delimitaría claramente los ámbitos de libertad en el ser humano (Quintero, 1998). Visto así el principio de legalidad, en la época moderna se ha convertido en el bastión del respeto por las garantías individuales y la seguridad jurídica, razón por la cual se contempló en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en los Convenios I, II, III y IV de Ginebra y Protocolos Adicionales I y II, entre otros, y en el ámbito nacional fue incorporado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política y como principio rector en el artículo 6 de la Ley 599 y 600 de 2000, Ley 906 de 2004, Ley 522 de 1999, y en el artículo 7 de la Ley 1407 de 2010, de manera que el asociado tenga la garantía que lo no contemplado como delito en la ley no existe, la pena es la establecida para cada conducta y los procedimientos para la aplicación del derecho son los reseñados en las codificaciones (Suárez, 2017, pp.11 - 12).

Como se puede inferir, este principio es nacido de la ilustración y uno de los soportes fundamentales del Estado de Derecho. Su proceso de fortalecimiento ocurre con las ideas liberales de la revolución francesa, de modo que sería el freno para los abusos de poder estatal, haciendo la dosificación de las sanciones mucho más humanitaria y racional, y fijaría estrictamente los linderos de la libertad del ser humanos y las formas de su limitación. Es de tanta importancia en la vida jurídica moderna, que parten del mismo todas las normas que se ocupan a nivel internacional del respeto hacia las garantías individuales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en los Convenios I, II, III y IV de Ginebra y Protocolos Adicionales I y II, entre otros, y a nivel nacional fue introducido como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política y como norma rectora en el artículo 6 de la Ley 599 y 600 de 2000, Ley 906 de 2004, Ley 522 de 1999, y en el artículo 7 de la Ley 1407 de 2010, para que el ciudadano disponga de la enorme garantía acerca de que lo no estipulado en la ley como delito es inexistente, que para cada conducta penal existe una

pena y los procedimientos de uso del derecho son solamente los que señalan los respectivos códigos.

Para no extendernos tanto en el análisis propio del artículo 7º que contiene el principio de la presunción de inocencia e in dubio pro reo, que sería objeto de examen en un capítulo separado, Benavente recuerda al maestro Ferrajoli así:

Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda (Benavente, 2009, p.61).

Con base en lo expuesto, y que se trata de un principio que necesita un análisis más profundo e independiente, evocando al maestro Ferrajoli, este principio da dos grandes aportes en materia de garantismo penal, en primer lugar, el tratamiento que reciba el imputado o procesado respecto de la limitación a su libertad, la cual debe excluirse al máximo tanto que la libertad es el género y la detención o privación de la misma la especie. Por otra parte, en materia penal la carga de prueba inculpatoria conduce a la absolución en caso de duda, es decir se da preeminencia a la absolución cuando existe duda de la ocurrencia del hecho y de la responsabilidad del inculpado.

En el artículo 8º se tiene el derecho de Defensa, que es otro de los soportes del Estado de Derecho. Según Hernández tiene la óptica de este principio así.

El principio de defensa se orienta a que el acusado pueda tener su defensa material como técnica. Este principio se convierte en una de los prismas del debido proceso, que se traduce en el “despliegue de medios y esfuerzos encaminados a mejorar la situación del implicado (...) no basta la asistencia de un profesional del derecho en el proceso, sino que se exigen de su parte actos que podrían ser de vigilancia y control del curso de la investigación (Hernández, 2011, pp.11 - 12).

Igualmente, el principio de defensa busca o procura que el acusado pueda defenderse tanto material como técnicamente con el apoyo y soporte profesional de un abogado. Este principio es soporte básico del principio

al debido proceso, que en esencia responde al desarrollo de actividad y esfuerzos tendientes a renovar la situación jurídica del implicado, pues aparte de la diligencia y actividad profesional de su defensor de confianza, debe realizar actos de vigilancia y control de la indagación que se le adelanta.

En el artículo 9^o se señala el principio de Oralidad, al cual Hernández se refiere así:

La oralidad es una forma de comunicación entre participantes y una forma de dar información que asegura la inmediación del juez con las partes, busca que se tomen decisiones soportadas en la información transmitida públicamente en la audiencia y permite que las partes ejerzan su contradicción. Es un sistema de control donde funciona el principio de publicidad, que asegura las actuaciones las conozca el conglomerado en general y puedan ser aprobadas o no (Hernández, 2011, p. 63).

Con base en lo expuesto se tiene que la oralidad es el medio de comunicación por excelencia entre las partes del proceso penal, también el vehículo en que se soporta el juez para mediante el principio de inmediación dar a conocer a los participantes sus decisiones, las cuales se sostienen con base en esa información, entregada en audiencia pública para que las partes pongan en marcha el principio de contradicción. Se trata de un medio donde se controla el principio de publicidad, el cual permite que tanto las partes como la ciudadanía conozcan el resultado de la decisión en particular y tomen partido al respecto.

En el artículo 10 de la ley 906 de 2004 se contiene el principio de Actuación procesal. Ese precepto señala que esta actuación o tramite del proceso se hará respetando derechos fundamentales de las partes e intervinientes y teniendo en cuenta la necesidad de lograr se haga eficaz el ejercicio de la justicia, donde los funcionarios deben priorizar el derecho sustancial. Para tal fin son de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de medios técnicos adecuados que los materialicen y que se cumplan los términos señalados en la ley o el funcionario para que se realice cada actuación. El juez tiene amplias facultades en los términos señalados por el código para castigar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que perturben con su conducta el orden y la buena marcha de los procedimientos. El juez puede autorizar acuerdos o estipulaciones entre las partes, que se ocupen de aspectos donde no haya

controversia sustantiva, ni se renuncie a los derechos constitucionales. El juez de control de garantías y el de conocimiento deben corregir actos irregulares no sancionables con nulidad, pero siempre respetando derechos y garantías de los intervinientes (Ley 906, 2004).

Ahora en el artículo 11 se refiere a los Derechos de las víctimas, que de acuerdo al contenido legal tiene 10 literales que representan múltiples derechos, Cáceres ha sintetizado los mismos así:

Estas garantías procesales existentes que han sido ampliadas significativamente más no de forma total por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en el derecho de la víctima al acceso a la justicia y a la intervención procesal. Y es precisamente a partir de los derechos de las víctimas (contemplados en el ámbito internacional) a la verdad, a la justicia y a la reparación, que la Corte Constitucional reelabora a través de su jurisprudencia constante, el papel de la víctima en el proceso penal como interviniente especial, elevando esta categoría jurídica como fundamento para su participación procesal. En efecto, la intervención procesal de la víctima en un principio se encontró limitada al incidente de reparación integral, único espacio donde ésta podía actuar de manera independiente de la Fiscalía y con plenas facultades probatorias, quedando en las restantes fases procesales marginada a un papel de observador, donde sólo era escuchada como testigo de cargo, limitación que se fundamentó en el carácter adversarial del sistema de procedimiento penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004, por lo que la intervención procesal de la víctima generaría una desigualdad entre defensa y acusación. Sin embargo, la consideración de la víctima como interviniente especial y bajo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, logra facultades de intervención procesal equiparables a las de las demás partes procesales, como lo son la Fiscalía y la Defensa, claro está, con las limitaciones que el mismo sistema de juzgamiento exige (Cáceres, 2012, p.80)

De acuerdo con lo antes citado, los derechos de las víctimas han sido ampliados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente el derecho de la víctima al acceso a la justicia y a la intervención procesal. Partiendo de los derechos de las víctimas consolidados internacionalmente, además de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, es el fundamento o sustento teórico que tiene a su disposición la Corte Constitucional para reelaborar sus decisiones judiciales en forma constante,

el rol de la víctima en el proceso penal como interviniente especial, sublimando este tipo de categoría jurídica como soporte de su intervención procesal. Esta fue inicialmente limitada al incidente de reparación integral, donde ella podía actuar independientemente de la Fiscalía y con completas facultades probatorias, pero en las demás etapas procesales se le relegaba al rol de simple observador, o de testigo de cargo, restricción soportada en la característica adversarial del sistema de procedimiento penal acusatorio dispuesto en la Ley 906 de 2004, de modo que la intervención procesal de la víctima implicaría desigualdad entre defensa y acusación. No obstante, la estimación de la víctima como interviniente especial y acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, alcanzo facultades de intervención procesal más amplias y asimilables a las restantes partes procesales, pero con las restricciones exigidas por el sistema de juzgamiento.

