

CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y SISTEMA PENAL ACUSATORIO

DR. MIGUEL ÁNGEL PEDRAZA JAIMES*

1. PRESENTACIÓN

Después de algo más de diez años de vigencia de la Constitución Política de 1991, estamentos gubernamentales, judiciales, políticos y el legislativo en pleno coincidieron en la necesidad de provocar una reforma al sistema de justicia penal en el país, sobre la base de modificar las funciones constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, todo con el fin de fortalecer la investigación de los delitos, reducir los índices de impunidad, generar confianza en la ciudadanía sobre su aparato de justicia e implantar un modelo acusatorio puro para las causas criminales.

Desde la Asamblea Nacional Constituyente se estableció la creación de la Fiscalía como ente encargado de la instrucción penal y la acusación de los infractores ante los Jueces competentes, lo que de por sí permitía diferenciar las labores de investigación y las labores de juzgamiento, radicando las mismas en cabeza de diversos funcionarios (el Fiscal para la etapa de instrucción y el Juez Penal competente para la etapa del juicio). Con ello se anticipaba una introducción hacia el sistema de acusación penal, pero el sistema no se configuró como tal porque al Fiscal se le otorgaron constitucional y legalmente funciones jurisdiccionales, al punto que se le permitía ordenar capturas y allanamientos, proferir medidas de aseguramiento limitando derechos ciudadanos, detener al procesado y, por supuesto, acusarlo de la infracción a la ley penal. El proceso en la instrucción se entendía como de corte inquisitivo, impulsado enteramente por la Fiscalía y con reserva de las diligencias, tan sólo pudiendo ser conocidas por los sujetos procesales. Fue entonces cuando se argumentó que la Fiscalía creada por la Constitución, como entidad administradora de justicia, *ostentaba netos poderes inquisitivos y de tal manera su intervención en el*

* Abogado asesor en Derecho Penal. Profesor universitario de Derecho Procesal Penal. Conjuez Sala Penal Tribunal Superior de Bucaramanga.

proceso penal hacía de este un proceso de naturaleza mixta, inquisitorial para la instrucción y de perfil acusatorio para el juzgamiento, etapa que se iniciaba una vez proferida y en firme la resolución de acusación.

Con el Código Procesal Penal de 1991 –Decreto 2700/91– e incluso con la reforma de la Ley 81 de 1993, la Fiscalía adelantaba la investigación penal con plenos poderes judiciales, constituyéndose en el “amo, señor y dueño” del proceso en su fase instruccional, y sus decisiones se entendían autónomas e independientes, apenas controladas por el recurso de apelación en segunda instancia, el que también ejercía la Fiscalía, o por la figura del control de legalidad de la medida de aseguramiento, esta última que desataban los Jueces Penales competentes apenas con revisión de las formalidades procesales. Por eso varias veces se afirmó que el poder del Fiscal era absoluto y omnipotente, propio de modelos estatales autoritarios, lo que incluso permitía que se lindara, en veces, con la arbitrariedad o el desafuero, o si se quiere, con equivocaciones constantes así fueran de buena fe, estas últimas que sólo podrían corregirse en la etapa de juzgamiento después de varios meses de conflicto. Así, pulularon investigaciones y acusaciones penales, con sindicado detenido a lo largo de todo el proceso, que después se desvanecían en el juzgamiento y que culminaban con sentencia absolutoria, muchas veces en constante refriega entre fiscales y jueces.

En sí, no resultaban desatinados los comentarios de aquellos que sostenían que en el sistema de justicia penal creado por la Constitución del 91, la Fiscalía apenas vino a suplantar la función del antiguo Juez de Instrucción Criminal, adelantando la investigación de los delitos a su leal saber y entender, con poderes omnímodos para restringir las garantías constitucionales y sin control judicial de ninguna naturaleza. Y las críticas se acentuaron, además, con el famoso escándalo del “proceso 8.000” o las conocidas investigaciones contra altos dignatarios del Estado, donde se puso en evidencia una justicia selectiva y clasista, o con las investigaciones contra las peligrosas organizaciones de la transnacional del crimen, donde quedaron al descubierto la debilidad y precariedad del aparato represivo, cuando no que la corrupción al interior de la institución.

Todos esos factores, aunados a las permanentes críticas sobre la deficiencia investigativa en algunos funcionarios por su bajo nivel de conocimiento del derecho penal y su escasa preparación académica, llevaron a solicitar una inaplazable reforma del sistema, la que finalmente **vino a presentarse en el año 2000 con la expedición de los nuevos códigos**

penal y de procedimiento penal, reforma cabalmente provocada desde la propia Fiscalía, dirigida en aquel entonces por un reconocido penalista como el doctor Alfonso Gómez Méndez. Los vientos de cambio se anunciaron, se debatieron y se aprobaron, y aunque el discurso publicitario siempre estuvo dirigido hacia la implantación de un sistema acusatorio para Colombia, la buena intención se quedó en el ropaje de la propuesta porque en últimas la Fiscalía siguió ostentando amplios poderes jurisdiccionales y siguió dirigiendo sin control los destinos de la investigación penal de delitos y delincuentes.

Las censuras no se hicieron esperar, pues a pesar del cambio de algunos términos o trámites, o la creación de nuevas figuras como la reanudación de la investigación previa, la orden de conducción para la indagatoria, la definición de situación jurídica sólo en casos especiales, el control de legalidad formal y material de la medida de aseguramiento, la audiencia preparatoria y la variación de la calificación jurídica provisional en la audiencia pública, entre otras, el esquema imperante en la sistemática procesal penal siguió siendo el mismo al del código del 91, teniéndose que el Fiscal era "juez y parte" dentro del procesamiento y que sus resoluciones no eran controladas judicialmente, siempre conservando el poder de limitar, según su particular criterio, los derechos constitucionales de las personas.

A sólo dos años de vigencia de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, se produce la "reforma constitucional de la Fiscalía General de la Nación" y con ella la del sistema de justicia penal en Colombia, por virtud del Acto Legislativo No. 03 de 2002. Bajo el conocido expediente de luchar contra la impunidad, reducir los niveles de congestión judicial, democratizar la justicia, combatir la corrupción en sus diversas formas, volver los ojos hacia las víctimas del delito, y consolidar las garantías procesales, el Congreso de la República aprobó la reforma constitucional y dio vía libre a la creación de un nuevo sistema de justicia criminal.

Este nuevo sistema de justicia tiene como norte, en esencia, fortalecer la función investigativa a cargo de la Fiscalía General de la Nación, replantear los roles judiciales de los sujetos intervinientes, introducir la función de control de garantía constitucional en el proceso penal, racionalizar la investigación merced al principio de oportunidad, fomentar la protección de víctimas y testigos, incrementar los niveles de transparencia para combatir la corrupción, y facilitar la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Todo esto dentro del marco de respeto por las garantías de orden superior o derechos constitucionales que protegen la

seguridad procesal de las personas, y con miras a generar una justicia rápida y eficiente, donde después de la investigación y acusación a cargo de la Fiscalía avanzamos hacia un juicio penal con prevalencia de los principios de oralidad y publicidad, concentración, inmediación y contradicción de la prueba.

2. EL NUEVO ESQUEMA PROCESAL PENAL

Bajo la consigna de adecuar un sistema acusatorio para Colombia, a diferencia del sistema mixto, con la reforma constitucional de la Fiscalía se afirma que se fortalece el poder investigativo de la institución prescindiendo de sus poderes jurisdiccionales, y aparece en escena la figura del Juez de control de garantías, en quien viene a recaer, precisamente, el control previo o posterior sobre las actuaciones de la Fiscalía que afecten derechos constitucionales fundamentales.