En cuanto al artículo 12 se señala el principio de Lealtad, al cual el maestro Fernando Velásquez se refirió en su oportunidad:

Todas las personas que intervienen en el proceso: el juez, el ministerio público, la parte civil, el procesado, el apoderado o defensor, el civilmente responsable, los peritos, los auxiliares de la justicia, los jurados, etc., están en la obligación de proceder de buena fé y de ser veraces para posibilitar el descubrimiento de la verdad procesal. Por ello se habla con propiedad del principio de la moralidad, pues los sujetos procesales deben comportarse éticamente, con buena fé, sin acudir a recursos torcidos, a trampas judiciales, a la deformación de la prueba; en fin, como dice Devis Echandia, a las inmoralidades de todo orden, al fraude con el proceso y en el proceso. Así se desprende claramente del art. 60. CPP (Velásquez, 1999, p. 90).

Este es un principio vital dentro del trámite procesal, porque se supone que todas las partes e intervinientes en el proceso penal actúan de buena fe, que deben decir la verdad y ser verídicos para permite que se pueda descubrir la verdad en el proceso. Acude entonces en su soporte el principio de moralidad porque los sujetos procesales o las partes deben asumir una conducta llena de ética y valores, actuar de buena fe, sin presentar recursos desviados o ilegales, a engaños, a falsear la prueba, a realizar todo tipo de actos inmorales, al fraude y colusión tanto procesal como extraprocesal.

En el artículo 13 se concibe el principio de Gratuidad, cuyo texto legal es el siguiente:

Artículo 13. Gratuidad. *La actuación procesal no causará erogación alguna a quienes en ella intervengan, en cuanto al servicio que presta la administración de justicia (Ley 906, 2004, art. 13).*

De la simple lectura al anterior precepto se colige que la actuación procesal es totalmente gratuita para las partes e intervinientes, es decir que el servicio de administración de justicia no tiene por qué cobrarse a quien o quienes lo ocupan. En tal sentido, la doctrina reitera que ninguno de los procedimientos tramitados por el ente investigador ni por cualquier despacho judicial, pueden ser cobrados a los sujetos procesales, por tanto ha de tener cuidado de no solicitar elementos para las actuaciones a la víctima o al sindicado (Bustos, 2017). Esta regla admite ciertas excepciones como las expensas judiciales, el arancel y el pago de cauciones, entre otras.

En el artículo 14 se señala el derecho a la Intimidad, que su conformación normativa indica:

Intimidad. *Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada. No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley. De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones.*

En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de control de garantías, con el fin de determinar la validez de la actuación (Ley 906, 2004).

Este precepto indica que a toda persona se le debe respetar su intimidad, no podrá ser objeto de molestias en su vida privada, ni serle registrado, allanado ni realizar incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de empleo, sino media orden judicial escrita de autoridad competente, para el caso el fiscal general de la nación o su delegado, de acuerdo con las formalidades y motivos preliminarmente señalados en el código procedimental. La excepción a esa regla ocurre en circunstancias de flagrancia y demás señaladas en la ley. Similar procedimiento ha de agotarse cuando sea necesario hacer búsqueda

selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otro tipo y que su acceso sea restringido o requieran interceptar comunicaciones. Para estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes debe realizarse la pertinente audiencia ante el juez de control de garantías, que validara la legalidad de la actuación.

En el artículo 15 se señala el principio de Contradicción, que señala:

Los sujetos procesales tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada. Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado (Ley 906, 2004).

Este principio se entiende que **el proceso no es un monólogo del juez, que tiene poderes omnímodos, sino que se trata de un diálogo abierto entre partes e intervinientes** (Santacruz, 2017, p.140)

Este principio se entiende que **el proceso no es un monólogo del juez, que tiene poderes omnímodos, sino que se trata de un diálogo abierto entre partes e intervinientes**. Es uno de los más importantes principios al interior del Derecho Procesal Penal, este es desarrollo del Artículo 29 inciso 4 de la Constitución Política. Este principio se evidencia en dos formas, en la primera a través del derecho de Contradicción de la Prueba, permitiéndole su controversia, aportando y solicitando pruebas (Zabaleta, 2017, p.178).

La segunda forma es la impugnación como concepto genérico usado en el ámbito procesal. En tal sentido “*impugnar*” es la interposición de un recurso contra una resolución judicial, o como resolución “*impugnable*”, aquella decisión contra la cual se puede interponer algún tipo de recurso (Kulvers).

En el artículo 16 se tiene el principio de Inmediación, al cual Garcés señaló:

Finalmente, digamos que el principio de la inmediatez es importantísimo, porque después de que se recojan las evidencias y se lleven a juicio oral, el Juez está ahí, presente. El principio de la inmediatez tiene que ver

con la presencia del funcionario en la recolección o contradicción de la prueba: El juez de conocimiento, a quien le corresponde fallar, es el que está en contacto directo con la prueba; el fiscal va a recoger sus evidencias, principio de inmediación; el abogado va a recoger sus evidencias, principio de inmediación; y todas las evidencias se llevan a juicio y se hacen conocer del juez, principio de inmediación. Allí no va a haber jueces sin rostro, ni jueces resguardados en sus escritorios, ni Jueces en vacaciones firmando providencias (Garcés, 2004, p.15).

Para este comentarista el principio de inmediación tiene vital importancia, dado que recogidas las evidencias y aportadas en el juicio oral, el Juez debe presenciarlo. El principio de la inmediación precisamente se ocupa de la presencia del funcionario en la recolección o contradicción de la prueba, para el caso el juez de conocimiento competente para fallar, está en contacto directo con la prueba; el fiscal recoge sus evidencias aplicando el principio de inmediación; el defensor hace lo mismo con el elemento material probatorio o evidencia física, es decir cada cual recoge sus evidencias por separado, las llevan todas a juicio para el conocimiento del juez, empleando el principio de inmediación, de modo que no existan jueces secretos, sin rostro ni jueces anquilosados en sus escritorios, ni Jueces en vacaciones firmando sus decisiones.

En el artículo 17 se describe el principio de Concentración, el cual prescribe que *durante el trámite de la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deben hacerse en forma continua, preferencialmente en el mismo día; si no es posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio que el juez director de la audiencia excepcionalmente la fije por un término hasta de treinta (30) días, si suceden circunstancias especiales que lo ameriten. De todas formas, el juez procurara no velará porque no aparezcan audiencias concurrentes, para que pueda centrar su atención en un solo asunto. De tal forma es necesario concurrir **puntualmente a las audiencias públicas**, para evitar su aplazamiento de la misma (Ley 906,2004).*

En el artículo 18 contiene el principio de Publicidad, que indica la actuación procesal será pública. *A ella accederán tanto los sujetos procesales, los medios de comunicación y la ciudadanía en general. Se excepcionan los casos en los cuales el juez estime que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás participantes, o resulte afectada la seguridad nacional; se arriesgue a un daño psicológico a los menores de edad intervinientes; se quebrante el derecho del acusado a un juicio*

justo; o se complique seriamente el éxito de la investigación (Ley 906, 2004).

Esta norma rectora desarrolla los principios constitucionales del artículo 29 Numeral 4 que señala todo sindicado tiene derecho a un proceso público» y el Artículo 228 que dispone **todas las audiencias que se realicen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y permanentes** (Const., 1991).

En el artículo 19 se encuentra el principio de Juez natural, el cual indica que *nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal ad-hoc o especial, que se cree después de la comisión de un delito y por fuera de la estructura judicial ordinaria.*

Esta norma rectora configura el desarrollo del inciso 2 del artículo 29 constitucional que señala taxativamente *Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente.* Por otra parte, el Artículo 116 de la Constitución Política señala las instituciones encargadas de dispensar justicia y en que circunstancia pueden conferirse facultades judiciales transitorias a los particulares para administrar justicia (Const., 1991).