El proceso penal no parece seguir quedando constituido por las dos grandes etapas de instrucción y de juzgamiento, aunque se menciona la existencia de una investigación penal o una investigación preparatoria a cargo de la Fiscalía. Pero en realidad, durante la investigación no hay proceso penal como tal, habida consideración que todo el proceso viene a concentrarse es en el juicio. Los expertos así lo enseñan:

“Como anunciamos antes, no existe proceso penal durante la investigación, ya que en esta etapa el trabajo fundamental consiste en la búsqueda de información. Por ello, el fiscal no tendrá que concentrarse en contestar las solicitudes de los sujetos procesales, sino en orientar a su equipo investigativo en la búsqueda de esa información con miras a su eventual utilidad dentro de un proceso penal, coordinar el trabajo de la Policía Judicial, valorar la madurez de la información dirigida a la acusación, con el fin de llegar hasta la audiencia pública”¹.

En frente de la implantación del sistema acusatorio la fase trascendental y notoria es la del juicio, pues allí se concentrará toda la práctica de pruebas y obviamente el debate probatorio, se desarrollará la idea de conflicto *interpartes*, de controversia de propuestas, y alcanzará plena materialización la argumentación judicial en la audiencia pública, para que un Juez imparcial, neutral y equilibrado, dicte la sentencia que en derecho corresponda.

¹ GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE. *El impacto de la reforma penal –Una Fiscalía dedicada a la investigación–*. En “Ámbito Jurídico”, Legis, No. 117, Bogotá, noviembre, 2002, pág. 14.

Desaparece así el principio de la permanencia de la prueba imperante hasta la presente, aglutinándose toda la aducción y la contradicción probatoria en el escenario de la audiencia pública de juzgamiento con prevalencia de los principios de oralidad e intermediación.

Un reconocido salvamento de voto de la Corte Constitucional ya sentaba las bases de la importancia del juicio oral y público, aun cuando por entonces no se precisaba la existencia de un proceso penal acusatorio:

“Todo el discurrir procesal desde el momento en que culmina la etapa de investigación y se inicia la de juzgamiento, se halla encaminado hacia la celebración de la audiencia pública. Ella constituye un verdadero *telos*, un fin último de la etapa de juzgamiento. No es un mero hecho procesal. La audiencia pública es el acto a través del cual la autoridad judicial, en función del juzgamiento, oye a las partes y evalúa las pruebas. Se trata de un auténtico medio de comunicación entre las partes y el juez: representa una ocasión procesal decisiva para adoptar pruebas e invocar las razones ante esa autoridad judicial. De allí, el por qué sea lo público su esencia. La publicidad le da sentido a la audiencia y, con aquella, la oralidad, la exposición de razones orales frente al juez... el ser oído el procesado por aquél. Ella representa además un marco general de confluencia de todos los elementos que le han dado vida al proceso, que han sido relevantes en él”².

En el nuevo esquema el eje central del proceso es el juicio oral y público. Por eso, todo pero absolutamente todo lo que se realice en la denominada fase de investigación o averiguación por parte de la Fiscalía estará encaminado a colmar las expectativas del juzgamiento, siempre que haya lugar a la acusación penal. Sin embargo, cuando aquello que se efectúa en la instrucción incide en los derechos procesales, la actuación de la Fiscalía será controlada por el Juez de garantías, introduciendo así la función de control de garantía constitucional para los actos de la investigación que demanden la intervención judicial por afectación de derechos superiores del imputado.

Con toda la relevancia del juicio penal, no significa ello que la denominada fase de investigación deje de ser importante para los fines del proceso. ¡No! Lo que sucede es que la concentración de la pesquisa investigativa

² CORTE CONSTITUCIONAL. Salvamento de voto a la sentencia C-427 de septiembre 12 de 1996. Magistrados: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

radica exclusivamente en el Fiscal, y si en desarrollo de esa pesquisa tiene que adoptar alguna decisión que afecte las garantías constitucionales, esa decisión debe ser solicitada al juez que ejerza las funciones de control de garantías. Véase que así lo dispone el numeral 1 del reformado art. 250 de la Constitución Nacional, referente a las funciones de la Fiscalía General:

“En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

“1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”.

Significa lo anterior que la Fiscalía al investigar la delincuencia puede desplegar acciones similares a las que hoy desarrolla con plena liberalidad y autonomía frente a la limitación de los derechos fundamentales de las personas. Lo que pasa es que todas esas acciones, para que procedan, deben ser rogadas al Juez de control de garantías, quien a la postre será el encargado de adoptar la decisión correspondiente. Es decir, que si un Fiscal en desarrollo de sus averiguaciones advierte la necesidad de proceder a la captura de una persona, así debe hacérselo saber al Juez de garantías, y solicitárselo, y es este funcionario el encargado de librar la orden de captura, entre otras, como medida necesaria para asegurar la comparecencia del imputado al proceso. Pero además, como la ley de procedimiento podrá facultar al Fiscal para realizar excepcionalmente capturas, cuando así se proceda por parte de la Fiscalía, en esos casos el control se ejercerá por el Juez *“a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”*, tal cual lo dispone el inciso tercero del numeral 1 del nuevo art. 250 de la Carta Política. En el primer caso, como se nota, el control es previo, mas en el segundo es posterior, lo que implica que la Fiscalía sí puede llevar a cabo la captura de un imputado sin consultar previamente al Juez de garantías, todo en aras de la efectividad de la persecución delictual. Lo que sucede es que esa posibilidad de realizar capturas sin anteceder el control constitucional habrá de ser excepcional, y los casos excepcionales deberán ser regulados por la nueva ley procedimental penal.

Igual situación cabe predicar de la práctica de registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, práctica que en aras de la persecución del delito y su efectividad puede llevar a cabo la Fiscalía pero que tendrá un control posterior respectivo dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes por parte del Juez que ejerza la función de control constitucional.

El esquema del proceso en la nueva sistemática procesal penal y en particular de lo que se conoce como fase de investigación, según se advierte, sufre sustanciales modificaciones, pero ello no quiere decir que desaparezcan la orden de captura, los allanamientos, la interceptación de comunicaciones o la detención preventiva, por ejemplo. Mírese que todas estas son medidas tendientes a asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, y sobre estas medidas tiene directa e inmediata injerencia la Fiscalía, sólo que bajo el control judicial, previo o posterior, del Juez de control de garantías. Para el caso de la detención preventiva, sin embargo, esta la solicita la Fiscalía pero sólo puede ser adoptada por el Juez de garantías, siempre que estén demostrados unos requisitos sustanciales y la necesidad del cumplimiento de los fines constitucionales y legales de tal medida de aseguramiento.

En efecto, según se desprende de lo establecido en el art. 308 del nuevo estatuto procesal penal –Ley 906 de 2004–, el Juez de garantías podrá decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva cuando de las evidencias recogidas *“se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”*, y además, cuando se advierta que la medida es necesaria *“para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia”* (i), o porque *“el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima”* (ii), o también, porque resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o al cumplimiento de la sentencia (iii). Esto último obedece al examen de los fines constitucionales y legales de la detención preventiva, que antes habían sido recogidos puntualmente en el art. 355 de la Ley 600 de 2000, a saber: garantía de comparecimiento del imputado al proceso y a la ejecución de la sentencia (i), evitar la fuga del sindicado (ii), evitar la continuación de su actividad delictiva (iii) y evitar el entorpecimiento de la actividad probatoria (iv). Interpretando el anterior art. 250 de la Carta Política, la Corte Constitucional precisó sobre el particular:

“Se tiene entonces que la propia Constitución, en el artículo 250 citado, establece una de las finalidades admisibles para la detención preventiva, cual es la de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. Sin embargo esta norma no agota el ámbito de indeterminación del concepto, cuya alcance corresponderá fijar, dentro de los límites constitucionales, al legislador y a la jurisprudencia. Sobre este particular la Corte ha dicho que dentro de las funciones que se le atribuyen a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Carta, aparece

en primer lugar la de "Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento...". El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención preventiva persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción..."³.

Sin embargo, a la hora de ahora resulta importante ajustar los fines de la detención preventiva al marco del sistema acusatorio, en desarrollo por demás de la garantía constitucional del debido proceso. La doctrina va cincelandando así la idea:

"Si se observa bien la nueva disposición, en lo que corresponde a la detención preventiva y no a otras medidas, replica los fundamentos del artículo 355 de la Ley 600 de 2000, salvo lo que corresponde a la protección de la comunidad, y en especial de las víctimas. No obstante, el numeral primero del artículo 250 de la Constitución requiere de una nueva interpretación desde el punto de las relaciones entre principio acusatorio e imposición de las medidas restrictivas de la libertad para asegurar el desarrollo del proceso penal.

"Tal como ha acontecido en otras latitudes, por ejemplo en España, la incorporación del principio acusatorio genera innovaciones significativas en el régimen de la prisión provisional y aseguramiento del procesado que inevitablemente también se proyectan a la interpretación de los derechos fundamentales con medidas de tal índole. Siguiendo a SANGUINÉ, digamos que la función del principio acusatorio en relación con la prisión preventiva implica dos cambios sustanciales, a saber: 1) la adopción de la medida de detención supone un requerimiento previo del órgano acusador al juez, generándose el principio de justicia rogada, esto es, que el fiscal aparece en plano de igualdad con la defensa en la discusión y prueba de los motivos que han de soportar la medida más grave que se pueda tomar en el curso de proceso penal, y 2) la adopción o improcedencia de la medida surge, de

un debate en donde el eje es el principio de contradicción, de tal forma que se amplía el marco de protección de los derechos fundamentales toda vez que el imputado tiene “audiencia judicial” y el debate contradictorio obliga al juez a sopesar las motivaciones de la fiscalía frente a las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, el derecho a la libertad, además de los fines y riesgos innecesarios que puede acarrear la detención”⁴.

Entonces y en específico sentido, dígase que para la imposición de la detención preventiva en el sistema acusatorio se requiere que además de la evidencia sobre la autoría o participación del imputado en la conducta delictiva, se cumpla uno cualquiera de los tres requisitos que se refieren a sus fines, lo cual torna necesario el aseguramiento precisamente para garantizar la comparecencia del imputado al proceso y a la eventual ejecución de la sentencia de condena, o por seguridad para la sociedad y para la víctima, o para evitar la obstrucción del ejercicio de la justicia. No son concurrentes esos presupuestos, bastándole al Juez de garantías la presencia de sólo uno de ellos para asumir como necesario el aseguramiento preventivo.

En verdad que queda mucho por discutir en esta materia de la detención preventiva, pero desde ya el debate se agita alrededor de la exigencia legal que se establece para la imposición de la medida cuando se evidencia razonablemente que “*el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga*”, sin mencionarse para nada lo atinente al contenido de la responsabilidad penal, discusión que al parecer se deja exclusivamente para establecerse en el juicio. Es decir, que sólo se requeriría evidencia de la autoría o de la participación del imputado en el hecho, mas no evidencia de su probable responsabilidad, lo cual podría generar ligerezas y arbitrariedad al momento de decretar el aseguramiento, ya que siendo así las cosas no tendrían que revisarse las causales de ausencia de responsabilidad y no tendría que hacerse valoración alguna sobre tan crucial aspecto. Por lo pronto, dígase que si del examen de la conducta investigada se advierte la presencia de una causal de ausencia de responsabilidad penal, la detención preventiva no sería procedente –aun reconociéndose la autoría delictiva–, pero por la innecesariedad de la

⁴ GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá D.C., 2005, págs. 324 y 325.

misma, es decir, porque no se advierte obstrucción a la justicia, ni peligro para la sociedad ni tampoco riesgo de no comparecimiento del imputado. O también, no sería procedente la detención porque se avista una causal de preclusión de la investigación, en el conocido entendimiento que las causales eximentes de responsabilidad constituyen un motivo de preclusión, y no resultaría serio, coherente ni justo imponer la detención ante la convicción de que una posterior solicitud de la Fiscalía sería la preclusión y no la acusación.

En punto de la averiguación penal que adelanta la Fiscalía, mención especial merece la regulación entre nosotros del "principio de oportunidad", a partir del cual se "consagran las razones por las cuales el Estado puede legítimamente dejar de perseguir una conducta", en esencia, razones de política criminal que exceptúen un comportamiento previsto como punible de la acción penal del Estado. La Fiscalía, como administra justicia, encarna al Estado, y con ocasión del principio de oportunidad puede racionalizar las investigaciones dejando de lado la persecución de ciertas conductas presuntamente delictivas. El principio de oportunidad, para que opere debidamente, se recomienda que sea reglado, vale decir, que las causales para su ejercicio aparezcan expresamente consagradas en la ley. Así, y siguiendo el sistema procesal penal alemán, se sugieren como causales de aplicación del principio de oportunidad, las siguientes:

"De manera general, puede decirse que las causales de ejercicio del principio de oportunidad obedecen a cuatro grandes eventos, a saber:

- "- En casos de insignificancia, por considerar que decae el interés del Estado.
- "- Cuando habiendo un interés del Estado en la persecución del delito, ese interés puede satisfacerse de otra manera.
- "- Cuando existen intereses estatales prioritarios, que indican que no debe perseguirse la conducta, y
- "- Cuando el ofendido puede perseguir el delito por sí mismo"⁵.

Más allá de la discusión sobre si en verdad se adoptó el principio de oportunidad o si apenas se establecieron criterios de oportunidad, importa

⁵ GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE y HARTMANN ARBOLEDA, MILDRED. *El Diseño del Nuevo Proceso Penal Constitucional*. En "Reforma Constitucional de la Justicia Penal", Tomo II, Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá D.C., 2003, págs. 83 y 84.

significar que las causales para su ejercicio deben estar expresamente consagradas en la ley, evitando así omnímodos poderes frente a la racionalización de la persecución penal. Y también, resulta prudente diferenciar la naturaleza y entidad de cada criterio aplicado, pues si bien es cierto el ejemplo vivo del principio de oportunidad está dado para los casos insignificantes o delitos de "bagaleta", no menos cierto es que la insignificancia de ciertos casos o su poca importancia por cuanto no resquebrajan el orden social es asunto que puede resolverse por la vía de la atipicidad de la conducta por ausencia de concreción del injusto de prohibición o ausencia de lesividad que se traduce en la carencia del contenido material de la antijuridicidad penal, impidiéndose en ambos casos la configuración del injusto. La doctrina nacional ya ha empezado a pronunciarse al respecto:

"Para la aplicación del principio de oportunidad debe estar demostrada la ocurrencia de una conducta punible, pues sólo ante conductas punibles efectivamente cometidas se puede ejercer tal principio. De allí que los supuestos de insignificancia o de ausencia de antijuridicidad material de la conducta no constituyan oportunidades idóneas para el ejercicio de ese principio, pues en ellos no está acreditada la existencia de una conducta punible"⁶.

Expedida la Ley 906 de 2004 o nuevo Código de Procedimiento Penal, el denominado principio procesal de oportunidad aparece reglado en los arts. 321 y ss., y las causales para la aplicación del mismo se encuentran contenidas en el listado del art. 324, entre las que se destacan casos de reparación integral, eventos de mermada significación jurídica y social, afectación mínima de bienes colectivos, y casos de colaboración eficaz del imputado o cuando este sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes.