En el Artículo 20 se consagra el principio de doble instancia en donde se prevé que el superior no podrá agravar la situación del apelante único. La doble instancia es una garantía obligatoria en un estado social de derecho, es un principio de índole constitucional que prevé la garantía para las situaciones de arbitrariedad ante las decisiones judiciales, se parte de la base que los jueces son seres humanos, y por ello pueden equivocarse, por lo tanto la doble instancia actúa como garantía contra el arbitrio y abuso en esas decisiones judiciales y permite allanar el camino para corregir los errores en que el fallador haya incurrido al tomar decisiones (Ramírez, 2017,p.2)

En el artículo 21 se establece el principio de cosa juzgada que a la letra dice:

La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, como también las absoluciones que se refieran a graves violaciones de derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario, cuando se debieron a la falta de un interés serio del Estado al ejercer la acción penal,

según lo hubieren establecido los organismos con jurisdicción internacional cuya competencia haya sido reconocida por Colombia o lo determinen pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o de la jurisdicción contencioso administrativa (Ley 906, 2004).

Sobre el particular se estima:

Estipulado en el Artículo 29, Inciso 4 de nuestra Constitución Política, se le denomina non bis in ídem, por lo que el sindicado o procesado no puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (**Const., 1991**). La expresión hecho, debe entenderse como conducta humana finalmente dirigida, mientras que la identidad alude a la persona, al objeto y a la causa de persecución, de lo contrario no se podría hablar de la identidad de hecho.

La llamada cosa juzgada representa constituye un efecto procesal de la resolución judicial que se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada, que prohíbe que lo ya resuelto sea nuevamente revisado en el mismo proceso o en otro proceso. (García, 2006, p.1)

De esta manera, el principio de cosa juzgada conocido como non bis in ídem, señala el sindicado o procesado no puede ser investigado ni juzgado dos veces por el mismo hecho o delito. Se entiende que se trata este último de conducta humana, la identidad se refiere a la persona, objeto y a la causa de persecución, de resto se desvanece la identidad de hecho. Se trata en síntesis de la imposibilidad del Estado de debatir asuntos objeto de decisión mediante un proceso previo, que tiene sentencia debidamente ejecutoriada.

En el artículo 22 se consagra el Restablecimiento del derecho, que legalmente se enuncia así:

Artículo 22. Restablecimiento del Derecho. *Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para que hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior; si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal (ley 906, 2004)*

De acuerdo con lo anterior, estas son medidas a cargo del Fiscal y los Jueces cuando el caso lo amerite, con el fin de hacer menos gravosa

la situación tanto del ofendido como del implicado, ordenando todas las medidas pertinentes que permitan buscar de toda forma reestablecer el derecho vulnerado y en caso que no se pueda para garantizar la indemnización de perjuicios, no importando si existe o no responsabilidad penal porque de lo que se trata es de la conocida in restitutio in integrum, es decir volver las cosas al estado que se encontraban antes de la comisión del delito.

En el artículo 23 la Cláusula de exclusión, que indica *toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirá las pruebas que sean consecuencia directa de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia, salvo las excepciones previstas en este código (Ley 906,2004).*

De acuerdo con el anterior precepto, el ente investigador tiene el deber de iniciar los procesos y dentro de ellos conseguir, recolectar y asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, acorde con los principios rectores y garantías fundamentales, su desconocimiento la vuelve nula de pleno derecho e implica la exclusión de la misma y de las pruebas que se ellas se desprendan.

En el artículo 24 contiene el Ámbito de la jurisdicción penal, que indica *las indagaciones, investigaciones, imputaciones, acusaciones y juzgamiento que se hagan por las conductas previstas en la ley penal como delito, tienen el deber de adelantarlas los órganos y a través de los procedimientos señalados en este código y disposiciones complementarias (Ley 906,2004).*

En el artículo 25 contiene el principio de Integración, cuya norma o texto legal señala que *En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.* “En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el C.P.P., son aplicables las disposiciones del código de procedimiento civil y de otros ordenamientos procesales, siempre que no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal (Ley 906, 2004).

De tal manera **el proceso penal no es la excepción para que no se atenga a las reglamentaciones de otros procesos**, en especial el procedimiento civil el cual tiene mucho más desarrollo que el derecho procesal

penal. En el evento de presentarse vacíos en la medida que la ley específica no regule especialmente el tema, es viable aplicar normas similares que permitan resolver los vacíos del proceso penal. También es viable, de acuerdo como lo regula el código general del proceso, recurrir a preceptos constitucionales como se verá seguidamente.

Entonces, de acuerdo con los parámetros del Código General del Proceso, por mandato axiológico del legislador, en el evento de hallarse contradicciones o vacíos en el estatuto procesal, el juez o jueza deben acudir a la norma superior y aplicar los principios en ella contenidos para resolver el caso en concreto. De modo que la Carta Política es fuente directa en la aplicación del derecho procesal. (Quiroz, 2014, p.43)

En el artículo 26 se consagra la prevalencia de las normas rectoras, con carácter Obligatorio y que operan de preferencia sobre cualquier norma de este código, y que tales principios rectores son fundamento interpretativo (Ley 906,2004).

Finalmente, en el artículo 27 se examinan los moduladores de la actividad procesal, en donde durante el curso de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se amoldarán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en su conducta, evitando excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia (Ley 906,2004).

4. PARTES E INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL

Es razonable que para poder trabar una Litis dentro de un proceso se necesita el concurso de partes, que necesariamente llegan a ella con intereses contrapuestos y pretensiones diferentes. Con la finalidad de tener claro tanto concepto como la diferencia entre parte e interviniente en el proceso penal, Ortiz la plantea de la siguiente manera:

Sujetos procesales son aquellos que en el proceso jurisdiccional tienen aptitud para realizar actos procesales cualquiera que sea la posición que ocupen en éste. La doctrina diferencia entre quienes tienen la calidad de parte, terceros e intervinientes. El concepto de sujeto procesal es omnicompreensivo de todos ellos. Desde la doctrina mayoritaria, parte es quien pide en nombre propio o de otro la actuación de la voluntad de la ley frente a otro en el proceso, por lo que adquiere la calidad de actor (pretende) o de opositor (resistente) (Ortiz, 2010, p. 52).

Lo anterior se explica expresando que un sujeto procesal es aquella persona natural o jurídica, que al interior del proceso judicial está autorizado para realizar actos procesales sin importar la condición que ostente dentro del mismo. Según la doctrina hay diferencia entre quienes son parte, terceros e intervinientes. El concepto de sujeto procesal los comprende a todos. Se dice que es parte quien en nombre propio o de otro pide la actuación de la voluntad de la ley frente a otro en el proceso, de modo que asume el rol de actor cuanto tiene pretensiones o de opositor cuando las resiste o se opone a ellas. En cuanto a la definición de tercero el mismo autor indica:

El tercero es definido al unísono por la doctrina como aquél que con posterioridad al establecimiento de la relación jurídica procesal llega al proceso entre otros, adquiriendo en algunos eventos la calidad de parte y en otros la de mero interviniente; pero al definir al interviniente se dice que es aquél que por voluntad propia o forzada llega al proceso con capacidad para realizar actos procesales de parte, con lo que la confusión torna en gaseosos tales conceptos (Ortiz, 2010, p. 52).

Dicho de la anterior forma, el tercero se reconoce unificadamente como quien luego de trabada la relación jurídica procesal entre las partes, concurre al proceso entre otros, porque o toma la calidad de parte para algunos casos y para otros como simple interviniente; este último es aquel que aquél que voluntariamente o forzadamente acude al proceso para actuar en actos procesales en condición de parte, por ello esos conceptos tienden a confundirse, porque la única diferencia sería el momento en el cual acuden al proceso, pero los fines son casi los mismos.

Aterrizando ahora estas conceptualizaciones en el sistema penal acusatorio, es conveniente analizar el funcionamiento de dicha estructura, la cual Moreno concibe así:

En cuanto al elemento acusatorio del sistema de enjuiciamiento penal se presupone una estructura adversarial en donde prima la independencia de las partes intervinientes, la inmediatez, la concentración, y ante todo, la imparcialidad del juez. Implica un procedimiento garantista, con igualdad entre el acusado y el defensor. En palabras de Ferrajoli (1995, p. 564), es el sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo, rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la

carga de la prueba, enfrentada a la defensa de un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción (Moreno, 2013, p.336).

Se tiene entonces que dentro del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal se ejerce una configuración procesal de tipo adversarial, caracterizada por la independencia de las partes que a ella concurren, la inmediación, la concentración, y especialmente la imparcialidad del juez. Se supone un procedimiento garantista, donde debe existir igualdad de armas entre el ente acusador y la defensa e igualdad de derechos entre el acusado y el defensor. Para Ferrajoli (1995, p. 564), es este sistema procesal el juez es sujeto pasivo, rígidamente apartado de las partes, en donde el juicio es una disputa entre iguales que arranca con la acusación, cuya carga de la prueba compete a la fiscalía o entidad encargada de presentarla, que se enfrenta a la defensa es un escenario de juicio contradictorio, oral y público, que viene a ser definida por el juez acorde a su libre convicción.

Ahora bien, en cuanto a la forma de darle trámite a este sistema, el mismo autor se refiere al principio de oralidad así:

Lo que se busca es esclarecer si el sistema está siendo adoptado a cabalidad o si ha sido adaptado para que los agentes puedan continuar con sus comportamientos clásicos. Con el fin de lograr la celeridad y abolir la formalidad intransigente de los procesos que rendían culto al expediente; el artículo 9 de la ley 906 de 2004 determina la obligatoriedad de realizar las actuaciones de forma oral. El sistema innovador trae consigo la oralidad, para que la defensa sea efectiva y la intervención de las partes proceda de manera inmediata ante cada una de las actuaciones procesales que van surgiendo u ocurriendo. La oralidad al ser el medio por el cual las partes expresan su querer, permite que el juez observe los demás aspectos del lenguaje, dándole así una percepción directa de las reacciones, sensaciones que pretende el interviniente (Moreno, 2013, p. 337).

De allí pues, se trata de indagar si el sistema ha sido diseñado totalmente para que los agentes continúen con sus conductas de antaño. Pero para lograr celeridad e invalidar la formalidad intransigente de los procesos escriturales donde se formaba el expediente; el artículo 9 de la ley 906 de 2004 fija como norma rectora la obligación de realizar las actuaciones de forma oral. Este sistema es novedoso porque permite que la defensa sea efectiva, para que las partes actúen en forma inmediata en cada una de las actuaciones procesales

a medida que se van produciendo. La oralidad viene siendo el mecanismo de las partes de su libre expresión, faculta al juez observar además del lenguaje, que tenga una percepción directa de las reacciones, y sensaciones del interviniente.

2.1. Roles de las partes e intervinientes

Dentro del proceso penal acusatorio las partes actúan y tienen un papel protagónico, dependiendo de los intereses que tengan en este. Para tal fin Daza hace una interesante distinción de cada uno de esos roles, por cuanto señala la norma específica de la ley 906 de 2004 que le permite tal facultad. Veamos:

Policía nacional: Cuando en ejercicio de la función preventiva: registro personal y vehicular, (Art. 208 C.P.P.) descubriere elementos materiales probatorios y evidencia física, los identificará, recogerá y embalará técnicamente, y sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe (Daza, 2007, p. 94).

En otras palabras, la Policía nacional puede ejercer su función preventiva de registro personal y vehicular, conforme al artículo 208 C.P.P., en el caso de descubrir elementos materiales probatorios y evidencia física, procederá a su identificación, recogida y embalaje técnico, sin dilación informara su hallazgo a la policía judicial, sea telefónicamente o por cualquier otro medio ágil y eficaz, para ello la policía judicial concurrirá inmediatamente al lugar para recoger elementos y el informe. En cuanto a las funciones de policía judicial señala:

Policía judicial. Adelanta los actos urgentes (Art. 205 C.P.P.) tales como: inspección del lugar de los hechos, inspección del cadáver, inspección y recolección técnica de elementos materiales probatorios e información, entrevistas e interrogatorios los cuales debe someter a cadena de custodia. Además, es el encargado de enviar los elementos materiales de información a los laboratorios (Art. 258 C.P.P.). El funcionario de policía judicial se convierte en testigo. En audiencia preliminar demuestra legalidad de estos elementos (Ley 904, 2004, art. 276) y en audiencia del juicio oral, público, contradictorio, con intermediación, luego de certificar la cadena de custodia (Art. 265 C.P.P.), los incorpora a través del interrogatorio que le formula el fiscal (Daza, 2007, p. 94).

De esta forma se tiene que la Policía judicial se ocupa de los actos urgentes, de conformidad con el artículo 205 C.P.P. este tipo de actos son la inspección del lugar de los hechos, inspección del cadáver, inspección y recolección técnica de elementos materiales probatorios e información, las entrevistas e interrogatorios, todo lo cual ha de someter a la cadena de custodia. También debe remitir los elementos materiales de información a los laboratorios especializados de conformidad con el artículo 258 C.P.P. Por este hecho, el funcionario de policía judicial toma el rol de testigo. En audiencia preliminar concurre para demostrar la legalidad de los elementos que aporta, conforme al artículo 276 C.P.P. y posteriormente a la audiencia del juicio oral, público, contradictorio, a través de la intermediación, certifica que empleo adecuadamente la cadena de custodia, conforme al artículo 265 del C.P.P., los incorpora mediante el interrogatorio que le haga el fiscal. Ahora, frente a la labor pericial esta publicación explica:

Los peritos reciben los elementos materiales, para el estudio respectivo (Art. 258 C.P.P.) rinden el informe respectivo, y éste se somete a las reglas de admisibilidad que se aplican en la audiencia preparatoria (Art. 414 C.P.P.). Admitido el informe el perito-testigo es citado a la audiencia del juicio, público, oral, contradictorio, con intermediación de las pruebas, para ser interrogado por la parte que lo aduce y contrainterrogado por la contraparte. En audiencia debe certificar la cadena de custodia (Art. 265 C.P.P.) (Daza, 2007, p. 94).

De tal manera que en los laboratorios especializados los peritos reciben los elementos materiales y evidencia física para su estudio pericial pertinente (Art. 258 C.P.P.), posteriormente rinden el informe respectivo sobre lo que se la confiado su análisis de expertos, el informe cursa su aprobación dependiendo de las reglas de admisibilidad aplicables a la audiencia preparatoria (Art. 414 C.P.P.). Recibido el informe del perito-testigo por el juez, este lo cita a la audiencia del juicio, público, oral, contradictorio ante el juez para que se aplique el principio de intermediación probatoria, y es allí donde lo interroga la parte que lo aporta y lo contrainterroga la contraparte y allí debe corroborar el uso de la cadena de custodia (Art. 265 C.P.P.). Seguidamente se reseña la extensa labor de la fiscalía en las diferentes etapas procesales y desde el inicio del proceso así:

La Fiscalía recibe el informe ejecutivo elaborado por la policía judicial (Art. 205 C.P.P.), e inicia el programa metodológico (Art. 207 C.P.P.). Le corresponde librar las ordenes que requiera para perfeccionar

la investigación, como son las de registro y allanamiento (Art. 237 C.P.P.), retención de correspondencia (ibídem), interceptación de comunicaciones o recuperación de o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares (ídem), vigilancia y seguimiento de personas (Art. 239 C.P.P.), vigilancia de cosas (Art. 240 C.P.P.), análisis e infiltración de organización criminal (Art. 241 C.P.P.), actuación de agentes encubiertos (Art. 242 C.P.P.), entrega vigilada (Art. 243 C.P.P.), búsqueda selectiva en bases de datos (Art. 244 C.P.P.), exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado (Art. 245 C.P.P.). Los resultados de esas órdenes (Art. 114 – 3 C.P.P.) se someten al control posterior del juez con funciones de control de garantías (Daza, 2007, p. 95).