Avanzando hacia los efectos de lo que hoy conocemos como la calificación de la investigación, bajo sus dos formas de preclusión de la instrucción o resolución de acusación, la situación es bien particular. En principio se afirmó que no iban a existir causales preclusivas como tales, puesto que se tendría que precluir la instrucción cuando no existiera mérito para acusar. Empero, el legislador del sistema acusatorio introdujo

⁶ URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. *El principio de oportunidad*. En: Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003, pág. 94.

expresamente unas causales de preclusión de la investigación, incorporando a las ya conocidas de la inexistencia del hecho (i), atipicidad de la conducta (ii), no comisión de la conducta por el imputado (iii), presencia de causales eximentes de responsabilidad penal (iv) e improcedibilidad de la acción penal (v), las referentes a la "imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia" (vi) y el "vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del art. 294 del C. de P.P." (vii), vale decir, el término de 30 días que tiene el nuevo fiscal después de superado el término ordinario de 30 días de que dispone la Fiscalía para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad.

Esa decisión de preclusión no la adopta la Fiscalía sino que se le solicita al Juez Penal competente, acorde con lo previsto en el numeral 5 del art. 250 de la Constitución: es función de la Fiscalía General de la Nación, entre otras, "*Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar*". Así mismo, importa señalar que como esa decisión de preclusión será adoptada por el Juez Penal, la misma debe llevarse a cabo en audiencia con la presencia de la víctima y la del defensor, teniendo esa audiencia como única finalidad la de autorizar o no la preclusión solicitada por la Fiscalía. Por su parte, si el Juez de conocimiento llegare a negar la preclusión, todo parece indicar que el Fiscal debe acusar, particularmente cuando ya se ha formalizado la investigación por afectación de derechos fundamentales. Esto es enseñado así por la nueva doctrina de procedimiento penal:

"Si el juez niega la preclusión, hay dos escenarios: si no se ha intervenido ningún derecho fundamental, entonces la investigación no se ha formalizado, en consecuencia, el fiscal opta entre acusar o intentar dar aplicación a una causal del principio de oportunidad para archivar; por el contrario, si se ha formalizado la investigación, al fiscal no le quedará más remedio que acusar, ya que la formalización de la investigación impide aplicar el principio de oportunidad"⁷.

En relación con estas propuestas de solución para cuando el Juez no autoriza la preclusión, destáquese que cuando esto suceda y el Fiscal no tenga otra alternativa si no la de acusar, lo correcto es que esa acusación se produzca ante un Juez de conocimiento diferente, todo con miras a

⁷ GRANADOS PEÑA y HARTMANN ARBOLEDA, ob. cit., pág. 89.

garantizar el principio de imparcialidad judicial tan necesario y trascendente en el sistema acusatorio.

Otra novedad particular en relación con la preclusión es que esa decisión que adopta el Juez de conocimiento adquiere como providencia judicial la calidad de sentencia, es decir, que en adelante hemos de referirnos a la sentencia de preclusión, tal como se le denomina en el art. 334 de la nueva legislación, considerando que en el sistema acusatorio es sentencia toda decisión donde se define el objeto del proceso.

En punto de la acusación, por su parte, entiéndase que esta la hace directamente el Fiscal ante el Juez de conocimiento, dando inicio por tanto al proceso penal, entendido éste como juicio penal o juicio público oral. Por mandato de la Carta Magna esta función es exclusiva de la Fiscalía General de la Nación: *“Presentar escrito de acusación ante el Juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”* (art. 250-4 C.N.).

Aunque la Constitución se refiere a la presentación de un “escrito de acusación” por parte del Fiscal, ello no significa en manera alguna que se vuelva al proceso escritural. El escrito de acusación es presentado en audiencia ante el Juez y en presencia de los sujetos procesales y el público asistente a la audiencia. Como se sabe, con la acusación se delimita el objeto del debate público, pero la característica principal de la acusación en el nuevo sistema es que se trata de una acusación fáctica, no jurídica, sin que sea necesario para el Fiscal hacer referencia a la denominación jurídica del delito o *nomem juris*, como anteriormente se exigía. En sí, el escrito de acusación es una relación sucinta de los hechos o un listado de hechos, los cuales son invariables para de tal manera respetar el principio de congruencia, pero además, en ese escrito deben establecerse todas las pruebas que la Fiscalía llevará al juicio, en respeto al derecho de defensa del acusado. Los conocedores de la materia conceptúan en el siguiente sentido:

“Este elemento de la acusación fáctica introduce una desformalización de la acusación, que facilita la democratización del proceso. En efecto, no volverán a verse escritos de acusación de 200 páginas, integradas por un extenso tratado sobre la teoría de la tipicidad en el derecho comparado, difícilmente inteligibles para el acusado mismo. Ahora, el escrito de acusación será una sucinta lista de hechos, que limitan el contenido del juicio, porque establecen igualmente todas las pruebas que la fiscalía llevará al juicio, y son fácilmente comprensibles. Este esquema permite evitar

nulidades por mala tipificación, al tiempo que respeta el derecho de defensa, según el principio de congruencia”⁸.

No obstante ello, otro sector de la doctrina nacional piensa lo contrario, afirmando que la acusación en el proceso penal acusatorio debe ser fáctica y también jurídica, pues resulta indispensable que el acusado conozca no sólo los hechos que se le imputan sino su trascendencia jurídica y su denominación en la normatividad penal, en suma para garantizar la inviolabilidad del derecho de defensa. Esta posición, en nuestro sentir, resulta ser más acorde con el pleno de garantías constitucionales, pues el imputado debe saber de qué delito se le acusa o lo que es lo mismo, cuál es la traducción jurídica, el rótulo o el nombre que en la legislación penal se le otorga al comportamiento atribuido, conocer su descripción legal y los factores punitivos por los cuales la Fiscalía convoca a la verdadera iniciación del proceso penal en su contra.

En este sentido y con acierto, así se expresa un reconocido doctrinante:

“La acusación debe ser fáctica y jurídica. No ha de versar tan sólo respecto de hechos, sino también sobre la calificación provisional de los mismos, comprensible con facilidad por el acusado, porque éste no sólo se defiende de hechos, sino de hechos jurídicamente calificados.

“Esta arista del sistema acusatorio se relaciona en forma íntima con el principio de inviolabilidad de la defensa, porque ésta sólo puede ser eficaz en la medida en que el imputado y su defensor conozcan los hechos atribuidos y su adecuación en la normatividad penal. Para poder concretar la defensa, al procesado se le debe hacer conocer la acción atribuida y todas las circunstancias jurídicas relevantes, en forma clara, concreta y precisa, para que entienda la calificación provisional o definitiva, en términos que de acuerdo con su nivel cultural le sean comprensibles, sin que baste señalar el nombre del delito o el precepto que contiene la tipicidad de la conducta punible”⁹.

Así mismo, importa significar que de acuerdo con lo reglamentado en la ley podría hablarse de una acusación provisional y una acusación definitiva, teniéndose que la primera está inserta en el escrito de acusación pero con

⁸ Ibídem., pág. 92.