En virtud de lo anterior, se tiene que son variadas las funciones de la fiscalía en este sistema, en especial porque ella tiene en su haber la carga de la prueba. Para tal fin recibe el informe ejecutivo de policía judicial (Art. 205 C.P.P.), inicia el programa metodológico (Art. 207 C.P.P.), emite ordenes tendientes a perfeccionar la investigación, de registro y allanamiento (Art. 237 C.P.P.), retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información de navegación por internet o medios similares, de vigilancia y seguimiento de personas (Art. 239 C.P.P.), vigilancia de cosas (Art. 240 C.P.P.), análisis e infiltración de organización criminal (Art. 241 C.P.P.), actuación de agentes encubiertos (Art. 242 C.P.P.), entrega vigilada (Art. 243 C.P.P.), búsqueda selectiva en bases de datos (Art. 244 C.P.P.), exámenes de ADN al indiciado o al imputado (Art. 245 C.P.P.). Todos los resultados de esas órdenes (Art. 114 – 3 C.P.P.) se llevan ante el juez con funciones de control de garantías para su control posterior. Otro tipo de roles asumidos por la fiscalía son los siguientes:

En otros casos la Fiscalía solicitará al juez de Control de garantías las órdenes necesarias para la captura (Sentencia C-730 de 2005 Corte Constitucional), y para realizar la inspección corporal (Art. 247 C.P.P.), registro personal (Art. 248 C.P.P.), obtención de muestras que involucren al imputado (Art. 249 C.P.P.) y los exámenes que se deban realizar a las víctimas o lesionados de delitos sexuales (Art. 250). La Fiscalía también interviene ante el juez de control de garantías para que este ejerza el control previo a la aplicación del principio de oportunidad (Art. 327 C.P.P.). Ante el juez de control de garantías la fiscalía legalizará la captura (Art. 297 C.P.P.), legalizará los elementos (Art. 84 C.P.P.), formulará la imputación (Art. 286 C.P.P.), solicitará la medida de aseguramiento

respectiva (Art. 306 C.P.P.), y las medidas que se requieran sobre los bienes. Ante el juez de conocimiento la Fiscalía presenta el escrito de acusación (Art. 336 C.P.P.), o solicita la preclusión (Art. 331 C.P.P.). Interviene en la audiencia de formulación de acusación (Art. 344 C.P.P.), Participa en la audiencia preparatoria (Art. 356 C.P.P.), en el proceso de descubrimiento, en la solicitud de pruebas y en las estipulaciones probatorias (Daza, 2007, p. 95).

En este orden de ideas se tiene que la Fiscalía pide al juez de Control de garantías las órdenes de captura de acuerdo con la sentencia C-730 de 2005 de la Corte Constitucional), y para realizar la inspección corporal (Art. 247 C.P.P.), registro personal acorde al artículo 248 C.P.P, la obtención de muestras al imputado, conforme al artículo 249 C.P.P., los exámenes para las víctimas o lesionados de delitos sexuales (Art. 250), acude ante el juez de control de garantías a pedir el control previo a la aplicación del principio de oportunidad (Art. 327 C.P.P.), a legalizar la captura (Art. 297 C.P.P.), a legalizar elementos probatorios (Art. 84 C.P.P.), a formular imputación (Art. 286 C.P.P.), a pedir medida de aseguramiento (Art. 306 C.P.P.), a solicitar medidas sobre los bienes. Concorre ante el juez de conocimiento y presenta el escrito de acusación (Art. 336 C.P.P.), solicita la preclusión (Art. 331 C.P.P.), participa en la audiencia de formulación de acusación (Art. 344 C.P.P.), en la audiencia preparatoria (Art. 356 C.P.P.), en el proceso de descubrimiento probatorio, en la solicitud de pruebas y en las estipulaciones probatorias. Otras funciones o actividades en esta audiencia son:

En la audiencia del juicio oral presenta el alegato de apertura (Art. 371 C.P.P.), interroga a sus testigos (Art. 390 C.P.P.), a través de los cuales va a demostrar que el manejo del lugar de los hechos (Art. 213 C.P.P.) cumplió con todos los procedimientos legales, al igual que la cadena de custodia (Arts. 254 y ss. Del C.P.P.), para proceder a incorporar los elementos materiales probatorios y evidencia física, para que con ellos se pueda dictar sentencia. Realizado lo anterior interviene en el contrainterrogatorio de los testigos de la defensa (Art. 391 C.P.P.). También solicita absolución perentoria (Art. 442 C.P.P.), y presenta alegatos de conclusión (Art. 443 C.P.P.). Finalmente interpone los recursos que considere pertinentes (Daza, 2007, p. 95).

Dentro de este marco, en la audiencia del juicio oral hace su alegato de apertura (Art. 371 C.P.P.), interroga los testigos que presenta para probar el manejo del lugar de los hechos (Art. 390 C.P.P.), Art. 213 C.P.P.) Que se surtieron todos los procedimientos legales entre ellos la cadena de custodia (Arts. 254 y

ss. del C.P.P.), incorpora elementos materiales probatorios y evidencia física que faciliten emitir sentencia, interviene en el contrainterrogatorio de los testigos de la defensa (Art. 391 C.P.P.), pide absolución perentoria (Art. 442 C.P.P.) alega de conclusión (Art. 443 C.P.P.) e interpone los recursos de ley. La misma publicación reseña los deberes de la defensa así:

Por su parte la defensa, que asume el rol de investigador, adelanta la investigación de manera privada (Art. 267 C.P.P.), con amplias facultades para apoyarse en laboratorios privados nacionales o extranjeros o en los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras (Art. 204 C.P.P.). Ante el juez de control de garantías participa en todas las audiencias en las que hay imputado. Frente al juez de conocimiento interviene en la audiencia de formulación de acusación, con amplias facultades para solicitar a la Fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física (Art. 344 C.P.P.). Participa en la audiencia preparatoria (Art. 356 C.P.P.), en el proceso de descubrimiento, en la solicitud de pruebas y en las estipulaciones probatorias. En la audiencia del juicio oral, si lo considera pertinente, presenta alegato de apertura (Art. 371 C.P.P.), interroga a sus testigos (Art. 390 C.P.P.) y contrainterroga los testigos de la contraparte (Art. 391). También solicita absolución perentoria (Art. 442 C.P.P.), y presenta alegatos de conclusión (Art. 443 C.P.P.). Y finalmente interpone los recursos que considere pertinentes (Daza, 2007, p. 96).

Dicho de otro modo, a la defensa le corresponde asumir la investigación en forma privada (Art. 267 C.P.P.), pueden apoyarse en laboratorios privados nacionales o extranjeros o de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras (Art. 204 C.P.P.). Ante el juez de control de garantías participa en todas las audiencias que requieran o no la presencia del imputado. Ya ante el juez de conocimiento participa en la audiencia de formulación de acusación, está facultada para pedir a la Fiscalía el descubrimiento de elementos materiales probatorios y evidencia física (Art. 344 C.P.P.). Concorre a la audiencia preparatoria (Art. 356 C.P.P.), al descubrimiento y solicitud de pruebas y a las estipulaciones probatorias. En la audiencia del juicio oral, si lo estima conducente presenta alegato de apertura (Art. 371 C.P.P.), interroga a sus testigos (Art. 390 C.P.P.) y contrainterroga los testigos de la fiscalía o de su contraparte (Art. 391). Pide absolución perentoria (Art. 442 C.P.P.), y presenta alegatos de conclusión (Art. 443 C.P.P.) y puede interponer los recursos de ley. Allí mismo discrimina las funciones del acusado:

Al acusado le asiste el derecho a guardar silencio, por esa razón en la audiencia preliminar de formulación de imputación, simplemente debe indicar si acepta o no los cargos (Art. 288 – 3 C.P.P.), en caso de no aceptarlos, puede en juicio ser escuchado como testigo de la defensa, bajo la formalidad del juramento (Art. 394 C.P.P. de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-782 de 2005) (Daza, 2007, p. 96).

En resumidas cuentas, el acusado puede guardar silencio, por ello en la audiencia de formulación de imputación, debe expresar si acepta o no los cargos (Art. 288 – 3 C.P.P.), si no lo hace puede en juicio ser escuchado como testigo de la defensa, bajo juramento (Art. 394 C.P.P. y sentencia de la Corte Constitucional en sentencia C-782 de 2005). Finalmente veamos el rol del juez de conocimiento, de la víctima y del ministerio público:

El juez de conocimiento, desprovisto de la facultad de decretar pruebas de oficio (Art. 361 C.P.P.), se convierte en director de las audiencias, encargado de fallar con base en la verdad procesal y no en la verdad real. 8. La víctima titular de los derechos de verdad, justicia y reparación, se le reconoce formalmente su calidad en la audiencia de formulación de acusación (Art. 340 C.P.P.). Participa ante el juez de control de garantías en la audiencia de control previo para la aplicación del principio de oportunidad (Art. 328 C.P.P.). Presenta alegatos de conclusión (Art. 443 C.P.P.). Luego de mencionado el sentido del fallo participa en el incidente de reparación integral (Art. 102 C.P.P.). Y finalmente interpone los recursos que considere pertinentes. 9. Al Ministerio Público, se le determina su participación como interviniente (Art. 109 C.P.P.), y como parte porque se le permite solicitar pruebas, interrogar testigos, y objetar (Arts. 357 final, 374, 395 y 397) (Daza, 2007, p. 96).

En lo atinente al juez de conocimiento no tiene facultades oficiosas para decreto de pruebas (Art. 361 C.P.P.), dirige las audiencias a partir de la de formulación de acusación, falla acorde a la verdad procesal y no en la verdad real. Por su parte la víctima pretende se satisfagan sus derechos de verdad, justicia y reparación, que se le reconozca tal calidad en la audiencia de formulación de acusación (Art. 340 C.P.P.). Concorre al juez de control de garantías para la audiencia de control previo sobre aplicación del principio de oportunidad (Art. 328 C.P.P.). Presenta alegatos de conclusión (Art. 443 C.P.P.). Conocido el sentido del fallo concorre a la audiencia de incidente de reparación integral (Art. 102 C.P.P.) e interpone los recursos que considere

pertinentes cuando le resultan adversos. El Ministerio Público tiene la condición dual de interviniente (Art. 109 C.P.P.), y como parte porque puede solicitar pruebas, interrogar testigos, y tiene el derecho de objeción.

Otro documento resume el papel que cumplen dentro del sistema acusatorio sus diferentes partes e intervinientes así:

Los roles desempeñados dentro del Sistema Acusatorio por sus diferentes actores, sean estos, fiscales, peritos, investigadores, jueces, Ministerio Público y defensores, están definidos en: a) Art. 109 y s.s., Ministerio Público. Es un organismo mediante el cual se ejerce la representación y defensa del Estado y de los intereses del erario y del interés general de la sociedad en la administración de justicia. b) Art. 113 y s.s., 142 Fiscales. c) Art. 188 y s.s. Defensores. En el proceso penal, a los efectos de dar cumplimiento al principio de defensa técnica, por ministerio legis se designa abogado defensor de oficio, para todo imputado, hasta tanto designe abogado de la matrícula, y el profesional acepte el cargo y constituya domicilio legal en la causa d) artículo 139 jueces (El sistema acusatorio en Colombia, 2004, p.4).

Dicho de otro modo, los roles papeles que tienen en el Sistema Acusatorio sus diferentes actores, como fiscales, peritos, investigadores, jueces, Ministerio Público y defensores, se definen así a) Art. 109 y s.s., Ministerio Público. Organismo que actúa en representación y defensa del Estado y de los intereses del erario y del interés general de la comunidad en la administración de justicia. b) Art. 113 y s.s., 142 Fiscales. c) Art. 188 y s.s. Defensores. En el proceso penal, para materializar la defensa técnica, en casos extremos que no se cuente con defensor se nombra abogado defensor de oficio, para todo imputado, hasta tanto nombre defensor de confianza y este acepte el cargo y sea reconocido en el proceso d) artículo 139 jueces. Respecto a la figura del perito se dice:

Perito es un Auxiliar de la justicia que en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada, es llamado a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de estos. Todos los peritos judiciales son designados por el juez o tribunal que entiende en la causa. Si quien propone la designación del perito es el propio juez o tribunal, se denominará de oficio. Cuando es designado a propuesta de una de las partes afectadas al juicio se denominará "de parte" (El sistema

acusatorio en Colombia, 2004, p.4).

Es decir, que el perito se trata de un Auxiliar de la justicia que ejerce una función pública o una actividad privada, debe emitir su juicio o dictamen sobre temas específicos relacionados con su arte, ciencia, o práctica, convirtiéndose en asesor de los jueces en las materias que no son de su competencia. Todos estos peritos judiciales los designado el juez o tribunal de la causa. Cuando la designación del perito la hace el juez o tribunal, se trata de una denominación de oficio, pero cuando se designa por cuenta de una de las partes afectadas en el juicio se denominará " de parte. Se explica la labor de la policía judicial:

Policía Judicial: Cuerpo que está bajo las órdenes de las autoridades judiciales, encargado de velar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de los ciudadanos. La función de la Policía Judicial consiste en investigar los delitos de acción pública, impedir las consecuencias ulteriores de los cometidos, individualizar a los culpables y reunir las pruebas necesarias para la actuación de la Justicia. De este modo participa de la función judicial del Estado, como un órgano preestablecido para lograr el descubrimiento de la verdad acerca de la presunta comisión de un delito y la actuación de la ley penal en el caso concreto (El sistema acusatorio en Colombia, 2004, p.4).

Se tiene entonces que esta entidad se encuentra a órdenes y disposición de las autoridades judiciales, deben velar por mantener el orden público y la seguridad de los ciudadanos, investigar los delitos de acción pública es decir que se investigan de oficio, impedir las consecuencias posteriores de los delitos ya consumados, individualizar e identificar a los responsables y acopiar todas las pruebas exigidas para que pueda actuar la justicia y conocerse la verdad procesal. Así hace parte de la función judicial del Estado, y es órgano preestablecido que permite desentrañar la verdad sobre la presunta comisión de un delito y la actuación de la ley penal en determinado caso.

Ahora, de acuerdo con la interpretación de estos roles tomados por las partes e intervinientes al interior del proceso acusatorio, es conveniente estimar la relevancia de estos papeles. Díaz hace un somero análisis de esta situación puntualizando:

Si bien, el principio acusatorio concebido en Colombia tiene ciertas modificaciones que el constituyente visionó como necesarias para su adecuación al modelo acusatorio (o de tendencia acusatoria) introducido,

debe estudiarse si los desarrollos observados se corresponden con la esencia de aquel o si, por el contrario, desquician su naturaleza, de tal manera que se pueda concluir si realmente tiene aplicación en el proceso penal. Así las cosas, si se tienen en mente las diversas notas que la doctrina le atribuye al principio ya vistas, se advierte que el postulado aplicado en el país posee características que no se corresponden con aquellas (Díaz, 2014, p.58).

De acuerdo con la anterior exposición, el principio acusatorio en Colombia fue modificado por el constituyente, para hacer cambios necesarios que permitieran adecuarlo al modelo acusatorio (o de tendencia acusatoria), en tal sentido es necesario analizar si la evolución y desarrollo observados responden a su esencia, o desquician su naturaleza, para ser posible concluir si puede aplicarse al interior del proceso penal. De lo anterior se deduce que, considerando las acepciones doctrinales vistas, el postulado del principio acusatorio empleado en el país tiene particularidades que no le son propias. Enuncia el comentarista las críticas que se le hace al sistema así:

Ejemplos claros de lo afirmado son el papel de la víctima en el juicio como interviniente especial; la interferencia del Ministerio Público como interviniente principal y discreto; y, añádase, la neutralidad probatoria relativa del juez, sobre los cuales se quiere discurrir a continuación. Su incorporación a la estructura del proceso vigente es producto de la clasificación que hace el Código de los actores en partes e intervinientes (artículos 113 y ss.), donde incluye como partes a la fiscalía y a la defensa (amén del imputado y acusado, como unidad), y como intervinientes al Ministerio Público, a la víctima; el Juez, adviértase, es el Director de la actuación judicial y también participa el tercero incidental (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-873, 2003) (Díaz, 2014, p.58).

Evidentemente se trata de un sistema acusatorio peculiar, en donde la víctima actúa en el juicio como interviniente especial; interfiere el Ministerio Público como parte principal y sin activa representación; el juez tiene actitud pasiva y neutralidad probatoria. Se le introduce en la estructura del proceso vigente producto de la clasificación del Código de los actores en partes e intervinientes (artículos 113 y ss.), siendo partes fiscalía y defensa, imputado y acusado, como unidad e intervinientes Ministerio Público y víctima; el Juez como Director de la actuación judicial y concurre igualmente el tercero incidental.

Reiterando la posición anterior, otra publicación se encarga de

generalizar las funciones que realiza cada una de las partes o sujetos procesales al interior del proceso penal acusatorio. Se discriminan así:

Funcionarios de policía judicial. En esta segunda fase la intervención de la policía judicial busca complementar y adicionar la investigación para lograr los objetivos propuestos en el programa metodológico. Podrá ser presentado como testigo en las audiencias preliminares; y presentará informes adicionales conforme se vaya desarrollando la investigación; podrá recolectar elementos materiales probatorios, evidencia física o información que sirva de soporte a los motivos fundados requeridos para solicitar allanamientos, interceptación de comunicaciones o cualquiera otra actuación que implique la afectación a los derechos fundamentales (Avella, 2007, p.78).