⁹ SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *La acusación*. En: Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003, pág. 80.

la debida adecuación jurídica de la conducta, mientras que la segunda es la que presenta la Fiscalía en su alegación final dentro de la audiencia del juicio oral, en donde por mandato legal se le exige al Fiscal exponer oralmente los argumentos relativos al análisis de las pruebas, y *"tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación"*. Entonces, que no se afirme tajantemente que la acusación penal o el escrito de acusación en el novísimo sistema es solamente de contenido fáctico, toda vez que en realidad el plexo acusatorio debe integrarse de un componente fáctico y también de uno jurídico, en guarda de garantías superlativas como el debido proceso y el derecho de defensa, pero además, por aquella cuestión de pura lógica que indica que a quien se le acusa penalmente ha de informársele que se le acusa de unos comportamientos o actuaciones suyas que tienen relevancia en el mundo jurídico y que en criterio de la Fiscalía lo ubican al margen de la ley penal, de donde fulge evidente informarle de qué delito se le acusa, así esa denominación delictiva se entienda en forma provisional. Una acusación con todos esos elementos garantiza de mejor manera el ejercicio defensivo y permite a las partes fomentar la discusión jurídica en forma completa, tanto en lo que concierne a la materia probatoria como en lo que corresponde con el derecho penal de naturaleza sustantiva.

La postura precedente cobra más fuerza y vigencia si en cuenta se tiene que la teoría de la conducta punible pervive en el marco de un derecho penal de acto, conforme el sentido constitucional. Es decir, que no por la implementación del sistema acusatorio deben desaparecer los contenidos del derecho penal sustancial o deben sacrificarse, o en fin, que ya no van a tener la misma aplicación al interior del proceso penal por la exclusiva relevancia que el nuevo sistema le otorga a los hechos y las pruebas. Por el contrario, como los institutos del derecho penal general siguen soportados en el principio de legalidad de los delitos y de las penas, no puede hacerse abstracción de ellos en vigencia del sistema procesal de acusación, lo cual implica que deben ser materia de aplicación en toda su denominación y extensión, aplicación que se expresa en concreto desde la formulación del escrito de acusación, tomando en consideración precisamente que la acusación no debe ser sólo fáctica sino también jurídica.

Esto implica, también, la necesidad de avanzar en la construcción de una dogmática de derecho penal o de la teoría de la conducta punible en frente del sistema acusatorio, toda vez que no puede concebirse que el proceso penal se defina sólo en atención a los hechos y que del examen probatorio de lo fáctico se desprendan todas las consecuencias penales,

sin miramiento o respeto por la normatividad rectora del derecho penal sustantivo. Es así, entonces, que la aplicación de los conceptos generales del derecho penal debe ser imperativa y obligatoria en desarrollo del proceso penal acusatorio, por cuya virtud no puede desconocerse la configuración de las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, o lo que es lo mismo, la estructura de la conducta punible, como tampoco las causales denominadas de exclusión de responsabilidad, debiendo considerarse todo ello en su real dimensión mientras se discute y se decide la suerte del acusado.

2.1. El Juicio Público

La denominada etapa de juicio o de juzgamiento constituye en sí el proceso penal. Se da inicio al juicio al presentarse en audiencia el escrito de acusación por parte de la Fiscalía. Como varias veces se ha insistido, en el juicio se desarrollan los principios propios del sistema acusatorio, a saber, la oralidad y la publicidad, así como la concentración, inmediación y controversia de la prueba. Esto se escenifica y materializa ante un Juez natural, neutral e imparcial, quien como director del juicio es el director de las audiencias y es el funcionario competente encargado de proferir la sentencia, bien sea condenatoria o absolutoria.

Todo lo que se realice en el juicio será en audiencia, existiendo genéricamente tres audiencias diferenciables: la audiencia de formulación de acusación (i), la audiencia preparatoria (ii) y la audiencia del juicio oral (iii). En la audiencia de formulación de la acusación se correrá traslado del escrito acusatorio a las demás partes del proceso, se propondrán nulidades, se determinará y reconocerá la calidad de víctima, pudiéndose adoptar medidas de protección integral para víctimas o testigos, y se fijará la fecha para la celebración de la audiencia preparatoria; en esta segunda audiencia, la preparatoria, la defensa deberá descubrir sus elementos materiales probatorios, y la Fiscalía y la defensa deben enunciar la totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio oral, así como las estipulaciones probatorias, es decir, los acuerdos celebrados entre esas partes para aceptar aquellos hechos que no requieren de prueba. Después de concluida la audiencia preparatoria, el Juez fijará la fecha para el inicio del juicio oral, estadio de toda trascendencia en el proceso penal acusatorio y, "si se quiere, es la más importante actuación procesal, teniendo en cuenta que allí no solo se practicará la totalidad de la prueba que ha de servir de base a la sentencia, sino que el acusado tendrá la oportunidad de declararse culpable o inocente de los cargos, se oirán los alegatos de las partes y se conocerá

el sentido del fallo, lo que significa que el juez deberá anunciar de qué naturaleza –condenatoria o absolutoria– será la sentencia que emitirá dentro de los 15 días siguientes¹⁰.

Frente a este momento procesal podría decirse que existe la que llamaríamos una cuarta audiencia o audiencia para proferir sentencia, la cual –como se mencionó– se dictará en un término máximo de 15 días calendario a partir de la terminación del juicio oral, término que corre por igual ya sea para la condena o para la absolución, pudiendo interponerse contra la sentencia el recurso ordinario de apelación.

Para el proferimiento de sentencia condenatoria debe destacarse que lo que se impone por vía constitucional es la declaratoria de culpabilidad del acusado por parte del Juez de conocimiento, si se sigue la fórmula que para desvirtuar la presunción de inocencia aparece contenida en el ordenamiento Superior: *“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”*. Entonces, la declaratoria de culpabilidad o de no culpabilidad se tendría como el derrotero a seguir para determinar cuándo se impone sentencia de condena y cuándo se dicta la de absolución, entre otras, a la manera del procedimiento americano donde se condena al acusado por hallársele culpable (*guilty*) de los cargos imputados o se le absuelve por encontrársele no culpable (*not guilty*). El nuevo estatuto procesal, por su parte, refiere que para dictar sentencia condenatoria debe existir el “convecimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”, como expresión del alcance legal que se le otorga al principio de Presunción de inocencia: *“Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”* (art. 7°).

Señálese al efecto que la tradición procesal–penal nacional alude siempre en este punto al concepto de responsabilidad penal antes que al de culpabilidad penal, considerando por una parte que la culpabilidad es apenas una de las categorías de la conducta punible y que no puede confundírsele con el concepto de responsabilidad penal, y de otra parte, porque ese concepto de responsabilidad penal es mucho más amplio y pertenece en esencia al ámbito del derecho procesal penal, luego de haberse establecido que el acusado cometió conducta típica, antijurídica y culpable, y que por ende debe responder

¹⁰ GÓMEZ QUINTERO, ALFREDO. *¿Cómo funcionará el sistema procesal penal?* En: “Ámbito Jurídico”, No. 163, Legis, Bogotá D.C., octubre, 2004, pág. 6B.

penalmente cumpliendo con la sanción que le imponga el Estado jurisdiccional. Además, como en la legislación penal sustancial se consagran expresamente unas causales de ausencia de responsabilidad penal (art. 32 del C.P.), la presencia de una cualquiera de ellas excluye la responsabilidad del acusado y propicia entonces el proferimiento de la sentencia absolutoria, no debiendo desconocerse el amplio espectro que contiene ese listado de causales de ausencia de responsabilidad, unas que excluyen la tipicidad de la conducta (motivos de atipicidad), otras que enervan la antijuridicidad (ausencia de lesividad) y otras que infirman la culpabilidad penal (inculpabilidad del comportamiento), por cuya existencia ha de pregonarse la no responsabilidad penal del procesado que se traduce en el juicio en su absolución.