En este contexto, los funcionarios de policía judicial intervienen para complementar y adicionar la investigación para obtener los objetivos propuestos del programa metodológico. El policía judicial puede ser presentado y comparecer como testigo en las audiencias preliminares; rendir informes adicionales a medida que evolucione la investigación; recoger elementos materiales probatorios, evidencia física o información que soporte a los motivos fundados requeridos para solicitar allanamientos, interceptación de comunicaciones o cualquier actuación que afecte derechos fundamentales. No obstante, en apartes anteriores se enunciaron detalladamente las funciones de la fiscalía, en este documento se resumen así:

El fiscal delegado formula imputación al indiciado, es decir, le comunica su calidad de imputado en presencia del defensor, el ministerio público y el juez de control de garantías; lo individualiza o identifica y presenta una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes. Cumplido lo anterior, le informa el derecho que le asiste de allanarse a los cargos, previniéndole de la posibilidad de obtener rebaja de pena que oscila entre la tercera parte y hasta el cincuenta por ciento de la misma (Avella, 2007, p. 78).

En la conceptualización anterior se evidencia que por ejemplo el fiscal delegado formula imputación al indiciado, comunicándole su calidad de imputado en presencia del defensor, el ministerio público y el juez de control de garantías; lo individualiza o identifica, entrega una relación clara y concreta de los hechos jurídicamente relevantes, con la imputación tanto fáctica como jurídica, así como la calificación provisional de la conducta imputada. Luego le informa el derecho de allanarse a los cargos, advirtiéndole puede acceder a rebaja de pena entre la tercera parte y hasta

el cincuenta por ciento de la misma. Allí mismo se reseña la labor del juez de control de garantías:

Juez de Control de Garantías. Autoriza previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación y en algunas ocasiones por petición directa de la policía judicial¹⁰², esto en casos de urgencia y con los lineamientos jurisprudenciales ilustrados en la sentencia C-822 de 2005, de aquellas diligencias que implican afectación de los derechos a la dignidad humana, a la libertad, a la expectativa razonable de intimidad y a la propiedad (Avella, 2007, p. 79).

En este caso, el Juez de Control de Garantías, previa petición de la Fiscalía General de la Nación y en algunas veces a solicitud de la policía judicial, en casos o actos urgentes y acorde con los lineamientos jurisprudenciales de la sentencia C-822 de 2005, autoriza diligencias que afectan derechos a la dignidad humana, a la libertad, a la expectativa razonable de intimidad y a la propiedad del indiciado o imputado. Esa misma publicación indica que hace el juez de conocimiento:

Juez de Conocimiento. Le corresponde resolver sobre la procedibilidad de la preclusión de la investigación, cuando se verifique alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Si bien la norma original limitaba su aplicación “a partir de la formulación de la imputación”, este segmento normativo fue declarado inexecutable¹⁰⁶, con lo cual es impositivo concluir que tal instituto jurídico procede aún antes de la misma. Ante aquél se presenta el escrito de acusación que debe cumplir las exigencias del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, y procede cuando los resultados de la investigación permitan inferencia, en rango de probabilidad de verdad, respecto de la existencia del delito y de la autoría o participación. Con su presentación, se da inicio a la fase procesal del juicio. (Avella, 2007, p. 83).

La afirmación anterior indica que el Juez de Conocimiento resuelve la procedibilidad de la preclusión de la investigación, siempre que se reúnan las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004. La norma original limitaba su aplicación desde la formulación de la imputación”, fue objeto esta norma de declaratoria de inexecutable, por tanto, se colige que esa figura jurídica es procedente incluso antes de la formulación de imputación. Ante el juez de conocimiento se presenta el escrito de acusación que ha de reunir los requisitos del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, la cual es procedente cuando los resultados de la investigación conduzcan a

la inferencia, en rango de probabilidad de verdad, que existe un delito y el acusado es su autor o participe, de modo que con su introducción se inicia formalmente la etapa de juicio. Ahora toca reseñar las labores de la defensa.

Intervención de la defensa. Le corresponde a la defensa técnica ilustrar en forma detallada al ciudadano a quien se le formulará imputación, de lo que se cerciorará el juez de control de garantías, sobre la naturaleza de ese acto procesal y sus efectos, la posibilidad de allanarse a los cargos atribuidos por la fiscalía y de los beneficios punitivos que la aceptación pudiera significarle. Considerará las posibilidades de oponerse a la solicitud de medida de aseguramiento que pudiera promover la fiscalía en contra de su representado, obtener que la misma sea de un carácter más benigno que la pretendida por el ente acusador, verbigracia, la privativa de libertad en centro carcelario, por domiciliaria, o interponer recursos en contra de la decisión del juez. La ley la faculta a la defensa para solicitar la práctica de prueba anticipada, ajustándose a los presupuestos normativos y exigencias que establece el procedimiento para su realización. (Avella, 2007, p. 84).

En este sentido, tiene como función la defensa técnica explicar detalladamente al ciudadano al cual que se le formulará imputación, el juez de control de garantías, verifica que el defensor hizo esa labor y que el imputado tiene certeza sobre la naturaleza de ese acto procesal y sus consecuencias, igualmente sobre la posibilidad de allanarse a los cargos imputados por la fiscalía y de los beneficios o rebajas punitivas que la admisión de responsabilidad genera. También antes que ser una posibilidad, debe ser un deber oponerse a la solicitud de imposición de medida de aseguramiento que haga la fiscalía contra su representado, o lograr que esta sea lo más benigna posible que la pretendida por el ente acusador, es decir la privativa de libertad en centro carcelario, sustituida por domiciliaria o por no privativa de la libertad, el interponer recursos en contra de la decisión del juez. También tiene facultades para solicitar la práctica de prueba anticipada, atemperándola a los presupuestos normativos y exigencias procedimentales para su realización. También se resumen los derechos y actuaciones de la víctima:

La víctima. Aunque la Fiscalía General de la Nación debe representar los intereses de la víctima, esta puede intervenir de manera directa de conformidad con el artículo 250 de la C. P.; 11, 132 y ss. de la Ley 906 de 2004. Con todo, en la sentencia C-454 de 2006, en lo que tiene que ver con las fases de indagación y de investigación, se explica: "... es

evidente en consecuencia, que exista un claro interés de las víctimas y perjudicados con la conducta investigada de acceder a la indagación desde sus inicios, a efectos de contribuir positivamente al recaudo del material que dará soporte a la imputación y la acusación, eventos perfectamente compatibles con sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación (Avella, 2007, pp. 84 - 85).

Lo antes expuesto indica que, no obstante, la Fiscalía General de la Nación puede representar los intereses de la víctima, esta tiene facultad de intervenir directamente acorde con el artículo 250 de la C. P.; 11, 132 y ss. de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, la sentencia C-454 de 2006 al referirse a las fases de indagación e investigación, explica que hay claro interés de las víctimas y perjudicados con el delito investigado en acceder a la indagación desde su misma iniciación, para contribuir positivamente a recaudar material que soportara la imputación y la acusación, casos en los cuales resulta totalmente compatibles con sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, así sea de forma provisional y no definitiva. Finalmente se enseña que labor cumple el ministerio público en este trámite:

El Ministerio Público, es un órgano de control que interviene en el proceso penal, sin tener la calidad de parte, cuando sea necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales. Puede solicitar prueba anticipada, porque así lo autoriza el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial, cumpliendo los requerimientos de la norma citada (Avella, 2007, p. 87).

Se dice entonces que el Ministerio Público es un órgano de control que interviene en el proceso penal, pero no tiene el rango de parte procesal, solo actúa cuando es necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales. Tiene la calidad de solicitar prueba anticipada, de conformidad con el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, en aquellos temas donde cumpla o haya cumplido funciones de policía judicial, acorde con las exigencias de la norma traída a colación.

2.2. La Víctima como interviniente

Este breve y especial aparte se dedica al rol de la víctima en el proceso penal acusatorio. Se ha venido diciendo reiteradamente que tiene un papel especial como interviniente el cual reafirma el presente extracto doctrinal:

La Corte suprema de justicia ha señalado: “En cuanto hace a la intervención de las víctimas en la actuación procesal, evidente es que el nuevo ordenamiento procesal a más de privilegiar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, amplía su posibilidad de acceso a la administración de justicia, para lo cual articula en su favor una amplia gama de derechos y facultades, con categoría de principio rector y por ende de aplicación obligatoria y prevalente frente a cualquier otra disposición del código, según deviene de la armónica interpretación de los artículos 11 y 26 de la Ley 906 de 2004, primero de los cuales prescribe, entre otros, los siguientes derechos de la víctima: “a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno; (...) d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas; f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto; g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el Juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;...” (Cáceres Tovar, 2012, p.70).