Por otra parte, en punto de las pruebas del juicio es importante anotar que un verdadero sistema acusatorio no permite el decreto oficioso de pruebas por parte del Juez, como quiera que con esta facultad se resiente el principio de imparcialidad y neutralidad que siempre ha de acompañar al fallador. Además, como el escrito de acusación contiene la relación de pruebas que respaldan los hechos imputados, lo que le corresponderá a la defensa será la postulación de contrapruebas, de todo lo cual se decidirá en la audiencia preparatoria sin necesidad para el Juez de inmiscuirse desde su propia óptica en ese ámbito probatorio propuesto. Sin embargo, no faltan quienes disienten de esta posición alegando que lo que está en juego y por encima de todo es el principio de averiguación de la verdad material de los hechos y la garantía de contradicción procesal, gracias a los cuales puede el Juez ordenar pruebas oficiosamente. Al respecto, señalan:

“El juez no cuenta con poderes de dirección material del proceso. Este punto se complementa perfectamente con el anterior (no puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada), en orden a buscar la imparcialidad del juzgador, pues la fijación del objeto del proceso es exclusiva del acusador, aunque aquí también hay que entender el principio con una sana limitación, esto es, que el juez tiene la posibilidad de solicitar pruebas para indagar la verdad, en razón a su calidad de sujeto imparcial de la fase oral y elemento de equilibrio del proceso. Se trata ante todo de corregir la deficiencia que le reconocen los críticos al modelo norteamericano, por el privilegio de las pruebas de cargo y por los poderes exclusivos de dirección del juzgador en el debate oral”¹¹.

¹¹ GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁN. *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santafé de Bogotá, 1998, pág. 89.

Empero, el procedimiento norteamericano se resiste a esa idea de limitar el principio de imparcialidad del Juez, así se diga que es en pos de la búsqueda de la verdad. Por ello mismo no permite el decreto oficioso de pruebas por el juzgador y además excluye al Juez y a los jurados del interrogatorio del acusado y de los testigos: "El procedimiento anglo-norteamericano separa la recepción de la prueba de la formación de la sentencia. De esa manera, la comprobación de los hechos se escinde nítidamente de la decisión judicial, de modo que el juez pueda formarse un cuadro objetivo del resultado de la prueba teniendo en cuenta las probanzas aportadas por las partes, sin haber contribuido él mismo al establecimiento de la verdad"¹².

La Ley 906 de 2004 dejó en claro que en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas en el juicio (art. 361), siguiendo la tradición jurídica que gobierna el principio de imparcialidad y neutralidad judicial, todo con el fin de evitar que el juez participe en la formación de los medios de convicción sobre los que habrá de soportar posteriormente su sentencia, y para evitar prejuizgamiento alguno o el compromiso anticipado de su criterio alrededor del caso.

Como innovación trascendental del juicio penal de corte acusatorio tendría que decirse que ha de volver entre nosotros la institución del jurado de conciencia, el que otrora existió para las causas penales por el delito de Homicidio ante los extintos Jueces Superiores. Pero este jurado de conciencia o jurado popular es el propio de los sistemas de acusación penal, como expresión de la democratización de la justicia penal en nuestro país. De tal manera, es la misma Constitución Política en su reforma la que le otorga a los particulares, excepcionalmente, la función de administrar justicia, tal cual como lo prevé el reformado inciso cuarto del art. 116 de la Carta: "*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*".

Los jurados de conciencia participan en el juicio sólo en la audiencia pública o audiencia de juicio oral, y allí serán los encargados de dictar el veredicto. Según lo que se propone para Colombia, la composición del

¹² MORALES MARÍN, GUSTAVO. *Proceso y sistemas de juzgamiento penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., 2001, pág. 104.

jurado de conciencia será de naturaleza mixta, vale decir, integrado por juristas y particulares, pues de acuerdo con la experiencia extranjera ese jurado es el que mejores resultados ha ofrecido en tratándose de la aplicación de justicia en el sistema penal acusatorio. Restará por ver qué decide la ley procesal penal en ese específico sentido, y si entre nosotros hablaremos del “gran jurado” y el “pequeño jurado”, el primero integrado por 23 personas escogidas de la comunidad y que además es el ente que autoriza con su firma la acusación, mientras el segundo se compone de 12 miembros y se reserva para el juicio en su fondo sin tener la facultad de autorizar la acusación, puesto que esa autorización se le confiere al juez de conocimiento.

En relación con este aspecto, dos autores nacionales –que encuentran más críticas que conveniencias a la institución del jurado– de todos modos proponen o sugieren que este tan solo se componga de tres miembros de los denominados *legos*, los cuales “podrían ser escogidos por el Consejo Superior de la Judicatura de listas previamente seleccionadas, luego de una inscripción abierta y pública en la que se permita el acceso a todos los ciudadanos sin distinción de raza, condición sociocultural, sexo, etc. Al tratarse de un jurado sin conocimientos jurídicos, y con el fin de evitar la contraevidencia, se propone que su veredicto sea acordado con el juez de conocimiento, quien guiará a los jurados legos en las cuestiones jurídicas, cuidándose de no influir en la valoración de la prueba, que sólo será de su resorte, lo mismo que ilustrándolos en las cuestiones eminentemente técnicas, como los criterios de antijuridicidad, causales de justificación, circunstancias de atenuación o agravación punitiva”¹³.

3. LOS FINES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Tradicionalmente se ha sostenido que la finalidad del procedimiento penal es la realización del derecho penal sustancial, lograr su efectividad en atención a su prevalencia. Así lo señalaron los anteriores códigos de procedimiento y así se sostiene en la Constitución Nacional (art. 228) y en la legislación procesal penal del año 2000: “En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial y buscarán su efectividad”.

¹³ CALDAS VERA, JORGE y OTÁLORA GÓMEZ, JORGE. *La institución del jurado en la reforma al sistema judicial penal colombiano*. En: Estado actual de la justicia colombiana: bases para la discusión del nuevo sistema procesal penal colombiano. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003, pag. 159.

Sin embargo, el fin del proceso penal no puede consistir solamente en la búsqueda de la efectividad del derecho material. En el marco del proceso en un Estado social de derecho entran en juego de forma determinante otros valores, en atención a las garantías de orden procesal consagradas en la Constitución Política y en consideración a la idea del Debido Proceso Penal. Además, como el delito engendra un daño público y privado, resulta necesario que a través del proceso se logre el restablecimiento de los derechos quebrantados a los perjudicados con la conducta punible. De tal manera resulta preciso aseverar que son tres las finalidades del proceso penal, a saber: la realización del derecho sustancial (i), la realización de las garantías procesales (ii), y el restablecimiento o la reparación del derecho de las víctimas o perjudicados con base en una real y concreta indemnización de perjuicios, cuando a ello hubiere lugar (iii).

Esta línea de pensamiento es así concebida por la Corte Constitucional:

“Del sistema de valores, principios y derechos contenidos en la Carta, se infiere una múltiple finalidad para el proceso penal. Por una parte, la realización de los derechos sustanciales. Por otra, la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito. Finalmente, la realización, a favor de quienes intervienen en el proceso penal, de las garantías constitucionales de trascendencia procesal.

“... no se realizan los propósitos fundamentales del proceso penal si la condena del responsable de una conducta punible se logra desconociendo las garantías constitucionales que le amparan. En igual sentido, no se administra justicia si se pone fin a una actuación penal haciendo caso omiso de la necesidad de reparar el daño causado a la víctima o despojándola de los derechos que le asisten”¹⁴.

Que no se crea que en el proceso penal de corte acusatorio la finalidad que se busca es exclusivamente el proferimiento de sentencia condenatoria. En los Estados democráticos y de Derecho ese no puede ser el fin del enjuiciamiento criminal. Siempre en el proceso penal estarán en conflicto unos intereses y unos valores: por un lado la sociedad (y las víctimas) reclamando el castigo de los responsables, y por otro, el acusado del delito *que tiene derecho a defenderse*. El paliativo se encuentra en la realización del derecho sustancial pero con observancia de las garantías procesales. Así también lo entiende la doctrina:

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-556, julio 19 de 2002. M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

“Hay en materia penal dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse, que obliga a definir con claridad los derechos de la acusación y de la defensa, sin sacrificar a ninguno de los dos, ni subordinar el uno al otro sino armonizándolos en una síntesis superior. Establecimiento de auténticas garantías para la justa defensa del imputado, que no obstaculicen de manera insensata la eficaz represión de la delincuencia en defensa de la sociedad”¹⁵.