Si bien en cierto en párrafos anteriores se hizo un listado de los derechos que le asisten a la víctima de conformidad con lo taxativamente señalado en los artículos 11 y 26 de la ley 906 de 2004 y se hizo alusión a los derechos que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional, es preciso señalar también que la Corte Suprema de Justicia a la participación de las víctimas en el proceso penal, advierte que el nuevo ordenamiento procesal privilegia sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, amplía el espectro de acceso a la administración de justicia, en desarrollo de ello estructura en su favor una cantidad de derechos y facultades, con raigambre de norma rectora y por tanto de aplicación obligatoria y preferente respecto de cualquier otra norma del código, según se advierte de la interpretación de los artículos 11 y 26 de la Ley 906 de 2004, que contiene entre otros derechos de la víctima a recibir durante todo el trámite penal un trato humano y digno; a ser oída y aportar pruebas; a recibir desde su primer abordaje a las autoridades y en los términos del código, toda la información necesaria tendiente a proteger sus intereses y a conocer la verdad de los hechos motivo del delito del cual resultaron afectadas; a que se tengan en cuenta sus intereses cuando se tome una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del delito, a ser informadas sobre la decisión definitiva dentro del proceso penal, a concurrir ante el Juez de control de garantías, y a presentar recursos ante el juez de conocimiento, cuando fuera procedente y necesario.

Referencias

- Acuña Bohórquez José Miguel, (2009) El principio de igualdad en la legislación procesal colombiana Universidad Libre, Facultad de derecho instituto de postgrados, <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6850/AcunaBohorquezJoseMiguel2009.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Armenta, Deu Teresa (2012) Sistemas Procesales Penales La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?, Marcial Pons Madrid | Barcelona | Buenos Aires, <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497689137.pdf>
- Avella Franco Pedro Oriol (2007) Estructura del Proceso Penal Acusatorio Fiscalía General de la Nación Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>
- Bayona Aristizabal, D. M., Gómez Jaramillo, A., Mejía Gallego, M. & Ospina Vargas, V. H. (2017) Diagnóstico del Sistema Penal Acusatorio en Colombia. Revista Acta Sociológica (72). 71-94.
- Benavente (2009). El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales. Estudios Constitucionales. (1), pp. 59-89. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n1/art03.pdf>
- Bustos, 2017
- Cáceres Tovar, Víctor Manuel; Archila Guio, Carlos Mauricio (2012), El reconocimiento de la víctima como interviniente especial en el procedimiento penal colombiano Revista Logos, Ciencia & Tecnología, vol. 4, núm. 1, julio-diciembre, 2012, pp. 68-81 Policía Nacional de Colombia Bogotá, Colombia, <http://www.redalyc.org/pdf/5177/517751763004.pdf>
- Calle, Calderón Armando Luis (2004) Acerca de la Reforma Procesal Penal. Una primera aproximación, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6263239.pdf>, pp 145-175
- Casal H., Jesús María (1999). Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Venezuela. Ius et Praxis, vol. 5, núm. 1, 1999, pp. 165-186 Universidad

de Talca, Chile, pp 165-186. <http://www.redalyc.org/pdf/197/19750106.pdf>

Constitución Política de Colombia 1991, julio de 1991,

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Díaz González Ana Milena (2014), El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación, Cuadernos de Derecho Penal, https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/.../259

Daza González, Alfonso (2007) Escena del delito y cadena de custodia en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto Legislativo N° 03 de 2002 Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 19, enero-junio, 2007, pp. 89-98 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia, <http://www.redalyc.org/pdf/876/87601905.pdf>

Fiscalía General de la Nación. (2004). El Sistema Acusatorio en Colombia. Informe Sistema Acusatorio. Curso de Capacitación, Escuela de Investigación Criminal y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación de Colombia Bogotá D.C. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-sa.pdf

García, Cavero Percy, Instituto de Ciencia Procesal Penal. El carácter de cosa

juzgada de las resoluciones judiciales, 2006. <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/cosajuzgada.pdf>

Garcés Velásquez Jaime. (2017) Principios rectores del proceso penal acusatorio, conferencia dictada en el seminario "Proceso penal acusatorio", Jaime Garcés Velásquez, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio-jurídicas y Centro de documentación. Ratio Juris, <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/download/285/264>

González, Gutiérrez Javier, Bolívar, Suárez Marco Aurelio (2017), La excepción de oportunidad, en el nuevo sistema acusatorio de la justicia penal militar, Universidad Militar Nueva Granada, <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/13558/La%20excepci%F3n%20de%20oportunidad%20en%20la%20justicia%20penal%20militar.pdf;jsessionid=D3B776A2CA40654808A973EC06F6B3E3?sequence=1>

- Granados Peña, Jaime Enrique (2004) Antecedentes y estructura del proyecto de código de procedimiento penal, VNIVERSITAS, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14698>, pp 11-71
- Hernández, E. (2011). Análisis de los principios rectores en el procedimiento penal militar frente a los principios del sistema penal acusatorio. (Artículo como opción de grado de la Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar, Universidad Militar Nueva Granada). <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/3658/2/HernandezAgudeloElbaYanneth2011.pdf>
- Ley 906 de 2004 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)". Congreso de la República https://www.unodc.org/res/cld/document/col/2000/codigo_de_procedimiento_penal_html/Codigo_de_Procedimiento_Penal.pdf
- Moreno Durán Álvaro (2013) El sistema oral acusatorio en Colombia: Reforma y hábito jurídico, *Iusta*, 39, pp. 319-34, https://www.researchgate.net/publication/301666200_El_sistema_oral_acusatorio_en_Colombia_Reforma_y_habitus_juridico/download
- Ortiz (2010), Alzate Jhon Jairo Sujetos procesales. (Partes, terceros e intervinientes) *Revista Facultad de Derecho. Ratio Juris Vol. 5 No. 10 (2010)* / <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6750300.pdf>
- Posada, M. R. (2008). Una aproximación histórica a la evolución del proceso Penal Colombiano. *Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de los Andes.* (21). 3-44.
- Quiroz, Monsalvo Aroldo Wilson (2014), Módulo de aprendizaje autodirigido, Plan de formación de la rama judicial Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, Escuela judicial "Rodrigo Lara Bonilla, https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/docs2016/modulo_familia_cgp.pdf
- Ramírez Fuentes Lanny Shirley, González, Chacón, Anyela Karina (2017) La Constitución Política de Colombia y su excepción al principio de la doble instancia en materia penal para aforados, Universidad Libre Cúcuta, <http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/275/272>

Salazar Cote Alba Patricia, (2015) La imparcialidad del juez de conocimiento en Colombia, *Análisis Documental Bogotá Universidad Militar Nueva Granada Facultad de Derecho*, <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6938/LA%20IMPARCIALIDAD%20DEL%20JUEZ%20DE%20CONOCIMIENTO%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1>

Santacruz Lima, Rafael, *El Principio de igualdad entre las partes en el proceso penal en México*, *Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho. División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato - Año 6, No. 11, 2017.*

www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/download/226/208

Vásquez Gómez, J. P. (2009). Los principios rectores y las garantías procesales en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano, I. 1.-8. *Justicia Juris*, https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-4-no-8/art-9.pdf

Villarreal, Olaya Francisco Javier (2015), *Marco de condiciones para la correcta aplicación del principio de igualdad de armas en la audiencia de imputación del sistema penal acusatorio colombiano*, *Universidad Militar Nueva Granada Facultad de Derecho Maestría en Derecho Procesal Penal Bogotá, D.C.*, <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/7725/VILLARREAL%20FRANCISCO2015.pdf?sequence=1>

Zabaleta, Ortega Yarleys de Carmen (2017) *La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano*, *Rev. CES Derecho*, 8(1), 172-190. <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a10.pdf>

Corte Constitucional, Sala Plena. (07 junio de 2006). Sentencia C-454 de 2006. MP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional, Sala Plena. (12 julio de 2005). Sentencia C-730 de 2005. MP: ÁLVARO TAFUR GALVIS.