Por la marcada incidencia del constitucionalismo en el proceso penal, en la política criminal y en la dogmática penal, y por el amplio contenido que generan las múltiples garantías de orden procesal penal consagradas en el Ordenamiento Superior, el proceso penal de naturaleza acusatoria ha de perseguir los tres fines antes citados, pero incorporando decididamente la protección de las víctimas y perjudicados con la conducta punible, aspecto éste de inusual atención en la actualidad. De tal manera, tanto la Fiscalía investigadora y acusadora como el Juez competente atenderán en sus actuaciones a la satisfacción de estas finalidades, siempre dentro del marco del debido proceso. Y aun considerando que el proceso penal como tal sólo existe cuando hay lugar al juicio público, el Fiscal en su investigación debe dirigir sus actos respetando los derechos fundamentales para la realización de las garantías procesales, pero además, debe predecir hacia el futuro la realización del derecho sustancial en el juicio y la materialización del restablecimiento del derecho en favor de las víctimas y perjudicados. Esto último encuentra eco en la disposición contenida en el numeral 6 del renovado art. 250 de la Constitución Nacional, a partir del cual es función de la Fiscalía General de la Nación, entre otras varias, “solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito”.

Lo anterior fue asumido en la reforma tomando como base referente la sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, que sin duda alguna modificó los conceptos y varió la forma de pensar en relación con el tratamiento que debe dársele en el proceso penal a las víctimas y perjudicados con el delito. Para nadie constituye secreto que en el proceso tradicional el rol de los perjudicados era meramente secundario

¹⁵ RAMÍREZ BASTIDAS, YESID y de RAMÍREZ, RAQUEL. *Principialística Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., 2003, pág. 217.

y concebido apenas por lo que pudiera postularse por el sujeto procesal denominado "parte civil", teniéndose que la tradición jurídica y judicial enseñaba una multiplicidad de garantías en favor del sindicado, pero muy pocas en beneficio de los perjudicados, o mejor, limitadas estas al reconocimiento de una indemnización de perjuicios, las más de las veces ilusoria, inalcanzable o de bajo perfil. Por eso mismo resultó necesario replantear y reconstruir el concepto de "víctimas" y "perjudicados" con la conducta punible, entendiéndose por demás que para ellos no sólo es importante la reparación de los daños en términos económicos (i), sino también la búsqueda de la verdad (ii) y la realización de la justicia (iii).

Al punto, vale la pena evocar el mencionado pronunciamiento de la Corte Constitucional:

"El derecho de las víctimas a participar en el proceso penal, se encuentra ligado al respeto de la dignidad humana. Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que dice que "Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana", las víctimas y los perjudicados por un hecho punible pueden exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Se vulneraría gravemente la dignidad de víctimas y perjudicados por hechos punibles, si la única que se les brinda es la posibilidad de obtener una reparación de tipo económico. El principio de dignidad impide que el ser humano, y los derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal para promover la convivencia pacífica de personas igualmente libres y responsables, sean reducidos a una tasación económica de su valor. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios derivados de un delito es una de las soluciones por las cuales ha optado el legislador ante la dificultad en materia penal de lograr el pleno restablecimiento de los derechos y bienes jurídicos violentados en razón a la comisión de un delito. Pero no es la única alternativa ni mucho menos la que protege plenamente el valor intrínseco de cada ser humano. Por el contrario, el principio de dignidad impide que la protección a las víctimas y perjudicados por un delito sea exclusivamente de naturaleza económica".

Agregando:

"La Constitución ha trazado como meta para la Fiscalía General el "restablecimiento del derecho", lo cual representa una protección plena e integral de los derechos de las víctimas y perjudicados. El restablecimiento de sus derechos exige saber la verdad de lo ocurrido, para determinar si es

posible volver al estado anterior a la vulneración, así como también que se haga justicia”¹⁶.

Se precisa pues, en el conflicto que surge entre el Estado jurisdiccional y el ciudadano infractor de la ley penal, volver los ojos hacia las víctimas de la conducta punible, no alejarlas de ese conflicto, propendiendo no sólo por el resarcimiento económico de los perjuicios causados, sino procurando, en el marco integral del principio rector del “Restablecimiento del derecho”, el que cesen los efectos nocivos creados con la comisión del punible y el que vuelvan las cosas a su estado anterior, atendidos los conceptos de verdad y de justicia, este último bajo el criterio de imponer la condigna sanción a los responsables de la ilicitud, por supuesto que existiendo mérito para ello.

Sin embargo, resulta por demás significativo concretar las posibilidades procesales con que cuentan las víctimas y perjudicados para hacer prevalecer sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de perjuicios, dentro del esquema procesal penal acusatorio. Y aunque la legislación se antoja protectora de sus derechos, importante es analizar en esta sede lo que concierne a los mecanismos de justicia restaurativa, entre ellos, la mediación y la conciliación en el incidente de reparación integral de perjuicios.

Entiéndase la mediación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos penales, por virtud de la cual víctima y victimario confrontan sus puntos de vista sobre la situación conflictiva y con la ayuda de un tercero neutral designado por la Fiscalía, puedan solucionar sus diferencias. Sucede en el proceso penal desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral, siendo posible que se generen de ella diversas consecuencias: en el plano penal, frente al ejercicio de la acción penal (i), frente a la coerción personal del procesado (ii) y frente a la materia punitiva en la condena (iii); y en el plano civil, para la exclusión de la acción civil derivada del delito (iv) y la exclusión del incidente de reparación integral (v).

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la conciliación en el incidente de reparación integral de perjuicios, debe señalarse que a esa conciliación pueden comparecer, además de víctima y victimario, el tercero civilmente responsable y el llamado en garantía (asegurador de la responsabilidad civil), para que en una cualquiera de las tres oportunidades de audiencia de conciliación que se prevén legalmente, puedan acordar el monto total

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de abril 3 de 2002. Magistrados Ponentes: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

de la indemnización de perjuicios y su pago material. Al punto, téngase en cuenta que esa conciliación obedece a aspectos de naturaleza enteramente económica, patrimonial, no dando paso a una pretensión distinta como el pedimento de disculpas o perdón, prestación de servicios a la comunidad o la realización o abstención de determinada conducta, acuerdos estos últimos que sólo pueden lograrse bajo el mecanismo de la mediación.

Sobre la materia, repárese en lo expuesto por un estudioso:

“Están facultados para promover el incidente –dice la norma– la víctima, el Fiscal o el Ministerio Público a instancia de ella, mediante solicitud expresa dirigida al juez fallador, con la equívoca salvedad que cuando “la pretensión sea exclusivamente económica, sólo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes”, como si en desarrollo del incidente de reparación integral, y por supuesto de la conciliación que allí puede escenificarse, fuera factible buscar algo distinto al pago de los daños y perjuicios causados con la comisión de la conducta punible. Si como reparación integral ha de admitirse también cosa diferente a la satisfacción de un pedimento monetario, bien interesante será ver el papel que habrían de cumplir en la conciliación el tercero civilmente responsable y el asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro, quienes responden por el acto de otro, pero económicamente”¹⁷.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es innegable que la reforma es novedosa para Colombia, así desde hace más de diez años se venga hablando en nuestro país de la implantación de un sistema acusatorio puro para el juzgamiento de delitos en las causas criminales.

Como se nota, todo el esquema del proceso penal varía sustancialmente, tanto así que el proceso penal como tal es concebido a partir de la denominada etapa de juicio o de juzgamiento, una vez presentado ante el Juez de conocimiento el escrito de acusación por parte de la Fiscalía. La llamada fase de instrucción o de investigación no entra a formar parte del proceso penal, sino que ha de entenderse como una “investigación preparatoria” ..., sí, preparatoria del juicio.

¹⁷ GIL ORDÓÑEZ, OMAR EDUARDO. *Mecanismos de justicia restaurativa –aspectos procesales–*, sin publicar. En el mismo sentido, GAVIRIALONDOÑO, Vicente Emilio. *La víctima en el sistema acusatorio del nuevo Código de Procedimiento Penal*. En: revista “Derecho Penal y Criminología”, Universidad Externado de Colombiano, No. 74, diciembre, 2003.

De conformidad con lo que quedó establecido legalmente, podría decirse que el nuevo esquema procesal penal se compone de una etapa de indagación que es de competencia exclusiva de la Fiscalía, y a esa etapa se le denomina investigación desformalizada (i); después de formulada la imputación, se hablaría de la etapa de investigación formalizada (ii); y una vez presentado por la Fiscalía el escrito de acusación ante el Juez de conocimiento, entramos a la etapa del juicio penal (iii), que es la que todos reconocen como el verdadero proceso penal bajo el sistema acusatorio.

Corresponde a la Fiscalía General de la Nación las labores exclusivas de investigación, indagación, averiguación o pesquisa sobre los hechos y la conducta de los presuntos infractores de la ley penal. Y cuando en desarrollo de esas labores y de la recopilación de información se vea en la necesidad de afectar derechos constitucionales fundamentales, necesariamente debe acudir al Juez de control de garantías, quien finalmente será la autoridad encargada de adoptar la decisión judicial que limite o restrinja esos derechos.

Se establece para la Fiscalía el denominado principio de oportunidad, con el cual se permite exceptuar de la acción penal del Estado ciertos comportamientos previstos como delitos, según razones de política criminal que definirá el legislador. Lo que se propone es que la aplicación del principio de oportunidad sea reglado, contenido expresamente en la ley, lo cual significa que deben existir unas causales que amparen su ejercicio por parte de la Fiscalía General.

Finalizada la investigación por parte del Fiscal en apoyo con su equipo investigativo, el funcionario tendrá dos opciones para proceder: o presenta escrito de acusación ante el Juez de conocimiento, o le solicita la preclusión de la investigación por la concurrencia de una cualquiera de las causales legalmente previstas o por la no existencia de mérito para acusar.

La acusación delimita el objeto de debate, pero la principal característica que ostenta es que corresponde a una acusación fáctica, mas no jurídica. La acusación se convierte en un listado de hechos con su correspondiente soporte probatorio, sin necesidad de precisar la norma penal violada, es decir, no resulta necesario que el Fiscal califique jurídicamente la conducta del imputado. Empero, para la gran mayoría de comentaristas la acusación debe entenderse de contenido dual, es decir, fáctica y jurídica, en respeto a la inviolabilidad del derecho de defensa y a las propias garantías procesales del acusado, pero también porque no resulta lógico que en un

Estado de Derecho se le imputen al sindicado unos hechos sin su correspondiente traducción jurídica, o lo que sería lo mismo, que no se le diga o informe de qué delito se le acusa o cuál es en derecho penal la denominación jurídica del comportamiento que se le atribuye, respetando por demás los contenidos de la teoría de la conducta punible.

El juicio penal es el núcleo esencial del proceso, su eje central, en donde cobran fuerza los principios garantísticos que rodean el principio acusatorio en materia penal, a saber, la oralidad y la publicidad, y principios directamente relacionados con la prueba como la concentración, la inmediación y la contradicción. Todas las pruebas habrán de practicarse en la audiencia del juicio oral.

Con la implantación del sistema acusatorio se introduce la figura del jurado de conciencia, la de los jueces populares que juzgan a sus pares, a sus propios conciudadanos. Por la experiencia extranjera se recomienda la integración de un jurado mixto, compuesto por juristas y particulares.

La sentencia debe ser proferida por el Juez de conocimiento, y como bien se tiene establecido, esta puede ser de condena o de absolución, la que deberá proferirse en audiencia dentro de los 15 días siguientes a la culminación del juicio oral.

4.1 A manera de sugerencias

En medio del pomposo pero eso sí, bien documentado discurso oficial, todo parece indicar que la implementación del sistema acusatorio en materia penal constituye el revolcón de la justicia en los inicios del siglo, para procurar ante todo la lucha frontal contra la criminalidad y la reducción de los alarmantes índices de impunidad y de congestión de la justicia penal.

El sistema, literalmente o en teoría, se muestra como el arquetipo de la imparcialidad y la democratización de la justicia, todo dentro de los términos del debido proceso penal de estirpe constitucional. En su marco general es garantista y procura sin duda una aplicación real del principio procesal de celeridad y eficiencia.

No obstante las bondades del sistema de acusación penal, la implantación del mismo en Colombia será tarea engorrosa y difícil por varias razones: por las características especiales de la violencia que existe en nuestro país, por las múltiples formas de delincuencia organizada que perviven, por la pobreza y la falta de educación de un amplio sector de la

población, y por la falta de confianza que tiene la sociedad para con su sistema de justicia en general y para con el sistema judicial penal en particular.

Pero más allá de ello, que ya es mucho, para la materialización del nuevo sistema de justicia criminal resulta imprescindible el concurso real de las fuerzas vivas de la Nación, la voluntad política y la voluntad ciudadana. Me refiero al Estado ejecutivo, al Estado legislativo y al Estado jurisdiccional, a los organismos de control, a las organizaciones no gubernamentales, a las asociaciones gremiales, a los centros universitarios, la academia entera, la ciudadanía en general. Si no se unen estas fuerzas en el propósito de cambio, de renovación de ideas y actitudes, de capacitación seria y consagrada, y principalmente, si no se destinan los recursos necesarios, muchos recursos, para la implementación del nuevo molde judicial, incluida la transición al interior de la Fiscalía, si no pasa ello, el sistema está llamado a colapsar.

La tarea del legislativo, en adelante, será vital y trascendente, pues además de todo lo anterior, jurídicamente el éxito del sistema depende de la correcta y adecuada elaboración de lo que serán los nuevos códigos Penal y de Procedimiento Penal, en particular este último, así como de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el nuevo Código Penitenciario y Carcelario, la Ley Estatutaria de la acción de *Habeas Corpus*, el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y el Estatuto de la Defensoría Pública. Sin esas normatividades bien elaboradas no podrá haber sistema acusatorio próspero, pues fácilmente podemos quedar inmersos en los vicios y las costumbres vetustas de un sistema judicial ineficiente, inoperante y pobre.

Desde la academia resulta necesario adoptar con urgencia un cambio de mentalidad, para que se establezca una cultura especial frente al que será el nuevo aparato de justicia criminal en el país. Es indispensable, desde ya, modificar los programas de la asignatura Derecho Procesal Penal o Procedimiento Penal, ajustando las enseñanzas al nuevo modelo y preparando al estudiante para que en el futuro enfrente el reto de un proceso penal estrictamente oral, dinámico, donde se destaque la argumentación judicial como expresión de lo que aprendió en las aulas de cátedra. También, resulta indispensable el cambio de bibliografía o de los textos de consulta, para ahondar en la temática desde el inicio con miras a forjar en el estudiante esa mentalidad moderna que demanda la comprensión del derecho penal y procesal penal de naturaleza constitucional.